
Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XLI
Abkürzungsverzeichnis	XLVII
Zusammenfassung	LIII
Résumé	LIV
Abstract	LV
1. Kapitel Einführung ins Thema, Fragestellung und Methodik	1
I. Migration in der globalisierten Welt des 21. Jahrhunderts	1
II. Stellung der Wanderarbeitnehmer	5
III. Fokus der Arbeit	6
IV. Einige Begriffsklärungen	11
2. Kapitel Interessenlage des Beschäftigungsstaates	13
I. Ausgangspunkt: Souveränität des Staates	13
II. Recht auf Auswanderung – kein Recht auf Einwanderung	15
III. Wirtschaftliche Interessen des Staates	17
IV. Arbeitsrechte	19
3. Kapitel Rechtsstellung von Wanderarbeitnehmern in internationalen Übereinkommen	27
I. Arbeitsmigration aus Sicht der ILO	27
II. Arbeitsmigration aus Sicht der Vereinten Nationen	51
III. Arbeitsmigration aus Sicht des Europarates	75
IV. Fazit: Internationaler Standard zum Schutz von Wanderarbeitnehmern	96
4. Kapitel Freizügigkeitsrechte von Wanderarbeitnehmern in der Europäischen Union	103
I. Vorbemerkungen	103
II. Entstehung und Zielsetzung unionsrechtlicher Bestimmungen	104
III. Regelungen betreffend Wanderarbeitnehmer	107
IV. Verpflichtungsadressaten und Durchsetzungsmöglichkeiten	127
V. Einzelne Bereiche	133

VI. Die EU und internationale Abkommen zur Arbeitsmigration.....	174
VII. Anbindung der Schweiz an die EU	176
VIII. Fazit: Rechte auf Personenfreizügigkeit?	177
5. Kapitel Rechtlicher Schutz von Wanderarbeitnehmern in der Schweiz	181
I. Geschichtliche Entwicklung der Regelungen zur Einwanderung	181
II. Überblick über das geltende Arbeits- und Migrationsrecht	201
III. Regelungskonzepte des Arbeitsmigrationsrechts – Überleitung	217
IV. Grundrechtlicher Schutz für Wanderarbeitnehmer	219
V. Auswirkungen auf das Einzelarbeitsverhältnis	250
VI. Anbindung der Schweiz an das internationale und europäische Recht.....	340
VII. Fazit: Schutz für Wanderarbeitnehmer in der Schweiz.....	347
6. Kapitel Regelungskonzepte des Arbeitsmigrationsrechts im Beschäftigungsstaat	353
I. Zielsetzung der Arbeit.....	353
II. Interessen verschiedener Akteure.....	353
III. Arbeitsmigrationsrechtliche Regelungen	354
IV. Normen eines «Arbeitsmigrationsrechts»	358
Stichwortverzeichnis	367

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XLI
Abkürzungsverzeichnis	XLVII
Zusammenfassung	LIII
Résumé	LIV
Abstract	LV
1. Kapitel Einführung ins Thema, Fragestellung und Methodik	1
I. Migration in der globalisierten Welt des 21. Jahrhunderts	1
II. Stellung der Wanderarbeitnehmer	5
III. Fokus der Arbeit	6
A. Zielsetzung	6
B. Rechtsgebiet «Arbeitsmigrationsrecht»?	7
C. Gang der Untersuchung	10
IV. Einige Begriffsklärungen	11
2. Kapitel Interessenlage des Beschäftigungsstaates	13
I. Ausgangspunkt: Souveränität des Staates	13
II. Recht auf Auswanderung – kein Recht auf Einwanderung	15
III. Wirtschaftliche Interessen des Staates	17
IV. Arbeitsrechte	19
3. Kapitel Rechtsstellung von Wanderarbeitnehmern in internationalen Übereinkommen	27
I. Arbeitsmigration aus Sicht der ILO	27
A. Entstehung und Mandat der ILO zur Regelung von Arbeitsmigration	27
B. Tripartismus	29
C. Die Übereinkommen zur Arbeitsmigration	29
1. Entstehung und Zielsetzung	29
2. Das Übereinkommen Nr. 97 im Überblick	30
3. Das Übereinkommen Nr. 143 im Überblick	31
4. Exkurs: <i>Multilateral Framework on Labour Migration</i>	32
D. Die staatlichen Verpflichtungen und Durchsetzungsmöglichkeiten	33

E.	Einzelne Bestimmungen im Allgemeinen	36
1.	Persönlicher Geltungsbereich.....	36
2.	Rekrutierung	37
3.	Informationspflichten	38
4.	Wahrung der Menschenrechte	39
5.	Massnahmen gegen irreguläre Migration	40
6.	Anspruch auf Leistungen aus irregulärer Tätigkeit.....	41
7.	Gleichbehandlungsgebot.....	41
8.	Koalitionsfreiheit	44
9.	Berufliche Mobilität	44
10.	Inländervorrang und Schutz des Arbeitsmarktes	45
11.	Bleiberecht	45
12.	Rechtsdurchsetzung	47
F.	Die Übereinkommen und die Schweiz	48
1.	Das Übereinkommen Nr. 97	48
2.	Das Übereinkommen Nr. 143	49
G.	Fazit.....	50
II.	Arbeitsmigration aus Sicht der Vereinten Nationen	51
A.	Entstehung und Mandat der UN zur Regelung von Arbeitsmigration	52
B.	Die Wanderarbeitnehmerkonvention im Überblick	54
C.	Die staatlichen Verpflichtungen und Durchsetzungsmöglichkeiten	57
D.	Einzelne Bestimmungen im Allgemeinen	59
1.	Persönlicher Geltungsbereich.....	59
2.	Rekrutierung	63
3.	Informationspflichten und -rechte	63
4.	Wahrung der Menschenrechte	64
5.	Massnahmen gegen irreguläre Migration	65
6.	Anspruch auf Leistungen aus irregulärer Tätigkeit.....	66
7.	Gleichbehandlungsgebot.....	67
8.	Koalitionsfreiheit	69
9.	Berufliche Mobilität und Inländervorrang.....	69
10.	Bleiberecht.....	70
11.	Rechtsdurchsetzung	71
E.	Die Wanderarbeitnehmerkonvention und die Schweiz.....	73
F.	Fazit.....	74

III.	Arbeitsmigration aus Sicht des Europarates	75
A.	Entstehung und Mandat des Europarates zur Regelung von Arbeitsmigration	75
B.	Europäische Menschenrechtskonvention.....	76
C.	Die Instrumente zur Arbeitsmigration im Überblick	77
1.	Europäische Sozialcharta.....	77
2.	Weitere Übereinkommen zu Wanderarbeitnehmern	79
a.	Europäisches Niederlassungsabkommen	79
b.	Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer	79
D.	Die staatlichen Verpflichtungen und Durchsetzungsmöglichkeiten	80
E.	Einzelne Bestimmungen im Allgemeinen.....	82
1.	Persönlicher Geltungsbereich	83
2.	Erleichterung der Erwerbstätigkeit in einem anderen Vertragsstaat	85
3.	Rekrutierung.....	86
4.	Informationspflichten.....	87
5.	Gleichbehandlungsgebot	88
6.	Koalitionsfreiheit.....	89
7.	Inländervorrang	90
8.	Geografische und berufliche Mobilität	91
9.	Bleiberecht	92
10.	Rechtsdurchsetzung.....	93
F.	Die Instrumente des Europarates und die Schweiz	93
G.	Fazit	95
IV.	Fazit: Internationaler Standard zum Schutz von Wanderarbeitnehmern	96
A.	Allgemeines.....	96
B.	Zugangsrechte und persönlicher Geltungsbereich	97
C.	Arbeitsmigrationsrechte und staatliche Verpflichtungen.....	98
4. Kapitel	Freizügigkeitsrechte von Wanderarbeitnehmern in der Europäischen Union.....	103
I.	Vorbemerkungen	103
II.	Entstehung und Zielsetzung unionsrechtlicher Bestimmungen	104
III.	Regelungen betreffend Wanderarbeitnehmer.....	107
A.	Einleitung	107
B.	Arbeitnehmerfreizügigkeit	108
1.	Primärrechtliche Regelung	108
2.	Sekundärrechtliche Regelungen	113

C. Regelungen für Drittstaatsangehörige	114
1. Unionsrechtliche Kompetenznorm	114
2. Rahmenrichtlinie über ein einheitliches Verfahren und ein gemeinsames Bündel von Rechten	117
3. Richtlinie über langfristig Aufenthaltsberechtigte	118
4. Richtlinie über Hochqualifizierte	120
5. Richtlinie über Saisonarbeitnehmer	121
6. Richtlinie über die Einreise und den Aufenthalt zu Forschungs- oder Studienzwecken	122
7. Regelungen betreffend irreguläre Migranten	123
D. Charta der Grundrechte	124
IV. Verpflichtungsadressaten und Durchsetzungsmöglichkeiten	127
A. Verpflichtungsadressaten: Mitgliedstaaten	127
B. Verpflichtungsadressaten: Private	129
C. Durchsetzungsmöglichkeiten	131
V. Einzelne Bereiche	133
A. Zugang zum Arbeitsmarkt	133
1. EU-Staatsangehörige	133
2. Drittstaatsangehörige	134
3. Gegenüberstellung	136
B. Stellensuche und Rekrutierung	137
1. EU-Staatsangehörige	137
2. Drittstaatsangehörige	140
3. Gegenüberstellung	142
C. Zugang zu Informationen	142
1. EU-Staatsangehörige	142
2. Drittstaatsangehörige	143
3. Gegenüberstellung	144
D. Inländervorrang und Schutz des Arbeitsmarktes	144
1. EU-Staatsangehörige	144
2. Drittstaatsangehörige	148
3. Gegenüberstellung	150
E. Geografische und berufliche Mobilität	150
1. EU-Staatsangehörige	150
2. Drittstaatsangehörige	152
a. Geografische und berufliche Mobilität	152
b. Innereuropäische Mobilität	153
3. Gegenüberstellung	156

F. Gleichbehandlungsgebot	157
1. EU-Staatsangehörige	157
2. Drittstaatsangehörige	160
3. Gegenüberstellung	163
G. Kollektive Rechte	163
1. EU-Staatsangehörige	164
2. Drittstaatsangehörige	165
3. Gegenüberstellung	166
H. Beschäftigung irregulärer Wanderarbeitnehmer	166
I. Bleiberecht	169
J. Rechtsdurchsetzung	171
1. EU-Staatsangehörige	171
2. Drittstaatsangehörige	172
VI. Die EU und internationale Abkommen zur Arbeitsmigration	174
VII. Anbindung der Schweiz an die EU	176
VIII. Fazit: Rechte auf Personenfreizügigkeit?	177
A. Arbeitnehmerfreizügigkeit	177
B. Gemeinsame Einwanderungspolitik von Drittstaatsangehörigen	178
C. Gegenüberstellung	180
5. Kapitel Rechtlicher Schutz von Wanderarbeitnehmern in der Schweiz	181
I. Geschichtliche Entwicklung der Regelungen zur Einwanderung	181
A. Verfassungsrechtliche Grundlagen	181
B. Industrialisierung und Weltoffenheit	182
C. Wirtschaftliche Regulierung und Überfremdungsabwehr	185
D. Verfolgung arbeitsmarktlicher Interessen	188
1. Gastarbeiterpolitik	188
2. Krisen	191
E. Europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Recht	193
1. Freizügigkeitsabkommen und flankierende Massnahmen	193
a. Entstehung und Zielsetzung des FZA	193
b. Flankierende Massnahmen	195
2. Ausländer- und Integrationsgesetz	196
3. Masseneinwanderungsinitiative und Revisionen des Ausländer- und Integrationsgesetzes	197
a. Umsetzung Masseneinwanderungsinitiative	197
b. Integrationsvorlage	199
4. Institutionelles Abkommen	200

II.	Überblick über das geltende Arbeits- und Migrationsrecht	201
A.	Rechtsetzungskompetenzen.....	201
B.	Arbeitsrechtliche Regelungen.....	203
1.	Überblick.....	203
2.	Individualarbeitsrecht	203
3.	Öffentliches Arbeitsrecht	205
4.	Kollektives Arbeitsrecht	206
a.	Gesamtarbeitsverträge und Allgemeinverbindlicherklärung	207
b.	Normalarbeitsverträge	207
C.	Migrationsrechtliche Regelungen	208
1.	Überblick.....	208
2.	Freizügigkeitsabkommen.....	208
a.	Auslegung.....	208
b.	Inhaltlicher Überblick	210
c.	Allgemeines und arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot	212
3.	Ausländer- und Integrationsgesetz	214
4.	Asyl- und Einbürgerungsrecht.....	216
III.	Regelungskonzepte des Arbeitsmigrationsrechts – Überleitung	217
IV.	Grundrechtlicher Schutz für Wanderarbeitnehmer	219
A.	Einleitung	219
B.	Freizügigkeitsrechte	220
1.	Recht auf Einreise.....	220
2.	Recht auf Niederlassung.....	223
C.	Schutz der wirtschaftlichen Tätigkeit	225
1.	Recht auf Arbeit	225
a.	Verfassungsrechtlich geschützte Aspekte eines Rechts auf Arbeit	225
b.	Menschenrechtliche Verbürgungen eines Rechts auf Arbeit	226
aa.	Art. 6 UN-Pakt I	226
bb.	Persönlicher Schutzbereich von Art. 6 UN-Pakt I	228
cc.	Weitere menschenrechtliche Garantien eines Rechts auf Arbeit	229
c.	Das Recht auf Arbeit unter migrationsrechtlichem Vorbehalt.....	230
2.	Rechte in der Arbeit	232
a.	Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfmassnahmen.....	232
b.	Arbeitnehmerschutz	235

D. Gleichheitsrechte.....	236
1. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbote.....	236
a. Im schweizerischen Verfassungsrecht	236
b. Menschenrechtliche Diskriminierungsverbote	239
2. Staatsangehörigkeit als Diskriminierungsmerkmal?	241
a. Keine explizite Nennung.....	241
b. Rechtslage in der Schweiz	241
c. Entscheide internationaler Rechtsprechungsorgane	244
aa. Entscheide der UN-Ausschüsse	244
bb. Rechtsprechung des EGMR.....	245
d. Exkurs: Diskriminierungsverbot gemäss Freizügigkeits-	
abkommen	246
e. Zusammenfassende Bewertung	247
E. Zwischenfazit	248
V. Auswirkungen auf das Einzelarbeitsverhältnis.....	250
A. Unselbständige Erwerbstätigkeit.....	250
1. Im Arbeitsvertragsrecht.....	250
2. Im Migrationsrecht	251
a. Im Ausländer- und Integrationsgesetz	251
b. Im Freizügigkeitsabkommen.....	252
B. Voraussetzungen zum Vertragsabschluss	254
1. Duales Zulassungssystem und gesamtwirtschaftliches Interesse	254
2. Vertragsabschluss und migrationsrechtliche Voraussetzungen.....	256
a. Stellensuchende Wanderarbeitnehmer	256
aa. Aufenthalt zum Zweck der Stellensuche	256
bb. Persönliche Voraussetzungen	257
b. Rekrutierung	259
aa. Stellenmeldepflicht.....	259
bb. Diskriminierungsfreier Zugang zum Arbeitsmarkt	
für EU-Staatsangehörige.....	262
cc. Inländervorrang gegenüber Drittstaatsangehörigen	264
dd. Gesuchseinreichung	267
3. Rekrutierung ausländischer Arbeitnehmer über einen Verleiher.....	269
C. Weitere Zugangsschranken zum Schutz des Arbeitsmarktes.....	270
1. Begrenzungsmassnahmen	271
2. Berufe mit Nationalitätsanforderungen	272
D. Information und Beratung	275

E. Inhaltliche Vertragsausgestaltung	277
1. Formfreiheit	277
2. Recht auf Gleichbehandlung im Arbeitsvertragsrecht.....	279
a. Ausgangspunkt: Vertragsfreiheit.....	279
b. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	279
3. Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung.....	281
a. Vertragliche Verabredung.....	281
b. Einzuhaltende Lohnbedingungen gegenüber Drittstaats- angehörigen	281
aa. Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohnbedingungen	281
bb. Durchsetzung des Anspruchs	283
cc. Vertragliche Anpassung des Lohnes	284
c. Diskriminierungsverbot gegenüber EU-Wanderarbeitnehmern	285
aa. Keine staatliche Kontrolle.....	285
bb. Anspruch auf Entgeltgleichheit	285
d. Lohnfortzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung.....	290
aa. Gesetzliche Regelung und Leistungen durch private Krankentaggeldversicherer.....	290
bb. Territoriale Einschränkungen der Leistungserbringung durch Krankentaggeldversicherer	292
4. Weitere Arbeitsbedingungen	296
F. Weitere Einschränkungen der Inhaltsfreiheit zum Schutz des Arbeitsmarktes	299
1. Genuss der in Gesamtarbeitsverträgen vereinbarten Lohn- und Arbeitsbedingungen.....	299
2. Flankierende Massnahmen	301
G. Beschäftigung von Wanderarbeitnehmern ohne Arbeitsbewilligung	303
1. Schwarzarbeit	303
a. Schwarzarbeit im öffentlichen Recht	303
b. Schwarzarbeit im Arbeitsvertragsrecht	305
2. Überprüfungspflicht des Arbeitgebers	305
3. Arbeitsvertrag mit einem Wanderarbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung	307
a. Pflichten des Arbeitgebers	307
b. Zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrags.....	308
c. Aufschub der Wirksamkeit.....	309
aa. Bedingung nach Art. 151 OR	309
bb. Grund für die Bewilligungsverweigerung.....	310
d. Annahmeverzug des Arbeitgebers	312
aa. Im Allgemeinen	312
bb. Folgen für das Arbeitsverhältnis vor Arbeitsaufnahme	313

e. Aufnahme der Erwerbstätigkeit ohne Arbeitsbewilligung	314
aa. Im Allgemeinen	314
bb. Anspruch auf den orts-, berufs- und branchen- üblichen Lohn	314
cc. Beendigung des Arbeitsvertrags	315
4. Privatrechtliche Durchsetzung und öffentlich-rechtliche Kontrolle	317
a. Privatrechtliche Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche	317
b. Massnahmen gegen die Schwarzarbeit	321
5. Würdigung	323
H. Beendigung des Arbeitsvertrags und Bleiberechte	324
1. Beendigung des Arbeitsvertrags	324
2. Berufliche Mobilität	325
3. Unfreiwillige Arbeitslosigkeit	326
a. Erfüllter Aufenthaltszweck bei Drittstaatsangehörigen	326
b. Verlust der Arbeitnehmereigenschaft bei EU-Staatsangehörigen	328
aa. Im Allgemeinen	328
bb. Unfreiwillige Beendigung des Arbeitsverhältnisses im ersten Jahr	330
cc. Unfreiwillige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach den ersten zwölf Monaten	332
4. Verbleiberechte bei Erwerbsunfähigkeit	334
I. Rechtsdurchsetzung	337
J. Zwischenfazit	338
VI. Anbindung der Schweiz an das internationale und europäische Recht	340
A. Die Schweiz und der internationale Standard zum Schutz der Wanderarbeitnehmer	340
B. Personenfreizügigkeit in der Schweiz	344
VII. Fazit: Schutz für Wanderarbeitnehmer in der Schweiz	347
A. Berücksichtigung staatlicher Interessen	347
B. Rechte der Wanderarbeitnehmer	350
1. Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit und Bewilligungsart	350
2. Rechte auf Zugang und Rechte in der Arbeit	350

6. Kapitel	Regelungskonzepte des Arbeitsmigrationsrechts im Beschäftigungsstaat	353
I.	Zielsetzung der Arbeit.....	353
II.	Interessen verschiedener Akteure.....	353
III.	Arbeitsmigrationsrechtliche Regelungen	354
A.	Im internationalen Recht	354
B.	Im Recht der Europäischen Union.....	356
C.	Im schweizerischen Recht.....	357
IV.	Normen eines «Arbeitsmigrationsrechts»	358
A.	Rechtsgebiet «Arbeitsmigrationsrecht»	358
1.	Gegenstand	358
2.	Bedeutung der Staatsangehörigkeit und des ausländer- rechtlichen Status.....	359
3.	Zugang zu einer Erwerbstätigkeit	360
4.	Rechte im Arbeitsverhältnis	361
B.	Spannungsfeld «Arbeitsmigrationsrecht» am Beispiel der Schweiz	362
	Stichwortverzeichnis.....	367