Ausländische Staatsangehörige als Arbeitnehmer

Rechtliche Fragestellungen an der Schnittstelle des Arbeits- und Migrationsrechts

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Cornelia Junghanss

von

Baden (Aargau)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Kurt Pärli

und

Prof. Dr. Benjamin Schindler

Dissertation Nr. 5050

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2021

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 19. Oktober 2020

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 38 der Schriftenreihe
«Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen»,
herausgegeben von Prof. Dr. Roland Müller, Prof. Dr. Thomas Geiser
und Prof. Dr. Kurt Pärli
ISBN 978-3-03891-284-2

Vorwort

Die Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation wäre ohne die Unterstützung verschiedener Personen nicht möglich gewesen. Mein herzlicher Dank gilt zunächst Prof. Dr. Kurt Pärli für die Betreuung der Dissertation, sein Interesse an meinem Themenvorschlag und die grosse Freiheit, die er mir beim Verfassen der Arbeit gewährte. Prof. Dr. Benjamin Schindler danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine hilfreichen Anmerkungen zum Manuskript.

Zusätzlich danke ich Prof. Dr. Roland Müller, Prof. Dr. Thomas Geiser und Prof. Dr. Kurt Pärli für die Aufnahme dieser Dissertation in die Schriftenreihe «Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen».

Im Weiteren danke ich allen, die mit anregendem Gedankenaustausch, aufmunternden Worten oder Hilfestellung im (Arbeits-)Alltag zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen haben. Dank gebürt auch meinen Freundinnen und Freunden, die zwischendurch für den notwendigen Ausgleich zur Recherche- und Schreibarbeit gesorgt und mich in moralischer Hinsicht unterstützt haben. Vor allem aber gebührt ganz besonderer Dank meinen Eltern, die mich immer unterstützt und damit viel zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Wettingen, im November 2020

Cornelia Junghanss

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: *Multilateral Framework on Labour Migration* 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 Freizügigkeitsabkommen 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 Drittstaatsangehörigen ... 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 branchenüblichen 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 ausländerrechtlichen Status 359

3. Zugang zu einer Erwerbstätigkeit 360

4. Rechte im Arbeitsverhältnis 361

B. Spannungsfeld «Arbeitsmigrationsrecht» am Beispiel der Schweiz 362

Stichwortverzeichnis 367

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden mit dem Namen des Verfassers oder der Verfasserin zitiert und gegebenenfalls mit dem in Klammern gesetzten Stichwort. Auf weiterführende, in diesem Verzeichnis nicht enthaltene Literatur, wird in den Fussnoten an den einschlägigen Stellen verwiesen.

ACHERMANN ALBERTO	Migration und Völkerrecht, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, Bern 2005, S. 89 ff.
ACHERMANN ALBERTO/ AMARELLE CESLA/ KURT STEFANIE	Kommentierung zu Art. 56 AuG, in: Nguyen Minh Son/Amarelle Cesla (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers (LEtr), Bern 2017.
ACHERMANN ALBERTO/ CARONI MARTINA/ KÄLIN WALTER	Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin Walter et al. (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 155 ff.
AFONSO ALEXANDRE	When the Export of Social Problems Is No Longer Possible: Immigration Policies and Unemployment in Switzerland, Social Policy and Administration 2005, S. 653 ff.
AMARELLE CESLA	Les migrations économiques sans status légal: l'environnement normatif des sans-papiers, in: Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (Hrsg.), Migrations et économie, L'accès des étrangers à la vie économique: les normes et leur application, Bern 2010, S. 125 ff.
ANDERMATT ARTHUR	Koalitions- und Streikrecht, in: Andermatt Arthur et al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 3 ff.
ANDERSON BRIDGET	Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers, Work, Employment and Society 2010, S. 300 ff.
ARTHURS HARRY	Labour Law after Labour, in: Davidov Guy/Langille Brian (Hrsg.), The Idea of Labour Law, Oxford 2011, S. 13 ff.
ASHIAGBOR DIAMOND	Kommentierung zu Art. 15 GRC, Freedom to Choose an Occupation and Right to Engage in Work, in: Peers et al. (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, Oxford/Portland 2014.

BACHMANN ROLAND	Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandberührung, ArbR 2010, S. 53 ff.
BAERISWYL BRUNO	Datenschutz, in: Uebersax Peter et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009, S. 635 ff.
BARNARD CATHERINE	EU Employment Law, 4. Aufl., Oxford 2012.
BARNARD CATHERINE	Kommentierung zu Art. 28 GRC, Right of Collective Bargaining and Action, in: Peers et al. (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, Oxford/Portland 2014.
BAST JÜRGEN	Illegaler Aufenthalt und europarechtliche Gesetzgebung, ZAR 2012, S. 1 ff.
BATTISTELLA GRAZIANO	Migration and human rights: the uneasy but essential relationship, in: Cholewinski Ryszard/de Guchteneire Paul/Pécoud Antoine (Hrsg.), Migration and Human Rights, The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights, Cambridge 2009, S. 47 ff.
BAUMGÄRTNER ALEX	Industrial Relations in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss. Eichstätt-Ingolstadt, Baden-Baden 2013.
BERENSTEIN ALEXANDRE/ MAHON PASCAL/ DUNAND JEAN-PHILIPPE	Labour Law in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2018.
BERNSDORFF NORBERT	Kommentierung zu Art. 15 GRC, in: Meyer Jürgen/Hölscheidt Sven (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019.
BESSON SAMANTHA	Sovereignty, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2011.
BIAGGINI GIOVANNI	BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.
BIANCHI DORIS	Kommentierung zu Art. 356a OR, in: Andermatt Arthur et al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 199 ff.
BIEBER ROLAND/ KOTZUR MARKUS	Entwicklung und Theorie der Europäischen Integration, in: Bieber Roland et al. (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 13. Aufl., Baden-Baden/Basel 2019, S. 37 ff.

Bigler-Eggenberger Margrith/ Schweizer Rainer J.	Kommentierung zu Art. 41 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014.
Boeles Pieter et al.	European Migration Law, 2. Aufl., Cambridge/Antwerpen/Portland 2014.
Boillet Véronique	L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Diss. Lausanne, Basel 2010.
Boillet Véronique/ Maiani Francesco	La «préférence indigène light» et sa compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes, Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, Bern 2017, S. 61 ff.
Bolzli Peter	Kommentierung zu Art. 32, Art. 33 und Art. 38 AIG, in: Spescha Marc et al. (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019.
Borghi Alvaro	La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Genf/Lugano/Brüssel 2010.
Brazerol Riccardo	Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit, Die Rechtslage in der Schweiz mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit der Notare in der EU, Jusletter vom 28.10.2013.
Brechmann Winfried	Kommentierung zu Art. 45 AEUV, in: Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., München 2016.
Brillat Regis	The European Social Charter, in: Gudmundur Alfredsson et al. (Hrsg.), International Human Rights Monitoring Mechanisms, Essays in Honour of Jakob Th. Möller, 2. Aufl., Leiden/Bosten 2009, S. 503 ff.
Brinkmann Gisbert	Equal Treatment on the Ground of Nationality for EU Migrant Workers, EJML 2015, S. 239 ff.
Bruchez Christian	Kommentierung zu Art. 356 OR, in: Andermatt Arthur et al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 157 ff.
Campisi Laura	Die rechtliche Erfassung der Integration im schweizerischen Migrationsrecht, Zwischen rechtlichen Vorgaben und innenpolitischen Realitäten, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2014.
Caroni Martina et al.	Migrationsrecht, 4. Aufl., Bern 2018.

CEROTTINI ERIC	Collaboration et communications au sens des articles 11 et 12 LTN, in: Wyler Rémy (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens, Bern 2009, S. 455 ff.
CHANSON ESTELLE	Compatibilité des dispositions de la LTN avec la LPD, in: Wyler Rémy (Hrsg.), Panorama II en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens, Bern 2012, S. 311 ff.
CHOLEWINSKI RYSZARD	The Legal Status of Migrants admitted for Employment, Committee of experts on the legal status and rights of immigrants, A comparative study of law and practice in selected European states, Strassburg 2002 (zit. Legal Status).
CHOLEWINSKI RYSZARD	Migrant Workers, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2007 (zit. Migrant Workers).
CHOLEWINSKI RYSZARD	Migration for Employment, in: Plender Richard (Hrsg.), Issues in International Migration Law, Leiden/Bosten 2015, S. 27 ff. (zit. Migration for Employment).
COLLINS HUGH	Theories of Rights as Justifications for Labour Law, in: Davidov Guy/Langille Brian (Hrsg.), The Idea of Labour Law, Oxford 2011, S. 137 ff.
CRAWFORD JAMES R.	State, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2011.
CREVOISIER CÉCILE	Der Diskriminierungsbegriff – eine Auslegeordnung von Lehre und Rechtsprechung, Jusletter vom 06.06.2016.
DAVET SUZANNE	Meldepflichten von Behörden bei illegalem Aufenthalt, BJM 2010, S. 57 ff.
DAVIES A.C.L.	Perspectives on Labour Law, Cambridge 2004 (zit. Perspectives).
DAVIES A.C.L.	EU Labour Law, Cheltenham/Northampton 2012 (zit. EU Labour Law).
DE GUCHTENEIRE PAUL/ PÉCOUD ANTOINE	Introduction: The UN Convention on Migrant Workers' Rights, in: Cholewinski Ryszard/de Guchteneire Paul/ Pécoud Antoine (Hrsg.), Migration and Human Rights, The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights, Cambridge 2009, S. 1 ff.
DEGEN BERNARD	Die Anfänge der Arbeiterbewegung, in: Boillat Valérie et al. (Hrsg.), Vom Wert der Arbeit, Schweizer Gewerkschaften – Geschichte und Geschichten, Zürich 2006, S. 17 ff. (zit. Anfänge).

DEGEN BERNARD	Aufstieg und Klassenkampf, in: Boillat Valérie et al. (Hrsg.), Vom Wert der Arbeit, Schweizer Gewerkschaften – Geschichte und Geschichten, Zürich 2006, S. 61 ff. (zit. Aufstieg).
DEGEN BERNARD	Weltwirtschaftskrise und Zweiter Weltkrieg, in: Boillat Valérie et al. (Hrsg.), Vom Wert der Arbeit, Schweizer Gewerkschaften – Geschichte und Geschichten, Zürich 2006, S. 181 ff. (zit. Weltwirtschaftskrise).
DEGEN BERNARD	Hochkonjunktur und Kalter Krieg, in: Boillat Valérie et al. (Hrsg.), Vom Wert der Arbeit, Schweizer Gewerkschaften – Geschichte und Geschichten, Zürich 2006, S. 229 ff. (zit. Hochkonjunktur).
DEGEN BERNARD	Neue Krisen, neue Wege, in: Boillat Valérie et al. (Hrsg.), Vom Wert der Arbeit, Schweizer Gewerkschaften – Geschichte und Geschichten, Zürich 2006, S. 285 ff. (zit. Krisen).
DEMIR EYLEM	Die Internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 7 ff. (zit. Internationale Dimension).
DEMIR EYLEM	Kollektive Rechte, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 841 ff. (zit. Kollektive Rechte).
DEWHURST ELAINE	The Right of Irregular Immigrants to Back Pay, The Spectrum of Protection in International, Regional, and National Legal Systems, in: Costello Cathryn/Freedland Mark (Hrsg.), Migrants at Work, Immigration and Vulnerability in Labour Law, Oxford 2014, S. 216 ff.
DHIMA GIORGIO	Politische Ökonomie der schweizerischen Ausländerregelung, Eine empirische Untersuchung über die schweizerische Migrationspolitik und Vorschläge für ihre künftige Gestaltung, Diss. Basel, Chur/Zürich 1991.
DI PASCALE ALESSIA	Exceptional Duties to Admit Aliens, in: Plender Richard (Hrsg.), Issues in International Migration Law, Leiden/Boston 2015, S. 201 ff.
DORSSEMONT FILIP	Kommentierung zu Art. 12 Abs. 1 GRC, Freedom of Assembly and of Association, in: Peers et al. (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, Oxford/Portland 2014.

EDELENBOS CARLA	Committee on Migrant Workers and implementation of the ICRMW, in: Cholewinski Ryszard/de Guchteneire Paul/Pécoud Antoine (Hrsg.), Migration and Human Rights, The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights, Cambridge 2009, S. 100 ff.
EGLI PATRICIA	Kommentierung zu Art. 24 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014.
EGLI PHILIPP/ MEYER TOBIAS D.	Kommentierung zu Art. 11 AuG, in: Caroni Martina/ Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010.
EPINEY ASTRID	Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, S. 25 ff. (zit. Verbot der Diskriminierung).
EPINEY ASTRID	Rechtsschutzsystem, in: Bieber Roland et al. (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 13. Aufl., Baden-Baden/Basel 2019, S. 252 ff. (zit. Rechtsschutzsystem).
EPINEY ASTRID	Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Bieber Roland et al. (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 13. Aufl., Baden-Baden/Basel 2019, S. 353 ff. (zit. Arbeitnehmerfreizügigkeit).
EPINEY ASTRID	Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik, in: Bieber Roland et al. (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 13. Aufl., Baden-Baden/Basel 2019, S. 465 ff. (zit. Einwanderungspolitik).
EPINEY ASTRID/ BLASER GAËTAN	Kommentierung zu Art. 1, Art. 4 und Art. 7 FZA, in: Nguyen Minh Son/Amarelle Cesla (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014.
EPINEY ASTRID/ METZ BEATE/ PIRKER BENEDIKT	Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich/Genf/Basel 2012.
EPINEY ASTRID/ NÜESCH DANIELA	Inländervorrang und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2018, S. 6 ff.
ESER ALBIN/ KUBICIEL MICHAEL	Kommentierung zu Art. 47 GRC, in: Meyer Jürgen/Hölscheidt Sven (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019.

Fargahi Babak	Aufenthaltsbeendende Massnahmen gegenüber dauerhaft anwesenden Ausländern im Lichte des Rechts auf Einreise in das eigene Land gemäss Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II, ASYL 2012, S. 34 f.
Freedland Mark/ Costello Cathryn	Migrants at Work and the Division of Labour Law, in: Costello Cathryn/Freedland Mark (Hrsg.), Migrants at Work, Immigration and Vulnerability in Labour Law, Oxford 2014, S. 1 ff.
Freiburghaus Dieter/ Guggisberg Brigitte	Die schweizerische Ausländerpolitik seit 1850, Eine Analyse auf dem Hintergrund politisch-ökonomischer Paradigmen, in: Geiser Thomas/Schmid Hans/Walter-Busch Emil (Hrsg.), Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, Wirtschaftliche, rechtliche und soziale Perspektiven, Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 137 ff.
Frowein Jochen A.	United Nations (UN), in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2013.
Fuchs Maximilian/ Marhold Franz	Europäisches Arbeitsrecht, Handbuch, 5. Aufl., Wien 2018.
Fudge Judy	Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers, Comparative Labor Law and Policy Journal 2012/ 2013, Vol. 34, S. 95 ff.
Fudge Judy/ Herzfeld Olsson Petra	The EU Seasonal Workers Directive: When Immigration Controls meet Labour Rights, EJML 2014, S. 439 ff.
Gächter Thomas	Kommentierung zu Art. 110 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/ Genf/St. Gallen 2014.
Gächter Thomas/ Werder Gregori	Kommentierung zu Art. 41 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.
Gastaldi Silvia	L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Epiney Astrid/Gordzielik Teresia (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, S. 121 ff.
Geiser thomas/ Müller Roland/ Pärli Kurt	Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019.
Giegerich Thomas	Rechtliche Steuerung der Einwanderung – Vergleichende Analyse nationaler Modelle im Spiegel zunehmender internationalrechtlicher Vorgaben, in: Giege-

	rich Thomas/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Einwanderungsrecht – national und international, Staatliches Recht, Europa- und Völkerrecht, Opladen 2001, S. 481 ff.
GLOOR WERNER	Commentaire de l'ATF 135 III 162, 1re Cour de droit civil, Arrêt du 16 Décembre 2008 (4A_319/2008), ARV 2009, S. 209 ff.
GÖKSU TARKAN	Kommentierung zu Art. 122 AuG, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010.
GOOD ANDREA/BOSSHARD TITUS	Kommentierung zu Art. 30 AuG, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010.
GOOD CHRISTOPH	Arbeit und Industrie – Die Geschichte des Arbeitsrechts und der Industriegesetzgebung in der Schweiz, in: Gschwend Lukas/Pahud de Mortanges René (Hrsg.), Wirtschaftsrechtsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa, Zur Wechselwirkung zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen im Rahmen der grossen Transformation 1750–1850, Zürich/St. Gallen 2009, S. 43 ff.
GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA	Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016.
GRAHL-MADSEN ATLE/MELANDER GÖRAN/RING ROLF	Article 13 UDHR, in: Alfredsson Gudmundur/Eide Asbjørn (Hrsg.), The Universal Declaration of Human Rights, A Common Standard of Achievement, Den Haag/Boston/London 1999, S. 265 ff.
GRANT STEFANIE	The recognition of migrants' rights within the UN human rights system, The first 60 years, in: Dembour Marie-Bénédicte/Kelly Tobias (Hrsg.), Are Human Rights for Migrants?, Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States, Abingdon 2011, S. 25 ff.
GROENENDIJK KEES	Introduction: Migration and Law in Europe, in: Guild Elspeth/Minderhoud Paul (Hrsg.), The First Decade of EU Migration and Asylum Law, Leiden/Bosten 2012, S. 1 ff. (zit. Introduction).
GROENENDIJK KEES	Recent Developments in EU Law on Migration: The Legislative Patchwork and the Court's Approach, EJML 2014, S. 313 ff. (zit. Developments).

Grossen Dieter W./ de Coulon Claire	Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Thürer Daniel et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 135 ff.
Guild Elspeth	The European Convention on the Legal Status of Migrant Workers (1977), An Analysis of its Scope and Benefits, Nijmegen 1999 (zit. Legal Status).
Guild Elspeth	The EU's Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration, in: Costello Cathryn/Freedland Mark (Hrsg.), Migrants at Work, Immigration and Vulnerability in Labour Law, Oxford 2014, S. 98 ff. (zit. Internal Market).
Gundel Jörg	Grundrechtsberechtigte, in: Grabenwarter Christoph (Hrsg.), Europäischer Grundrechteschutz, Baden-Baden 2014, S. 109 ff.
Haag Marcel/ Kotzur Markus	Rechtsquellen, in: Bieber Roland et al. (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 13. Aufl., Baden-Baden/Basel 2019, S. 191 ff.
Häberli Christoph/ Husmann David	Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015.
Hailbronner Kay/ Herzog-Schmidt Julia	Blue Card Directive 2009/50/EC, in: Hailbronner Kay/ Thym Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl., München 2016, S. 764 ff.
Hailbronner Kay/ Thym Daniel	Constitutional Framework and Principles for Interpretation, in: Hailbronner Kay/Thym Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl., München 2016, S. 1 ff.
Hanhimäki Jussi M.	The United Nations, A Very Short Introduction, 2. Aufl., New York 2015.
Harris David/ Darcy John	The European Social Charter, 2. Aufl., Ardsley 2001.
Haug Werner	«… und es kamen Menschen», Ausländerpolitik und Fremdarbeit in der Schweiz 1914–1980, Basel 1980.
Herdegen Matthias	Europarecht, 21. Aufl., München 2019.
Hilpold Peter	Migration und Internationales Wirtschaftsrecht, in: Hilpold Peter/Perathoner Christoph (Hrsg.), Immigration und Integration, Völkerrechtliche und europarechtliche Antworten auf eine zentrale Herausforderung der Zeit, Frankfurt am Main 2010, S. 13 ff.

HOLMES MADELYN	Forgotten Migrants, Foreign Workers in Switzerland before World War I, Cranbury/London/Mississauga 1988.
HÖSLI ALWIN	Schwarzarbeit, Ursachen, Formen, Zusammenhänge und Wirkungen illegaler Beschäftigung sowie Vorschläge zu deren substantieller Bekämpfung, Diss. Zürich, Bern 2002.
IGLESIAS SÁNCHEZ SARA	Single Permit Directive 2011/98/EU, in: Hailbronner Kay/Thym Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl., München 2016, S. 880 ff. (zit. Single Permit).
IGLESIAS SÁNCHEZ SARA	Free Movement of Third Country Nationals in the European Union?, Main Features, Deficiencies and Challenges of the new Mobility Rights in the Area of Freedom, Security and Justice, ELJ 2009, S. 791 ff. (zit. Free Movement).
IMHOF EDGAR	Die Bedeutung menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote für die soziale Sicherheit, Theorie und Praxis zu den Diskriminierungsverboten nach EMRK, UN-Pakt I und II, KRK, FDK und RDK, Jusletter vom 07.02.2005.
JAAG TOBIAS/ HÄNNI JULIA	Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015.
JOPPKE CHRISTIAN	Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain, Oxford 1999.
JUNGHANSS CORNELIA	Regelungskonzept des schweizerischen Arbeitsrechts, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 273 ff. (zit. Regelungskonzept).
JUNGHANSS CORNELIA	Personenfreizügigkeit, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 480 ff. (zit. Personenfreizügigkeit).
JUNGHANSS CORNELIA	Allgemeiner Arbeitnehmerschutz (Gesundheitsschutz und Mutterschutz), in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 662 ff. (zit. Arbeitnehmerschutz).

KÄLIN WALTER	Ausländerdiskriminierung, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 561 ff. (zit. Ausländerdiskriminierung).
KÄLIN WALTER	Die Bedeutung der Menschenrechte für das Migrationsrecht, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, Bern 2005, S. 75 ff. (zit. Bedeutung der Menschenrechte).
KÄLIN WALTER/ CARONI MARTINA	Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, ZSR 1999 Beih. 29, S. 67 ff.
KÄLIN WALTER/ KÜNZLI JÖRG	Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. Menschenrechtsschutz).
KIENER REGINA/ BREITENBÜCHER DANIELLE	Das Recht von Sans-Papiers auf Justizzugang, ZBl 2019, S. 356 ff.
KIENER REGINA/ KÄLIN WALTER/ WYTTENBACH JUDITH	Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
KIENER REGINA/ MEDICI GABRIELA	Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz, Grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte, ZSR 2014 I, S. 133 ff.
KILPATRICK CLAIRE	Kommentierung zu Art. 21 GRC, Non-Discrimination, in: Peers et al. (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, Oxford/Portland 2014.
KOLBEN KEVIN	Labor Rights as Human Rights?, Virginia Journal of International Law 2010, Vol. 50:2, S. 449 ff.
KREUSCHITZ VIKTOR	Vorbemerkung zu den Artikeln 45 bis 48 AEUV sowie Kommentierung zu Art. 45 AEUV, in: von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Baden-Baden 2015.
KUGELMANN DIETER	Migration, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2009.
KÜNZLI JÖRG/ KÄLIN WALTER	Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin Walter et al. (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 105 ff. (zit. Bedeutung des UNO-Paktes).

LEESON PETER T./ GOCHENOUR ZACHARY	The Economic Effects of International Labour Mobility, in: Powell Benjamin (Hrsg.), The Economics of Immigration: Market-Based Approaches, Social Science and Public Policy, Oxford 2015, S. 11 ff.
LEUENBERGER CHRISTOPH	Kommentierung zu Art. 122 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/ St. Gallen 2014.
LINDER WOLF	Europe and Switzerland: Europeanization without EU membership, in: Trampusch Christine/Mach André (Hrsg.), Switzerland in Europe, Continuity and change in the Swiss political economy, London/New York 2011, S. 43 ff.
LOOSER FABIAN	Der Personalverleih, Unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih, Diss. Basel, Basel 2015.
LOSADA ROSA MARIA	Kommentierung zu Art. 3 AuG, in: Caroni Martina/ Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010.
LU HAINA	The Personal Application of the Right to Work in the Age of Migration, Netherlands Quarterly of Human Rights 2008, S. 43 ff.
MAGGETTI MARTINO/ AFONSO ALEXANDRE/ FONTANA MARIE-CHRISTINE	The more it changes, the more it stays the same?, in: Trampusch Christine/Mach André (Hrsg.), Switzerland in Europe, Continuity and change in the Swiss political economy, London/New York 2011, S. 205 ff.
MAHNIG HANS/ PIGUET ETIENNE	Die Immigrationspolitik der Schweiz von 1948 bis 1998: Entwicklung und Auswirkungen, in: Wicker Hans-Rudolf/ Fibbi Rosita/Haug Werner (Hrsg.), Migration und die Schweiz, Zürich 2003, S. 65 ff.
MANTOUVALOU VIRGINIA	Are Labour Rights Human Rights?, ELLJ 2012, S. 151 ff. (zit. Labour Rights).
MANTOUVALOU VIRGINIA	Organizing against Abuse and Exclusion, The Associational Rights of Undocumented Workers, in: Costello Cathryn/Freedland Mark (Hrsg.), Migrants at Work, Immigration and Vulnerability in Labour Law, Oxford 2014, S. 381 ff. (zit. Abuse and Exclusion).
MARTIN-KÜTTEL RAHEL	Zweckbindung der Aufenthaltsbewilligung erwerbstätiger Drittstaatsangehöriger, Diss. Zürich, Zürich/Basel/ Genf 2006.

MATT ISABEL	Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf, 2014.
MEDICI GABRIELA NAEMI	Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten, Menschenrechtliche Vorgaben und staatliche Handlungspflichten, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015.
MEISE BARBARA/ HUGUENIN CLAIRE	Kommentierung zu Art. 19/20 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar BSK, Obligationenrecht I, Art. 1 bis 529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.
MONA MARTINO	Das Recht auf Immigration, Rechtsphilosophische Begründung eines originären Rechts auf Einwanderung im liberalen Staat, Diss. Basel, Basel 2007.
MUND CLAUDIA	Kommentierung zu Art. 97 AuG, in: Caroni Martina/ Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010.
NÄGELI CATARINA/ SCHOCH NIK	Ausländische Personen als Straftäter und Straftäterinnen, in: Uebersax Peter et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009, S. 1099 ff.
NAGUIB TAREK	Migration, in: Naguib Tarek et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014, S. 325 ff.
NGUYEN MINH SON	Le travailleur, l'indépendant, le prestataire des services et le travailleur détaché en droit suisse des migrations économiques, in: Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (Hrsg.), Migrations et économie, L'accès des étrangers à la vie économique: les normes et leur application, Bern 2010, S. 67 ff.
NGUYEN MINH SON	Kommentierung zu Art. 38 AuG, in: Nguyen Minh Son/ Amarelle Cesla (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers (LEtr), Bern 2017.
NIDERÖST PETER	Sans-Papiers in der Schweiz, in: Uebersax Peter et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009, S. 373 ff.

NOWAK MANFRED	U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl 2005.
NÜSSLE TAMARA	Kommentierung zu Art. 32 und Art. 33 AuG, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010.
O'CINNÉIDE COLM	Migrant Rights under the European Social Charter, in: Costello Cathryn/Freedland Mark (Hrsg.), Migrants at Work, Immigration and Vulnerability in Labour Law, Oxford 2014, S. 282 ff.
OCHS MARTIN	Indikatoren und Benchmarks in UN-Menschenrechtsverfahren – eine rechtliche Analyse, Diss. Mannheim, Stuttgart 2011.
OTT LISA	Kommentierung zu Art. 18, Art. 20, Art. 21 und Art. 23 AuG, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010.
PÄRLI KURT	Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil. St. Gallen, Bern 2009 (zit. Vertragsfreiheit).
PÄRLI KURT	Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 2015, S. 1671 ff. (zit. Bedeutung der EMRK).
PÄRLI KURT	Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke, Jusletter vom 11.05.2015 (zit. Möglichkeiten und Schranken).
PÄRLI KURT	Übersicht zu den Formen der Einwirkung des EU- und des internationalen Rechts, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 431 ff. (zit. Formen der Einwirkung).
PÄRLI KURT	Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 611 ff. (zit. Gleichbehandlungsgebote).

PÄRLI KURT	Eurolohn: Berufung auf das Diskriminierungsverbot ist rechtsmissbräuchlich, Kritische Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A_230/2018 vom 15. Januar 2019, Jusletter vom 20.05.2019 (zit. Eurolohn).
PÄRLI KURT/ HUG JULIA	Freiwillige Taggeldversicherung nach KVG und VVG, in: Steiger-Sackmann Sabine/Mosimann Hans-Jakob (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Sozialversicherungen, Opferhilfe, Sozialhilfe: beraten und prozessieren, Basel 2014, S. 531 ff.
PÄRLI KURT/ HUG JULIA/ PETRIK ANDREAS	Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015.
PÄRLI KURT/ JUNGHANSS CORNELIA	Kommentierung zu Art. 7 EntsG, in: Pärli Kurt (Hrsg.), Entsendegesetz (EntsG), Bern 2018.
PÄRLI KURT/ STUDER MELANIE	Arbeit und Existenzsicherung, in: Naguib Tarek et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014, S. 121 ff.
PEERS STEVE	Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights, in: Guild Elspeth/Minderhoud Paul (Hrsg.), The First Decade of EU Migration and Asylum Law, Leiden/Bosten 2012, S. 437 ff. (zit. Charter of Fundamental Rights).
PEERS STEVE ET AL.	EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary), Volume 2: EU Immigration Law, 2. Aufl., Leiden/ Boston 2012.
PETERS ANNE	Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2020 (zit. Völkerrecht).
PETERS ANNE	Internationale Arbeiterrechte als subjektive internationale Rechte, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 465 ff. (zit. Arbeiterrechte).
PETERS ANNE/ KÖNIG DORIS	Das Diskriminierungsverbot, in: Dörr Oliver/Grote Rainer/Marauhn Thilo (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Band II, Kapitel 20–33, 2. Aufl., Tübingen 2013, S. 1301 ff.
PETRY ROSWITHA	La situation juridique des migrants sans statut légal, Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel 2013.

Piguet Etienne	L'immigration en Suisse, Soixante ans d'entrouverture, 3. Aufl., Lausanne 2013.
Pirker Benedikt	Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft im Freizügigkeitsabkommen, AJP 2014, S. 1217 ff. (zit. Arbeitnehmereigenschaft).
Pirker Benedikt	Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl 2015, S. 295 ff. (zit. Auslegung).
Polakiewicz Jörg	Council of Europe (COE), in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2019.
Portmann Wolfgang/ Rudolph Roger	Kommentierung zu Art. 319–362 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar BSK, Obligationenrecht I, Art. 1 bis 529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.
Portmann Wolfgang/ Wildhaber Isabelle	Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.
Progin-Theuerkauf Sarah	Kommentierung zu Art. 79 AEUV, in: von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Baden-Baden 2015.
Pulver Bernhard	L'interdiction de la discrimination, Étude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Diss. Neuenburg, Basel 2003.
Rapp Fritz	Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt am Main 1985, S. 277 ff.
Rehbinder Manfred/ Stöckli Jean-Fritz	Berner Kommentar BK, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 1. Abschnitt, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010.
Rehbinder Manfred/ Stöckli Jean-Fritz	Berner Kommentar BK, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014.
Rhinow René/ Schefer Markus/ Uebersax Peter	Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rodgers Gerry et al.	The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919–2009, Genf 2009.
Roncoroni Giacomo	Kommentierung zu Art. 359–360f OR, in: Andermatt Arthur et al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 311 ff.
Roncoroni Giacomo	Kommentierung zu Art. 1–21 AVEG, in: Andermatt Arthur et al. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 383 ff.
Rossi Matthias	Kommentierung zu Art. 79 AEUV, in: Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., München 2016.
Roth Pellanda Katja	Kommentierung zu Art. 151 und Art. 156 OR, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
Rouiller Florence	Kommentierung zu Art. 122 AuG, in: Nguyen Minh Son/Amarelle Cesla (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers (LEtr), Bern 2017.
Ruhs Martin	The Price of Rights, Regulating International Labor Migration, Princeton/Oxford 2013 (zit. Price of Rights).
Ruhs Martin	Immigration and Labour Market Protectionism, Protecting Local Workers' Preferential Access to the National Labour Market, in: Costello Cathryn/Freedland Mark (Hrsg.), Migrants at Work, Immigration and Vulnerability in Labour Law, Oxford 2014, S. 60 ff. (zit. Immigration).
Sauer Heiko	International Labour Organization (ILO), in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2014.
Saul Ben/ Kinley David/ Mowbray Jacqueline	The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Commentary, Cases, and Materials, Oxford 2014.
Schierle Florian	Employers Sanctions Directive 2009/52/EC, in: Hailbronner Kay/Thym Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl., München 2016, S. 836 ff.

SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M.	Kommentierung zu Art. 28 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.
SCHMID HANS	Friedensabkommen und Sozialpartnerschaft in der Schweiz, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Carl Bertelsmann-Preis, Symposium 1988, Zwischen Konflikt und Kooperation: Der Beitrag der Tarifparteien zur Entwicklung der Gesellschaft, Gütersloh 1989, S. 55 ff.
SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/ TROILLET ANNE	Assurance perte de gain maladie collective selon la LCA et situations transfrontalières, SZS 2013, S. 251 ff.
SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE	Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro: que dit le droit du travail?, Jusletter vom 08.08. 2011.
SCHWANDER IVO	Ausländische Personen und Privatrecht, in: Uebersax Peter et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009, S. 43 ff.
SCHWEIZER RAINER J.	Vorbemerkungen zu Art. 7–36 BV sowie Kommentierung zu Art. 8 Abs. 1 und 2 BV und Art. 35 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014.
SENTI MARTIN	Internationale Regime und nationale Politik, Die Effektivität der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) im Industrieländervergleich, Bern/Stuttgart/Wien 2002.
SERVAIS JEAN-MICHEL	International Labour Law, 5. Aufl., Alphen aan den Rijn 2017.
SLINCKX ISABELLE	Migrants' rights in UN human rights conventions, in: Cholewinski Ryszard/de Guchteneire Paul/Pécoud Antoine (Hrsg.), Migration and Human Rights, The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights, Cambridge 2009, S. 122 ff.
SPESCHA MARC	Das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) im Lichte menschen- und (grund)rechtlicher Bestimmungen sowie rechtspolitischer Überlegungen, ARV 2003, S. 205 ff. (zit. Schwarzarbeit).
SPESCHA MARC	Kommentierung zu Art. 3, Art. 11, Art. 18, Art. 20, Art. 21, Art. 22, Art. 23, Art. 91 und Art. 97 AIG, in: Spescha Marc et al. (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019.

SPESCHA MARC ET AL.	Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020.
SPIESS KATHARINA	Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen, Ein Instrument zur Stärkung der Rechte von Migrantinnen und Migranten in Deutschland, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2007.
SSENYONJO MANISULI	Economic, Social and Cultural Rights in International Law, 2. Aufl., Oxford/Portland 2016.
STEARNS PETER N.	The Industrial Revolution in World History, Boulder/San Francisco/Oxford 1993.
STERN JOACHIM/ TOHIPIDUR TIMO	Migration von Drittstaatsangehörigen, in: von Arnauld Andreas (Hrsg.), Europäische Aussenbeziehungen, Baden-Baden 2014, S. 769 ff.
STÖCKLI JEAN-FRITZ	Schweizerisches Arbeitsrecht und europäische Integration, ZSR 1993 2. Halbband, S. 1 ff. (zit. Arbeitsrecht).
STÖCKLI JEAN-FRITZ	Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen, ARV online 2012, Nr. 262 (zit. Lohngleichheit).
STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN/ RUDOLPH ROGER	Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.
SWEPSTON LEE	The Development in International Law of Articles 23 and 24 of the Universal Declaration of Human Rights: the Labor Rights Articles, Leiden/Boston 2014.
TARAN PATRICK A.	The need for a rights-based approach to migration in the age of globalization, in: Cholewinski Ryszard/de Guchteneire Paul/Pécoud Antoine (Hrsg.), Migration and Human Rights, The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights, Cambridge 2009, S. 150 ff.
TERHECHTE JÖRG PHILIPP	Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Schlachter Monika/Heinig Hans Michael (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016, S. 49 ff.
THÜRER DANIEL	Einleitung: Gerechtigkeit im Ausländerrecht?, in: Uebersax Peter et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009, S. 3 ff.
THURNHERR DANIELA	Kommentierung zu Art. 121 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014.

THYM DANIEL	Legal Framework for EU Immigration Policy, in: Hailbronner Kay/Thym Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl., München 2016, S. 271 ff. (zit. Legal Framework).
THYM DANIEL	Long Term Residents Directive 2003/109/EC, in: Hailbronner Kay/Thym Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl., München 2016, S. 427 ff. (zit. Long Term).
TOBLER CHRISTA	Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs, Zum Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Dezember 2012 und insbesondere zur Frage der Vergleichbarkeit, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 649 ff. (zit. indirekte Diskriminierung).
TOBLER CHRISTA	Inländervorrang und Bindungswirkung des Diskriminierungsverbots in der Personenfreizügigkeit für Private, 20 Jahre nach dem *Bosman*-Urteil, in: Epiney Astrid/Affolter Sian (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, Zürich 2015 (zit. Inländervorrang).
TSCHUDI HANS PETER	Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basel/Frankfurt am Main 1987.
UEBE WESSELINA	Regelungskonzept des Europäischen Arbeitsrechts, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, S. 175 ff.
UEBERSAX PETER	Einreise und Anwesenheit, in: Uebersax Peter et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009, S. 221 ff. (zit. Einreise).
UEBERSAX PETER	Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht, ZBJV 2013, S. 557 ff. (zit. von Kreisen und Menschen).
UEBERSAX PETER	Forum: Ist das vom Parlament beschlossene Ausführungsgesetz zu Art. 121a BV verfassungswidrig?, Jusletter vom 20.03.2017 (zit. Ausführungsgesetz).

UEBERSAX PETER	Kommentierung zu Art. 18, Art. 20 und Art. 21 AuG, in: Nguyen Minh Son/Amarelle Cesla (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers (LEtr), Bern 2017.
UHLMANN FELIX	Kommentierung zu Art. 27 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.
VALLENDER KLAUS A.	Kommentierung zu Art. 27 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014.
VALLENDER KLAUS A./ HETTICH PETER	Kommentierung zu Art. 28 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014.
VERSCHUEREN HERWIG	Employment and Social Security Rights of Third-Country Labour Migrants under EU Law: An Incomplete Patchwork of Legal Protection, EJML 2016, S. 373 ff.
VIANIN GUILLAUME	Kommentierung zu Art. 22 und Art. 23 AuG, in: Nguyen Minh Son/Amarelle Cesla (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers (LEtr), Bern 2017.
VÖGELI ANDREAS	Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit – erste Erfahrungen in der Praxis, AJP 2011, S. 1183 ff.
VOSKO LEAH F.	Out of the Shadows? The Non-Binding Multilateral Framework on Migration (2006) and Prospects for Using International Labour Regulation to Forge Global Labour Market Membership, in: Davidov Guy/Langille Brian (Hrsg.), The Idea of Labour Law, Oxford 2011, S. 365 ff.
WALDMANN BERNHARD	Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Habil. Freiburg, Bern 2003.
WALDMANN BERNHARD	Kommentierung zu Art. 8 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.
WASSENBERG BIRTE	Histoire du Conseil de l'Europe, Strassburg 2013.

WICKRAMASEKARA PIYASIRI	Protection of Migrant Workers in the Twenty-First Century: The Role of International Instruments, in: Blanpain Roger (Hrsg.), Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 11. Aufl., Alphen aan den Rijn 2014, S. 271 ff.
WIDMER MARKUS/ COSTANTINI RENATO/ EHRAT FELIX R.	Vorbemerkungen zu Art. 151–157 OR sowie Kommentierung zu Art. 156 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/ Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar BSK, Obligationenrecht I, Art. 1 bis 529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.
WIESBROCK ANJA	Free Movement of Third-Country Nationals in the European Union: The Illusion of Inclusion, EL Rev 2010, S. 455 ff.
WIESBROCK ANJA/ JÖST TOBIAS/ DESMOND ALAN	Seasonal Workers Directive 2014/36/EU, in: Hailbronner Kay/Thym Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, A Commentary, 2. Aufl., München 2016, S. 928 ff.
WILDHABER ISABELLE	Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, ARV online 2014, Nr. 1.
WOLFRUM RÜDIGER	Völkerrechtliche Rahmenbedingungen für die Einwanderung, in: Giegerich Thomas/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Einwanderungsrecht – national und international, Staatliches Recht, Europa- und Völkerrecht, Opladen 2001, S. 19 ff.

Materialienverzeichnis

Völkerrechtliche Materialen

Internationale Arbeitsorganisation

INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE (ILC)	Equality in Employment and Occupation, Special Survey on Equality in Employment and Occupation in respect of Convention No 111, Report of the Committee on Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4B), Genf 1996 (zit. Equality in Employment).
INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE (ILC)	Giving globalization a human face, General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a fair Globalization, 2008, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1B), ILC.101/III/1B, Genf 2012 (zit. Globalization).
INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE (ILC)	Promoting Fair Migration, General Survey concerning the migrant workers instruments, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1B), ILC.105/III/1B, Genf 2016 (zit. Fair Migration).

Vereinte Nationen

GENERAL ASSEMBLY (UN GA)	Resolution 70/1, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, U.N.Doc A/Res/70/1 (2015) (zit. Resolution 70/1).
HUMAN RIGHTS COUNCIL	Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, U.N.Doc A/HRC/37/12 (2017) (zit. Report Switzerland).
COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR)	General Comment No. 18: The right to work, Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, U.N.Doc E/C.12/GC/18 (2005) (zit. General Comment Nr. 18).
COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR)	General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), U.N.Doc E/C.12/GC/20 (2009) (zit. General Comment Nr. 20).

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR)	General Comment No. 23 on the Right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), U.N.Doc E/C.12/GC/23 (2016) (zit. General Comment Nr. 23).
Human Rights Committee (HRC)	General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, U.N.Doc CCPR/GEC/6625 (1986) (zit. General Comment Nr. 15).
Human Rights Committee (HRC)	General Comment No. 27: Freedom of movement (article 12), U.N.Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999) (zit. General Comment Nr. 27).
Human Rights Committee (HRC)	General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties of the Covenant, U.N.Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004) (zit. General Comment Nr. 31).
Committee on the Rights of the Child (CRC)	General Comment No. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 und 44, para. 6), U.N.Doc CRC/GC/2003/5 (2003) (zit. General Comment Nr. 5).
Committee on the Rights of the Child (CRC)	General Comment No. 6: Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, U.N.Doc CRC/GC/2005/6 (2005) (zit. General Comment Nr. 6).
Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families (CMW)	General Comment No. 1 on migrant domestic workers, U.N.Doc CMW/C/GC/1 (2011) (zit. General Comment Nr. 1).
Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families (CMW)	General Comment No. 2 on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families, U.N.Doc CMW/C/GC/2 (2013) (zit. General Comment Nr. 2).
Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families (CMW) and Committee on the Rights of the Child	Joint General Comment No. 3 and No. 22 on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, U.N.Doc CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22 (2017) (zit. General Comment Nr. 3).

Europarat

EUROPARAT	Explanatory Report to the European Convention on the Legal Status of Migrant Workers, Strassburg 1977 (zit. Explanatory Report Legal Status Convention).
EUROPARAT	Explanatory Report to the Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Strassburg 1995 (zit. Explanatory Report Additional Protocol).
EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS (ECSR)	Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, Dezember 2018 (zit. Digest of Case Law).

Unionsrechtliche Materialien

Grundrechtekonvent	Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 17 ff. (zit. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte).
Europäische Kommission	Vorschlag für eine Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer umfassende Qualifikationen voraussetzenden Beschäftigung, COM(2016) 378 vom 07.06.2016 (zit. Vorschlag).

Schweizerische Materialien

BUNDESRAT	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die bundesrechtliche Regelung von Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (vom 2. Juni 1924), BBl 1924 II 493.
BUNDESRAT	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (vom 17. Juni 1929), BBl 1929 I 914.
BUNDESRAT	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung (vom 10. September 1937), BBl 1937 II 833.
BUNDESRAT	Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 32. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (vom 25. September 1950), BBl 1950 II 845.

BUNDESRAT	Bericht des Bundesrates an die erweiterte Kommission des Nationalrates für auswärtige Angelegenheiten über die Beschränkung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften (vom 9. Februar 1965), BBl 1965 I 331.
BUNDESRAT	Bericht über die 60. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft über zwei Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation vom 1. September 1976, BBl 1976 III 417.
BUNDESRAT	Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128.
BUNDESRAT	Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, BBl 2002 3605.
BUNDESRAT	Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3709.
BUNDESRAT	Zehnter Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates, BBl 2013 2145.
BUNDESRAT	Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration), BBl 2013 2397.
BUNDESRAT	Bericht des Bundesrates über die revidierte Europäische Sozialcharta. In Erfüllung des Postulats 10.3004 der Aussenpolitischen Kommission des Ständerates «Vereinbarkeit der revidierten Europäischen Sozialcharta mit der schweizerischen Rechtsordnung» vom 12. Januar 2010, BBl 2014 5611.
BUNDESRAT	Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration), BBl 2016 2821.
BUNDESRAT	Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen), BBl 2016 3007.
BUNDESRAT	Elfter Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates, BBl 2016 7045.
SECO	Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989, zur Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 und zur Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes vom 16. Januar 1991, Bern 2003 (zit. Weisungen Arbeitsvermittlung und Personalverleih).

SECO	Erläuternder Bericht, Ausführungsbestimmungen zur Änderung des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2016 (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen), Änderung der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV), Juni 2017 (zit. Erläuternder Bericht, Steuerung der Zuwanderung).
SECO	AVG-Praxis, öAV, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Juli 2020 (zit. AVG-Praxis).
SECO/BFM	Gemeinsame Weisung vom 1. Juli 2008 über die Folgen des Abkommens über den freien Personenverkehr mit der EU und des EFTA-Abkommens auf Vermittlung und Verleih (zit. gemeinsame Weisung).
SEM	Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich (Weisungen AIG), ohne Kapitel 4 «Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit», Bern 2013, Stand 1. November 2019 (zit. Weisungen AIG).
SEM	Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich (Weisungen AIG), Kapitel 4, Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, Bern 2013, Stand 1. April 2020 (zit. Weisungen Erwerbstätigkeit).
SEM	Weisungen VEP, Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, Bern-Wabern April 2020 (zit. Weisungen Personenfreizügigkeit).

Abkürzungsverzeichnis

ABl. C, L	Amtsblatt der Europäischen Union – Rechtsvorschriften, Mitteilungen und Bekanntmachungen
Abs.	Absatz
ACtHR	Inter-American Court of Human Rights
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
AJP	Aktuelle juristische Praxis
ANAG	Bundesgesetz über den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländern vom 26. März 1931, aufgehoben am 1. Januar 2008
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Handel und Gewerbe (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASYL	Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, seit 1. Januar 2019 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG), SR 142.20
AVB	Allgemeine Vertragsbestimmungen
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz) vom 6. Oktober 1989, SR 823.11
AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung) vom 16. Januar 1991, SR 823.111
BBl	Bundesblatt
Beih.	Beiheft

BFM	Bundesamt für Migration (heute: Staatssekretariat für Migration)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGSA	Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit) vom 17. Juni 2005, SR 822.41
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986, aufgehoben am 1. Januar 2008
bzw.	beziehungsweise
CC	Collective Complaint
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CMW	Committee on Migrant Workers
CRC	Committee on the Rights of the Child
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
ECSR	European Committee of Social Rights
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft (heute: Europäische Union)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMR (GK)	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Grosse Kammer)
EJML	European Journal of Migration and Law
EL Rev	European Law Review
ELJ	European Law Journal
ELLJ	European Labour Law Journal

EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz) vom 8. Oktober 1999, SR 823.30
ESC	Europäische Sozialcharta von 1961
et al.	et alii/und weitere
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende
Fn	Fussnote
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen) vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681
GA	Generalanwalt / Generalanwältin
GATS	General Agreement on Trade in Services
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta)
Habil.	Habilitationsschrift
HRC	Human Rights Committee
Hrsg.	Herausgeber / Herausgeberin
i.V.m.	in Verbindung mit
ILC	International Labour Conference
ILO	International Labour Organisation
insb.	insbesondere
InstA	Abkommen zur Erleichterung der Bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt
IV	Invalidenversicherung

Kap.	Kapitel
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweisen
m.H.a.	mit Hinweis auf
m.Vw.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWC	Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1990 (Wanderarbeitnehmer-konvention)
N	Note
NAV	Normalarbeitsvertrag
NGO	Non-Governmental Organisation
No.	Number
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivil-gesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum
revESC	revidierte Europäische Sozialcharta von 1996
Rl	Richtlinie
Rn	Randnote
Rz	Randziffer
S.	Seite
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SEM	Staatssekretariat für Migration
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt(e/er/es)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
SR/GE	Systematische Rechtssammlung des Kantons Genf
SR/JU	Systematische Rechtssammlung des Kantons Jura
SR/NE	Systematische Rechtssammlung des Kantons Neuenburg
SZIER	Swiss Review of International and European Law

SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UN	United Nation
UN GA	United Nation General Assembly
UNO	United Nations Organisation
UN-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1
UN-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20
vgl.	vergleiche
VIntA	Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern vom 15. August 2018, SR 142.205
Vo	Verordnung
Vol.	Volume
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Vertragsrechtskonvention) vom 23. Mai 1969, SR 0.111
vs.	versus
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz) vom 2. April 1908, SR 221.229.1
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007, SR 142.201
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
z.B.	zum Beispiel
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung) vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Zusammenfassung

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird auf internationaler, unionsrechtlicher und schweizerischer Ebene untersucht, welchen Normen fremde Staatsangehörige, die eine Erwerbstätigkeit ausüben (wollen), unterliegen. Zu diesem Zweck werden die sich stellenden rechtlichen Fragen an den Schnittstellen der beiden Rechtsgebiete Arbeits- und Migrationsrecht systematisch erfasst, um so die spezifischen Probleme eines «Arbeitsmigrationsrechts» aufzuzeigen. Schwerpunktartig geht es um Fragen des Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit und um Fragen nach den Rechten der Wanderarbeitnehmer im Arbeitsverhältnis, wobei die Bereiche Zugang zum Arbeitsmarkt (Stellensuche und Rekrutierung), Schutz des Arbeitsmarktes, Zugang zu Informationen, Gleichbehandlungsgebote, kollektive Rechte und Rechte irregulär beschäftigter Wanderarbeitnehmer, Bleiberechte und Rechtsdurchsetzung vertiefter angesehen werden. Der einheitliche Blick auf die beiden Rechtsgebiete Arbeits- und Migrationsrecht erlaubt es, die unterschiedlichen Interessen aufzuzeigen, die zu einer bestimmten Regelung geführt haben, Zielkonflikte zu benennen und die gewählten Lösungen kritisch zu würdigen.

Résumé

Dans le cadre de la présente étude, les normes auxquelles sont soumis les ressortissants étrangers qui exercent ou souhaitent exercer une activité lucrative sont examinées au niveau international, européen et suisse. À cet effet, les questions juridiques qui se posent à la jonction des domaines juridiques du droit du travail et de la migration sont systématiquement abordées afin de désigner les problèmes spécifiques d'un « droit de la migration de travail ». L'accent est mis principalement sur les questions d'accès à un emploi rémunéré et sur les questions relatives aux droits des travailleurs migrants dans la relation de travail, dans lesquelles les domaines d'accès au marché du travail (recherche d'emploi et recrutement), la protection du marché du travail, l'accès à l'information, l'égalité de traitement, les droits collectifs et les droits des travailleurs migrants employés irrégulièrement, les droits au séjour et la protection juridique sont examinés plus en détail. Cette vision uniforme des deux domaines juridiques du droit du travail et de la migration permet de mettre en évidence les différents intérêts qui ont conduit à une réglementation particulière, d'identifier des objectifs contradictoires et d'évaluer de manière critique les solutions choisies.

Abstract

This study examines which norms foreign nationals, who are or want to be gainfully employed, are subjected to at an international, EU and Swiss level. For this purpose, the legal questions arising at the intersection of the two areas of law – labour and migration law – are systematically covered to show the specific problems of a «labour migration law». The main focus lies on questions surrounding access to employment and the labour rights of employed migrant workers, in which the areas concerning access to employment (job search and recruitment), protection of the labour market, access to information, equal treatment, collective rights and rights of irregularly employed migrant workers, rights to remain and legal protection are examined in more detail. This uniform view of the two areas of law – labour and migration law – makes it possible to highlight the different interests that have led to a specific regulation, to identify conflicting aims and to critically assess the selected solutions.

1. Kapitel
Einführung ins Thema, Fragestellung und Methodik

I. Migration in der globalisierten Welt des 21. Jahrhunderts

Die heutige Welt ist gekennzeichnet durch eine verstärkte grenzüberschreitende Integration von Märkten, Wirtschaftssystemen, und Gesellschaften. Dieses Phänomen wird als Globalisierung bezeichnet. Seine treibenden Kräfte sind neue Technologien, insbesondere im Bereich der Kommunikation, sich rasch verändernde wirtschaftliche Beziehungen, und die durch verschiedene Akteure, wie Regierungen, internationale Organisationen, Unternehmen, Gewerkschaften und die Zivilgesellschaft, verfolgten politischen Ziele.[1] 1

Globalisierung übt einen tiefgreifenden Einfluss auf die Arbeitswelt[2] aus, wobei die internationale Migration zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit einen integralen Teil dieses Prozesses darstellt.[3] Sie ermöglicht es den Herausforderungen der Wirtschaft, des Arbeitsmarktes und der Produktivität zu begegnen, indem sie die Qualifikationen, das Alter und die branchenspezifische Zusammensetzung der Arbeitskräfte den Bedürfnissen von nationalen und regionalen Arbeitsmärkten anpasst.[4] Gleichzeitig weist der Globalisierungsprozess in Bezug auf die Arbeitsmigration grosse Widersprüche auf. Der Markt für freien Handels-, Dienstleistungs-, Kapital- und Finanzverkehr öffnet sich, während die Bewegung von Menschen und Arbeitskräften über inter- 2

1 WICKRAMASEKARA, Rz 15.

2 Siehe dazu die umfassende Darstellung von BELSER EVA MARIA, The White Man's Burden, Arbeit und Menschenrechte in der globalisierten Welt, Habil. Freiburg, Bern 2007.

3 CHOLEWINSKI, Migration for Employment, S. 31; das hielt auch die ILO in der Präambel ihrer Erklärung über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung von 2008 fest.

4 TARAN, S. 151.

nationale Grenzen hinweg eingeschränkt bleibt.[5] Internationale Migration wurde deswegen auch als *Globalization's last frontier*[6] bezeichnet.

3 In der Europäischen Union ist diese letzte Grenze gefallen. Nicht nur der freie Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Kapital ist im Binnenmarkt gewährleistet, sondern auch der freie Verkehr von Personen. Unionsbürgerinnen und -bürger haben das Recht sich im gesamten Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, sich eine unselbständige Erwerbstätigkeit zu suchen oder eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen und auszuüben.

4 Die freie Wanderbewegung von Personen in der Europäischen Union stellt aber eine regionale Besonderheit im Rahmen der Arbeitsmigration dar. Internationale Wanderbewegungen werden üblicherweise durch ein komplexes System von Gesetzen geregelt, die einen direkten Bezug zum Prinzip der staatlichen Souveränität aufweisen.[7] Staaten haben ein grosses Interesse daran ihre Autorität darüber, wem sie die Einreise erlauben, zu bewahren. Das gilt insbesondere in einem Umfeld, in dem Globalisierungstrends die staatliche Souveränität in etlichen Bereichen in Frage stellen.[8] Hinzu kommt, dass in vielen Einwanderungsländern Migration als «Bedrohung» wahrgenommen wird. Es liegt das diffuse Empfinden vor, dass Migrantinnen und Migranten den sozialen Zusammenhalt, Erwerbsmöglichkeiten, das System der sozialen Sicherheit, die kulturelle und religiöse Homogenität und demokratische Werte gefährden.[9] Dieses Empfinden führt zusammen mit der wachsenden Sorge vor Terrorismus dazu, dass Staaten migrationsrechtliche Anliegen häufig mit Blick auf sicherheitsrelevante Aspekte regeln.[10]

5 Die wachsende wirtschaftliche Ungleichheit auf der Welt sorgt dafür, dass der Migrationsdruck wächst, während die demographische Entwicklung und der strukturelle Wandel in entwickelten Ländern zu einer erhöhten Nachfrage nach Wanderarbeitnehmenden führt.[11] Die Nachfrage bezieht sich dabei genauso auf gut qualifizierte Arbeitnehmende, um im globalen Wettbewerb zu

---

5 WICKRAMASEKARA, Rz 16.

6 MOSES JONATHON W., International Migration, Globalization's last frontier, London 2006.

7 WICKRAMASEKARA, Rz 17; siehe zur staatlichen Souveränität ausführlich Rz 27 ff.

8 DE GUCHTENEIRE/PÉCOUD, S. 31.

9 DE GUCHTENEIRE/PÉCOUD, S. 31.

10 DE GUCHTENEIRE/PÉCOUD, S. 30.

11 WICKRAMASEKARA, Rz 19 und Rz 24.

bestehen, wie auf niedrig qualifizierte Arbeitnehmende für jene Tätigkeiten, die einheimische Arbeitskräfte nicht ausüben wollen.[12] Die Zahl der gut qualifizierten Wanderarbeitnehmenden ist beschränkt, was zur Folge hat, dass Staaten miteinander konkurrenzieren, um die Besten anzulocken. Häufig tun sie dies, indem sie ihnen attraktive Lebens- und Arbeitsbedingungen anbieten.[13] Im Gegensatz dazu besteht kein Mangel an niedrig qualifizierten Arbeitnehmenden, von denen Zielländer häufig selbst genug haben, was zur Folge hat, dass solche Wanderarbeitnehmende bereit sind, auch schlechte Arbeitsbedingungen im Tausch gegen eine Erwerbsmöglichkeit zu akzeptieren.[14] Hinzu kommt, dass die Arbeitsmarktpolitik vieler Länder auf der Idee basiert, dass die Nachfrage nach niedrig qualifizierten Arbeitskräften ein vorübergehendes Phänomen und kein strukturelles Merkmal ihres Arbeitsmarktes ist. Die als Folge davon geschlossenen Grenzen verbunden mit der dennoch bestehenden Nachfrage führt zu einer Zunahme von Wanderarbeitnehmenden in einer irregulären Situation.[15]

Die Kräfte der Globalisierung sowie die von Staaten verfolgte Migrationspolitik gefährden die Rechte[16] der Wanderarbeitnehmenden: Rechte reduzieren das staatliche Vorrecht fremde Staatsangehörige nach Gutdünken zu behandeln, führen zur Befürchtung, durch attraktive Arbeitsbedingungen eine erhöhte Anzahl irregulärer Migrantinnen und Migranten anzulocken[17], und reduzieren die wirtschaftlichen Vorteile der Migration[18].[19] Dieser letztgenannte Punkt ergibt sich daraus, dass Rechte und soziale Sicherheiten Kosten verursachen und somit im Widerspruch zur Logik des globalen wirtschaftlichen Wettbewerbs stehen. Die Sicherstellung des Wettbewerbsvorteils der von Wanderarbeitnehmenden geleisteten Arbeit ist damit direkt an eine Ein- 6

12 TARAN, S. 151 f.

13 DE GUCHTENEIRE/PÉCOUD, S. 30.

14 DE GUCHTENEIRE/PÉCOUD, S. 30; WICKRAMASEKARA, Rz 24.

15 TARAN, S. 152; WICKRAMASEKARA, Rz 25.

16 Siehe zu den Arbeitsrechten Rz 40 ff.

17 Es stellt sich allerdings die Frage, ob irreguläre Migrantinnen und Migranten tatsächlich von attraktiven Arbeitsbedingungen angelockt werden und nicht bloss von der Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit, DEWHURST, S. 218 f., m.H.

18 Siehe zu den wirtschaftlichen Interessen, die Staaten mit der Immigration verfolgen, Rz 35 ff.

19 DE GUCHTENEIRE/PÉCOUD, S. 33.

schränkung ihrer Rechte gebunden. Dadurch bleibt ihre Arbeit aber auch billig, lenkbar, temporär und leicht entfernbar.[20]

7 Die Internationale Arbeitsorganisation *(International Labour Organisation, ILO)* reagierte auf die Herausforderungen der Globalisierung durch den Erlass zweier (rechtlich nicht verbindlicher) Erklärungen: die Erklärung über grundlegende Rechte und Prinzipien bei der Arbeit und ihr Folgemechanismus (1998) und die Erklärung über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung (2008). In beiden Erklärungen betont sie die Bedeutung menschenwürdiger Arbeit im Rahmen der Globalisierung[21], da «wirtschaftliches Wachstum wesentlich ist, aber nicht ausreicht, um Gerechtigkeit, sozialen Fortschritt und die Beseitigung der Armut zu gewährleisten»[22]. Die Vereinten Nationen hingegen widmeten sich dem Thema der internationalen Migration im Rahmen der Agenda 2030 für eine nachhaltige Entwicklung[23], die auf den Milleniumszielen aufbaut. Die Agenda definiert 17 Ziele und 169 Unterziele[24], die alle Staaten bis 2030 erreichen wollen. Die Resolution der UN-Generalversammlung, welche die Agenda 2030 annahm, hält fest: «We recognize the positive contribution of migrants for inclusive growth and sustainable development. We also recognize that international migration is a multidimensional reality of major relevance for the development of countries of origin, transit and destination, which requires coherent and comprehensive responses. We will cooperate internationally to ensure safe, orderly and regular migration involving full respect for human rights and the humane treatment of migrants regardless of migration status, of refugees and of displaced persons»[25].

---

20 TARAN, S. 151/152.

21 Siehe Präambel der Erklärung der ILO über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung von 2008.

22 Präambel der Erklärung der ILO über grundlegende Rechte und Prinzipien bei der Arbeit und ihr Folgemechanismus von 1998. In dieser Erklärung legte die ILO auch die Kernübereinkommen fest, siehe Rz 42 ff.

23 UN GA, Resolution 70/1.

24 Einen direkten Bezug zur Erwerbstätigkeit weist Ziel 8 auf, während die Migrationspolitik im Unterziel 10.7 und die Arbeitsbedingungen der Wanderarbeitnehmenden im Unterziel 8.8 angesprochen werden.

25 UN GA, Resolution 70/1, Rz 29.

II. Stellung der Wanderarbeitnehmer

Wanderarbeitnehmende befinden sich im Aufnahmestaat in einer Position, die sie möglichen Verletzungen ihrer Rechte aussetzt. Als fremde Staatsangehörige sind sie «Aussenseiter» und sprachliche Schwierigkeiten, Unkenntnis über das rechtliche und administrative System und Mühe mit der fremden Kultur können ihre Vulnerabilität erhöhen. Hinzu können alltägliche Formen von Rassismus, Xenophobie und Diskriminierungen treten und sie sich schlechten Arbeitsbedingungen oder prekären Arbeitsverhältnissen (z.B. Arbeit auf Abruf, Leiharbeit) ausgesetzt sehen.[26] Diese negativen Aspekte können durch ihren migrationsrechtlichen Status verstärkt werden. So sind die Rechte von Wanderarbeitnehmenden in einem Kurzaufenthaltsprogramm häufig gewissen Einschränkungen unterworfen, wie die Bindung der Aufenthaltsbewilligung an einen Arbeitgeber oder eine Wirtschaftsbranche, eingeschränkter Kündigungsschutz, eingeschränkter Zugang zur sozialen Sicherheit, unsicherer Aufenthaltsstatus und eingeschränkter Schutz vor Wegweisung.[27] 8

Die vulnerable Position von Wanderarbeitnehmenden ist nirgendwo so klar erkennbar wie bei jenen mit einem irregulären Status. Ihre Situation lässt sie besonders prekäre Arbeits- und Wohnbedingungen akzeptieren, die Diskriminierungen und Ausbeutung begünstigen.[28] Ein Zusammenschluss in Gewerkschaften zur Durchsetzung ihrer Rechte ist häufig schwierig, da der Arbeitgeber auf solche Forderungen mit der Meldung ihrer irregulären Situation bei den Einwanderungsbehörden reagieren kann. Eine ähnliche Schwierigkeit liegt vor, wenn irreguläre Wanderarbeitnehmende versuchen, den geschuldeten Lohn oder bessere Arbeitsbedingungen mit Hilfe eines Arbeitsgerichts oder staatlicher Behörden durchzusetzen. Das Ergreifen einer Beschwerde kann zum Bekanntwerden ihrer irregulären Situation und somit zu einer Wegweisung führen. Die grundlegenden Menschenrechte der irregulären Wanderarbeitnehmenden werden so verletzt, trotz des Schutzes, den sie unter allgemeinen menschenrechtlichen Verträgen geniessen.[29] 9

---

26 De Guchteneire/Pécoud, S. 2 f.

27 Wickramasekara, Rz 39.

28 De Guchteneire/Pécoud, S. 4.

29 Wickramasekara, Rz 34. Siehe zum menschenrechtlichen Schutz irregulärer Migrantinnen und Migranten, Rz 144.

10 Um die Vorteile internationaler Migration für alle zu realisieren, ist allerdings ein Schutz der Rechte von Wanderarbeitnehmenden unumgänglich. Verschiedene Akteure gaben auf dieses Schutzbedürfnis unterschiedliche Antworten. Die ILO, die bereits 1919 ein verfassungsrechtliches Mandat zum Schutz von Wanderarbeitnehmenden hatte, erliess als erste internationale Organisation rechtlich verbindliche Übereinkommen.[30] Die Vereinten Nationen folgten 1990 mit dem Erlass der Wanderarbeitnehmerkonvention, die den Schutz von Wanderarbeitnehmenden in einen menschenrechtlichen Kontext stellt.[31] Auf regionaler Ebene erliess der Europarat Übereinkommen zu Wanderarbeitnehmenden[32], deren Schutzfunktion allerdings begrenzt ist, da nur Staatsangehörige anderer Vertragsstaaten von ihrem persönlichen Geltungsbereich erfasst werden. Diese Feststellung ist vor dem Hintergrund unionsrechtlicher Regelungen[33] zu sehen, die EU-Wanderarbeitnehmenden den Zugang zum Arbeitsmarkt jedes Mitgliedstaats sichern und einen umfassenden Inländergleichbehandlungsanspruch gewähren. Für Wanderarbeitnehmende, die nicht EU-Staatsangehörige sind, bleibt das Schutzniveau der EU-Regelungen hinter diesen umfassenden Rechtsgewährleistungen zurück. Die Schweiz[34] hat keines der genannten internationalen Übereinkommen ratifiziert, sie hat aber durch das Freizügigkeitsabkommen den freien Personenverkehr mit der EU eingeführt. Auch in der Schweiz unterscheidet sich dieses System stark von den Regelungen, denen Drittstaatsangehörige unterliegen.

III. Fokus der Arbeit

A. Zielsetzung

11 Welchen Normen unterliegen nun fremde Staatsangehörige, die eine Erwerbstätigkeit ausüben (wollen)? Rechtliche Fragen, die sich im Verlauf eines Arbeitsverhältnisses stellen, von der Rekrutierung bis zur Beendigung des Arbeitsvertrags, werden üblicherweise im Arbeitsrecht geregelt. Dieses behandelt dabei alle Arbeitnehmenden gleich, d.h. es geht nicht auf die Schwierig-

30 Es handelt sich um die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, siehe Rz 58 ff.
31 Siehe Rz 121 ff.
32 Siehe Rz 175 ff.
33 Siehe Rz 232.
34 Siehe Rz 409 ff.

keiten ein, denen sich ein Arbeitnehmer, der gleichzeitig vom Migrationsrecht erfasst wird, ausgesetzt sehen kann. Dabei übt dieser Status durchaus Einfluss auf den Arbeitsvertrag aus, da das Migrationsrecht wichtige Fragen im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit regelt, wie Zulassungsvoraussetzungen, Gleichheitsansprüche oder Mobilitätsrechte.

In der vorliegenden Arbeit wird diese Einflussnahme systematisch erfasst und untersucht, um die spezifischen Probleme des «Arbeitsmigrationsrechts» aufzudecken. Dieser einheitliche Blick auf zwei separate, aber stark verzahnte Rechtsgebiete erlaubt es, die unterschiedlichen Interessen der betroffenen Akteure aufzuzeigen, die zu einer bestimmten Regelung geführt haben, Zielkonflikte zu benennen und der Frage nachzugehen, ob das angestrebte Ziel tatsächlich erreicht wurde sowie die gewählten Lösungen kritisch zu würdigen. 12

B. Rechtsgebiet «Arbeitsmigrationsrecht»?

Im Fokus der Arbeit stehen somit die rechtlichen Bestimmungen des «Arbeitsmigrationsrechts». Ein Rechtsgebiet mit dieser Bezeichnung kennt die Schweiz allerdings nicht, es gibt nur ein Migrationsrecht und ein Arbeitsrecht. Eine Verknüpfung dieser beiden Rechtsgebiete ist aber sinnvoll, da sie es erlaubt, den Gestaltungsbereich des Arbeitsrechts[35] zu erweitern und so rechtliche Fragestellungen an der Schnittstelle dieser Rechtsgebiete systematisch zu erfassen. 13

Beim Arbeits- und Migrationsrecht handelt es sich um zwei Rechtsgebiete, die stark von den Interessen verschiedener Akteure geprägt sind. Dazu zählt der Staat, der das souveräne Recht hat, darüber zu entscheiden, welchen fremden Staatsangehörigen der Zugang zu seinem Hoheitsgebiet und damit zu seinem Arbeitsmarkt gewährt wird. Staaten verfolgen mit der Verwehrung oder Gewährung des Zugangs zum inländischen Arbeitsmarkt eine Interessenpolitik, die stark auf wirtschaftlichen Bedürfnissen basiert. Vertreter dieser Interessen sind dabei einerseits Arbeitgebende, welche die besten Arbeitskräfte unabhängig von ihrer Nationalität beschäftigen wollen, und anderer- 14

35 Siehe dazu auch den Beitrag von FUDGE JUDY, Labour as a «fictive commodity»: Radically Reconceptualizing Labour Law, in: Davidov Guy/Langille Brian (Hrsg.), The Idea of Labour Law, Oxford 2011, S. 120 ff., m.w.H., in dem sie einen Entwurf für eine alternative Konzeption des Arbeitsrechts unter Berücksichtigung der Angebotsseite, zu der auch Immigration gehört, entwickelt.

seits inländische Arbeitnehmende, die keiner verstärkten Konkurrenz durch weitere Arbeitskräfte ausgesetzt sein wollen. Diese Interessen betreffen somit Fragen des (nicht) gewährten Zugangs und äussern sich insbesondere bei der Bekämpfung der irregulären Migration und in nationalen Regelungen, welche die Zulassung fremder Staatsangehöriger an persönliche und sachliche Voraussetzungen knüpfen und eine vorgängige Prüfung der Arbeitsmarktsituation verlangen.

15 Wanderarbeitnehmende hingegen haben ein Interesse daran, Zugang zu einer Erwerbstätigkeit zu erhalten, unabhängig davon, in welchem Land sie diese ausüben können. Allerdings gewährt nur die Europäische Union den Staatsangehörigen ihrer Mitgliedstaaten ohne weitere Voraussetzungen den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit auf ihrem ganzen Gebiet. Haben sie Zugang erhalten, so stellt sich für Wanderarbeitnehmende die Frage, welche Rechte ihnen im Arbeitsverhältnis zustehen. Die Beantwortung dieser Frage hängt dabei von der Staatsangehörigkeit des Wanderarbeitnehmers und von seinem migrationsrechtlichen Status ab. Das liegt daran, dass der Zugang zu Rechten häufig nach der Staatsangehörigkeit und nach der Art und Dauer der Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung geschichtet ist. Für Wanderarbeitnehmende besonders wichtige Rechte sind: Zugang zu Informationen und Rechte in der Arbeit, zu denen das Inländergleichbehandlungsgebot in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen und die Wahrnehmung kollektiver Rechte zählt. Ebenso wichtig ist die Möglichkeit zur Wahrnehmung geografischer und beruflicher Mobilität, Verbleiberechte nach Aufgabe der Erwerbstätigkeit und der Zugang zur Justiz zur Durchsetzung dieser Rechte.

16 Die vorliegende Arbeit setzt sich somit auf zwei Ebenen mit dem Arbeitsmigrationsrecht auseinander. Einerseits werden die Interessen der verschiedenen Akteure (Staaten, Arbeitgebende, (Wander-)Arbeitnehmende) dargestellt und ihre Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt, andererseits werden die rechtlichen Fragen an der Schnittstelle zwischen dem Arbeits- und Migrationsrecht untersucht, wobei es um die oben erwähnten Bereiche geht: Zugang zum Arbeitsmarkt (Stellensuche und Rekrutierung), Schutz des Arbeitsmarktes, Zugang zu Informationen, Gleichbehandlungsgebote, kollektive Rechte und Rechte irregulär beschäftigter Wanderarbeitnehmer, Bleiberechte und Rechtsdurchsetzung.

17 Untersucht werden nur die rechtlichen Regelungen zur unselbständigen Erwerbstätigkeit. Fragen der internationalen Migration zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit werden weggelassen, genauso wie Fragen,

die sich mit dem sozialversicherungsrechtlichen Schutz der Wanderarbeitnehmenden beschäftigen. Ebenfalls nicht Thema der vorliegenden Arbeit sind die Begleitrechte der Familienangehörigen der Wanderarbeitnehmenden. Fragen zum migrationsrechtlichen Status, zu den Zulassungsvoraussetzungen und den Möglichkeiten des Verlusts bzw. des Entzugs eines einmal gewährten Status werden nur dort angesprochen, wo es sich aufgrund der Thematik als notwendig erweist. Einzig im Kapitel über die Schweiz werden die Zulassungsbestimmungen für Arbeitnehmende (d.h. für Migrantinnen und Migranten, die spezifisch für eine Erwerbstätigkeit zugelassen werden) genauer angesehen. Das soll helfen, die rechtlichen Probleme an der Schnittstelle zwischen dem Arbeits- und dem Migrationsrecht besser zu verstehen, da hier wirtschaftliche und arbeitsmarktpolitische Überlegungen eine grosse Rolle spielen. Im Zusammenhang mit der irregulären Migration wird nur der arbeitsrechtlich relevante Bereich der irregulären Beschäftigung behandelt.

Zuletzt sei noch ein Hinweis auf die unternehmensgesteuerte Migration angebracht. Unter dieser Bezeichnung kann die Zulassungsart 4 des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services, GATS)[36], oder auch die Entsendung von Arbeitnehmenden im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit der EU erfasst werden. Bei entsandten Arbeitnehmenden handelt es sich um Wanderarbeitnehmende und der Bereich weist Schnittstellen zur vorliegenden Arbeit auf. Es bestehen aber auch grosse konzeptionelle Unterschiede: Bei der Entsendung von Arbeitnehmenden unterliegen diese grundsätzlich weiterhin dem Arbeitsrecht ihres Heimatstaats, insbesondere den Vorschriften über das Lohnniveau und den Arbeitsschutz. Da die Entsendung von Arbeitnehmenden allerdings Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt des aufnehmenden Staats haben kann, reagierten die Staaten darauf, indem sie zwingende Bestimmungen erliessen, welche ihre nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften auf entsandte Arbeitnehmende erstrecken. Damit geht es in diesem Bereich mehr um wettbe- 18

[36] SR 0.632.20 (Anhang 1.B.). Siehe zur Zulassung ausländischer Staatsangehöriger im Rahmen von Dienstleistungserbringungen nach dem GATS NONNENMACHER SOPHIE, International trade law and labour mobility, in: Opeskin Brian/Perruchoud Richard/Redpath-Cross Jillyanne (Hrsg.), Foundations of International Migration Law, Cambridge 2012, S. 312 ff.; sowie mit Bezug zur Schweiz PANIZZON MARION, Dispositifs multilatéraux de mobilité internationale et impacts sur la libéralisation de la migration du travail en Suisse, in: Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (Hrsg.), Migrations et économie, L'accès des étrangers à la vie économique: les normes et leur application, Bern 2010, S. 17 ff.

werbs- und arbeitsrechtliche Fragen, bzw. um Fragen des anwendbaren Rechts, als um Schnittstellen zwischen dem Arbeits- und Migrationsrecht. Aus diesem Grund wird dieser Themenbereich weggelassen.

C. Gang der Untersuchung

19 Die aufgeworfenen Fragen nach dem Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und den Rechten der Wanderarbeitnehmenden im Arbeitsverhältnis werden auf drei Ebenen dargestellt. Auf internationaler Ebene werden die im Bereich der Arbeitsmigration ergangenen Verträge untersucht, wobei die Lösungen, welche die Staatengemeinschaft (als Gesamtheit der Herkunfts-, Transit-, und Beschäftigungsländer von Wanderarbeitnehmenden) herausgearbeitet hat, besonders interessieren. Dazu werden die vorhandenen internationalen Verträge zur Arbeitsmigration kurz angeschaut, analysiert und miteinander verglichen (3. Kapitel). Auf Ebene der EU erfolgt eine Gegenüberstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit der EU-Staatsangehörigen mit den Regelungen für Wanderarbeitnehmende aus Drittstaaten. Das erlaubt es, die Unterschiede zwischen einer Regelung, welche die Wanderbewegung von Menschen als ein subjektives Recht dieser Menschen ansieht, und einer, bei denen sie nachfrageorientiert und gemäss den Interessen des aufnehmenden Staats erfolgt, aufzuzeigen (4. Kapitel).

20 Auf Ebene der Schweiz wird das staatliche System zur Regelung der Arbeitsmigration auf einer breiten zeitlichen Achse untersucht. Dadurch sollen die sich wandelnden Ziele des Migrationsrechts bzw. der Einwanderungspolitik herausgearbeitet werden, was es erlaubt, die Diskussion in einen grösseren gesellschaftlichen Rahmen zu setzen. Danach werden die gesetzlichen Grundlagen sowie die dazu ergangene Rechtsprechung in den zu untersuchenden Bereichen (Zugang zum Arbeitsmarkt und Rechte im Arbeitsverhältnis) ausführlich dargelegt und analysiert. Das schweizerische Recht zur Arbeitsmigration wird somit in ein kohärentes System gegossen, was einen Vergleich mit den auf internationaler und europäischer Ebene erarbeiteten Grundlagen erlaubt (5. Kapitel). Abgeschlossen wird die Arbeit durch eine Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse im 6. Kapitel.

IV. Einige Begriffsklärungen

Migration wird definiert als Wanderbewegung von Menschen.[37] Diese Wanderbewegung führt häufig über internationale Grenzen hinweg. Internationale Migration stellt dabei einen komplexen Prozess dar, in den heutzutage alle Staaten der Welt als Herkunfts-, Transit- und/oder Zielländer involviert sind. Daneben migrieren Menschen auch innerhalb von Staaten. Diese Bewegungen werden üblicherweise als Binnenmigration bezeichnet. Rechtlich gesehen spricht man in diesem Fall von Freizügigkeit (Art. 13 AEMR[38], Art. 2 Abs. 1 4. Zusatzprotokoll EMRK) oder von der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV[39]). Aus diesem Grund bezeichnet im folgenden Text der Begriff Migration einzig die Wanderbewegung von Menschen über internationale Grenzen hinweg. Dabei wird der Begriff in einem weiten Sinn verstanden. 21

Migrantinnen und Migranten sind somit Personen, die ihr Heimatland oder den Staat ihres gewöhnlichen Aufenthalts verlassen, um entweder dauernd oder vorübergehend in einem anderen Land zu verbleiben.[40] Davon zu unterscheiden ist der Begriff *Ausländer* bzw. *ausländischer Staatsangehöriger,* der Personen meint, die aus Sicht eines bestimmtes Staats nicht dessen Staatsangehörigkeit besitzen. Ausländer sind dann keine Migranten, wenn sie in ihrem Aufenthaltsstaat zur Welt gekommen sind. Kehren sie zu einem späteren Zeitpunkt in das Land ihrer Staatsangehörigkeit zurück, so sind sie aus Sicht dieses Staats Migranten, aber keine Ausländer.[41] 22

Der Begriff Migrantinnen und Migranten erfasst alle rechtlichen Kategorien von migrierenden Menschen, wie Wanderarbeitnehmende, Asylsuchende, Flüchtlinge und ihre Familien.[42] Migration tritt in Form von Emigration und Immigration auf, wobei Immigration einen engen Bezug zur staatlichen Souveränität aufweist. Diese ermöglicht es Staaten, selbständig die Voraussetzungen festzulegen, unter denen fremde Staatsangehörige in ihr Staatsgebiet einreisen dürfen. Erfüllen Migrantinnen und Migranten diese Voraussetzungen, wird üblicherweise von legaler, rechtmässiger oder regulärer Migration gesprochen. Erfüllen Migrantinnen und Migranten die Einreisevoraussetzungen nicht, han- 23

---

37 Siehe BOELES ET AL., S. 5; CARONI ET AL., S. 1; KUGELMANN, Rz 3.

38 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948.

39 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999, SR 101.

40 KUGELMANN, Rz 4.

41 CARONI ET AL., S. 3.

42 WICKRAMASEKARA, Rz 4.

delt es sich um illegale, unrechtmässige bzw. irreguläre Migration. Die Verwendung des Begriffspaars reguläre bzw. irreguläre Migration ist dabei vorzuziehen, da die Bezeichnung «Illegale» Assoziationen mit Kriminalität hervorruft.[43] In der Schweiz werden ausländische Staatsangehörige, die sich ohne die nötige Anwesenheitsberechtigung und damit unrechtmässig im Land aufhalten, häufig auch als *Sans-Papiers* bezeichnet.[44] Zu beachten ist, dass der Übergang zwischen regulärer und irregulärer Migration fliessend ist. So kann das Überschreiten der zulässigen Aufenthaltsdauer zu einem irregulären Status führen oder der Aufenthalt von Personen, denen bis anhin die nötigen Dokumente fehlten, kann durch ein staatliches Programm regularisiert werden.

24 Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich aber nicht allgemein mit dem Thema Migration, sondern spezifisch mit Fragen zur *Arbeitsmigration*. Davon wird gesprochen, wenn im Anschluss an das Überschreiten einer Grenze eine Erwerbstätigkeit im Zielland ausgeübt wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bereits Zweck der Ausreise aus dem Herkunftsstaat war, oder ob sie bloss Folge davon ist, im Zielland den Lebensunterhalt verdienen zu müssen. In der Realität ist es sowieso schwierig, die Bewegung von Menschen auf der Suche nach Arbeit von der Bewegung von Menschen auf der Flucht vor Hungersnöten, politischer Verfolgung, Krieg oder Konflikten zu unterscheiden.[45]

25 In internationalen Verträgen im Bereich des Arbeitsmigrationsrechts findet sich der Begriff «Arbeitsmigrant» nicht. Es wird üblicherweise von *Wanderarbeitnehmer* gesprochen. Dieser Begriff weist aber keine einheitliche Definition auf, da sich die persönlichen Geltungsbereiche der Verträge stark voneinander unterscheiden. Im Folgenden wird der Begriff somit als allgemeine Bezeichnung immer dann verwendet, wenn von Personen gesprochen wird, die eine Erwerbstätigkeit in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ausüben. Es spielt dabei keine Rolle, ob und welche Art von Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung sie haben.

---

43 De Guchteneire/Pécoud, S. 23. Siehe auch UN GA, Resolution 3449, Measures to ensure the human rights and dignity of all migrant workers, U.N.Doc A/RES/3449(XXX) (1975). Festzustellen ist aber, dass die EU in ihren Richtlinien im Bereich der Einwanderung von Drittstaatsangehörigen weiterhin Begriffe wie «illegale Einwanderung», «illegale Beschäftigung» oder «illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger» verwendet. Auch die schweizerische Gesetzgebung verwendet Begriffe wie «illegale Migration» oder «Person, die sich illegal in der Schweiz aufhält».

44 Caroni et al., S. 512 f.; Spescha et al., S. 301 f.

45 Siehe Rodgers et al., S. 27.

2. Kapitel
Interessenlage des Beschäftigungsstaates

Im Rahmen der internationalen Migration möchten Wanderarbeitnehmende zwecks Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einen anderen Staat einreisen. Die Wanderbewegungen betreffen aber auch weitere Akteure in ihren eigenen Interessen. Dazu gehören Staaten, welche die rechtlichen Rahmenbedingungen der Aus- und Einreise gestalten, und Wirtschaftsakteure, die ihre Bedürfnisse nach geeigneten Arbeitskräften befriedigen wollen. Die rekrutierten Wanderarbeitnehmenden werden dabei dem innerstaatlichen Arbeitsrecht unterstellt, das auf die Bedürfnisse von einheimischen Arbeitnehmenden zugeschnitten ist, die aus Angst vor Stellenverlust nicht bereit sind, die ihnen zustehenden Rechte mit «Fremden» zu teilen. Diese verschiedenartigen Interessen werden im folgenden Kapitel in einem kurzen, einstiegsartigen Überblick dargelegt. Schwerpunktartig geht es dabei um Fragen des Zugangs und um Fragen nach Rechten. 26

I. Ausgangspunkt: Souveränität des Staates

Gemäss herrschender Lehre liegt ein Staat im Sinne des Völkerrechts vor, wenn er ein Staatsgebiet, ein Staatsvolk und staatliche Herrschaft aufweist.[46] Bei Vorliegen dieser drei Merkmale geniesst der Staat Völkerrechtssubjektivität. Daraus bzw. aus der Staatsgewalt, die der Staat über sein Gebiet und das darauf lebende Volk ausübt, fliesst seine staatliche Souveränität.[47] Der Kern der Staatlichkeit und die spezielle Position, die Staaten im internationalen Recht einnehmen, umfassen dabei fünf Prinzipien: a) das Prinzip der uneingeschränkten Handlungskompetenz auf internationaler Ebene, b) das Prinzip der alleineigenen Zuständigkeit zur Regelung der inneren Angelegenheiten, c) das Prinzip ohne Zustimmung keinem internationalen Prozess bzw. keiner internationaler Gerichtsbarkeit unterworfen zu werden, d) das Prinzip der 27

46 PETERS, Völkerrecht, Kap. 2 Rz 3. Als vierte Voraussetzung nennt Art. 1 der Konvention von Montevideo über Rechte und Pflichten der Staaten von 1933 die Fähigkeit mit anderen Staaten in Beziehung zu treten. Allerdings ist diese Fähigkeit weniger ein Kriterium für das Vorliegen eines Staats im Sinne des Völkerrechts als eine Folge davon, CRAWFORD, Rz 25.

47 PETERS, Völkerrecht, Kap. 2 Rz 1 ff.

Gleichheit und e) das Prinzip keine Ausnahmen von diesen Prinzipien anzunehmen, was bedeutet, dass sich ein internationales Gericht im Zweifelsfall für die Handlungsfreiheit des Staats entscheiden wird.[48] Im vorliegenden Zusammenhang ist dabei insbesondere das Prinzip der alleineigenen Staatszuständigkeit zur Regelung der inneren Angelegenheiten relevant.

28 Die drei Elemente der Völkerrechtssubjektivität – Territorium, Staatsvolk und Staatsgewalt – führen zusammen mit der alleineigenen Kompetenz der Staaten zur Regelung ihrer inneren Angelegenheiten zu einem Bedürfnis die Zulassung oder Abweisung neuer Mitglieder zu lenken.[49] Nur in einer Welt souveräner Staaten mit durch Grenzen definiertem Staatsgebiet und Kontrolle über die darin lebende Bevölkerung kann es überhaupt internationale Migration geben.[50] Das Kriterium der Nationalität – als vom Staat verliehene (Staats-) Angehörigkeit[51] – belegt die Zugehörigkeit gegen innen und die Abgrenzung gegenüber dem äusseren Fremden. Staaten berufen sich auf dieses Abgrenzungskriterium, um Immigration zu beschränken. Gleichzeitig darf aber nicht vergessen gehen, dass Staaten auch grossen Einfluss auf die Entstehung von Migration haben, z.B. durch die Rekrutierung von ausländischen Arbeitnehmenden für Tätigkeiten, für die sich keine inländischen Arbeitnehmende finden lassen.[52]

29 Nach traditioneller Auffassung zählt der staatliche Entscheid über die Zulassung und Einreise von ausländischen Staatsangehörigen auf ihr Hoheitsgebiet zum Kernbereich staatlicher Souveränität und steht ihnen aus gefestigtem Völkerrecht zu.[53] Aufgrund der internationalen Natur der Migration ist einzelstaatliches Handeln in diesem Bereich allerdings nur begrenzt wirksam und vermutungsweise besteht ein Bedürfnis nach mehr zwischenstaatlichen Absprachen und einem international koordiniertem Vorgehen. Damit lägen die besten Voraussetzungen für die Schaffung internationaler Normen vor, allerdings kommt im Bereich der Migration Staatengemeinschaftsdenken erst ein-

---

48 CRAWFORD, Rz 2 ff.; siehe auch Art. 2 Abs. 7 der Charta der Vereinten Nationen von 1945, SR 0.120.

49 Siehe JOPPKE, S. 2.

50 JOPPKE, S. 1; PETERS, Völkerrecht, Kap. 2 Rz 7 und Rz 11 ff.

51 Siehe PETERS, Völkerrecht, Kap. 2 Rz 5.

52 JOPPKE, S. 1.

53 ACHERMANN, S. 89; GIEGERICH, S. 485; KÄLIN, Bedeutung der Menschenrechte, S. 76; dies hält auch der EGMR in ständiger Rechtsprechung fest, siehe statt vieler EGMR, 16.04.2013, App. Nr. 12020/09, *Udeh vs. Schweiz,* Ziff. 44 m.w.H.

geschränkt zum Tragen.[54] Das Prinzip der staatlichen Kontrolle über die Einwanderung hat sich in den letzten Jahren allerdings neuen Regeln gebeugt, was sich besonders gut in der EU zeigt, und zu geänderten Schwellen staatlicher Souveränität geführt.[55] Entsprechend ist in den letzten Jahrzehnten die Anzahl bindender völkerrechtlicher Verträge, welche die staatliche Souveränität im Bereich der Migration einschränken, gewachsen.[56] Dennoch werden völkerrechtliche Verträge, die versuchen, den innerstaatlichen Entscheid über die Zulassung von fremden Staatsangehörigen an weitere Vorgaben zu knüpfen, von den Staaten nur ungern vorbehaltslos ratifiziert oder zumindest souveränitätsfreundlich bzw. pflichtenmindernd interpretiert.[57]

Zu beachten ist allerdings, dass die staatliche Kontrolle über die Immigration 30
und den Aufenthalt von ausländischen Staatsangehörigen in ihrem Staatsgebiet nicht absolut ist. Die Staaten sind verpflichtet, diese Kontrolle im Rahmen der Vorgaben des internationalen Rechts und im Einklang mit grundlegenden Prinzipien auszuüben.[58]

II. Recht auf Auswanderung – kein Recht auf Einwanderung

Internationale Verträge anerkennen das Recht des Individuums jedes Land, 31
einschliesslich seines eigenen, zu verlassen (Art. 13 Abs. 2 AEMR, Art. 12 Abs. 2 UN-Pakt II[59]).[60] Das Recht auf Auswanderung betrifft die Freiheit des Einzelnen, über sein Leben zu entscheiden. Der Staat «besitzt» ihn nicht.[61] Einschränkungen des Rechts sind nur zulässig, wenn sie auf einem Gesetz basieren, ein notwendiges Ziel verfolgen, geeignet sind, dieses Ziel zu errei-

54 ACHERMANN, S. 90; HILPOLD, S. 18 f.

55 BESSON, Rz 79; siehe zur EU Rz 232 ff.

56 ACHERMANN, S. 98 f.

57 GIEGERICH, S. 485 m.w.H.

58 Siehe DI PASCALE, S. 222.

59 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966, SR 0.103.2.

60 Das Recht ist z.B. auch in Art. 8 der Internationalen Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1990, in Art. 2 und Art. 3 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK von 1963 und in Art. 4 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer von 1977 enthalten.

61 GRAHL-MADSEN/MELANDER/RING, S. 276.

chen, und verhältnismässig sind.[62] Das bedeutet z.B., dass es einem Staat grundsätzlich nicht zusteht, die Auswanderung von spezialisierten Arbeitskräften zu verhindern.[63]

32 Ein spiegelbildliches Recht auf Einwanderung ist nicht vorgesehen. Ein solches Recht würde die Kontrolle der Staaten über ihr Territorium berühren, was von ihnen nicht akzeptiert wird.[64] Es besteht somit eine Asymmetrie zwischen dem Recht des Einzelnen auf Auswanderung und dem (fehlenden) Recht auf Einwanderung. Der Versuch, einzig aus dieser (logischen) Asymmetrie heraus, auf ein Recht auf Einwanderung zu schliessen, greift allerdings zu kurz.[65]

33 Es besteht somit grundsätzlich keine Pflicht von Staaten ausländische Staatsangehörige aufzunehmen, eine solche kann sich allerdings ausnahmsweise aus besonderen zwischenstaatlichen Verträgen ergeben.[66] Daneben kann das Recht der Staaten über die Einreise und den Aufenthalt von ausländischen Staatsangehörigen zu entscheiden, auch durch gewisse internationale menschenrechtliche Verpflichtungen eingeschränkt werden, z.B. durch das Diskriminierungsverbot, das Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung oder durch die Verpflichtung, das Recht auf Familienleben zu respektieren.[67] Zusätzlich hat jedes Individuum das Recht in sein eigenes Land zurückzukehren (Art. 13 Abs. 1 AEMR) bzw. einzureisen (Art. 12 Abs. 4 UN-Pakt II), was die entsprechende staatliche Pflicht begründet sie aufzunehmen.[68]

34 Gewähren Staaten Migrantinnen und Migranten die Einreise in ihr Territorium, sind sie grundsätzlich verpflichtet, ihnen diskriminierungsfrei den allgemeinen Menschenrechtsschutz zu gewähren.[69] Zu den von den Staaten zu

---

62 GRAHL-MADSEN/MELANDER/RING, S. 274 und S. 269 f.; HRC, General Comment Nr. 27, Rz 11 ff.

63 WOLFRUM, S. 22; für eine überzeugende Kritik an einschränkenden Staatsmassnahmen für hoch qualifizierte Migrantinnen und Migranten (sog. *Brain Drain*) siehe TESÓN FERNANDO R., Brain Drain, San Diego Law Review, Vol. 45 2008, Nr. 4.

64 GRAHL-MADSEN/MELANDER/RING, S. 276; HRC, General Comment Nr. 15, Rz 5.

65 GRAHL-MADSEN/MELANDER/RING, S. 276; MONA, S. 15 f. Der letztgenannte Autor verwendet die Gerechtigkeitstheorie von John Rawls als Ausgangspunkt für die Herleitung eines Rechts auf Immigration im liberalen Staat.

66 MONA, S. 13; WOLFRUM, S. 23. Siehe dazu auch DI PASCALE, S. 203 ff.

67 HRC, General Comment Nr. 15, Rz 5.

68 Interessant sind in diesem Zusammenhang die Entscheide des Human Rights Committees zu Art. 12 Abs. 4 UN-Pakt II und seine Interpretierung der Formulierung «sein eigenes Land», siehe dazu Rz 490 ff.

69 GIEGERICH, S. 486; MONA, S. 13 f.; HRC, General Comment Nr. 15, Rz 2.

gewährleistenden Rechten gehört auch die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 UN-Pakt II für sich regulär im Staatsgebiet aufhaltende Personen. Diese Rechte gelten im gesamten Staatsgebiet, einschliesslich der Teilgebiete eines Bundesstaats, und umfassen das Recht sich frei zu bewegen und an einem selbst gewählten Ort zu wohnen. Diese Rechte können nur in Übereinstimmung mit den Bedingungen von Art. 12 Abs. 3 UN-Pakt II entzogen werden.[70]

III. Wirtschaftliche Interessen des Staates

Neben Souveränitätsüberlegungen wird der Entscheid eines Staats über die (Nicht-)Zulassung eines ausländischen Staatsangehörigen ebenfalls stark durch marktwirtschaftliche Interessen beeinflusst. Migrationspolitik, insbesondere die Regelung von Arbeitsmigration, wird dadurch zu Arbeitsmarktpolitik. 35

Staaten verknüpfen die Frage der Arbeitsmigration mit den Bedürfnissen des Binnenarbeitsmarktes und der inländischen Wirtschaft im Allgemeinen. Dabei sehen sie sich dem Dilemma zwischen innerstaatlicher Wirtschaftlichkeit und der Frage der Verteilungsgerechtigkeit gegenüber.[71] Innerstaatliche Wirtschaftlichkeit verlangt, dass die wirtschaftlichen Vorteile aus der Immigration für das Einkommen und den Lebensstandard der einheimischen Bevölkerung maximiert werden. Immigration soll für wirtschaftliches Wachstum sorgen. Staaten folgen dabei der Argumentation der Arbeitgebenden, die geltend machen, dass sie auf dem internationalen Markt nur wettbewerbsfähig bleiben können, wenn sie Zugang zu den besten Arbeitskräften haben, unabhängig von deren Nationalität.[72] 36

Wirtschaftliche Untersuchungen schützen diese Forderung. Sie zeigen, dass es bei einer Aufhebung aller Barrieren, die heute migrationswilligen Arbeitnehmenden in den Weg gelegt werden, global gesehen zu einem Zuwachs des Bruttoweltprodukts käme.[73] Bricht man die globale Sichtweise allerdings auf die staatliche Ebene herunter, sind die Ergebnisse nicht mehr so eindeu- 37

---

70 HRC, General Comment Nr. 27, Rz 4 f.

71 RUHS, Immigration, S. 60.

72 RUHS, Immigration, S. 60.

73 LEESON/GOCHENOUR, S. 12 f.

tig. Insbesondere die Auswirkungen internationaler Arbeitsmigration auf die einheimischen Arbeitnehmenden in Immigrationsländern werden kontrovers diskutiert.[74] Damit rückt der zweite Aspekt des staatlichen Dilemmas der Regelung von Arbeitsmigration in den Vordergrund: die Frage der Verteilungsgerechtigkeit. Dabei geht es darum, wie das nationale Einkommen sich auf verschiedene sozioökonomische Schichten verteilt und wie jene Bewohnerinnen und Bewohner mit den tiefsten Einkommen geschützt werden können. Denn was sich als wirtschaftlich vorteilhaft für Unternehmen darstellt, muss nicht unbedingt den gleichen Effekt auf (inländische) Arbeitnehmende haben.[75]

38 Arbeitsmigration führt zu einer Erhöhung des Arbeitskräfteangebots, was einen Einfluss auf das nationale Einkommen und seine Verteilung in der bestehenden Wohnbevölkerung hat. Diese Entwicklung bringt Gewinner und Verlierer hervor. Zu den potenziellen Gewinnern zählen neben Unternehmen, die vom erhöhten Angebot an Arbeitskräften profitieren, auch Konsumentinnen und Konsumenten, die von tieferen Preisen für Güter und Dienstleistungen profitieren, deren Herstellung/Erbringung hauptsächlich durch ausländische Arbeitnehmende erfolgt. Zu den potenziellen Verlierern gehören einheimische Arbeitskräfte, die ähnliche Qualifikationen wie die Wanderarbeitnehmenden aufweisen und damit zu ihnen in einen Konkurrenzkampf treten.[76] Studien haben allerdings gezeigt, dass der Effekt, den die Immigration auf die Löhne und die Arbeitslosigkeit ausübt, stark zeitlich bedingt ist. Kurzfristig kann sie einen negativen Effekt ausüben, dieser ist aber minimal und vorübergehend.[77] Das ergibt sich daraus, dass sich die Wirtschaft an das höhere Angebot anpasst, womit die Nachfrage nach Arbeitskräften steigt.[78]

---

74 LEESON/GOCHENOUR, S. 13; ebenfalls kontrovers diskutiert werden die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die im Emigrationsland Zurückgebliebenen, siehe dies., S. 21 ff.

75 RUHS, Immigration, S. 60 f.

76 RUHS, Immigration, S. 61, m.Vw. auf DUSTMANN CHRISTIAN/GLITZ ALBRECHT/FRATTINI TOMMASO, The labour market impact of immigration, Oxford Review of Economic Policy 2008, S. 477 ff.

77 LEESON/GOCHENOUR, S. 30. Die kurzfristigen Wirkungen sind aber insbesondere wichtig für das Verständnis der Reaktion von nationalen Interessengruppen, da diese wohl kaum bereit sind jahrelang Nachteile in Kauf zu nehmen, auch wenn sie langfristig von der Immigration profitieren, siehe DHIMA, S. 131 und S. 143 ff.

78 RUHS, Immigration, S. 61.

Staatliche Migrationspolitik wird also im Falle von Arbeitsmigration stark von den beiden oben dargestellten (widersprüchlichen) Interessen geprägt. Sie stellt sich als ein Balanceakt dar zwischen der Ausstellung von genügend Aufenthalts- bzw. Arbeitsbewilligungen, um den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Unternehmen gerecht zu werden, aber nicht so vielen, dass die inländischen Arbeitskräfte unter dem erhöhten Konkurrenzkampf unverhältnismässig leiden. Es geht somit darum einen Ausgleich zu finden zwischen den Interessen der Arbeitgebenden und dem Schutz der Erwerbsmöglichkeiten der einheimischen Arbeitskräfte.[79] Daran anknüpfend stellt sich für Staaten die Frage, an wen die Bewilligung ausgestellt bzw. nach welchen Kriterien der Wanderarbeitnehmer ausgewählt werden soll. Diese Kriterien bestimmen nicht nur, wer einreisen darf, sondern haben auch einen grossen Einfluss auf die (Arbeits-)Rechte, die Migranten gewährt werden, sobald sie sich im Land aufhalten.[80] 39

IV. Arbeitsrechte

Arbeitnehmenden stehen aufgrund ihrer Funktion als Arbeitskräfte verschiedene Ansprüche in Form von Arbeitsrechten zu. Gewisse dieser Rechte werden individuell und andere kollektiv ausgeübt. Sie umfassen unter anderem das Recht eine frei gewählte Tätigkeit auszuüben, das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, worunter so unterschiedliche Ansprüche wie jene auf einen angemessenen Lohn oder auf Schutz der Privatsphäre fallen, den Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen, das Recht einer Gewerkschaft beizutreten und das Recht auf Streik.[81] 40

Arbeitsrechte erfüllen zwei wichtige Funktionen[82]: Einerseits üben sie eine limitierende und schützende Funktion aus, indem sie Arbeitnehmende in einer wirtschaftlichen Beziehung mit ungleichen Kräfteverhältnissen Sicherheiten bieten. Ohne diese Sicherheiten könnten die Bedingungen und Folgen der ungleichen Arbeitsverhältnisse im Widerspruch zu den normativen Ansprüchen einer Gesellschaft stehen. Es überrascht dann auch nicht, dass 41

79 Vgl. RUHS, Immigration, S. 61.

80 Siehe dazu ANDERSON, S. 306 ff.

81 MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 152.

82 Es handelt sich bei diesen beiden Funktionen um die traditionellen Begründungen zur Entstehung von Arbeitsrecht, siehe COLLINS, S. 137.

Arbeitsrecht als eine Konsequenz gegen die nachteiligen sozialen und wirtschaftlichen Folgen eines nicht regulierten Arbeitsmarktes entstand.[83] Auf internationaler Ebene ist es die Internationale Arbeitsorganisation, die Arbeitsstandards setzt; eine Aufgabe, die sie durch den Erlass von Übereinkommen und Empfehlungen erfüllt.[84] Bis heute[85] hat sie 190 Übereinkommen und über 200 Empfehlungen erlassen.

42 Als zweite wichtige Funktion erleichtern Arbeitsrechte es Arbeitnehmenden in faire Beziehungen zu ihren Arbeitgebenden zu treten. Diese Funktion wird durch die in den Kernübereinkommen der ILO enthaltenen Rechte gewährleistet.[86] Dazu hat die Internationale Arbeitsorganisation 1998 die Erklärung über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemassnahmen angenommen. Die Erklärung war eine Reaktion auf die Globalisierung und die damit verbundenen Herausforderungen.[87] Gleichzeitig übernahm die ILO damit den nach dem zweiten Weltkrieg aufgekommenen menschenrechtlichen Diskurs, der bis anhin in ihren Übereinkommen nicht im Fokus stand.[88] Die Erklärung war – zumindest teilweise – ein Versuch einen moralischen, politischen und rechtlichen Konsens über universell anerkannte Arbeitsmenschenrechte zu erreichen.[89]

---

83 KOLBEN, S. 469. Das entspricht der Erfahrung der Schweiz siehe JUNGHANSS, Regelungskonzept, Rz 572 ff.

84 SAUER, Rz 3 und Rz 12 ff.

85 Stand November 2020.

86 KOLBEN, S. 470; für diese Funktion der Kernübereinkommen in Bezug auf die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 über Wanderarbeitnehmende siehe ILC, Fair Migration, Tabelle S. 25 f. und Rz 85.

87 Siehe RODGERS ET AL., S. 213 ff., insb. S. 220 f.; SERVAIS, Rz 31 ff., insb. Rz 67.

88 RODGERS ET AL., S. 39 f. Es war allerdings die ILO, die mit der Deklaration von Philadelphia von 1944 (siehe dazu Rz 56), diesen Diskurs angestossen hat, siehe RODGERS ET AL., S. 44 f.; SWEPSTON, S. 10 f.

89 KOLBEN, S. 454.

Die ILO legte ihren Fokus auf vier fundamentale Bereiche: 43

- die Vereinigungsfreiheit und die effektive Anerkennung des Rechts zu Kollektivverhandlungen;[90]
- die Beseitigung aller Formen von Zwangs- oder Pflichtarbeit;[91]
- die effektive Abschaffung der Kinderarbeit;[92]
- die Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.[93]

Gemäss der Erklärung von 1998 sind die acht in diesen Bereichen ergangenen sog. ILO-Kernübereinkommen für alle Mitgliedstaaten verbindlich, unabhängig davon, ob diese sie ratifiziert haben.[94] Bei der Auswahl der in den Kernübereinkommen verbürgten Rechte argumentierte die ILO damit, dass es sich um fundamentale Rechte handelt.[95] Diese Rechte weisen dabei unterschiedliche Begründungen auf wie Freiheit, Würde und Befähigung *(capability)*.[96] Damit wird eine Unterscheidung von Arbeitsrechten in fundamentale Rechte 44

90 Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts von 1948, SR 0.822.719.7, und Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen von 1949, SR 0.822.719.9.

91 Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit von 1930, SR 0.822.713.9, und Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit von 1957, SR 0.822.720.5.

92 Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung von 1973, SR 0.822.723.8, und Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit von 1999, SR 0.822.728.2.

93 Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit von 1951, SR 0.822.720.0, und Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958, SR 0.822.721.1.

94 Siehe Art. 2 der Erklärung der ILO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihr Folgemechanismus von 1998.

95 DAVIES, Perspectives, S. 51.

96 MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 152 m.H.a. DEAKIN SIMON, Social Rights in a Globalized Economy, in: Alston Philip (Hrsg.), Labour Rights as Human Rights, Oxford 2005, S. 25 ff., insb. S. 55 ff. zum von Sen Amartya entwickelten «capability approach». Siehe auch DAVIES, Perspectives, S. 48 f.

und Minimalstandards vorgenommen[97], die sich in ihrer Begründung auf die Idee von Menschenrechten, auf eine sog. *theory of rights,* bezieht.[98]

45 Menschenrechte sind vom internationalen Recht garantierte Ansprüche von Menschen gegenüber dem Staat zur Wahrung ihrer Würde und zur Sicherung ihrer Entfaltung als Person.[99] Normativ werden Menschenrechte als universal, unteilbar und unveräusserlich angesehen. Einer ihrer wichtigsten Aspekte liegt in ihrer Funktion als Abwehrrechte gegenüber staatlicher Macht, d.h. des souveränen Rechts der Staaten die auf ihrem Territorium befindlichen Menschen nach Gutdünken zu behandeln.[100]

46 Die Idee der Menschenrechte fand ihre erste neuzeitliche Normierung in der *Virginia Bill of Rights* von 1776 und wurde wenige Jahre später in der französischen Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers von 1789 aufgenommen.[101] Heutzutage gehören zu den klassischen Menschenrechtsverträgen auf universeller Ebene die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948, der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Pakt I) von 1966[102] und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Pakt II) von 1966. Auf europäischer Ebene zählen dazu die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)[103] von 1950 und die Europäische Sozialcharta und die revidierte Europäische Sozialcharta (ESC/revESC) von 1961 bzw. 1996. Alle diese Menschenrechtsverträge enthalten dabei auch Rechte, die sich auf das Arbeitsverhältnis beziehen.

47 So garantiert Art. 23 Abs. 1 AEMR und Art. 6 UN-Pakt I das Recht auf Arbeit und Art. 23 AEMR und Art. 7 UN-Pakt I enthalten das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen, wozu auch das Recht auf angemessene Entlohnung und auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit gehört. Art. 24 AEMR und Art. 7 lit. d UN-Pakt I enthalten das Recht auf eine vernünftige Begrenzung der Arbeitszeit und auf regelmässige bezahlte Ferien. Das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit ist in Art. 8 Abs. 3 lit. a UN-Pakt II garantiert. Die Koalitionsfrei-

---

97 Für eine Kritik an dieser Unterscheidung siehe DAVIES, Perspectives, S. 51 und KOLBEN, S. 455 und S. 472 ff.

98 Siehe COLLINS, S. 140.

99 KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz 2.1 f.

100 KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz 1.37 f.

101 KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz 1.4 und Rz 1.6.

102 SR 0.103.1.

103 SR 0.101.

heit ist in den Art. 23 Abs. 4 AEMR, Art. 8 UN-Pakt I und Art. 22 UN-Pakt II garantiert und das Streikrecht wird durch Art. 8 Abs. 1 lit. d UN-Pakt I geschützt.

Alle genannten Rechte finden sich, zusammen mit weiteren arbeitsrechtlich relevanten Garantien, auch in der vom Europarat erlassenen (revidierten) Europäischen Sozialcharta. Im Gegensatz dazu enthält die Europäische Menschenrechtskonvention vordergründig nur die beiden Garantien von Art. 4 EMRK (Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit) und Art. 11 EMRK (Koalitionsfreiheit), die einen Bezug zum Arbeitsrecht aufweisen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte machte aber weitere EMRK-Rechte für das Arbeitsrecht fruchtbar.[104] 48

Die dargestellte Aufzählung könnte zur Annahme führen, dass es sich bei Arbeitsrechten – wenn auch vielleicht nur bei gewissen – um Menschenrechte handelt.[105] Unterstützt wird diese Ansicht dadurch, dass gewisse Arbeitsrechte in Menschenrechtsverträgen stehen.[106] Neben diesem rein deskriptiven Ansatz[107] kann die Frage auch normativ untersucht werden. COLLINS tut dies, indem er sich fragt, ob Arbeitsrechte die Charakteristika von Menschenrechten erfüllen. Er untersucht dabei die verschiedenen Rechte in Bezug auf ihr moralisches Gewicht, ihre universelle Anwendbarkeit, die Strenge des Standards und ihre zeitliche Veränderbarkeit[108] und kommt zum Schluss, dass diese Kriterien bezweifeln lassen, dass es sich bei Arbeitsrechten tatsächlich um Menschenrechte handelt.[109] MANTOUVALOU hinterfragt diese Schlussfolgerung, indem sie aufzeigt, dass jedes der genannten Charakteristika auch durch (gewisse) Arbeitsrechte erfüllt werden kann.[110] Sie hält fest, dass «certain labour rights are not necessarily and by definition different in nature to 49

104 Siehe PÄRLI, Bedeutung der EMRK, S. 1671 ff.

105 Im Folgenden wird die Diskussion um diese Frage angeschnitten, aber nicht umfassend behandelt.

106 Gemäss COLLINS, S. 143, handelt es sich dabei allerdings nur um einen historischen Zufall, da bei der Erarbeitung der AEMR einfach die bereits im Versailler Vertrag enthaltenen Rechte übernommen wurden. Der Versailler Vertrag beendete nicht nur den ersten Weltkrieg, sondern führte auch zur Gründung der ILO, siehe Rz 54 ff.

107 Siehe dazu MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 152, m.w.H.

108 Im englischen Original wird von «moral weight of the claim, universal applicability, strictness of the standards, variability over time» gesprochen.

109 COLLINS, S. 142 f.

110 MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 164 ff.

other human rights. It can, therefore, be said that some labour rights are human rights on the normative analysis, while there are others that involve the detailed regulation of the employment relation, and these can be called ‹labour standards›».[111]

50 Ein wichtiger Unterschied zwischen Arbeits- und Menschenrechten besteht darin, dass erstere materielle Forderungen an Arbeitgebende richten, die in einer Marktwirtschaft zumeist private Akteure sind. Im Gegensatz dazu richten sich die klassischen Menschenrechte gegen den Staat als Bedroher.[112] Die Verwendung von menschenrechtlichen Argumentationen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten[113] hat dann auch zur Befürchtung geführt, dass dadurch die (macht-)ausgleichende Funktion des Arbeitsrechts zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden verloren geht und dass die sich auf das Individuum konzentrierenden Menschenrechte die Mobilisierung von Arbeitnehmenden und die kollektive Verhandlungsposition gefährden könnten.[114]

51 Geht es allerdings um Arbeits*migrations*rechte, überschneiden sich die beiden Sphären Staat und private Arbeitgeber. Insofern ist die Diskussion über die Charakterisierung von fundamentalen Arbeitsrechten besonders wichtig, soweit darin die Frage aufgeworfen wird, welchen Gruppen von Arbeitnehmenden diese Rechte gemäss der innerstaatlichen Gesetzgebung überhaupt zustehen.[115] Es geht im Kern um den Umfang der staatlichen Souveränität, die es Staaten erlaubt, Bevölkerungsgruppen zu definieren, die das Recht haben Ansprüche ihnen gegenüber zu erheben, und sie von jenen, sich innerhalb und ausserhalb des staatlichen Territoriums befindenden Gruppen abzugrenzen, denen dieses Recht nicht zusteht.[116] Eine Charakterisierung von Arbeitsrechten als Menschenrechte ist dabei ein möglicher Weg, den Schutz

111 MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 169.

112 PETERS, Arbeiterrechte, S. 491.

113 Siehe MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 157 ff.; PÄRLI, Bedeutung der EMRK, S. 1671 ff.; beide mit weiteren Hinweisen auf die arbeitsrechtlich relevante Rechtsprechung des EGMR.

114 Siehe dazu KOLBEN, S. 468 ff.; MANTOUVALOU, Labour Rights, S. 160 f. Siehe auch ARTHURS, S. 23 f.

115 Vgl. VOSKO, S. 366 f. Siehe dazu auch ACtHR, Advisory Opinion OC-18/03, 17.09.2003, Requested by the United Mexican States, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, insb. Rz 128 ff.

116 VOSKO, S. 367.

der Arbeitnehmerrechte von staatlichen Teilnahmebedingungen abzulösen.[117]

Festzuhalten ist, dass gewisse Arbeitsrechte Eingang in menschenrechtliche Verträge gefunden haben. Aufgrund ihres universalen Charakters stehen diese Rechte allen Menschen zu, womit auch Wanderarbeitnehmende unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und ihrem migrationsrechtlichen Status erfasst sind. Darüber hinaus haben alle erwähnten internationalen Organisationen, die sich (auch) dem Schutz von Arbeitsrechten widmen, spezifische Instrumente erlassen, die Wanderarbeitnehmende schützen sollen. Diese Instrumente werden im Folgenden angesehen. 52

[117] Vgl. VOSKO, S. 366.

3. Kapitel
Rechtsstellung von Wanderarbeitnehmern in internationalen Übereinkommen

Auf internationaler Ebene interessieren jene Verträge, welche die beiden (Rechts-)Gebiete Arbeit und Migration in einem einzigen Instrument verknüpfen. Im Folgenden wird ein Überblick über diese Verträge gegeben, wobei der Schwerpunkt auf den Normen liegt, in denen diese Verknüpfung besonders zutage tritt. Es geht darum darzulegen, welche Lösungen die Staatengemeinschaft (als Gesamtheit der Herkunfts-, Transit-, und Beschäftigungsländer von Wanderarbeitnehmenden) herausgearbeitet hat. 53

I. Arbeitsmigration aus Sicht der ILO

A. Entstehung und Mandat der ILO zur Regelung von Arbeitsmigration

Die ILO wurde 1919 im Rahmen des Friedensprozesses nach dem ersten Weltkrieg gegründet. Zu diesem Zeitpunkt hatten verschiedene Länder, zu denen auch die Schweiz zählte, bereits seit 40 Jahren versucht, Fragen des internationalen Arbeiterschutzes auf die politische Agenda zu setzen.[118] Grund dafür war die im 19. Jahrhundert einsetzende Industrialisierung, mit langen Arbeitszeiten, Kinderarbeit und ungesunden Arbeitsbedingungen. Sozial fortschrittliche Staaten reagierten darauf mit dem Erlass von nationalen Arbeitsgesetzen, die ihrer Industrie Wettbewerbsnachteile gegenüber in Fragen des Arbeitnehmerschutzes liberaleren Staaten einbrachten. Eine internationale Regelung sollte helfen, diese Wettbewerbsnachteile auszugleichen.[119] 54

Teil XIII des Versailler Friedensvertrags vom 28. Juni 1919, der den 1. Weltkrieg formal beendete, enthielt die Verfassung der ILO.[120] In der Präambel sind ihre drei zentralen Gründungsmotive enthalten: Soziale Gerechtigkeit und Schutz der Menschenrechte, Frieden und politische Stabilität sowie Ver- 55

118 SENTI, S. 11; JUNGHANSS, Regelungskonzept, Rz 624 ff.

119 SAUER, Rz 1; SENTI, S. 11.

120 SR 0.820.1. Teil XIII wurde 1934 aus dem Friedensvertrag ausgegliedert und zu einem eigenständigen Dokument, siehe SAUER Rz 3.

hinderung von Konkurrenznachteilen durch sozialpolitische Regulierungen auf nationalstaatlicher Ebene.[121] Ebenfalls bereits in der Präambel wird der Schutz der Interessen von im Ausland beschäftigten Arbeitnehmenden angesprochen. Dieser Schutz wird im Grundsatz Nr. 8 von Art. 427 des Friedensvertrags[122] wiederholt, der festhält, dass «die in jedem Land über die Arbeitsverhältnisse erlassenen Vorschriften […] allen im Land sich erlaubterweise aufhaltenden Arbeitern eine gerechte wirtschaftliche Behandlung zu sichern [haben]». Zum ersten Mal wurde damit einer internationalen Organisation Kompetenzen in einem Bereich übertragen, den die Staaten bis dahin als einen Kernbereich ihrer Souveränität eifersüchtig hüteten.[123]

56 Der Verfassungsauftrag der ILO wurde 1944 durch die Erklärung von Philadelphia erweitert. Das Treffen von Philadelphia, das richtungsweisend für die Zukunft der ILO wurde, bedeutete gleichzeitig einen Richtungswechsel in Bezug auf die Verknüpfung von Menschenrechten und sozialem Fortschritt.[124] Teil III der Erklärung von Philadelphia verpflichtet die Staaten zur Verwirklichung von Programmen, die u.a. die folgenden Zielsetzungen unterstützen: Vollbeschäftigung und Verbesserung der Lebenshaltung, Möglichkeit für Arbeitnehmende eine Tätigkeit auszuüben, die ihnen erlaubt, ihre Fähigkeiten und Kenntnisse anzuwenden und zum allgemeinen Wohl beiträgt, und die «Verfolgung dieses Zieles […] durch Massnahmen, die geeignet sind, die Versetzung von Arbeitnehmern zu begünstigen, einschliesslich der Wanderbewegung von Arbeitnehmern und Ansiedlern, wobei allen Beteiligten ausreichende Sicherheiten zu bieten sind»[125]. Die Förderung der Arbeitsmigration und der Schutz von Wanderarbeitnehmenden sind somit seit der Gründung der ILO Teil ihres Mandats, womit sie lange Zeit die bedeutendste internationale Organisation in diesem Bereich war.[126]

---

121 SENTI, S. 12.

122 Art. 427 des Friedensvertrags wurde später zu Art. 41 der ILO-Verfassung. Dieser Artikel wurde 1944 durch die Erklärung von Philadelphia ersetzt, siehe RODGERS ET AL., S. 41.

123 RODGERS ET AL., S. 75.

124 RODGERS ET AL., S. 43 und S. 44.

125 Teil III lit. c der Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation (Erklärung von Philadelphia), Beilage zur Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28.06.1919, SR 0.820.1.

126 CHOLEWINSKI, Migrant Workers, Rz 3; mit dem Erlass der Wanderarbeitnehmerkonvention erliessen auch die Vereinten Nationen einen internationalen Vertrag zum Schutz der Wanderarbeitnehmenden, siehe Rz 121.

B. Tripartismus

Eine Besonderheit der ILO im Vergleich zu anderen internationalen Organisationen ist ihr dreigliedriger Aufbau (Tripartismus). Art. 3 der ILO-Verfassung hält fest, dass jedem Mitgliedstaat vier Delegierte zustehen. Diese vier Delegierten setzen sich aus zwei Regierungsvertretern und je einem Vertreter der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zusammen. Diese Dreigliedrigkeit findet sich in beinahe allen Organen der ILO wieder.[127] Die Tatsache, dass ILO-Instrumente in einem dreigliedrigen Organ (der Vollversammlung) beraten und entschieden werden, sorgt dafür, dass diese vis-à-vis anderen internationalen Übereinkommen einige Besonderheiten aufweisen: Staaten haben vergleichsweise wenig Einfluss auf den endgültigen Text, die Übereinkommen werden durch Mehrheitsentscheid[128] verabschiedet und Staaten haben keine Möglichkeit Vorbehalte anzubringen, da diese im Widerspruch zu einer einheitlichen Entwicklung von Arbeitsstandards stehen würden.[129] 57

C. Die Übereinkommen zur Arbeitsmigration

1. Entstehung und Zielsetzung

Im Bereich der Arbeitsmigration kennt die ILO zwei rechtlich verbindliche Übereinkommen, die auf dem neusten Stand *(up-to-date)* sind. Beide Übereinkommen werden durch eine Empfehlung ergänzt. Es handelt sich dabei um das Übereinkommen Nr. 97 über Wanderarbeiter (Neufassung von 1949) mit der dazugehörenden Empfehlung Nr. 86 betreffend die Wanderarbeiter und um das Übereinkommen Nr. 143 über Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer (1975) mit der dazugehörenden Empfehlung Nr. 151 zu Wanderarbeitnehmern in Beschäftigungsländern. 58

Bei der Verabschiedung dieser Übereinkommen verfolgte die ILO zwei Ziele: einerseits die Regelung der Bedingungen unter denen der Migrationsprozess stattfindet und andererseits den Erlass von Schutzbestimmungen für eine vul- 59

127 RODGERS ET AL., S. 12; SAUER, Rz 7.

128 Zur Annahme eines Übereinkommens sind nach Art. 19 Abs. 2 ILO-Verfassung zwei Drittel der Stimmen der anwesenden Delegierten notwendig.

129 SAUER, Rz 14.

nerable Kategorie von Arbeitnehmenden.[130] Neben diesen spezifischen Instrumenten gelten, mit wenigen Ausnahmen, alle ILO-Standards auch für Wanderarbeitnehmende.[131]

60 Die beiden Übereinkommen über Wanderarbeitnehmende weisen einen tiefen Ratifikationsstand auf.[132] Der Grund dafür mag teilweise darin liegen, dass es den Mitgliedstaaten verwehrt ist, Vorbehalte zu den Übereinkommen anzubringen. Um diesen Nachteil zu kompensieren, ermöglicht es die ILO, dass nur gewisse Teile eines Übereinkommens ratifiziert oder gewisse Teile von der Ratifikation ausgeschlossen werden.[133]

2. Das Übereinkommen Nr. 97 im Überblick

61 Das Übereinkommen Nr. 97 wurde 1949 beschlossen und trat 1952 in Kraft. Es ist eine Abänderung des Übereinkommens Nr. 66 über Anwerbung, Arbeitsvermittlung und Arbeitsbedingungen der Wanderarbeiter von 1939, das aufgrund fehlender Ratifizierungen nie in Kraft trat, und führte zu einer Erweiterung der darin enthaltenen Vorschriften.

62 Das Übereinkommen Nr. 97 besteht aus einem Hauptteil und drei Anhängen, wobei es den Vertragsstaaten gemäss Art. 14 Abs. 1 bei der Ratifizierung freisteht, alle oder einzelne der Anhänge von der Ratifizierung auszunehmen. Anhang I regelt Fragen zur Anwerbung, Arbeitsvermittlung und Arbeitsbeschäftigung der Wanderarbeitnehmenden, die nicht auf Grund der unter Regierungsaufsicht abgeschlossenen Vereinbarungen über Gruppenwanderung angeworben sind. Anhang II regelt dieselben Fragen für Wanderarbeitnehmende, die auf Grund der unter Regierungsaufsicht abgeschlossenen Vereinbarungen über Gruppenwanderung angeworben sind. Anhang III regelt Fragen zur Einfuhr der persönlichen Gebrauchsgegenstände, der Werkzeuge und der Ausrüstung der Wanderarbeitnehmenden.

63 Zu den Zielsetzungen des Übereinkommens Nr. 97 gehört die Regelung der Wanderbewegungen von Arbeitnehmenden von Ländern mit einem Überschuss zu Ländern mit einem Mangel an Arbeitskräften.[134] Es findet somit auf

---

130 RODGERS ET AL., S. 75.

131 CHOLEWINSKI, Migrant Workers, Rz 4.

132 Das Übereinkommen Nr. 97 wurde von 50 Staaten, das Übereinkommen Nr. 143 von 25 Staaten ratifiziert (Stand November 2020).

133 CHOLEWINSKI, Migration for Employment, S. 38 f.

134 Art. 4 Abs. 1 ILO-Empfehlung Nr. 86.

den gesamten Prozess von der Anwerbung bis zur Rückkehr der Wanderarbeitnehmenden Anwendung. Allerdings findet die durch den Staat organisierte Anwerbung von Wanderarbeitnehmenden für den privaten Sektor heute nur noch selten statt, dafür gibt es vermehrt private Arbeitsvermittlungen und selbständige Wanderbewegungen. Diesbezüglich greift die zweite Zielsetzung des Übereinkommens – der Schutz der Wanderarbeitnehmenden im Beschäftigungsland, insbesondere die Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitnehmenden.[135]

Das Übereinkommen Nr. 97 wurde von 50 Staaten[136] ratifiziert, wobei für knapp die Hälfte der Staaten das Übereinkommen inklusive all seiner Anhänge gilt. Zu den Ratifikationsstaaten zählen dabei genauso (heutige) Herkunfts- wie Zielländer der internationalen Arbeitsmigrationsbewegung. 64

3. Das Übereinkommen Nr. 143 im Überblick

Das Übereinkommen Nr. 143 wurde 1975 beschlossen und trat 1978 in Kraft. Es stellt eine Erweiterung und Ergänzung zum ILO-Übereinkommen Nr. 97 und zum ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung (Beschäftigung und Beruf) von 1958[137] dar.[138] Eine solche Ergänzung erwies sich als nötig, da das ILO-Übereinkommen Nr. 111 «Staatsangehörigkeit» nicht als verbotener Diskriminierungsgrund erwähnt.[139] 65

Das Übereinkommen Nr. 143 besteht aus zwei Teilen, wobei die Vertragsstaaten nach Art. 16 Abs. 1 bei der Ratifizierung die Möglichkeit haben, entweder den Teil I oder den Teil II von der Annahme auszuschliessen. Teil I (Artikel 1 bis 9) betrifft Fragen zu Missbräuchen bei Wanderungen, während sich Teil II (Artikel 10 bis 15) mit Fragen zur Chancengleichheit und Gleichbehandlung beschäftigt. 66

---

135 CHOLEWINSKI, Migrant Workers, Rz 8.

136 Stand November 2020.

137 SR 0.822.721.1.

138 Siehe Präambel ILO-Übereinkommen Nr. 143.

139 Siehe Präambel des ILO-Übereinkommens Nr. 143. Siehe auch den Bericht ILC, Equality in Employment, Rz 33, in dem festgehalten wird: «The concept of national extraction […] does not refer to the distinctions that may be made between the citizens of one country and those of another, but to distinction between the citizens of the same country on the basis of a person's place of birth, ancestry or foreign origin».

67 Das Übereinkommen verlangt von den Vertragsstaaten eine Gesamtpolitik in Bezug auf die internationale Arbeitsmigration auszuarbeiten und anzuwenden. Dabei sollen die wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse der Herkunfts- wie Aufnahmeländer genauso berücksichtig werden, wie die langfristigen sozialen und wirtschaftlichen Folgen von Wanderbewegungen auf die Wanderarbeitnehmenden und die betroffenen Gemeinwesen.[140] Das Übereinkommen stellt sich dabei in einen grösseren internationalen Kontext, indem es in der Präambel auf Art. 13 AEMR und auf das ILO-Übereinkommen Nr. 97, die dazugehörige Empfehlung Nr. 86 und das ILO-Übereinkommen Nr. 111 verweist. Es stellt eine Erweiterung des sachlichen Geltungsbereichs der ILO-Normen zur Chancengleichheit und Gleichbehandlung dar, da das ILO-Übereinkommen Nr. 97 nur gesetzliche Ungleichbehandlungen verbietet und der Diskriminierungsbegriff von Art. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 111 die Staatsangehörigkeit nicht als verbotenen Grund erfasst.

68 Das Übereinkommen wurde von 25 Ländern[141] ratifiziert, wobei 24 von ihnen von der Ausschlussmöglichkeit von Art. 16 keinen Gebrauch gemacht und beide Teile des Übereinkommens ratifiziert haben.

4. Exkurs: *Multilateral Framework on Labour Migration*

69 Der ILO ist es mit den Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 gelungen, Mindeststandards im Bereich der Arbeitsmigration zu verabschieden, doch ihre periodischen Versuche tatsächlichen Einfluss auf die internationale Politik zur Arbeitsmigration zu nehmen, scheiterten.[142] Anstatt weitere rechtlich verbindliche Prinzipien auszuarbeiten, hat die ILO im Jahr 2006 das *Multilateral Framework on Labour Migration* verabschiedet.[143] Es enthält rechtlich unverbindliche Prinzipien und Leitsätze, die dem Zweck dienen, Regierungen und Sozialpartnern eine praktische Orientierung zur Entwicklung, Verstärkung und Verwirklichung von nationalen und internationalen Strategien zur Arbeitsmigration zu bieten. Das *Multilateral Framework* geht dabei über die in den ILO-Übereinkommen und der UN-Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (MWC)[144] enthal-

140 Siehe Art. 1 der ILO-Empfehlung Nr. 151.
141 Stand November 2020.
142 RODGERS ET AL., S. 74.
143 CHOLEWINSKI, Migrant Workers, Rz 20.
144 Siehe zu dieser Konvention Rz 121 ff.

tenen Grundsätze und Anwendungsbereiche hinaus[145], da es neue globale Entwicklungen und Herausforderungen im Bereich der Arbeitsmigration berücksichtigt.[146] Zu den beiden wichtigsten Aspekten gehören dabei einerseits der Grundsatz der Nichtdiskriminierung[147] und andererseits die Berücksichtigung des Migrationsprozesses unter Beachtung der den Migranten zustehenden Menschenrechten.[148] Gleichzeitig besteht aber eine Spannung zwischen dem Bedürfnis der Wahrung staatlicher Souveränität und dem Schutz der Rechte von Migrantinnen und Migranten, die den umfassenden Ansatz des *Multilateral Frameworks* limitiert.[149]

D. Die staatlichen Verpflichtungen und Durchsetzungsmöglichkeiten

Übereinkommen und Empfehlungen zählen zu den wichtigsten Instrumenten, die der ILO zur Verfügung stehen.[150] Übereinkommen sind für die sie ratifizierenden Staaten verbindliche internationale Verpflichtungen, während Empfehlungen zwar rechtlich unverbindlich sind, aber Bezugsnormen enthalten, zu deren Beachtung Staaten bei der Ausarbeitung ihrer nationalen Gesetzgebung ermutigt werden.[151] Empfehlungen ermöglichen es der ILO, Übereinkommen durch detaillierte Normen zu ergänzen und weiterzuentwickeln.[152] Das erlaubt es der Organisation einerseits staatliche Souveränitätsbedenken zu berücksichtigen, die andernfalls einer Ratifizierung der Übereinkommen entgegenstehen würden, aber andererseits auch einen hohen internationalen Standard festzulegen. Übereinkommen und Empfehlungen enthalten nur Mindeststandards, welche günstigere nationalstaatliche Bestimmungen nicht beeinträchtigen.[153] 70

145 VOSKO, S. 377.

146 WICKRAMASEKARA, Rz 91.

147 Multilateral Framework, Guideline 8.1, 8.4.4, 9a und 9b, 14.1.

148 Multilateral Framework, Guideline 11. Siehe auch Multilateral Framework, Guideline 12 und 13.

149 VOSKO, S. 379. Siehe dazu Multilateral Framework, Präambel S. 2, Introduction Nr. 2 und Guideline 4.

150 Für weitere Instrumente, siehe SERVAIS, Rz 197 ff.; RODGERS ET AL., S. 22.

151 SERVAIS, Rz 73; SENTI, S. 15 f.

152 SAUER, Rz 15; Art. 19 Abs. 1 ILO-Verfassung.

153 SAUER, Rz 12; Art. 19 Abs. 8 ILO-Verfassung.

71 Nach Ausarbeitung eines Übereinkommens sind die Mitgliedstaaten verpflichtet dieses der für die Ratifikation zuständigen nationalen Stelle (üblicherweise der Legislative[154]) vorzulegen, damit sie es prüfen kann.[155] Erfolgt keine Ratifikation, so ist der Mitgliedstaat in angemessenen Zeitabständen verpflichtet, den Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes in Form eines Berichts über den Stand seiner Gesetzgebung und Praxis betreffend den Themenbereich des Übereinkommens und den Schwierigkeiten betreffend die Ratifikation zu informieren.[156] Wird das Übereinkommen ratifiziert, so ist der Ratifikationsstaat verpflichtet, über die von ihm getroffenen Massnahmen zur Durchführung des Übereinkommens Bericht zu erstatten.[157]

72 Die Staatenberichte werden durch den Sachverständigenausschuss geprüft. Auf der Basis dieser Berichte erarbeitet er jährlich einen *General Survey* zu einem bestimmten Thema.[158] Der aktuellste *General Survey* zu den ILO-Übereinkommen über die Wanderarbeitnehmenden stammt aus dem Jahr 2016.[159] *General Surveys* enthalten konkrete Vorgaben darüber, wie einzelne Bestimmungen eines ILO-Übereinkommens auszulegen sind.[160] In methodischer Hinsicht erfolgt die Auslegung von ILO-Übereinkommen nach den anerkannten völkerrechtlichen Auslegungsregeln von Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (Vertragsrechtskonvention, VRK[161]).[162]

73 Das Staatenberichtsverfahren wird ergänzt durch ein Beschwerde- und Klagesystem. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens richtet ein Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberverband, welcher der Ansicht ist, dass ein Mitgliedstaat ein von ihm ratifiziertes Übereinkommen nicht korrekt umsetzt, eine Beschwerde an das Internationale Arbeitsamt.[163] Es kommt zur Einsetzung eines tripartiten

---

154 SERVAIS, Rz 113. In der Schweiz informiert der Bundesrat die Bundesversammlung in einem Bericht über die Tagungen der Internationalen Arbeitskonferenz und die beschlossenen Übereinkommen und Empfehlungen.

155 Art. 19 Abs. 5 ILO-Verfassung.

156 Art. 19 Abs. 5 lit. e ILO-Verfassung.

157 Art. 22 ILO-Verfassung.

158 PÄRLI, Formen der Einwirkung, Rz 1047.

159 Siehe ILC, Fair Migration.

160 PÄRLI, Formen der Einwirkung, Rz 1047.

161 SR 0.111.

162 PÄRLI, Formen der Einwirkung, Rz 1048.

163 Art. 24 ILO-Verfassung.

Ausschusses, der eine erste Prüfung des Falls vornimmt. Der betroffene Mitgliedstaat wird eingeladen, sich zur Sache zu äussern. Nach Abschluss des Verfahrens entscheidet der Verwaltungsrat über eine mögliche Veröffentlichung der Beschwerde und der Regierungsantwort.[164] In Bezug auf die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 wurden bisher drei Beschwerden eingereicht.[165] Im Rahmen des Klageverfahrens kann ein Mitgliedstaat, welcher der Ansicht ist, ein anderer Mitgliedstaat habe ein von beiden Staaten ratifiziertes Übereinkommen nicht korrekt umgesetzt, eine Klage beim Internationalen Arbeitsamt einreichen. Der betroffene Mitgliedstaat wird eingeladen, sich zur Sache zu äussern, bevor ein Untersuchungsausschuss zur Prüfung des Falles eingesetzt wird.[166] Der vom Untersuchungsausschuss verfasste Abschlussbericht wird den beteiligten Mitgliedstaaten zugestellt und veröffentlicht. Diese teilen dem Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamts innerhalb von drei Monaten mit, ob sie die im Bericht enthaltenen Empfehlungen akzeptieren oder ob sie vorhaben die Angelegenheit dem Internationalen Gerichtshof zu unterbreiten.[167] Das ist bis anhin allerdings noch nie geschehen.[168]

74 Die Ratifikation eines ILO-Übereinkommens durch einen Mitgliedstaat hat zur Folge, dass dieser völkerrechtlich zur Einhaltung des Übereinkommens verpflichtet ist. Gemäss Art. 19 Abs. 5 lit. d ILO-Verfassung hat der Mitgliedstaat «die zur Durchführung der Bestimmungen des Übereinkommens erforderlichen Massnahmen» zu treffen. Welche Massnahmen dies genau sind, hängt vom ratifizierten Übereinkommen ab.[169] In Frage kommen die Ausarbeitung und Verfolgung einer bestimmten nationalen Politik, administrative Vorkehrungen, der Erlass oder die Anpassung von nationalen Rechtsakten oder auch die Umsetzung in Kollektivverträgen der Sozialpartner.[170] Häufig werden die von den Staaten zu verfolgenden Massnahmen in den ILO-Übereinkommen offen formuliert, um so den unterschiedlichen staatlichen Systemen gerecht

164 SERVAIS, Rz 1038; Art. 25 ILO-Verfassung.

165 In Bezug auf das ILO-Übereinkommen Nr. 97 wurde 1998 eine Beschwerde gegen Spanien und 2003 eine Beschwerde gegen China bzw. Hong Kong eingereicht. In Bezug auf das ILO-Übereinkommen Nr. 143 gab es 1993 eine Beschwerde gegen Venezuela.

166 SERVAIS, Rz 1041; Art. 26 Abs. 1 bis 3 ILO-Verfassung.

167 Art. 28 und 29 ILO-Verfassung.

168 SERVAIS, Rz 1043.

169 SERVAIS, Rz 123.

170 SERVAIS, Rz 123 und Rz 125.

zu werden.[171] Das ist auch die in den ILO-Übereinkommen zur Arbeitsmigration verwendete «Gesetzes»technik.[172]

E. Einzelne Bestimmungen im Allgemeinen

75 Im Folgenden werden einzelne Bestimmungen der Übereinkommen und Empfehlungen genauer angesehen. Eine gemeinsame Analyse rechtfertigt sich aufgrund des verbundenen und sich ergänzenden Inhalts der Übereinkommen.[173]

1. Persönlicher Geltungsbereich

76 Art. 11 Abs. 1 des ILO-Übereinkommens Nr. 97 definiert als Wanderarbeitnehmer «eine Person, die aus einem Land in ein anderes Land auswandert, um sich dort anders als für eigene Rechnung zu betätigen; der Ausdruck umfasst jede als Wanderarbeiter ordnungsgemäss zugelassene Person». Diese Definition wird beinahe wörtlich in Art. 11 des ILO-Übereinkommens Nr. 143 übernommen, bezieht sich allerdings nur auf dessen Teil II «Chancengleichheit und Gleichbehandlung». Der erste Teil des Übereinkommens «Missbräuche bei Wanderungen» erfasst alle Wanderarbeitnehmenden, unabhängig von ihrem migrationsrechtlichen Status (siehe Art. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 143).[174]

77 Die Definition von Art. 11 ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 ist weit und umfasst alle unselbständig erwerbstätigen Personen, unabhängig von der Art der ausgeübten Tätigkeit, der Branche, in der sie beschäftigt sind, ob ein befristeter oder unbefristeter Vertrag vorliegt[175] oder ob eine Voll- oder Teilzeitarbeit ausgeübt wird. Erfasst werden auch Flüchtlinge, soweit sie als Arbeitnehmende ausserhalb ihres Herkunftslandes eine Erwerbstätigkeit aus-

171 SERVAIS, Rz 149; SENTI, S. 19.

172 ILC, Fair Migration, Rz 86 f.

173 Siehe auch ILC, Fair Migration, Rz 81.

174 Siehe dazu Rz 83 ff.

175 In weiteren Artikeln wird allerdings der Genuss von gewissen Rechten (für Beispiele siehe Rz 98 und Rz 100) von der Dauer der Anwesenheit im Aufnahmeland abhängig gemacht, VOSKO, S. 372.

üben.[176] Erfasst werden allerdings nur reguläre Wanderarbeitnehmende.[177] Dies ergibt sich zwar nicht direkt aus dem Wortlaut der Art. 11 ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, aber aus den weiteren Artikeln, welche die Rechte der Wanderarbeitnehmenden genauer festlegen, und von «zum Aufenthalt befugten Einwanderer» (Art. 6 ILO-Übereinkommen Nr. 97) oder von «sich rechtmässig […] aufhaltenden Personen» (Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143) sprechen. Die Übereinkommen stellen allerdings keine allgemeinen Kriterien darüber auf, wann jemand diese Voraussetzungen erfüllt. Sie überlassen es den Staaten, in Respektierung ihrer Souveränität, die Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen festzulegen.

Nicht erfasst werden nach Art. 11 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 97 Grenzgängerinnen und Grenzgänger, Personen mit kurzfristigem Aufenthalt, die einen freien Beruf ausüben oder Künstler sind, und Schiffsleute. Das ILO-Übereinkommen Nr. 143 schliesst zusätzlich in Art. 11 Abs. 2 Personen, die ausdrücklich zu Bildungs- oder Ausbildungszwecken einreisen, und Dienstleistungserbringer von seinem Geltungsbereich aus. Diese Personenkategorien werden allerdings vom ILO-Übereinkommen Nr. 97 erfasst. 78

2. Rekrutierung

Die Zielsetzung des ILO-Übereinkommens Nr. 97 ist die Regelung der Wanderbewegungen von Arbeitnehmenden aus Ländern mit einem Überschuss zu Ländern mit einem Mangel an Arbeitskräften.[178] Dazu enthält es in Art. 7 und in den Anhängen detaillierte Regelungen über die Anwerbung und die Arbeitsvermittlung von ausländischen Arbeitskräften. Zur Erleichterung der Abwicklung des Migrationsprozesses zwischen dem Herkunfts- und dem Aufnahmestaat schlägt die ILO-Empfehlung Nr. 86 in Art. 21 den Abschluss von zweiseitigen Abkommen vor und enthält im Anhang ein entsprechendes Musterabkommen. Dieses greift alle im Übereinkommen und der Empfehlung geregelten Themenbereiche nochmals auf. 79

Die Vorschriften zur Rekrutierung dienen dem Schutz der Wanderarbeitnehmenden, erleichtern die Kontrolle über den Rekrutierungsprozess und verhin- 80

176 ILC, Fair Migration, Rz 371.

177 ILC, Fair Migration, Rz 119; zur Definition irregulärer Migration wird auf die MWC verwiesen, siehe dazu Rz 134.

178 Art. 4 Abs. 1 ILO-Empfehlung Nr. 86.

dern irreguläre Tätigkeiten.[179] Die Definition des Begriffs «Rekrutierung» ist weit und umfasst alle möglichen Formen der Anwerbung und Arbeitsvermittlung[180], insbesondere trifft der Begriff keine Unterschiede bezüglich der Stellen, welche die Rekrutierung vornehmen. Die Rekrutierung kann, soweit die innerstaatliche Gesetzgebung es zulässt, durch öffentliche Arbeitsämter, den künftigen Arbeitgeber oder durch eine von ihm bevollmächtigte Person oder durch ein privates Büro geschehen.[181] Im Falle der durch Privatpersonen ausgeführten Rekrutierung wird eine gesetzliche Regulierung und Überwachung der Tätigkeit verlangt.[182] Die staatliche Steuerung spielt eine bedeutende Rolle zur Verhinderung von missbräuchlichen Arbeitsbedingungen, inklusive Menschenhandel und Zwangs- und Pflichtarbeit, denen Wanderarbeitnehmende ausgesetzt sein können.[183]

3. Informationspflichten

81 Die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem anderen Land kann für Migrantinnen und Migranten mit grossen Unsicherheiten verbunden sein. Es ist somit wichtig, dass sie in Bezug auf die vorgesehene Erwerbstätigkeit über alle relevanten Informationen verfügt. Entsprechend verpflichtet Art. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 97 die Vertragsstaaten eine Stelle zur Betreuung von Wanderarbeitnehmenden einzurichten, die genaue, d.h. korrekte[184], Informationen erteilt.

82 Wurde die Wanderarbeitnehmerin rekrutiert, verlangen Art. 5 Anhang I und Art. 6 Anhang II ILO-Übereinkommen Nr. 97, dass sie alle wichtigen Informationen erhält. Das gilt allerdings nur in Staaten, die ein Überwachungssystem über die abgeschlossenen Arbeitsverträge eingeführt haben. Der Wanderarbeitnehmerin ist vor der Abreise bzw. spätestens in einer Aufnahmestelle bei der Ankunft eine Kopie ihres Arbeitsvertrags auszuhändigen. Dieser muss das vorgesehene Arbeitsentgelt und Bestimmungen über die Arbeitsbedingungen, d.h. über die Arbeitszeiten, die wöchentlichen Ruhezeiten und die Ferien, enthalten. Nur in diesem Kontext erlangt die Information über den Lohn

179 ILC, Fair Migration, Rz 195.
180 Siehe Art. 2 Anhang I und Art. 2 Anhang II ILO-Übereinkommen Nr. 97.
181 Art. 3 Anhang I und Art. 3 Anhang II ILO-Übereinkommen Nr. 97.
182 Art. 3 Abs. 3 Anhang I ILO-Übereinkommen Nr. 97.
183 ILC, Fair Migration, Rz 198.
184 Siehe den englischen Text des Übereinkommens, der von «*accurate information*» spricht.

ihre Bedeutung und Missbrauch und Ausnutzung der Wanderarbeitnehmenden kann verhindert werden.[185] Gewisse Länder haben hierfür einen Musterarbeitsvertrag entwickelt.[186] Zusätzlich ist die Wanderarbeitnehmerin nach Art. 5 Abs. 1 lit. c Anhang I und Art. 6 Abs. 1 lit. c Anhang II ILO-Übereinkommen Nr. 97 vor der Abreise in einem separaten Schriftstück über die im Aufnahmestaat geltenden allgemeinen Lebens- und Arbeitsbedingungen zu informieren.

4. Wahrung der Menschenrechte

Art. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 143 verpflichtet jeden ratifizierenden Vertragsstaat, die grundlegenden Menschenrechte aller Wanderarbeitnehmenden zu achten. Zum internationalen Menschenrechtsstandard zählen die in den einschlägigen UN-Konventionen enthaltenen Rechte, wozu insbesondere UN-Pakt I und II gehören. Der internationale Menschenrechtsstandard kommt allen Menschen, und somit auch Wanderarbeitnehmenden, ohne irgendeine Unterscheidung wie etwa nach der Staatsangehörigkeit zugute.[187] Unterscheidungen zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen und zwischen Gruppen von fremden Staatsangehörigen sind nur zulässig, wenn sie in Übereinstimmung mit internationalen Verpflichtungen erfolgen, durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und verhältnismässig sind.[188] Ein besonderer Fokus ist auf die Rechte zu legen, die sich in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention und den Kernübereinkommen[189] der ILO befinden.[190] Zum Verhältnis zwischen der MWC und den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 hält der *General Survey* fest, dass sie «complementary and mutually reinforcing»[191] sind.[192] 83

Teil I des Übereinkommens Nr. 143 schützt *alle* Wanderarbeitnehmenden, im Gegensatz zu Teil II, der nur auf reguläre Wanderarbeitnehmende Anwendung findet. Dabei berühren die ILO-Übereinkommen nicht das souveräne Recht der Staaten, selber darüber zu entscheiden, wem sie das Recht zur Ein- 84

185 ILC, Fair Migration, Rz 217.
186 ILC, Fair Migration, Rz 219.
187 Siehe Rz 144.
188 ILC, Fair Migration, Rz 279.
189 Siehe dazu Rz 42 ff.
190 ILC, Fair Migration, Rz 276.
191 ILC, Fair Migration, Rz 277.
192 Siehe dazu auch Rz 144.

reise und zum Aufenthalt gewähren.[193] Dennoch setzt die Nennung dieser Bestimmung an erster Stelle ein wichtiges Zeichen über die Grenzen der Massnahmen, die Staaten gegen die irreguläre Migration ergreifen dürfen.

5. Massnahmen gegen irreguläre Migration

85 Die nicht regulierte Rekrutierung von Wanderarbeitnehmenden kann zu ihrer Ausnutzung und zu Missbräuchen führen.[194] Zur Unterbindung irreführender Informationen während des Rekrutierungsprozesses und zur Verhinderung irregulärer Migration[195] verlangt das Übereinkommen Nr. 97 von den Vertragsstaaten alle geeigneten Massnahmen gegen irreführende Werbung (Art. 3) und angemessene Strafmassnahmen gegen Personen, welche die heimliche oder ungesetzliche Einwanderung fördern (Art. 8 Anhang I und Art. 13 Anhang II) zu ergreifen.

86 Ergänzend dazu, und in seinen Bestimmungen sehr viel weitergehend, bezweckt Teil I des Übereinkommens Nr. 143 alle Formen der irregulären Migration, insbesondere jene unter missbräuchlichen Bedingungen, zu verhindern (Art. 2 Abs. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 143). Dieses Übereinkommen wurde zu einem Zeitpunkt diskutiert, in dem steigende Zahlen irregulärer Migration zusammen mit missbräuchlichen Praktiken wie Menschenschmuggel und Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft, die Aufmerksamkeit der internationalen Gemeinschaft erregten.[196] Es verpflichtet die Vertragsstaaten dazu selbständig und in Zusammenarbeit mit anderen Staaten alle Massnahmen zu ergreifen, um die heimliche Wanderung zwecks Arbeitsaufnahme und die unrechtmässige Beschäftigung zu unterbinden und gegen die Organisatoren solcher Wanderungen und gegen die Arbeitgebenden unrechtmässig eingereister Arbeitnehmer vorzugehen.[197]

87 Art. 6 ILO-Übereinkommen Nr. 143 sieht mögliche Sanktionen gegen die verantwortlichen Personen vor. Dabei richtet sich der Fokus des Übereinkommens gegen die Nachfrageseite von Schwarzarbeit (d.h. gegen die Arbeitgebenden, die irreguläre Wanderarbeitnehmende beschäftigen) und nicht ge-

193 ILC, Fair Migration, Rz 274.
194 ILC, Fair Migration, Rz 256.
195 ILC, Fair Migration, Rz 257.
196 CHOLEWINSKI, Migration for Employment, S. 36.
197 Art. 3 ILO-Übereinkommen Nr. 143.

gen die Angebotsseite (d.h. gegen die Wanderarbeitnehmenden selbst).[198] Arbeitgebende haben dabei nach Art. 6 Abs. 2 das Recht, nachzuweisen, dass sie in gutem Glauben gehandelt haben, um sich vor strafrechtlicher Sanktionen zu schützen. Irregulär beschäftigte Wanderarbeitnehmende, deren Lage nicht legalisiert werden kann, haben Anspruch auf Gleichbehandlung hinsichtlich der sich aus ihrer früheren Erwerbstätigkeit ergebenden Rechte in Bezug auf den Lohn und die soziale Sicherheit (Art. 9 Abs. 1)[199].

6. Anspruch auf Leistungen aus irregulärer Tätigkeit

Art. 9 ILO-Übereinkommen Nr. 143 hält fest, dass in den Fällen, in denen die innerstaatliche Gesetzgebung zu Einreise und Aufenthalt und zur Zulassung zur Beschäftigung nicht eingehalten wurde, und die Lage der Wanderarbeitnehmerin nicht legalisiert werden kann, ihr Gleichbehandlung hinsichtlich der sich aus ihrer früheren Beschäftigung ergebenden Rechte in Bezug auf Entlohnung, Soziale Sicherheit und sonstige Leistungen zu gewähren ist. Diese Vorschrift wird durch Art. 8 und 34 ILO-Empfehlung Nr. 151 präzisiert. 88

Der Begriff der Gleichbehandlung bezieht sich gemäss dem *General Survey* nicht auf die Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen – diese Art der Gleichbehandlung ist Teil der Art. 10 ff. des Übereinkommens Nr. 143 – sondern meint die Gleichbehandlung mit regulären Wanderarbeitnehmenden.[200] Insoweit als die Staaten regulären Wanderarbeitnehmenden dieselben Rechte wie ihren eigenen Staatsangehörigen gewähren – weil sie z.B. den Teil II des ILO-Übereinkommens Nr. 143 ratifiziert haben –, spielt diese Unterscheidung keine Rolle. Soweit die Staaten aber keine Gleichbehandlung zwischen regulären Wanderarbeitnehmenden und einheimischen Arbeitskräften kennen, verhindert allein diese Auslegung, dass im Ergebnis irregulären Wanderarbeitnehmenden gegenüber regulären Wanderarbeitnehmenden ein höheres Schutzniveau zukommt. 89

7. Gleichbehandlungsgebot

Die Gewährung von Gleichbehandlung und Chancengleichheit in Beschäftigung und Beruf sichert Wanderarbeitnehmenden die Ausübung einer 90

198 ILC, Fair Migration, Rz 513.

199 Siehe dazu Rz 88 f.

200 ILC, Fair Migration, Rz 303.

Erwerbstätigkeit unter würdigen Bedingungen zu.[201] Folglich machen die entsprechenden Vorschriften der Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 das Herzstück der Instrumente aus.[202] Wanderarbeitnehmende sind allerdings nicht nur wegen ihres Migrationsstatus Diskriminierungen ausgesetzt, sondern es können auch Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts, der religiösen Zugehörigkeit, der Rasse oder ethnischen Herkunft hinzutreten.[203]

91 Die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 verfolgen das Gewährleistungsziel der Nichtdiskriminierung auf unterschiedliche Weise.[204] Das erstgenannte Übereinkommen verbietet eine Ungleichbehandlung, die eine Folge gesetzlicher Bestimmung oder administrativer Praxis ist, während das Übereinkommen Nr. 143 darüber hinausgeht und eine tatsächliche Gleichbehandlung verlangt.[205]

92 Art. 6 des ILO-Übereinkommens Nr. 97 verpflichtet die Vertragsstaaten den sich in ihrem Staatsgebiet legal aufhaltenden Wanderarbeitnehmenden im Bereich der Arbeit, der Sozialversicherungen, der Steuern und des Rechtswegs die gleichen Rechte zu gewähren wie den eigenen Staatsangehörigen. Im Bereich der Arbeit wird eine Gleichbehandlung in Bezug auf den Lohn und die Arbeitsbedingungen wie Arbeitszeit, Überstunden, Ferien, das Zulassungsalter, das Lehrlingswesen und die Berufsausbildung sowie die Arbeit von Frauen und Jugendlichen verlangt. Damit deckt das Übereinkommen wichtige Arbeitnehmerrechte ab, als einzig grösserer Bereich fehlt die Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz.[206]

93 Teil II des ILO-Übereinkommens Nr. 143, dessen Ziel die Gewährung der tatsächlichen Gleichbehandlung ist, wurde nach dem Vorbild des ILO-Überein-

---

201 Die Gleichbehandlung schützt dabei auch den einheimischen Arbeitsmarkt, da die (mögliche) Bereitschaft der ausländischen Arbeitskräfte für einen tieferen Lohn und zu schlechteren Bedingungen zu arbeiten, einheimische Löhne unter Druck setzt und inländische Arbeitskräfte aus gewissen Branchen und Sektoren verdrängen kann.

202 ILC, Fair Migration, Rz 326.

203 ILC, Fair Migration, Rz 326.

204 ILC, Fair Migration, Rz 331.

205 ILC, Fair Migration, Rz 332 und Rz 335.

206 Siehe dazu auch Art. 3 der ILO-Empfehlung Nr. 197 betreffend den Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz von 2006, der festhält, dass im Hinblick auf die Verhütung von arbeitsbedingten Unfällen, Erkrankungen und Todesfällen, das innerstaatliche System geeignete Massnahmen für den Schutz aller Arbeitnehmenden, insbesondere Wanderarbeitnehmenden, vorsehen sollte.

kommens Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958 ausgearbeitet und ergänzt dieses Übereinkommen.[207] Gemäss Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143 verpflichtet sich jeder ratifizierende Staat «eine innerstaatliche Politik festzulegen und zu verfolgen, die darauf abzielt, mit den innerstaatlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten entsprechenden Methoden die Chancengleichheit und Gleichbehandlung in bezug auf Beschäftigung und Beruf, Soziale Sicherheit, gewerkschaftliche und kulturelle Rechte sowie individuelle und kollektive Freiheiten für Personen, die sich als Wanderarbeitnehmer oder als deren Familienangehörige rechtmässig in seinem Gebiet aufhalten, zu fördern und zu garantieren».

94 Die so formulierte Gleichstellungspolitik hat sich nicht nur an Arbeitgebende und Arbeitnehmende, sondern an die gesamte Öffentlichkeit zu richten.[208] Zur Umsetzung dieser Politik sieht Art. 12 ILO-Übereinkommen Nr. 143 eine ganze Reihe von möglichen Massnahmen vor.[209] Dazu gehört auch die Verabschiedung gesetzlicher Schutzbestimmungen vor Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 12 lit. b)[210], und die Zusicherung der Gleichbehandlung in Bezug auf die Arbeitsbedingungen zwischen allen Wanderarbeitnehmenden, welche die gleiche Tätigkeit ausüben (Art. 12 lit. g). Die Gleichbehandlung ist den Migrantinnen und Migranten ab Ausstellung der Arbeitsbewilligung zu gewähren.[211]

95 Die Inländergleichbehandlung ist nach Art. 2 der Empfehlung Nr. 151 in folgenden Sachfragen zu gewähren: betreffend Zugang zur Berufsbildung und Beschäftigung nach eigener Wahl; beruflichen Aufstieg; Sicherheit der Beschäftigung, Bereitstellung einer anderweitigen Beschäftigung, Notstandsarbeiten und Umschulung; Entgelt für gleichwertige Arbeit; Arbeitsbedingungen einschliesslich Arbeitszeit, Ruhezeiten, bezahlter Jahresurlaub, Arbeitsschutzmassnahmen und sozialer Sicherheit. Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143 deckt damit dieselben Bereiche ab wie Art. 6 ILO-Übereinkommen Nr. 97. Zusätzlich spricht es den Bereich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz unter dem Stichwort «Arbeitsschutzmassnahmen» an. Darüber hinaus enthält die Empfehlung Nr. 151 unter dem Titel «Gesund-

207 ILC, Fair Migration, Rz 336.
208 ILC, Fair Migration, Rz 347.
209 ILC, Fair Migration, Rz 342.
210 ILC, Fair Migration, Rz 337.
211 ILC, Fair Migration, Rz 350.

heitsschutz für Wanderarbeitnehmer» drei Artikel (Art. 20 bis 22), die sich ausschliesslich mit diesem Thema beschäftigen.

8. Koalitionsfreiheit

96 Das oben beschriebene Prinzip der Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf die Koalitionsfreiheit. Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. ii ILO-Übereinkommen Nr. 97 verlangt von den Staaten die Wanderarbeitnehmenden auch in Bezug auf den Beitritt zu gewerkschaftlichen Organisationen und den Genuss der durch Gesamtarbeitsverträge gebotenen Vorteile nicht weniger günstig zu behandeln als die eigenen Staatsangehörigen. Art. 2 lit. g ILO-Empfehlung Nr. 151, der Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143 konkretisiert, verlangt eine Gleichbehandlung betreffend die Zugehörigkeit zu Gewerkschaften, die Ausübung gewerkschaftlicher Rechte und die Wählbarkeit für gewerkschaftliche Funktionen und in Vertretungsorgane.

97 Die Instrumente enthalten das Recht der Wanderarbeitnehmenden bereits bestehenden Arbeitnehmerverbänden beizutreten ebenso wie das Recht eigene Verbände zu gründen.[212] Dabei steht ihnen die Ausübung gewerkschaftlicher Rechte genauso wie die Wählbarkeit zu gewerkschaftlichen Funktionen nach den Statuten der Gewerkschaft zu.[213] Die Teilnahme an Arbeitnehmerverbänden erlaubt den Wanderarbeitnehmenden von den ausgehandelten und in Kollektivverträgen vereinbarten Arbeitsbedingungen zu profitieren. Ebenso können kollektive Vereinbarungen die Gleichbehandlung zwischen einheimischen und ausländischen Arbeitnehmenden fördern.[214]

9. Berufliche Mobilität

98 Im Gegensatz zu anderen Rechten erlauben die einschlägigen Vorschriften den Staaten den Gleichbehandlungsgrundsatz in Bezug auf den gleichen Zugang zu einer Erwerbstätigkeit (berufliche Mobilität) einzuschränken. Das ILO-Übereinkommen Nr. 97 spricht diese Frage überhaupt nicht an, sondern überlässt die Regelung der Empfehlung Nr. 86. Art. 16 ILO-Empfehlung Nr. 86 ermöglicht eine Einschränkung des Rechts auf gleichen Zugang zu einer Erwerbstätigkeit bis zu fünf Jahren. Im Gegensatz dazu regelt das ILO-

212 ILC, Fair Migration, Rz 413.
213 ILC, Fair Migration, Rz 410.
214 ILC, Fair Migration, Rz 413.

Übereinkommen Nr. 143 die Frage in Art. 14 lit. a[215] und erlaubt eine Einschränkung nur noch während zweier Jahre, oder, falls die innerstaatliche Gesetzgebung befristete Verträge von weniger als zwei Jahren vorsieht, bis zum Ablauf des ersten Arbeitsvertrags der Wanderarbeitnehmerin. Die Instrumente schränken somit die Schutzbestimmungen für Wanderarbeitnehmende mit einer befristeten Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung ein und ermöglichen damit, dass sie zur Quelle billiger Arbeitskräfte werden.[216]

10. Inländervorrang und Schutz des Arbeitsmarktes

Die angesprochene Beschränkung der beruflichen Mobilität bevorzugt inländische Arbeitskräfte, indem sie sie vor ausländischer Konkurrenz schützen. Relativ viele Länder kennen entsprechende Vorschriften, wobei der freie Zugang zu einer Erwerbstätigkeit auch durch indirekte Massnahmen beschränkt werden kann.[217] Dazu zählt die Verpflichtung des Arbeitgebers eine vorgängige Bewilligung zur Beschäftigung einer Wanderarbeitnehmerin einzuholen, die erst nach einer Prüfung der Arbeitsmarktsituation oder nur wenn die Quote an zugelassenen ausländischen Arbeitskräften noch nicht erschöpft ist, ausgestellt wird.[218] Nationale Massnahmen zum Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes werden häufig durch einheimische Arbeitnehmende unterstützt, insbesondere wenn die Arbeitslosenrate hoch ist.[219] Zusätzlich erlaubt Art. 14 lit. c ILO-Übereinkommen Nr. 143 den Zugang zu bestimmten Gruppen oder Arten von Beschäftigungen oder Tätigkeiten einzuschränken, soweit dies im Interesse des Staats erforderlich ist. Darunter fallen üblicherweise Beschäftigungen im staatlichen Bereich.[220] 99

11. Bleiberecht

Nach Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 97 haben dauernd zugelassene Wanderarbeitnehmende das Recht wegen Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer erst nach der Einreise eingetretenen Erkrankung, oder aufgrund eines erst nach der Einreise erlittenen Unfalls, im Aufnahmestaat zu bleiben. Zu beachten ist, 100

215 Siehe auch Art. 6 ILO-Empfehlung Nr. 151, der den gleichen Wortlaut aufweist.
216 FUDGE, S. 124/126.
217 ILC, Fair Migration, Rz 356 ff.
218 ILC, Fair Migration, Rz 359.
219 SERVAIS, Rz 756.
220 ILC, Fair Migration, Rz 367.

dass dieses Recht nur dauernd zugelassenen Wanderarbeitnehmenden zusteht, ein Status über dessen Gewährung die Vertragsstaaten entscheiden. In Art. 18 ILO-Empfehlung Nr. 86 wird dieses Recht erweitert, einerseits in persönlicher Hinsicht, indem alle ordnungsgemäss zugelassenen Wanderarbeitnehmenden erfasst werden und andererseits in Bezug auf die zulässigen Gründe zum Entzug der ausländerrechtlichen Bewilligung. Ein solcher ist nun auch wegen unzureichenden Unterhaltsmitteln oder aus arbeitsmarktpolitischen Gründen nicht mehr zulässig. Eine einzige Ausnahme besteht im Falle, dass der beteiligte Herkunfts- und Aufnahmestaat eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen haben. Allerdings sollte auch eine solche Vereinbarung gewisse Rechte für Wanderarbeitnehmende vorsehen, wie das Recht nach fünfjährigem Aufenthalt nicht mehr weggewiesen zu werden und zuerst die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung ausgeschöpft zu haben. Anknüpfend an diesen Artikel fügt Art. 30 ILO-Empfehlung Nr. 151 den Verlust der Beschäftigung als einen weiteren Grund hinzu, der nicht zum Verlust der ausländerrechtlichen Bewilligung der Wanderarbeitnehmerin führen sollte.

101 Dieser neu hinzugefügte Grund findet sich bereits in Art. 8 Abs. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 143, allerdings weist dieser Artikel eine leicht andere Zielsetzung auf. Der genannte Artikel steht im Teil I des Übereinkommens, der sich mit Missbräuchen bei Wanderungen beschäftigt, und verpflichtet die Vertragsstaaten den Status einer Wanderarbeitnehmerin, die sich rechtmässig zum Zweck der Beschäftigung im Land aufgehalten hat, nicht allein wegen des Verlusts des Arbeitsplatzes als rechts- oder ordnungswidrig anzusehen. Der blosse Verlust des Arbeitsplatzes darf nicht den Entzug der Aufenthalts- bzw. der Arbeitsbewilligung zur Folge haben. Die Bestimmung gewährt dabei nur einen gewissen Schutz, da insbesondere die Pflicht zur Rückkehr ins Heimatland nach Ablauf des Arbeitsvertrags keine Verletzung von Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 143 darstellt.[221] Sie verpflichtet auch nicht zur Verlängerung der Arbeits- bzw. Aufenthaltsbewilligung, sondern soll verhindern, dass Arbeitgebende in Ländern, deren Gesetzgebung die Kündigungsfreiheit kennt, mit einer Kündigung faktisch auch über die weitere Anwesenheit der Wanderarbeitnehmenden entscheiden. Die Bestimmung kann allerdings dort zu Problemen führen, wo die Wanderarbeitnehmerin die Stelle aufgrund von Fehlverhalten verloren hat.[222]

221 ILC, Fair Migration, Rz 424.

222 ILC, Fair Migration, Rz 435 f.

Art. 8 Abs. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 143 hält fest, dass den Wanderarbeitnehmenden bei Verlust des Arbeitsplatzes die gleiche Behandlung wie den eigenen Staatsangehörigen zu gewähren ist. Dieser Absatz dient der Erreichung des Ziels von Art. 8 Abs. 1.[223] Nach Art. 31 ILO-Empfehlung Nr. 151 sollte den Wanderarbeitnehmenden genügend Zeit gegeben werden, um eine neue Beschäftigung zu finden, und zwar so lange wie sie gegebenenfalls Anspruch auf Arbeitslosenleistungen haben. Für diese Dauer sollte die ausländerrechtliche Bewilligung verlängert werden. 102

12. Rechtsdurchsetzung

Zur Einhaltung der genannten Vorschriften ist eine staatliche Kontrolle und Durchsetzung notwendig. Nur so kann einerseits gegen irreguläre Migration vorgegangen und andererseits den Wanderarbeitnehmenden ein Minimum an Schutz garantiert werden.[224] Art. 6 Abs. 1 lit. d ILO-Übereinkommen Nr. 97 enthält das Recht der Wanderarbeitnehmenden den Rechtsweg unter den gleichen Bedingungen wie inländische Staatsangehörige hinsichtlich der im Übereinkommen Nr. 97 behandelten Angelegenheiten zu beschreiten. Dennoch kann die Durchsetzung ihrer Ansprüche für Wanderarbeitnehmende schwierig sein, insbesondere, wenn die (gerechtfertigte oder ungerechtfertigte) Befürchtung hinzutritt, dass ein Prozess ihren weiteren Aufenthalt gefährden könnte.[225] Deshalb müssen die Vertragsstaaten nach Art. 5 ILO-Empfehlung Nr. 151 gewährleisten, dass die rechtmässige Ausübung der nach den genannten Grundsätzen den Wanderarbeitnehmenden zustehenden Rechte keinen Grund für die Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung oder für eine Wegweisung bildet und dass sie nicht durch die Androhung derartiger Massnahmen behindert wird. 103

Zu den weiteren Massnahmen, die Staaten ergreifen können, und welche die besondere Situation von Wanderarbeitnehmenden berücksichtigen, gehören z.B. die Möglichkeit von Verbandsbeschwerdeverfahren, tiefe Verfahrenskosten, speziell an Wanderarbeitnehmende gerichtete Informationen oder die Möglichkeit von Schlichtungsverfahren und Mediation.[226] Eine wichtige Rolle 104

223 ILC, Fair Migration, Rz 441.
224 ILC, Fair Migration, Rz 460.
225 ILC, Fair Migration, Rz 461.
226 ILC, Fair Migration, Rz 464.

zur Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten spielt auch ein gut ausgebautes System der Arbeitsinspektion.[227]

105 Zur effektiven Durchsetzung ihrer Rechte ist es notwendig, dass Wanderarbeitnehmende mindestens während der Dauer des Verfahrens im Einreiseland verbleiben können. Aus diesem Grund sieht Art. 32 Abs. 1 ILO-Empfehlung Nr. 151 vor, dass eine Wanderarbeitnehmerin, die gegen die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses ein Rechtsmittel eingelegt hat, genügend Zeit im Beschäftigungsstaat bis zur Erlangung eines endgültigen Entscheids gelassen wird. Nur so wird dem Rechtsmittel nicht seine Wirksamkeit genommen, insbesondere wenn festgestellt wird, dass die Entlassung unrechtmässig war und die Wanderarbeitnehmerin weiter zu beschäftigen ist. Auch im Falle einer Wegweisungsverfügung steht der Wanderarbeitnehmerin nach Art. 33 ILO-Empfehlung Nr. 151 das Recht zu, dagegen ein Rechtsmittel einzulegen, das den Vollzug der Wegweisung aufschiebt. Darüber hinaus sollte die Wanderarbeitnehmerin das gleiche Recht auf einen Rechtsbeistand haben wie eine Arbeitnehmerin, die Staatsangehörige des Beschäftigungsstaats ist, und sie sollte die Hilfe eines Dolmetschers in Anspruch nehmen können.

F. Die Übereinkommen und die Schweiz

106 Die Schweiz hat weder das ILO-Übereinkommen Nr. 97 von 1949 noch das Übereinkommen Nr. 143 von 1975 ratifiziert.

1. Das Übereinkommen Nr. 97

107 Einer möglichen Ratifizierung des ILO-Übereinkommens Nr. 97 standen nach Ansicht des Bundesrates in seiner Botschaft vom 25. September 1950 an das Parlament insbesondere Art. 6 und Art. 8 entgegen. Art. 6 ILO-Übereinkommen Nr. 97[228] verlangt die Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmenden mit den eigenen Staatsangehörigen in Bezug auf verschiedene Fragen betreffend die Arbeitsbedingungen und die Sozialleistungen. Dieser Grundsatz war nach den Ausführungen des Bundesrates in Bezug auf die gesetzliche und gesamtarbeitsvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen und der Löhne, genauso wie in Bezug auf die Leistungen aus der Kranken- und Unfallversi-

227 ILC, Fair Migration, Rz 477 ff.

228 Siehe zu Art. 6 ILO-Übereinkommen Nr. 97 Rz 91 f.

cherung, erfüllt, aber nicht soweit es um Leistungen aus der Alters- und Hinterlassenenversicherung und um Familienzulagen ging.[229]

Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 97[230] verbietet eine Wegweisung einer Wanderarbeitnehmerin, die nach ihrer Einreise in den Aufnahmestaat erkrankt oder einen Unfall erleidet und infolgedessen arbeitsunfähig wird. Art. 10 Abs. 1 lit. d des damals geltenden Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) erlaubte allerdings die Wegweisung einer fremden Staatsangehörigen, wenn sie oder eine Person, für die sie zu sorgen hat, der öffentlichen Wohltätigkeit fortgesetzt und in erheblichem Masse zur Last fällt. Eine solche Situation könne aber besonders leicht eintreten, wenn die Wanderarbeitnehmerin nicht mehr arbeitsfähig sei.[231] 108

2. Das Übereinkommen Nr. 143

Das ILO-Übereinkommen Nr. 143 besteht aus zwei Teilen, die unabhängig voneinander ratifiziert werden können (Art. 16 Abs. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 143). Gemäss den Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft vom 1. September 1976 an das Parlament entspricht die schweizerische Gesetzgebung und Politik allerdings weder vollständig den Anforderungen im Teil I (Missbrauch bei Wanderungen) noch im Teil II (Chancengleichheit und Gleichbehandlung), so dass eine Ratifikation nicht in Frage kam.[232] 109

In Bezug auf Teil I erachtete der Bundesrat die Bekämpfung des illegalen Handels von Arbeitskräften als lobenswert, erachtete aber gewisse Bestimmungen, wie Art. 1 und Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 143[233], als unbefriedigend.[234] Zu Art. 1 führte der Bundesrat aus, dass eine Annahme dieser Bestimmung insoweit problematisch sein könnte als die schweizerische Gesetzgebung die Gleichbehandlung zwischen einheimischen und ausländischen Arbeitnehmenden in verschiedenen Bereichen nicht gewährleiste.[235] Ähnliche Bedenken äusserte er gegenüber Art. 8 ILO-Übereinkommen 110

229 BBl 1950 II 845 S. 863.

230 Siehe zu Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 97 Rz 100.

231 BBl 1950 II 845 S. 864.

232 BBl 1976 III 417 S. 438.

233 Siehe zu Art. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 143 Rz 83 ff. und zu Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 143 Rz 101 f.

234 BBl 1976 III 417 S. 434.

235 BBl 1976 III 417 S. 434.

Nr. 143, der verlangt, dass einer ausländischen Arbeitnehmerin, die ihren Arbeitsplatz verloren hat, die gleiche Behandlung zu gewähren ist wie den eigenen Staatsangehörigen, insbesondere in Bezug auf die Sicherheit der Beschäftigung, die Bereitstellung einer anderweitigen Beschäftigung, Notstandsarbeiten und Umschulung. Diese Bestimmung vertrage sich aber weder mit den schweizerischen Vorschriften über den Schutz der einheimischen Arbeitskräfte noch über den ihnen zu gewährenden Vorzug auf dem Arbeitsmarkt.[236]

111 Nach diesen Ausführungen kann es nicht überraschen, dass auch eine Ratifizierung des zweiten Teils des Übereinkommens Nr. 143, der sich spezifisch mit Fragen der Chancengleichheit und Gleichbehandlung beschäftigt, nicht erfolgte. In Bezug auf Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143[237], dem Gleichheitsartikel des Übereinkommens, führte der Bundesrat aus, dass die schweizerische Gesetzgebung diese Bestimmung nur für niedergelassene ausländische Staatsangehörige erfülle. Jahresaufenthalter und Saisonarbeitnehmende hingegen können, je nach Arbeitsmarktlage, Beschränkungen unterworfen werden.[238]

G. Fazit

112 Die ILO hat sich als erste internationale Organisation mit Fragen zur Arbeitsmigration beschäftigt. Sie tat dies aus einer dezidiert arbeitsrechtlichen Perspektive[239], was sich in spezifischen Vorschriften zum Schutz der Rechte der Wanderarbeitnehmenden wie jenen zum Verbleiberecht äussert. Auch die Kernbestimmung beider Übereinkommen, der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmenden mit den einheimischen Arbeitnehmenden, hat eine Schutzfunktion, die allerdings stark von den nationalen Vorschriften abhängt. Dieses Prinzip bietet insbesondere keinen Schutz, wenn das Beschäftigungsland Wirtschaftssektoren, in denen besonders viele Wanderarbeitnehmende beschäftigt sind, vom Geltungsbereich der Arbeitsgesetzge-

236 BBl 1976 III 417 S. 435.

237 Siehe zu Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143 Rz 91 und 93 ff.

238 BBl 1976 III 417 S. 436.

239 Vgl. im Gegensatz dazu den menschenrechtlichen Fokus der MWC, Rz 119.

bung ausnimmt.[240] Zu beachten ist allerdings, dass grundsätzlich alle Arbeitsstandards der ILO auch für Wanderarbeitnehmende gelten.

In den beiden Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 finden sich aber auch bedeutende Konzessionen an das Prinzip der staatlichen Souveränität betreffend Einreise und Aufenthalt. Das äussert sich einerseits darin, dass sich viele der weitergehenden, konkreten Vorschriften in den Empfehlungen Nr. 86 und Nr. 151 befinden, und andererseits darin, dass z.B. der freie Zugang zu einer Erwerbstätigkeit für reguläre Migrantinnen und Migranten bis zu zwei Jahren eingeschränkt werden kann. 113

Die beiden Übereinkommen wurden nur von einer geringen Anzahl Staaten ratifiziert. Rechtliche Schwierigkeiten bestehen dabei insbesondere in Bezug auf das Gleichbehandlungsgebot, die Verbleiberechte und die Gewährleistung des freien Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit.[241] Auch in der Schweiz spielten diese Vorschriften eine bedeutende Rolle beim Entscheid zur Nichtratifizierung. 114

II. Arbeitsmigration aus Sicht der Vereinten Nationen

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass sich die ILO seit ihrer Entstehung mit Fragen zur Arbeitsmigration beschäftigt und entsprechende (verbindliche und unverbindliche) Mindeststandards verabschiedet hat. Ihr Vorgehen stiess aber nicht nur auf Akzeptanz. Insbesondere Einwanderungsländer, die Einschränkungen ihrer Souveränität fürchteten, kehrten der ILO den Rücken und schauten sich anderweitig um. Hier kamen die stärker staatsorientierten Vereinten Nationen ins Spiel, die in der Folge Interesse am Thema der Wanderarbeitnehmenden zu zeigen begannen.[242] 115

240 Siehe FUDGE, S. 129.

241 Siehe ILC, Fair Migration, Rz 563.

242 RODGERS ET AL., S. 84 f.

A. Entstehung und Mandat der UN zur Regelung von Arbeitsmigration

116 Die Vereinten Nationen wurden 1945 mit dem Inkrafttreten ihrer Charta (UN-Charta)[243] ins Leben gerufen. Ihre Gründung war eine Antwort auf das Versagen des Völkerbundes. Entsprechend wurde sie als ein System der kollektiven Sicherheit ausgestaltet, in dem sich die Mitglieder einem Gewaltverbot (Art. 2 Abs. 4 UN-Charta) unterwerfen. Einzige Ausnahme davon ist das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UN-Charta.[244] Die Ziele der neu gegründeten Organisation sind in Art. 1 UN-Charta aufgezählt. Sie erlauben der UN ein aktiver Teilnehmer in globalen Angelegenheiten der militärischen Sicherheit, der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung, des Schutzes der Menschenrechte und der internationalen Justiz zu sein.[245]

117 Fragen zur Erwerbstätigkeit haben die Vereinten Nationen in ihren rechtssetzenden Tätigkeiten keinen grossen Raum eingeräumt.[246] Dieses Aufgabengebiet wurde der ILO[247] überlassen. Dennoch weisen viele der UN-Konventionen einen Bezug zur Erwerbstätigkeit auf oder enthalten Arbeitsrechte[248]. Dabei gehen weder sie noch die ILO-Übereinkommen den jeweils anderen internationalen Verträgen vor, die ILO ist als Sonderorganisation[249] der Vereinten Nationen allerdings an den von der UN-Charta vorgegebenen Rahmen gebunden.[250]

118 Durch die UN erfolgt der Schutz von Arbeitnehmerrechten im Rahmen ihres Menschenrechtsregimes, was einen Fokus auf die Gewährung von Individualrechten zur Folge hat. ILO-Übereinkommen hingegen verpflichten Staaten gewisse Ergebnisse zu erreichen oder Prozesse zu fördern. Dass sie dabei auch eine Erhöhung des Menschenrechtsschutzes zur Folge haben, ist aus den in den Übereinkommen enthaltenen Verpflichtungen nicht direkt ersichtlich.[251] Die ILO-Übereinkommen haben dabei üblicherweise einen engeren Geltungs-

---

243 SR 0.120.

244 FROWEIN, Rz 3; PETERS, Völkerrecht, Kap. 11 Rz 11 f.

245 HANHIMÄKI, S. 17.

246 SWEPSTON, S. 14.

247 Siehe Rz 54 ff.

248 Siehe Rz 46 f.

249 Art. 57 UN-Charta. Siehe PETERS, Völkerrecht, Kap. 11 Rz 15; SAUER, Rz 4.

250 RODGERS ET AL., S. 40.

251 RODGERS ET AL., S. 39 f.

bereich, weisen aber im Vergleich zu den allgemeineren Bestimmungen der UN-Konventionen detailliertere Regelungen auf.[252]

Im Rahmen der Ausarbeitung ihres internationalen Menschenrechtsregimes identifizierte die UN immer neue Gruppen von Schutzbedürftigen. Im Bereich der Migration handelt es sich um Flüchtlinge[253], Staatenlose[254], Wanderarbeitnehmende[255] sowie Opfer von Menschenhandel und über internationale Grenzen geschmuggelte Migrantinnen und Migranten[256]. In jüngerer Zeit trat das Interesse am Schutz irregulärer Migranten hinzu.[257] Da das internationale Menschenrechtsregime in Bezug auf Migranten zerstreut und bruchstückhaft ist, ernannte die UN-Menschenrechtskommission[258] 1999 einen Sonderberichterstatter für die Menschenrechte von Migranten *(Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants)*.[259] Der Sonderberichterstatter nimmt Informationen bezüglich Rechtsverletzungen von Migranten entgegen, kann auf Einladung hin Staaten besuchen und Massnahmen zum besseren Schutz der Rechte von Migranten vorschlagen.[260] Er erlässt jährliche Berichte, die sich zu einer speziellen migrationsrechtlichen Frage äussern und üblicherweise einen Bezug zu Wanderarbeitnehmenden aufweisen.[261] 119

Im Jahr 2018 verabschiedete die UN die Endfassung des (rechtlich nicht verbindlichen) Globalen Pakts für eine sichere, geordnete und reguläre Migra- 120

252 RODGERS ET AL., S. 40.

253 Siehe Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge von 1951, SR 0.142.30.

254 Siehe Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen von 1954, SR 0.142.40, und Übereinkommen zur Verringerung der Fälle von Staatenlosigkeit von 1973, SR 0.141.0.

255 Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1990, siehe dazu Rz 121 ff.

256 Siehe Übereinkommen gegen die grenzüberschreibende Kriminalität, SR 0.311.54, zusammen mit dem Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg, SR 0.311.541, und dem Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, SR. 0.311.542, alle von 2000.

257 GRANT, S. 29.

258 Die UN-Menschenrechtskommission bestand bis 2006, als sie durch den UN-Menschenrechtsrat ersetzt wurde.

259 GRANT, S. 44.

260 EDELENBOS, S. 101.

261 Siehe CHOLEWINSKI, Migrant Workers, Rz 21.

tion.[262] Die Bezeichnung des Paktes nimmt dabei Bezug auf das in der Agenda 2030 für eine nachhaltige Entwicklung genannte Ziel 10.7.[263] Der Migrationspakt stellt einen Kooperationsrahmen dar, der – in der Erkenntnis, dass die Migrationsproblematik von keinem Staat allein bewältigt werden kann –, die internationale Zusammenarbeit zwischen allen relevanten Akteuren im Bereich der Migration fördert und die Souveränität der Staaten und ihre völkerrechtlichen Pflichten wahrt.[264] Der Pakt enthält 23 Ziele, die je eine Verpflichtung enthalten, gefolgt von einer Reihe von Massnahmen zur Erfüllung der Verpflichtung.[265] Im Zusammenhang mit der Arbeitsmigration ist dabei insbesondere Ziel 6 betreffend die Förderung einer fairen und ethisch vertretbaren Rekrutierung von Arbeitskräften und die Gewährleistung der Bedingungen für eine menschenwürdige Arbeit zu nennen.[266]

B. Die Wanderarbeitnehmerkonvention im Überblick

121 Die Arbeit innerhalb der Vereinten Nationen an der Wanderarbeitnehmerkonvention begann in den 1970er Jahren[267]. Aufgrund des Mandats der ILO im Bereich der Erwerbstätigkeit war die Intervention der UN allerdings einigermassen umstritten.[268] Die Gründe für das Interesse der UN am Thema lagen einerseits in der Anerkennung der Schutzbedürftigkeit der Wanderarbeitnehmenden, und andererseits an der tiefen Anzahl Ratifizierungen der ILO-Übereinkommen zur Arbeitsmigration, was ihre effektive Umsetzung erschwert.[269] Hinzu kam eine allgemeine Unzufriedenheit gewisser Staaten, angeführt von Marokko und Mexiko, die zu einer Gruppe sich entwickelnder

---

262 U.N.Doc A/Conf.231/3. Parallel zum Migrationspakt wurde der Globale Pakt für Flüchtlinge, U.N.Doc A/73/12 (Part II) ausgehandelt.

263 Siehe MICHELE KLEIN SOLOMON/SUZANNE SHELDON, The Global Compact for Migration: From the Sustainable Development Goals to a Comprehensive Agreement on Safe, Orderly and Regular Migration, International Journal of Refugee Law 2018, S. 584 ff. Zur Agenda 2013 siehe auch Rz 7.

264 Migrationspakt, Präambel, Ziff. 7.

265 Migrationspakt, Präambel, Ziff. 16.

266 Weitere einen Zusammenhang zur Arbeitsmigration aufweisende Ziele sind die Ziele 3, 17, 18 und 22.

267 Siehe für eine ausführliche Darstellung der Entstehungsgeschichte der Wanderarbeitnehmerkonvention, BATTISTELLA, S. 50 ff.

268 CHOLEWINSKI, Migrant Workers, Rz 6.

269 GRANT, S. 35.

Auswanderungsländer zählten, mit den Regelungen gegen irreguläre Migration, wie sie sich im Teil I des ILO-Übereinkommens Nr. 143 fanden. Der erste von Marokko und Mexiko im Rahmen der von den Vereinten Nationen eingesetzten Arbeitsgruppe vorgelegte Entwurf rief dann aber den Widerstand vieler europäischer Länder hervor, da er zu weit in die andere Richtung zu gehen und die irreguläre Migration und Erwerbstätigkeit zu ermöglichen schien.[270] Also schloss sich eine Gruppe europäischer Länder[271] informell zusammen und reichte einen Alternativentwurf ein. Dieser Text wurde schliesslich, mit den im Rahmen des Verhandlungsprozesses vorgenommenen Anpassungen, zur Wanderarbeitnehmerkonvention.[272]

Die Wanderarbeitnehmerkonvention wurde 1990 erlassen und trat am 1. Juli 2003 in Kraft, nachdem die nach Art. 87 MWC notwendigen 20 Ratifikationen vorlagen. Vorbild für die MWC waren die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 und viele der ILO-Standards werden in der UN-Konvention wiederholt.[273] Im Gegensatz zu den ILO-Übereinkommen hatten die Sozialpartner allerdings keinen Einfluss auf den endgültigen Text, was eine Erklärung für den stärker staatsfokussierten und souveränitätsbetonenden Aspekt der MWC sein kann.[274] Die Konvention deckt – genauso wie die ILO-Übereinkommen – den gesamten Migrationsprozess ab. Ihr Geltungsbereich ist allerdings weiter und die Bestimmungen sind detaillierter.[275] Gleichzeitig bleibt die MWC aber hinter gewissen Standards der ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 zurück.[276] 122

Die Wanderarbeitnehmerkonvention besteht aus neun Teilen: i) Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen; ii) Nichtdiskriminierung in Bezug auf Rechte; iii) die Menschenrechte aller Wanderarbeitnehmenden und ihrer Familienangehörigen; iv) sonstige Rechte von Wanderarbeitnehmenden und ihren Familienangehörigen, die über die erforderlichen Dokumente verfügen oder deren Status geregelt ist; v) für besondere Gruppen von Wanderarbeit- 123

270 RODGERS ET AL., S. 81.

271 Finnland, Griechenland, Italien, Portugal, Spanien, Schweden und später Norwegen.

272 BATTISTELLA, S. 55.

273 CHOLEWINSKI, Migration for Employment, S. 39.

274 FUDGE, S. 124 f.

275 CHOLEWINSKI, Migrant Workers, Rz 11.

276 CHOLEWINSKI, Migration for Employment, S. 39 und S. 53 f. Siehe z.B. Rz 158 und Rz 160 f.

nehmenden und deren Familienangehörigen geltende Bestimmungen; vi) Förderung vernünftiger, gerechter, humaner und rechtmässiger Bedingungen im Zusammenhang mit der internationalen Wanderung von Wanderarbeitnehmenden und ihren Familienangehörigen; vii) Anwendung der Konvention; viii) allgemeine Bestimmungen; ix) Schlussbestimmungen. Ein Ausschluss eines dieser Teile bei der Ratifikation ist nicht möglich (Art. 88 MWC). Die Staaten haben aber gemäss Art. 91 die Möglichkeit Vorbehalte anzubringen, wobei einzig mit dem Ziel und Zweck der Konvention unvereinbare Vorbehalte ausgeschlossen sind.

124 Die Wanderarbeitnehmerkonvention schützt die fundamentalen Rechte aller Migrantinnen und Migranten, unabhängig von ihrem Status, gewährt aber jenen in einer regulären Situation ein höheres Schutzniveau.[277] Die zu garantierenden Rechte gehen grundsätzlich nicht über jene hinaus, die sich bereits in den beiden UN-Pakten und in weiteren UN-Menschenrechtskonventionen finden, verlangt wird aber die explizite Anwendung auch auf fremde Staatsangehörige. Zusätzlich werden die Rechte auf eine Art formuliert, welche die besondere Situation von Wanderarbeitnehmenden und ihren Familien berücksichtigt.[278] Die Konvention enthält auch Rechte, die solcherart nicht explizit in internationalen Menschenrechtsverträgen geschützt werden, wie der Schutz vor der Konfiskation oder Vernichtung persönlicher Ausweispapiere durch nicht gesetzlich befugte Amtspersonen (Art. 21 MWC).[279] Die Konvention berührt dabei keine günstigeren Rechte oder Freiheiten, die Vertragsstaaten Wanderarbeitnehmenden gewähren.[280]

125 Die Konvention gewährt diese Rechte regulären wie auch irregulären Migrantinnen und Migranten. Es handelt sich hierbei um einen der kontroversesten Punkte der Konvention und ein bedeutender Grund für die tiefe Anzahl von 55[281] Ratifikationsstaaten[282], unter denen sich kein einziges bedeutendes Einwanderungsland befindet. Eine Ratifizierung der Wanderarbeitnehmerkon-

277 GRANT, S. 37 f. Siehe Art. 36 ff. MWC und für eine Kritik an den unterschiedlichen Schutzniveaus VOSKO, S. 365 ff., insb. S. 373 ff.

278 GRANT, S. 38.

279 CMW, General Comment Nr. 2, Rz 6. Als weitere Rechte, die nicht explizit in internationalen Menschenrechtsverträgen geschützt werden, nennt der General Comment Nr. 2 Art. 22, 23, 31 und 32 MWC.

280 Art. 81 MWC.

281 Stand November 2020.

282 Siehe DE GUCHTENEIRE/PÉCOUD, S. 22 f.

vention unter Ausschluss irregulärer Wanderarbeitnehmenden ist dabei nach Art. 88 MWC nicht möglich. Dabei schützt die Konvention staatliche Souveränitätsbedenken umfassend. Art. 35 MWC hält explizit fest, dass die Konvention weder eine Regularisierung der Lage von irregulären Wanderarbeitnehmenden fordert noch sich aus ihren Bestimmungen ein solches Recht herleiten lässt. Art. 79 MWC hält fest, dass keine Bestimmung der Konvention das Recht der Vertragsstaaten berührt, die Kriterien für die Zulassung von Wanderarbeitnehmenden und ihren Familienangehörigen festzulegen. Entsprechend beschränkt die Konvention auch das Recht von Staaten, irreguläre Migrantinnen und Migranten auszuweisen, nicht.[283] Zur Förderung von vernünftigen, gerechten und humanen Wanderungsbedingungen werden die Staaten allerdings in Teil VI MWC aufgefordert zusammenzuarbeiten. Dabei sind die Interessen der Einwanderungsländer nach Arbeitskräften und die verfügbaren Arbeitskräftereserven zu berücksichtigen, ebenso wie die Bedürfnisse der Wanderarbeitnehmenden und die Folgen der Wanderungen für die betroffenen Gemeinschaften.

C. Die staatlichen Verpflichtungen und Durchsetzungsmöglichkeiten

126 Die Wanderarbeitnehmerkonvention ist ein internationaler Vertrag, der mittels Ratifikation völkerrechtliche Bindung erlangt. Durch die Ratifikation verpflichten sich die Vertragsstaaten nach Art. 84 MWC die gesetzgeberischen und sonstigen Massnahmen zu treffen, die zur Durchführung der Bestimmungen der Konvention erforderlich sind. Die Auslegung der Bestimmungen erfolgt nach den Regeln von Art. 31 ff. VRK.

127 Die Wanderarbeitnehmerkonvention regelt in ihrem Teil VII Fragen zur Anwendung und Durchsetzung ihrer Bestimmungen selbständig. Zur Erfüllung dieser Aufgaben wird nach Art. 72 MWC ein Ausschuss zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen *(Committee on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families)* eingesetzt. Es handelt sich dabei um ein sog. *«treaty body»,* wie ihn auch andere UN-Menschenrechtsverträge kennen.[284] Zu den Aufgaben des Ausschusses gehört die Prüfung der staatlichen Berichte nach Art. 73 f. MWC, der staatlichen Mitteilungen nach Art. 76 MWC und der Individualbe-

283 Spiess, S. 11.

284 Siehe Edelenbos, S. 102.

schwerdeverfahren nach Art. 77 MWC. Vertreter der ILO können, aufgrund der historischen Rolle dieser Organisation beim Schutz der Wanderarbeitnehmenden, in beratender Eigenschaft an den Sitzungen des Ausschusses teilnehmen (Art. 74 Abs. 5 MWC).

128 Der Staatenbericht nach Art. 73 MWC hat die zur Anwendung der Konvention getroffenen innerstaatlichen Gesetzgebungs-, Gerichts-, Verwaltungs- und sonstigen Massnahmen ebenso wie Hinweise zu den Schwierigkeiten, welche die Durchführung der Konvention behindern, zu enthalten. Der Ausschuss prüft die Berichte und befragt die Vertragsstaaten, ob und auf welche Art ihre innerstaatliche Gesetzgebung die Rechte von Wanderarbeitnehmenden schützt, sowie über gemeldete Verletzungen und Missbräuche. In der Folge übermittelt der Ausschuss dem Vertragsstaat abschliessende Bemerkungen, welche die dem Staat empfohlenen Massnahmen darlegen, um seine Gesetzgebung in Übereinstimmung mit der Wanderarbeitnehmerkonvention zu bringen.[285]

129 Die Staatenberichte erlauben dem Ausschuss die Konventionsbestimmungen auszulegen und auf die Praxis anzuwenden.[286] Die so vorgenommenen Auslegungen, genauso wie weitere, dem Ausschuss zur Verfügung gestellten Informationen, dienen als Grundlage für die Ausarbeitung von *General Comments*. Diese stellen Leitlinien für die Staaten zur besseren Erfüllung ihrer Verpflichtungen unter der Wanderarbeitnehmerkonvention dar.[287] Der Ausschuss hat bis anhin vier solcher *General Comments* veröffentlicht.[288] Die solcherart vorgenommene Auslegung der Wanderarbeitnehmerkonvention ist allerdings rechtlich nicht per se verbindlich.[289]

130 Art. 76 MWC regelt die Zuständigkeit des Ausschusses zur Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen eines Vertragsstaats, in denen dieser geltend

---

285 GRANT, S. 46. Siehe ausführlich EDELENBOS, S. 104 f.

286 EDELENBOS, S. 120.

287 Siehe CMW, General Comment Nr. 1, Rz 2.

288 CMW, General Comment Nr. 1, über Hausangestellte; CMW, General Comment Nr. 2, über die Rechte irregulärer Migranten; CMW, General Comment Nr. 3, über die Rechte von Kindern im Kontext internationaler Migration; CMW and CRC, Joint General Comment No. 4 and No. 23 on state obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, U.N.Doc CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 (2017).

289 Siehe PÄRLI, Formen der Einwirkung, Rz 1043.

macht, ein anderer Vertragsstaat komme seinen Verpflichtungen aus der Wanderarbeitnehmerkonvention nicht nach. Dieses Verfahren greift nur zwischen Vertragsstaaten, die es für sich anwendbar erklärt haben und tritt in Kraft, sobald zehn Vertragsstaaten es für sich anwendbar erklärt haben. Entsprechende Erklärungen wurden bis anhin nur von Ecuador, El Salvador, Guatemala und Guinea-Bissau abgegeben.[290] Ähnliches gilt für das in Art. 77 MWC geregelte Individualbeschwerdeverfahren. Dieses weist dem Ausschuss die Zuständigkeit zur Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen einzelner Personen zu, die der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaats unterstehen und die geltend machen, dass ihre Konventionsrechte durch diesen Staat verletzt worden sind. Auch dieses Verfahren greift nur in Staaten, die es für sich anwendbar erklärt haben, und erst nachdem zehn Vertragsstaaten entsprechende Erklärungen abgegeben haben. Bis im November 2020 haben fünf Staaten (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Mexiko und Uruguay) solche Erklärungen abgegeben.

131 Eine weitere Möglichkeit zur zwischenstaatlichen Streitbeilegung über die Auslegung und Anwendung der Wanderarbeitnehmerkonvention sieht Art. 92 MWC vor. Solche Streitigkeiten können auf Verlangen eines Vertragsstaats einem Schiedsverfahren unterworfen werden, und, sollte es zu keiner Einigung über die Ausgestaltung des Schiedsverfahrens kommen, dem Internationalen Gerichtshof unterbreitet werden. Dieses Verfahren ist bindend für alle Vertragsstaaten, die bei der Ratifikation keine entgegenstehende Erklärung abgegeben haben.

D. Einzelne Bestimmungen im Allgemeinen

132 Im Folgenden werden einzelne Bestimmungen der Wanderarbeitnehmerkonvention genauer angesehen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf Normen mit arbeitsrechtlichem Fokus, d.h. auf jenen, die Migrantinnen und Migranten im Arbeitsverhältnis gewisse Minimalstandards gewährleisten. Andere Normen mit eher menschenrechtlichem Gehalt werden nicht angesehen.

1. Persönlicher Geltungsbereich

133 Die Wanderarbeitnehmerkonvention umschreibt ihren persönlichen Geltungsbereich im Teil I, in den Art. 2 bis 6 MWC. Als «Wanderarbeitnehmer»

[290] Stand November 2020.

gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 MWC «jede Person, die in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht hat, eine Tätigkeit gegen Entgelt ausüben wird, ausübt oder ausgeübt hat». Diese Definition erfasst auch Personen, die nie migriert sind, sondern immer mit fremder Staatsangehörigkeit im Staat ihrer (zukünftigen oder vergangenen) Erwerbstätigkeit gelebt haben.[291]

134 Als Wanderarbeitnehmende gelten dabei nach Art. 5 MWC genauso Personen, die über die erforderlichen Dokumente verfügen oder deren Status geregelt ist, wie Personen, die *nicht* über die erforderlichen Dokumente verfügen oder deren Status *nicht* geregelt ist. Die Abgrenzung erfolgt danach, ob die betroffenen Personen das Recht haben, in den Staat einzureisen, sich dort aufzuhalten und eine Tätigkeit gegen Entgelt auszuüben. In Bezug auf die Voraussetzungen, wann jemand über die erforderlichen Dokumente zur Einreise, zum Aufenthalt oder zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verfügt, wird ausschliesslich auf die staatlichen Rechtsvorschriften verwiesen.

135 Der Geltungsbereich der Wanderarbeitnehmerkonvention ist weit, was es den Staaten ermöglicht, Differenzierungen innerhalb der sehr heterogenen Gruppe der Wanderarbeitnehmenden vorzunehmen.[292] Die Konvention erfasst entsprechend auch Personenkategorien wie Grenzgängerinnen und Grenzgänger sowie Selbständige[293], die von den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 ausgeschlossen werden.[294] Nicht erfasst werden aber die in Art. 3 MWC erwähnten Personenkategorien, worunter u.a. Flüchtlinge und Staatenlose, aber auch Studierende und Auszubildende fallen.

136 Die in der Konvention niedergelegten Rechte gelten dabei für alle Wanderarbeitnehmende und ihre Familienangehörigen ohne irgendeinen Unterschied wie etwa nach Geschlecht, Rasse, Staatsangehörigkeit, Alter oder Familienstand (Art. 1 MWC). Die Wanderarbeitnehmerkonvention selbst[295] führt aber Unterscheidungen aufgrund der Art oder der Dauer des Aufenthalts ein und etabliert so ein System unterschiedlicher Schutzniveaus. Migrantinnen und Migranten in einer irregulären Situation stehen nur die im Teil III enthaltenen

---

291 SPIESS, S. 29.

292 SPIESS, S. 14.

293 Der Einbezug von Selbständigen vermeidet dabei schwierige Abgrenzungsfragen zwischen ihnen und arbeitnehmerähnlichen Personen, siehe SPIESS, S. 71.

294 SLINCKX, S. 146.

295 Siehe Art. 1 Abs. 1 MWC: «Diese Konvention gilt, *sofern im Folgenden nichts anderes bestimmt wird,* für alle Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen […]».

Rechte zu. Damit geht die Wanderarbeitnehmerkonvention immerhin über die irregulären Migranten gewährten Rechte nach dem ILO-Übereinkommen Nr. 97 und dem Teil II ILO-Übereinkommen Nr. 143 hinaus, insbesondere, was den Anspruch auf Gleichbehandlung im Erwerbsleben betrifft.[296] Regulären Migranten stehen zusätzlich die im Teil IV beschriebenen weitergehenden Teilhaberechte an staatlichen Leistungen[297] zu. Handelt es sich aber um besondere Gruppen von regulären Migranten, wie Grenzgängerinnen und Grenzgängern, Saisonarbeitnehmenden, und reisenden oder projektgebundenen Arbeitnehmenden, so gewährt ihnen die Konvention die Rechte von Teil IV nur unter Vorbehalt der Einschränkungen nach Art. 57 ff. MWC.

137 Gemäss VOSKO wird mit diesen Unterscheidungen in der Wanderarbeitnehmerkonvention eine Entwicklung zu Ende gebracht, die bereits in den ILO-Übereinkommen[298] angelegt war. Es wird insofern nicht nur zwischen regulären und irregulären Wanderarbeitnehmenden unterschieden, sondern auch zwischen Wanderarbeitnehmenden, denen nur ein temporäres Anwesenheitsrecht gewährt wird, und Immigranten, die dauernd zugelassen sind. Nur Immigranten sollen so weit wie möglich in den Genuss aller Arbeitsrechte kommen.[299] Zusätzlich erlaubt das System den Vertragsstaaten die gewünschten Fähigkeiten und Kenntnisse *(skills)* der Wanderarbeitnehmenden bei der Auswahl zu berücksichtigen, indem jenen mit den gewünschten Fähigkeiten ein erleichterter und umfassender Zugang zu Rechten gewährt wird, während gleichzeitig Mechanismen bestehen, die unqualifizierte Wanderarbeitnehmende von diesem Zugang ausschliessen.[300] SPIESS hingegen begrüsst die inhärente Flexibilität der Konvention, erlaubt sie doch eine Berücksichtigung der unterschiedlichen Bedürfnisse verschiedener Wanderarbeitnehmerkategorien.[301]

296 Siehe Rz 150 ff.

297 SPIESS, S. 11.

298 Siehe Art. 11 Abs. 2 lit. b ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, die beide Kurzaufenthalter von ihrem Geltungsbereich ausschliessen, oder auch Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 97, der ein Verbleiberecht nur für dauernd zugelassene Migrantinnen und Migranten kennt.

299 VOSKO, S. 372 und S. 374.

300 VOSKO, Fn 39 (S. 373).

301 SPIESS, S. 37 und S. 72 f.

138 *Abbildung: Verschiedenen Gruppen von Wanderarbeitnehmenden zustehende Rechte*[302]:

	Teil III	Teil IV
Irreguläre Migranten	✓	×
Grenzgänger	✓	**Art. 58 MWC:** Anspruch auf die Rechte aus Teil IV soweit sie auf sie angewandt werden können. Kein Anspruch auf freie Wahl ihrer Tätigkeit.
Saisonarbeitnehmer	✓	**Art. 59 MWC:** Anspruch auf die Rechte aus Teil IV soweit sie auf sie angewandt werden können. Kein Anspruch auf freie Wahl ihrer Tätigkeit.
Reisende Arbeitnehmer	✓	**Art. 60 MWC:** Anspruch auf die Rechte aus Teil IV soweit sie auf sie angewandt werden können.
Projektgebundene Arbeitnehmer	✓	**Art. 61 MWC:** Anspruch auf die Rechte aus Teil IV mit Ausnahme von Art. 43 Abs. 1 lit. b, c, d; Art. 45 Abs. 1 lit. b und Art. 52 bis 55 MWC.
Für bestimmte Beschäftigungen Zugelassene	✓	**Art. 62 MWC:** Anspruch auf die Rechte aus Teil IV mit Ausnahme von Art. 43 Abs. 1 lit. b, c, d; Art. 52; Art. 54 Abs. 1 lit. d MWC.
Selbständige	✓	**Art. 63 MWC:** Anspruch auf die Rechte aus Teil IV soweit sie auf sie angewandt werden können.
Alle übrigen regulären Migranten	✓	✓

Quelle: eigene Darstellung

[302] Es handelt sich hierbei um eine vereinfachende Darstellung, innerhalb der verschiedenen Gruppen kann es zu weiteren Unterscheidungen kommen, siehe z.B. betreffend Art. 52 MWC Rz 158 ff.

2. Rekrutierung

Tätigkeiten zur Anwerbung von Arbeitnehmenden für eine Beschäftigung in einem anderen Staat sind gemäss Art. 66 Abs. 1 MWC auf öffentliche Einrichtungen oder Stellen des Beschäftigungsstaats, und auf weitere Stellen, die aufgrund von zwischen den Staaten geschlossenen Vereinbarungen errichtet wurden, zu beschränken. Die Durchführung solcher Tätigkeiten kann aber auch Dienststellen oder künftigen Arbeitgebenden gestattet werden, sofern sie eine staatliche Genehmigung aufweisen und der staatlichen Überwachung unterliegen.[303] 139

Genauso wie bei den entsprechenden Vorschriften der ILO-Übereinkommen[304] erleichtert eine Regulierung der Anwerbung die Kontrolle über den Rekrutierungsprozess und verhindert irreguläre Tätigkeiten. Gleichzeitig schützt die Regulierung die Wanderarbeitnehmenden, da eine staatliche Steuerung missbräuchliche Arbeitsbedingungen, inklusive Menschenhandel und Zwangs- und Pflichtarbeit, verhindern kann. 140

3. Informationspflichten und -rechte

Der Rekrutierungsprozess verläuft einfacher, wenn die betroffenen Akteure über die notwendigen Informationen verfügen. Für Wanderarbeitnehmende bietet die Kenntnis über die ihnen zustehenden Rechte Schutz vor möglichen Ausbeutungen.[305] Entsprechend fordert Art. 65 MWC die Vertragsstaaten auf, geeignete Einrichtungen zu unterhalten, zu deren Aufgaben der Informationsaustausch, die Konsultation und die Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden anderer Vertragsstaaten und die Erteilung von geeigneten Auskünften an die Arbeitgebenden, die Arbeitnehmenden und ihre Verbände gehören. Der Ausschuss schlägt den Vertragsstaaten in diesem Zusammenhang vor, auf die Verwendung von standardisierten Arbeitsverträgen zurückzugreifen, auf die sich die Staaten auch als Bestandteil von bi- oder multilateralen Übereinkünften einigen können.[306] 141

303 Für die staatlichen Verpflichtungen betreffend die Arbeitsvermittlungsstellen siehe CMW, General Comment Nr. 1, Rz 33 ff.

304 Siehe Rz 80.

305 SPIESS, S. 33.

306 CMW, General Comment Nr. 1, Rz 32.

142 Art. 33 MWC umschreibt die korrespondierenden Informationsrechte der Migrantinnen und Migranten.[307] Es handelt sich hierbei insoweit um ein «neues» Recht, als dass andere UN-Menschenrechtsverträge keine (geschriebenen) Ansprüche auf Informationen gegenüber dem Staat kennen.[308] Das Informationsrecht der Wanderarbeitnehmerkonvention, das irregulären und regulären Migranten zusteht, betrifft Auskünfte über die in der Konvention enthaltenen Rechte, über die Zulassungsvoraussetzungen und die Rechte und Pflichten nach den Rechtsvorschriften des Einreiselandes und über alle sonstigen Fragen, um die Migranten in die Lage zu versetzen, die Verwaltungs- und sonstigen Formalitäten des Empfängerstaats zu erfüllen. Reguläre Migranten haben zusätzlich nach Art. 37 MWC das Recht vom Herkunfts- oder gegebenenfalls dem Beschäftigungsstaat auch Auskünfte über die Tätigkeiten zu erhalten, die sie ausüben dürfen.

143 Darüber hinaus empfiehlt der Ausschuss den Vertragsstaaten ihre Bemühungen im Kampf gegen Xenophobie, Rassismus und Diskriminierungen zu verstärken, indem sie alle geeigneten Massnahmen gegen solche Haltungen und Praktiken ergreifen und richtige, verlässliche und aktuelle Informationen zusammenstellen und in der Öffentlichkeit verbreiten.[309]

4. Wahrung der Menschenrechte

144 Teil III der Wanderarbeitnehmerkonvention enthält Rechte, die allen Wanderarbeitnehmenden unabhängig von ihrem Status zustehen. Es geht dabei um Rechte zum Schutz der physischen und psychischen Integrität, um Kommunikationsgrundrechte, das Eigentumsrecht und den Schutz der Wohnung, um justizielle Grundrechte, und um Gleichbehandlungsansprüche in Bezug auf die Erwerbstätigkeit, die soziale Sicherheit und die medizinische Versorgung. Viele dieser Rechte sind bereits in anderen UN-Menschenrechtsverträgen enthalten. Diese erfassen in ihren persönlichen Geltungsbereichen auch Wanderarbeitnehmende, wie die zuständigen Ausschüsse in *General Comments* festgehalten haben.[310] Andere Rechte wurden neu in die Wanderarbeitneh-

---

307 Siehe betreffend die staatlichen Pflichten, die dieses Recht generiert, CMW, General Comment Nr. 1, Rz 28 ff.

308 De Guchteneire/Pécoud, S. 8.

309 CMW, General Comment Nr. 3, Rz 23.

310 Siehe Grant, S. 43 f. mit Hinweis auf CESCR, General Comment Nr. 20, Rz 30; HRC, General Comment Nr. 31, Rz 10 (siehe dazu bereits HRC, General Comment Nr. 15, Rz 1); CERD, General Recommendation XXX on discrimination

merkonvention aufgenommen. Teilweise bleiben die im Teil III MWC aufgeführten Rechte aber unter dem Standard in anderen UN-Verträgen zurück.[311] Gemäss dem Ausschuss zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen hat ein Staat die Rechte der Wanderarbeitnehmerkonvention in Übereinstimmung mit den weiteren staatlichen Verpflichtungen in den UN-Menschenrechtskonventionen und anderen internationalen Verträgen, die er ratifiziert hat, zu garantieren. Es handle sich zwar um separate Verträge, sie seien aber «complementary and mutually reinforcing».[312]

Die Vertragsstaaten sind nach Art. 7 MWC verpflichtet diese Rechte zu achten und sie allen in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen und ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Wanderarbeitnehmenden und ihren Familienangehörigen ohne irgendeinen Unterschied zu gewähren. Es handelt sich hierbei um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot mit einem umfassenden Katalog an verbotenen Unterscheidungsmerkmalen, der insbesondere auch die Nationalität erwähnt. Art. 7 MWC erfasst dabei direkte und indirekte Diskriminierungen, verbietet rechtliche Diskriminierungen und verlangt die Vereitelung und Beseitigung jeder tatsächlichen Ungleichbehandlung.[313] 145

5. Massnahmen gegen irreguläre Migration

Die Vertragsstaaten werden in Art. 68 MWC dazu aufgefordert in Bezug auf die Verhinderung und Unterbindung der irregulären oder heimlichen Wanderung von Wanderarbeitnehmenden, deren Status nicht geregelt ist, zusammenzuarbeiten. Sie tun dies durch geeignete Massnahmen gegen die Verbreitung irreführender Auskünfte und durch Massnahmen gegen Menschenschmuggel und Menschenhandel.[314] Eine Möglichkeit zur Verhinderung irregulärer Migration besteht in der Öffnung legaler Immigrationsmöglichkei- 146

against non-citizens, U.N.Doc CERD/C/GC/30 (2005); CRC, General Comment Nr. 5, Rz 1 und General Comment Nr. 6, Rz 12.

311 SLINCKX, S. 147; CMW, General Comment Nr. 2, Rz 8 ff. Siehe z.B. betreffend die Koalitionsfreiheit Rz 156.

312 CMW, General Comment Nr. 2, Rz 7.

313 CMW, General Comment Nr. 2, Rz 19 f.; CMW, General Comment Nr. 3, Rz 26.

314 Siehe Art. 68 Abs. 1 lit. b und c MWC.

ten, die sich nach dem Bedarf an Arbeitskräften in den Beschäftigungsstaaten richten.[315]

147 Die Wanderarbeitnehmerkonvention fordert die Vertragsstaaten in Art. 68 Abs. 2 MWC dazu auf, die unerlaubte Beschäftigung von Wanderarbeitnehmenden zu unterbinden. Das kann gegebenenfalls durch Sanktionen gegenüber der Arbeitgeberin geschehen. Diese Massnahmen dürfen allerdings die Rechte der Wanderarbeitnehmenden gegenüber ihrer Arbeitgeberin, die sich aus ihrem Beschäftigungsverhältnis herleiten, nicht beeinträchtigen.[316] Darüber hinaus stehen den Wanderarbeitnehmenden, unabhängig von ihrem migrationsrechtlichen Status, alle in Teil III MWC genannten Rechte zu.

148 Gemäss Art. 69 MWC ergreifen die Vertragsstaaten die geeigneten Massnahmen, wenn sich Wanderarbeitnehmende, deren Status nicht geregelt ist, auf ihrem Hoheitsgebiet befinden, um sicherzustellen, dass ihr Status nicht ungeregelt bleibt. Wanderarbeitnehmende können sich wegen einer unbewilligten Einreise, des Überschreitens der Visumsdauer oder aufgrund des Verlustes bzw. Widerrufs ihrer Aufenthaltsbewilligung in einer irregulären Situation wiederfinden.[317] Erwägen die Vertragsstaaten in einer solchen Situation eine Regularisierung, müssen sie sicherstellen, dass allen irregulären Wanderarbeitnehmenden der diskriminierungsfreie und effektive Zugang zu dieser Massnahme offensteht und die Massnahme nicht willkürlich angewandt wird (Art. 7 i.V.m. Art. 69 Abs. 2 MWC).[318] Die Wanderarbeitnehmerkonvention verpflichtet die Vertragsstaaten aber nicht zu einer Regularisierung (Art. 35 MWC).

6. Anspruch auf Leistungen aus irregulärer Tätigkeit

149 Die Vertragsstaaten haben nach Art. 25 Abs. 3 MWC sicherzustellen, dass Wanderarbeitnehmende aufgrund der Irregularität ihres Aufenthalts oder ihrer Erwerbstätigkeit ihre Rechte aus dem Arbeitsvertrag nicht verlieren.[319] Eine solche Irregularität enthebt insbesondere die Arbeitgebenden nicht von ihren

315 Siehe CMW, General Comment Nr. 1, Rz 51 und CMW, General Comment Nr. 2, Rz 17.

316 Siehe dazu Rz 149 und Rz 151 f.

317 CMW, General Comment Nr. 2, Rz 5.

318 CMW, General Comment Nr. 2, Rz 15. Zu Art. 7 MWC siehe Rz 145.

319 Für eine entsprechende Verpflichtung im Rahmen eines Wegweisungsverfahrens siehe Rz 165.

rechtlichen oder vertraglichen Verpflichtungen. Sie können sich insbesondere nicht mit dem Argument des ungültigen Vertrags ihrer Verpflichtung, den Lohn für bereits geleistete Arbeit zu bezahlen, entziehen. Für irreguläre Wanderarbeitnehmende wird sich die Durchsetzung dieses Rechts aber in der Praxis aus Angst vor einer Wegweisung häufig als schwierig erweisen.[320]

7. Gleichbehandlungsgebot

In Bezug auf die Erwerbstätigkeit wird das Diskriminierungsverbot von Art. 7 MWC in Art. 25 MWC konkretisiert. Art. 25 MWC ist die arbeitsrechtliche Kernbestimmung der Wanderarbeitnehmerkonvention und beschreibt die den Wanderarbeitnehmenden zustehenden Rechte *in der* Arbeit. Damit unterscheidet sich diese Bestimmung von Art. 6 UN-Pakt I, der ein Recht *auf* Arbeit enthält. Dieses verpflichtet Staaten Individuen das Recht zu gewähren, sich ihren Lebensunterhalt durch eine frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen.[321] Ein solches Recht ist nur sehr eingeschränkt für reguläre Migrantinnen und Migranten in Art. 52 MWC enthalten.[322] 150

Die Wanderarbeitnehmerkonvention schränkt das Recht der Vertragsstaaten fremden Staatsangehörigen keinen Zugang zu ihrem Arbeitsmarkt zu gewähren nicht ein. Art. 25 MWC verpflichtet sie nur dazu, gleiche Rechte in der Arbeit zu gewährleisten. Dadurch werden einerseits die Wanderarbeitnehmenden selbst geschützt, andererseits handelt es sich auch um eine Massnahme gegen irreguläre Migration. Die Nachfrage nach der Beschäftigung irregulärer Migrantinnen und Migranten reduziert sich, wenn sich ihre Anstellung für Arbeitgebende nicht mehr lohnt, weil ihnen genauso wie regulären Migranten die gleichen Arbeits- und Lohnbedingungen garantiert werden müssen.[323] Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass Wanderarbeitnehmende ihre Rechte und Ansprüche kennen (Informationsrecht, 151

320 SLINCKX, S. 147.

321 Siehe zu Art. 6 UN-Pakt I auch Rz 500 ff.

322 SPIESS, S. 48; siehe zu Art. 52 MWC Rz 158 ff.

323 Siehe Präambel MWC, die festhält, «dass Arbeitnehmer, die nicht über die erforderlichen Dokumente verfügen oder deren Status nicht geregelt ist, häufig unter weniger günstigen Arbeitsbedingungen als andere Arbeitnehmer beschäftigt werden und dass dies gewisse Arbeitgeber dazu veranlasst, sich solche Arbeitskräfte zu besorgen, um sich die Vorteile unlauteren Wettbewerbs zu verschaffen».

Art. 33 MWC) und diese durchsetzen können (Recht auf eine wirksame Beschwerde, Art. 83 MWC).[324]

152 Art. 25 Abs. 1 MWC hält fest, dass allen Wanderarbeitnehmenden eine Inländergleichbehandlung zu gewähren ist in Bezug auf das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeit (Überstunden, wöchentliche Ruhezeit, bezahlter Jahresurlaub), den Arbeits- und Gesundheitsschutz, die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, das Mindestbeschäftigungsalter[325], die Einschränkung der Heimarbeit und in Bezug auf alle weiteren Fragen, die nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten als Beschäftigungsbedingungen gelten. Der Ausschuss empfiehlt Vertragsstaaten sicherzustellen, dass Wanderarbeitnehmende schriftliche Arbeitsverträge erhalten, die in einer ihnen verständlichen Sprache abgefasst wurden und die wichtigsten Arbeitsbedingungen aufzählen.[326] Darin ist eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung gemäss Art. 25 MWC nicht zulässig (Art. 25 Abs. 2 MWC).

153 Art. 54 MWC erweitert diese Rechte für reguläre Migrantinnen und Migranten auf eine Inländergleichbehandlung in Bezug auf den Kündigungsschutz, die Leistungen bei Arbeitslosigkeit, den Zugang zu staatlich finanzierten Arbeitsbeschaffungsprogrammen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und den Zugang zu einer anderen Beschäftigung, soweit der Vertragsstaat das Recht auf freie Wahl der Tätigkeit in Übereinstimmung mit Art. 52 MWC nicht eingeschränkt hat.

154 Damit deckt die Wanderarbeitnehmerkonvention die gleichen Bereiche ab, in denen eine Gleichbehandlung zu gewähren ist, wie die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143[327], allerdings finden sich alle Vorschriften in einem rechtlich verbindlichen Instrument. Zusätzlich wird das Gleichbehandlungsgebot auch für irreguläre Migrantinnen und Migranten umfassend als Inländergleichbehandlungsgebot, und nicht nur in Bezug auf eine Gleichbehandlung mit regulären Migranten, gewährleistet.[328]

---

324 SPIESS, S. 67.

325 Gemäss CMW, General Comment Nr. 2, Rz 61, ist das Mindestalter in Übereinstimmung mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung von 1973, SR 0.822.723.8, auf 15 Jahre festzulegen.

326 CMW, General Comment Nr. 2, Rz 63; siehe dazu bereits CMW, General Comment Nr. 1, Rz 40, der sich allerdings nur auf Hausangestellte bezieht.

327 Siehe Rz 92 ff.

328 Siehe Rz 89.

8. Koalitionsfreiheit

Wanderarbeitnehmende haben nach Art. 26 MWC das Recht an Versammlungen und Tätigkeiten von Gewerkschaften und anderen Vereinigungen, die zum Schutz ihrer wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und sonstigen Interessen gegründet wurden, teilzunehmen, ihnen beizutreten und um ihre Hilfe und ihren Beistand nachzusuchen. Wanderarbeitnehmenden in einer regulären Situation steht zusätzlich nach Art. 40 MWC das Recht zu, im Beschäftigungsstaat solche Vereinigungen und Gewerkschaften zu bilden. 155

Laut dem Wortlaut der Bestimmungen steht somit das Recht auf Gründung einer Gewerkschaft nur regulären Migrantinnen und Migranten zu. Damit widerspricht die Konvention allerdings den grosszügigeren Bestimmungen von Art. 23 Abs. 4 AEMR, Art. 22 UN-Pakt II und Art. 8 UN-Pakt I genauso wie Art. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 87.[329] Der Ausschuss hat folglich in seinem General Comment Nr. 1 keinen Bezug auf diese Unterscheidung genommen, sondern ausgeführt, dass «[t]he law of state parties, particularly countries of employment of migrant domestic workers, should recognize the right of the latter to form and join organizations, regardless of migration status (article 26) and self-organization should be encouraged».[330] Im General Comment Nr. 2 hat der Ausschuss präzisiert, dass die Verpflichtungen von Staaten, die weitere internationale Verträge ratifiziert haben, über den Wortlaut von Art. 26 MWC hinausgehen können.[331] Da die beiden UN-Pakte global ratifiziert wurden[332] und das ILO-Übereinkommen Nr. 87 zu den Kernübereinkommen[333] gehört, ist der Schluss zu ziehen, dass Wanderarbeitnehmenden weltweit das Recht zur Gründung von Gewerkschaften zusteht, unabhängig von ihrem migrationsrechtlichen Status. 156

9. Berufliche Mobilität und Inländervorrang

Das Recht auf geografische und berufliche Mobilität steht naturgemäss nur Wanderarbeitnehmenden in einer regulären Situation zu. Es stünde den staatlichen Verpflichtungen zur Ergreifung von Massnahmen gegen die irre- 157

329 CHOLEWINSKI, Migration for Employment, S. 54.

330 CMW, General Comment Nr. 1, Rz 46.

331 CMW, General Comment Nr. 2, Rz 65.

332 Der UN-Pakt I weist 171 Vertragsstaaten und der UN-Pakt II 173 Vertragsstaaten auf (Stand November 2020).

333 Siehe Rz 43 f.

guläre Migration[334] entgegen, Personen, die kein Recht haben in ein bestimmtes Land einzureisen und dort eine Tätigkeit auszuüben, das Recht zu gewähren, sich auf dem Territorium frei zu bewegen und ihre Tätigkeit frei zu wählen.

158 Für reguläre Wanderarbeitnehmende ist die geografische Mobilität in Art. 39 MWC und die berufliche Mobilität in Art. 52 MWC geregelt. Das Recht seine Tätigkeit gegen Entgelt frei zu wählen, kann allerdings nach Art. 52 Abs. 3 lit. a MWC für Wanderarbeitnehmende, die eine zeitlich befristete Arbeitsbewilligung haben, während einer begrenzten Zeit, die zwei Jahre[335] nicht überschreiten sollte, eingeschränkt werden. Zum Schutz der inländischen Arbeitnehmenden erlaubt Art. 52 Abs. 3 lit. b MWC den Beschäftigungsstaaten weiter den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit für Wanderarbeitnehmende, deren Arbeitsbewilligung zeitlich befristet ist, im Rahmen einer Politik einzuschränken, die den eigenen Staatsangehörigen und weiteren, den Staatsangehörigen gleichgestellten Personen, den Vorzug einräumt. Diese Einschränkung kann bis zu fünf Jahre aufrechterhalten werden.

159 Zusätzlich zu dieser Einschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt kann der Beschäftigungsstaat auch den Zugang zu begrenzten Gruppen von Beschäftigungen, Funktionen, Dienstleistungen oder Tätigkeiten beschränken, wenn dies im Interesse des Staats erforderlich und nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen ist (Art. 52 Abs. 2 lit. a MWC).

10. Bleiberecht

160 In Übereinstimmung mit den Verpflichtungen zum Ergreifen von Massnahmen gegen irreguläre Migration[336], steht ein Verbleiberecht im Beschäftigungsstaat nach Verlust der Erwerbstätigkeit nur regulären Migrantinnen und Migranten zu. Die Wanderarbeitnehmerkonvention bleibt hierbei hinter den einschlägigen Vorschriften der ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 zurück, die das Recht zum Verbleib im Beschäftigungsland aus weiteren Gründen anerkennen.[337]

---

334 Siehe dazu Rz 146 ff.

335 Die Dauer der zeitlichen Beschränkung ist dabei gleich wie in Art. 14 lit. a ILO-Übereinkommen Nr. 143, siehe Rz 98.

336 Siehe dazu Rz 146 ff.

337 Siehe Rz 100 f.

Art. 49 MWC regelt die Frage des Verbleiberechts für Wanderarbeitnehmende, die das Recht haben ihre Tätigkeit frei zu wählen. Endet ihr Arbeitsverhältnis vor Ablauf ihrer Arbeits- oder sonstigen Bewilligung, so dürfen sie deswegen weder als irreguläre Wanderarbeitnehmende betrachtet werden noch ihre Aufenthaltsbewilligung verlieren. Um ihnen genügend Zeit zur Suche einer anderen Tätigkeit zu lassen, ist ihre Aufenthaltsbewilligung mindestens so lange aufrechtzuerhalten wie sie gegebenenfalls Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit haben. Auch Wanderarbeitnehmende ohne Anspruch auf freie Wahl der Tätigkeit dürfen nach Art. 51 MWC aufgrund des blossen Verlusts ihrer Erwerbstätigkeit weder als irreguläre Migrantinnen und Migranten angesehen werden noch ihre Aufenthaltsbewilligung verlieren. Sie haben das Recht während der verbleibenden Dauer der Aufenthaltsbewilligung eine andere Beschäftigung zu suchen, sowie an staatlich finanzierten Arbeitsbeschaffungsprogrammen und an Umschulungslehrgängen teilzunehmen. Eine Ausnahme von dieser Regelung besteht allerdings in den Fällen, in denen die Aufenthaltsbewilligung ausdrücklich von einer bestimmten Tätigkeit abhängig gemacht worden ist. 161

11. Rechtsdurchsetzung

Zur Durchsetzung von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis ist einerseits ein staatliches System der Arbeitsinspektion und andererseits die Möglichkeit zur Beschwerde wichtig. Arbeitsinspektoren sollten dabei regelmässig Arbeitsstätten überprüfen, die erfahrungsgemäss Wanderarbeitnehmende beschäftigen, ohne verpflichtet zu sein, Informationen über den Migrationsstatus von angetroffenen Wanderarbeitnehmenden der Einwanderungsbehörde mitzuteilen.[338] 162

Art. 83 MWC verpflichtet die Vertragsstaaten für das Recht auf eine wirksame Beschwerde in Bezug auf die in der Wanderarbeitnehmerkonvention enthaltenen Rechte zu sorgen. Als «wirksam» gilt eine Beschwerde nur, wenn sie tatsächlich eingelegt werden kann, d.h. dass nicht nur die rechtliche Möglichkeit dazu besteht, sondern dass auch mögliche tatsächliche Zugangsschwellen reduziert werden. Solche Zugangsschwellen können z.B. für irreguläre Migrantinnen und Migranten darin bestehen, dass die Durchsetzung ihrer Rechte nur mittels Preisgabe ihres irregulären Status möglich ist.[339] Um 163

338 CWM, General Comment Nr. 2, Rz 63.

339 SPIESS, S. 54.

zu verhindern, dass das Recht auf eine Beschwerde theoretisch bleibt, verlangt der Ausschuss, dass Wanderarbeitnehmende, ohne Angst haben zu müssen weggewiesen zu werden, bei Verletzung ihrer Rechte Zugang zu Gerichten und weiteren Rechtsbehelfen gewährt wird.[340]

164 Das Recht auf eine wirksame Beschwerde ist für Wanderarbeitnehmende in zweifacher Hinsicht wichtig: einerseits zur Durchsetzung der ihnen aus dem Arbeitsvertrag zustehenden Rechte und andererseits, um gegen mögliche Wegweisungsentscheide vorgehen zu können. Art. 18 Abs. 1 MWC hält dazu in allgemeiner Art fest, dass Wanderarbeitnehmende vor Gerichten die gleichen Rechte haben wie die Staatsangehörigen des betreffenden Staats. Sie haben Anspruch darauf, dass ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf dem Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise und öffentlich verhandelt werden. Unter diesen Bedingungen hat der Wanderarbeitnehmer, der geltend macht, dass die Bedingungen seines Arbeitsvertrags durch die Arbeitgeberin verletzt worden sind, nach Art. 54 Abs. 2 MWC[341] das Recht die zuständigen Behörden mit seinem Fall zu befassen.

165 Mit Fragen zur Wegweisung beschäftigt sich Art. 22 MWC. Dieser Artikel, der in Teil III MWC enthalten ist, weist einen breiteren persönlichen Geltungsbereich auf als der entsprechende Art. 13 UN-Pakt II, der nur ausländische Staatsangehörige, die «sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates» aufhalten, erfasst.[342] Art. 22 MWC verbietet Massnahmen der kollektiven Wegweisung und bietet verfahrensrechtliche Sicherungen im Wegweisungsverfahren. In Bezug auf ein früheres Anstellungsverhältnis ist Art. 22 Abs. 6 und 9 MWC relevant: Eine Wegweisung darf sich nicht nachteilig auf die Ansprüche auswirken, die ein Wanderarbeitnehmer erworben hat und es ist ihm vor oder nach der Abreise angemessene Gelegenheit zu geben, sich alle Lohnansprüche und sonstigen Ansprüche, die er gegebenenfalls hat, abgelten zu lassen und alle offenen Verpflichtungen zu regeln. Der Inhalt dieser Regelung deckt sich mit Art. 9 Abs. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 143.[343]

---

340 CWM, General Comment Nr. 1, Rz 50; CWM, General Comment Nr. 2, Rz 64.

341 Für den entsprechenden Anspruch des irregulären Wanderarbeitnehmers siehe Rz 149.

342 CHOLEWINSKI, Migration for Employment, S. 52 f.

343 CMW, General Comment Nr. 2, Rz 55. Zu dem genannten Artikel siehe Rz 88.

E. Die Wanderarbeitnehmerkonvention und die Schweiz

166 Die Schweiz hat die Wanderarbeitnehmerkonvention weder unterzeichnet noch ratifiziert. Die Einleitung eines Verfahrens zur Ratifikation ist auch kurz- oder mittelfristig nicht geplant, wie der Bundesrat 2008 in seiner Antwort auf eine parlamentarische Interpellation ausführte.[344] Eine Unterzeichnung der Konvention wurde dabei insbesondere wegen der Gewährung der Inländergleichbehandlung in Bezug auf Arbeitnehmerrechte an irreguläre Migrantinnen und Migranten als problematisch angesehen. Dies könnte nämlich zur Folge haben, dass irregulären Migranten ein temporäres Aufenthaltsrecht gewährt werden müsse, damit sie ihre Ansprüche gegenüber den Arbeitgebenden durchsetzen können. Es wurde befürchtet, dass durch die Gewährung von solchen, über den allgemeinen Menschenrechtsschutz hinausgehenden Rechten, die irreguläre Zuwanderung in die Schweiz steigen könnte. Eine Lockerung von Bestimmungen, die der Eindämmung der irregulären Migration dienen, entspreche aber nicht dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers.

167 Zusätzlich scheint der Bundesrat einen «Mehrwert» der Konvention anzuzweifeln, da die in den allgemeinen Menschenrechtsübereinkommen enthaltenen Rechte, welche die Schweiz alle ratifiziert hat, auch für irreguläre Migrantinnen und Migranten gelten, EU-/EFTA-Staatsangehörige durch die Personenfreizügigkeit bereits weitgehend dieselben Rechte geniessen wie schweizerische Staatsangehörige[345] und durch die Inkraftsetzung des Ausländergesetzes im Jahr 2008[346] auch die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen verbessert wurde. Ausserdem sei die Konvention nur durch zwei OECD-Staaten (die Türkei und Mexiko)[347] ratifiziert worden, aber von keinem einzigen Mitgliedstaat der EU oder der EFTA.

168 Seinen Willen zur Nichtratifizierung wiederholte der Bundesrat auch im Rahmen des dritten Überprüfungsverfahrens des UN-Menschenrechtsrates im

344 Interpellation Nr. 08.3415 vom 13.06.2008, Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen, eingereicht von Schenker Silvia. Siehe dazu auch bereits Einfache Anfrage Nr. 03.1079 vom 18.06.2003, UNO-Konvention zum Schutz der Migranten, eingereicht von Paul Rechsteiner.

345 Siehe zur Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU Rz 433 ff.

346 Siehe dazu Rz 439 f.

347 Inzwischen sind vier Mitgliedstaaten der OECD Ratifikationsstaaten der MWC, da Chile 2010 und Kolumbien 2020 in die Organisation aufgenommen wurden.

Jahre 2017.[348] In Anbetracht der Ablehnungsgründe und des konstant geäusserten Willens zur Nichtratifikation kann weiterhin davon ausgegangen werden, dass eine Ratifikation der Wanderarbeitnehmerkonvention für die Schweiz auch zukünftig nicht in Frage kommt.

F. Fazit

169 Die Vereinten Nationen haben mit der Wanderarbeitnehmerkonvention ein Instrument zum Schutz von Migranten mit menschenrechtlichem Fokus erlassen. Die in ihr enthaltenen Rechte bleiben allerdings in gewissen Bereichen unter dem Standard anderer Menschenrechtsverträge zurück. Dennoch kommt ihr eine eigenständige Bedeutung zu, da sie den Fokus auf eine Gruppe von Menschen richtet, die ebenfalls staatlichen Schutzes bedarf, und da sie die Rechte auf eine Art formuliert, welche die besondere Situation von Migrantinnen und Migranten berücksichtigt.

170 Die Wanderarbeitnehmerkonvention wurde nur von wenigen Staaten ratifiziert, unter denen sich kein bedeutendes Einwanderungsland befindet. Mühe bereitet den Staaten dabei insbesondere die explizite Gewährung von Rechten auch an irreguläre Migrantinnen und Migranten, da sie befürchten, bei einer Ratifizierung die Kontrolle über die Einreise fremder Staatsangehörigen zu verlieren und zu einer Regularisierung bereits eingereister Migranten ohne Aufenthalts- bzw. Arbeitsbewilligung verpflichtet zu sein. In die gleiche Richtung geht die von der Schweiz geäusserte Befürchtung, zur Ausstellung von Aufenthaltsbewilligungen an irreguläre Migranten verpflichtet zu sein, um diesen die Durchsetzung ihrer Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag zu ermöglichen.

171 Ein weiterer umstrittener Punkt der Wanderarbeitnehmerkonvention ist die Schichtung der Rechte in Abhängigkeit vom Migrationsstatus.[349] Diese Flexibilität erlaubt es die unterschiedlichen Bedürfnisse verschiedener Wanderarbeitnehmerkategorien zu berücksichtigen. Sie weckt aber auch die Befürchtung, dass durch sie das wirtschaftliche Interesse von Staaten an billigen und flexiblen Arbeitskräften zum Nachteil der Wanderarbeitnehmenden priorisiert werden könnte.

---

348 Siehe Human Rights Council, Report Switzerland, Rz 80.

349 Siehe Rz 136 ff.

III. Arbeitsmigration aus Sicht des Europarates

A. Entstehung und Mandat des Europarates zur Regelung von Arbeitsmigration

Der Europarat ist eine europäische internationale Organisation. Er wurde 1949 mit dem Ziel gegründet, Einigkeit zwischen seinen Mitgliedstaaten herzustellen.[350] Bereits zuvor war die «europäische Idee» Gegenstand von Diskussionen gewesen und hatte Anlass zu zahlreichen Projekten seit dem 19. Jahrhundert gegeben.[351] Erst die Schrecken des 2. Weltkrieges brachten dann aber konkrete Ergebnisse zustande.[352] Die Satzung des Europarates[353] basiert auf den Prinzipien der Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und dem Schutz der Menschenrechte.[354] 172

Die Ziele des Europarates sind die Herstellung einer engeren Verbindung zwischen seinen Mitgliedern zum Schutz und zur Förderung der Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden, sowie die Förderung ihres wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts.[355] Die möglichen Aufgabengebiete des Europarates sind kaum begrenzt, erfasst werden wirtschaftliche, soziale, kulturelle, wissenschaftliche, rechtliche und administrative Bereiche. Einzig Fragen der nationalen Verteidigung sind nach Art. 1 lit. d Europaratssatzung ausgeschlossen.[356] Zur Umsetzung seiner Aufgaben erlässt der Europarat Abkommen und Empfehlungen.[357] Zu den bedeutendsten dieser Abkommen gehört die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK). Neben der EMRK baute der Europarat den Schutz der Menschenrechte durch den Erlass weiterer Abkommen aus[358], wobei so- 173

350 POLAKIEWICZ, Rz 1.

351 Siehe WASSENBERG, S. 14 m.w.H.

352 POLAKIEWICZ, Rz 1 f. Zu diesen zählen neben der Gründung des Europarates auch der Abschluss der Verträge von Rom, die zur Entstehung der heutigen Europäischen Union führten.

353 Satzung des Europarates von 1949, SR 0.192.030.

354 POLAKIEWICZ, Rz 4.

355 Art. 1 lit. a Satzung des Europarates.

356 WASSENBERG, S. 25.

357 POLAKIEWICZ, Rz 11.

358 POLAKIEWICZ, Rz 37.

ziale Fragen von Anfang an eine Priorität darstellten.[359] Bestimmungen zur Arbeitsmigration finden sich dabei einerseits in Art. 18 und 19 der (revidierten) Europäischen Sozialcharta und andererseits im Europäischen Niederlassungsabkommen und im Europäischen Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer.

B. Europäische Menschenrechtskonvention

174 Die EMRK ist das erste und wichtigste Abkommen des Europarates.[360] Einen wichtigen Anteil an der Bedeutung der EMRK hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der es Staaten und Individuen erlaubt, Menschenrechtsverletzungen durch ihn prüfen und verbindlich entscheiden zu lassen.[361] Art. 1 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten die in Art. 2 bis 18 EMRK enthaltenen Menschenrechte allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen zuzusichern. Diese Formulierung zeigt, dass die EMRK auf Beschränkungen des Kreises der Grundrechtsberechtigten aufgrund von Merkmalen wie der Staatsangehörigkeit verzichtet. Entscheidend ist allein die Betroffenheit von der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaats.[362] Art. 2 bis 18 EMRK stellen eine Liste grundlegender Menschenrechte dar, von denen das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit und das Diskriminierungsverbot eine direkte Relevanz für das Thema dieser Arbeit aufweisen. Darüber hinaus machte die Rechtsprechung des EGMR weitere Rechte, insbesondere das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, für das Arbeitsrecht fruchtbar.[363] Eine inhaltliche Weiterentwicklung der Konventionsrechte findet durch den Erlass von Zusatzprotokollen statt.[364] Zu erwähnen ist hierbei das 4. Zusatzprotokoll (Inkrafttreten 1968), welches das Recht auf innerstaatliche Freizügigkeit enthält, das 7. Zusatzprotokoll (Inkrafttreten 1988)[365], das Verfahrensvorschriften bei Ausweisungen von ausländischen Staatsangehörigen beinhaltet und das 12. Zusatzprotokoll

---

359 WASSENBERG, S. 47. Eines der wichtigsten Übereinkommen in diesem Zusammenhang ist die Europäische Sozialcharta, siehe dazu ausführlich Rz 175 ff.

360 WASSENBERG, S. 35 f.

361 POLAKIEWICZ, Rz 28.

362 GRABENWARTER/PABEL, S. 128 f. Rz 2.

363 Siehe PÄRLI, Bedeutung der EMRK, S. 1671 ff.

364 GRABENWARTER/PABEL, S. 4 Rz 7.

365 SR 0.101.07.

(Inkrafttreten 2005), das ein allgemeines Diskriminierungsverbot enthält. Die Garantien der Zusatzprotokolle verpflichten allerdings nur jene Staaten, die diese ratifiziert haben.[366]

C. Die Instrumente zur Arbeitsmigration im Überblick

1. Europäische Sozialcharta

175 Die Arbeiten an der Europäischen Sozialcharta begannen 1953 und endeten mit ihrem Erlass 1961.[367] Die Charta trat 1965 in Kraft. Sie schützt 19 wirtschaftliche und soziale Rechte, denen das Zusatzprotokoll von 1988 vier weitere hinzufügt. Weiterentwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht führten 1996 zum Erlass einer revidierten Europäischen Sozialcharta, die 1999 in Kraft trat. Dieses Instrument, das zunehmend die Sozialcharta von 1965 ersetzen soll, fügt den ursprünglichen 19 Rechten der ESC 12 weitere Rechte hinzu. Die revidierte Europäische Sozialcharta wurde als autonomer internationaler Vertrag konzipiert, der Überwachungsmechanismus ist allerdings derselbe wie in der Charta von 1961.[368] Die Charten wurden mit dem Ziel abgeschlossen, durch die Sicherung der in ihnen enthaltenen wirtschaftlichen und sozialen Rechte den Lebensstandard der Bevölkerung zu verbessern und ihr soziales Wohl zu fördern.[369]

176 Die (revidierte) Europäische Sozialcharta enthält eine Vielzahl von wirtschaftlichen und sozialen Rechten wie das Recht auf Arbeit, das Vereinigungsrecht, das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Recht auf Soziale Sicherheit. Zwei davon, Art. 18 betreffend das Recht der Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei, und Art. 19 betreffend das Recht der Wanderarbeitnehmenden und ihrer Familien auf Schutz und Beistand, weisen einen engen Bezug zum Thema der vorliegenden Arbeit auf.[370] Beide Artikel haben in beiden Sozialcharten denselben Text, einzig Abs. 11 und 12 wurden neu zu Art. 19 revESC hinzugefügt.

177 Die Europäische Sozialcharta besteht aus fünf und die revidierte Europäische Sozialcharta aus sechs Teilen. Teil I bis IV regeln dabei in beiden Charten das-

366 GRABENWARTER/PABEL, S. 7 Rz 4.

367 WASSENBERG, S. 49 ff.

368 POLAKIEWICZ, Rz 38. Siehe zum Überwachungsmechanismus Rz 185 ff.

369 Siehe Präambel ESC und Präambel revESC.

370 Siehe für eine vertiefte Analyse dieser beiden Artikel Rz 188 ff.

selbe. Teil I enthält eine gesamthafte Aufzählung der nicht verbindlichen Rechte und Grundsätze, zu deren Gewährleistung die Vertragsparteien die Voraussetzungen im Rahmen einer nationalen Politik schaffen. Teil II enthält die ausformulierten Rechte der Charten, zu deren Anerkennung sich die Vertragsstaaten nach dem System von Teil III[371] verpflichten. Teil IV regelt Fragen der Überwachung der Staatenverpflichtungen.[372] Teil V ESC enthält abschliessende Bestimmungen zu Beschränkungen der Rechte und regelt Fragen der Ratifizierung und Inkraftsetzung der Sozialcharta. Entsprechende Regelungen finden sich in der revESC aufgeteilt auf Teil V und VI. Zusätzlich enthalten beide Charten Anhänge, die Bestandteile derselben darstellen.

178 Bei der Ratifizierung sind die Vertragsstaaten nach Art. 20 Abs. 1 ESC verpflichtet, mindestens fünf der sieben Kernbestimmungen[373] als für sich bindend anzuerkennen, und zusätzlich so viele weitere Artikel oder Absätze für sich anwendbar zu erklären, dass sie im Gesamten durch 10 Artikel oder 45 Absätze gebunden sind. Mit der revidierten Europäischen Sozialcharta stiegen die Anforderungen. Nun müssen die Vertragsstaaten gemäss Art. A Abs. 1 revESC sechs der neun Kernbestimmungen[374] als für sich bindend anerkennen und im Gesamten durch mindestens 16 Artikel oder 63 Absätze gebunden sein. In beiden Charten handelt es sich bei Art. 19 um eine der Kernbestimmungen. Staaten, die bereits die ESC ratifiziert haben, sind nach Art. B revESC verpflichtet die damals angenommenen Bestimmungen weiterhin für sich anwendbar zu erklären. Gleichzeitig führt die Ratifizierung der revESC dazu, dass die Bestimmungen der ESC auf diesen Vertragsstaat keine Anwendung mehr finden.

179 Die revidierte Europäische Sozialcharta wurde von 34 Mitgliedstaaten des Europarates ratifiziert. Von den verbleibenden Mitgliedstaaten sind neun Vertragsstaaten der Europäischen Sozialcharta und nur vier haben weder die Europäische Sozialcharta noch die revidierte Europäische Sozialcharta ratifiziert. Zu diesen vier Mitgliedstaaten gehören Liechtenstein, Monaco, San Marino und die Schweiz.[375]

---

371 Siehe zu den Bestimmungen des Teils III Rz 178.

372 Siehe dazu Rz 185 ff.

373 Es handelt sich dabei um Art. 1, 5, 6, 12, 13, 16 und 19 ESC.

374 Es handelt sich dabei um Art. 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 und 20 revESC. Neu als Kernbestimmungen gelten somit die Art. 7 und 20 revESC.

375 Stand November 2020.

2. Weitere Übereinkommen zu Wanderarbeitnehmern

a. Europäisches Niederlassungsabkommen

Zeitgleich mit der Europäischen Sozialcharta trat 1965 das Europäische Niederlassungsabkommen in Kraft. Es handelt sich um eines jener Abkommen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit, die eine Rechtsangleichung zum Ziel haben ohne dabei das bestehende nationale System ändern zu wollen.[376] Das Niederlassungsabkommen enthält Regeln über die Behandlung der Staatsangehörigen eines Vertragsstaats im Gebiet der anderen Vertragsstaaten, um so die enge Verbindung, welche die Mitgliedstaaten des Europarates vereint, zu fördern.[377] Das Abkommen wurde bis anhin von 12 Staaten ratifiziert.[378] 180

Das Abkommen besteht aus 11 Kapiteln, wobei sich Kapitel IV mit Fragen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit beschäftigt. Es handelt sich dabei um Art. 18 ESC/revESC entsprechende Normen.[379] Dem Abkommen ist ein Protokoll beigefügt, das Bestandteil desselben ist (Art. 32). Es enthält Bestimmungen darüber, wie die im Abkommen verwendeten Begriffe auszulegen sind, wobei es häufig auf die innerstaatliche Praxis und Gewohnheiten verweist. 181

b. Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer

Nach Erlass der Europäischen Sozialcharta 1961 kam es zu einer Weiterentwicklung der sozialen Rechte durch die Annahme verschiedener Abkommen und Empfehlungen zum Schutz gewisser Bevölkerungsgruppen.[380] Dazu gehört auch das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer von 1977, das 1983 in Kraft trat. Dieses Übereinkommen stellt eine Erweiterung der in Art. 19 ESC enthaltenen Rechte dar.[381] Es wurde bis anhin von 11 Staaten ratifiziert.[382] Gemäss seiner Präambel ist Ziel des Übereinkommens die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmenden, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten des Europarates sind, zu regeln, um ihnen 182

376 WASSENBERG, S. 101.
377 Siehe Präambel Niederlassungsabkommen.
378 Stand November 2020.
379 HARRIS/DARCY, S. 201.
380 WASSENBERG, S. 112 f.
381 HARRIS/DARCY, S. 211.
382 Stand November 2020. Siehe dazu auch Rz 192.

betreffend den Lebens- und Arbeitsbedingungen eine Inländergleichbehandlung zu gewährleisten. Diese gegenseitige Zuerkennung von Rechten und Vorrechten wird aufgrund der engen Verbindung gewährt, die zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates besteht.

183 Das Übereinkommen ist ein Rahmenübereinkommen, d.h. es regelt nicht alle Aspekte zur Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmenden selbst, sondern verweist auf einschlägige bi- und multinationale Verträge und die nationale Gesetzgebung.[383] Es besteht aus sechs Kapiteln. Kapitel I regelt Fragen zur Begriffsbestimmung, Kapitel II betrifft die Rekrutierung, Kapitel III die Situation im Beschäftigungsland und Kapitel IV die Rückkehr. Das Übereinkommen findet somit auf den gesamten Migrationsprozess Anwendung und auferlegt den Herkunfts-, Transit-, und Beschäftigungsländern Pflichten. Kapitel V und VI des Rechtsstellungsübereinkommens regeln schliesslich Fragen zur Anwendung, Ratifizierung und Kündigung des Übereinkommens. Art. 31 und 32 enthalten dabei ein Günstigkeitsprinzip, das einerseits günstigere nationale Vorschriften und andererseits bestehende oder zukünftige günstigere Bestimmungen in internationalen Verträgen unberührt lässt. Ausserdem verbietet das Übereinkommen in Art. 36 den Staaten bei der Ratifizierung Vorbehalte zu bestimmten Artikeln[384] anzubringen.

D. Die staatlichen Verpflichtungen und Durchsetzungsmöglichkeiten

184 Mit der Ratifizierung erlangt die (revidierte) Europäische Sozialcharta innerstaatliche Bindung. Die Erfüllung der Verpflichtungen aus den durch den Staat für sich anwendbar erklärten Bestimmungen erfolgt durch Gesetze oder sonstige Vorschriften, durch Vereinbarungen in Gesamtarbeitsverträgen, durch eine Kombination dieser beiden Verfahren oder durch andere geeignete Mittel (Art. 33 ESC und Art. I revESC).

185 Der Prozess zur Überwachung der Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen ist der Gleiche für die Europäische Sozialcharta wie für die revidierte Europäische Sozialcharta.[385] Die Überwachung geschieht durch einen Sozial-

383 CHOLEWINSKI, Legal Status, S. 14.

384 Es handelt sich um die Art. 4, 8, 9, 12, 16, 17, 20, 25 und 26 des Rechtsstellungsübereinkommens.

385 Art. C revESC.

ausschuss, der die staatlichen Berichte prüft. Die Berichte werden nach einem festgelegten Berichtszyklus eingereicht, der die Chartarechte in vier thematische Gruppen einteilt. Jedes Jahr legen die Staaten Berichte über die Massnahmen zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen in Bezug auf eine andere Gruppe vor.[386] Basierend auf den Berichten verabschiedet der Ausschuss abschliessende Bemerkungen für jeden vom Staat ratifizierten Artikel. Dabei berücksichtigt er neben dem staatlichen Bericht auch weitere Informationen, wie Berichte der ILO, von NGOs, und von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden.[387] Kommt der Ausschuss zum Schluss, dass ein Vertragsstaat seine Verpflichtungen aus der Charta nicht eingehalten hat, wird der Bericht und die abschliessenden Bemerkungen an den Regierungsausschuss weitergeleitet.[388] Dieser bittet die Staaten um Informationen bezüglich der vorgesehenen Reformen und übt «sanften» Druck aus, um die Vertragsstaaten zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen zu bewegen. Führt das zu keinem Ergebnis, kann das Ministerkomitee, auf Vorschlag des Regierungsausschusses, eine Empfehlung an den fehlbaren Staat richten.[389]

186 1998 trat ein Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta über Kollektivbeschwerden in Kraft.[390] Dieses ermöglicht es Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden ebenso wie nichtstaatlichen Organisationen, Beschwerden einzureichen, in denen sie eine nicht zufriedenstellende Anwendung der (revidierten) Europäischen Sozialcharta durch den Staat geltend machen können.[391] Beschwerden müssen kollektiver Natur sein, d.h. individuelle Situationen dürfen nicht Gegenstand der Beschwerde sein.[392] Der Sozialausschuss behandelt diese Beschwerden und fällt Entscheidungen in einem quasigerichtlichen Prozess, der dazu beiträgt, den Umfang und Inhalt der Chartarechte genauer zu umschreiben.[393] Das Beschwerdeverfahren wird durch die Annahme einer Resolution durch das Ministerkomitee abgeschlossen. Heisst

386 BRILLAT, S. 508.

387 O'CINNÉIDE, S. 285.

388 HARRIS/DARCY, S. 330 f.

389 Art. 29 ESC; BRILLAT, S. 511 f.

390 15 Länder haben das Recht von Organisationen Beschwerden gegen sie vorzubringen anerkannt (Stand November 2020).

391 Siehe Art. 1 und 2 Zusatzprotokoll.

392 Europarat, Explanatory Report Additional Protocol, Rz 31.

393 O'CINNÉIDE, S. 285; in zwei Beschwerden, zu denen sich der Sozialausschuss materiell äusserte, wurde Art. 18 ESC/revESC angerufen, und in neun Beschwerden Art. 19 ESC/revESC.

der Sozialausschuss die Beschwerde gut, so richtet das Ministerkomitee zusätzlich eine Empfehlung an den betroffenen Vertragsstaat (Art. 9 Zusatzprotokoll). Diese Empfehlung ist rechtlich nicht bindend.[394]

187 Die Auslegung der Chartarechte erfolgt nach den anerkannten Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention. Der Ausschuss sieht die (revidierte) Europäische Sozialcharta dabei als ein *living instrument* an und berücksichtigt das europäische Umfeld der Vertragsstaaten, insbesondere ihre fortgeschrittene wirtschaftliche Entwicklung. Es berücksichtigt auch die Rechtsprechung des EGMR und verweist auf Europarats[395]-, UN-, ILO-, und EU-Standards bei seiner Interpretation der Chartarechte. Das hat zur Folge, dass sich verändernde soziale und wirtschaftliche Umstände, genauso wie geänderte Erwartungen und Haltungen zu moralischen und ethischen Fragen, zu Neuinterpretationen führen können.[396] Die Staaten haben dabei nicht nur formell ihre Verpflichtungen unter der Charta zu erfüllen, sondern müssen auch sicherstellen, dass Individuen und Gruppen tatsächlich in den Genuss der ihnen zustehenden Rechte kommen.[397]

E. Einzelne Bestimmungen im Allgemeinen

188 Im Folgenden wird vertiefter auf Art. 18 und 19 ESC/revESC eingegangen. Wo es angebracht ist, wird auf die entsprechenden Bestimmungen des Rechtsstellungsübereinkommens und des Niederlassungsabkommens verwiesen. Die praktische Bedeutung dieser zwei Verträge ist zwar gering, insbesondere das Rechtsstellungsübereinkommen stellt aber das umfassendste europäische Übereinkommen zur Arbeitsmigration dar. Es kann somit wichtige

394 HARRIS/DARCY, S. 368.

395 Siehe z.B. für einen Verweis auf das Rechtsstellungsübereinkommen ECSR, Conclusions XIX/Conclusions 2011, Statement of Interpretation, Art. 19 Abs. 6 ESC/revESC. Dabei ist es aber nicht die Aufgabe des Ausschusses die Bestimmungen anderer Abkommen zu interpretieren, siehe ECSR, Conclusions 2015, Türkei, Art. 19 Abs. 8 revESC und bereits ECSR, Conclusions VI, Deutschland, Art. 19 Abs. 8 ESC in Bezug auf das Niederlassungsabkommen. Somit kann die Gesetzgebung eines Vertragsstaats zwar in Übereinstimmung mit einem bestimmten Europaratsabkommen sein, aber nicht mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta oder umgekehrt.

396 O'CINNÉIDE, S. 287.

397 O'CINNÉIDE, S. 286; siehe auch HARRIS/DARCY, S. 25 f.

Hinweise zur Identifizierung der rechtlichen Probleme an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Migrationsrecht geben.

1. Persönlicher Geltungsbereich

Die (revidierte) Europäische Sozialcharta spricht in Art. 18 und 19 ESC/revESC von «Wanderarbeitnehmern» ohne den Begriff zu definieren.[398] Gemäss dem Anhang[399] zur Charta fallen fremde Staatsangehörige nur dann in den Geltungsbereich der Charta, wenn sie Staatsangehörige einer anderen Vertragspartei sind und ihren rechtmässigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäss beschäftigt sind. In Ergänzung dazu qualifiziert Art. 19 ESC/revESC den persönlichen Geltungsbereich teilweise näher, indem er von Wanderarbeitnehmenden spricht, die «rechtmässig [im] Hoheitsgebiet» (Abs. 4) bzw. «zur Niederlassung […] berechtigt» (Abs. 6) sind oder die «ihren rechtmässigen gewöhnlichen Aufenthalt» (Abs. 8) im Hoheitsgebiet haben. Erfüllen Wanderarbeitnehmende diese Bedingungen[400], so stehen ihnen die Chartarechte grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen zu wie Inländern und die Vertragsstaaten sind verpflichtet, sie gegen Diskriminierungen und andere Formen von Ungleichbehandlungen zu schützen.[401] Dies gilt auch, wenn die andere Vertragspartei die in Frage stehende Bestimmung nicht für sich anwendbar erklärt hat.[402] 189

Erfasst werden Arbeitnehmende und Selbständige[403]. Gemäss der Alternative, nach der eine ordnungsgemässe Beschäftigung in einem anderen Vertragsstaat genügt, fallen auch Grenzgängerinnen und Grenzgänger[404], Seeleute, die auf einem Schiff unter der Flagge eines anderen Vertragsstaats 190

398 Im Gegensatz dazu enthält Art. 1 Abs. 1 Rechtsstellungsübereinkommen eine Definition des Begriffs «Wanderarbeitnehmer».

399 Siehe hierzu auch ECSR, Conclusions I, Statement of Interpretation, Art. 18 ESC.

400 Zum weitergehenden persönlichen Geltungsbereich von Art. 12 Abs. 4 und Art. 13 Abs. 4 ESC/revESC siehe O'Cinnéide, S. 289.

401 O'Cinnéide, S. 289.

402 Harris/Darcy, S. 385.

403 Art. 19 Abs. 10 ESC/revESC.

404 Siehe ECSR, Conclusions 2016, Rumänien, Art. 18 Abs. 3 revESC; ECSR, Conclusions 2008, Slowenien, Art. 18 Abs. 3 revESC.

fahren[405], Saisonarbeitnehmende[406] und entsandte Arbeitnehmende[407] in den Geltungsbereich der Sozialcharta. Damit ist der persönliche Geltungsbereich der Sozialcharta weiter als jener des Rechtsstellungsübereinkommens. Dieses definiert in Art. 1 als Wanderarbeitnehmer einen «Staatsangehörigen einer Vertragspartei, der von einer anderen Vertragspartei die Erlaubnis erhalten hat, sich in ihrem Hoheitsgebiet aufzuhalten, um dort eine Beschäftigung gegen Entgelt aufzunehmen» und verlangt somit einen zwingenden Aufenthalt. Entsprechend werden Grenzgängerinnen und Grenzgänger vom Geltungsbereich des Rechtsstellungsübereinkommens ausgenommen, zusammen mit Künstlern, Seeleuten, Praktikanten, Saisonarbeitnehmenden und entsandten Arbeitnehmenden[408].[409]

191 Staatsangehörige von Nicht-Vertragsstaaten werden durch die (revidierte) Europäische Sozialcharta grundsätzlich nicht geschützt. Diese starke Einschränkung des persönlichen Geltungsbereichs erinnert mehr an die Regeln in bilateralen Niederlassungsverträgen, deren Rechte nur reziprok gewährt werden, denn an Menschenrechtsverträge, die Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit untersagen.[410] Den Vertragsstaaten steht es allerdings frei, die Chartarechte weiteren Personen zu gewähren, genauso wie sie das Recht haben, günstigere Bestimmungen anzuwenden.[411] Zusätzlich hat der Ausschuss in zwei Fällen[412] entschieden, dass der enge persönliche Geltungsbereich dann nicht zur Anwendung kommt, wenn jener Bereich der

405 Siehe ECSR, Conclusions XIII-4, Deutschland, Art. 19 Abs. 4 ESC.

406 Siehe Conclusions XX-1, Deutschland, Art. 18 Abs. 3 ESC.

407 Dies gilt explizit für Art. 19 ESC/revESC, siehe ECSR, Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) vs. Schweden, 03.07.2013, CC 85/2012, Rz 134.

408 Art. 1 Abs. 2 lit. f Rechtsstellungsübereinkommen spricht von «Arbeitnehmern, die Staatsangehörige einer Vertragspartei sind und im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei für Rechnung eines Unternehmens mit Firmensitz ausserhalb des Hoheitsgebiets dieser Vertragspartei eine bestimmte Tätigkeit ausüben».

409 Siehe für eine Definition dieser Kategorien auch Europarat, Explanatory Report Legal Status Convention, Rz 14.

410 HARRIS/DARCY, S. 386 f. Siehe zur Anwendung von internationalen Menschenrechtsverträgen auf Wanderarbeitnehmende: Rz 93 f. für ILO-Übereinkommen, Rz 144 für UN-Konventionen und Rz 174 zur EMRK.

411 Siehe Art. 32 ESC bzw. Art. H revESC und die jeweiligen Anhänge.

412 ECSR, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) vs. Frankreich, 08.09.2004, CC 14/2003; ECSR, Defence for Children International vs. Niederlande, 20.10.2009, CC 47/2008.

Chartarechte, der wesentlich zum Erhalt der menschlichen Würde beiträgt, betroffen ist.[413]

Eine ähnliche Einschränkung des Geltungsbereichs auf die Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien findet sich auch im Niederlassungsabkommen[414] und im Rechtsstellungsübereinkommen[415]. Dies ergibt sich daraus, dass die Verfasser die Gewährung von Rechten an (europäische) Wanderarbeitnehmende als eine Möglichkeit sahen, eine engere Verbindung zwischen den Europaratsmitgliedern herzustellen; zu einer Zeit als die heutige EU noch in den Kinderschuhen steckte.[416] Heutzutage ist die Rechtslage in der EU aber bedeutend weiter, insbesondere im Bereich der Personenfreizügigkeit[417]. Es stellt sich somit die Frage, welche Bedeutung die Europaratsbestimmungen zu Wanderarbeitnehmenden überhaupt noch haben. Es darf aber nicht vergessen werden, dass der Europarat auch Nicht-EU-Mitgliedstaaten zu seinen Mitgliedern zählt. So sind z.B. Russland, die Ukraine, Serbien, Bosnien oder Georgien Vertragsstaaten der revidierten Europäischen Sozialcharta, und das Rechtsstellungsübereinkommen wurde erst 2006 bzw. 2007 von Moldawien, Albanien und der Ukraine ratifiziert, nachdem mit Ausnahme von Italien (1995) alle anderen Ratifikationen in den 1980er Jahren erfolgten. 192

2. Erleichterung der Erwerbstätigkeit in einem anderen Vertragsstaat

In Teil I ESC/revESC, der rechtlich unverbindliche, durch die Vertragsstaaten zu verfolgende Politiken, enthält, hat Art. 18 den folgenden Wortlaut: «Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei haben das Recht, im Hoheitsgebiet jeder anderen Vertragspartei gleichberechtigt mit deren Staatsangehörigen jede Erwerbstätigkeit aufzunehmen, vorbehaltlich von Einschränkungen, die 193

413 Siehe auch ECSR, Conclusions 2004, Statement of Interpretation, Personal Scope of the Charter.

414 Dieses Abkommen enthält keine generelle Bestimmung, die den persönlichen Geltungsbereich definiert, jeder rechtsgewährende Artikel spricht aber von «Staatsangehörigen eines Vertragsstaates».

415 Siehe Art. 1 Abs. 1 Rechtsstellungsübereinkommen.

416 Siehe Präambel Niederlassungsabkommen, Präambel Rechtsstellungsübereinkommen und Präambel ESC/revESC sowie O'Cinnéide, S. 288.

417 Siehe dazu Rz 233 f. und Rz 244 ff.

auf triftigen wirtschaftlichen oder sozialen Gründen beruhen»[418]. Es handelt sich hierbei um kein Recht auf Personenfreizügigkeit, wie der Anhang zur ESC/revESC klarstellt. Allerdings enthält Art. 18 Abs. 1 bis 4 ESC/revESC des Teils II Verpflichtungen zur Liberalisierung bestehender Vorschriften.

194 Art. 18 ESC/revESC erfasst Arbeitnehmende und Selbständige, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind. Dabei gilt die Vorschrift nicht nur für Arbeitnehmende, die sich bereits im Beschäftigungsland aufhalten, sondern auch für jene, die sich erst um eine Arbeitsbewilligung für dieses Land bemühen.[419] Für diese Personen sind bestehende Formvorschriften zu vereinfachen (Art. 18 Abs. 2) und die Vorschriften über die Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmenden zu liberalisieren (Art. 18 Abs. 3)[420]. Die Situation von Wanderarbeitnehmenden sollte sich dabei schrittweise so weit wie möglich an die Situation von einheimischen Arbeitnehmenden angleichen.[421]

3. Rekrutierung

195 Die (revidierte) Europäische Sozialcharta regelt Fragen der Rekrutierung von Wanderarbeitnehmenden nur rudimentär. Art. 19 Abs. 2 ESC/revESC[422] verpflichtet die Vertragsstaaten für die Wanderarbeitnehmenden in den Grenzen ihrer Zuständigkeit geeignete Massnahmen zur Erleichterung der Abreise, der Reise und der Aufnahme zu treffen und ihnen während der Reise die notwendigen Gesundheitsdienste, ärztliche Betreuung und gute hygienische Bedingungen zu verschaffen.

196 Detaillierte Regelungen zur Rekrutierung finden sich im Kapitel II des Rechtsstellungsübereinkommens. Diese Vorschriften erinnern an die entsprechenden Regelungen im Anhang I und II des ILO-Übereinkommens Nr. 97 und erschienen bereits beim Inkrafttreten des Rechtsstellungsübereinkommens veraltet.[423] Art. 2, der die Art der Anwerbung regelt, betrifft zwar gleichzeitig

---

418 Art. 10 des Niederlassungsabkommens weist einen sehr ähnlichen Wortlaut auf. Auch der Umfang und die möglichen Einschränkungen zwischen Art. 18 ESC/revESC und Art. 10 Niederlassungsabkommen ähneln sich stark.

419 ECSR, Digest of Case Law, S. 175.

420 Siehe dazu Rz 205 ff., Rz 204 und Rz 208.

421 ECSR, Conclusions II, Statement of Interpretation, Art. 18 ESC.

422 Die staatlichen Verpflichtungen dieses Artikels decken sich mit jenen von Art. 4 und Art. 5 ILO-Übereinkommen Nr. 97.

423 GUILD, Legal Status, S. 5.

die staatliche («nichtnamentliche») Anwerbung wie auch jene durch den Arbeitgeber («namentliche»), er enthält aber keine Verpflichtung zur Überwachung privater Vermittlungstätigkeit.[424] Das Übereinkommen enthält auch keine Verpflichtung mit der Wanderarbeitnehmerin einen schriftlichen Vertrag abzuschliessen. Art. 5, der diese Frage regelt, enthält in diesem Zusammenhang nur eine Kann-Vorschrift.[425] Damit sind diese Vorschriften weniger streng als jene in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 und der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention.[426]

4. Informationspflichten

Wanderarbeitnehmende, die eine Erwerbstätigkeit in einem anderen Vertragsstaat aufnehmen möchten, sind auf Informationen angewiesen. Entsprechend verpflichtet Art. 19 Abs. 1 ESC/revESC[427] die Vertragsstaaten geeignete Stellen zu unterhalten, oder sicherzustellen, dass solche Stellen bestehen, welche die Wanderarbeitnehmenden unentgeltlich betreuen, insbesondere durch die Erteilung korrekter Auskünfte. Es genügt dabei nicht, die Informationen nur im Internet bereitzustellen, die Staaten sollten auch telefonische und öffentlich zugängliche Anlaufstellen unterhalten.[428] Die erteilten Auskünfte müssen vertrauenswürdig und objektiv sein und sollten Informationen über die zu erledigenden Formalitäten und zu den Lebens- und Arbeitsbedingungen im Beschäftigungsland enthalten.[429] Art. 6 des Rechtsstellungsübereinkommens enthält weitere Bereiche, über die informiert werden sollte, wie die Art der Beschäftigung, die Möglichkeiten des Abschlusses eines neuen Arbeitsvertrags nach Ablauf des ersten, und bezüglich des Arbeitsentgelts, der sozialen Sicherheit und der Unterbringung. 197

Zusätzlich verpflichten Art. 19 Abs. 1 ESC/revESC genauso wie Art. 6 Abs. 3 Rechtsstellungsübereinkommen die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen gegen irreführende Propaganda zur Ein- und Auswanderung zu ergreifen. Die Verbreitung dieser Informationen stellt dabei ein Mittel zur Verhinderung 198

424 Europarat, Explanatory Report Legal Status Convention, Rz 16.

425 Europarat, Explanatory Report Legal Status Convention, Rz 29.

426 Siehe zu den Bestimmungen der ILO-Übereinkommen Rz 79 f. und Rz 82, und zu jenen der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention Rz 139 f. und Rz 141.

427 Diese Bestimmungen wurden von Art. 2 und 3 ILO-Übereinkommen Nr. 97 übernommen.

428 ECSR, Conclusions XX-4, Polen, Art. 19 Abs. 1 ESC.

429 ECSR, Digest of Case Law, S. 179.

irregulärer Migration und insbesondere von Menschenhandel dar[430], obwohl die beiden Instrumente ansonsten keine Bestimmungen über Massnahmen gegen irreguläre Migration enthalten.[431] Gleichzeitig stellt die Verbreitung von Informationen im Beschäftigungsland eine Massnahme gegen Rassismus und Xenophobie dar. Die Informationen sollten sich an die gesamte Bevölkerung, inklusive Staatsangestellte, richten, um stereotypen Vorstellungen, die Migrantinnen und Migranten mit Verbrechen, Gewalt, Drogenkonsum und Krankheiten in Verbindung bringen, entgegenzuwirken.[432]

5. Gleichbehandlungsgebot

199 Die revidierte Europäische Sozialcharta enthält in Art. E ein allgemeines Diskriminierungsverbot in Bezug auf die in der Charta enthaltenen Rechte. Einen allgemeinen Inländergleichbehandlungsanspruch enthält Art. 19 Abs. 4 lit. a bis c ESC/revESC. Das gilt in Bezug auf die genannten Teilbereiche, soweit diese durch Rechtsvorschriften geregelt oder der Überwachung durch Verwaltungsbehörden unterstellt sind. Vom Diskriminierungsverbot erfasst werden sowohl direkte und indirekte Diskriminierungen wie auch gesetzliche und tatsächliche Ungleichbehandlungen.[433]

200 Art. 19 Abs. 4 lit. a ESC/revESC regelt die Inländergleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt und andere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, wozu auch die Berufsausbildung, berufliche Weiterbildungen und Beförderungen zählen.[434] Der Ausschuss interessiert sich dabei ebenso für den diskriminierungsfreien Zugang zu einer Beschäftigung, d.h. für die Schwierigkeiten, denen Wanderarbeitnehmende bei der Stellensuche ausgesetzt sein können[435], wie für mögliche Diskriminierungen bei Entlassungen, insbesondere in wirtschaftlich schwierigen Zeiten, in denen Staaten versucht sein

---

430 ECSR, Conclusions 2006, Slowenien, Art. 19 Abs. 1 revESC.

431 Im Gegensatz zu den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, siehe Rz 85 ff., und der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, siehe Rz 146 ff.

432 ECSR, Digest of Case Law, S. 179; siehe dazu auch ECSR, Centre on Housing Rights and Evicitons (COHRE) vs. Italien, 25.06.2010, CC 58/2009, Rz 136 ff.

433 ECSR, Digest of Case Law, S. 181.

434 ECSR, Digest of Case Law, S. 181.

435 ECSR, Conclusions XVIII-1, Belgien, Art. 19 Abs. 4 ESC; ECSR, Conclusions XIX-4, Deutschland, Art. 19 Abs. 4 ESC; Conclusions 2015, Schweden, Art. 19 Abs. 4 revESC. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Bestimmungen zur geografischen und beruflichen Mobilität, Rz 205 ff.

könnten, ausländische Arbeitskräfte zum Schutz inländischer Arbeitnehmer loszuwerden.[436]

Der Inländergleichbehandlungsanspruch in Bezug auf die Arbeitsbedingungen wird im Rechtsstellungsübereinkommen näher ausgeführt. Er richtet sich auf Arbeitsbedingungen, die einheimischen Arbeitnehmenden aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, Gesamtarbeitsverträgen oder Gepflogenheiten zukommen (Art. 16 Abs. 1). Die Bezeichnung «Arbeitsbedingungen» wird nicht näher definiert, aufgrund der Zielsetzung des Übereinkommens[437] ist aber von einem weiten Begriff auszugehen, der alles erfasst, das einen engen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweist.[438] Speziell erwähnt werden in weiteren Vorschriften die Gleichbehandlung betreffend die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (Art. 20) und die Beendigung des Arbeitsvertrags (Art. 24). Im Falle eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit haben die Wanderarbeitnehmenden genauso Anspruch auf berufliche Rehabilitation wie die einheimischen Arbeitnehmenden (Art. 20 Abs. 2). Eine vertragliche Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung ist nicht zulässig (Art. 16 Abs. 2). 201

6. Koalitionsfreiheit

Art. 19 Abs. 4 ESC/revESC enthält in lit. b einen Inländergleichbehandlungsanspruch in Bezug auf den Beitritt zu gewerkschaftlichen Organisationen und den Genuss der durch Gesamtarbeitsverträge gewährten Vorteile.[439] Diese Bestimmung enthält auch das Recht an gewerkschaftlichen Aktivitäten teilzunehmen und eine Gewerkschaft zu gründen.[440] 202

Diese Grundsätze bestätigte der Ausschuss zur (revidierten) Europäischen Sozialcharta im Rahmen einer Kollektivbeschwerde[441], in der er eine Verletzung 203

436 ECSR, Conclusions IV, Statement of Interpretation, Art. 19 Abs. 4 ESC; CHOLEWINSKI, Legal Status, S. 13.

437 Siehe Präambel Rechtsstellungsübereinkommen.

438 GUILD, Legal Status, S. 14.

439 Siehe für die allgemeinen staatlichen Verpflichtungen aus Art. 19 Abs. 4 ESC/revESC Rz 199.

440 ECSR, Conclusions XIX-4/Conclusions 2011, Statement of Interpretation, Art. 19 Abs. 4 ESC/revESC.

441 ECSR, Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) vs. Schweden, 03.07.2013, CC 85/2012.

von Art. 6 Abs. 2 und 4 und Art. 19 Abs. 4 lit. a und b revESC prüfte.[442] Er hielt zunächst fest, dass auch entsandte Arbeitnehmende in den Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 4 revESC fallen.[443] Dann führte er aus, dass die schwedische Gesetzgebung in Bezug auf entsandte Arbeitnehmende kollektive Massnahmen verbiete, soweit der Arbeitgeber gewisse Minimalstandards erfülle, die allerdings unter jenen der einheimischen Arbeitnehmenden zurückbleiben können. Ohne die Möglichkeit von kollektiven Massnahmen fehle aber ein Anreiz für die Arbeitgebenden bessere Bedingungen zu gewähren. Damit behandle die schwedische Gesetzgebung entsandte Arbeitnehmende nicht gleich wie einheimische Arbeitnehmende, was mit Art. 19 Abs. 4 lit. a revESC unvereinbar sei.[444] Darüber hinaus verletze das genannte Verbot des Ergreifens von kollektiven Massnahmen auch das Recht der entsandten Arbeitnehmenden in den Genuss der durch Gesamtarbeitsverträge ausgehandelten Vorteile nach Art. 19 Abs. 4 lit. b revESC zu kommen.[445] Der Ausschuss hiess die Beschwerde gut.

7. Inländervorrang

204 Aufgrund von wirtschaftlichen oder sozialen Gründen kann der Zugang von fremden Staatsangehörigen zum nationalen Arbeitsmarkt beschränkt werden.[446] Eine solche Massnahme ist z.B. bei einer hohen Arbeitslosigkeit zulässig, um so die Beschäftigung von einheimischen Arbeitnehmenden zu fördern. Auch die bevorzugte Behandlung von EU-Staatsangehörigen auf dem Binnenmarkt der Europäischen Union sieht der Ausschuss zur (revidierten) Europäischen Sozialcharta als vereinbar mit den Verpflichtungen aus Art. 18

442 ECSR, Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) vs. Schweden, 03.07.2013, CC 85/2012, Rz 75. Auslöser der Beschwerde waren die in der schwedischen Gesetzgebung vorgenommenen Änderungen nach einem Entscheid des EuGH; siehe EuGH, Urteil vom 18.12.2007, *Laval,* C-341/05, EU:C:2007:809.

443 ECSR, Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) vs. Schweden, 03.07.2013, CC 85/2012, Rz 134.

444 ECSR, Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) vs. Schweden, 03.07.2013, CC 85/2012, Rz 135 f.

445 ECSR, Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) vs. Schweden, 03.07.2013, CC 85/2012, Rz 137 f.

446 Eine entsprechende Formulierung findet sich in Art. 18 Teil I ESC/revESC, in Art. 8 Abs. 3 Rechtsstellungsübereinkommen und in Art. 10 Niederlassungsabkommen.

ESC/revESC an. Diese Bevorzugung darf aber weder dazu führen, dass Wanderarbeitnehmende aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten, deren Heimatstaaten die (revidierte) Europäische Sozialcharta ratifiziert haben, völlig vom nationalen Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden noch ihre Möglichkeiten auf Zugang zum Arbeitsmarkt erheblich einschränken.[447]

8. Geografische und berufliche Mobilität

Gemäss Art. 18 Abs. 3 ESC/revESC sind die Vertragsparteien verpflichtet, die Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer zu liberalisieren.[448] Zwei der Bereiche, in denen diese Verpflichtung greift, ist der Zugang zum nationalen Arbeitsmarkt und das Recht eine Beschäftigung auszuüben.[449] 205

Der Zugang zum nationalen Arbeitsmarkt für Arbeitnehmende anderer Vertragsparteien sollte nicht allzu restriktiv sein, insbesondere in Bezug auf das geografische Gebiet, in dem die Erwerbstätigkeit ausgeübt werden darf. Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit kann zwar vom Vorliegen einer Arbeitsbewilligung abhängig gemacht werden, Staatsangehörige anderer Vertragsstaaten dürfen aber grundsätzlich nicht von gewissen Arten von Erwerbstätigkeiten ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss ist nur möglich, wenn die Tätigkeit einen Bezug zum Schutz von nationalen Interessen oder der nationalen Sicherheit aufweist und die Ausübung hoheitlicher Gewalt umfasst.[450] 206

Anfängliche Einschränkungen in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit, die nicht übermässig sein dürfen, müssen schrittweise aufgehoben werden.[451] Als eine übermässige Einschränkung wurde z.B. die Gewährung 207

447 ECSR, Conclusions XX-1/Conclusions 2012, Statement of Interpretation, Art. 18 Abs. 1 und 3 ESC/revESC.

448 Vorschriften, welche die Rechte der Wanderarbeitnehmenden beschränken, kennen auch das Rechtsstellungsübereinkommen (Art. 8 Abs. 2) und das Niederlassungsabkommen (Art. 12 bis 14). In beiden Fällen gewähren die genannten Vorschriften den Staaten mehr Spielraum als die (revidierte) Europäische Sozialcharta.

449 ECSR, Digest of Case Law, S. 176 f.

450 ECSR, Digest of Case Law, S. 176.

451 ECSR, Digest of Case Law, S. 176.

der Arbeitsbewilligung nur in Bezug auf die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit in einem spezifischen Unternehmen angesehen.[452]

9. Bleiberecht

208 Auch im Falle des Verlusts der Erwerbstätigkeit stehen den Wanderarbeitnehmenden aus Art. 18 Abs. 3 ESC/revESC Rechte zu. Ein solcher Verlust darf nämlich nicht zum automatischen Entzug der Aufenthaltsbewilligung mit der Verpflichtung das Land so schnell wie möglich zu verlassen führen. Im Gegenteil, Art. 18 Abs. 3 ESC/revESC verlangt von den Vertragsparteien den Wanderarbeitnehmenden genügend Zeit für die Suche nach einer neuen Erwerbstätigkeit zu gewähren.[453] Einzig bei Vorliegen von aussergewöhnlichen Umständen, die eine Wegweisung der Wanderarbeitnehmerin nach Art. 19 Abs. 8 ESC/revESC rechtfertigen können, gilt das nicht.[454]

209 Das Rechtsstellungsübereinkommen kennt weitergehende Verbleiberechte. Verliert eine Wanderarbeitnehmerin aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen ihren Arbeitsplatz, so ist die zuständige Behörde nach Art. 25 verpflichtet sie gemäss den innerstaatlichen Vorschriften bei der Beschaffung eines neuen Arbeitsplatzes zu unterstützen. Der Beschäftigungsstaat fördert dabei Massnahmen, um die berufliche Umschulung und Rehabilitation der Wanderarbeitnehmerin sicherzustellen. Zu den nicht von der Wanderarbeitnehmerin zu vertretenden Gründen zählen neben einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit auch langanhaltende Krankheiten oder Unfälle. In den beiden letztgenannten Fällen hat die Wanderarbeitnehmerin nach Art. 9 Abs. 4 das Recht während mindestens fünf Monaten im Beschäftigungsstaat zu verbleiben. Der Beschäftigungsstaat ist allerdings nicht verpflichtet, der Wanderarbeitnehmerin zu erlauben, über die Bezugsdauer von Arbeitslosenentschädigung hinaus zu bleiben.

---

452 ECSR, Conclusions II, Statement of Interpretation, Art. 18 ESC; siehe für Beispiele weiterer unzulässiger Einschränkungen HARRIS/DARCY, S. 209 f.

453 ECSR, Digest of Case Law, S. 177.

454 ECSR, Conclusions XX-I/Conclusions 2012, Statement of Interpretation, Art. 18 Abs. 3 ESC/revESC.

10. Rechtsdurchsetzung

Zur Einhaltung der ihnen zustehenden Rechte müssen die Wanderarbeitnehmenden diese gegebenenfalls auch gerichtlich durchsetzen können. Entsprechend enthält Art. 19 Abs. 7 ESC/revESC die staatliche Verpflichtung für eine Inländergleichbehandlung in Bezug auf die Beschreitung des Rechtsweges zu sorgen. Dieses Recht steht allen Wanderarbeitnehmenden zu, die sich rechtmässig im Beschäftigungsstaat aufhalten, sowie jenen Wanderarbeitnehmenden, die legal eingereist sind, deren Bewilligung aber in der Zwischenzeit wiederrufen worden ist.[455] Erfasst wird der Zugang zu Gerichten und Anwälten, die Prozesskostenhilfe und der Anspruch auf einen Dolmetscher. Ebenfalls sollten alle relevanten Dokumente übersetzt werden, wenn die Wanderarbeitnehmerin die verwendete Sprache nicht oder nur ungenügend spricht.[456] Die Verpflichtung erfasst alle in Art. 19 ESC/revESC geregelten Angelegenheiten, wie Lohnforderungen, Arbeitsbedingungen, kollektive Rechte und den Schutz vor Ausweisungen.[457] 210

Zur Durchsetzung angemessener Arbeitsbedingungen ist aber nicht nur die Möglichkeit eines zivilrechtlichen Verfahrens notwendig, sondern es bedarf auch eines öffentlich-rechtlichen Überwachungssystems. Der Arbeitsinspektion kommt dabei eine grosse Bedeutung zu, da Wanderarbeitnehmende Mühe haben könnten, ihre Rechte selbständig durchzusetzen. Entsprechend verlangt Art. 20 Abs. 5 ESC bzw. Art. A Abs. 4 revESC von allen Vertragsparteien der (revidierten) Europäischen Sozialcharta, dass sie ein System der Arbeitsaufsicht unterhalten. 211

F. Die Instrumente des Europarates und die Schweiz

Die Schweiz unterzeichnete 1976 die Europäische Sozialcharta, ratifizierte sie aber nie. Da die Europäische Sozialcharta 1996 mit dem Erlass der revidierten Europäischen Sozialcharta modernisiert wurde, steht nun auch für die Schweiz die Frage einer möglichen Ratifizierung der revESC im Vordergrund.[458] Ob und wann es soweit kommt, ist im Moment allerdings unklar, 212

455 HARRIS/DARCY, S. 231.

456 ECSR, Digest of Case Law, S. 185; ECSR, Conclusions XIX/Conclusions 2011, Statement of Interpretation, Art. 19 Abs. 7 ESC/revESC.

457 ECSR, Digest of Case Law, S. 185.

458 BBl 2016 7045 S. 7057.

da eine Ratifikation der Genehmigung des Parlaments bedarf.[459] Der Nationalrat aber hat im September 2016 eine Motion[460] angenommen, welche den Bundesrat auffordert auf eine Ratifizierung der Sozialcharta zu verzichten. Der Ständerat lehnte diese Motion zwar ab, lehnte aber seinerseits im März 2016 eine Petition[461] zur Unterzeichnung und Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta ab.

213 In einem Bericht[462] aus dem Jahr 2014 äusserte sich der Bundesrat über die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der revidierten Europäischen Sozialcharta. Schwerpunkt der Ausführungen waren die neun Kernbestimmungen[463], zu denen auch Art. 19 revESC zählt. Vereinbarkeitsprobleme mit der schweizerischen Rechtsordnung identifizierte der Bericht dabei bei Art. 19 Abs. 4 lit. a revESC, da dieser nicht nur eine Gleichbehandlung in Bezug auf Lohn- und Arbeitsbedingungen, sondern auch in Bezug auf den Zugang zu einer Beschäftigung fordere. Allerdings gewährleiste die geltende schweizerische Gesetzeslage die geografische und berufliche Mobilität nicht für alle ausländischen Staatsangehörigen, sondern nur abhängig vom migrationsrechtlichen Status.[464] Das gelte nicht nur in Bezug auf Arbeitnehmende, sondern auch für Selbständigerwerbende. Somit sei auch die Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 10 revESC nicht gegeben.[465] Zusätzlich erachtet der Bericht auch Art. 19 Abs. 6 und 8 revESC als nicht mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar.[466] Entsprechend käme eine vollständige Anerkennung von Art. 19 revESC, d.h. als Kernbestimmung, bei einer allfälligen Ratifizierung der revidierten Europäischen Sozialcharta durch die Schweiz nicht in Betracht.[467]

214 In Bezug auf das Rechtsstellungsübereinkommen und das Niederlassungsabkommen hat die Schweiz diese weder unterzeichnet noch ratifiziert. Im elften

459 BBl 2014 5611 S. 5663.

460 Motion Nr. 15.3804 vom 07.09.2015, Verzicht auf eine Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta, eingereicht von De Courten Thomas.

461 Petition Nr. 14.2023 vom 10.02.2010, Unterzeichnung und Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta, eingereicht von ACAT-Schweiz.

462 BBl 2014 5611.

463 Siehe Rz 178.

464 BBl 2014 5611 S. 5649 f. Siehe dazu auch Rz 709 ff.

465 BBl 2014 5611 S. 5652 f.

466 Siehe zu Art. 19 Abs. 6 revESC BBl 2014 5611 S. 5651, und zu Art. 19 Abs. 8 revESC BBl 2014 5611 S. 5652.

467 BBl 2014 5611 S. 5655.

Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates aus dem Jahr 2016 führte der Bundesrat als Grund für die Nichtratifizierung des Rechtsstellungsübereinkommens die innerstaatliche ausländerrechtliche Gesetzgebung an, die mit dem Übereinkommen unvereinbare Bestimmungen enthalte, obwohl seit langen Bemühungen bestehen, diese abzubauen.[468] Ein Beitritt zum Niederlassungsabkommen kommt gemäss dem zehnten Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates aus dem Jahr 2013 aufgrund der schweizerischen Zulassungspolitik mit dem dualen Zulassungssystem[469] nicht in Frage. Ausserdem erachtete der Bundesrat das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU als geeigneteren Weg um die im Niederlassungsabkommen angesprochenen Bereiche zu regeln[470].[471]

G. Fazit

Die Rechte von Wanderarbeitnehmenden standen und stehen nicht im Fokus des Europarates. Er erarbeitete zwar ein Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer, dessen Bedeutung ist aber trotz der jüngst erfolgten Ratifizierung durch Moldawien, Albanien und die Ukraine gering geblieben. Grund dafür ist neben der tiefen Anzahl von nur 11 Ratifikationen und den teilweise veralteten Bestimmungen die Einführung der Personenfreizügigkeit durch die Europäische Union, die Wanderarbeitnehmenden weitergehende Rechte gewährt. 215

Grössere Bedeutung kommt den beiden Artikeln über die Rechte der Wanderarbeitnehmenden in der (revidierten) Europäischen Sozialcharta zu. Staaten sind zwar nicht verpflichtet die Artikel bei der Ratifizierung anzuerkennen, dennoch haben 35 Staaten Art. 18 ESC/revESC und 34 Staaten Art. 19 ESC/revESC vollständig oder teilweise anerkannt.[472] Zusammen decken die beiden Artikel die gleichen Rechte für Wanderarbeitnehmende ab, wie sie auch in den internationalen Verträgen der ILO und UN enthalten sind. Ein wichtiger Unterschied besteht aber in Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich. 216

468 BBl 2016 7045 S. 7071.

469 Siehe dazu Rz 440 und Rz 561.

470 Mit Ausnahme der Türkei und (neu) des Vereinigten Königreichs sind nur EU-Mitgliedstaaten Vertragsstaaten des Niederlassungsabkommens.

471 BBl 2013 2145 S. 2164.

472 Stand November 2020.

Während Vertragsstaaten der ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 und der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention die darin enthaltenen Rechte grundsätzlich allen auf ihrem Staatsgebiet lebenden und arbeitenden Wanderarbeitnehmenden unabhängig von derer Nationalität gewähren müssen, erstreckt sich der persönliche Anwendungsbereich der Sozialcharta nur auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten des Europarates. Im Gegensatz dazu unterscheidet die Sozialcharta nicht nach dem migrationsrechtlichen Status der Arbeitnehmerin und schliesst Grenzgängerinnen und Grenzgänger oder entsandte Arbeitnehmende weder von ihrem Anwendungsbereich aus noch schränkt sie deren Rechte ein.[473]

217 Die Schweiz hat keines dieser Europaratsabkommen ratifiziert, obwohl eine Ratifizierung der revidierten Europäischen Sozialcharta diskutiert wird. Auch in diesem Fall wäre aber nur mit einer teilweisen Anerkennung der Verpflichtungen aus Art. 18 und 19 revESC zu rechnen, da die schweizerische Gesetzgebung einerseits Unterscheidungen zwischen fremden und eigenen Staatsangehörigen zulässt und andererseits ausländischen Arbeitnehmenden weniger Rechte gewährt, insbesondere in Bezug auf die geografische und berufliche Mobilität.

IV. Fazit: Internationaler Standard zum Schutz von Wanderarbeitnehmern

A. Allgemeines

218 Im vorliegenden Kapitel wurden die internationalen Normen zur Arbeitsmigration untersucht. Diese finden sich auf globaler Ebene in Instrumenten der Internationalen Arbeitsorganisation und in der Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen und auf europäischer Ebene in Bestimmungen des Europarates. Diese Normen stammen allerdings alle aus der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts. Seit ihrem Erlass ist viel Zeit vergangen, in der sich die Hintergründe internationaler und regionaler Migration wesentlich verändert haben.[474]

---

473 Anders die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, siehe Rz 78, und die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, siehe Rz 135 ff., die unterschiedliche Schutzniveaus je nach Migrationsstatus gewähren.

474 Siehe dazu CHOLEWINSKI, Migrant Workers, Rz 25 ff.; DE GUCHTENEIRE/PÉCOUD, S. 20 f.

Es stellt sich die Frage, inwieweit die untersuchten Instrumente ihrem Anspruch Wanderarbeitnehmende zu schützen, noch gerecht werden. Hierbei ist es Aufgabe der jeweiligen Ausschüsse bei der Interpretation der einschlägigen Normen den heutigen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass gewisse Bestimmungen in der Zwischenzeit für europäische Länder tatsächlich obsolet geworden sind, wie jene zur staatlichen Rekrutierung von Wanderarbeitnehmenden.[475] Dennoch darf nicht übersehen werden, dass fremde Staatsangehörige, die im Erwerbsleben stehen, weiterhin Schutz benötigen. Zu denken ist etwa an Diskriminierungen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, an Einschränkungen ihrer geografischen und beruflichen Mobilität zum Schutz der einheimischen Arbeitnehmenden vor Konkurrenz, oder allgemein an den Umgang mit irregulären Migrantinnen und Migranten. Dass diesen Themen weiterhin Bedeutung zukommt, wird sichtbar, wenn man sich anschaut aus welchen Gründen die Schweiz die genannten internationalen Verträge nicht ratifiziert hat[476]. 219

B. Zugangsrechte und persönlicher Geltungsbereich

Die untersuchten Instrumente gewähren zwar Rechte an Wanderarbeitnehmende, in wichtigen Bereichen bewahren sie aber die staatliche Souveränität. Diese Bereiche betreffen den Zugang von Wanderarbeitnehmenden ins Hoheitsgebiet eines Staats und den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit. 220

Das internationale Recht kennt ein Recht auf Auswanderung, aber kein Recht auf Einwanderung.[477] Die untersuchten Verträge zur Arbeitsmigration sprechen diese Fragen nur vereinzelt an[478], wobei festzuhalten ist, dass das Recht auf Auswanderung in Europa anerkannt ist. Im Gegensatz dazu bestehen die Staaten aber auf ihrer souveränen Zuständigkeit zur Regelung der Einwanderung. Art. 79 MWC anerkennt diese Zuständigkeit ausdrücklich, während sie von den anderen internationalen Instrumenten zur Arbeitsmigration stillschweigend vorausgesetzt wird. Eine implizite Anerkennung davon ist in den 221

475 Siehe dazu ECSR, Conclusions XIV-1, General introduction, Art. 19 ESC, abgedruckt in HARRIS/DARCY, S. 212.

476 Siehe Rz 106 ff., Rz 166 ff., und Rz 212 ff.

477 Siehe Rz 31 ff.

478 Siehe z.B. Art. 18 Abs. 4 ESC/revESC.

Vorschriften zur Ergreifung von Massnahmen gegen irreguläre Migration zu sehen.

222 In Bezug auf die Erwerbstätigkeit bedeutet dies, dass Staaten ein weitgehendes Recht zukommt, darüber zu entscheiden, wer (auf ihrem Staatsgebiet) eine Erwerbstätigkeit ausüben darf, d.h. wem ein Recht auf Arbeit zusteht. Sie können somit eine «Auswahl» über die gewünschten Arbeitnehmenden treffen. Diese «Auswahl» trifft dabei nicht nur Migrantinnen und Migranten, die zu Erwerbszwecken einzureisen wünschen, sondern auch bereits anwesende und arbeitswillige Migranten, die einem staatlichen Arbeitsverbot unterliegen. Damit unterscheidet sich das internationale Regime zur Arbeitsmigration weitgehend vom System der EU, in dem zumindest die Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats das Recht haben, überall in der EU eine Erwerbstätigkeit auszuüben.[479]

223 Gewähren Staaten Migrantinnen und Migranten den Zugang zu ihrem Hoheitsgebiet und zu einer Erwerbstätigkeit, so stehen ihnen die Rechte aus den untersuchten internationalen Verträgen zu. Diese sprechen dabei alle von «Wanderarbeitnehmern», weisen jedoch in ihren persönlichen Geltungsbereichen grosse Unterschiede auf. Diese Unterschiede beziehen sich nicht nur darauf, wer vom Geltungsbereich erfasst wird, sondern auch darauf, wer von ihm ausgeschlossen ist. Auffallend ist, dass die ILO-Übereinkommen und die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention keine Unterscheidungen nach der Herkunft der fremden Staatsangehörigen treffen, und somit universal sind. Im Gegensatz dazu erfassen die Instrumente des Europarates nur Staatsangehörige von Vertragsstaaten und verfolgen damit einen regionalen Ansatz. Nicht vergessen werden darf auch, dass die Verträge zwar gewisse Wanderarbeitnehmerkategorien in ihren Geltungsbereich aufnehmen, aber gleichzeitig den Staaten eine gewisse Flexibilität zugestehen, welche Rechte sie ihnen gewähren.

C. Arbeitsmigrationsrechte und staatliche Verpflichtungen

224 Welches sind nun die Rechte, die Staaten Wanderarbeitnehmenden gemäss den internationalen Instrumenten zur Arbeitsmigration gewähren müssen? Im Folgenden werden sie in einem Gesamtüberblick dargestellt. Zuerst ist allerdings festzuhalten, dass die drei globalen Instrumente der ILO und der UN

479 Siehe dazu Rz 296 f.

zur Arbeitsmigration von der internationalen Gemeinschaft nicht umfassend ratifiziert worden sind. Allein 18 Staaten sind Vertragsstaaten beider ILO-Übereinkommen[480], und von diesen haben nur sieben Staaten[481] auch die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention ratifiziert. Im Gesamten haben 91 Staaten mindestens eines dieser drei Instrumente ratifiziert.[482] Trotz dieser tiefen Ratifikationszahlen kann von einer «Internationalen Wanderarbeitnehmercharta» gesprochen werden, die ein weites und umfassendes Bezugssystem darstellt, dass alle für Wanderarbeitnehmende und ihre Familien relevanten Bereiche abdeckt.[483]

Die Instrumente des Europarates zur Arbeitsmigration stellen eine regionale Ergänzung zu den globalen Instrumenten dar. Es ist ihnen aber nicht gelungen aus dem Schatten der unionsrechtlichen Bestimmungen zur Personenfreizügigkeit herauszutreten, die Fragen zur Arbeitsmigration in Europa dominieren.[484] Immerhin erfuhren die Art. 18 und 19 ESC/revESC eine breite Ratifizierung in Europa mit 35 bzw. 34 Vertragsstaaten.[485] Albanien, das bereits alle drei globalen Instrumente[486] ratifiziert hat, hat zusätzlich auch Art. 19 revESC als für sich bindend anerkannt. 225

Zusammenfassend lässt sich der internationale Standard der Rechte, die Wanderarbeitnehmenden zu gewähren sind, folgendermassen darlegen: 226

- Informationsrechte: Die Vertragsstaaten unterhalten geeignete Stellen, die korrekte Informationen zur Verfügung stellen. Zusätzlich verlangt das ILO-Übereinkommen Nr. 97, dass der Wanderarbeitnehmer eine Kopie seines Arbeitsvertrags erhält, während der Ausschuss zur UN-Wanderarbeitnehmerkonvention immerhin noch die Verwendung von standardisierten Arbeitsverträgen empfiehlt. Die Instrumente des Europarates sprechen die Frage nach der Aushändigung eines Arbeitsvertrags nicht an. 227

480 Dazu zählen Albanien, Armenien, Bosnien und Herzegowina, Burkina Faso, Kamerun, Zypern, Italien, Kenia, Madagaskar, Montenegro, Norwegen, die Philippinen, Portugal, Serbien, Slowenien, Tadschikistan, Mazedonien und Venezuela (Stand November 2020).

481 Es handelt sich um Albanien, Bosnien und Herzegowina, Burkina Faso, Madagaskar, die Philippinen, Tadschikistan und Venezuela (Stand November 2020).

482 Stand November 2020.

483 CHOLEWINSKI, Migration for Employment, S. 55.

484 Dazu ausführlich Rz 232 ff.

485 Stand November 2020.

486 Allerdings unter Ausschluss des Teils II des ILO-Übereinkommens Nr. 143.

228 ➢ Rechte in der Arbeit: Den bedeutendsten Stellenwert im Bereich der Rechte in der Arbeit nimmt das Inländergleichbehandlungsgebot ein, das rechtliche und tatsächliche Ungleichbehandlungen verbietet. Der hierbei an Wanderarbeitnehmenden gewährte Schutz ist dabei aber nur so gut wie jener für einheimische Arbeitnehmende, was insbesondere in Branchen mit schlechten Arbeitsbedingungen ein Problem darstellt. Das Inländergleichbehandlungsgebot erfasst das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeit, Arbeitsschutzmassnahmen und weitere Arbeitsbedingungen. Das ILO-Übereinkommen Nr. 143 verlangt dabei ausdrücklich auch eine Gleichbehandlung zwischen Wanderarbeitnehmenden, die dieselbe Tätigkeit ausüben. Auch in Bezug auf die kollektiven Rechte haben Wanderarbeitnehmende einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung. Davon erfasst wird der Beitritt zu Gewerkschaften und die Teilnahme an ihren Aktivitäten, der Genuss der durch Gesamtarbeitsverträge ausgehandelten Vorteile und der Anspruch auf die Gründung eigener Gewerkschaften. Diese Rechte stehen dabei regulären wie irregulären Migrantinnen und Migranten zu. Auch der Anspruch von Wanderarbeitnehmenden auf die Leistungen aus einer irregulären Tätigkeit, worunter insbesondere der Lohn und Leistungen der sozialen Sicherheit fallen, gehören zu den Rechten in der Arbeit. Zur Durchsetzung dieser Rechte haben Wanderarbeitnehmende das Recht den Rechtsweg unter den gleichen Bedingungen wie inländische Staatsangehörige zu beschreiten. Gleichzeitig sind die Vertragsstaaten verpflichtet ein System der Arbeitsinspektion zu unterhalten.

229 ➢ Geografische und berufliche Mobilität: In diesem Bereich erlauben die untersuchten Instrumente Einschränkungen. Das ILO-Übereinkommen Nr. 143 erlaubt eine Einschränkung des Rechts auf gleichen Zugang zu einer Erwerbstätigkeit während höchstens zwei Jahren, oder bis zum Ablauf des ersten befristeten Arbeitsvertrags. Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention nennt ebenfalls eine Dauer von zwei Jahren, erwähnt die befristeten Arbeitsverträge aber nicht mehr. Gleichzeitig erlaubt sie es während fünf Jahren die eigenen Staatsangehörigen und fremde Personen, die den eigenen Staatsangehörigen gleichgestellten sind, bevorzugt zu behandeln. Der Ausschuss zur (revidierten) Europäischen Sozialcharta verlangt anfängliche Beschränkungen des freien Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit schrittweise aufzuheben, ohne dabei Fristen zu nennen. Gleichzeit erachtet auch er die bevorzugte Behandlung von EU-Staatsangehörigen durch die anderen EU-Mitgliedstaaten als mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta vereinbar. Zusätzlich erlauben alle untersuch-

ten Instrumente den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten, soweit dies im Interesse des Staats erforderlich ist.

- Bleiberechte: Verliert ein Wanderarbeitnehmer seinen Arbeitsplatz, so gewähren ihm alle untersuchten Instrumente das Recht für eine gewisse Dauer im Beschäftigungsland zu verbleiben, um eine neue Stelle zu suchen. Die Dauer des Verbleibs wird dabei üblicherweise an die Bezugsdauer der Arbeitslosenentschädigung geknüpft. Zu beachten ist allerdings, dass die Wanderarbeitnehmerkonvention dieses Recht nur gewährt, wenn die ursprüngliche Bewilligung nicht in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit ausgestellt wurde. Zusätzlich gewähren das ILO-Übereinkommen Nr. 97 und das Rechtsstellungsübereinkommen des Europarates Wanderarbeitnehmenden auch im Falle einer gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit unter gewissen Bedingungen ein Verbleiberecht. 230

Staaten, die Vertragspartner von einem oder mehreren dieser internationalen Verträge sind, haben die Pflicht den eingegangenen Verpflichtungen innerstaatliche Geltung zu verschaffen. Die Schweiz hat keines dieser Instrumente ratifiziert, d.h. aus ihnen bestehen für sie keine internationalen Pflichten gegenüber Wanderarbeitnehmenden. Die im vorliegenden Kapitel erarbeiteten Normen sind aber auch ohne eine formelle Ratifizierung nicht bedeutungslos für eine Untersuchung über die Rechte fremder Staatsangehörigen im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, da die untersuchten internationalen Instrumente durch die Staatengemeinschaft ausgearbeitet wurden, die gleichzeitig Herkunfts-, Transit-, und Beschäftigungsländer internationaler Migration umfasst. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass bei der Ausarbeitung dieser Instrumente alle möglichen Interessen berücksichtigt wurden, womit die in ihnen verbürgten Rechte als Minimalstandard definiert werden können, mit dem das schweizerische Recht verglichen werden kann[487]. 231

[487] Siehe Rz 739 f.

4. Kapitel
Freizügigkeitsrechte von Wanderarbeitnehmern in der Europäischen Union

Das Rechtssystem der Europäischen Union zur Arbeitsmigration unterscheidet sich grundlegend von jenem auf internationaler Ebene. Die ILO, die UN und der Europarat können den Staaten nur im Rahmen multinationaler völkerrechtlicher Verträge, deren innerstaatliche Verbindlichkeit diese durch eine Ratifikation anerkennen müssen, Verpflichtungen auferlegen. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der EU um eine supranationale Organisation mit einem weitentwickelten System der Marktintegration. Im Rahmen dieses Systems verzichteten die Mitgliedstaaten freiwillig auf einen Teil ihrer staatlichen Souveränität zur selbständigen Regelung der Einreise fremder Staatsangehöriger, zumindest soweit es sich um Staatsangehörige der anderen EU-Mitglieder handelt. 232

I. Vorbemerkungen

Im Zentrum der EU steht der Binnenmarkt als ein «Raum ohne Binnengrenzen» (Art. 26 Abs. 2 AEUV[488]), in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Der freie Verkehr von Personen, welche die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats besitzen, wird durch verschiedene Grundfreiheiten gesichert. Die Wanderbewegungen natürlicher Personen zur Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit wird durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV und jene zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV gewährleistet. Zusätzlich ermöglicht die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV Unternehmen ihre eigenen Arbeitnehmenden für eine begrenzte Zeit in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zur Ausführung von Arbeiten zu entsenden. Die beiden letztgenannten Freiheiten werden allerdings nicht weiter angesehen, da weder die Arbeitsmigration zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit noch die unternehmensgesteuerte Migration, wie sie bei der Entsendung von Arbeitnehmenden im 233

488 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung 2016), ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 47 ff.

Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vorliegt, Teil dieser Arbeit sind.[489]

234 Eine vertiefte Darstellung erfährt aber das Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV. Dieses Recht etabliert einen einheitlichen Markt, auf dem sich die EU-Staatsangehörigen zur Suche und Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit frei bewegen können. Dieses subjektive Recht der EU-Staatsangehörigen auf Arbeitnehmerfreizügigkeit ist im Vergleich zu den auf internationaler Ebene gewährten Rechten einmalig. Die EU hat aber gemäss Art. 79 AEUV auch die Kompetenz zur Entwicklung einer gemeinsamen Politik über die Einwanderung von Personen aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten (sog. Drittstaaten), die sie durch den Erlass verschiedener Richtlinien wahrgenommen hat. Der Arbeitnehmerfreizügigkeit der EU-Staatsangehörigen werden somit jene EU-Bestimmungen, welche die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen auf dem Arbeitsmarkt regeln, gegenübergestellt.

235 In Bezug auf die in diesem Kapitel verwendete Terminologie ist anzumerken, dass der Begriff «Wanderarbeitnehmer» entsprechend der in Kapitel 1 dargelegten Definition verwendet wird.[490] Er erfasst somit grundsätzlich alle Personen, die eine Erwerbstätigkeit in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ausüben. Sind spezifisch nur EU-Staatsangehörige oder nur Drittstaatsangehörige gemeint, ergibt sich diese Einschränkung aus dem Kontext des Textes oder durch die Verwendung spezifischer Begriffe.

II. Entstehung und Zielsetzung unionsrechtlicher Bestimmungen

236 Die Gründung der heutigen EU geht auf die Verträge von Rom zurück, die 1957 unterzeichnet wurden und 1958 in Kraft traten.[491] Unterzeichnerstaaten waren Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg und die

489 Siehe Rz 17 f. Für Überlegungen zur Frage, ob auch entsandte Arbeitnehmende von der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst werden sollen, siehe KREBBER SEBASTIAN, Die arbeitsrechtliche Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Unionsrechts, EuZA 2019, S. 62 ff.

490 Siehe Rz 25.

491 BIEBER/KOTZUR, Rz 17.

Niederlande.[492] Diese Verträge sahen die Errichtung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) vor, welche die Freizügigkeit der Produktionsfaktoren im Innern und einen gemeinsamen Zollschutz nach aussen vorsah.[493] Heutzutage gehören der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital, eine übergreifende Wettbewerbsordnung und die Einbeziehung weiterer Politikbereiche zu den konstituierenden Elementen der Wirtschaftsgemeinschaft.[494]

Im Zentrum dieser Gemeinschaft steht der Binnenmarkt als ein «Raum ohne Binnengrenzen» (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Die freie Wanderbewegung von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten ist Teil davon, beschränkte sich zu Beginn aber noch auf wirtschaftlich aktive Personen.[495] Erst im Verlauf der Entwicklung gewann die soziale und persönliche Dimension der Freizügigkeit an Bedeutung und es kam zur grundsätzlichen Garantie einer allgemeinen Freizügigkeit für alle Unionsbürgerinnen und -bürger (Art. 21 AEUV).[496] Der Freizügigkeit von Arbeitnehmenden (Art. 45 AEUV) und Selbständigen (Art. 49 AEUV) kommt aber auch heute noch eine vorrangige Rolle zu. Dabei ist bei der Ausübung der Freizügigkeitsrechte gemäss Art. 18 AEUV jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verboten. 237

Im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit kam es im Laufe der Jahre zu einer reichen Rechtsprechung des EuGH und zum Erlass verschiedener Verordnungen und Richtlinien. Diese sollen zur Etablierung eines EU-weiten Arbeitsmarktes beitragen. Die Errichtung eines gemeinsamen Arbeitsmarktes war allerdings nicht mit der Schaffung eines europäischen Arbeitsrechts verbunden.[497] Die EU wurde zwar ab den 1970er Jahren im Bereich des Arbeitsrechts rechtsetzend tätig.[498] Zu Entwicklungen, die das Ende des Defizits der sozialpolitischen Kompetenzen der EU bedeuteten, kam es aber erst gegen Ende 238

492 Heute weist die EU 27 Mitgliedstaaten auf, nachdem das Vereinigte Königreich am 31.01.2020 nach 47 Jahren Mitgliedschaft aus der EU ausgetreten ist.

493 Bieber/Kotzur, Rz 16 und 18.

494 Herdegen, § 13 Rz 1.

495 Boeles et al., S. 30.

496 Epiney, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rz 3.

497 Dieses Auseinanderfallen wirtschaftlicher und sozialer Aspekte bei der Etablierung des Binnenmarktes birgt das Risiko in sich nationale Sozialordnungen aus dem Gleichgewicht zu bringen. Damit verbunden ist die Frage, ob nationales Arbeitsrecht die Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit behindert, siehe dazu ausführlich Barnard, S. 189 ff.

498 Uebe, Rz 396 ff.

der 1980er und zu Beginn der 1990er Jahre.[499] Die erlassenen Vorschriften vereinheitlichten allerdings nicht das gesamte Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, sondern legten lediglich Mindestvorschriften in gewissen Bereichen fest.[500] Heute ist die hauptsächliche Kompetenznorm im Arbeitsrecht Art. 153 AEUV, auf dessen Grundlage verschiedene Richtlinien erlassen wurden. Es handelt sich dabei aber keinesfalls um ein einheitliches Regelwerk, das an die Stelle des nationalen Arbeitsrechts treten könnte.[501] Unabhängig davon, ob das mitgliedstaatliche Arbeitsrecht auf der Umsetzung einer Richtlinie beruht oder nicht, findet es aufgrund des Diskriminierungsverbots gleichermassen auf EU-Wanderarbeitnehmende wie auf die eigenen Staatsangehörigen Anwendung.[502]

239 Mit der Verwirklichung der vollen Personenfreizügigkeit verband sich ein Abbau der Grenzkontrollen im Innern der EU. Darin liegt die konzeptionelle Begründung für die Kompetenzgewährung an die EU im Bereich Grenzkontrolle, Asyl und Einwanderung.[503] Diese Kompetenz, die heute in Art. 77 ff. AEUV geregelt ist, erhielt die Europäische Union durch den Vertrag von Amsterdam (Inkrafttreten 1999). Davor verfügte sie nur über Zuständigkeiten betreffend Visa (seit 1993) und die Möglichkeit im Rahmen der intergouvernementalen Zusammenarbeit Regelungen zu erlassen.[504] Die Zielsetzung der gemeinsamen Einwanderungspolitik nach Art. 79 Abs. 1 AEUV, die vorliegend besonders interessiert, ist die wirksame Steuerung der Migrationsströme, die angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen sowie die Verhütung und verstärkte Bekämpfung von irregulärer Einwanderung und Menschenhandel. Dabei ist eine gewisse Spannung zwischen diesen verschiedenen Zielsetzungen, insbesondere zwischen dem ersten und dem dritten Ziel einerseits und dem zweiten Ziel andererseits, nicht auszuschliessen.[505]

240 Die heutige Rechtsgrundlage der EU stellt der Vertrag von Lissabon dar, der 2009 in Kraft trat. Dieser besteht aus dem Vertrag über die Europäische

499 FUCHS/MARHOLD, S. 25.

500 BARNARD, S. 11.

501 BARNARD, S. 14; UEBE, Rz 557.

502 EuGH, Urteil vom 05.11.2014, *Tümer,* C-311/13, EU:C:2014:2337, Rn 32 m.H.a. GA Bot, Schlussanträge vom 12.06.2014, *Tümer,* C-311/13, EU:C:2014:1997, Rn 51 ff.

503 EPINEY, Einwanderungspolitik, Rz 4. Vgl. aber GROENENDIJK, Introduction, S. 10 f.

504 PEERS ET AL., S. 1 f.

505 GROENENDIJK, Developments, S. 325.

Union (EUV[506]) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta, GRC[507]) wird durch Art. 6 Abs. 1 EUV rechtlich auf die gleiche Stufe wie die Verträge gestellt. Die Charta enthält einen umfassenden Katalog an bürgerlichen und politischen sowie wirtschaftlichen und sozialen Rechten.[508]

III. Regelungen betreffend Wanderarbeitnehmer

A. Einleitung

Nach internationalem Recht gibt es kein Recht auf Einwanderung in einen bestimmten Staat. Nur Staatsangehörige haben das Recht in ihr eigenes Land einzureisen.[509] Die EU aber erlaubt den Staatsangehörigen jedes Mitgliedstaats sich in jedem anderen Mitgliedstaat frei zu bewegen und aufzuhalten[510]. Dieses Recht untersteht allerdings den Beschränkungen und Bedingungen, die sich in den Verträgen selbst und in Durchführungsvorschriften[511] finden (Art. 21 AEUV). Daneben findet auch Immigration aus Drittstaaten in die verschiedenen Mitgliedstaaten der EU statt, ein Bereich, in dem die EU über eine mit den Mitgliedstaaten geteilte Kompetenz verfügt.[512] 241

Zu beachten ist allerdings, dass diese Einteilung in EU-Bürgerin und Drittstaatsangehöriger in mancher Hinsicht zu einfach ist: a) gewissen Drittstaatsangehörigen stehen aufgrund von völkerrechtlichen Verträgen dieselben 242

506 Konsolidierte Fassung 2016, ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 13 ff.

507 Konsolidierte Fassung 2016, ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 389 ff.

508 Siehe dazu Rz 276 ff.

509 Siehe Rz 33.

510 Siehe EuGH, Urteil vom 17.09.2002, *Baumbast und R,* C-413/99, EU:C:2002: 493, Rn 94, in dem der Gerichtshof festhielt, dass «ein Bürger der Europäischen Union, der im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht als Wanderarbeitnehmer mehr besitzt, dort als Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht geniessen kann, dass sich aus der unmittelbaren Anwendung von [Art. 21 Abs. 1 AEUV] ergibt».

511 Siehe dazu insbesondere die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158 vom 30.04.2004, S. 77 ff., in Rz 253.

512 Siehe Rz 255 f.

Freizügigkeitsrechte zu wie EU-Bürgerinnen und -Bürgern[513]; b) gemäss der Beitrittsakte[514] konnten die «alten» Mitgliedstaaten den Zugang von Kroatinnen und Kroaten zu ihren Arbeitsmärkten für einen Zeitraum von bis zu sieben Jahren nach dem EU-Beitritt des Landes beschränken; c) Drittstaatsangehörige können vom Geltungsbereich der EU-Freizügigkeitsbestimmungen erfasst werden, wenn sie Familienangehörige einer EU-Bürgerin sind oder im Rahmen einer Dienstleistungserbringung eines EU-Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden; und d) die EU hat mit gewissen Drittstaaten Assoziierungsabkommen[515] abgeschlossen, durch die Staatsangehörige dieser Länder in verschiedener Hinsicht bevorzugt behandelt werden.[516]

243 Da es aber nicht Ziel der vorliegenden Arbeit ist, das EU-Migrationsrecht umfassend darzustellen, sondern aufzuzeigen, wo und wie sich die beiden Rechtsbereiche Migration und Arbeit berühren und überschneiden, konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die beiden «Extrempositionen» Arbeitnehmerfreizügigkeit und Rechte für Drittstaatsangehörige.

B. Arbeitnehmerfreizügigkeit

1. Primärrechtliche Regelung

244 Die Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten, die Arbeitnehmende sind, haben Anspruch auf Freizügigkeit. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV ist eine der Grundfreiheiten der Europäischen Union.[517] Sie umfasst das Recht sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben, sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen, sich dort auf-

513 Zu diesen völkerrechtlichen Verträgen gehören das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L 1 vom 03.01.1994, S. 3 ff., und das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA), vom 21.06.1999, ABl. L 114 vom 30.04.2002, S. 6 ff., SR 0.142.112.681. Siehe zum FZA Rz 396 sowie Rz 433 ff. und Rz 463 ff.

514 Siehe Vertrag über den Beitritt Kroatiens, ABl. L 112 vom 24.04.2012, S. 1 ff.

515 Im Bereich des Arbeitsmigrationsrecht ist dabei insb. das Abkommen zur Gründung einer Assoziierung zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei vom 12.09.1964, ABl. 217 vom 29.12.1964, S. 3687 ff., und seine Weiterentwicklungen, von Interesse. Siehe dazu BOELES ET AL., S. 101 ff.

516 BOELES ET AL., S. 36.

517 HERDEGEN, § 14 Rz 1.

zuhalten, um eine Beschäftigung auszuüben und nach Beendigung der Beschäftigung im Mitgliedstaat zu verbleiben. Aus dieser Bestimmung können Freiheitsreche in Bezug auf die freie Einreise und den freien Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat und Gleichbehandlungsrechte hinsichtlich des diskriminierungsfreien Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit und der diskriminierungsfreien Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden.[518] Damit gewährt das Unionsrecht den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats den effektiven freien Zugang zum Arbeitsmarkt eines jeden anderen Mitgliedstaats.[519] Um in den Geltungsbereich der Bestimmung zu fallen, muss der EU-Staatsangehörige aber «Arbeitnehmer» im Sinne des Unionsrechts sein.

Der Arbeitnehmerbegriff wurde bis anhin nicht positivrechtlich definiert.[520] 245
Gemäss der Rechtsprechung des EuGH hat der Begriff eine unionsrechtliche Bedeutung, die ohne Verweisung auf nationale Rechtsvorschriften auskommt, denn nur so könne eine Vereitelung der Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit verhindert werden.[521] Der Begriff ist dabei weit, während Ausnahmen und Abweichungen vom Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit eng auszulegen sind.[522] Arbeitnehmer ist somit jeder, «der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten ausser Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält».[523] Auf die Art des Arbeitsvertrags kommt es dabei nicht an, genauso wenig wie auf die Produktivität des Arbeitnehmers, die Herkunft der Mittel für die Vergü-

518 BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV N 2.

519 TERHECHTE, Rz 5.

520 UEBE, Rz 489. Siehe für eine ausführliche Darstellung des Arbeitnehmerbegriffs nach der Rechtsprechung des EuGH BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV N 11 ff.

521 EuGH, Urteil vom 23.03.1982, *Levin,* C-53/81, EU:C:1982:105, Rn 11.

522 EuGH, Urteil vom 03.06.1986, *Kempf,* C-139/85, EU:C:1986:223, Rn 13.

523 EuGH, Urteil vom 08.06.1999, *Meeusen,* C-337/97, EU:C:1999:284, Rn 13, mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 03.07.1986, *Lawrie-Blum,* C-66/85, EU:C:1986:284, Rn 16 f. und EuGH, Urteil vom 12.05.1998, *Martínez Sala,* C-85/96, EU:C:1998:217, Rn 32. EuGH, Urteil vom 10.09.2014, *Haralambidis,* C-270/13, EU:C:2014:2185, Rn 28 f.

tung oder die Höhe der Vergütung.[524] Von der Arbeitnehmereigenschaft werden genauso Grenzgängerinnen und Grenzgänger[525] wie auch Stellensuchende[526] erfasst. Ausserdem übt sie Folgewirkungen während der Zeit nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit aus, so dass derjenige, der nach Verlust seiner Arbeitsstelle tatsächlich wieder eine Arbeit sucht, ebenfalls als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist.[527]

246 Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeit bedarf es eines grenzüberschreitenden Sachverhalts, da Art. 45 AEUV auf rein innerstaatliche Verhältnisse nicht anwendbar ist. Sobald eine Situation von der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst wird, ist jede unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmenden aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit gemäss Art. 45 Abs. 2 AEUV in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen verboten. Dadurch soll sichergestellt werden, dass Arbeitgebende ihre Arbeitnehmenden aufgrund ihrer Fähigkeiten und nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit einstellen.[528] Das Diskriminierungsverbot umfasst sowohl direkte Diskriminierungen, d.h. Fälle, in denen das entscheidende Differenzierungskriterium die Staatsangehörigkeit ist[529], wie indirekte Diskriminierungen. Dabei geht es um Ungleichbehandlungen, die sich nicht aus der Regelung selbst ergeben, sondern eine Folge ihrer Anwendung sind. Es kommt somit, trotz der Verwendung scheinbar neutraler Kriterien (z.B. Herkunftsort oder Wohnort), zu einer Differenzierung, die im Ergebnis üblicherweise nachteilige Folgen für ausländische Staatsangehörige hat.[530]

247 Das Diskriminierungsverbot wurde vom EuGH zu einem Beschränkungsverbot weiterentwickelt. Um die Öffnung der Arbeitsmärkte der Union sicherzustel-

---

524 EuGH, Urteil vom 03.07.1986, *Lawrie-Blum,* C-66/85, EU:C:1986:284, Rn 20; EuGH, Urteil vom 07.09.2004, *Trojani,* C-456/02, EU:C:2004:488, Rn 16.

525 EuGH, Urteil vom 21.02.2006, *Ritter-Coulais,* C-152/03, EU:C:2006:123, Rn 31 m.w.H. auf die Rechtsprechung; siehe auch EuGH, Urteil vom 18.07.2007, *Hartmann,* C-212/05, EU:C:2007:437, Rn 17 ff.

526 EuGH, Urteil vom 26.02.1991, *Antonissen,* C-292/89, EU:C:1991:80, Rn 11–13.

527 EuGH, Urteil vom 12.05.1998, *Martínez Sala,* C-85/96, EU:C:1998:217, Rn 32; EuGH, Urteil vom 21.06.1988, *Lair,* C-39/86, EU:C:1988:322, Rn 31–36.

528 TERHECHTE, Rz 6.

529 TERHECHTE, Rz 70; siehe z.B. EuGH, Urteil vom 31.05.2001, *Kommission / Italien,* C-283/99, EU:C:2001:307, Rn 23 ff.

530 TERHECHTE, Rz 71; HERDEGEN, § 16 Rz 4. Siehe EuGH, Urteil vom 27.11.1997, *Meints,* C-57/96, EU:C:1997:564, Rn 43 ff., als Beispiel eines diskriminierenden Wohnsitzerfordernisses.

len, unterwirft der EuGH nicht nur diskriminierende Regelungen, sondern eine grössere Auswahl an «Beschränkungen» einer Überprüfung.[531] So führte er aus, dass «Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, […] Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar[stellen], auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden»[532]. Massnahmen, welche die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränken, finden sich in staatlichen Vorschriften, wobei es sich genauso um Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats wie des Heimatstaats handeln kann. Ein Wanderarbeitnehmer kann nämlich auch davon abgehalten werden, im Ausland eine Stelle anzunehmen, wenn er weiss, dass er dadurch bei seiner Rückkehr in den Heimatstaat Nachteile erleidet.[533] Die Entwicklung eines «Beschränkungsverbots» ermöglichte es dem Gerichtshof Situationen zu beurteilen, auf die das Diskriminierungsverbot nicht richtig passte. Das Konzept birgt allerdings die Gefahr einer sehr breiten Anwendung in sich, und könnte so die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten zur Regulierung ihres Arbeitsmarktes einschränken.[534]

Art. 45 AEUV ist direkt anwendbar und kann sowohl von Arbeitnehmenden wie auch von Arbeitgebenden gegenüber dem Staat geltend gemacht werden.[535] Dadurch wird aber der staatliche Gestaltungsspielraum zur Aufstellung migrationsrechtlicher Bestimmungen zur Umsetzung der nationalen Arbeitsmarktpolitik eingeschränkt. Eine mögliche Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit kann nach Art. 45 Abs. 3 AEUV nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt werden. Zusätzlich kann gemäss der Rechtsprechung des EuGH[536] in Fällen indirekter 248

531 DAVIES, EU Labour Law, S. 81.

532 EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 96.

533 DAVIES, EU Labour Law, S. 81. Siehe dazu auch EuGH, Urteil vom 26.01.1999, *Terhoeve,* C-18/95, EU:C:1999:22, Rn 40 f., in dem es um eine staatliche Regelung ging, die zur Folge hatte, dass ein Wanderarbeitnehmer, der nicht das ganze Jahr in seinem Heimatstaat tätig war, im Vergleich zu jemanden, der nicht von seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht hatte, bei seiner Rückkehr höhere Sozialbeiträge zu bezahlen hatte, ohne Anspruch auf höhere Leistungen zu haben.

534 BARNARD, S. 201 f.; DAVIES, EU Labour Law, S. 83 f.

535 DAVIES, EU Labour Law, S. 73.

536 EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 104.

Diskriminierung und bei Beschränkungen auf den (ungeschriebenen) Rechtfertigungsgrund des zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses zurückgegriffen werden.[537] In beiden Fällen muss aber das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden.[538] Eine Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit stellt Art. 45 Abs. 4 AEUV dar, der die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung vom Geltungsbereich des Artikels ausnimmt.[539]

249 Die durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit vorgesehene Öffnung des Arbeitsmarktes soll gemäss wirtschaftlichen Theorien zu einer effizienten Verteilung von Arbeit führen, d.h. es sollen Situationen vermieden werden, in der es hohe Arbeitslosigkeit in einem Mitgliedstaat und eine (ungedeckte) Nachfrage nach Arbeit in einem anderen Mitgliedstaat gibt.[540] In der Realität hat sich aber gezeigt, dass wegen der bestehenden grossen Lohnunterschiede zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten gewisse Länder zu «Importeuren» von Arbeit wurden, was bei der Bevölkerung Ängste über ein Lohndumping hervorgerufen hat. Die ausgehandelten Übergangsfristen beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten zur EU sind ein Beispiel dafür, wie die Regierungen auf diese Befürchtungen ihrer Wählerinnen und Wähler reagierten. Darüber hinaus zeigten die Mitgliedstaaten auch in weiteren Bereichen Mühe, spezifische Barrieren für die Migration (z.B. durch die Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Qualifikationen) zu beseitigen. In diesen Fällen spielte die Rechtsprechung des EuGH eine wichtige Rolle.[541]

250 Auch auf persönlicher Ebene können Schwierigkeiten auftreten. So ist es möglich, dass Wanderarbeitnehmende nicht die für die ausgeschriebene Tätigkeit benötigten Qualifikationen aufweisen; dass sie nicht wissen, welche Stellen ausgeschrieben sind, oder dass sie nicht über die notwendigen Sprachkenntnisse verfügen. Es gibt somit viele Gründe, die gegen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat sprechen, auch wenn die Barrieren zur Arbeitsmigration beseitigt sind. Aus diesem Grund hat die EU auf sekundärrechtlicher Ebene verschiedene Massnahmen ergriffen, um die Arbeitsmigration zu erleichtern.[542] Die sekundärrechtlichen Konkreti-

---

537 BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV N 47, N 50 und N 99; EPINEY, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rz 27.

538 EPINEY, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rz 23.

539 TERHECHTE, Rz 3. Siehe dazu ausführlich Rz 318 ff.

540 DAVIES, EU Labour Law, S. 71.

541 DAVIES, EU Labour Law, S. 71 f. Siehe zum EuGH Rz 291.

542 DAVIES, EU Labour Law, S. 72.

sierungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffen insbesondere den Inhalt, den Umfang und die Grenzen dieses Rechts, aber auch vor- und nachgelagerte Fragen.[543]

2. Sekundärrechtliche Regelungen

Zur Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind gestützt auf Art. 46 AEUV eine Reihe von sekundärrechtlichen Rechtsakten erlassen worden.[544] Die Verordnung (EU) Nr. 492/2011 ersetzt die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft[545] und dient der Gewährleistung der diskriminierungsfreien Arbeitnehmerfreizügigkeit.[546] Sie enthält Bestimmungen zum Zugang zur Beschäftigung (Art. 1 ff.), zur Gleichbehandlung (Art. 7 ff.) und zu den Familienangehörigen der Arbeitnehmenden (Art. 10). Diese Bestimmungen konkretisieren den bereits im Primärrecht enthaltenen diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt und die diskriminierungsfreie Ausübung der Beschäftigung.[547] Das im Kapitel II der Verordnung vorgesehene Arbeitsvermittlungsverfahren (sog. «Ausgleichsverfahren») wurde in die Verordnung 2016/589 über ein Europäisches Netz der Arbeitsvermittlungen (EURES), den Zugang von Arbeitnehmern zu mobilitätsfördernden Diensten und die weitere Integration der Arbeitsmärkte[548] übernommen. Kapitel III der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 schafft den institutionellen Rahmen für die enge Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Bereich der Arbeitsmarktpolitik.[549] 251

Die effektive Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit stellt aber in der Praxis nach wie vor eine Herausforderung dar, insbesondere auch wegen mangeln- 252

543 TERHECHTE, Rz 54. Zu den vorgelagerten Fragen zählt z.B. die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen, die in der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255 vom 30.09.2005, S. 22 ff., geregelt wird. Bei den nachgelagerten Fragen geht es z.B. um die soziale Absicherung bei Arbeitslosigkeit.

544 FUCHS/MARHOLD, S. 71.

545 ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2 ff. Diese Verordnung ist nicht mehr in Kraft.

546 E. 2 Freizügigkeitsverordnung.

547 EPINEY, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rz 29.

548 ABl L. 107 vom 22.04.2016 S. 1 ff.

549 Siehe auch EPINEY, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rz 29.

den Kenntnissen der Arbeitnehmenden über ihre Freizügigkeitsrechte.[550] Aus diesem Grund erliess die EU die Richtlinie 2014/54/EU über Massnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen.[551] Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet den Wanderarbeitnehmenden in mehr als einer Amtssprache der Union verständliche, kostenlose, leicht zugängliche, umfassende und aktuelle Informationen über ihre Rechte zur Verfügung zu stellen (Art. 6), eine Stelle für die Förderung, Analyse, Überwachung und Unterstützung der Gleichbehandlung der Arbeitnehmenden einzurichten (Art. 4), und sicherzustellen, dass Wanderarbeitnehmende die ihnen gewährten Rechte nötigenfalls auf dem Gerichtsweg geltend machen können (Art. 3).

253 Die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie)[552] hat zum Zweck, die Regeln über die Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte von Unionsbürgerinnen und -bürgern zu bündeln, da sich die entsprechenden Vorschriften zuvor in einer Vielzahl von Rechtsakten befanden.[553] Die Richtlinie regelt generell Fragen zur Freizügigkeit, und zum Aufenthalt und Daueraufenthalt von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen, sowie mögliche Beschränkungen dieser Rechte (Art. 1). Sie enthält aber auch Vorschriften über Arbeitnehmende und regelt z.B. in Art. 7 das Verbleiberecht der Arbeitnehmenden und Selbständigen bei Verlust oder Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit.[554]

C. Regelungen für Drittstaatsangehörige

1. Unionsrechtliche Kompetenznorm

254 Die Arbeitnehmerfreizügigkeit der EU-Staatsangehörigen basiert auf der Idee, dass die EU einen Arbeitsmarkt darstellt, auf dem sich die Unionsbürgerinnen

---

550 Siehe E. 5 Rl 2014/54/EU. Siehe für weitere Herausforderungen BRINKMANN, S. 240 ff.

551 ABl. L 128 vom 30.04.2014, S. 8 ff. Mit Bezug zu dieser Richtlinie ergingen bis anhin nur zwei Entscheide des EuGH: Urteil vom 15.12.2016, *Depesme und Kerrou,* C-401/15, EU:C:2016:955 sowie Urteil vom 02.04.2020, *Caisse pour l'avenir des enfants,* C-802/18, EU:C:2020:269.

552 ABl. L 158 vom 30.04.2004, S. 77 ff.

553 TERHECHTE, Rz 56.

554 Siehe zum Bleiberecht Rz 380 ff.

und -bürger frei bewegen können.[555] Drittstaatsangehörige hingegen haben grundsätzlich kein Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit im EU-Binnenmarkt.[556] Für diese Personengruppe stellt die EU also weiterhin ein Nebeneinander von 27 Arbeitsmärkten dar, deren innere Grenzen kaum durchlässig sind.[557]

Die Kompetenznorm im Bereich der Einwanderung und der angemessenen Behandlung rechtmässig anwesender Drittstaatsangehöriger ist Art. 79 AEUV, der 1999 in den Vertrag von Amsterdam eingefügt wurde. Dies geschah im Rahmen von wirtschaftlichen und demografischen Entwicklungen, wie ein Mangel an Arbeitskräften, einem globalen Wettbewerb um Talente und die Alterung der eigenen Bevölkerung, für die Arbeitsmigration eine Lösung zu bieten schien.[558] Gemäss Art. 79 Abs. 1 AEUV entwickelt die EU eine gemeinsame Einwanderungspolitik. Dazu erhalten das europäische Parlament und der Rat in Art. 79 Abs. 2 AEUV die Kompetenz in den Bereichen Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen, Rechte der Drittstaatsangehörigen, illegale Einwanderung und illegaler Aufenthalt sowie Menschenhandel, Massnahmen zu ergreifen. Im Rahmen dieses Absatzes kann und hat die EU Arbeitsmigration geregelt, wobei sie einzig durch den Vorbehalt in Art. 79 Abs. 5 AEUV eingeschränkt wird.[559] Dieser Absatz behält den Mitgliedstaaten die Regelung über den quantitativen Zugang zum Arbeitsmarkt vor, soweit es um Drittstaatsangehörige geht, die aus Drittländern einreisen, um im Mitgliedstaat als Arbeitnehmer oder Selbständiger Arbeit zu suchen.[560] Entsprechend enthalten alle Richtlinien, die Fragen der Einreise berühren, einen entsprechenden Vorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten.[561] 255

Bei Art. 79 AEUV handelt es sich gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV um eine zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilte Kompetenz.[562] Bei Vor- 256

555 GUILD, Internal Market, S. 104.

556 TERHECHTE, Rz 40.

557 GUILD, Internal Market, S. 117. Siehe zur Möglichkeit der innereuropäischen Mobilität von Drittstaatsangehörigen Rz 341 ff.

558 VERSCHUEREN, S. 376.

559 PEERS ET AL., S. 14; THYM, Legal Framework, Rz 12.

560 Siehe THYM, Legal Framework, Rz 26 f.

561 Siehe Art. 1 Abs. 2 Rl 2011/98/EU; Art. 6 Rl 2009/50/EG; Art. 7 Rl 2014/36/EU; Art. 6 Rl (EU) 2016/801. Diese letztgenannte Richtlinie sieht in Art. 24 allerdings eine Ausnahme von diesem Grundsatz zugunsten von Studierenden vor.

562 PEERS ET AL., S. 13.

liegen einer geteilten Zuständigkeit können die Union und die Mitgliedstaaten im genannten Bereich gesetzgeberisch tätig werden. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat bzw. ihre Zuständigkeit nicht mehr ausübt (Art. 2 Abs. 2 AEUV). Das nationale Migrationsrecht wird damit durch Art. 79 AEUV nicht ersetzt, allerdings wird die mitgliedstaatliche Politikgestaltung eingegrenzt und die staatliche Rechtsmaterie überformt.[563] Basierend auf dieser Kompetenznorm erliess die Union zur Regelung des Aufenthalts und der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen Richtlinien, die grundsätzlich dem Zweck der Erfüllung wirtschaftlicher Interessen der Union und der Mitgliedstaaten dienen.[564] Diese Richtlinien können in allgemeine bzw. horizontale Richtlinien und in spezifische Gruppen erfassende bzw. sektorielle Richtlinien eingeteilt werden.[565]

257 Auf einige dieser Richtlinien wird im Folgenden näher eingegangen. Zu den sektoriellen Richtlinien zählen die Blue-Card-Richtlinie 2009/50/EG[566], die Saisonarbeitnehmerrichtlinie 2014/36/EU[567] und die Forscher- und Studierendenrichtlinie (EU) 2016/801[568]. Es handelt sich dabei um Richtlinien für Wanderarbeitnehmende, die spezifische Arten von Tätigkeiten ausüben. Auf horizontaler Ebene finden sich die Rahmenrichtlinie 2011/98/EU[569] und die

563 STERN/TOHIDIPUR, Rz 11.

564 BOELES ET AL., S. 154.

565 STERN/TOHIDIPUR, Rz 126.

566 Richtlinie 2009/50/EG über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl. L 155 vom 18.06.2009, S. 17 ff.

567 Richtlinie 2014/36/EU über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer, ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 375 ff.

568 Richtlinie (EU) 2016/801 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit, ABl L. 132 vom 21.05.2016, S. 21 ff.

569 Richtlinie 2011/98/EU über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABl. L 343 vom 23.12.2011, S. 1 ff.

Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG[570], die beide erwerbstätige Drittstaatsangehörige unabhängig von der Art der ausgeübten Tätigkeit erfassen. Das Ziel der «gemeinsamen Einwanderungspolitik» nach Art. 79 AEUV wird somit durch unterschiedliche Bedingungen und Standards für verschiedene Kategorien von Drittstaatsarbeitnehmenden erreicht. Daraus wird erkennbar, dass im europäischen Recht der Migrationsvorgang ein Prozess des Statuswandels ist. Abhängig von den persönlichen Umständen kann es zu einer graduellen Statusverfestigung, die in der Einbürgerung endet, oder zu einem Statusverlust kommen.[571]

2. Rahmenrichtlinie über ein einheitliches Verfahren und ein gemeinsames Bündel von Rechten

Die Richtlinie 2011/98/EU (Rahmenrichtlinie) verfolgt zwei Ziele. Nach Art. 1 Abs. 1 soll ein einheitliches Antragsverfahren für die Erteilung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich zu Arbeitszwecken im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten, bestimmt werden. Dadurch sollen die geltenden Regelungen vereinfacht und harmonisiert werden.[572] Es bleibt allerdings weiterhin den Mitgliedstaaten überlassen, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen eine solche Erlaubnis erteilt wird.[573] Nach Art. 1 Abs. 2 soll ein auf dem Grundsatz der Gleichstellung mit eigenen Staatsangehörigen beruhendes gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmende, die sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten, bestimmt werden. Diese Rechte gelten für alle Drittstaatsangehörige, die in den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie[574] fallen, unabhängig davon, zu welchem Zweck die ursprüngliche Zulassung erteilt wurde.[575] 258

Als Drittstaatsarbeitnehmende im Sinne der Richtlinie gelten nach Art. 2 lit. b Drittstaatsangehörige, die in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zugelassen wurden, sich dort rechtmässig aufhalten und in diesem Mitgliedstaat im Rahmen eines unselbständigen Beschäftigungsverhältnisses im Einklang mit dem einzelstaatlichen Recht oder den einzelstaatlichen Gepflogenheiten ar- 259

570 Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16 vom 23.01.2004, S. 44 ff.

571 THYM, Legal Framework, Rz 7.

572 E. 3 Rl 2011/98/EU.

573 BARNARD, S. 187; FUCHS/MARHOLD, S. 86 f.

574 Siehe Art. 3 Rahmenrichtlinie.

575 IGLESIAS SÁNCHEZ, Single Permit, Art. 1 Rl 2011/98/EU N 14.

beiten dürfen. Die Rechte der Richtlinie kommen somit Wanderarbeitnehmenden aus Drittstaaten zugute, die sich bereits in einem Mitgliedstaat aufhalten, aber nicht unter die Daueraufenthaltsrichtlinie fallen.[576] Dadurch wird der Tatsache Rechnung getragen, dass in gewissen Mitgliedstaaten mehr Drittstaatsangehörige als EU-Wanderarbeitnehmende beschäftigt sind, ohne über ein entsprechendes Schutzniveau zu verfügen.[577] In den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen auch Inhaber einer Blauen Karte EU, Studierende[578] und Forschende, soweit die in der Rahmenrichtlinie enthaltenen Vorschriften für diese Wanderarbeitnehmenden günstiger sind.[579]

260 Die Rahmenrichtlinie dient der Weiterentwicklung einer kohärenten Einwanderungspolitik, der Verringerung der Ungleichheit zwischen Unionsbürgern und rechtmässig in einem Mitgliedstaat arbeitenden Drittstaatsangehörigen, und der Ergänzung des geltenden Besitzstands auf dem Gebiet der Zuwanderung.[580] Sie stellt damit den Referenzpunkt für den minimalen rechtlichen Schutz von Drittstaatsarbeitskräften dar[581], wobei die Mitgliedstaaten nach Art. 13 Abs. 2 die Möglichkeit haben, günstigere Bestimmungen vorzusehen.

3. Richtlinie über langfristig Aufenthaltsberechtigte

261 Die Richtlinie 2003/109/EG (Daueraufenthaltsrichtlinie) verfolgt drei Ziele: Sie regelt gemäss Art. 1 lit. a die Bedingungen, unter denen ein Mitgliedstaat einem Drittstaatsangehörigen, der sich rechtmässig in seinem Hoheitsgebiet aufhält, die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erteilen (nach fünfjährigen ununterbrochenen rechtmässigem Aufenthalt) oder entziehen kann. Die Harmonisierung der Bedingungen für die Erlangung dieser Rechtsstellung dient der Förderung des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten.[582] Aus Sicht des unionsrechtlichen *Acquis* zur Einwanderung stellt die Daueraufenthaltsrichtlinie dabei den letzten Schritt im Rahmen des Prozesses des Statuswandels dar, den ein Migrant, unabhängig von seinem ursprünglichen Einreisegrund, erreichen kann.[583] Entsprechend ist der An-

576 BOELES ET AL., S. 156. Zur Daueraufenthaltsrichtlinie siehe Rz 261 ff.
577 ROSSI, in: Calliess/Ruffert, Art. 79 AEUV N 17b.
578 Siehe aber Art. 3 Abs. 3 Rl 2011/98/EU.
579 IGLESIAS SÁNCHEZ, Single Permit, Art. 3 Rl 2011/98/EU N 9.
580 E. 19 Rl 2011/98/EU.
581 IGLESIAS SÁNCHEZ, Single Permit, Art. 1 Rl 2011/98/EU N 2.
582 E. 17 Rl 2003/109/EG.
583 THYM, Long Term, Art. 1 Rl 2003/109/EG N 20.

wendungsbereich der Richtlinie gemäss Art. 3 Abs. 1 auf Drittstaatsangehörige, die sich bereits rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten, beschränkt. Sie kommt somit nur zur Anwendung, wenn ein Mitgliedstaat einem Drittstaatsangehörigen den Aufenthalt gewährt hat.[584]

262 Die Richtlinie regelt ebenfalls die mit der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten verbundenen Rechte. Dabei sollen sie nach Erwägungsgrund 12 in vielen wirtschaftlichen und sozialen Bereichen wie die Bürgerinnen und Bürger des Mitgliedstaats behandelt werden, um so ihre Integration in die Gesellschaft, in der sie leben, zu fördern. Gemäss Art. 1 lit. b regelt die Richtlinie zusätzlich den Aufenthalt eines langfristig Aufenthaltsberechtigten in einem anderen Mitgliedstaat als jenen, der ihm diese Rechtsstellung zuerkannt hat. Dadurch soll der Binnenmarkt als Raum, in dem die Freizügigkeit für jedermann gewährleistet ist, Realität werden. Nach ihrem Erwägungsgrund 18 «könnte [dies] auch einen wesentlichen Mobilitätsfaktor darstellen, insbesondere auf dem Arbeitsmarkt der Union».

263 Die Richtlinie findet unter dem Vorbehalt günstiger Bestimmungen Anwendung. Solche günstigeren Bestimmungen finden sich gemäss Art. 3 Abs. 3 in bilateralen oder multilateralen Übereinkünften zwischen der Union, den Mitgliedstaaten und Drittstaaten, im Europäischen Niederlassungsabkommen, in der (revidierten) Europäischen Sozialcharta oder dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer[585]. Die Mitgliedstaaten können nach Art. 13 in ihrem nationalen Recht günstigere Voraussetzungen für die Ausstellung dauerhafter oder unbefristeter Aufenthaltstitel vorsehen. Dabei darf aber keine *langfristige Aufenthaltsberechtigung – EU* im Sinne von Art. 8 Daueraufenthaltsrichtlinie ausgestellt werden, sondern nur ein nationaler Aufenthaltstitel.[586] Entsprechend begründen diese Aufenthaltstitel dann auch kein Recht auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat. Art. 13 erlaubt es den Mitgliedstaaten somit nicht, von den Voraussetzungen der Daueraufenthaltsrichtlinie abzuweichen.[587]

---

584 EPINEY, Einwanderungspolitik, Rz 21.

585 Siehe zu den drei genannten Übereinkommen des Europarates Rz 175 ff. und Rz 180 ff.

586 EuGH, Urteil vom 17.07.2014, *Tahir,* C-469/13, EU:C:2014:2094, Rn 38 ff.

587 THYM, Long Term, Art. 13 Rl 2003/109/EG N 1.

4. Richtlinie über Hochqualifizierte

264 Die Richtlinie 2009/50/EG (Blue-Card-Richtlinie) möchte zur Bewältigung des Arbeitskräftemangels beitragen, indem die Zulassung und Mobilität von Drittstaatsangehörigen zum Zweck der Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung von mehr als drei Monaten gefördert wird. Dadurch soll die Attraktivität der Union erhöht und ihre Wettbewerbsfähigkeit und ihr Wirtschaftswachstum gestärkt werden.[588] Entsprechend legt die Richtlinie gemäss Art. 1 die Bedingungen fest, unten denen Drittstaatsangehörige zum Zweck der Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einreisen dürfen und regelt ihren dortigen Aufenthalt. Die von einem Mitgliedstaat an einen hochqualifizierten Arbeitnehmer aus einem Drittstaat ausgestellte Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung wird als «Blaue Karte EU» bezeichnet. Zusätzlich regelt die Richtlinie die Einreise des hochqualifizierten Drittstaatsangehörigen in einen weiteren Mitgliedstaat und den dortigen Aufenthalt.

265 Die Richtlinie gilt nach Art. 3 Abs. 1 für Drittstaatsangehörige, die einen Antrag auf Zulassung zum Zweck der Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung stellen. Als eine hochqualifizierte Beschäftigung gilt die Beschäftigung einer Person, welche die erforderliche, angemessene und spezifische Fachkompetenz besitzt, die durch einen höheren beruflichen Bildungsabschluss[589] nachgewiesen ist, und die als Arbeitnehmer zur Ausübung einer echten und tatsächlichen Erwerbstätigkeit gegen Bezahlung für eine andere Person oder unter Anleitung einer anderen Person beschäftigt wird. Die Bezahlung muss gemäss Art. 5 Abs. 3 mindestens die Höhe des Anderthalbfachen des durchschnittlichen Bruttojahresgehalts in dem betreffenden Mitgliedstaat entsprechen. Diese Gehaltsschwelle ist nicht mit dem tatsächlichen Lohn zu verwechseln, da sie nach Art. 5 Abs. 6 unbeschadet der Tarifverträge oder der geltenden Praxis in den entsprechenden Beschäftigungszweigen zur Anwendung kommt. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Beschäftigung von hochqualifizierten Drittstaatsarbeitnehmenden nicht zu einem Versuch führt, bestehende innerstaatliche Sozialstandards herabzusetzen.[590]

---

588 E. 7 Rl 2009/50/EG.

589 Zur Definition eines «höheren beruflichen Bildungsabschlusses» siehe Art. 2 lit. g, h und i Rl 2009/50/EG.

590 E. 11 Rl 2009/50/EG; HAILBRONNER/HERZOG-SCHMIDT, Art. 5 Rl 2009/50/EG N 10.

Genau wie bei der Daueraufenthaltsrichtlinie erlaubt die Blue-Card-Richtlinie nach Art. 3 Abs. 4 den Mitgliedstaaten als Alternative zur Blauen Karte EU weiterhin eigene Aufenthaltstitel zum Zweck der Ausübung einer (hochqualifizierten) Beschäftigung auszustellen. Diese Aufenthaltstitel begründen allerdings kein Recht auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat.[591] Es besteht auch die Möglichkeit für Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht günstigere Bestimmungen vorzusehen, allerdings nur in Bezug auf die in Art. 4 Abs. 2 genannten Artikel der Blue-Card-Richtlinie. 266

2016 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer umfassende Qualifikation vorraussetzenden Beschäftigung[592] vor, die an die Stelle der geltenden Blue-Card-Richtlinie treten soll. Eine Änderung erwies sich gemäss der Kommission als nötig, da die Blue-Card-Richtlinie die durch sie verfolgten Ziele nicht verwirklichen konnte. Zu den Mängeln der bestehenden Regelung zählen restriktive Zulassungsbedingungen, nur eine begrenzte Erleichterung der Mobilität innerhalb der EU und eine fehlende EU-weite Vereinheitlichung der Zulassungsverfahren.[593] 267

5. Richtlinie über Saisonarbeitnehmer

Die Richtlinie 2014/36/EU (Saisonarbeitnehmerrichtlinie) soll zur wirksamen Steuerung saisonal bedingter Migrationsströme und zur Gewährleistung menschenwürdiger Arbeits- und Lebensbedingungen für Saisonarbeitnehmende beitragen. Dafür legt sie gemäss ihrem Erwägungsgrund 7 faire und transparente Zulassungs- und Aufenthaltsvorschriften und die Rechte der Saisonarbeitnehmenden fest und schafft gleichzeitig Anreize und Garantien, um zu verhindern, dass die zulässige Aufenthaltsdauer überschritten oder aus einem befristeten ein unbefristeter Aufenthalt wird. 268

Die Richtlinie stellt somit einen Balanceakt dar zwischen dem Wunsch aufgrund des strukturellen Bedürfnisses der EU nach Saisonarbeitnehmenden die temporäre Immigration dieser Arbeitnehmerkategorie zu fördern und dem Wunsch einheimische und Drittstaatsarbeitnehmende vor Ausbeutung und sozialem Dumping zu schützen.[594] Gleichzeitig ist die Richtlinie darauf ausge- 269

591 Siehe dazu PEERS ET AL., S. 50 f.

592 Europäische Kommission, Vorschlag, S. 1 ff.

593 Europäische Kommission, Vorschlag, S. 2.

594 WIESBROCK/JÖST/DESMOND, Art. 1 Rl 2014/36/EU N 2.

legt, zirkuläre Migration zu fördern (Art. 16) und sicherzustellen, dass die niedrigqualifizierten Arbeitnehmenden nicht für immer in der EU verbleiben, sowie die Einwanderung von irregulären Wanderarbeitnehmenden einzudämmen.[595]

270 Die Richtlinie regelt gemäss Art. 1 Abs. 1 die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zum Zweck einer Beschäftigung als Saisonarbeitnehmende und ihre Rechte. Sie findet gemäss Art. 2 Abs. 1 Anwendung auf Drittstaatsangehörige, die ihren Aufenthalt ausserhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten haben und zum Zweck der Beschäftigung als Saisonarbeitnehmende eine Zulassung beantragen oder beantragt haben. Der Aufenthalt der Drittstaatsangehörigen ist dabei auf einen Zeitraum von mindesten fünf und höchstens neun Monate innerhalb eines Jahres befristet (Art. 14).

271 Es liegt in der Kompetenz der Mitgliedstaaten zu definieren, welche Beschäftigungssektoren saisonbedingte Tätigkeiten umfassen. Üblicherweise fallen darunter Sektoren wie die Landwirtschaft und der Gartenbau, insbesondere während der Pflanz- und Erntezeit, sowie der Tourismus, insbesondere während der Urlaubszeit.[596] Die Richtlinie erlaubt den Mitgliedstaaten in Art. 4 günstigere Bestimmungen vorzusehen, allerdings nur in Bezug auf die in diesem Artikel genannten Bereiche.

6. Richtlinie über die Einreise und den Aufenthalt zu Forschungs- oder Studienzwecken

272 Die Richtlinie (EU) 2016/801 deckt den Wissenschaftsbereich ab.[597] Aus Sicht der EU soll die Richtlinie im weltweiten Talentwettbewerb den Ruf der Union als attraktiven Standort für Wissenschaft und Innovation festigen und dadurch zu einer Stärkung der allgemeinen Wettbewerbsfähigkeit und des Wachstums sowie zur Schaffung neuer Arbeitsplätze führen.[598]. Gegenstand der Richtlinie ist gemäss Art. 1 die Festlegung der Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen für einen Zeitraum von mehr als 90 Tagen in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu u.a. Forschungs- und Studienzwecken und die Festlegung der Bedingungen zur

595 FUDGE/HERZFELD OLSSON, S. 440.
596 E. 13 Rl 2014/36/EU.
597 Siehe E. 7 Rl (EU) 2016/801.
598 E. 8 Rl (EU) 2016/801.

Einreise und dem Aufenthalt in einem weiteren Mitgliedstaat. Die Richtlinie findet somit Anwendung auf Drittstaatsangehörige, die zu Forschungs-, Studien- oder Ausbildungszwecken oder zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst einen Antrag auf Zulassung stellten oder die Zulassung erhalten haben. Die Mitgliedstaaten können die Bestimmungen der Richtlinie auf weitere Aufenthaltszwecke anwenden.

Die Richtlinie berührt günstigere Bestimmungen, die sich in Übereinkünften zwischen der Union, den Mitgliedstaaten und Drittstaaten finden, nicht. Sie erlaubt den Mitgliedstaaten auch, günstigere Bestimmungen ihres nationalen Rechts für Drittstaatsangehörige beizubehalten oder einzuführen, aber nur in Bezug auf die in Art. 4 Abs. 2 genannten Bereiche. 273

7. Regelungen betreffend irreguläre Migranten

Im Rahmen der gemeinsamen Einwanderungspolitik hat die EU nach Art. 79 Abs. 2 lit. c AEUV auch die Kompetenz Massnahmen im Bereich der irregulären Einwanderung und des irregulären Aufenthalts zu ergreifen.[599] Bei einer dieser Massnahmen[600] handelt es sich um die Richtlinie 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen und Massnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmässigen Aufenthalt beschäftigen (Sanktionsrichtlinie)[601]. Diese Richtlinie findet nach ihrem 2. Erwägungsgrund ihre 274

599 Siehe dazu ausführlich BAST, S. 2 f.

600 Bei weiteren, in diesem Bereich ergriffenen Massnahmen, handelt es sich um die Richtlinie 2001/40/EG über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen, ABl. L 149 vom 02.06.2001, S. 34 ff.; die Richtlinie 2001/51/EG zur Ergänzung der Regelungen nach Art. 26 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens vom Schengen vom 14. Juni 1985, ABl. L 187 vom 10.07.2001, S. 45 f.; die Richtlinie 2002/90/EG zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. L 328 vom 05.12.2002, S. 17 f.; die Richtlinie 2003/110/EG über die Unterstützung bei der Durchbeförderung im Rahmen von Rückführungsmassnahmen auf dem Luftweg, ABl. L 321 vom 06.12.2003, S. 26 ff.; die Richtlinie 2004/81/EG über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren, ABl. L 261 vom 06.08.2004, S. 19 ff.; und die Richtlinie 2008/115/EG über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98 ff.

601 ABl. L 168 vom 30.06.2009, S. 24 ff.

Begründung darin, dass ein wichtiger Anreiz für die rechtswidrige Einwanderung in die EU darin besteht, dass es möglich ist, eine Beschäftigung in der EU zu finden, ohne über den erforderlichen Rechtsstatus zu verfügen. Aus diesem Grund verbietet die Richtlinie die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmässigen Aufenthalt und sieht gemeinsame Mindeststandards für Sanktionen und Massnahmen vor, die in den Mitgliedstaaten gegen Arbeitgebende zu verhängen bzw. zu treffen sind, die gegen dieses Verbot verstossen (Art. 1).

275 Ziel der Richtlinie ist somit die Bekämpfung der irregulären Einwanderung, nicht aber der Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes, auch wenn die Richtlinie natürlich indirekt diesen Effekt hat. Diese Einschränkung der Zielsetzung ergibt sich daraus, dass der Union die Kompetenz zur Regelung der irregulären Erwerbstätigkeit fehlt.[602] Entsprechend erfasst die Richtlinie nur Drittstaatsangehörige, die ohne rechtmässigen Aufenthalt einer Beschäftigung nachgehen, aber nicht jene, die sich zwar berechtigterweise in einem Mitgliedstaat aufhalten, aber unter Verletzung eines Arbeitsverbots einer Beschäftigung nachgehen (siehe Art. 3 Abs. 1).[603] Als Drittstaatsangehöriger gilt dabei jede Person, die nicht Unionsbürger im Sinne von Art. 20 Abs. 1 AEUV ist und die nicht das Recht auf freien Personenverkehr nach Art. 2 Abs. 5 des Schengener Grenzkodex[604] geniesst.

D. Charta der Grundrechte

276 Die Massnahmen der EU im Bereich der Arbeitsmigration und ihre Anwendung durch die Mitgliedstaaten müssen grundrechtlichen Anforderungen genügen.[605] Diese Grundrechte sind in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert, die seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon rechtlich den Verträgen gleichgestellt ist (Art. 6 Abs. 1 EUV). Weitere Grundrechte, die als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind, finden sich in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte

602 PEERS ET AL., S. 19.

603 Siehe E. 5 Rl 2009/52/EG.

604 Verordnung (EU) Nr. 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 77 vom 23.03.2016, S. 1 ff.

605 GROENENDIJK, Developments, S. 325.

und Grundfreiheiten (EMRK) und in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV).

Die Charta erweitert nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise. Dies hält auch Art. 51 Abs. 2 GRC mit ähnlichem Wortlaut fest. Gemäss Art. 51 Abs. 1 GRC gilt die Charta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, und kann Grund zur Anfechtung der Rechtmässigkeit von Unionsrechtsakten vor dem EuGH sein. Im Falle von Unklarheiten sind Richtlinien und Verordnungen so weit wie möglich in Übereinstimmung mit der Charta auszulegen.[606] Neben den Unionsorganen verpflichtet die Charta auch die Mitgliedstaaten, aber nur bei der Durchführung des Rechts der Union. 277

Die Grundrechtecharta enthält keine allgemeine Bestimmung zu den aus ihr berechtigten Personen. Die einzelnen Artikel benennen je ihre eigenen Grundrechtsträger, wobei durch Auslegung zu ermitteln ist, wer genau erfasst wird.[607] Als Ausgangspunkt der Überlegung kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Charta auf alle natürlichen Personen ohne Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit anwendbar ist.[608] Hinweis darauf liefern die in den einzelnen Artikeln der Charta verwendeten Formulierungen wie «jeder Mensch», «niemand» oder auch «jede Person». Gewisse Rechte, wie Art. 15 Abs. 2, Art. 39, Art. 40, Art. 45 Abs. 1 und Art. 46 GRC, beschränken aber ihren Anwendungsbereich auf Unionsbürgerinnen und -bürger. Insofern bleibt auch in der Grundrechtecharta die Differenzierung zwischen EU-Staatsangehörigen und Drittstaatsangehörigen aufrechterhalten.[609] Eine weitere Differenzierung erfolgt in den Art. 15 Abs. 3, Art. 34 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 2 GRC. Die in diesen Absätzen genannten Rechte stehen nur rechtmässig anwesenden Drittstaatsangehörigen zu. 278

Die Grundrechtecharta enthält einen umfassenden Katalog an Rechten. Viele dieser Rechte weisen einen Bezug zum Thema der vorliegenden Arbeit auf. Arbeitsrechtliche Grundrechte finden sich in Art. 5 Abs. 2 GRC, der ein Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit statuiert, in Art. 15 GRC zur Berufsfreiheit und zum Recht zu arbeiten, und im Titel IV über die Solidarität. 279

606 HAILBRONNER/THYM, Rz 47.

607 GUNDEL, Rz 2 f.

608 PEERS, Charter of Fundamental Rights, S. 446 ff.

609 GUNDEL, Rz 14.

280 Nach Art. 15 Abs. 1 GRC hat jede Person das Recht zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben. Drittstaatsangehörige können sich nur soweit sie legalen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, auf dieses Recht berufen. Art. 15 GRC begründet somit kein Recht auf Einreise als Vorbedingung der Arbeitsaufnahme.[610] Art. 15 Abs. 2 GRC konkretisiert das in Abs. 1 enthaltene Recht der Berufsfreiheit für Unionsbürgerinnen und -bürger durch die Aufnahme der drei Freiheiten des Personenverkehrs. EU-Wanderarbeitnehmende können somit ihr Recht auf Berufsausübung in jedem EU-Mitgliedstaat frei ausüben, so dass Art. 15 Abs. 2 GRC der Herstellung grenzüberschreitender Privatautonomie dient.[611] Ein entsprechendes Recht auf grenzüberschreitende Mobilität für Drittstaatsangehörige zum Zweck der Arbeitsausübung gibt es in der Grundrechtecharta nicht.[612] Allerdings garantiert Art. 15 Abs. 3 GRC den Drittstaatsangehörigen, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten arbeiten dürfen, einen Anspruch auf Arbeitsbedingungen, die denen der Unionsbürger entsprechen.[613] Es handelt sich dabei allerdings um keinen kontroversen Bereich der Gleichbehandlung zwischen EU-Bürgern und Drittstaatsangehörigen.[614]

281 Die Art. 27 bis 33 GRC des Titels IV (Solidarität) enthalten das Verbot der Kinderarbeit, das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, den Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung oder auch das Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst. Kollektive Rechte der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden bzw. ihrer Organisationen finden sich in Art. 12 Abs. 1 und Art. 28 GRC.[615] Diese umfassenden Regelungen der Grundrechtecharta zeigen die Bedeutung des Faktors Arbeit für den Gesamtprozess der europäischen Integration auf.[616]

---

610 BERNSDORFF, Art. 15 GRC N 21.

611 BERNSDORFF, Art. 15 GRC N 23.

612 Auch Art. 45 GRC, der das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht ohne Bezugnahme auf eine wirtschaftliche Betätigung garantiert, hält in Bezug auf Drittstaatsangehörige im Abs. 2 nur fest, dass ihnen die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht nach Massgabe der Verträge gewährt werden kann. Siehe dazu auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, S. 29.

613 Siehe hierzu die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, S. 23, die zur Auslegung von Art. 15 Abs. 3 GRC auf Art. 19 Abs. 4 ESC verweisen.

614 THYM, Legal Framework, Rz 34. Siehe dazu Rz 358 ff.

615 Siehe dazu Rz 363.

616 TERHECHTE, Rz 12.

Soweit grundrechtlich geschützte Arbeitsrechte das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit umfassen, setzen sie einen diskriminierungsfrei ausgestalteten Zugang zum Arbeitsmarkt voraus.[617] Damit weisen die Arbeitsrechte einen engen Bezug zu den Gleichheitsrechten im Titel III der Grundrechtecharta auf. Diese beginnen mit dem Prinzip der Gleichheit aller Personen vor dem Gesetz in Art. 20 GRC. Art. 21 Abs. 1 GRC statuiert spezifische Diskriminierungsverbote wegen u.a. des Geschlechts, der Rasse, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Art. 21 Abs. 2 GRC hält fest, dass im Anwendungsbereich der Verträge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Bei Verweisen auf in den Verträgen geregelten Rechten erfolgt die Ausübung dieser Rechte gemäss Art. 52 Abs. 2 GRC im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen. Art. 21 Abs. 2 GRC ist somit in Übereinstimmung mit Art. 18 Abs. 1 AEUV auszulegen.[618] Dem in Art. 18 AEUV geregelten allgemeinen Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit kommt eine bedeutende Rolle in der Entwicklung der an EU-Staatsangehörige gewährten Rechte zu. Der Grundsatz ist aber insofern limitiert, als dass er keine Anwendung auf Nicht-EU-Bürgerinnen und -Bürger findet.[619] Somit findet auch Art. 21 Abs. 2 GRC keine Anwendung auf Drittstaatsangehörige.[620] 282

IV. Verpflichtungsadressaten und Durchsetzungsmöglichkeiten

A. Verpflichtungsadressaten: Mitgliedstaaten

Die Europäische Union basiert auf Recht (Primärrecht) und erzeugt Recht (Sekundärrecht).[621] Dieses entfaltet Wirkung gegenüber und in den Mitgliedstaaten.[622] Zum Primärrecht gehören der Vertrag über die Europäische Union, der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und die Charta der 283

617 Siehe ASHIAGBOR, Art. 15 GRC N 15.09.

618 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, S. 24.

619 KILPATRICK, Art. 21 GRC N 21.28.

620 Für eine möglicherweise weitergehende, selbständige Auslegung von Art. 21 Abs. 2 GRC siehe KILPATRICK, Art. 21 GRC N 21.32 ff.

621 HAAG/KOTZUR, Rz 1.

622 HAAG/KOTZUR, Rz 5.

Grundrechte. Das Primärrecht berechtigt und verpflichtet dabei in erster Linie die Mitgliedstaaten sowie die Union und ihre Organe.[623]

284 Zur Wahrnehmung der Zuständigkeiten, welche die Verträge der Union erteilen, sieht Art. 288 AEUV die Rechtsformen der Verordnung und Richtlinie, des Beschlusses, der Empfehlung und Stellungnahme vor. Es handelt sich dabei um Sekundärrechtsakte. Verordnungen haben nach Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung. Sie sind in all ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Sie entfalten ihre Rechtswirkungen ohne einen mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt. Die Normen einer Verordnung begründen Rechte und Pflichten für alle Personen, die von ihrem Geltungsbereich erfasst werden, nicht nur für die Mitgliedstaaten und ihre Behörden.[624] Richtlinien hingegen sind für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, sie überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Sie bedürfen somit eines mitgliedstaatlichen Umsetzungsakts, der den Richtlinieninhalt in nationales Recht überträgt.[625]

285 Richtlinien überlassen den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einen gewissen Gestaltungsspielraum, wobei der genaue Umfang des staatlichen Ermessens von einer Auslegung der entsprechenden Richtliniennormen abhängt.[626] Dieser Gestaltungsspielraum zeigt sich auch in den Richtlinien zur EU-Einwanderungspolitik. So erlaubt die Daueraufenthaltsrichtlinie den Mitgliedstaaten ein (günstigeres) paralleles System eines nationalen Daueraufenthaltstitels beizubehalten (Art. 13), die sektoriellen Richtlinien hingegen sehen ein hohes Harmonisierungsniveau vor und erlauben den Mitgliedstaaten nur in Bezug auf gewisse Vorschriften günstigere Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen.[627]

286 Das Recht der Europäischen Union berechtigt und verpflichtet grundsätzlich alle Mitgliedstaaten. In Bezug auf die gemeinsame Einwanderungspolitik von Drittstaatsangehörigen nach Art. 79 AEUV besteht allerdings eine Besonderheit. Gemäss dem Protokoll (Nr. 21) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des

623 HAAG/KOTZUR, Rz 56.
624 HAAG/KOTZUR, Rz 27.
625 HERDEGEN, § 8 Rz 45.
626 HAILBRONNER/THYM, Rz 34; HERDEGEN, § 8 Rz 46.
627 Siehe z.B. Art. 4 Rl 2009/50/EG, Art. 4 Rl 2014/36/EU und Art. 4 Rl (EU) 2016/801.

Rechts[628] und dem Protokoll (Nr. 22) über die Position Dänemarks[629] beteiligen sich diese drei Länder nicht an den ergriffenen Massnahmen, womit die entsprechenden Richtlinien in diesen Staaten nicht zur Anwendung kommen.

B. Verpflichtungsadressaten: Private

Das Unionsrecht berechtigt und verpflichtet aber nicht nur die Mitgliedstaaten, ihm kann auch unmittelbare Wirkung gegenüber Privaten zukommen (sog. vertikales Verhältnis). Bei Verordnungen ergibt sich die Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung einer Norm für Private aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung (siehe Art. 288 Abs. 2 AEUV). Ob eine Bestimmung einer Verordnung im Einzelfall Privaten Rechte und Pflichten auferlegt, bedarf der Auslegung.[630] Bei Richtlinien ist die Frage umstritten, allerdings hat der EuGH auch ihnen unter gewissen Voraussetzungen unmittelbare Wirkung zuerkannt.[631] 287

Im Primärrecht hat der EuGH insbesondere den Vertragsbestimmungen zu den Grundfreiheiten unmittelbare Wirkung gegenüber Privaten zuerkannt.[632] Die Arbeitnehmerfreizügigkeit kann zusätzlich auch unmittelbar zwischen Privaten wirksam werden (sog. horizontales Verhältnis/Drittwirkung). Die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt grösstenteils durch private Verträge bestimmt werden und privaten Akteuren eine grosse Marktmacht zukommen kann, vor der es Arbeitnehmende zu schützen gilt.[633] Das Unionsrecht schützt aber auch die Privatautonomie des Einzelnen und die Vereinsautonomie, so dass im Einzelfall eine sorgfältige Abwägung notwendig ist.[634] 288

Der EuGH hielt in seiner Rechtsprechung fest, dass Art. 45 AEUV «nicht nur für behördliche Massnahmen gilt, sondern sich auch auf Vorschriften anderer 289

628 ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 295 ff.

629 ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 298 ff.

630 HAAG/KOTZUR, Rz 61.

631 Siehe zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien im Verhältnis zwischen Staat und Privaten und Privaten untereinander («Drittwirkung»), HAAG/KOTZUR, Rz 62 und 67 und HERDEGEN, § 8 Rz 55 ff.

632 HAAG/KOTZUR, Rz 56. Siehe in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit z.B. EuGH, Urteil vom 08.04.1976, *Royer,* C-48/75, EU:C:1976:57, Rn 31/33.

633 EPINEY, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rz 12; HERDEGEN, § 14 Rz 12.

634 HERDEGEN, § 14 Rz 13; differenziert PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 863. Siehe auch Rz 307.

Art erstreckt, die zur kollektiven Regelung unselbständiger Arbeit dienen. Der Gerichtshof hat nämlich ausgeführt, dass die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnten, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen. Ferner hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossene oder vorgenommene Verträge oder sonstige Akte geregelt sind. Wäre also der Gegenstand von [Art. 45 AEUV] auf behördliche Massnahmen beschränkt, so könnten sich daraus Ungleichheiten bei seiner Anwendung ergeben»[635]. Nach dem hier zitierten Urteil *Bosman* steht Art. 45 AEUV beschränkenden[636] Regelungen, die durch private kollektive Verbände erlassen wurden, entgegen. Das gleiche gilt für beschränkende Regelungen, die sich in einem durch die Sozialpartner ausgehandelten Gesamtarbeitsvertrag finden.[637] Auch diskriminierende kollektive Regelungen stehen gemäss dem Urteil *Walrave*[638] der Arbeitnehmerfreizügigkeit entgegen.[639] Im Urteil *Angonese*[640] dehnte der EuGH die Drittwirkung des Diskriminierungsverbots der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch auf die Rechtsbeziehung zwischen einem Arbeitnehmer und dem nicht-kollektiv handelnden privaten Arbeitgeber aus.

290 Grundsätzlich können sich auch Private auf Rechtfertigungsgründe berufen, die EuGH-Entscheide hierzu weichen aber je nach Fallkonstellation voneinander ab.[641] Im Falle eines Verbandes, d.h. in einer Situation in der ein Machtgefälle besteht, scheint der EuGH allgemeine Interessen zu schützen[642], wäh-

635 EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 82–84.

636 Zum Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit siehe Rz 247 f.

637 EuGH, Urteil vom 10.03.2011, *Casteels,* C-379/09, EU:C:2011:131, Rn 22 ff.

638 EuGH, Urteil vom 12.12.1974, *Walrave,* C-36/74, EU:C:1974:140, Rn 16/19.

639 JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1202.

640 EuGH, Urteil vom 06.06.2000, *Angonese,* C-281/98, EU:C:2000:296, Rn 36. Siehe dazu auch PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 953 f. Der EuGH bestätigte den Entscheid im Urteil vom 17.07.2008, *Raccanelli,* C-94/07, EU:C:2008:425, Rn 45 f.

641 Siehe KREUSCHITZ, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 45 AEUV N 27; TERHECHTE, Rz 83.

642 EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 106.

rend im Falle eines privaten Arbeitgebers «sachliche Erwägungen» für eine Rechtfertigung zu genügen scheinen[643].

C. Durchsetzungsmöglichkeiten

Das Unionsrecht berechtigt und verpflichtet die Mitgliedstaaten sowie ihre Institutionen. Es ist dabei Aufgabe der nationalen Gerichte das Unionsrecht in nationalen Rechtsprechungsverfahren zu beachten und anzuwenden. Die Anwendung erfolgt selbständig auf der Grundlage des einschlägigen nationalen Rechts. Ergeben sich im Verfahren Fragen zur Auslegung des Unionsrechts, so sind die nationalen Gerichte berechtigt bzw. verpflichtet, diese Fragen im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV vom EuGH klären zu lassen.[644] 291

Auf Unionsebene ist die gerichtliche Kontrolle Aufgabe des EuGH. Gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EUV sichert er die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Ihm kommen dabei die in den Verträgen aufgezählten Befugnisse zu.[645] Diese sehen eine Reihe unterschiedlicher Verfahren vor, zu denen einerseits das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) und das Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258–260 AEUV) zählen. Das Vorabentscheidungsverfahren dient der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts und der Kontrolle des Sekundärrechts.[646] Sieht sich ein nationales Gericht mit der Frage der Auslegung des Unionsrechts konfrontiert, so kann es die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen. Mitgliedstaatliche Gerichte, deren Urteile nicht mehr mit einem Rechtsmittel angefochten werden können, sind zur Vorlage verpflichtet. Das Vertragsverletzungsverfahren dient der gerichtlichen Klärung und Durchsetzung der Beachtung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten. Im Rahmen dieses Verfahrens können die Kommission (und auch die Mitgliedstaaten) den Gerichtshof anrufen, wenn sie der Meinung sind, dass ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstossen hat.[647] 292

643 EuGH, Urteil vom 06.06.2000, *Angonese,* C-281/98, EU:C:2000:296, Rn 42.

644 EPINEY, Rechtsschutzsystem, Rz 9.

645 EPINEY, Rechtsschutzsystem, Rz 21.

646 HERDEGEN, § 9 Rz 25.

647 EPINEY, Rechtsschutzsystem, Rz 24.

293 Die Rechtsprechung des EuGH spielt(e) eine bedeutende Rolle für die (Weiter-) Entwicklung des Unionsrechts.[648] Als Rechtsgemeinschaft sind die gesetzgebenden Organe der EU dazu verpflichtet, die Garantien der Verträge zu beachten, wobei der EuGH die Freizügigkeitsrechte der EU-Staatsangehörigen auch gegen die einstimmige Meinung der Mitgliedstaaten im Rat durchsetzen kann. Der Gerichtshof nutzte dann auch verschiedentlich seine Möglichkeiten als einzige Auslegungsautorität des EU-Rechts und legte, unter Rückgriff auf die Grundfreiheit der Personenfreizügigkeit und der Unionsbürgerschaft, die Rechte der EU-Staatsangehörigen im Rahmen einer dynamischen Interpretation weit aus.[649] Zu den Charakteristika der EuGH-Rechtsprechung in Bezug auf die Grundfreiheiten gehören eine weite Auslegung der Prinzipien verbunden mit einer engen Interpretation etwaiger Einschränkungen. Ausserdem werden Begriffe, die einen engen Bezug zu den Grundfreiheiten aufweisen, unionsrechtlich autonom ausgelegt.[650]

294 Im Laufe der Jahre kam es zu einer reichen Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Im Gegensatz dazu liegen in Bezug auf die in dieser Arbeit untersuchten Richtlinien zu Wanderarbeitnehmenden aus Drittstaaten noch kaum Urteile vor. Einzig die Daueraufenthaltsrichtlinie gab Anlass zu einer gewissen Anzahl von Entscheidungen. Dennoch lassen sich auch hier bereits einige Aussagen treffen: Der EuGH behandelt das EU-Migrationsrecht als eine Einheit, was es ihm erlaubt, horizontale Vergleiche zu ziehen und gleiche oder ähnliche Konzepte der verschiedenen Richtlinien analog zu interpretieren.[651] Ausserdem ergänzen sich die verschiedenen EU-Migrationsinstrumente, so dass ein Drittstaatsangehöriger gleichzeitig Rechte aus verschiedenen Instrumenten für sich ableiten kann.[652] Gleichzeitig können Bestimmungen der EU-Migrationsrichtlinien auch herangezogen werden, um Normen bi- oder multilateraler Übereinkommen der Gemeinschaft auszulegen.[653]

---

648 EPINEY, Rechtsschutzsystem, Rz 6.

649 THYM, Legal Framework, Rz 29.

650 BOELES ET AL., S. 66 f. Zu den Begriffen, die eine unionsrechtlich autonome Bedeutung haben, gehört z.B. «Arbeitnehmer». Siehe zur Auslegung dieses Begriffs Rz 245.

651 GROENENDIJK, Developments, S. 329.

652 GROENENDIJK, Developments, S. 330 m.w.H. auf die EuGH-Rechtsprechung.

653 EuGH, Urteil vom 08.12.2011, *Ziebell,* C-371/08, EU:C:2011:809, Rn 78 ff., in dem es um die Auslegung von Art. 14 Abs. 1 des Beschlusses 1/80 des Assoziie-

V. Einzelne Bereiche

Im Folgenden werden die unionsrechtlichen Vorschriften der Arbeitnehmerfreizügigkeit und zur Einwanderung von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, vertieft angesehen. Nach einer getrennten Darstellung der rechtlichen Situation für die beiden Kategorien von Wanderarbeitnehmenden, folgt eine Gegenüberstellung, um Unterschiede und Gemeinsamkeiten darzulegen. 295

A. Zugang zum Arbeitsmarkt

1. EU-Staatsangehörige

Die Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten haben das Recht auf Zugang zu einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet jedes anderen Mitgliedstaats, was den Abbau ausländerrechtlicher Schranken voraussetzt.[654] Dieses Recht wird nicht explizit in Art. 45 AEUV erwähnt, es ist jedoch notwendige Voraussetzung für die weiteren in Art. 45 Abs. 3 AEUV genannten Rechte[655], wie die Bewerbung um tatsächlich angebotene Stellen, die Bewegungsfreiheit auf dem Gebiet des Aufnahmestaats und die tatsächliche Ausübung einer Beschäftigung. Positivrechtlich ist das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt in Art. 1 Abs. 1 Freizügigkeitsverordnung verankert. Der Zugang zu einer Beschäftigung besteht unabhängig von der Erteilung einer Arbeits- bzw. Aufenthaltsbewilligung durch den Aufnahmemitgliedstaat. Eine solche hat nur deklaratorische Wirkung.[656] 296

Erfasst werden alle Tätigkeiten, die einen Teil des Wirtschaftslebens ausmachen.[657] Bei der Ausübung der Freizügigkeitsrechte dürfen die EU-Wan- 297

rungsabkommens EWG-Türkei unter Bezugnahme auf Art. 12 Rl 2003/109/EG ging.

654 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 914.

655 TERHECHTE, Rz 50.

656 Art. 25 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie. EuGH, Urteil vom 08.04.1976, *Royer,* C-48/75, EU:C:1976:57, Rn 31/33 f. und Rn 50/51.

657 EuGH, Urteil vom 14.07.1976, *Dona / Mantero,* C-13/76, EU:C:1976:115, Rn 12/13. Siehe KREUSCHITZ, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Vorbemerkung zu den Artikeln 45 bis 48 AEUV, N 36, für eine Darstellung der erfassten Tätigkeitsbereiche m.H.a. die Rechtsprechung des EuGH.

derarbeitnehmenden nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen für den Eintritt in ein bestimmtes Arbeitsverhältnis benachteiligt werden.[658] So hielt der EuGH fest, dass «jede innerstaatliche Bestimmung, die eine […] Tätigkeit allein den Angehörigen eines Mitgliedstaats vorbehält, mit der Gemeinschaftsnorm unvereinbar ist»[659]. Nicht zulässig sind auch indirekt diskriminierende Massnahmen wie Wohnsitzerfordernisse[660], Qualifikationsnachweise[661], oder die Nicht-Berücksichtigung der in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegten Beschäftigungszeiten oder Berufserfahrungen.[662] Allerdings ist nicht jede nationale Vorschrift geeignet, die Freizügigkeit einzuschränken. Sie muss mindestens den Zugang der Arbeitnehmenden zum Arbeitsmarkt beeinflussen.[663] Entsprechend ist eine Regelung, nach der ein Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin eine Abfindung erhält, nicht aber, wenn er selber kündigt, nicht geeignet, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, sein Arbeitsverhältnis zu beenden und bei einer anderen Arbeitgeberin eine unselbständige Tätigkeit anzutreten. Die Abfindung hängt nämlich von einem hypothetischen zukünftigen Ereignis ab (der Kündigung durch die Arbeitgeberin), das der Arbeitnehmer selbst weder herbeiführt noch zu vertreten hat.[664] Entsprechend ist ein derartiges Ereignis «zu ungewiss und wirke zu indirekt» um die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden zu beeinträchtigen.[665]

2. Drittstaatsangehörige

298 Die Mitgliedstaaten legen die Anzahl von Drittstaatsangehörigen, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erstmalig in ihr Hoheitsgebiet einreisen dür-

---

658 TERHECHTE, Rz 50.

659 EuGH, Urteil vom 14.07.1976, *Dona / Mantero,* C-13/76, EU:C:1976:115, Rn 11. Siehe dazu auch Rz 322.

660 EuGH, Urteil vom 07.05.1998, *Clean Car Autoservice,* C-350/96, EU:C:1998:205, Rn 30 f.

661 TERHECHTE, Rz 50. Siehe zu Fragen zur Anerkennung von Qualifikationsnachweisen, die den Zugang zu reglementierten Berufen ermöglichen, die Richtlinie 2005/36/EG. Auf die damit verbundenen rechtlichen Probleme wird nicht eingegangen.

662 EuGH, Urteil vom 23.02.1994, *Scholz,* C-419/92, EU:C:1994:62, Rn 11; EuGH, Urteil vom 12.05.2005, *Kommission / Italien,* C-278/03, EU:C:2005:281, Rn 13 ff.

663 EuGH, Urteil vom 27.01.2000, *Graf,* C-190/98, EU:C:2000:49, Rn 23.

664 EuGH, Urteil vom 27.01.2000, *Graf,* C-190/98, EU:C:2000:49, Rn 24.

665 EuGH, Urteil vom 27.01.2000, *Graf,* C-190/98, EU:C:2000:49, Rn 25.

fen, selbständig fest.[666] Entsprechend bestimmt die Rahmenrichtlinie in Art. 1 Abs. 2, dass diese Richtlinie nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zu ihren Arbeitsmärkten berührt und ermöglicht es den Mitgliedstaaten gemäss Art. 8 Abs. 3 einen Antrag auf die kombinierte Erlaubnis unter Hinweis auf Kontingente, die für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt gelten, als unzulässig zu bescheiden und nicht zu bearbeiten.[667] Hält der Drittstaatsangehörige sich aber bereits seit mehr als fünf Jahren im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats auf und hat die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erhalten, so hat er nach Art. 11 Abs. 1 lit. a Rl 2003/109/EG gleichberechtigten Zugang zu einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit.[668] Dieses Recht unterstützt die Integration in den Arbeitsmarkt, allerdings ist anzunehmen, dass Inhaber der Daueraufenthaltsbewilligung bereits vorher (bedingten) Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten haben, da die Gewährung des Daueraufenthalts nach Art. 5 Abs. 1 lit. a Rl 2003/109/EG feste und regelmässige Einkünfte voraussetzt.[669]

Auch die sektoriellen Richtlinien enthalten in Übereinstimmung mit Art. 79 Abs. 5 AEUV jeweils einen Artikel über den Umfang bzw. die Anzahl der Zulassungen. Dieser Artikel sieht in beinahe übereinstimmendem Wortlaut vor, dass die jeweils einschlägige Richtlinie nicht das Recht eines Mitgliedstaats berührt, festzulegen, wie viele Drittstaatsangehörige in sein Hoheitsgebiet zum Zweck der hochqualifizierten Beschäftigung[670] oder der Saisonarbeit[671] oder, in Bezug auf die Rl (EU) 2016/801, wenn der betreffende Mitgliedstaat 299

666 Vgl. Art. 79 Abs. 5 AEUV.

667 Eine solche Bestimmung findet sich auch in Art. 8 Abs. 3 Rl 2009/50/EG und mit leicht anderer Formulierung in Art. 7 Rl 2014/36/EU und Art. 6 Rl (EU) 2016/801.

668 Diese fünfjährige Wartefrist, bevor der uneingeschränkte Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt wird, steht in Widerspruch zu Art. 14 lit a ILO-Übereinkommen Nr. 143 (siehe dazu Rz 98). Entsprechend sind die fünf EU-Mitgliedstaaten, die dieses Abkommen ratifiziert haben (Stand November 2020), verpflichtet, Drittstaatsangehörigen bereits nach zwei Jahren rechtmässigen Aufenthalts Zugang zu ihrem Arbeitsmarkt zu gewähren.

669 Thym, Long Term, Art. 11 Rl 2003/109/EG N 12. Gemäss dem Urteil des EuGH vom 03.10.2019, *X,* C-302/18, EU:C:2019:830, Rn 44, muss es sich allerdings nicht um eigene Einkünfte handeln, sondern es genügen auch Mittel, die dem Antragsteller von einem Dritten zur Verfügung gestellt werden, sofern sie als fest, regelmässig und ausreichend angesehen werden können.

670 Art. 6 Rl 2009/50/EG.

671 Art. 7 Rl 2014/36/EU.

der Auffassung ist, dass die Drittstaatsangehörigen ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind oder eingehen werden[672], einreisen dürfen. Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten keiner Verpflichtung unterliegen, Drittstaatsangehörigen die Einreise zu gewähren, auch wenn diese die in der einschlägigen Richtlinie genannten Voraussetzungen erfüllen.[673]

300 Der Vorbehalt von Art. 79 Abs. 5 AEUV bezieht sich gemäss seinem Wortlaut nur auf die erstmalige Einreise von Drittstaatsangehörigen in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats.[674] Für sich bereits in einem Mitgliedstaat aufhaltende Drittstaatsangehörige erhielt die Union in Art. 79 Abs. 2 lit. b AEUV die Kompetenz ihre innereuropäische Mobilität im Sinne einer allgemeinen Freizügigkeit[675] zu regeln. In diesem Zusammenhang kann sie auch den Zugang zum Arbeitsmarkt von Drittstaatsangehörigen in einem zweiten Mitgliedstaat regeln. Sie hat diese Kompetenz in verschiedenen Richtlinien umgesetzt.[676]

3. Gegenüberstellung

301 EU-Staatsangehörige besitzen ein subjektives und durchsetzbares Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt und Ausübung jeglicher Tätigkeit, die einen Teil des Wirtschaftslebens ausmacht[677], in jedem EU-Mitgliedstaat. Drittstaatsarbeitskräfte haben kein solches Recht. Es liegt im Ermessen der einzelnen Staaten zu entscheiden, wie vielen Drittstaatsangehörigen sie die Einreise in ihr Hoheitsgebiet zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestatten. Erst nach einem ununterbrochenen und rechtmässigem Aufenthalt von fünf Jahren, der zur Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten berechtigt, steht dem Drittstaatsangehörigen ein subjektives Recht auf Zugang zum Ar-

672 Art. 6 Rl (EU) 2016/801.

673 Siehe DAVIES, EU Labour Law, S. 104, die dies in Bezug auf die Blue-Card-Richtlinie festhält. Eine weitere Einschränkung kann sich aus der Verpflichtung zum Inländervorrang ergeben, siehe Rz 327.

674 ROSSI, in: Calliess/Ruffert, Art. 79 AEUV N 34; PROGIN-THEUERKAUF, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 79 AEUV N 35 f.

675 ROSSI, in: Calliess/Ruffert, Art. 79 AEUV N 20.

676 Art. 14 ff. Rl 2003/109/EG; Art. 18 ff. Rl 2009/50/EG; Art. 27 ff. Rl (EU) 2016/801; siehe zu diesem Themenbereich Rz 341 ff.

677 Siehe zu den (eng gefassten) Ausnahmen Rz 318 ff.

beitsmarkt zu.[678] Dieses Recht ist aber nicht mit jenem der EU-Staatsangehörigen vergleichbar, da es stärker eingeschränkt werden kann.[679]

B. Stellensuche und Rekrutierung

1. EU-Staatsangehörige

Eng mit der Frage des Zugangs zum Arbeitsmarkt ist jene nach der Suche einer Erwerbstätigkeit bzw. der Rekrutierung einer Arbeitnehmerin verbunden. Gemäss Art. 45 Abs. 3 lit. a AEUV hat eine EU-Wanderarbeitnehmerin das Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist damit auch das Recht verbunden, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten und sich dort frei zu bewegen.[680] Der Zeitraum, in dem den Wanderarbeitnehmenden dieses Recht zusteht, muss angemessen sein.[681] Kann die Betroffene aber nach Ablauf des mitgliedstaatlich vorgesehenen Zeitraums nachweisen, dass sie weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, so darf sie nicht ausgewiesen werden.[682] Diese Rechtsprechung wurde in die Unionsbürgerrichtlinie aufgenommen, einerseits in Art. 6 Abs. 1, der jedem EU-Staatsangehörigem das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten gewährt und andererseits in Art. 14 Abs. 4, der einen besonderen Ausweisungsschutz für Stellensuchende über diese drei Monate hinaus vorsieht. 302

Arbeitssuchende fallen unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit und haben entsprechend Anspruch auf Gleichbehandlung. So führte der EuGH im Urteil *Vatsouras und Koupatantze*[683] aus, dass es seit Einführung der Unionsbürgerschaft und aufgrund seiner Rechtsprechung zum Gleichbehandlungsgrund- 303

678 Art. 11 Abs. 1 lit. a RI 2003/109/EG.

679 Siehe Rz 326.

680 EuGH, Urteil vom 26.02.1991, *Antonissen,* C-292/89, EU:C:1991:80, Rn 13.

681 EuGH, Urteil vom 26.02.1991, *Antonissen,* C-292/89, EU:C:1991:80, Rn 16.

682 EuGH, Urteil vom 26.02.1991, *Antonissen,* C-292/89, EU:C:1991:80, Rn 21.

683 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, *Vatsouras und Koupatantze,* C-22/08, EU:C:2009:344. Siehe für eine Kommentierung dieses Urteils FAHEY ELAINE, Interpretive legitimacy and the distinction between «social assistance» and «work-seekers allowance»: Comment on Vatsouras, EL Rev 2009, S. 933 ff.

satz[684] nicht mehr möglich ist, eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, vom Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV auszunehmen. Der Mitgliedstaat darf allerdings die Gewährung dieser Beihilfe vom Bestehen einer tatsächlichen Verbindung der Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt abhängig machen.[685] Somit stellt eine solche Leistung auch keine «Sozialhilfeleistung» im Sinne von Art. 24 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie dar.[686]

304 Art. 24 Unionsbürgerrichtlinie enthält den Anspruch auf Inländergleichbehandlung, der Unionsbürgerinnen und -bürgern, die sich aufgrund der Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhalten, zusteht. Art. 24 Abs. 2 sieht jedoch eine Ausnahme von diesem Grundsatz vor, da die Aufnahmemitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet werden können, anderen Personen als Arbeitnehmenden oder Selbständigen und Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Art. 14 Abs. 4 einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Der EuGH präzisierte die Anwendung dieser Vorschrift auf Stellensuchende in drei Urteilen. Im Entscheid *García-Nieto* hielt er fest, dass ein Mitgliedstaat Personen, die sich nach Art. 6 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie in seinem Gebiet aufhalten, keine Sozialhilfe zu gewähren hat.[687] Das deckt sich auch mit dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 2. Im Entschied *Dano* hielt er fest, dass auch EU-Bürger, die weder erwerbstätig noch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in den anderen Mitgliedstaat eingereist sind, keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben.[688] Stellensuchende hingegen, denen nach den Bestimmungen der Unionsbürgerrichtlinie weiterhin die Arbeitnehmereigenschaft zukommt, wie es z.B. bei Personen, die ihre Erwerbstätigkeit im ersten Jahr des Aufenthalts verloren haben für eine begrenzte Zeit der Fall ist[689], haben Anspruch auf Sozialhilfe, wie der EuGH im

---

684 Siehe EuGH, Urteil vom 23.03.2004, *Collins,* C-138/02, EU:C:2004:172, Rn 63 f., mit Hinweis auf vor Einführung der Unionsbürgerschaft ergangene Rechtsprechung.

685 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, *Vatsouras und Koupatantze,* C-22/08, EU:C:2009:344, Rn 37 f.

686 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, *Vatsouras und Koupatantze,* C-22/08, EU:C:2009:344, Rn 45.

687 EuGH, Urteil vom 25.02.2016, *García-Nieto,* C-299/14, EU:C:2016:114.

688 EuGH, Urteil vom 11.11.2014, *Dano,* C-333/13, EU:C:2014:2358, Rn 56 ff., insb. Rn 66.

689 Siehe Art. 7 Abs. 3 lit. c Unionsbürgerrichtlinie.

Entscheid *Alimanovic* festhielt. Dieses Recht ergibt sich aus dem persönlichen Geltungsbereich von Art. 24 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie.[690]

Mit dem Recht der Arbeitnehmenden sich im ganzen Hoheitsgebiet der Union um Stellen zu bewerben, korrespondiert das Recht der Arbeitgebenden Arbeitnehmende aus dem gesamten EU-Gebiet anzuwerben und zu beschäftigen. Zur Durchsetzung dieses Rechts können sie sich ebenfalls auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen.[691] Diese Rechte sind in Art. 2 der Freizügigkeitsverordnung verankert, der festhält, dass jeder EU-Staatsangehöriger und jeder Arbeitgeber, der eine Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ausübt, ihre Stellenangebote und Arbeitsgesuche austauschen sowie Arbeitsverträge schliessen und erfüllen können. 305

Diese Integration des europäischen Arbeitsmarktes hat im Idealfall eine optimale Allokation des Produktionsfaktors Arbeit zur Folge.[692] Sie nimmt den Staaten aber auch Möglichkeiten zur Steuerung des Arbeitsmarktes und zeigt Auswirkungen auf mit dem Arbeitsrecht verbundene Rechtsbereiche. So lag dem EuGH-Entscheid *ITC*[693] eine deutsche Regelung zugrunde, aufgrund der die an einen privaten Arbeitsvermittler gezahlte Entschädigung für die erfolgreiche Vermittlung einer Arbeitslosen davon abhängig gemacht wurde, dass die vermittelte Beschäftigung in Deutschland sozialversicherungspflichtig ist. Nachdem der EuGH festgestellt hatte, dass sich der private Arbeitsvermittler auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV berufen konnte[694] und eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorlag[695], wandte er sich der Frage der Rechtfertigung zu. Deutschland machte geltend, dass die Vermittlungsentschädigung erstens eine nationale Massnahme der Arbeitsmarktpolitik sei, welche die Vermittlungsfähigkeit verbessern und die Arbeitslosigkeit reduzieren soll, dass sie zweitens die inländischen Sozialversicherungen durch Beiträge im finanziellen Gleichgewicht halten und drittens den 306

690 EuGH, Urteil vom 15.09.2015, *Alimanovic,* C-67/14, EU:C:2015:597, Rn 48 ff., insb. Rn 53 f.

691 EuGH, Urteil vom 07.05.1998, *Clean Car Autoservice,* C-350/96, EU:C:1998:205, Rn 25; EuGH, Urteil vom 13.12.2012, *Caves Krier Frères,* C-379/11, EU:C:2012:798, Rn 29.

692 Siehe DAVIES, EU Labour Law, S. 71 f.; FUCHS/MARHOLD, S. 67. Siehe bereits Rz 249.

693 EuGH, Urteil vom 11.01.2007, *ITC,* C-208/05, EU:C:2007:16.

694 EuGH, Urteil vom 11.01.2007, *ITC,* C-208/05, EU:C:2007:16, Rn 25 ff.

695 EuGH, Urteil vom 11.01.2007, *ITC,* C-208/05, EU:C:2007:16, Rn 35 f.

Arbeitsmarkt gegen den Verlust von Fachkräften schützen soll.[696] Der Gerichtshof erachtete allerdings keinen dieser Gründe als überzeugend, sondern gewichtete das Recht der Arbeitnehmenden in einem anderen Mitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit anzunehmen und auszuüben als höher.[697]

307 Für Arbeitgebende erweitert die Arbeitnehmerfreizügigkeit somit die Privatautonomie, da bei der Einstellung von EU-Staatsangehörigen keine ausländerrechtlichen Hürden mehr bestehen.[698] Arbeitnehmenden eröffnet sie einen unionsweiten Arbeitsmarkt und stellt durch das Diskriminierungsverbot sicher, dass sie den rechtlich gewährten Marktzugang auch tatsächlich nutzen können, d.h. dass sie die ihnen gewährte Vertragsfreiheit auch faktisch ausüben können.[699] Verfolgt ein Arbeitgeber dennoch eine diskriminierende Einstellungspraxis, denn aus seiner Sicht engt das Diskriminierungsverbot seine Vertragsabschlussfreiheit ein, so ergeben sich die Rechtsfolgen aus der Rechtsprechung des EuGH. Diese verpflichtet zum Ergreifen von Massnahmen mit hinreichender Wirksamkeit zur Beseitigung der Diskriminierung.[700]

2. Drittstaatsangehörige

308 Das EU-Recht kennt keine Regelungen über die Stellensuche von Drittstaatsangehörigen bzw. zur Rekrutierung Drittstaatsangehöriger durch europäische Arbeitgebende. Sie regelt in den einschlägigen Richtlinien allerdings Fragen zu den Voraussetzungen und der Erteilung von Aufenthalts- bzw. Arbeitsbewilligungen.

309 Die Rahmenrichtlinie verfolgt den Zweck ein einheitliches Verfahren zur Erteilung einer kombinierten Erlaubnis bezüglich Aufenthalt und Arbeit festzulegen. Im Rahmen dieses einheitlichen Verfahrens kommt den Mitgliedstaaten gemäss Art. 4 Abs. 1 ein grosses Ermessen zu. Sie legen fest, ob die Drittstaatsangehörige oder ihr Arbeitgeber den Antrag zu stellen haben, oder ob

---

696 EuGH, Urteil vom 11.01.2007, *ITC,* C-208/05, EU:C:2007:16, Rn 38.

697 EuGH, Urteil vom 11.01.2007, *ITC,* C-208/05, EU:C:2007:16, Rn 39 ff.

698 Siehe für entsprechende Überlegungen in Bezug auf das FZA, PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 991 und JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1227. Siehe zu unzulässigen ausländerrechtlichen Hürden Rz 322.

699 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 875. Siehe zum Diskriminierungsverbot in der Arbeit Rz 351 ff.

700 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 937 m.H.a. die Rechtsprechung. Siehe auch EuGH, Urteil vom 27.02.2014, *Erny,* C-172/11, EU:C:2014:157, Rn 53, und ausführlich dazu Rz 355.

beide in das Verfahren zu involvieren sind. Diese letztgenannte Möglichkeit wird wohl in jenen Mitgliedstaaten zum Zug kommen, die eine vorgängige Prüfung der Arbeitsmarktsituation verlangen.[701] Die Mitgliedstaaten können ebenfalls festlegen, ob die Drittstaatsangehörige den Antrag von einem Drittland aus oder – ausnahmenweise – im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu stellen hat.

Die Blue-Card- und die Saisonarbeitnehmerrichtlinie kennen ähnliche Rege- 310
lungen. Sie sehen aber ausdrücklich vor, dass bei Einreichung des Antrags auf Zulassung zu einem Mitgliedstaat ein gültiger Arbeitsvertrag oder mindestens ein verbindliches Arbeitsangebot vorliegen muss.[702] Das ergibt sich daraus, dass hierbei die Zulassung von Drittstaatsangehörigen nachfrageorientiert erfolgt.[703] Die Saisonarbeitnehmerrichtlinie verlangt dabei, dass diese Dokumente spezifische Informationen u.a. bezüglich der Vergütung, der Arbeitszeit und der Dauer der Beschäftigung, enthalten. Diese Bedingungen müssen den geltenden Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und/oder Gepflogenheiten entsprechen.[704] Diese Regelung sichert die Rechte der Saisonarbeitnehmenden, stellt sicher, dass diese wissen, was sie erwartet und ermöglicht ihnen ihre Arbeitsbedingungen im Falle eines Rechtsstreits zu beweisen.[705]

Das Erfordernis bei Einreichung des Zulassungsantrags bereits über einen Ar- 311
beitsplatz zu verfügen, setzt notwendigerweise voraus, dass die Stellensuche bzw. Rekrutierung bereits vorher erfolgte, zu einem Zeitpunkt, zu dem sich die Drittstaatsarbeitnehmerin noch ausserhalb des Hoheitsgebiets der EU befand. Eine hochqualifizierte Arbeitnehmerin darf allerdings auch einen Antrag auf eine Blaue Karte EU einreichen, wenn sie sich bereits mit einem gültigen Aufenthaltstitel oder einem Visum im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats aufhält.[706] Diese Möglichkeit ist für Saisonarbeitnehmende ausgeschlossen.[707]

---

701 IGLESIAS SÁNCHEZ, Single Permit, Art. 3 Rl 2011/98/EG N 3.

702 Art. 10 Abs. 1 lit. a Rl 2009/50/EG; Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 6 Abs. 1 lit. a Rl 2014/36/EU.

703 HAILBRONNER/HERZOG-SCHMIDT, Art. 5 Rl 2009/50/EG N 3.

704 Art. 5 Abs. 1 lit. a und Abs. 2; Art. 6 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 Rl 2014/36/EU.

705 FUDGE/HERZFELD OLSSON, S. 451 f.

706 Siehe Art. 10 Abs. 2 Rl 2009/50/EG.

707 Siehe Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Rl 2014/36/EU; eine Ausnahme ist nur möglich bei Verlängerung des Aufenthalts oder Erneuerung der Genehmigung nach Art. 15 Rl 2014/36/EU.

3. Gegenüberstellung

312 Die Arbeitnehmerfreizügigkeit schafft einen EU-weiten Arbeitsmarkt, in dem sich EU-Staatsangehörige zur Stellensuche für eine gewisse Dauer auch im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhalten dürfen. Sie können sich dabei bei jedem Arbeitgeber bewerben und jeder Arbeitgeber kann mit jedem EU-Staatsangehörigen, unabhängig von dessem Aufenthaltsort, einen Arbeitsvertrag schliessen. Der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses stehen keine migrationsrechtlichen Hürden mehr entgegen. Die Gewährung dieser Rechte für EU-Arbeitnehmende stellt einen Anreiz des Unionsrecht dar, die Arbeitnehmerfreizügigkeit attraktiver zu gestalten und damit die Wanderbewegung von EU-Staatsangehörigen zu fördern, auch wenn die äusseren Umstände (z.B. fehlende Sprachkenntnisse und Qualifikationen) nicht immer ideal sind.[708]

313 Ganz anders stellt sich die Situation bezüglich Drittstaatsangehörigen dar. Die Anbahnung und der Abschluss eines Arbeitsvertrags ist zwar auch hier möglich, allerdings muss dieser Schritt bereits erfolgt sein, bevor ein Antrag auf eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung gestellt werden kann. Zusätzlich kann der Arbeitgeber in ein Bewilligungsverfahren einbezogen werden, dessen Ausgang nicht immer absehbar ist. Die Einstellung einer Drittstaatsangehörigen ist somit mit mehr administrativem Aufwand und grösserer Unsicherheit verbunden als die Einstellung einer EU-Staatsangehörigen. Zusätzlich ist zu beachten, dass Staaten dadurch auf die Vergrösserung ihres Arbeitsmarktes durch die EU-Integration, und den damit einhergehenden Verlust der Steuerungsmöglichkeiten ihrer Arbeitsmarktpolitik, reagieren können, dass sie die Gewährung von Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen an Drittstaatsangehörige strengeren Voraussetzungen unterwerfen, und so ihre Einstellungschancen verringern.

C. Zugang zu Informationen

1. EU-Staatsangehörige

314 Die Richtlinie 2014/54/EU regelt den Zugang zu Informationen für EU-Wanderarbeitnehmende. Diese Regelung wurde aufgrund der Feststellung, dass die Arbeitnehmenden der Union ihre Rechte auf Freizügigkeit häufig nicht

708 TERHECHTE, Rz 33.

kennen und damit bei ihrer Ausübung ungerechtfertigten Einschränkungen unterliegen können, ins EU-Recht aufgenommen.[709] Aus diesem Grund verpflichtet Art. 6 der Richtlinie 2014/54/EU die Mitgliedstaaten Informationen zu den Vorschriften, die aufgrund der Freizügigkeitsverordnung und dieser Richtlinie erlassen werden, allen Betroffenen, insbesondere den Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden, in geeigneter Form bekannt zu geben. Die Informationen müssen in mehr als einer Amtssprache der Union bereitgestellt und verständlich, kostenlos, leicht zugänglich, umfassend und aktuell sein. Eine ähnliche Verpflichtung zur Verbreitung von Informationen wurde den Mitgliedstaaten bereits in Art. 34 Unionsbürgerrichtlinie, über die von dieser Richtlinie erfassten Bereiche, auferlegt.

2. Drittstaatsangehörige

Die Rahmenrichtlinie enthält eine allgemeine Verpflichtung zur Information der Öffentlichkeit. Art. 14 verlangt, dass jeder Mitgliedstaat der Öffentlichkeit regelmässig aktualisierte Informationen über die Voraussetzungen für die Zulassung und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen in sein bzw. in seinem Hoheitsgebiet zu Arbeitszwecken zur Verfügung stellt. Durch diese Informationen werden natürlich auch potenzielle Arbeitgebende von Drittstaatsangehörigen und Drittstaatsangehörige selbst erreicht. 315

Zusätzlich sieht die Rahmenrichtlinie in Art. 11 Abs. 1 lit. d vor, dass der Inhaber der kombinierten Erlaubnis Informationen über die Rechte erhält, die ihm gemäss der Richtlinie und/oder dem einzelstaatlichen Recht mit der Erlaubnis verliehen werden.[710] Informationen für die Antragssteller selbst sehen auch Art. 11 der Saisonarbeitnehmerrichtline und Art. 35 der Richtlinie (EU) 2016/801 vor. Sie verlangen mit beinahe gleichlautendem Wortlaut, dass die Mitgliedstaaten den Antragstellern die Informationen über alle im Rahmen der Antragstellung beizubringenden Nachweise sowie Informationen über die Bedingungen für Einreise und Aufenthalt, einschliesslich der damit verbundenen Rechte, Pflichten und Verfahrensgarantien, in leicht zugänglicher Weise zur Verfügung stellen. Die Richtlinien äussern sich nicht zur Sprache, in der die Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen, aber unter 316

709 E. 5 Rl 2014/54/EU.

710 Art. 7 Abs. 2 UAbs. 3 Rl 2003/109/EG sieht ebenfalls eine Verpflichtung zur Information der betreffenden Person vor. Was damit genau gemeint ist, bleibt aber unklar, siehe PEERS ET AL., S. 307.

Beachtung des Effektivitätsgrundsatzes sollten Sprachen gewählt werden, die der Antragsteller versteht oder von denen angenommen werden kann, dass er sie versteht.[711]

3. Gegenüberstellung

317 Der Zugang zu Informationen über die Möglichkeiten zur Einreise in ein anderes Land und die dortige Ausübung einer Beschäftigung sowie das Wissen über die damit verbundenen Rechte und Pflichten, sind eine notwendige Voraussetzung zur effektiven Ausübung der Arbeitsmigration. Dies gilt genauso für EU-Wanderarbeitnehmende wie für Drittstaatsangehörige. Da dieses Bedürfnis in den letzten Jahren erkannt worden ist, wurden entsprechende Bestimmungen in die einschlägigen Richtlinien eingefügt.

D. Inländervorrang und Schutz des Arbeitsmarktes

1. EU-Staatsangehörige

318 EU-Staatsangehörige haben, wie bereits gesehen, das Recht auf freien Zugang zum Arbeitsmarkt eines jeden EU-Mitgliedstaats. Dieses Recht wird aber durch Art. 45 Abs. 4 AEUV eingeschränkt: Die in Art. 45 AEUV gewährten Rechte finden keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Bei der «öffentlichen Verwaltung» handelt es sich um einen Begriff des Unionsrechts, der einheitlich ausgelegt und angewandt werden muss.[712]

319 Art. 45 Abs. 4 AEUV ist eine souveränitätswahrende Vorschrift zum Schutz des Interesses der Mitgliedstaaten, gewisse Tätigkeiten ihren eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten.[713] Dabei hat sich die Tragweite der Bestimmung, als Ausnahme vom Grundprinzip der Arbeitnehmerfreizügigkeit, auf das zu beschränken, was zur Wahrung dieses Interesses unbedingt erforderlich ist.[714] Art. 45 Abs. 4 AEUV betrifft dabei nur den Zugang zu Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung. Sobald die Arbeitnehmerin eine Tätigkeit in der öffentli-

---

711 Siehe PEERS ET AL., S. 226; WIESBROCK/JÖST/DESMOND, Art. 11 Rl 2014/36/EU N 1.

712 EuGH, Urteil vom 17.12.1980, *Kommission / Belgien,* C-149/79, EU:C:1980:297, Rn 12.

713 TERHECHTE, Rz 66.

714 EuGH, Urteil vom 03.07.1986, *Lawrie-Blum,* C-66/85, EU:C:1986:284, Rn 26.

chen Verwaltung ausübt, kann Art. 45 Abs. 4 AEUV keine unterschiedliche Behandlung in Bezug auf die Entlohnung oder Arbeitsbedingungen mehr rechtfertigen.[715]

Zum Zugang führte der EuGH aus, dass «diese Bestimmungen diejenigen Stellen vom Anwendungsbereich der ersten drei Absätze [des Art. 45 AEUV ausnimmt], die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staats oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind. Die Beschäftigung auf derartigen Stellen setzt nämlich ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraus, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen»[716]. Da der EuGH auf die Art der Tätigkeit fokussiert, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sein muss, dürfen die Mitgliedstaaten nicht alle Stellen der öffentlichen Verwaltung vom Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV ausnehmen.[717] Es kommt auch nicht auf die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses an, sondern nur darauf, ob die konkrete Tätigkeit zur Ausübung hoheitlicher Gewalt ermächtigt.[718] Entsprechend werden von der Ausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV u.a. Krankenpflegerinnen[719], Studienreferendare[720], Fremdsprachenlektorinnen[721], Lehrkräfte[722], Musiker 320

715 EuGH, Urteil vom 12.02.1974, *Sotgiu,* C-152/73, EU:C:1974:13, Rn 4; EuGH, Urteil vom 16.06.1987, *Kommission / Italien,* C-225/85, EU:C:1987:284, Rn 11.

716 EuGH, Urteil vom 17.12.1980, *Kommission / Belgien,* C-149/79, EU:C:1980:297, Rn 10.

717 EuGH, Urteil vom 17.12.1980, *Kommission / Belgien,* C-149/79, EU:C:1980:297, Rn 11. Siehe dazu auch EuGH, Urteil vom 02.07.1996, *Kommission / Luxemburg,* C-473/93, EU:C:1996:263; EuGH, Urteil vom 02.07.1996, *Kommission / Belgien,* C-173/94, EU:C:1996:264 und EuGH, Urteil vom 02.07.1996, *Kommission / Griechenland,* C-290/94, EU:C:1996:265.

718 EuGH, Urteil vom 03.07.1986, *Lawrie-Blum,* C-66/85, EU:C:1986:284, Rn 26. TERHECHTE, Rz 66.

719 EuGH, Urteil vom 03.06.1986, *Kommission / Frankreich,* C-307/84, EU:C:1968:222, Rn 13 ff.

720 EuGH, Urteil vom 03.07.1986, *Lawrie-Blum,* C-66/85, EU:C:1986:284, Rn 28.

721 EuGH, Urteil vom 30.05.1989, *Allué,* C-33/88, EU:C:1989:222, Rn 9.

722 EuGH, Urteil vom 27.11.1991, *Bleis,* C-4/91, EU:C:1991:448, Rn 7; EuGH, Urteil vom 02.07.1996, *Kommission / Luxemburg,* C-473/93, EU:C:1996:263, Rn 33 f.

in einem Orchester des Theaters oder der Oper[723] und Rechtsreferendare[724] nicht erfasst.

321 Allerdings werden auch nicht alle Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind, von der Ausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV erfasst. Es ist zusätzlich nötig, dass «diese Befugnisse von den Stelleninhabern tatsächlich regelmässig ausgeübt werden und nicht nur einen sehr geringen Teil ihrer Tätigkeit ausmachen»[725]. Werden die hoheitlichen Befugnisse nur sporadisch oder ausnahmsweise von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten ausgeübt, so gefährdet das gemäss der Rechtsprechung des EuGH die allgemeinen Interessen des Mitgliedstaats nicht.[726]

322 Unter Vorbehalt dieser Bereichsausnahme haben EU-Staatsangehörige diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt. Das hat zur Folge, dass nationale Massnahmen zum Schutz der einheimischen Arbeitskräfte und ihres Zugangs zum Arbeitsmarkt nicht (mehr) zulässig sind. So versagt Art. 3 Vo (EU) Nr. 492/2011 Vorschriften die Anwendung, die das Stellenangebot und das Arbeitsgesuch, den Zugang zur Beschäftigung und deren Ausübung durch Ausländerinnen und Ausländer einschränken oder von Bedingungen abhängig machen, die für Inländer nicht gelten. Dazu gehören insbesondere Praktiken, die ein besonderes Verfahren für die Anwerbung von ausländischen Arbeitnehmenden zwingend vorschreiben; die die Veröffentlichung eines Stellenangebots einschränken oder von anderen als den Bedingungen abhängig machen, die für den im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber gelten; oder die den Zugang zur Beschäftigung von Bedingungen abhängig machen, die sich auf die Einschreibung beim Arbeitsamt beziehen, oder die namentliche Anwerbung einer Arbeitnehmerin hindern, soweit dadurch Personen betroffen sind, die nicht im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen. Auch Vorschriften, die, ohne auf die Staatsangehörigkeit abzustellen, ausschliesslich oder hauptsächlich bezwecken oder bewirken, dass Angehö-

723 EuGH, Urteil vom 02.07.1996, *Kommission / Griechenland,* C-290/94, EU:C:1996:265, Rn 39.

724 EuGH, Urteil vom 10.12.2009, *Peśla,* C-345/08, EU:C:2009:771, Rn 31.

725 EuGH, Urteil vom 30.09.2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española,* C-405/01, EU:C:2003:515, Rn 44.

726 EuGH, Urteil vom 30.09.2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española,* C-405/01, EU:C:2003:515, Rn 44. EuGH, Urteil vom 30.09.2003, *Anker,* C-47/02, EU:C:2003:516, Rn 63; EuGH, Urteil vom 10.09.2014, *Haralambidis,* C-270/13, EU:C:2014:2185, Rn 59.

rige der übrigen Mitgliedstaaten von der angebotenen Stelle ferngehalten werden, sind nicht zulässig. Auch zahlen- oder anteilsmässige Beschränkungen dürfen nach Art. 4 Abs. 1 Vo (EU) Nr. 492/2011 nicht auf ausländische EU-Staatsangehörige angewandt werden.[727] Ein solches Verbot trifft auch Verbände, die in ihren Regelwerken die Anstellung von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten durch sogenannte Ausländerklauseln[728] beschränken.[729]

323 Allerdings gibt es auch hier eine Ausnahme. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 der Freizügigkeitsverordnung erlaubt es, das Stellenangebot und das Arbeitsgesuch von Sprachkenntnissen abhängig zu machen, die in Anbetracht der Besonderheit der zu vergebenden Stelle erforderlich sind. In Anwendung dieser Bestimmung hat der EuGH entschieden, dass Irland von Dozierenden an öffentlichen Bildungseinrichtungen, die eine Vollzeitdauerplanstelle innehaben, hinreichende Irischkenntnisse verlangen darf.[730] Die Begründung ergibt sich aus der sprachlichen Sonderstellung Irlands, das eine Politik der Wahrung und Förderung des Irischen verfolgt. Die Massnahme hat allerdings ohne Diskriminierung anderer EU-Staatsangehörigen zu erfolgen und verhältnismässig zu sein.[731] Unverhältnismässigkeit läge z.B. vor, wenn die Sprachkenntnisse nur durch eine Bescheinigung, die an einer einzigen nationalen Einrichtung ausgestellt wird, nachgewiesen werden könnten.[732]

324 Unter Vorbehalt der oben dargelegten Ausnahmen haben EU-Staatsangehörige im Hoheitsgebiet jedes anderen Mitgliedstaats mit dem gleichen Vorrang Anspruch auf Zugang zu den verfügbaren Stellen wie die Staatsangehörigen dieses Staats (Art. 1 Abs. 2 Vo (EU) Nr. 492/2011). Dabei ist auch zu beachten, dass eine grosse Anzahl von Arbeitsverträgen aufgrund der Vermittlung von privaten und öffentlichen Stellen zustande kommt. Entsprechend verlangt das europäische Recht eine enge Zusammenarbeit der einzelstaatlichen

727 Siehe dazu EuGH, Urteil vom 04.04.1974, *Kommission / Frankreich,* C-167/73, EU:C:1974:35.

728 Siehe EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 25 ff.

729 EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 118 f.

730 EuGH, Urteil vom 28.11.1989, *Groener,* C-379/87, EU:C:1989:599.

731 EuGH, Urteil vom 28.11.1989, *Groener,* C-379/87, EU:C:1989:599, Rn 17–19.

732 EuGH, Urteil vom 05.02.2015, *Kommission / Belgien,* C-317/14, EU:C:2015:63, Rn 28.

Arbeitsverwaltungen.[733] Die entsprechenden sekundärrechtlichen Konkretisierungen dazu finden sich in der Verordnung (EU) 2016/589.

2. Drittstaatsangehörige

325 Drittstaatsangehörige haben kein Recht auf freien Zugang zum Arbeitsmarkt. Das äussert sich nicht nur bei der erstmaligen Einreise ins Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sondern setzt sich im Rahmen des Erlasses von Vorschriften zum Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes und der inländischen Arbeitnehmenden fort. Die Möglichkeit zur Ergreifung solcher Massnahmen ist ein zentraler Grund für die Mitgliedstaaten die Kontrolle über das Migrationsrecht behalten zu wollen.

326 Die Daueraufenthaltsrichtlinie, die in Art. 11 Abs. 1 lit. a den freien Zugang zu einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit gewährt, was das Recht zum Arbeitgeberwechsel beinhaltet, schränkt diesen Zugang gleich wieder in zwei wichtigen Aspekten ein. Die Tätigkeit darf nämlich nicht, auch nicht zeitweise, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sein, eine Ausnahme, die umfassender ist als jene in Art. 45 Abs. 4 AEUV.[734] Eine Anwendung der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 45 Abs. 4 AEUV auf die Bestimmung der Daueraufenthaltsrichtlinie ist somit nicht möglich. Bei der Auslegung ist allerdings zu beachten, dass der Begriff «Ausübung öffentlicher Gewalt» verwendet wird. Ein Ausschluss von Daueraufenthaltsberechtigten von jeder Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung, wie z.B. Lehrern, scheint damit nicht möglich.[735] Zusätzlich berührt der Daueraufenthaltsberechtigen gewährte Zugang zum Arbeitsmarkt gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a mitgliedstaatliche Zugangsschranken zu unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeiten, die den eigenen Staatsangehörigen und Unions- oder EWR-Bürgerinnen und -Bürgern vorbehalten sind, nicht. Diese Zugangsbeschränkungen dürfen allerdings nicht neu eingeführt werden, sondern müssen bereits bei Erlass der Richtlinie bestanden haben.[736]

327 Die sektoriellen Richtlinien sehen umfassende Schutzvorschriften vor. Alle drei Richtlinien kennen Bestimmungen zum Inländervorrang. Gemäss Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 Blue-Card-Richtlinie können die Mitgliedstaaten prüfen, ob

733 FUCHS/MARHOLD, S. 153 f.
734 BOELES ET AL., S. 185; PEERS ET AL., S. 310.
735 THYM, Long Term, Art. 11 Rl 2003/109/EG N 15.
736 BARNARD, S. 184.

die freie Stelle nicht mit einem «Inländer» besetzt werden kann. Darunter fallen Arbeitskräfte des eigenen Lands oder der Union, Drittstaatsangehörige, die dem Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats bereits angehören, und langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige, die sich zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung in diesen Mitgliedstaat begeben wollen. Auch der Antrag auf bzw. die Verlängerung oder Erneuerung einer Erlaubnis für Saisonarbeitnehmende kann gemäss Art. 8 Abs. 3 bzw. Art. 15 Abs. 6 Rl 2014/26/EU davon abhängig gemacht werden, dass die fragliche Stelle nicht durch eine Staatsangehörige des betreffenden Mitgliedstaats, einen Unionsbürger oder durch eine Drittstaatsangehörige mit rechtmässigem Aufenthalt besetzt werden kann. Auch die Richtlinie (EU) 2016/801 sieht in Art. 20 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 5 die Möglichkeit vor, einen Antrag für die Zulassung bzw. Verlängerung eines Beschäftigungsverhältnisses von einem Inländervorrang abhängig zu machen.

328 Die weiteren Einschränkungen in den sektoriellen Richtlinien können folgendermassen zusammengefasst werden:

329 Zugangsbeschränkungen: Die Blue-Card-Richtlinie gewährt in Art. 12 Abs. 3 und 4, ähnlich wie die Daueraufenthaltsrichtlinie, den Mitgliedstaaten die Möglichkeit Zugangsbeschränkungen zu gewissen Tätigkeiten beizubehalten, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und der Verantwortung für die Wahrung der allgemeinen Belange des Staats verbunden sind (Abs. 3), sowie die Möglichkeit, Zugangsbeschränkungen zu Tätigkeiten beizubehalten, die eigenen Staatsangehörigen, Unions- oder EWR-Bürgerinnen und -Bürgern vorbehalten sind (Abs. 4). Es ist nicht klar, seit welchem Zeitpunkt die Bestimmungen bestanden haben müssen, um «beibehalten» werden zu können. Es ist davon auszugehen, dass sie zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie Teil des nationalen Rechts zu sein hatten.[737]

330 Schutz bestehender Stellen: Die Saisonarbeitnehmerrichtlinie erlaubt die Ablehnung des Antrags auf Erteilung bzw. Verlängerung oder Erneuerung einer Erlaubnis für Saisonarbeitnehmende, wenn der Arbeitgeber die zu besetzende freie Stelle geschaffen hat, indem er in den 12 Monaten unmittelbar vor der Einreichung des Antrags eine Vollzeitstelle abgeschafft hat.[738] Eine

737 HAILBRONNER/HERZOG-SCHMIDT, Art. 12 Rl 2009/50/EG N 8; PEERS ET AL., S. 58.

738 Siehe Art. 8 Abs. 4 lit. b und Art. 9 Abs. 3 lit. d Rl 2014/36/EU.

ähnliche Schutzvorschrift findet sich in der Rl (EU) 2016/801, soweit es um Praktikanten geht. Ihre Stelle darf ebenfalls keinen Arbeitsplatz ersetzen.[739]

331 Beachtung arbeitsrechtlicher Vorschriften: Eine Aufenthaltsbewilligung kann gemäss verschiedenen Richtlinien abgelehnt bzw. entzogen oder nicht verlängert werden, wenn der Arbeitgeber die nationalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in Gesetzen oder Gesamtarbeitsverträgen enthalten sind oder Gepflogenheiten des Staats entsprechen, nicht eingehalten hat.[740] Die gleiche Rechtsfolge greift, wenn gegen den Arbeitgeber wegen Schwarzarbeit und/oder irregulärer Beschäftigung Sanktionen verhängt wurden.[741]

3. Gegenüberstellung

332 Das Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit zielt darauf ab, alle bestehenden Zugangsschranken zum Arbeitsmarkt abzubauen. Zugangsbeschränkungen sind nur noch in zwei engen Bereichen zulässig: bei Tätigkeiten, die mit der regelmässigen Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind, und bei Tätigkeiten, zu deren Ausübung Sprachkenntnisse erforderlich sind. Diese strengen Anforderungen an Zugangsschranken sind eine logische Folge des Integrationskonzepts der EU als ein Binnenmarkt.

333 Für Drittstaatsangehörige hingegen können die Mitgliedstaaten bereits bestehende Schranken beibehalten oder im Rahmen des Ermessens, das ihnen die einschlägigen Richtlinien gewähren, auch neu einführen. Auch die Regelungen in der Daueraufenthaltsrichtlinie, die doch immerhin den freien Zugang zum Arbeitsmarkt vorsieht, bleiben hinter den Rechten für EU-Wanderarbeitnehmende zurück, was insbesondere an den weitergehenden Einschränkungsmöglichkeiten liegt.

E. Geografische und berufliche Mobilität

1. EU-Staatsangehörige

334 Wanderarbeitnehmende aus EU-Mitgliedstaaten haben das Recht sich zur Stellensuche im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen (Art. 45

739 Art. 13 Abs. 3 Rl (EU) 2016/801.

740 Art. 8 Abs. 4 lit. a und Art. 9 Abs. 3 lit. b Rl 2014/36/EU; Art. 20 Abs. 2 lit. a und b und Art. 21 Abs. 2 lit. a und b Rl (EU) 2016/801.

741 Art. 8 Abs. 5 Rl 2009/50/EG; Art. 8 Abs. 2 lit. a und Art. 9 Abs. 2 lit. a Rl 2014/36/EU; Art. 20 Abs. 2 lit. c und Art. 21 Abs. 2 lit. c Rl (EU) 2016/801.

Abs. 3 AEUV). Die gesamte Ausgestaltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist darauf gerichtet, dieses Ziel zu fördern und so einen einheitlichen europäischen Arbeitsmarkt zu schaffen. Dazu gehört das Recht auf Ein- und Ausreise nach Art. 4 und 5 Unionsbürgerrichtlinie verbunden mit dem Zugang zum Arbeitsmarkt[742], genauso wie das Recht jede Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats (Art. 1 Abs. 1 Vo (EU) Nr. 492/2011)[743] auszuüben.

335 Die Freizügigkeits- und Arbeitsrechte müssen diskriminierungsfrei ausgestaltet werden, denn das Marktintegrationsziel kann nur erreicht werden, wenn Arbeitnehmende anderer Mitgliedstaaten nicht willkürlich vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen oder anderweitig benachteiligt werden dürfen.[744] Die Weiterentwicklung des Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit zu einem Beschränkungsverbot erlaubte es dem EuGH zusätzliche mobilitätbehindernde Situationen zu prüfen, auf die das Diskriminierungsverbot nicht passte. Das Beschränkungsverbot setzt staatlichen und privaten Regelungen Grenzen, welche die Mobilität der EU-Wanderarbeitnehmenden einschränken.[745] Auch weitere Bestimmungen legte der EuGH im Hinblick auf ihre mobilitätsfördernden Aspekte aus. So hielt er in Bezug auf den Begriff der «sozialen Vergünstigungen» nach Art. 7 Abs. 2 Vo (EU) Nr. 492/2011 fest, dass darunter «alle Vergünstigungen zu verstehen [sind], die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnorts im Inland allgemein gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der [Union] zu erleichtern»[746].

336 Es ist somit festzuhalten, dass EU-Wanderarbeitnehmenden umfassende (geografische und berufliche) Mobilitätsrechte innerhalb der Union zukommen.

742 Siehe Rz 296 f.

743 Zur Stellensuche und Rekrutierung siehe Rz 302 ff.

744 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 878.

745 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 914; siehe zum Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot Rz 246 ff.

746 EuGH, Urteil vom 27.11.1997, *Meints,* C-57/96, EU:C:1997:564, Rn 39.

2. Drittstaatsangehörige

337 Für Drittstaatsangehörige bestehen hingegen nur eingeschränkte Mobilitätsrechte, auch wenn es in der Literatur Forderungen gibt, die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhaltende Drittstaatsangehörige auszudehnen.[747] Ein Blick auf die geltende Rechtslage macht deutlich, dass die Gewährung von Mobilitätsrechten stark vom (beruflichen) Qualifikationsniveau abhängt. Das gilt insbesondere in Bezug auf die berufliche Mobilität innerhalb des ersten Mitgliedstaats und die geografische Mobilität innerhalb der EU.

a. Geografische und berufliche Mobilität

338 Die geografische Mobilität innerhalb eines Mitgliedstaats wirft keine weiteren Schwierigkeiten auf. Alle Richtlinien (ausser der Rl (EU) 2016/801) enthalten Vorschriften, die den Drittstaatsangehörigen den freien Zugang zum gesamten Hoheitsgebiet des ausstellenden Mitgliedstaats gewähren. Dieses Recht darf allerdings nur innerhalb der Beschränkungen bzw. Grenzen des nationalen Rechts ausgeübt werden.[748]

339 Das Recht auf berufliche Mobilität ist hingegen mehrheitlich eingeschränkt, da nur Art. 11 Abs. 1 lit. a der Daueraufenthaltsrichtlinie die uneingeschränkte berufliche Mobilität vorsieht.[749] In der Rahmenrichtlinie verleiht die kombinierte Erlaubnis gemäss Art. 11 lit. c mindestens das Recht auf die Ausübung der konkreten Beschäftigung, die mit dieser Erlaubnis genehmigt wurde. Die Mitgliedstaaten können allerdings eine günstigere Regelung vorsehen. Die gleiche Formulierung findet sich in Art. 22 lit. c der Saisonarbeitnehmerrichtlinie, wobei eine innerstaatliche weitergehende Rechtsgewährung ausgeschlossen ist.[750] Art. 15 der Saisonarbeitnehmerrichtlinie erlaubt zwar die ein- oder mehrmalige Verlängerung des Vertrags mit der gleichen Arbeitgeberin und den Arbeitgeberwechsel. Da dazu aber die gleichen Zulassungsvoraussetzungen wie bei der erstmaligen Genehmigungsgewährung

---

747 FUCHS/MARHOLD, S. 84 m.w.H.

748 Art. 11 lit. b Rl 2011/98/EU; Art. 11 Abs. 1 lit. h Rl 2003/109/EG; Art. 14 Abs. 1 lit. h Rl 2009/50/EG; Art. 22 lit. b Rl 2014/36/EU. Diese Regelungen entsprechen damit Art. 2 Abs. 1 ZP 4 zur EMRK.

749 Dieses Recht ergibt sich notwendigerweise aus dem freien Zugang zum Arbeitsmarkt, siehe Rz 298.

750 Art. 4 Abs. 2 Rl 2014/36/EU.

zur Saisonarbeit erfüllt sein müssen, handelt es sich nicht um eine eigentliche berufliche Mobilität. Es ist zu vermuten, dass diese eingeschränkte Rechtsgewährung damit zu tun hat, dass die Saisonarbeitnehmerrichtlinie nur und die Rahmenrichtlinie auch niedrigqualifizierte Arbeitnehmende abdeckt.

Für hochqualifizierte Arbeitskräfte aus Drittstaaten hingegen besteht gemäss Art. 12 Abs. 1 und 2 Rl 2009/50/EG (nur) eine zeitliche Beschränkung der beruflichen Mobilität von zwei Jahren. Während diesen zwei Jahren benötigt der Inhaber der Blauen Karte EU bei jedem Arbeitsplatzwechsel eine schriftliche Genehmigung der zuständigen Behörden. Diese zeitliche Einschränkung wurde als nötig angesehen, um zu verhindern, dass der Lohn kurz nach der Zulassung gesenkt wird.[751] Nach Ablauf dieser Frist kann der Mitgliedstaat den Arbeitnehmer seinen eigenen Staatsangehörigen gleichstellen. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer die Zulassungskriterien nach Art. 5, wozu auch die Lohnhöhe gehört, nicht mehr erfüllen muss.[752] Allerdings ist er weiterhin auf die Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung beschränkt. Macht der Mitgliedstaat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so ist der Arbeitnehmer verpflichtet jede Änderung, welche die Zulassungsvoraussetzungen betrifft, zu melden. Eine vorübergehende Arbeitslosigkeit (während den ersten zwei Jahren oder später) bedeutet nach Art. 13 nicht den automatischen Entzug der Blauen Karte EU, vorausgesetzt die Arbeitslosigkeit dauert nicht länger als drei Monate und tritt nur einmal während der Gültigkeitsdauer der Blauen Karte auf.[753] Während dieser Zeit hat der hochqualifizierte Arbeitnehmer, unter den Voraussetzungen von Art. 12, das Recht, eine neue Erwerbstätigkeit zu suchen und auszuüben.[754] 340

b. Innereuropäische Mobilität

Gewisse Richtlinien sehen die Möglichkeit eines Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat vor. Damit lockert sich die Bindung des Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt seines Aufenthaltsmitgliedstaats. Die inner- 341

751 HAILBRONNER/HERZOG-SCHMIDT, Art. 12 Rl 2009/50/EG N 1. Siehe zur verlangten Lohnhöhe Rz 265.

752 HAILBRONNER/HERZOG-SCHMIDT, Art. 12 Rl 2009/50/EG N 5.

753 Damit fällt die Blue-Card-Richtlinie hinter das Rechtsstellungübereinkommen des Europarates zurück, das eine Dauer von fünf Monaten vorsieht, um eine neue Erwerbstätigkeit zu finden, HAILBRONNER/HERZOG-SCHMIDT, Art. 4 Rl 2009/50/EG N 1. Siehe Rz 209.

754 BOELES ET AL., S. 163.

europäischen Grenzen, die ihn bis anhin vom europäischen Binnenmarkt ferngehalten haben, werden nun auch für ihn durchlässig.[755] Diese Öffnung des Binnenmarktes erfolgte aus zwei Gründen. Einerseits geht es um die Frage der «angemessenen Behandlung» der Drittstaatsangehörigen, da wiederholt festgestellt worden ist, dass ihr Ausschluss vom innereuropäischen Markt negative Auswirkungen auf ihre Integration in die Gesellschaft des Aufnahmestaats haben könnte. Andererseits stellt die innereuropäische Mobilität ein wichtiges Instrument im internationalen Wettbewerb um die besten Arbeitskräfte dar.[756] Zu beachten ist aber, dass die an Drittstaatsangehörige gewährten Mobilitätsrechte stark von den an EU-Staatsangehörige gewährten Freizügigkeitsrechten abweichen.[757] Gewährt wird die Möglichkeit auf innereuropäische Mobilität (nur) langfristig Aufenthaltsberechtigten, hochqualifizierten Arbeitskräften und Forschenden und Studierenden, allerdings in keinem Fall vorbehaltslos oder automatisch.

342 Ein langfristig Aufenthaltsberechtigter erwirbt nach Art. 14 Rl 2003/801/EG das Recht sich länger als drei Monate im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten. Der zweite Mitgliedstaat kann dieses Recht allerdings weitgehenden Anforderungen und Einschränkungen unterwerfen. So kann er die Gesamtzahl der Personen, denen ein Aufenthaltsrecht gewährt wird, begrenzen, soweit solche Begrenzungen vor der Annahme der Daueraufenthaltsrichtlinie bereits im nationalen Recht vorgesehen waren. Möchte der Drittstaatsangehörige im zweiten Mitgliedstaat eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, so ist der Mitgliedstaat berechtigt eine vorgängige Arbeitsmarktprüfung durchzuführen. Das erlaubt es ihm in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit inländischer Arbeitskräfte die Mobilität von langfristig Aufenthaltsberechtigten in gewisse Wirtschaftssektoren einzuschränken.[758] Der zweite Mitgliedstaat hat aus Gründen der Arbeitsmarktpolitik auch das Recht Inländer[759] vorrangig zu berücksichtigen. Vor der Ausstellung des Aufenthaltstitels im Falle einer unselbständigen Erwerbstätigkeit kann der zweite Mitgliedstaat verlangen, dass der Daueraufenthaltsbe-

755 GUILD, Internal Market, S. 116 f.

756 IGLESIAS SÁNCHEZ, Free Movement, S. 798 f.

757 WIESBROCK, S. 474.

758 THYM, Long Term, Art. 14 Rl 2003/109/EG N 12.

759 In diesem Fall sind damit Unionsbürgerinnen und -bürger, Drittstaatsangehörige, wenn dies im Gemeinschaftsrecht vorgesehen ist, sowie sich rechtmässig aufhaltende Drittstaatsangehörige, die Arbeitslosenunterstützung beziehen, gemeint, siehe Art. 14 Abs. 3 UAbs. 2 Rl 2003/801/EG.

rechtigte im Besitz eines Arbeitsvertrags, einer Einstellungserklärung der Arbeitgeberin oder eines Beschäftigungsangebots ist. Nach Ausstellung der Aufenthaltsbewilligung hat der Daueraufenthaltsberechtigte Anspruch auf Gleichbehandlung und Zugang zum Arbeitsmarkt. Dieses letztgenannte Recht kann allerdings für einen Zeitraum von höchstens 12 Monaten beschränkt werden.

343 Hochqualifizierte Arbeitsnehmende aus Drittstaaten können sich gemäss Art. 18 Rl 2009/50/EG nach einem 18-monatigen Aufenthalt im ersten Mitgliedstaat zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung in einen anderen Mitgliedstaat begeben. Damit steht Inhabern einer Blauen Karte EU die innereuropäische Mobilität nach einer kürzeren Aufenthaltsdauer zu als langfristig Aufenthaltsberechtigten, sie müssen allerdings bei den Behörden des zweiten Mitgliedstaats einen Antrag auf eine Aufenthaltsbewilligung stellen und die gleichen Voraussetzungen wie beim Antrag im ersten Mitgliedstaat erfüllen. Zusätzlich können die Mitgliedstaaten nach Art. 18 Abs. 7 weiterhin Zulassungsquoten anwenden. Zur Erleichterung der Mobilität hat der zweite Mitgliedstaat aber die Möglichkeit gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. a die Gehaltsschwelle herabzusetzen. Zusätzlich wird bei Inhabern einer Blauen Karte EU nach Art. 16 die in anderen Mitgliedstaaten verbrachte Zeit an die Dauer des fünfjährigen, ununterbrochenen und rechtmässigen Aufenthalts zur Erlangung eines Status als langfristig Aufenthaltsberechtigter hinzugerechnet.

344 Forschende und Studierende haben gemäss Art. 27 Rl (EU) 2016/801 das Recht in einen oder mehrere andere Mitgliedstaaten einzureisen, um dort einen Teil ihres Studiums oder ihrer Forschungstätigkeit zu absolvieren bzw. durchzuführen. Dieses Recht wird nur bei Vorliegen der in den Art. 28 ff. Rl (EU) 2016/801 vorliegenden Bedingungen gewährt. Forschende dürfen dabei neben ihrer Forschungstätigkeit eine Lehrtätigkeit ausüben und Studierende neben ihrem Studium arbeiten, wobei die gleichen Voraussetzungen wie im ersten Mitgliedstaat erfüllt sein müssen.

345 Es ist somit festzuhalten, dass nur langfristig aufenthaltsberechtigte und hochqualifizierte Arbeitskräfte sowie Forschende und Studierende die Möglichkeit auf innereuropäische Mobilität haben. Die Mitgliedstaaten können allerdings einschränkende Bedingungen aufstellen, die zur Folge haben, dass Drittstaatsarbeitskräfte, die in einem zweiten Mitgliedstaat arbeiten möchten, beinahe die gleichen Voraussetzungen erfüllen müssen, wie bei ihrer erstmaligen Einreise ins Hoheitsgebiet der EU. Die Regelungen stellen damit zwar ein Verfahren dar, das es Drittstaatsangehörigen erlaubt, ihren Aufenthalt

von einem EU-Mitgliedstaat in einen anderen zu übertragen, sie messen aber nationalen Vorrechten und Ermessensspielräumen einen grösseren Wert zu als der Möglichkeit der innereuropäischen Freizügigkeit von Drittstaatsangehörigen.[760]

3. Gegenüberstellung

346 Zweck der Arbeitnehmerfreizügigkeit für EU-Staatsangehörige ist die Gewährung der innereuropäischen Mobilität. Die im Zusammenhang mit dieser Freizügigkeit erlassenen Sekundärrechtsakte ebenso wie die Rechtsprechung des EuGH zielen auf eine Erleichterung der Freizügigkeit für EU-Wanderarbeitnehmende ab. Auch Drittstaatsangehörigen wird die Möglichkeit zur innereuropäischen Mobilität gewährt, allerdings nur soweit es sich um langfristig Aufenthaltsberechtigte, Hochqualifizierte, Forschende oder Studierende handelt. Die Bewilligung zum Aufenthalt im zweiten Mitgliedstaat hängt dabei aber von gleichen oder ähnlichen Voraussetzungen ab wie im ersten Mitgliedstaat, was die administrativen Hürden sehr gross macht. Dennoch ist festzuhalten, dass es sich bei der innereuropäischen Mobilität von Drittstaatsangehörigen um ein neues Prinzip des europäischen Einwanderungsrechts handelt.[761] Es ist auch eine Möglichkeit, die nur die EU selbst den Drittstaatsangehörigen gewähren kann.[762]

347 In Bezug auf innerstaatliche Mobilitätsrechte stehen den Drittstaatsangehörigen die geografische Mobilität unbeschränkt, die berufliche Mobilität aber nur beschränkt zu. Damit verbunden ist eine indirekte Verpflichtung zum Verbleib bei der ersten Arbeitgeberin, denn ein Arbeitgeberwechsel verlangt einen Antrag auf eine neue Bewilligung. Diese Einschränkungen stehen im Zusammenhang mit dem Schutz des Arbeitsmarktes, können aber auch den Drittstaatsangehörigen vor Lohndumping durch die Arbeitgeberin bewahren.

---

760 IGLESIAS SÁNCHEZ, Free Movement, S. 805; WIESBROCK, S. 474.

761 THYM, Long Term, Art. 14 Rl 2003/109/EG N 2.

762 PEERS ET AL., S. 325. Für Vorschläge zur Verbesserung der Wirksamkeit der Mobilitätsmöglichkeiten für Drittstaatsangehörige siehe WIESBROCK, S. 470 ff.

F. Gleichbehandlungsgebot

Die Europäische Union kennt ein umfassendes Recht auf Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, das Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Rasse und Ethnie, der Religion und Weltanschauung, wegen einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verbietet. Im Folgenden beschränken sich die Ausführungen allerdings auf das Verbot von Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Arbeitsverhältnis. 348

1. EU-Staatsangehörige

Primärrechtlich untersagt Art. 18 AEUV im Anwendungsbereich der Verträge jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit findet Art. 18 AEUV allerdings keine Anwendung, da Art. 45 Abs. 2 AEUV *lex specialis* dazu ist.[763] Dieser Artikel besagt, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit «die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen [umfasst]». Einzig in Bezug auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung gilt dieses umfassende Diskriminierungsverbot nur eingeschränkt[764]. Seine sekundärrechtliche Ausgestaltung findet das Diskriminierungsverbot in Art. 7 bis 9 Vo (EU) Nr. 492/2011. 349

Das Diskriminierungsverbot gilt in Bezug auf den Zugang zu einer Beschäftigung sowie, sobald eine Erwerbstätigkeit aufgenommen wurde, in Bezug auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Hierzu hielt der EuGH fest, dass das Diskriminierungsverbot «nicht bloss den Zweck [hat], in jedem Mitgliedstaat den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten gleichen Zugang zu den Arbeitsplätzen zu verschaffen, sondern darüber hinaus auch […] Inländer vor den Nachteilen zu bewahren, die sich daraus ergeben können, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten ungünstigere Arbeitsbedingungen oder Entlohnung anbieten oder annehmen, als das geltende nationale Recht sie vorsieht, denn dergleichen anzubieten oder anzunehmen ist ebenfalls verboten»[765]. 350

---

763 FUCHS/MARHOLD, S. 102. Kritisch dazu BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV N 5 f. m.w.H.

764 Siehe dazu Rz 318 ff.

765 EuGH, Urteil vom 04.04.1974, *Kommission / Frankreich,* C-167/73, EU:C:1974: 35, Rn 45/47.

351 Der diskriminierungsfreie Zugang zu einer Beschäftigung wurde bereits behandelt[766], weswegen sich der Fokus der folgenden Ausführungen auf die diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses richtet. Dazu hält Art. 7 Abs. 1 Vo (EU) Nr. 492/2011 fest, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmenden. Vom Verbot werden gleichermassen direkte wie indirekte Diskriminierungen erfasst.[767] Die Bestimmung gilt dabei nicht nur für Staaten, sondern auferlegt auch Privaten unmittelbar Rechte und Pflichten (Drittwirkung).[768]

352 Die Bezeichnung «Arbeitsbedingungen» nach Art. 7 Abs. 1 Vo (EU) Nr. 492/2011 umfasst den Arbeitnehmenden gewährte Vorteile, seien sie finanzieller oder anderer Art, und zwar unabhängig davon, ob diese aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift, einer Bestimmung in einem Gesamtarbeitsvertrag oder einer freiwilligen Verpflichtung der Arbeitgeberin gewährt werden.[769] Neben Fragen der Entlohnung äusserte sich der EuGH auch zu weiteren Bereichen[770]: Somit sind auch Regelungen unzulässig, gemäss denen mit Fremdsprachenlektoren nur befristete Anstellungsverträge vereinbart werden dürfen, da dadurch überwiegend ausländische Staatsangehörige benachteiligt werden[771] sowie Regelungen, die besondere Kündigungsbestimmungen für behinderte Menschen nur für die eigenen Staatsangehörigen oder für auf dem Gebiet des Mitgliedstaats wohnende Arbeitnehmende anwendbar erklären.[772] Zusätzlich stehen weitere, mit der Arbeitnehmereigenschaft zusam-

766 Siehe Rz 296 f.

767 KREUSCHITZ, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 45 AEUV N 79. Siehe für eine Definition der indirekten Diskriminierung EuGH, Urteil vom 23.05.1996, *O'Flynn,* C-237/94, EU:C:1996:206, Rn 18.

768 KREUSCHITZ, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 45 AEUV N 23; PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 946.

769 EuGH, Urteil vom 12.02.1974, *Sotgiu,* C-152/73, EU:C:1974:13, Rn 9; EuGH, Urteil vom 15.10.1969, *Ugliola,* C-15/69, EU:C:1969:46, Rn 5.

770 Diese Zusammenfassung der Rechtsprechung stammt aus JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1212.

771 EuGH, Urteil vom 20.10.1993, *Spotti,* C-272/92, EU:C:1993:848.

772 EuGH, Urteil vom 13.12.1972, *Marsman,* C-44/72, EU:C:1972:120.

menhängende Rechte, wie jenes der diskriminierungsfreien Kündigungsbedingungen, den Arbeitnehmenden auch nach Beendigung des einschlägigen Arbeitsverhältnisses zu.[773]

In Art. 7 Abs. 2 Vo (EU) Nr. 492/2011 wird das Gleichbehandlungsgebot auf soziale und steuerliche Vergünstigungen[774] ausgedehnt. Diese Ausdehnung erfolgte, da eine Beschränkung der Gleichbehandlung auf arbeitsrechtliche Ansprüche und Leistungen wesentliche sozial- und steuerrechtliche Gegebenheiten, welche die Rechtsposition des Arbeitnehmers mitbestimmen, ausser Acht lassen würde. Nur durch die Mitberücksichtigung dieser Gegebenheiten kann eine echte Gleichstellung zwischen in- und ausländischen Arbeitnehmenden herbeigeführt werden.[775] Weiter kann der Arbeitnehmer nach Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeitsverordnung mit dem gleichen Recht und unter den gleichen Bedingungen wie die inländischen Arbeitnehmenden Berufsschulen und Umschulungszentren in Anspruch nehmen. 353

Die Rechtsfolgen einer diskriminierenden Regelung ergeben sich aus Art. 7 Abs. 4 Freizügigkeitsverordnung. Dieser hält fest, dass alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig sind, soweit sie für Arbeitnehmende, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bestimmungen vorsehen oder zulassen.[776] 354

Diese Bestimmung kam im EuGH-Entscheid *Erny*[777] zur Anwendung. Grundlage des Entscheids war eine deutsche Regelung, gemäss der die Bundesagentur für Arbeit Arbeitgebenden von in Altersteilzeit Beschäftigten einen Aufstockungsbeitrag zahlt, soweit die Arbeitnehmenden pauschalisiert mindestens 70 % des früheren Nettoentgelts erhielten. Der Arbeitgeber von 355

---

773 EuGH, Urteil vom 24.09.1998, *Kommission / Frankreich,* C-35/97, EU:C:1998:431, Rn 41.

774 Zum Begriff der sozialen Vergünstigung siehe EuGH, Urteil vom 27.11.1997, *Meints,* C-57/96, EU:C:1997:564, Rn 39.

775 FUCHS/MARHOLD, S. 117.

776 Siehe dazu EuGH, Urteil vom 15.04.2010, *Barth,* C-542/08, EU:C:2010:193, das Fragen zu den österreichischen Regelungen, die als Folge des Urteils vom 30.09.2003, *Köbler,* C-224/01, EU:C:2003:513, ergingen, aufwarf. Siehe für eine diskriminierende Regelung in einem Tarifvertrag EuGH, Urteil vom 15.01.1998, *Schöning-Kougebetopoulou,* C-15/96, EU:C:1998:3, Rn 29 ff.

777 EuGH, Urteil vom 27.02.2014, *Erny,* C-172/11, EU:C:2014:157.

Herrn Erny setzte diese Bestimmung in einer Gesamtbetriebsvereinbarung um, in der er sich verpflichtete 85 % des bisherigen Arbeitsentgelts an die Arbeitnehmenden in Altersteilzeit zu zahlen. Zur Ermittlung des Beitrags von 85 % des früheren Nettoentgelts wurde die deutsche Steuergesetzgebung berücksichtigt. Da Herr Erny allerdings französischer Grenzgänger war und entsprechend in Frankreich Steuern zahlte, kam er effektiv auf einen Nettobetrag, der tiefer als die vereinbarten 85 % war. Der EuGH hielt hier Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Vo 429/2011 für einschlägig, da es um eine Frage der Gleichbehandlung in Bezug auf die Entlohnung ging. Es spielte dabei keine Rolle, dass der Aufstockungsbetrag zum Teil durch öffentliche Mittel finanziert wurde.[778] Zur Rechtfertigung der festgestellten indirekten Diskriminierung[779] berief sich der Arbeitgeber auf die Tarifautonomie.[780] Der EuGH hielt dazu fest, dass diese im Einklang mit dem Unionsrecht ausgeübt werden müsse. Es spiele keine Rolle, dass der Arbeitnehmer der Berechnungsmethode des Aufstockungsbetrags zugestimmt habe, da das Diskriminierungsverbot für alle die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen gelte. Allerdings überlasse das Unionsrecht den Arbeitgebenden die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten zur Verwirklichung einer diskriminierungsfreien Lösung.[781]

356 Diese Ausführungen zeigen, dass das Gleichbehandlungsgebot für EU-Wanderarbeitnehmende umfassend gewährleistet wird. Es ist unmittelbar anwendbar und bindet nicht nur staatliche Behörden, sondern auch Private, unabhängig davon, ob es sich um Verbände oder Einzelpersonen handelt. Es ermöglicht somit den Arbeitnehmenden die Wahrnehmung ihrer Rechte aus einer sicheren Position heraus. Gleichzeitig stellt das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit auch eine notwendige wirtschaftliche Grundfreiheit zur Gewährung des Binnenmarktes dar.[782]

2. Drittstaatsangehörige

357 Art. 18 AEUV untersagt im Anwendungsbereich der Verträge jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Der Artikel erfasst allerdings nur

778 EuGH, Urteil vom 27.02.2014, *Erny,* C-172/11, EU:C:2014:157, Rn 38.
779 EuGH, Urteil vom 27.02.2014, *Erny,* C-172/11, EU:C:2014:157, Rn 41 ff.
780 EuGH, Urteil vom 27.02.2014, *Erny,* C-172/11, EU:C:2014:157, Rn 49.
781 EuGH, Urteil vom 27.02.2014, *Erny,* C-172/11, EU:C:2014:157, Rn 50 ff.
782 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 818.

Ungleichbehandlungen zwischen EU-Staatsangehörigen unterschiedlicher Nationalität, nicht aber Ungleichbehandlungen zwischen EU-Staatsangehörigen und Drittstaatsangehörigen.[783] Das Unionsrecht steht somit Unterscheidungen zwischen diesen beiden Personengruppen aufgrund ihrer unterschiedlichen Staatsangehörigkeit nicht entgegen.

Ein Bereich, in dem die Gleichbehandlung zwischen EU-Bürgerinnen und -Bürgern und Drittstaatsangehörigen nicht kontrovers ist, bezieht sich auf die Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen für sich regulär aufhaltende Drittstaatsangehörige.[784] Erfasst werden genauso direkte wie indirekte Diskriminierungen.[785] Entsprechend enthalten alle hier untersuchten Richtlinien solche Bestimmungen. Deren Zweck ist einerseits der Schutz von Drittstaatsarbeitskräften vor Ausbeutung, und andererseits der Schutz der EU-(Wander-) Arbeitnehmenden vor Lohndumping und der Senkung von Arbeitsstandards.[786] 358

So hält die Rahmenrichtlinie in Art. 12 Abs. 1 lit. a fest, dass «Drittstaatsarbeitnehmer […] ein Recht auf Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, in dem sie sich aufhalten, in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, einschliesslich Arbeitsentgelt und Entlassung sowie Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz, [haben]». Diese Bestimmung gilt aufgrund des Verweises in Art. 22 Rl (EU) 2016/801 auch für Forschende und Studierende, während Art. 14 Abs. 1 lit. a der Blue-Card-Richtlinie die Vorschrift mit beinahe gleichlautendem Wortlaut wiederholt. Die Saisonarbeitnehmerrichtlinie präzisiert sie insofern, als dass Art. 23 Abs. 1 lit. a zusätzlich einen Gleichbehandlungsanspruch in Bezug auf das Mindestbeschäftigungsalter, die Arbeitszeiten, den Urlaub und die Feiertage, und in lit. c einen Gleichbehandlungsanspruch in Bezug auf von der Arbeitgeberin zu leistende Nachzahlungen für etwaige ausstehende Vergütungen festhält. Die Daueraufenthaltsrichtlinie legt in Art. 11 Abs. 1 lit. a zwar einen Gleichbehandlungsanspruch in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen fest, erwähnt dabei aber den Bereich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz nicht. 359

783 EuGH, Urteil vom 04.06.2009, *Vatsouras und Koupatantze,* C-22/08, EU:C:2009:344, Rn 50–52.

784 THYM, Legal Framework, Rz 34.

785 IGLESIAS SÁNCHEZ, Single Permit, Art. 12 Rl 2011/98/EU N 2.

786 Siehe die Überlegung von IGLESIAS SÁNCHEZ, Single Permit, Art. 1 Rl 2011/98/EU N 16, zur Rahmenrichtlinie.

360 Der unterschiedliche Wortlaut der Bestimmungen bedeutet m.E. nun aber nicht, dass die Vorschriften unterschiedlich ausgelegt werden sollten. Das hätte nämlich zur Folge, dass der Gleichbehandlungsanspruch je nach Zulassungsart nur für bestimmte Bereiche von Arbeitsbedingungen gelten würde, was seinem Zweck zuwiderlaufen würde. Diese Ansicht wird dadurch unterstützt, dass z.B. der Erwägungsgrund 22 der Rahmenrichtlinie den Begriff der «Arbeitsbedingungen» von Art. 12 Abs. 1 lit. a um die Arbeitszeiten und den Urlaub erweitert. Der allgemeine Hinweis auf die «Arbeits- und/oder Beschäftigungsbedingungen» in den verschiedenen Richtlinien sollte im Sinne von Art. 15 Abs. 3 GRC ausgelegt werden, so dass alle einschlägigen Bestimmungen, die sich im nationalen Recht oder in Tarifverträgen finden und einen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen, auch auf Arbeitskräfte aus Drittstaaten Anwendung finden.[787]

361 Die verschiedenen Richtlinien gewähren Drittstaatsarbeitnehmenden Gleichbehandlungsansprüche in weiteren Bereichen. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass diese Bereiche je nach Aufenthaltsbewilligung ein anderes Schutzniveau aufweisen können.[788] Zu den Bereichen, in denen Drittstaatsarbeitnehmende ein Recht auf Gleichbehandlung haben[789], zählen u.a.: a) kollektive Rechte[790]; b) allgemeine und berufliche Bildung; c) Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen beruflichen Befähigungsnachweisen; d) soziale Sicherheit[791]; und e) der Zugang zu Waren und Dienstleistungen sowie zur Lieferung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen für die Öffentlichkeit. Zusätzlich ermöglichen die Richtlinien den Mitgliedstaaten in gewissen Bereichen, zu denen aber die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht zählen, diese Gleichbehandlungsrechte einzuschränken.

---

787 THYM, Long Term, Art. 11 Rl 2003/109/EG N 16; HAILBRONNER/HERZOG-SCHMIDT, Art. 14 Rl 2009/50/EG N 3.

788 Siehe IGLESIAS SÁNCHEZ, Single Permit, Art. 12 Rl 2011/98/EU N 3; PEERS ET AL., S. 228.

789 Siehe Art. 12 Abs. 1 lit. b bis h Rl 2011/98/EG; Art. 11 Abs. 1 lit. b bis g Rl 2003/109/EG; Art. 14 Abs. 1 lit. b bis g Rl 2009/50/EG; Art. 23 Abs. 1 lit. b, d bis i Rl 2014/36/EU und Art. 22 Abs. 1 Rl (EU) 2016/801.

790 Siehe dazu ausführlich Rz 368 ff.

791 Siehe dazu VERSCHUEREN, S. 380 ff.

3. Gegenüberstellung

Eigentlicher Dreh- und Angelpunkt des europäischen Arbeitsmarktes ist das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, denn ein gemeinsamer Binnenmarkt müsste ohne diesen Grundsatz illusorisch bleiben.[792] Im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit spielt die diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses eine wichtige Rolle. In Bezug auf die Arbeitsbedingungen ist auch die Gewährung von Inländergleichbehandlungsrechte an sich regulär aufhaltende Drittstaatsangehörige unbestritten. Dabei geht es nicht nur darum, die Wanderarbeitnehmenden vor Ausbeutung zu schützen, sondern auch um den Schutz des inländischen Arbeitsmarktes sowie um den Schutz der inländischen Arbeitnehmenden vor Lohn- und Sozialdumping. Zu beachten ist aber, dass der «Erfolg» des Inländergleichheitsanspruchs davon abhängt, welcher Schutz ihrer Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nationalen Arbeitnehmenden im betreffenden Sektor zusteht.[793] 362

G. Kollektive Rechte

Das Gleichbehandlungsrecht umfasst auch den Bereich der kollektiven Rechte[794] und zwar genauso für EU-Staatsangehörige wie für Wanderarbeitnehmende aus Drittstaaten. Kollektive Rechte werden zwar vom Primärrecht der EU vorausgesetzt (siehe Art. 152 ff. AEUV), der Union kommt aber in den wichtigen Bereichen Koalitions-, Streik- und Aussperrungsrecht (siehe Art. 153 Abs. 5 AEUV) keine Regelungskompetenz zu. Dennoch schützt die Grundrechtecharta diese Rechte in zwei Artikeln.[795] Art. 12 GRC widmet sich der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit und gewährt in Abs. 1 jeder Person das Recht, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten. Arbeitnehmende und Arbeitgebende bzw. ihre jeweiligen Organisationen haben nach Art. 28 GRC das Recht Tarifverträge auszu- 363

792 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 818.

793 Siehe FUDGE/HERZFELD OLSSON, S. 464.

794 Siehe für eine Darstellung der kollektiven Rechte auf EU-Ebene DEMIR, Kollektive Rechte, Rz 2034 ff.

795 Für den möglichen Anwendungsbereich dieser Rechte siehe DORSSEMONT, Art. 12 Abs. 1 GRC N 12(1).03 ff., und BARNARD, Art. 28 GRC N 28.01 ff.

handeln und zu schliessen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Massnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschliesslich Streiks, zu ergreifen.

1. EU-Staatsangehörige

364 Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit erstreckt sich auch auf die in Art. 8 Abs. 1 Vo (EU) Nr. 492/2011 gewährten Rechte. Dieser Artikel (erster Satz) besagt, dass ein EU-Wanderarbeitnehmer Anspruch auf gleiche Behandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte, einschliesslich des Wahlrechts sowie des Zugangs zur Verwaltung oder Leitung von Gewerkschaften, hat. Ob damit auch das Recht verbunden ist, eigene Gewerkschaften zu gründen, geht aus der Bestimmung nicht hervor.[796] Ausgehend vom Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 GRC ist diese Frage jedoch zu bejahen. Die Ausübung gewerkschaftlicher Rechte stellt keine Störung der öffentlichen Ordnung dar[797], woraus folgt, dass damit auch keine ausländerrechtlichen Massnahmen gerechtfertigt werden können.[798]

365 In seiner Rechtsprechung subsumierte der EuGH auch nationale Bestimmungen, die das aktive und passive Wahlrecht in Berufs- bzw. Arbeiterkammern von einem Staatsangehörigkeitserfordernis abhängig machten, unter diesen Artikel.[799] Er führte aus, dass Art. 8 ein besonderer Ausdruck des Diskriminierungsverbots im spezifischen Bereich der Beteiligung von Arbeitnehmenden an Gewerkschaften und ihren Tätigkeiten sei[800] und dass «[d]ie Ausübung der in dieser Bestimmung genannten gewerkschaftlichen Rechte […] über den Rahmen der Gewerkschaften im eigentlichen Sinne hinaus[geht] und […] insbesondere die Teilnahme der Arbeitnehmer an Einrichtungen, die zwar nicht die Rechtsnatur von Gewerkschaften aufweisen, aber dennoch der Verteidi-

796 Zustimmend: KREUSCHITZ, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 45 AEUV N 121.

797 EuGH, Urteil vom 28.10.1975, *Rutili,* C-36/75, EU:C:1975:137, Rn 29/31.

798 EPINEY, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rz 25.

799 EuGH, Urteil vom 04.07.1991, *ASTI,* C-213/90, EU:C:1991:291; EuGH, Urteil vom 18.05.1994, *Kommission / Luxemburg,* C-118/92, EU:C:1994:198; EuGH, Urteil vom 08.05.2003, *Wählergruppe Gemeinsam,* C-171/01, EU:C:2003:260; EUGH, Urteil vom 16.09.2004, *Kommission / Österreich,* C-465/01, EU:C:2004:530.

800 EuGH, Urteil vom 04.07.1991, *ASTI,* C-213/90, EU:C:1991:291, Rn 15.

gung und Vertretung von Arbeitnehmerinteressen vergleichbare Funktionen ausüben, [umfasst]»[801].

Gemäss Art. 8 Abs. 1 Satz 2 kann der Arbeitnehmer von der Teilnahme an der Verwaltung von Körperschaften des öffentlichen Rechts und der Ausübung eines öffentlichen Amts ausgeschlossen werden. Diese Ausnahme entspricht Art. 45 Abs. 4 AEUV.[802] Er verwehrt den Arbeitnehmenden aus anderen Mitgliedstaaten nicht den Zugang zu bestimmen Stellen, sondern erlaubt lediglich ihren Ausschluss von Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind.[803] 366

Zusätzlich sieht Art. 8 Freizügigkeitsverordnung das Recht des Arbeitnehmers auf Wählbarkeit zu den Organen der Arbeitnehmervertretung in den Betrieben vor, und lässt mitgliedstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, durch die weitergehende Rechte an EU-Wanderarbeitnehmende eingeräumt werden, unberührt. 367

2. Drittstaatsangehörige

Das Recht auf Gleichbehandlung für Drittstaatsangehörige, das in den verschiedenen Richtlinien enthalten ist, umfasst auch den Bereich der kollektiven Rechte. Gemäss der in den verschiedenen Richtlinien beinahe gleichlautenden Formulierung haben Drittstaatsarbeitskräfte ein Recht auf Inländergleichbehandlung in Bezug auf «Vereinigungsfreiheit sowie Mitgliedschaft und Betätigung in einer Gewerkschaft, einem Arbeitgeberverband oder einer sonstigen Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, sowie Inanspruchnahme der von solchen Organisationen angebotenen Leistungen, unbeschadet der nationalen Bestimmungen über die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit».[804] 368

Der Gleichbehandlungsanspruch in der Daueraufenthaltsrichtlinie gilt gemäss THYM für Betätigungen und die Mitgliedschaft in Gewerkschaften und Arbeits- bzw. Berufskammern und erfasst gleichzeitig die freiwillige und die zwangsweise Mitgliedschaft, wie sie gewisse Mitgliedstaaten für reglemen- 369

801 EuGH, Urteil vom 04.07.1991, *ASTI,* C-213/90, EU:C:1991:291, Rn 16.

802 EuGH, Urteil vom 04.07.1991, *ASTI,* C-213/90, EU:C:1991:291, Rn 19.

803 EuGH, Urteil vom 17.12.1980, *Kommission / Belgien,* C-149/79, EU:C:1980:297, Rn 15.

804 Siehe Art. 12 Abs. 1 lit. b Rl 2011/98/EU; Art. 11 Abs. 1 lit. g Rl 2003/109/EG; Art. 14 Abs. 1 lit. b Rl 2009/50/EG und Art. 22 Rl (EU) 2016/801.

tierte Berufe, wie z.B. Anwälte, kennen. Einzige Voraussetzung ist, dass hierbei kein Unterschied zwischen Drittstaatsangehörigen und Inländern gemacht wird.[805] Die Daueraufenthaltsrichtlinie ermöglicht dabei den Mitgliedstaaten die Gleichbehandlung auf die Fälle zu beschränken, in denen der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthaltsort des langfristig Aufenthaltsberechtigten oder seiner Familienangehörigen, für die er Leistungen beansprucht, im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats liegt. Durch diese Vorschrift soll den Export sozialer Leistungen verhindert werden können.[806]

370 Interessant ist in diesem Zusammenhang die Formulierung von Art. 23 Abs. 1 lit. b der Saisonarbeitnehmerrichtlinie. Zusätzlich zum üblichen Wortlaut anerkennt die Bestimmung auch die diskriminierungsfreie Gewährung des Rechts auf Streik und auf Arbeitskampfmassnahmen an und präzisiert, dass unter das Recht der Inanspruchnahme der angebotenen Rechte und Leistungen auch das Recht auf Aushandlung und Abschluss von Tarifverträgen fällt.[807]

3. Gegenüberstellung

371 Im Bereich der kollektiven Rechte haben EU-Staatsangehörige genauso wie Wanderarbeitnehmende aus Drittstaaten Anspruch auf Gleichbehandlung. Hier sind, ebenso wie bei der Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen, keine grösseren Unterschiede zwischen den an die EU-Staatsangehörigen und die Drittstaatsangehörigen gewährten Rechte feststellbar.

H. Beschäftigung irregulärer Wanderarbeitnehmer

372 Zur Bekämpfung der irregulären Einwanderung in die EU hat diese die Sanktionsrichtlinie 2009/52/EG erlassen. Diese findet nur auf Drittstaatsangehörige Anwendung. Zur Erreichung ihres Ziels sieht die Richtlinie Massnahmen gegen die irreguläre Beschäftigung vor. Dadurch sollen Wettbewerbsverzerrungen abgewendet werden, die dadurch entstehen, dass Arbeitgebende

805 THYM, Long Term, Art. 11 Rl 2003/109/EG N 34.

806 THYM, Long Term, Art. 11 Rl 2003/109/EG N 3.

807 Diese angepasste Formulierung geht zu einem grossen Teil auf Bestrebungen des Europäischen Parlaments zurück, siehe FUDGE/HERZFELD OLSSON, S. 457.

durch die Beschäftigung von irregulären Wanderarbeitnehmenden Kosten sparen, und die Arbeitnehmenden gegen Ausbeutung geschützt werden.[808]

Gemäss Art. 3 Sanktionsrichtlinie sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmässigen Aufenthalt zu untersagen. Zur Durchsetzung dieses Verbots sieht die Richtlinie verschiedene an den Arbeitgeber gerichtete Massnahmen vor. Diese sind nach Art. 4 verpflichtet von Drittstaatsangehörigen vor Aufnahme der Beschäftigung die Vorlage eines gültigen Aufenthaltstitels zu verlangen, eine Kopie davon im Hinblick auf etwaige Inspektionen[809] aufzubewahren, und die Beschäftigung des Drittstaatsangehörigen den zuständigen Behörden zu melden. Diese Verpflichtung ist zu kritisieren, da es hier zu einer Vorverlagerung und Instrumentalisierung Privater zur Migrationskontrolle kommt, insbesondere da das relevante Kriterium nicht die Arbeits-, sondern die Aufenthaltsbewilligung ist.[810] 373

Bei Zuwiderhandlungen des Arbeitgebers gegen das Beschäftigungsverbot nach Art. 3 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, dies mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen zu ahnden (Art. 5 Abs. 1). Hierbei stehen nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen in der Verantwortung. Das Ziel ist mit genügend hohen Sanktionen Arbeitgebende davon abzuhalten, irreguläre Immigranten zu beschäftigen, was zu einer Reduzierung der irregulären Migration in die EU führen soll.[811] Durch die Richtlinie vorgesehen sind finanzielle Sanktionen (Art. 5), sonstige Massnahmen wie der Ausschluss des Arbeitgebers von öffentlichen Vergabeverfahren oder Betriebsschliessungen (Art. 7), sowie in besonders schwerwiegenden Fällen strafrechtliche Konsequenzen (Art. 9 ff.). Auch die sektoriellen Richtlinien sehen Sanktionsmöglichkeiten gegen Arbeitgebende vor.[812] 374

Art. 6 ist die zentrale arbeitsrechtliche Bestimmung der Sanktionsrichtlinie. Er stellt eine Schutznorm dar, die es irregulär beschäftigten Wanderarbeitnehmenden ermöglicht, ihre Lohnforderungen durchzusetzen, trotz ihrer schwä- 375

808 SCHIERLE, Art. 1 Rl 2009/52/EG N 4.

809 Siehe Art. 14 Rl 2009/52/EG.

810 STERN/TOHIDIPUR, Rz 156. Siehe zur Begründung, warum die Richtlinie nicht die Kontrolle der Arbeitsbewilligung vorsieht, Rz 275.

811 DAVIES, EU Labour Law, S. 106 f.

812 Siehe Art. 8 Abs. 5 Rl 2009/50/EU; Art. 17 Rl 2014/36/EU und Art. 33 Rl (EU) 2016/801.

cheren rechtlichen Position.[813] Der Arbeitgeber wird verpflichtet, der irregulär beschäftigten Drittstaatsangehörigen die noch zustehende Vergütung sowie die darauf anfallenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nachzuzahlen, wobei im Zweifelsfall die Höhe des Mindestlohnes für die letzten drei Monate zu zahlen ist. Damit wird der wirtschaftliche Vorteil des Arbeitgebers abgeschöpft, sollte er der irregulär beschäftigten Drittstaatsangehörigen keine oder nur eine minimale Entlöhnung gezahlt und Steuern und Sozialversicherungsbeiträge unterschlagen haben.[814] Gegebenenfalls hat der Arbeitgeber auch die Überweisungskosten der Nachzahlungen in das Aufenthaltsland der Drittstaatsangehörigen zu übernehmen. In Fällen, in denen der Arbeitgeber ein Unterauftragnehmer (Subunternehmer) ist, sieht Art. 8 unter gewissen Voraussetzungen auch die Haftung des Hauptauftragnehmers oder der zwischengeschalteten Unterauftragnehmer für die Nachzahlung vor.

376 In gewissen Situationen obliegt die Gewährung von Leistungen aus einer irregulären Beschäftigung auch dem Staat. So ging es im EuGH-Urteil *Tümer* um die Frage, ob Luxemburg verpflichtet war, einem irregulär beschäftigten türkischen Wanderarbeitnehmer Insolvenzentschädigung nach der Richtlinie 80/987/EG[815] zu zahlen. Der EuGH bejahte diese Frage unter Hinweis auf die soziale Zweckbestimmung der Richtlinie, die darin bestehe «allen Arbeitnehmern durch die Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen, die sich auf Arbeitsentgelt für einen bestimmten Zeitraum beziehen, auf der Ebene der Union einen Mindestschutz bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zu garantieren»[816]. Die Richtlinie steht somit einer nationalen Regelung entgegen, die einem Drittstaatsangehörigen aufgrund seines irregulären Aufenthalts sein Recht auf Leistungen bei Insolvenz seines Arbeitgebers verwehrt, obwohl der Drittstaatsangehörige «Arbeitnehmer» im Sinne des nationalen Zivilrechts ist und als solcher Anspruch auf die Leistungen hat.[817]

---

813 SCHIERLE, Art. 6 Rl 2009/52/EG N 1.

814 SCHIERLE, Art. 6 Rl 2009/52/EG N 2.

815 Richtlinie 80/987/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. L 283 vom 28.10.1980, S. 23 ff., aufgehoben durch die Richtlinie 2008/94/EG über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitnehmers (kodifizierte Fassung), ABl. L 283 vom 28.10.2008, S. 36 ff.

816 EuGH, Urteil vom 05.11.2014, *Tümer,* C-311/13, EU:C:2014:2337, Rn 42.

817 EuGH, Urteil vom 05.11.2014, *Tümer,* C-311/13, EU:C:2014:2337, Rn 46.

Zur Durchsetzung der in der Sanktionsrichtlinie verbürgten Rechte verlangt sie die Gewährleistung wirksamer Verfahren. Die entsprechenden Vorschriften sind in Art. 6 Abs. 2 bis 5 und Art. 13 enthalten, wobei es sich aber nur um Mindestvorschriften handelt. Die Mitgliedstaaten können nach Art. 15 günstigere Bestimmungen vorsehen, soweit diese mit der Richtlinie in Einklang stehen. Nach Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 obliegt den Mitgliedstaaten die Verpflichtung, irregulär beschäftigte Drittstaatsangehörige vor der Vollstreckung einer Rückführungsentscheidung über ihre Rechte nach Art. 6 und 13 systematisch und objektiv zu informieren. 377

Art. 13 verlangt wirksame Verfahren, mit deren Hilfe die Drittstaatsangehörigen selbst oder über Dritte wie Gewerkschaften Beschwerde gegen ihren Arbeitgeber einreichen können. Es ist sicherzustellen, dass die Drittstaatsangehörige dieses Verfahren auch nach ihrer Rückkehr oder Rückführung anstreben kann. Dritte, die ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung der Sanktionsrichtlinie haben, können sich entweder im Namen irregulär beschäftigter Drittstaatsangehöriger oder zu ihrer Unterstützung an Verwaltungs- oder zivilrechtlichen Verfahren beteiligen. Dabei gilt die Unterstützung von Drittstaatsangehörigen bei der Einreichung von Beschwerden nicht als Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt. 378

In der Richtlinie nicht erwähnt wird ein möglicher Anspruch auf Prozesskostenhilfe und auch der aufenthaltsrechtliche Rahmen, der in der Praxis häufig die Voraussetzung für die Effektivität der Rechtsdurchsetzung darstellt, ist nur sehr schwach ausgestaltet.[818] Nur in Bezug auf die Straftaten nach Art. 9 Abs. 1 lit. c oder e müssen die Mitgliedstaaten die Bedingungen festlegen, unter denen die betroffene Drittstaatsangehörige im Einzelfall für die Dauer des innerstaatlichen Verfahrens einen befristeten Aufenthaltstitel erhält (Art. 13 Abs. 4). Die Gewährung des befristeten Aufenthaltstitels steht somit in direktem Zusammenhang mit einer effektiven Strafverfolgung. 379

I. Bleiberecht

Ein Recht auf Verbleib wird auf Ebene der EU nur EU-Staatsangehörigen gewährt. Es trägt dem Interesse des Arbeitnehmers Rechnung in jenem Mitgliedstaat zu verbleiben, in den er sich aufgrund seiner Beschäftigung gesell- 380

[818] STERN/TOHIDIPUR, Rz 157.

schaftlich integriert hat.[819] Art. 45 Abs. 3 lit. d AEUV hält fest, dass EU-Wanderarbeitnehmende das Recht haben, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt.

381 Die entsprechende Konkretisierung findet sich in Art. 7 Abs. 3 und Art. 16 und 17 Unionsbürgerrichtlinie.[820] Gemäss Art. 7 Abs. 3 Unionsbürgerrichtlinie wird die Arbeitnehmereigenschaft weiterhin fingiert[821], wenn der Arbeitnehmer wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig ist, er unfreiwillig arbeitslos geworden ist oder eine Berufsausbildung beginnt. Im letztgenannten Fall gilt dies allerdings nur, wenn ein Zusammenhang zwischen der Ausbildung und der früheren beruflichen Tätigkeit besteht, ausser der Betroffene hat seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren. Zusätzlich bleibt gemäss der Rechtsprechung des EuGH auch die Arbeitnehmereigenschaft einer Frau, die aufgrund ihrer Schwangerschaft und der Geburt des Kinds ihre Erwerbstätigkeit für einige Monate unterbricht, weiterhin bestehen.[822] Diese Rechte erleichtern die Ausübung der Arbeitnehmermobilität, da sie den Status der Arbeitnehmenden im Aufnahmemitgliedstaat sicherer machen.[823]

382 Art. 16 und 17 der Unionsbürgerrichtlinie finden sich im Kapitel über das Recht auf Daueraufenthalt. EU-Staatsangehörige, die dieses Recht erworben haben, sind nicht mehr abhängig von einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder dem Vorliegen ausreichender Existenzmittel, um im Aufnahmemitgliedstaat zu verblieben. Das Recht auf Daueraufenthalt wird jedem Unionsbürger gewährt, der sich rechtmässig ununterbrochen während fünf Jahren im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat. Abweichend von diesem Zeitraum haben Arbeitnehmende oder Selbständige bereits vorher ein Recht auf Daueraufenthalt, wenn sie a) das Rentenalter erreicht haben oder ihre Erwerbstätigkeit im Rahmen einer Vorruhestandsregelung beenden, sofern sie ihre Erwerbstätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat mindestens während der letzten zwölf Monate ausgeübt und sich dort seit mindestens drei Jahren ununterbrochen aufgehalten haben; b) ihre Erwerbstätigkeit infolge einer dauernden Arbeitsunfähigkeit aufgeben, und sich mindestens zwei Jahre ununterbro-

819 FUCHS/MARHOLD, S. 126.
820 TERHECHTE, Rz 57.
821 TERHECHTE, Rz 57.
822 EuGH, Urteil vom 19.06.2014, *Saint Prix,* C-507/12, EU:C:2014:2007, Rn 39 ff.
823 DAVIES, EU Labour Law, S. 76.

chen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben; die Voraussetzung der Aufenthaltsdauer entfällt, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit eingetreten ist, die Anspruch auf eine Rente gibt; und c) nach drei Jahren ununterbrochener Erwerbstätigkeit und Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben, ihren Wohnsitz jedoch im Aufnahmemitgliedstaat beibehalten und in der Regel jeden Tag oder mindestens einmal in der Woche dorthin zurückkehren.

Mit dem Verbleiberecht verbunden ist nach Art. 24 Unionsbürgerrichtlinie ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den nicht mehr erwerbstätigen inländischen Arbeitnehmenden.[824] 383

J. Rechtsdurchsetzung

Die EU-Staatsangehörigen und Wanderarbeitnehmenden aus Drittstaaten gewährten Rechte blieben unvollständig, wenn nicht auch Möglichkeiten zu ihrer Durchsetzung bestünden. Die Gewährleistung des Rechtsschutzes liegt dabei in der Verantwortung der Mitgliedstaaten. Als Mindestanforderungen bei einer Verletzung der im Recht der Union garantierten Rechte und Freiheiten sind die Vorgaben von Art. 47 GRC zu beachten. Dieser Artikel gewährt jeder Person das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht. Dieses Gericht muss für den Rechtssuchenden tatsächlich zugänglich sein, d.h. die Anrufung darf nicht durch exzessive (Gerichts-)Kosten oder nur schwer zu überwindende Verfahrenshindernisse unverhältnismässig behindert oder gar ausgeschlossen sein.[825] Jede Person hat das Recht sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen, und ihr wird, wenn sie nicht über ausreichende Mittel verfügt, Prozesskostenbeihilfe bewilligt. 384

1. EU-Staatsangehörige

Gegen eine Verletzung der Rechte aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit können Private, Personenvereinigungen und Verbände vor den nationalen Gerichten (und mit der Individualnichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV[826] auch 385

824 FUCHS/MARHOLD, S. 128.

825 ESER/KUBICIEL, Art. 47 GRC N 31.

826 Siehe zur Nichtigkeitsklage EPINEY, Rechtsschutzsystem, Rz 36 ff.

vor dem EuGH) vorgehen.[827] In Art. 3 der Durchsetzungsrichtlinie 2014/54/EU ist eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthalten, sicherzustellen, dass Arbeitnehmende die Durchsetzung ihrer aus Art. 45 AEUV und Art. 1 bis 10 Vo (EU) Nr. 492/2011 fliessenden Rechte gegebenenfalls auf dem Gerichtsweg geltend machen können. Als Klagegegner kommen alle aus Art. 45 AEUV Verpflichteten in Betracht, also die Union, ein einzelner Mitgliedstaat, Tarifvertragsparteien und Arbeitgebende.[828] Dabei müssen nach Art. 3 Abs. 6 Rl 2014/54/EU die Mitgliedstaaten Massnahmen vorsehen, welche die Arbeitnehmenden vor Benachteiligungen oder Repressalien ihrer Arbeitgebenden als Reaktion auf ihre Beschwerde oder das von ihnen angestrebte Verfahren schützen.

386 Die Unionsbürgerrichtlinie enthält in ihren Art. 30 bis 33, die im Kapitel VI über Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit enthalten sind, Verfahrensgarantien zugunsten der von freizügigkeitsbeschränkenden Massnahmen Betroffenen.[829] Nach Art. 15 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie finden diese Verfahrensgarantien sinngemäss auf jede andere Entscheidung Anwendung, welche die Freizügigkeit beschränkt. Zu den wichtigsten Garantien der Artikel 30 bis 33 zählen die Verpflichtung freizügigkeitsbeschränkende Massnahmen dem Betroffenen schriftlich und unter Angabe der Gründe für die Entscheidung mitzuteilen (Art. 30 Abs. 1 und 2), die Möglichkeit gegen die Entscheidung einen Rechtsbehelf bei einem Gericht und gegebenenfalls bei einer Behörde des Aufnahmemitgliedstaats einzulegen (Art. 31 Abs. 1), und die Möglichkeit einen Antrag auf Aufhebung des Aufenthaltsverbots spätestens drei Jahre nach dessen Vollstreckung mit dem Hinweis darauf einzureichen, dass eine materielle Änderung der Umstände eingetreten ist (Art. 32 Abs. 1).

2. Drittstaatsangehörige

387 Alle untersuchten Richtlinien zur Arbeitsmigration von Drittstaatsangehörigen sehen Verfahrensgarantien vor in Bezug auf die Nicht-Gewährung bzw. den Verlust oder Entzug der Erlaubnis. Diese Verfahrensgarantien verlangen von den Mitgliedstaaten, den getroffenen Entscheid schriftlich zu begründen

827 TERHECHTE, Rz 86.
828 TERHECHTE, Rz 86.
829 FUCHS/MARHOLD, S. 136.

und auf das Gericht oder die Verwaltungsbehörde hinzuweisen, bei welcher die betroffene Wanderarbeitnehmerin einen Rechtsbehelf einlegen kann.[830] Der Verfahrensschutz fällt dabei in die Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Behörden und Gerichte.

388 Langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige geniessen gemäss Art. 12 Daueraufenthaltsrichtlinie einen besonderen Ausweisungsschutz.[831] Wurde dennoch die Ausweisung verfügt, so steht den betroffenen Personen der Rechtsweg offen. Der besondere Ausweisungsschutz für langfristig Aufenthaltsberechtigte ergibt sich daraus, dass die Sicherung des Aufenthalts eines der zentralen Anliegen der Richtlinie ist, da es die Basis für die Integration der Drittstaatsangehörigen in den Aufnahmestaat darstellt.[832] Die anderen Richtlinien zur Arbeitsmigration kennen keine entsprechenden Vorschriften über einen besonderen Ausweisungsschutz. Für Fragen zur Rückkehr der sich irregulär aufhaltenden Drittstaatsangehörigen ist die Rückführungsrichtlinie[833] einschlägig.

389 Im Bereich der Arbeitsmigration interessieren aber insbesondere Bestimmungen, die es den Drittstaatsangehörigen erlauben, die ihnen in den Richtlinien gewährten (Arbeits-)Rechte durchzusetzen. Keine der Richtlinien[834] mit Ausnahme der Saisonarbeitnehmerrichtlinie sieht hier explizite Vorschriften vor, sondern sie überlassen die Gewährleistung des Rechtsschutzes den Mitgliedstaaten. Das Fehlen von effektiven Garantien für Drittstaatsangehörige zur Durchsetzung ihrer Rechte stellt ein Problem dar, insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Abhängigkeit von einem bestehenden Arbeitsvertrag zur Sicherung ihres Status im Einwanderungsland.[835]

---

830 Art. 8 Abs. 1 und 2 Rl 2011/98/EU; Art. 10 und Art. 20 Rl 2003/109/EG; Art. 11 Abs. 3 Rl 2009/50/EG; Art. 18 Abs. 4 bis 6 Rl 2014/36/EU und Art. 34 Abs. 4 und 5 Rl (EU) 2016/801.

831 Siehe EuGH, Urteil vom 07.12.2017, *López Pastuzano,* C-636/16, EU:C:2017:949, Rn 22 ff. m.w.H.; EuGH, Urteil vom 11.06.2020, *Subdelegatión del Gobierno en Guadalajara,* C-448/19, EU:C:2020:467, Rn 20 ff.

832 PEERS ET AL., S. 313.

833 Richtlinie 2008/115/EG über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98 ff.

834 Zu den Möglichkeiten von irregulär beschäftigten Wanderarbeitnehmenden ihre Rechte durchzusetzen siehe Rz 377 f.

835 Siehe VERSCHUEREN, S. 407.

390 Die Saisonarbeitnehmerrichtlinie verpflichtet in Art. 24 Abs. 1 die Mitgliedstaaten dazu Massnahmen, wie Kontrolle, Bewertung und Inspektionen, zur Vermeidung möglichen Missbrauchs und zur Ahndung von Verstössen gegen die Richtlinie vorzusehen. Zusätzlich enthält sie eine Bestimmung zur Durchsetzung der Rechte der Wanderarbeitnehmenden gegenüber ihrem Arbeitgeber. Gemäss Art. 25 haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass wirksame Verfahren bestehen, in deren Rahmen Saisonarbeitnehmende Beschwerde einreichen können. In diesem Zusammenhang sind die Saisonarbeitnehmenden genauso vor Rachekündigungen oder anderen Benachteiligungen durch die Arbeitgebenden zu schützen wie die inländischen Arbeitnehmenden. Sie haben auch ein Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf vom Arbeitgeber zu leistende Nachzahlungen von ausstehenden Vergütungen (Art. 23 Abs. 1 lit. c). Nach Erwägungsgrund 36 sollten auch die notwendigen Verfahren eingeführt werden, damit Saisonarbeitnehmende die ihnen zustehenden Entschädigungen auch dann erhalten, wenn sie sich nicht mehr im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats aufhalten.

VI. Die EU und internationale Abkommen zur Arbeitsmigration

391 Der Ursprung unionsrechtlicher Normen zur Arbeitsmigration, die zu Anfang nur die Arbeitnehmerfreizügigkeit von EU-Staatsangehörigen erfasste, waren wirtschaftliche Überlegungen. Es ging um die Errichtung eines Binnenmarktes, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Ein solch umfassender freier Personenverkehr gibt es auf globaler Ebene nicht. Zu beachten ist aber, dass die Rechtsordnung der Europäischen Union zwar auf einer völkervertraglichen Einigung der Mitgliedstaaten beruht, sie sich aber zu einer autonomen Rechtsordnung entwickelt hat.[836] Im Rahmen dieser autonomen Rechtsordnung hängt die Gewährung umfassender Personenfreizügigkeitsrechte an die eigenen Staatsbürgerinnen und -bürger stark mit dem politischen Willen zu einer verstärkten Integration zusammen. Die Ausgangslage in der EU, die zur Arbeitnehmerfreizügigkeit führte, war somit eine fundamental andere als jene auf globaler Ebene.

836 HERDEGEN, § 5 Rz 11.

Auf globaler Ebene wurden völkerrechtlicher Abkommen zur Arbeitsmigration abgeschlossen, die ihren Fokus auf die Rechte der Wanderarbeitnehmenden legen, aber keine Zugangsrechte in das Hoheitsgebiet eines anderen Staats gewähren können. Diese Abkommen, die von der ILO, der UN und dem Europarat erlassen wurden, sind für die Europäische Union nicht direkt bindend. Sie können aber grundsätzlich als Inspirationsquelle für die Interpretation der ungeschriebenen Grundsätze der Europäischen Union nach Art. 6 Abs. 3 EUV herangezogen werden, soweit sie von allen EU-Mitgliedstaaten ratifiziert wurden.[837] Von den internationalen Instrumenten zur Arbeitsmigration trifft dieses Kriterium allerdings nur auf die (revidierte) Europäische Sozialcharta zu. Zu beachten ist dabei, dass das EU-Recht nicht dazu verwendet werden darf, die von den Vertragsstaaten angebrachten Vorbehalte und Erklärungen zu umgehen.[838] 392

Die anderen internationalen Instrumente haben keine rechtlich bindende Wirkung für die EU. Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention wurde von keinem EU-Mitgliedstaat ratifiziert und die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 wurden nur von neun bzw. fünf Mitgliedstaaten ratifiziert.[839] Auf Ebene des Europarats wurde das Europäische Niederlassungsabkommen von neun EU-Mitgliedstaaten und das Europäische Abkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer von sechs EU-Mitgliedstaaten ratifiziert.[840] 393

Die Mitgliedstaaten selbst sind allerdings an die von ihnen ratifizierten Abkommen gebunden. Entsprechend enthalten die verschiedenen Richtlinien zur Einwanderung von Drittstaatsangehörigen Vorbehalte zugunsten günstigeren Bestimmungen in bilateralen oder multilateralen Abkommen zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten und einem oder mehreren Drittstaaten.[841] Die Saisonarbeitnehmerrichtlinie behält in Erwägungsgrund 44 die Rechte und Grundsätze der Europäischen Sozialcharta von 1961 und des Europäischen Übereinkommens über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer vor. Die Daueraufenthaltsrichtlinie behält in Art. 3 Abs. 3 lit. c günstigere Bestimmungen in diesen beiden Instrumenten sowie in der revidierten 394

837 HAILBRONNER/THYM, Rz 54.

838 HAILBRONNER/THYM, Rz 54.

839 Stand November 2020.

840 Stand November 2020.

841 Siehe Art. 13 Abs. 1 lit. b Rl 2011/98/EU; Art. 3 Abs. 3 Rl 2003/109/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. b Rl 2009/50/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. b Rl 2014/36/EU; Art. 4 Abs. 1 lit. b Rl (EU) 2016/801.

Europäischen Sozialcharta von 1996 und im Europäischen Niederlassungsabkommen sogar ausdrücklich im Richtlinientext vor.

395 Auch die gemeinsame Einwanderungspolitik von Drittstaatsangehörigen in die EU ist stark durch wirtschaftliche Überlegungen geprägt. Obwohl die verschiedenen Richtlinien Ansätze einer auf Rechten basierenden Einwanderungspolitik enthalten und alle einen Anspruch auf Gleichbehandlung zwischen den Drittstaatsangehörigen und den eigenen Staatsangehörigen in verschiedenen Bereichen statuieren, stehen menschenrechtliche Überlegungen nicht im Zentrum der Migrationspolitik der Union.[842] Auch dadurch unterscheidet sich ihr Einwanderungsrecht von den internationalen Verträgen zur Arbeitsmigration.

VII. Anbindung der Schweiz an die EU

396 Bei der Schweiz handelt es sich aus Sicht der Europäischen Union um einen Drittstaat. Ihr Verhältnis zueinander ist allerdings durch eine Reihe von völkerrechtlichen Abkommen, mit denen insbesondere die wirtschaftlichen Beziehungen geregelt werden, gekennzeichnet.[843] Eines dieser Übereinkommen ist das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA)[844]. Dieses Abkommen wurde am 21. Juni 1999 abgeschlossen und trat am 1. Juni 2002 in Kraft. Es verfolgt das Ziel, den freien Zugang zum Arbeitsmarkt für Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz im Hoheitsgebiet der jeweils anderen Vertragsparteien zu gewährleisten.[845] Inhaltlich lehnt es sich eng an die Grundsätze des Unionsrechts im Bereich der Personenverkehrsfreiheiten an und übernimmt diese in weiten Teilen.[846] Auf dieses Abkommen wird im nachfolgenden Kapitel vertiefter eingegangen.

397 Die weiteren Regelungen der EU im Bereich der Arbeitsmigration, insbesondere jene zur Einreise und zum Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zum Zweck einer Erwerbstätigkeit, gelten in der Schweiz nicht. Im Umgang mit

842 De Guchteneire/Pécoud, S. 26.
843 Für eine Übersicht siehe Jaag/Hänni, Rz 4001 ff.
844 SR 0.142.112.681; ABl. L 114 vom 30.04.2002, S. 6 ff.
845 Siehe Art. 1 und 24 FZA.
846 Epiney, Verbot der Diskriminierung, S. 25.

Drittstaatsangehörigen ist die Schweiz autonom und diese Personen bleiben dem Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration[847] unterstellt.

VIII. Fazit: Rechte auf Personenfreizügigkeit?

In internationalen Verhältnissen ist die Freizügigkeit von Personen immer noch ein Randphänomen. Auf europäischer Ebene hingegen besteht ein Recht auf Personenfreizügigkeit. Dieses Recht wird aber nicht umfassend gewährleistet. Einschränkungen ergeben sich insbesondere wegen der Staatsangehörigkeit der migrationswilligen Person und ihres Grundes zur Einreise in einen anderen Staat. 398

A. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten ist eines der wichtigsten Personenfreizügigkeitsrechte der EU. Grundlage dieses Rechts ist die Errichtung eines gemeinsamen Arbeitsmarktes. Dazu war der weitgehende Abbau staatlicher protektionistischer Massnahmen der Mitgliedstaaten, die bis anhin den einheimischen Arbeitsmarkt vor fremder Konkurrenz schützten, notwendig.[848] Der Abbau staatlicher Schutzmassnahmen stellte aber nur den ersten Schritt dar, zusätzlich war die Gewährung subjektiver Rechte an EU-Wanderarbeitnehmende notwendig. So ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit immer auch ein «Prozess im Dienste der Einzelnen»[849]. 399

EU-Wanderarbeitnehmende haben das Recht in jeden EU-Mitgliedstaat einzureisen, um dort eine Erwerbstätigkeit zu suchen, aufzunehmen und auszuüben. Dieses umfassende Zugangsrecht zum Arbeitsmarkt ist mit der Gewährleistung von geografischen und beruflichen Mobilitätsrechten verbunden. Eine wichtige Funktion übernimmt dabei das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, denn nur wenn EU-Wanderarbeitnehmende sich frei auf dem europäischen Arbeitsmarkt bewegen können, lässt sich dieser tatsächlich verwirklichen.[850] Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses 400

847 Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) vom 16.12.2005, SR 142.20.

848 FUCHS/MARHOLD, S. 137.

849 TERHECHTE, Rz 3.

850 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 818.

kommt dem Diskriminierungsverbot noch eine zweite wichtige Funktion zu. Es stellt nämlich nicht nur sicher, dass EU-Wanderarbeitnehmende die gleichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen haben wie einheimische Arbeitnehmende, es schützt auch die einheimischen Arbeitnehmenden vor Lohn- und Sozialdumping.

401 Die Arbeitnehmerfreizügigkeit verpflichtet dabei nicht nur den Staat, auch private Verbände sowie Arbeitgebende sind daran gebunden («Drittwirkung»). Auch sie müssen den Zugang zur Erwerbstätigkeit, die Arbeitsbedingungen und die Entlohnung diskriminierungsfrei ausgestalten. Damit werden die tatsächlichen Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt, auf dem gewissen privaten Akteuren eine grosse Macht zukommt, vor der es Arbeitnehmende zu schützen gilt, berücksichtigt.

402 Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährt aber nicht nur wirtschaftliche Rechte, ihr kommt auch eine soziale Komponente zu. Wanderarbeitnehmende werden nicht nur als blosse Arbeitskräfte, sondern in ihrer personellen und familiären Komplexität gesehen.[851] Aus diesem Grund steht einem EU-Wanderarbeitnehmer auch das Recht zum Verbleib in jenem Mitgliedstaat zu, in den er sich aufgrund seiner Beschäftigung gesellschaftlich integriert hat. Daneben kam es innerhalb des EU-Rechts zu einer Entwicklung, welche die Freizügigkeitsrechte von ihrer wirtschaftlichen Zweckbindung ablöste. In Ansätzen besteht nun eine unionsweite Freizügigkeit, die einzig an den Status der Unionsbürgerschaft der migrationswilligen Person anknüpft. Dennoch bleibt auch hier die wirtschaftliche Selbständigkeit wichtigstes Kriterium für ein fortgesetztes Aufenthaltsrecht.[852]

B. Gemeinsame Einwanderungspolitik von Drittstaatsangehörigen

403 Die Arbeitnehmerfreizügigkeit stellt den Wanderarbeitnehmer in den Mittelpunkt der Regelungen. Seine Wanderbewegung in einen anderen Mitgliedstaat zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit wurde seit der Gründung der EU als eine der Grundfreiheiten gefördert. Drittstaatsangehörige aber fallen nicht unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit, im Gegenteil, im Rahmen der gemeinsamen Einwanderungspolitik nach Art. 79 AEUV stehen mitgliedstaatliche Bedürfnisse im Vordergrund. Entsprechend stellen die von der EU erlassenen

851 FUCHS/MARHOLD, S. 95.

852 Siehe Art. 7 Abs. 1 lit. b und c Unionsbürgerrichtlinie.

Richtlinien den Mitgliedstaaten weiterhin Instrumente zur Verfügung, mit denen sie die Migration aus Drittstaaten begrenzen und steuern können.

404 Die Frage der möglichen Gewährung des Zugangs zum Arbeitsmarkt für Drittstaatsangehörige hängt dabei eng mit der Frage der staatlichen Souveränität zusammen. Entsprechend sind die Mitgliedstaaten nicht bereit diese Kompetenz an die EU abzutreten. Zusätzlich haben sie aus innenpolitischen Gründen ein grosses Interesse daran, den Arbeitsmarkt vor ausländischer Konkurrenz zu schützen. Somit spielen arbeitsmarktpolitische Überlegungen eine wichtige Rolle beim Wunsch der Mitgliedstaaten die Kontrolle über die Wanderbewegung fremder Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet zu behalten.[853]

405 Andererseits besteht auch in der EU ein Bedürfnis nach zusätzlichen Arbeitskräften aus Drittstaaten. Zur Steuerung dieser Migrationsströme erliess die EU in den letzten Jahren eine Reihe von Richtlinien. Diese Richtlinien unterscheiden dabei in ihrem persönlichen Geltungsbereich nach der Art der zu besetzenden Stelle und der Dauer des Aufenthalts des Drittstaatsangehörigen. Entsprechend unterscheidet sich auch der Umfang der an den Drittstaatsangehörigen gewährten Rechte. Es liegt somit eine starke Fragmentierung im europäischen Migrationsrecht vor, die auch die Rahmenrichtlinie mit ihrem Anspruch zur Harmonisierung verschiedener Regelungen nicht überwinden konnte.[854] Ein Wechsel zwischen den verschiedenen Richtlinien und damit eine Verbesserung der Rechtsstellung ist allerdings möglich.

406 Zum wichtigsten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses garantierten Rechts gehört das Recht auf gleiche Behandlung mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaats. Dieses Recht, das allen Arbeitskräften aus Drittstaaten zukommt, schützt diese einerseits vor Ausbeutung, andererseits geht es wie beim Diskriminierungsverbot der Personenfreizügigkeit um den Schutz des inländischen Arbeitsmarktes und den Schutz der inländischen Arbeitnehmenden vor Lohn- und Sozialdumping. Zu den weiteren an Drittstaatsangehörigen gewährten Rechte zählen berufliche Mobilitätsrechte. Diese stehen aber in einem engen Zusammenhang mit der Gewährung des Zugangs zum Arbeitsmarkt, so dass sie Drittstaatsangehörigen nur beschränkt zukommen. Innereuropäische berufliche Mobilitätsrechte sind dabei noch stärker eingeschränkt, und kommen in keinem Fall auch nur annähernd an die Freizügigkeitsrechte der EU-Wanderarbeitnehmenden heran. Dennoch ist darauf

853 BOELES ET AL., S. 155.

854 IGLESIAS SÁNCHEZ, Single Permit, Art. 3 RI 2011/98/EG N 2.

hinzuweisen, dass es sich bei der innereuropäischen Mobilität von Drittstaatsangehörigen um eine Neuerung des europäischen Einwanderungsrecht handelt und um ein Recht, das nur die EU selbst den Drittstaatsangehörigen gewähren kann.

407 Neben den EU-Regelungen für Drittstaatsangehörige können die EU-Mitgliedstaaten ihr eigenes Einwanderungsregime aufrechterhalten. Die Daueraufenthalts- und Blue-Card-Richtlinie verweisen explizit auf diese Möglichkeit.[855] Es ist somit festzuhalten, dass Migration in der Europäischen Union auf drei Ebenen geregelt wird: Es gibt umfassende Freizügigkeitsrechte für EU-Staatsangehörige, eine eingeschränkte Harmonisierung für gewisse Drittstaatsangehörige, die in den persönlichen Geltungsbereich der Unionsrichtlinien fallen, wobei die Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum geniessen, und ein parallel dazu aufrechterhaltenes mitgliedstaatliches Migrationsrecht. Es bleibt somit fraglich, inwieweit von einer «gemeinsamen» Einwanderungspolitik von Drittstaatsangehörigen in die EU gesprochen werden kann.

C. Gegenüberstellung

408 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit als ein (subjektives) Recht der Arbeitnehmenden ausgestaltet ist, in dessen Rahmen die EU-Mitgliedstaaten auf ihre Souveränität verzichten. Die entsprechenden Rechtsakte der EU, und noch mehr die Rechtsprechung des EuGH, fokussieren deshalb stark auf die Rechte der migrierenden Arbeitnehmenden. Im Gegensatz dazu behalten die Mitgliedstaaten bei der Zulassung von Drittstaatsangehörigen in ihr Hoheitsgebiet ihre souveränen Vorrechte zur Migrationssteuerung. Drittstaatsangehörige verfügen somit über keine subjektiven Zugangsrechte, ihre Zulassung folgt einzelstaatlichen (Wirtschafts-)Interessen.[856] Ihre Zulassung beschränkt sich darüber hinaus auf das Gebiet eines Mitgliedstaats. Erst im Verlaufe der Zeit erwerben sie gegebenenfalls das Recht auf Zugang zu weiteren nationalen Arbeitsmärkten und damit zum Binnenmarkt der EU.[857] Drittstaatsangehörige haben damit kein Recht auf Personenfreizügigkeit.

---

855 Siehe Art. 13 Rl 2003/109/EG in Rz 263 und Art. 3 Abs. 4 Rl 2009/50/EG in Rz 266.

856 Siehe FUCHS/MARHOLD, S. 91.

857 GUILD, Internal Market, S. 117.

5. Kapitel
Rechtlicher Schutz von Wanderarbeitnehmern in der Schweiz

Die Schweiz hat keines der im 3. Kapitel dargestellten internationalen Übereinkommen zur Arbeitsmigration ratifiziert[858]. Dennoch ist das schweizerische System der Arbeitsmigration nicht frei von internationalen Einflüssen, wobei im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Einführung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU zu grundlegenden Änderungen des bestehenden Migrationsrechts führte. Fortan verzichtete die Schweiz auf ihre Steuerungsmöglichkeiten zur Einwanderung von EU-Staatsangehörigen. Dieses liberale Zuwanderungssystem steht im Gegensatz zum restriktiven, staatlich gesteuertem Einwanderungssystem für Personen aus Drittstaaten. 409

I. Geschichtliche Entwicklung der Regelungen zur Einwanderung

Für ein besseres Verständnis der Zielsetzungen des schweizerischen Arbeits- und Migrationsrechts wird im Folgenden mit einem kurzen Rückblick zur geschichtlichen Entstehung des Rechts begonnen[859]. Dabei liegt der Schwerpunkt auf Fragen der Einwanderung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. 410

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Der schweizerische Bundesstaat wurde 1848 gegründet. Die damalige Bundesverfassung wies dem Bund allerdings erst wenige Befugnisse zu, zu denen weder Kompetenzen im Bereich des Arbeits- noch des Ausländerrechts zählten. Erst die Verfassungsreform von 1874 änderte diese Situation, zumindest in Bezug auf das Arbeitsrecht. 411

858 Siehe zur Haltung der Schweiz gegenüber den ILO-Übereinkommen Rz 106 ff., der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention Rz 166 ff., und den Instrumenten des Europarates Rz 212 ff.

859 Ausgangspunkt zu den historischen Ausführungen des 5. Kapitels ist JUNGHANSS, Regelungskonzept, Rz 560 ff.

412 Mit der Reform wurde einerseits die Handels- und Gewerbefreiheit (heute Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV[860]) und andererseits Bundeskompetenzen zur Regelung der Arbeitswelt in die Verfassung aufgenommen. Der Bund erhielt genauso die Befugnis einheitliche Regelungen im Bereich des Handels- und Obligationenrechts (heute Art. 122 BV) zu erlassen wie eine erste sozialpolitische Befugnis (heute Art. 110 BV) zum Arbeitsschutz. Er nahm seine Kompetenzen rasch wahr und 1877 trat das eidgenössische Fabrikgesetz in Kraft, das Regelungen zum Ausgleich der Nachteile und Gefahren der Fabrikarbeit enthielt.[861] 1883 trat das eidgenössische Obligationenrecht in Kraft, das den Arbeitsvertrag (damals noch als Dienstvertrag bezeichnet) in 12, meist dispositiven, Bestimmungen regelte.[862]

413 Die verfassungsrechtliche Kompetenz zur Bundesgesetzgebung über Ein- und Ausreise, Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (heute Art. 121 BV) erhielt der Bund 1925. Bereits vorher übte er aber einen Einfluss auf das Ausländerrecht aus, indem er einerseits von seiner Kompetenz Niederlassungsverträge mit dem Ausland abzuschliessen, umfassenden Gebrauch machte[863] und andererseits auf Basis der Vollmachtenbeschlüsse des 1. Weltkriegs Verordnungen betreffend die Grenzpolizei und die Kontrolle der Ausländerinnen und Ausländer erliess.[864]

B. Industrialisierung und Weltoffenheit

414 Die Gründung des schweizerischen Bundesstaats fiel wirtschaftlich gesehen in die Zeit der Industrialisierung. Als Industrialisierung wird die Verwendung neuer Energiequellen im Produktionsprozess bezeichnet. Begleitet wurde dieser Prozess von einem wachsenden Organisationsgrad der Menschen, der Spezialisierungen und Harmonisierungen in einem Umfang ermöglichte, den vorindustrielle Gesellschaften nicht erreicht hatten.[865] Dieser Prozess führte

860 Siehe dazu Rz 497 ff. und Rz 507 ff.

861 TSCHUDI, S. 11.

862 TSCHUDI, S. 24.

863 BBl 1924 II 493 S. 494. Die Texte dieser Niederlassungsverträge, die teilweise (zumindest formell) immer noch in Kraft sind, finden sich unter SR 0.142.1. Siehe dazu auch BGE 119 IV 65.

864 BBl 1924 II 493 S. 495 ff.

865 STEARNS, S. 5.

auch in der Schweiz zu einer Veränderung der herrschenden sozialen und wirtschaftlichen Strukturen.[866]

Diese Veränderungen führten zu binnenstaatlichen Wanderbewegungen, durch die viele Menschen auf der Suche nach Arbeit vom Land in die rasch wachsenden Industriestandorte zogen.[867] Gleichzeitig fand auch eine bedeutende grenzüberschreitende Migration statt. Bis in die 1880er Jahre war der Migrationssaldo der Schweiz negativ, bevor er sich in der Folge umkehrte und die Schweiz von einem Aus- zu einem Einwanderungsland wurde. Die meisten Immigranten stammten dabei aus den Nachbarstaaten der Schweiz, insbesondere aus Frankreich, Deutschland und Italien.[868] Es wanderten ungefähr gleich viele Männer wie Frauen ein. Diese waren üblicherweise zwischen 15 und 39 Jahre alt, unverheiratet, und lebten für einige Jahre in einem deutschsprachigen Kanton.[869] In der Praxis unterschieden sich die deutschen und französischen Wanderarbeitnehmenden wenig von den Schweizerinnen und Schweizern, die Italienerinnen und Italiener hingegen bildeten eher eine untere Schicht der Arbeiterschaft und Konflikte blieben nicht aus.[870] 415

Die Wanderarbeitnehmenden erfüllten insbesondere zwei Rollen auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt. Sie stellten die benötigte Arbeitskraft zur Einführung der industriellen Massenproduktion zur Verfügung.[871] Als Beispiel kann die Textilindustrie genannt werden, in der junge italienische Frauen als ungelernte Arbeiterinnen angeworben wurden. Ihre Beschäftigung stellte für die Unternehmen eine kosteneffiziente Massnahme in einer Branche dar, die Ende des 19. Jahrhunderts ihren Höhepunkt bereits hinter sich hatte und unter der verstärkten ausländischen Konkurrenz litt.[872] Wanderarbeitnehmende, insbesondere jene aus Deutschland, brachten aber auch Fachwissen und persönliche Verbindungen zu ihrem Heimatstaat in die Schweiz.[873] Dies führte insbesondere in der Maschinen- und Metallindustrie zu einer überregionalen 416

866 JUNGHANSS, Regelungskonzept, Rz 576.
867 GOOD, S. 52.
868 DEGEN, Aufstieg, S. 64.
869 HOLMES, S. 36.
870 DEGEN, Aufstieg, S. 64 f.
871 HOLMES, S. 58 f.
872 HOLMES, S. 84 f.
873 HOLMES, S. 59 und S. 98.

industriellen Entwicklung zwischen Süddeutschland und der Nordostschweiz.[874]

417 Diese Migrationsbewegungen wurden durch staatliche Niederlassungsverträge geschützt. Diese Verträge, die auf dem Prinzip der Reziprozität beruhten, garantierten den Staatsangehörigen der Vertragsparteien Freizügigkeit und weitgehende Inländergleichbehandlung.[875] Auf dem Arbeitsmarkt waren die ausländischen Arbeitskräfte somit Schweizerinnen und Schweizern gleichgestellt. Die freie Migration der damaligen Zeit entsprach dem Bild des ökonomischen Liberalismus, der es den Menschen ermöglichte, dorthin zu wandern, wo ihre Arbeitskraft die höchsten Löhne erzielte.[876] Auch die Beziehungen zwischen den Arbeitgebenden und den Arbeitnehmenden wurden dem freien Spiel des Marktes anvertraut.[877] Das Prinzip der Vertragsfreiheit führte allerdings dazu, dass die sich entgegenstehenden Interessen der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden ungebremst aufeinandertrafen. Die Arbeitnehmenden, die auf eine Erwerbstätigkeit angewiesen waren, waren damit faktisch gezwungen, die vom Arbeitgeber diktierten Lohn- und Arbeitsbedingungen anzunehmen.[878] Das führte zu langen Arbeitszeiten, einer gesundheitsgefährdenden Arbeitsumgebung und tiefen Löhnen.[879]

418 Zwei Entwicklungen verbesserten die Situation der Arbeitnehmenden. Einerseits griff der Gesetzgeber mit dem Erlass öffentlich-rechtlicher Schutzbestimmungen im Fabrikgesetz von 1877 in die private Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse ein und stellte damit einen Ausgleich zwischen den öffentlichen Gütern Gesundheit, Sicherheit und Ordnung und dem gesunden Funktionieren der Wirtschaft her.[880] Andererseits entstand Mitte des 19. Jahrhunderts die Arbeiterbewegung, wobei die schweizerische Gewerkschaftsbewegung insbesondere durch sich organisierende deutsche Arbeiter angestossen wurde.[881] Die Organisation in Verbänden ermöglichte es der Arbeiterschaft einerseits ihren Forderungen nach verbesserten Arbeitsbedingungen mithilfe

874 HOLMES, S. 96 ff.
875 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 154; HAUG, S. 17.
876 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 152.
877 GOOD, S. 55; TSCHUDI, S. 3.
878 GOOD, S. 52 f.
879 TSCHUDI, S. 3 f.
880 GOOD, S. 69.
881 BAUMGÄRTNER, S. 71; DEGEN, Anfänge, S. 42 f.; siehe auch HOLMES, S.63 f., S. 73 und S. 102.

des Arbeitskampfs Nachdruck zu verleihen.[882] Andererseits ermöglichte sie ihnen die Arbeitgebenden mithilfe des Abschlusses von Gesamtarbeitsverträgen zur Anerkennung ihrer Forderungen zu bewegen.[883] Diese Vertragsart verbreitete sich rasch und wurde 1911 bei der Revision des Obligationrechts auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, wobei die Bedeutung dieses Schritts in der Anerkennung der normativen Wirkung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen lag.[884] Damit bestanden Anfang des 20. Jahrhunderts die drei wesentlichen Institute des Arbeitsrechts (Individualarbeitsrecht, öffentliches Arbeitsrecht und kollektives Arbeitsrecht) in ihren Grundzügen.[885]

C. Wirtschaftliche Regulierung und Überfremdungsabwehr

Der 1. Weltkrieg stellte einen Bruch in der Entwicklung dar. Der Krieg bedeutete das Ende des bis anhin bestehenden Geistes der Freizügigkeit für fremde Staatsangehörige.[886] Gleichzeitig änderte sich auch die Rolle des Staats in der Arbeitswelt, da der Bund in den nach 1918 folgenden krisenbelasteten Jahren wiederholt in die Wirtschaft- und Arbeitswelt eingreifen musste. Diese Eingriffe erfolgten bezogen auf einzelne Branchen zur Verhinderung grösserer Störungen.[887] Auch die bis anhin kämpferischen Beziehungen zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden wandelten sich.[888] 419

Mit der Verfassungsrevision von 1925 erhielt der Bund die Kompetenz zur Regelung des Aufenthalts und der Niederlassung von ausländischen Staatsangehörigen. Bis anhin war diese Aufgabe den Kantonen zugefallen, auch wenn der Bund durch den Abschluss von Niederlassungsverträgen die Rechtsposition der fremden Staatsangehörigen in der Schweiz weitgehend geregelt hatte.[889] Die neu zu schaffenden Regelungen wurden in den Dienst der Über- 420

882 DEGEN, Aufstieg, S. 76.
883 GOOD, S. 67.
884 BAUMGÄRTNER, S. 122; TSCHUDI, S. 32 f.
885 GOOD, S. 70.
886 THÜRER, Rz 1.9.
887 BAUMGÄRTNER, S. 199.
888 BAUMGÄRTNER, S. 163; siehe Rz 422.
889 BBl 1924 II 493 S. 494; siehe zu den Niederlassungsverträgen auch Rz 413 und Rz 417.

fremdungsabwehr gestellt.[890] Dazu hielt der Bundesrat fest: «Die Überfremdungsabwehr verlangt Einführung eines ganz neuen Massstabes: desjenigen der Aufnahmefähigkeit des Landes. Man kann sich nicht mehr darauf einlassen, nur gewisse Anforderungen zu stellen und bei deren Erfüllung Niederlassung zu erteilen, man darf, mit einem Wort, die Zulassung nicht mehr vom Zudrang abhängig machen, muss sie vielmehr nach der Aufnahmefähigkeit des Landes regulieren»[891]. Der Bundesrat erachtete es dabei als möglich, diese Zielsetzung mit weiteren nationalen Interessen, wie derjenigen von Handel und Verkehr, sowie des Hotelgewerbes, die sich einen möglichst freien Verkehr von Ausländerinnen und Ausländern wünschten, in Einklang zu bringen.[892]

421 Das so formulierte Verständnis wurde zur Leitlinie bei der Ausarbeitung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG)[893], das 1934 in Kraft trat und bis 2008 geltende Rechtsgrundlage blieb. Das Gesetz beruhte auf dem Grundsatz, dass für alle fremden Staatsangehörigen die gleiche Zulassungsordnung galt[894], wobei die Erteilung von Bewilligungen im Wesentlichen nach behördlichem Ermessen erfolgte (Art. 4 ANAG). Bei ihren Entscheidungen berücksichtigten die Behörden die geistigen und wirtschaftlichen Interessen sowie den Grad der Überfremdung des Landes (Art. 16 Abs. 1 ANAG). Fremde Staatsangehörige, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in die Schweiz einreisten, durften ihre Stelle erst antreten, wenn ihnen der Aufenthalt zum Stellenantritt bewilligt worden war. Niedergelassene hingegen unterlagen bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit keinen Einschränkungen mehr (Art. 3 Abs. 3 ANAG). Die erteilte Bewilligung galt dabei nur im Gebiet des ausstellenden Kantons. Allerdings erlaubte Art. 8 ANAG den bewilligungsfreien vorübergehenden Aufenthalt in einem anderen Kanton zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Erst der dauerhafte Aufenthalt oder die dauerhafte Ausübung einer Erwerbstätigkeit in einem anderen Kanton bedurften das Einverständnis dieses Kantons. Das ANAG stellte eine Rahmenordnung dar[895], wobei dem Bundesrat nach Art. 25 die Kompetenz zum Erlass umfassender Durchführungsbestimmungen übertragen wurde.

---

890 BBl 1924 II 493 S. 502.
891 BBl 1924 II 493 S. 502.
892 BBl 1924 II 493 S. 503.
893 BBl 1929 I 914 S. 914.
894 Uebersax, von Kreisen und Menschen, S. 565.
895 Thürer, Rz 1.11.

In den krisenbehafteten 1930er Jahren wurde auch der Grundstein zu einer Neugestaltung der Arbeitswelt gelegt. Die Beziehungen zwischen den Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden entwickelten sich von ihrer streikbelasteten Vergangenheit[896] zur Sozialpartnerschaft. Es handelt sich dabei um eine Partnerschaft, in der die Vertragspartner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zusammenarbeiten.[897] Eine bedeutende Rolle in dieser Entwicklung spielte das 1937 abgeschlossene sog. Friedensabkommen in der Maschinen- und Metallindustrie[898]. Es erhöhte die Bereitschaft der Arbeitgebenden die Gewerkschaften als gleichberechtigte Verhandlungspartner anzuerkennen und weichte ihre ablehnende Haltung gegenüber gesamtarbeitsvertraglichen Vereinbarungen auf.[899] Der Abschluss dieses Abkommens öffnete den Gewerkschaften auch in anderen Branchen die Tür zu Verhandlungen und führte zu einer Stabilisierung des Arbeitsmarktes.[900] 422

Gleichzeitig kam es zu einer Neugestaltung der verfassungsmässigen Grundlagen der Wirtschaftspolitik.[901] Die in den Zwischenkriegsjahren erfolgten Eingriffe des Bundes in die Wirtschafts- und Arbeitswelt standen nämlich im Widerspruch zur liberalen Wirtschaftverfassung von 1874, welche die individuelle Selbstverantwortung im Rahmen der Vertragsfreiheit in den Mittelpunkt gestellt hatte.[902] Die 1947 in Kraft getretenen neuen Verfassungsbestimmungen erteilten dem Bund u.a. weitere Kompetenzen im Bereich des Arbeitsrechts, wozu auch die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen zählte (heute Art. 110 Abs. 1 lit. d BV). Damit entstand ein differenziertes, auf Staatsinterventionismus angelegtes Wirtschaftsrecht.[903] 423

896 Siehe dazu DEGEN BERNARD, Streiks, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Bern 2013.

897 SCHMID, S. 59.

898 Diese Industrie regelt ihre Arbeitsbeziehungen weiterhin kollektivrechtlich. Der Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie wurde letztmals bis am 30.06.2023 verlängert.

899 BAUMGÄRTNER, S. 173.

900 BAUMGÄRTNER, S. 173; JUNGHANSS, Regelungskonzept, Rz 691.

901 Siehe Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 betreffend die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung. (Vom 20. September 1947), BBl 1947 III 170.

902 BBl 1937 II 833 S. 837.

903 GOOD, S. 74.

D. Verfolgung arbeitsmarktlicher Interessen

1. Gastarbeiterpolitik

424 Die Zeit nach dem 2. Weltkrieg war geprägt durch die Gastarbeiterpolitik. Die schweizerische Wirtschaft erfuhr in den Jahren nach 1945 einen Aufschwung, da sie sehr gut auf die sich neu öffnenden ausländischen Märkte und die starke Nachfrage für den Wiederaufbau eingestellt war. Gleichzeitig blieb die Binnenwirtschaft vorerst vor ausländischer Konkurrenz geschützt.[904] Der Aufschwung der Wirtschaft führte zu einem ausgesprochenen Arbeitskräftemangel. Dieser wurde durch die Rekrutierung sog. Gastarbeiter ausgeglichen, ausländische Arbeitskräfte, die nur für eine befristete Zeit in der Schweiz aufenthaltsberechtigt waren.[905] Zu den Branchen, die am meisten ausländische Arbeitnehmende benötigten, zählten das Bau- und das Gastgewerbe, die Textil- und Bekleidungsindustrie, sowie die Maschinen- und Metallindustrie.[906] Die Arbeiterinnen und Arbeiter kamen vor allem aus Deutschland, Österreich und Italien.[907] Mit dem letztgenannten Land schloss die Schweiz 1948 eine «Vereinbarung über die Einwanderung italienischer Arbeitskräfte in die Schweiz» ab.[908] Die Idee dieses Vertrags wurde 1961 auf Spanien[909] übertragen. Es handelte sich dabei um Anwerbungsverträge, die sich grundsätzlich von den Niederlassungsverträgen des 19. Jahrhunderts, die auf Gegenseitigkeit beruhrten, unterschieden.[910]

425 Zu dieser Zeit galt weiterhin das ANAG von 1934, das auch durch die Revision von 1948[911] für den Bereich der Arbeitsmigration kaum bedeutende Änderungen erfuhr. Genauso wenig änderte die ein Jahr später in Kraft getretene

---

904 DEGEN, Weltwirtschaftskrise, S. 216; FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 163 ff.

905 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 167; DEGEN, Hochkonjunktur, S. 229.

906 DEGEN, Hochkonjunktur, S. 229 f.

907 PIGUET, S. 17. Zu Beginn der 1980er Jahren zählten dann Jugoslawien und Portugal zu den wichtigsten Herkunftsstaaten für ersteinreisende Wanderarbeitnehmende, siehe DHIMA, S. 110.

908 AS 1948 838. Diese Vereinbarung wurde 1964 durch das Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz, SR 0.142.114.548, abgelöst, das zu einer Verbesserung der Rechtsstellung der italienischen Arbeitskräfte in der Schweiz führte.

909 Abkommen zwischen der Schweiz und Spanien über die Anwerbung spanischer Arbeitskräfte und deren Beschäftigung in der Schweiz, SR 0.142.113.328.

910 HAUG, S. 49.

911 AS 1949 221.

Vollziehungsverordnung[912] etwas Grundlegendes an der behördlichen Handhabung der Bewilligungserteilung. Diese war darauf ausgerichtet, die Bedürfnisse der Wirtschaft zu befriedigen. Die Bewilligungen wurden im Allgemeinen erteilt, wenn der Arbeitgeber einen Bedarf an zusätzlichen Arbeitskräften darlegte und nachweisen konnte, dass keine einheimischen Arbeitnehmenden zu finden waren.[913] Diese liberale Bewilligungserteilung war verknüpft mit einer restriktiven Rechtsgewährung an Wanderarbeitnehmende, was ihre soziale und politische Integration in die schweizerische Gesellschaft erschwerte.[914] Die Bewilligungspflicht der Arbeitsaufnahme und der Inländervorrang auf dem Arbeitsmarkt führten dazu, dass ausländische Arbeitskräfte häufig Stellen besetzten, die von Schweizerinnen und Schweizern aus Attraktivitätsgründen (Lohn, Arbeitsbedingungen, Prestige) verlassen worden waren, um in besser qualifizierte Positionen aufzusteigen.[915] Dabei akzeptierte die einheimische Bevölkerung den mit dieser Bewilligungspraxis verbundenen «Preis der Überfremdung», auch weil keine dauernde Niederlassung der ausländischen Arbeitskräfte in der Schweiz vorgesehen war.[916]

Zu Beginn der 1960er Jahre ergriff der Bundesrat dann aber Massnahmen um 426
«den Zustrom von Ausländern zu begrenzen»[917]. Dies kann insbesondere auf drei Faktoren zurückgeführt werden: das Problem der Konjunkturüberhitzung, der von Italien ausgehende Druck auf die Schweiz, den italienischen Staatsangehörigen eine verbesserte Stellung zu gewähren, sowie die wachsende Ausländerfeindlichkeit in der Bevölkerung.[918] Die Begrenzungsmassnahmen des Bundesrates umfassten in einem ersten Schritt eine betriebliche Plafonierung des Personalbestands. Dieses Instrument bewährte sich jedoch nicht. Es gelang zwar den Zuwachs an ausländischen Arbeitskräften zu brem-

912 Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV) vom 01.03.1949, AS 1949 228. Diese Verordnung wurde auf den 01.01.2008 aufgehoben.

913 BBl 1965 I 331 S. 333.

914 AFONSO, S. 656. Rechtliche Massnahmen, die sich mit Fragen der Integration von Ausländerinnen und Ausländern auseinandersetzten, gab es auf nationaler Ebene erst 2000 als der Bundesrat eine erste Verordnung (heute: Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA) vom 15.08. 2018, SR 142.205) dazu erliess.

915 DHIMA, S. 49; HAUG, S. 45 f.

916 BBl 1965 I 331 S. 333.

917 BBl 1965 I 331 S. 335 f.

918 MAHNIG/PIGUET, S. 69.

sen, aber nicht ihn wie gewünscht zu stabilisieren.[919] In der Folge reichten rechts stehende Bewegungen die Schwarzenbach-Initiative[920] ein, die zur Reduzierung der «Überfremdung» einen Abbau des Ausländerbestands forderte.[921] Es handelte sich dabei um eine von insgesamt sieben Volksinitiativen, die zwischen 1960 und 2000 eingereicht wurden, und die alle das Ziel verfolgten, die Zahl fremder Staatsangehörigen in der Schweiz zu limitieren oder zu reduzieren. Alle diese Initiativen wurden in der Volksabstimmung abgelehnt, doch die bestehende Möglichkeit einer Annahme beeinflusste die Ausgestaltung der behördlichen Migrationspolitik.[922]

427 Als Reaktion auf die Schwarzenbach-Initiative führte der Bundesrat drei Monate vor der Volksabstimmung die Begrenzungspolitik ein[923], die allerdings nur eine Modifizierung der bereits bestehenden Betriebsplafonierung darstellte.[924] Mit dem Übergang zum System der Globalplafonierung griff der Staat allerdings in den Arbeitsmarkt ein.[925] Im Rahmen der Begrenzungspolitik wurde der Zuzug neuer Erwerbstätiger durch kantonale, jährlich festzulegende Kontingente zahlenmässig begrenzt.[926] Die Zahl der neu eingereisten Ausländerinnen und Ausländer wurde regulativ auf Unternehmen, Branchen und Regionen verteilt.[927] Diese Begrenzungspolitik gilt im Grundsatz auch noch heute für Wanderarbeitnehmende aus Drittstaaten.[928]

428 Die Begrenzungspolitik fand sich im Bundesratsbeschluss über die Beschränkung der Zulassung ausländischer Arbeitskräfte von 1963[929], der verschiedene Verlängerungen bzw. Änderungen erfuhr, bis 1986 schliesslich die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO)[930] in Kraft trat. Diese Verordnung ergänzte die wenigen Bestimmungen des ANAG, die Re-

919 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 169; BBl 1965 I 331 S. 336.

920 Siehe dazu den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das zweite Volksbegehren gegen die Überfremdung (vom 22. September 1969), BBl 1969 II 1044.

921 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 169.

922 AFONSO, S. 656.

923 SPESCHA ET AL., S. 55.

924 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 169.

925 DHIMA, S. 52.

926 SPESCHA ET AL., S. 56.

927 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 169.

928 SPESCHA ET AL., S. 55 f.

929 AS 1963 190.

930 AS 1986 1791.

geln für ausländische Arbeitskräfte aufstellten. Ziel dieser Regelungen war der Schutz der inländischen Arbeitskräfte[931], indem einerseits ein Inländervorrang galt und andererseits die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden mussten (Art. 7 und 9 BVO). Zusätzlich war der Stellen-, Berufs- und Kantonswechsel von ausländischen Arbeitnehmenden bewilligungspflichtig und somit eingeschränkt (Art. 29 BVO)[932].

Die ausländischen Arbeitskräfte unterlagen den gleichen arbeitsrechtlichen Bestimmungen wie inländische Arbeitnehmende. Im vorliegenden Zeitraum erfuhren diese Regelungen eine Konsolidierung und Erweiterung.[933] Das erlaubte es die arbeitsrechtlichen Bestimmungen an die veränderten wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten anzupassen, wobei die grosse zeitliche Nähe der Revisionen zu einer gesetzesübergreifenden Koordinierung der Vorschriften führte.[934] Das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) von 1956[935] ermöglichte die Ausdehnung des Geltungsbereichs von Gesamtarbeitsverträgen auf Aussenseiter; das Arbeitsgesetz von 1964[936] ersetzte die öffentlich-rechtlichen Schutzbestimmungen des Fabrikgesetzes und dehnte ihren Geltungsbereich gleichzeitig auf alle Arbeitnehmenden in Industrie, Handel und Gewerbe aus; und die bis anhin in verschiedenen Gesetzen verstreuten privatarbeitsrechtlichen Bestimmungen wurden 1971 im Obligationenrecht[937] zusammengeführt. 429

2. Krisen

In den 1970er Jahren kam es aufgrund des Ölschocks zu einer wirtschaftlichen Krise. Diese Krise traf die Schweiz mit einiger Verspätung, führte aber 430

931 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 168.

932 Zu den Gründen für die eingeschränkten Mobilitätsrechte siehe DHIMA, S. 66 f.

933 BAUMGÄRTNER, S. 272.

934 JUNGHANSS, Regelungskonzept, Rz 740. Zu Änderungen arbeitsrechtlicher Bestimmungen kam es erst wieder durch das Swisslex-Paket nach dem Scheitern des EWR-Beitritts, siehe dazu JUNGHANSS, Regelungskonzept, Rz 755 ff. sowie im Rahmen der flankierenden Massnahmen als Folge des Abschlusses des Freizügigkeitsabkommens, siehe dazu Rz 436 ff.

935 SR 221.215.311.

936 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13.03.1964, SR 822.11.

937 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30.03.1911, SR 220.

trotz des Verlusts von 11 % der Arbeitsplätze zu keiner Massenarbeitslosigkeit.[938] Grund dafür war die Ausländerpolitik der Schweiz, welche die Zulassung ausländischer Arbeitskräfte nach konjunkturellen Gesichtspunkten regelte. Da ausländische Arbeitskräfte zur Erneuerung ihrer Aufenthaltsbewilligung über eine Arbeitsstelle verfügen mussten, konnten sie die Rolle eines Konjunkturpuffers erfüllen, um Schwankungen in der Beschäftigungslage für Inländer abzufedern.[939] In den Krisenjahren bis 1977 kehrten bis zu einer Viertelmillion erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer in ihre Heimatstaaten zurück. Erst in den 1980er Jahren reduzierte die inzwischen obligatorische Arbeitslosenversicherung den Druck auf fremde Staatsangehörige nach einem Arbeitsplatzverlust auszureisen.[940]

431 Nach der Krise in den 1970er Jahren wurde die Begrenzungspolitik bis in die 1990er Jahre weitergeführt. In diesem Zeitrahmen kam es aber zu Entwicklungen, die diese Politik in Frage stellten.[941] Die Zahl der Niederlassungsberechtigten an der Gesamtzahl der ausländischen Wohnbevölkerung nahm zu, was es erschwerte, diese Arbeitskräfte durch die Nichtverlängerung ihrer Bewilligung als Konjunkturpuffer einzusetzen.[942] Die schweizerische Arbeitsmigrationspolitik verlor damit ihren Rotationscharakter.[943] Es wurde erkannt, dass die Einwanderung wenig qualifizierter Arbeitskräfte und ihrer Familien nur zu kurzfristigen wirtschaftlichen Vorteilen geführt hatte. Die Rotationspolitik verhinderte nämlich ein Sichtbarwerden der strukturellen Probleme des Arbeitsmarktes.[944] Diese lagen darin begründet, dass eine grosse Anzahl von ausländischen Arbeitskräften mit einer Saisonnierbewilligung einreiste, was einen Zustrom an weniger qualifizierten Arbeitskräften bedeutete. Im Vergleich dazu war die Kontingentierung für gut qualifizierte Arbeitskräfte für die Bedürfnisse des schweizerischen Arbeitsmarktes zu bescheiden.[945] Das führte zu negativen Qualifikationseffekten, die durch die Möglichkeit der Umwandlung von einer Saisonnier- in eine Aufenthaltsbewilligung noch verstärkt

938 DEGEN, Krisen, S. 285; PIGUET, S. 36.
939 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 169; PIGUET, S. 36.
940 DEGEN, Krisen, S. 285 f.
941 MAHNIG/PIGUET, S. 89.
942 MAHNIG/PIGUET, S. 90 f.
943 FREIBURGHAUS/GUGGSIBERG, S. 171.
944 FREIBURGHAUS/GUGGISBERG, S. 170; LINDER, S. 49.
945 STÖCKLI, Arbeitsrecht, S. 23 f.

wurden.[946] Die mit der Aufenthaltsbewilligung verbundene grössere Arbeitsmarktmobilität führte dazu, dass viele ausländische Arbeitskräfte ihr ursprüngliches Berufsfeld verliessen und in die Industriesektoren abwanderten, wo sie erneut eine strukturerhaltende Wirkung entfalteten.[947] Die gewünschte Optimierung der Arbeitsmarktstruktur gelang somit nicht im vorgesehenen Umfang.[948]

In den 1990er Jahren rückten dann die Motive Familiennachzug und Asylsuche zur Einreise in die Schweiz in den Vordergrund. Im Gegensatz zur Arbeitsmigration unterlagen diese Motive keiner Quotenregelung.[949] Das internationale Umfeld der Schweiz änderte sich ebenfalls. Die fortschreitende europäische Integration isolierte die Schweiz zusehends und stellte sie vor die Aufgabe ihre zukünftige Beziehung zur EU zu regeln. Dabei kam insbesondere der Übernahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Verhältnis zur EU und der damit verbundenen Öffnung des schweizerischen Arbeitsmarktes grosse Bedeutung zu.[950] 432

E. Europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Recht

1. Freizügigkeitsabkommen und flankierende Massnahmen

a. Entstehung und Zielsetzung des FZA

Am 21. Juni 1999 schloss die Schweiz das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA)[951] ab.[952] Es ist Teil des als Bilateralen I bezeichneten Vertragspakets, das insgesamt sieben Abkommen umfasst.[953] Das Freizügig- 433

946 STÖCKLI, Arbeitsrecht, S. 26.

947 FREIBURGHAUS/GUGGSIBERG, S. 172.

948 STÖCKLI, Arbeitsrecht, S. 23. Siehe zu diesem Themenbereich auch die Längsschnittuntersuchung von Migrationsdaten durch DHIMA, S. 79 ff.

949 MAHNIG/PIGUET, S. 91 f.; SPESCHA ET AL., S. 57 f.

950 MAHNIG/PIGUET, S. 92.

951 SR 0.142.112.681.

952 Für einen kurzen inhaltlichen Überblick siehe Rz 463 ff.

953 Die sechs weiteren Abkommen sind das Abkommen über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68; über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, SR 0.740.72; über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, SR 0.916.026.81; über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbe-

keitsabkommen verfolgt das Ziel, den freien Zugang zum Arbeitsmarkt für Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz im Hoheitsgebiet der jeweils anderen Vertragsparteien zu gewährleisten.[954] Seit dem Inkrafttreten des Abkommens unterstehen die Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht mehr den Bestimmungen des schweizerischen Ausländerrechts.[955]

434 Die Erweiterung der EU 2004 um zehn europäische Staaten im Osten, der Beitritt von Rumänien und Bulgarien 2007 und der Beitritt von Kroatien 2013 zur EU führten zu einer Ausdehnung des Geltungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens durch drei Protokolle[956], um auch diese Mitgliedstaaten zu erfassen. Das Vereinigte Königreich bleibt, trotz des am 31. Januar 2020 erfolgten Austritts aus der EU, während der (verlängerbaren) Übergangsfrist bis am 31. Dezember 2020 Vertragspartei des FZA.[957] Neben den Mitgliedstaaten der EU gelten die durch das FZA vereinbarten Erleichterungen des Personenverkehrs auch zwischen der Schweiz und den anderen EFTA-Staaten. Das wurde durch eine Anpassung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen)[958] ermöglicht.[959] Auf dieses Übereinkommen wird nachfolgend nicht weiter eingegangen.

435 Das Freizügigkeitsabkommen bzw. seine Protokolle erlaubten die schrittweise Einführung der vollen Personenfreizügigkeit (Art. 10 FZA), indem die Schweiz in einer ersten Phase die Möglichkeit hatte, Höchstzahlen für Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen vorzusehen sowie den Inländervorrang und die Kontrolle der Einhaltung der Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen beizubehalten. Danach bestand die Möglichkeit der Wiedereinführung von Kontingenten, wenn in einem bestimmten Jahr die Zahl der neuen Aufent-

---

wertungen, SR 0.946.526.81; über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, SR 0.172.052.68, alle vom 01.06.2002, sowie das Abkommen über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit vom 08.10.2015, SR 0.424.11.

954 Siehe Art. 1 und 24 FZA.

955 Siehe Art. 1 ANAG und heute Art. 2 AIG.

956 Siehe zum Protokoll I AS 2006 995, zum Protokoll II AS 2009 2421 und zum Protokoll III AS 2016 5251. Zur Ausdehnung des FZA auf Kroatien siehe auch Rz 443.

957 Siehe Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten vom 31.01.2020.

958 SR 0.632.31.

959 JAAG/HÄNNI, Rz 4005; siehe Art. 20 ff. und Anhang K EFTA-Übereinkommen.

haltsbewilligungen um 10 % höher war als im Durchschnitt der drei vorangegangenen Jahre. Diese Übergangsbestimmungen bis zur Gewährleistung der vollen Personenfreizügigkeit endeten für Staatsangehörige der EU-25 im Jahr 2014 und im Verhältnis zu Bulgarien und Rumänien am 31. Mai 2019 und werden im Verhältnis zu Kroatien spätestens am 31. Dezember 2026 enden. Da diese Übergangsbestimmungen zeitlich beschränkt sind und nur noch Kroatien betreffen, wird im Folgenden nicht weiter darauf eingegangen.

b. Flankierende Massnahmen

Das Ziel des Freizügigkeitsabkommens ist die Gewährung des freien Zugangs zum Arbeitsmarkt für die Staatsangehörigen der vertragschliessenden Parteien (Art. 1 FZA). Diese Liberalisierung auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt weckte Ängste eines Lohn- und Sozialdumpings zu Lasten der inländischen Arbeitnehmenden.[960] Die Schweiz entschied sich entsprechend zum Erlass von flankierenden Massnahmen[961], um damit den Wegfall der arbeitsmarktlichen Instrumente des Inländervorrangs und der Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen zu kompensieren.[962] Somit kommen diese nur noch gegenüber Drittstaatsangehörigen zur Anwendung. Im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens kam es damit zu einem Wechsel von einem System mit genereller und präventiver Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen zu einem System mit nachträglichen und punktuellen Kontrollen.[963] 436

Bei den flankierenden Massnahmen handelt es sich um einen Kern von Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmenden. Diese Bestimmungen müssen von allen Teilnehmern am schweizerischen Arbeitsmarkt beachtet werden.[964] Die flankierenden Massnahmen führten zu drei wesentlichen Anpassungen des schweizerischen Arbeitsrechts.[965] Es kam zum Erlass des Entsendegesetzes[966], das die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen für in die Schweiz 437

960 BBl 1999 6128 S. 6392.

961 Siehe zu den flankierenden Massnahmen auch Rz 657 ff.

962 BBl 1999 6128 S. 6351 und S. 6391 ff.

963 BBl 1999 6128 S. 6392.

964 BBl 1999 6128 S. 6392.

965 Siehe dazu BBl 1999 6128 S. 6392 ff.

966 Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) vom 08.10.1999, SR 823.30.

entsandte Arbeitnehmende regelt, und es wurde die Möglichkeit zur erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 1a und Art. 2 Ziff. 3bis AVEG) sowie die Möglichkeit, bei festgestellten Missbräuchen Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen festzulegen (Art. 360a ff. OR), geschaffen.

438 Der Erlass der flankierenden Massnahmen war eine Antwort auf die wirtschaftlichen Auswirkungen, die mit der Einführung der Personenfreizügigkeit erwartet wurde. Gemäss der wirtschaftlichen Theorie sorgt eine Liberalisierung der Einwanderungsbestimmungen zwar für positive wirtschaftliche Impulse, es profitieren aber nicht alle gleichermassen davon. So ist es möglich, dass es in gewissen Branchen zu einem Stagnieren oder einem verlangsamten Anwachsen der Löhne kommt, obwohl die Gesamtwirtschaft wächst. Es ist damit Aufgabe der Politik Ausgleichsmassnahmen zu treffen, um die negativen Verteileffekte der liberalen Einwanderungspolitik für die möglichen Verlierer abzufedern.[967] Entsprechend übten die Gewerkschaften politischen Druck aus, indem sie ihre Zustimmung zum Freizügigkeitsabkommen vom Erlass flankierender Massnahmen, welche die geltenden Arbeits- und Lohnbedingungen aufrechterhielten, abhängig machten. Die grossen Exportunternehmen stimmten diesen Massnahmen widerwillig zu, um ein Scheitern der Bilateralen Verträge, die für sie von grosser Wichtigkeit waren, zu verhindern.[968]

2. Ausländer- und Integrationsgesetz

439 Staatsangehörige, die nicht Bürgerinnen und Bürger eines EU- oder EFTA-Mitgliedstaats sind, werden seit 2008 vom Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, das seit dem 1. Januar 2019 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG)[969] heisst, und den damit verbundenen Verordnungen, erfasst. Im Bereich des Arbeitsmigrationsrecht relevant ist dabei insbesondere die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)[970].

---

967 PIGUET, S. 124 f.

968 PIGUET, S. 125; MAGGETTI/AFONSO/FONTANA, S. 217. Siehe dazu auch FISCHER ALEX/NICOLET SARAH/SCIARINI PASCAL, Europeanisation of a Non-EU Country: The Case of Swiss Immigration Policy, West European Politics 2002, S. 143 ff.

969 SR 142.20.

970 SR 142.201.

Das Ausländer- und Integrationsgesetz basiert auf verschiedenen Überlegungen zur schweizerischen Migrationspolitik. Gemäss bundesrätlicher Botschaft handelt es sich um eine Querschnittsaufgabe, die neben dem Bereich des Ausländer- und Asylrechts auch weitere Politikbereiche umfasst.[971] Zu den wichtigsten Aspekten gehören in diesem Zusammenhang die demographische Entwicklung, der Arbeitsmarkt und die Verhinderung von unerwünschten Wanderungsbewegungen.[972] Betreffend die Zulassung zum Arbeitsmarkt werden im Rahmen des dualen Zulassungssystems ausländerrechtliche Bewilligungen bevorzugt an Erwerbstätige aus EU-/EFTA-Staaten erteilt. Nur wenn keine geeigneten Bewerberinnen und Bewerber gefunden werden, können Bewilligungen an Arbeitskräfte aus Drittstaaten erteilt werden.[973] Diese Politik des dualen Zulassungssystems von Erwerbstätigen wird im Grundsatz seit 1991 verfolgt[974] und ist gemäss Bundesgericht verfassungskonform und vereinbar mit den staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz.[975] Die Zulassung von Drittstaatsangehörigen hat im gesamtwirtschaftlichen Interesse zu erfolgten, wobei es gemäss der Botschaft insbesondere darauf ankommt, «eine nachhaltige Wirtschaftsentwicklung zu fördern und auch den gesellschafts- und staatspolitischen Aspekten Rechnung zu tragen. Es soll weder eine Strukturerhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen erfolgen, noch sollen Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft unterstützt werden»[976]. Die Zulassung erfolgt dabei von Seiten der Behörden nach den ermessensleitenden Gesetzesbestimmungen der Art. 20 ff. AIG.[977] 440

3. Masseneinwanderungsinitiative und Revisionen des Ausländer- und Integrationsgesetzes

a. Umsetzung Masseneinwanderungsinitiative

In der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 nahm das Schweizer Stimmvolk die Initiative «Gegen Masseneinwanderung» an. Der neue Art. 121a BV verlangt eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern. Zur Erreichung dieses Ziels verlangt die Bestimmung die 441

971 BBl 2002 3709 S. 3721.
972 BBl 2002 3709 S. 3722.
973 BBl 2002 3709 S. 3725.
974 BBl 2002 3709 S. 3713.
975 BGE 123 II 472 E. 4.
976 BBl 2002 3709 S. 3726.
977 BBl 2002 3709 S. 3726 ff.

Einführung jährlicher Höchstzahlen und Kontingente sowie einen Vorrang für Schweizerinnen und Schweizern auf dem Arbeitsmarkt.

442 Die Annahme der Bestimmung stellte die Schweiz vor schwierige Umsetzungsfragen, da sie nicht mit den Verpflichtungen aus dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist.[978] Die innerstaatliche Umsetzung erfolgte schliesslich durch verschiedene Bestimmungen im Ausländer- und Integrationsgesetz. Die wichtigsten Neuerungen[979] betreffen den Ausschluss von Stellensuchenden von der Sozialhilfe (Art. 29a AIG)[980], die gesetzliche Regelung des Erlöschens des Aufenthaltsrecht von EU-Staatsangehörigen bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit (Art. 61a AIG)[981] sowie die in Art. 21a AIG enthaltenen Massnahmen zur besseren Ausschöpfung des inländischen Arbeitskräftepotenzials[982]. Dieser auch als «Stellenmeldepflicht» bezeichnete Art. 21a AIG stellt den Kern des Umsetzungsvorschlags dar. Sein Ziel ist es, die Arbeitsmarktintegration der inländischen Erwerbstätigen zu stärken und damit den Bedarf an neu zuwandernden erwerbstätigen Personen indirekt zu reduzieren.[983] Die Konkretisierung dieser Bestimmung erfolgte durch die Art. 53a ff. der Arbeitsvermittlungsverordnung[984].[985] Sollten diese Massnahmen nicht die gewünschte Wirkung zeigen oder ergeben sich neue Probleme, so verlangt Art. 21a Abs. 8 AIG vom Bundesrat der Bundesversammlung zusätzliche Massnahmen zu unterbreiten. Bei erheblichen Problemen können auch die Kantone beim Bundesrat weitere Massnahmen beantragen.

443 Diese Umsetzung berücksichtigt gemäss dem Bundesrat die internationalen Verpflichtungen der Schweiz gegenüber der EU und erlaubte ihm die Ratifizierung des Protokolls III, das die Personenfreizügigkeit auf Kroatien ausdehnt.[986] Dieses Protokoll trat auf den 1. Januar 2017 in Kraft. Die Umsetzung

978 HESELHAUS SEBASTIAN/HÄNNI JULIA, Die eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, SZIER 2013, S. 19 ff.

979 Siehe AS 2018 733.

980 Siehe dazu Rz 567.

981 Siehe dazu Rz 719 ff.

982 Siehe dazu Rz 572 ff.

983 SECO, Erläuternder Bericht, Steuerung der Zuwanderung, S. 3.

984 Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV) vom 16.01.1991, SR 823.111.

985 Siehe dazu ausführlich SECO, Erläuternder Bericht, Steuerung der Zuwanderung.

986 Medienmitteilung des Bundesrates vom 16.12.2016, Schweiz ratifiziert Kroatien-Protokoll.

berücksichtigt allerdings wichtige Elemente von Art. 121a BV nicht, so sieht sie insbesondere keine Begrenzung der Zuwanderung durch Höchstzahlen und Kontingente vor. Das dagegen ergriffene Referendum scheiterte dennoch bereits im Stadium der Unterschriftensammlung.[987]

b. Integrationsvorlage

Bei Annahme der Masseneinwanderungsinitiative war eine Revision des Ausländer- und Integrationsgesetzes hängig, dessen Ziel die Anpassung und Neustrukturierung der ausländerrechtlichen Bestimmungen zur Integration war.[988] Ziel einer erfolgreichen Integrationspolitik hat dabei gemäss dem Bundesrat «die Stärkung des gesellschaftlichen Zusammenhalts auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung»[989] zu sein. Diese Integrationsvorlage wurde im März 2014 vom Nationalrat mit dem Auftrag an den Bundesrat zurückgewiesen, der Bundesversammlung Änderungsanträge vorzulegen, welche die neue Verfassungsbestimmung des Art. 121a BV umsetzten.[990] Zur Erreichung dieses Ziels schlug der Bundesrat eine bessere Ausschöpfung des inländischen Arbeitsmarktpotenzials vor, indem Personen aus dem Asylbereich erleichtert einer Erwerbstätigkeit nachgehen können sollen.[991] 444

Zu den beschlossenen Neuerungen[992] gehörte die Änderung des Titels des Gesetzes in «Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG)». Damit soll die gesellschaftliche Bedeutung der Integration unterstrichen werden.[993] Weitere wichtige Änderungen betreffen Personen aus dem Asylbereich (Asylsuchende, Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung und vorläufig Aufgenommene). Die Bewilligungspflicht für eine Erwerbstätigkeit für diese Personengruppe wurde abgeschafft und durch eine Meldepflicht ersetzt (Art. 85a 445

987 Referendum gegen die Änderung vom 16. Dezember 2016 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Verfehlen der Hälfte des verfassungsmässigen Quorums, BBl 2017 3214.

988 BBl 2013 2397 S. 2398.

989 BBl 2013 2397 S. 2398.

990 BBl 2016 2821 S. 2824.

991 BBl 2016 2821 S. 2822.

992 Siehe AS 2017 6521.

993 BBl 2013 2397 S. 2403.

AIG und Art. 61 AsylG[994]). Auch die Sonderabgabe auf Erwerbseinkommen wurde abgeschafft und nur jene auf Vermögenswerten beibehalten (Art. 88 AIG und Art. 86 AsylG). Eine Änderung ergab sich auch bei Art. 57 AIG. Neu regelt dieser Artikel Fragen zur Information und Beratung. Er enthält insbesondere in Abs. 3 eine Verpflichtung zur Erstinformation von neu aus dem Ausland zugezogenen Ausländerinnen und Ausländern.[995]

4. Institutionelles Abkommen

446 Ende 2018 hatte der Bundesrat das Verhandlungsergebnis zum Institutionellen Abkommen (InstA) zwischen der Schweiz und der Europäischen Union veröffentlicht.[996] Das Abkommen[997] soll einen neuen institutionellen Rahmen, der einen kontinuierlichen und ausgewogenen Ausbau der Wirtschafts- und Handelsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien ermöglicht, schaffen (Art. 1 Abs. 2 InstA). Zu diesem Zweck definiert es die gemeinsamen Grundsätze für die institutionellen Bestimmungen der in seinen Geltungsbereich fallenden bestehenden und zukünftigen Marktzugangsabkommen zwischen den Vertragsparteien, zu denen das Freizügigkeitsabkommen gehört (Art. 2 InstA). Diese Grundsätze umfassen das Verfahren zur Übernahme von Rechtsakten der EU in den Bereichen der betroffenen Marktzugangsabkommen; die einheitliche Auslegung und Anwendung des Institutionellen Abkommens, der betroffenen Marktzugangsabkommen und der Rechtsakte der Europäischen Union, auf die darin Bezug genommen wird; die Überwachung der Anwendung der betroffenen Marktzugangsabkommen und die Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit den betroffenen Marktzugangsabkommen (Art. 1 Abs. 3 InstA).[998]

---

994 Asylgesetz vom 26.06.1998, SR 142.31.

995 Siehe dazu ausführlich Rz 603 ff.

996 Medienmitteilung vom 07.12.2018, Europapolitik – Der Bundesrat schickt den Text zum institutionellen Abkommen in die Konsultation.

997 Das Abkommen trägt in der inoffiziellen deutschen Übersetzung den Namen: «Abkommen zur Erleichterung der Bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt».

998 Für eine erste Kommentierung des Abkommens siehe Epiney Astrid, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU: Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17.12.2018.

Nach der Veröffentlichung des Entwurfstextes des Institutionellen Abkommens führte der Bundesrat Konsultationen durch, die ergaben, dass drei Aspekte einer Klärung bedürfen. Diese betreffen gewisse Bestimmungen der flankierenden Massnahmen zum Lohn- und Arbeitnehmerschutz, die staatlichen Beihilfen und die Unionsbürgerrichtlinie. In diesen Punkten strebt der Bundesrat eine Lösung mit der Europäischen Union an.[999] Wie diese aussehen könnte, ist momentan noch nicht bekannt.[1000] 447

II. Überblick über das geltende Arbeits- und Migrationsrecht

A. Rechtsetzungskompetenzen

Die geltenden Regelungen im schweizerischen Arbeits- und Migrationsrecht wurden durch den Bund erlassen. Zu den verfassungsrechtlichen Kompetenznormen im Bereich der Arbeit zählt Art. 122 BV («Zivilrecht») und Art. 110 BV («Arbeit»). Art. 122 Abs. 1 BV gewährt dem Bund eine umfassende, nachträglich derogierende Rechtssetzungskompetenz im Bereich des Zivil- und Zivilprozessrechts. Von dieser Kompetenz machte er umfassend Gebrauch.[1001] Das OR, in dessen (heutigen) Artikeln 319 ff. das Arbeitsvertragsrecht geregelt ist, ist seit 1912 in Kraft. Basierend auf Art. 122 Abs. 1 BV erliess der Bund auch das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB)[1002] sowie die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)[1003]. 448

Die Rechtsetzungskompetenzen von Art. 110 BV beschränken sich auf die unselbständige Erwerbsarbeit.[1004] Art. 110 Abs. 1 lit. a BV gewährt dem Bund eine umfassende, nachträglich derogatorische Rechtsetzungskompetenz über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Der Bund erliess 449

999 Medienmitteilung vom 07.06.2019, Institutionelles Abkommen Schweiz-EU: Der Bundesrat verlangt Klärungen.

1000 Siehe für eine Übersicht verschiedener in der Politik und Wissenschaft diskutierten Lösungsansätze TOBLER CHRISTA, Wie weiter mit dem Institutionellen Abkommen? Varianten zum Umgang mit den drei heiklen Punkten, Jusletter vom 20.01. 2020.

1001 LEUENBERGER, Art. 122 BV N 4 f.

1002 SR 210.

1003 SR 272.

1004 GÄCHTER, Art. 110 BV N 8.

gestützt darauf eine Vielzahl von Gesetzen, von denen insbesondere das Arbeitsgesetz, das Schwarzarbeitsgesetz[1005] und das Entsendegesetz zu nennen sind.[1006] Bei diesen Erlassen handelt es sich um öffentliches Arbeitsrecht, durch das der Bereich der Arbeit staatlich reguliert wird.[1007] Gemäss Art. 110 Abs. 1 lit. b BV kann der Bund Vorschriften über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, insbesondere über die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten[1008] und gemäss lit. c über die Arbeitsvermittlung erlassen. Gestützt auf diese Litera erliess der Bund das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG[1009])[1010] und gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. d BV das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG).

450 Zu den verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Bundes im Bereich des Migrationsrechts zählt Art. 121 BV («Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich») und 121a BV («Steuerung der Zuwanderung»). Art. 121 BV setzt sich aus drei unterschiedlichen Normkategorien zusammen. Abs. 1 gewährt dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Ausländer- und Asylrechts mit nachträglicher derogatorischer Wirkung.[1011] Sie ist bezüglich der in Abs. 1 genannten Bereiche (Ein- und Ausreise, Aufenthalt, Niederlassung und Asyl) umfassend.[1012] Von dieser Kompetenz machte der Bund mit Erlass des Ausländer- und Integrationsgesetzes und des Asylgesetzes Gebrauch.[1013] Art. 121 Abs. 2 BV bildet unmittelbare Verfügungsgrundlage für politische Ausweisungen.[1014] Die Abs. 3 bis 6 von Art. 121 BV wurden 2010 im Rahmen der Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer» in die Verfassung eingefügt. Sie enthalten konkrete inhaltliche Vorgaben an

---

1005 Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA) vom 17.06.2005, SR 822.41.

1006 GÄCHTER, Art. 110 BV N 26 f.

1007 GÄCHTER, Art. 110 BV N 28.

1008 Gestützt darauf erliess der Bund das Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17.12.1993, SR 822.14, siehe GÄCHTER, Art. 110 BV N 30.

1009 SR 823.11.

1010 GÄCHTER, Art. 110 BV N 32.

1011 THURNHERR, Art. 121 BV N 3.

1012 BGE 129 I 392 E. 3.3.

1013 THURNHERR, Art. 121 BV N 24 und 29.

1014 THURNHERR, Art. 121 BV N 4.

die Ausgestaltung des Migrationsrechts mit Blick auf das Erlöschen von Aufenthaltsrechten und dessen Folgen.[1015] Auch die Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» 2014 fügte spezifische inhaltliche Vorgaben an die Ausgestaltung der Migrationspolitik und des Ausländerrechts in die Verfassung (Art. 121a BV) ein.[1016]

Die verfassungsrechtliche Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen, und damit des Freizügigkeitsabkommens[1017], steht dem Bund durch Art. 54 Abs. 1 BV zu. 451

B. Arbeitsrechtliche Regelungen

1. Überblick

Das Arbeitsrecht gliedert sich in das Individualarbeitsrecht, das die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden privatrechtlich regelt, das öffentliche Arbeitsrecht, das öffentlich-rechtliche Pflichten zwischen dem Staat und Privaten enthält, und das kollektive Arbeitsrecht, welches das Recht der Arbeitsverbände und ihre Beziehungen zum jeweiligen Sozialpartner regelt.[1018] Diese verschiedene Bereiche weisen unterschiedliche Zielsetzungen und Konzeptionen auf, sie bilden aber in ihrem Zusammenspiel ein kohärentes Ganzes.[1019] 452

2. Individualarbeitsrecht

Das Arbeitsvertragsrecht ist hauptsächlich in den Art. 319 ff. OR geregelt. Als Privatrecht basiert der Einzelarbeitsvertrag auf der Vertragsfreiheit (Art. 19 und 20 OR). Nach diesem Prinzip steht es jeder Person innerhalb bestimmter Schranken frei mit einem beliebigen Partner einen Vertrag beliebigen Inhalts abzuschliessen.[1020] Die Vertragsfreiheit umfasst die Inhalts- oder Gestaltungsfreiheit, die Abschlussfreiheit, die Partnerwahlfreiheit, die Aufhebungs- oder 453

1015 THURNHERR, Art. 121 BV N 5.

1016 CARONI ET AL., S. 91. Siehe zur Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative Rz 441 ff.

1017 Siehe BBl 1999 6128 S. 6436.

1018 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 41.

1019 Siehe BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, Rz 49.

1020 BSK-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR N 1.

Änderungsfreiheit und die Formfreiheit.[1021] Sie findet ihre Schranken in Art. 2 ZGB (Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben), Art. 27/28 ZGB (Persönlichkeitsschutz), Art. 19 und 20 OR (Rechtswidrigkeit, öffentliche Ordnung, Sittenwidrigkeit, Persönlichkeitsrechtswidrigkeit und Unmöglichkeit), Art. 328 OR (arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz), in zahlreichen öffentlich-rechtlichen Schranken wie dem Arbeitsgesetz oder dem Ausländer- und Integrationsgesetz und in Diskriminierungsverboten wie jenem im Freizügigkeitsabkommen.[1022]

454 Der Individualarbeitsvertrag wird gemäss Art. 319 OR als ein Vertrag definiert, durch den sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten oder nach der geleisteten Arbeit gemessen wird, verpflichtet. Aus dieser Definition lassen sich die Hauptpflichten der Vertragsparteien («Arbeit gegen Lohn») ableiten. Die Elemente Arbeit und Lohn stehen sich dabei gleichwertig gegenüber, d.h. sie sind die zentralen Elemente des vertraglichen Austauschverhältnisses.[1023] Der Arbeitsvertrag kommt dabei auch zustande, falls die Höhe des Lohnes nicht vereinbart wurde. In diesem Fall ist der übliche Lohn geschuldet (Art. 322 Abs. 1 OR).[1024] Ein weiteres zentrales Element des Arbeitsvertrags stellt die Unterordnung und Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers dar (vgl. Art. 321d OR).[1025]

455 Die beiden Hauptpflichten des Arbeitsvertrags werden durch Nebenpflichten ergänzt. Im Rahmen der Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.[1026] Im Rahmen der Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber verpflichtet, die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers zu wahren und ihm Fürsorge und Schutz zu gewähren.[1027] Diese Pflicht ergibt sich aus dem Sinn der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 328 ff.

1021 BSK-Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR N 4.

1022 Pärli, Gleichbehandlungsgebote, Rz 1545.

1023 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 319 OR N 2.

1024 Berenstein/Mahon/Dunand, Rz 410.

1025 Geiser/Müller/Pärli, Rz 108 f.

1026 Portmann/Wildhaber, Rz 353. In Art. 321a Abs. 2 bis 4, Art. 321b und Art. 321c OR finden sich weitere gesetzliche Pflichten, die der Treuepflicht zuzuordnen sind.

1027 Portmann/Wildhaber, Rz 405.

OR), dem Schutz des Vermögens (Art. 327 ff. OR und Art. 330 OR) und der Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers (Art. 330a OR).[1028] Basierend auf der Fürsorgepflicht bzw. dem Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers nach Art. 328 Abs. 1 OR gilt darüber hinaus ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz, der eine willkürliche Benachteiligung von einzelnen Arbeitnehmenden gegenüber einer Mehrzahl von anderen Arbeitnehmenden des gleichen Betriebs untersagt.[1029]

Das Arbeitsverhältnis endet durch Aufhebungsvertrag, Zeitablauf oder Kündigung (Art. 334 ff. OR). Bei einer ordentlichen Kündigung gelten Kündigungsfristen, die das Gesetz in Abhängigkeit vom Dienstjahr festlegt (Art. 335b und Art. 335c OR). Die ordentliche Kündigung ist grundsätzlich nicht an bestimmte Kündigungsgründe gebunden.[1030] Erfolgt die Kündigung allerdings aus einem der in Art. 336 OR aufgezählten Gründe, so ist sie missbräuchlich. Die Aufzählung ist nicht abschliessend und es wurden durch die Rechtsprechung weitere Missbräuchlichkeitstatbestände identifiziert.[1031] Eine missbräuchliche Kündigung hat zur Folge, dass die kündigende Partei der anderen Partei eine Entschädigung in Höhe von maximal sechs Monatslöhnen auszurichten hat (Art. 336a OR). Erfolgt eine Kündigung während einer der in Art. 336c Abs. 1 oder Art. 336d Abs. 1 OR aufgezählten Sperrfristen, so greift der zeitliche Kündigungsschutz. In diesem Fall ist die Kündigung nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR; Art. 336d Abs. 2 OR). Eine ordentliche Kündigung ist bei einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht nötig. Der Kündigende braucht allerdings einen wichtigen Grund zur Rechtfertigung der fristlosen Auflösung. Als wichtiger Grund gilt dabei jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein ihm nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). 456

3. Öffentliches Arbeitsrecht

Das öffentliche Arbeitsrecht enthält öffentlich-rechtliche Mindeststandards zum Schutz der Gesundheit und der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden. Das Arbeitsgesetz enthält eine ausführliche Regelung zur Arbeits- und Ruhe- 457

1028 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 453; PORTMANN/WILDHABER, Rz 406.

1029 PORTMANN/WILDHABER, Rz 423 f. Siehe zum Gleichbehandlungsgrundsatz Rz 612 ff.

1030 PORTMANN/WILDHABER, Rz 666.

1031 Siehe statt vieler BGE 136 III 513 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen.

zeit (Art. 9 ff. ArG)[1032] und verpflichtet in Art. 6 ArG den Arbeitgeber zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind[1033]. Diese Vorschrift wird ergänzt durch Art. 81 ff. des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG)[1034] zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten. Zusätzlich kennt das Arbeitsgesetz Sonderschutzvorschriften für jugendliche Arbeitnehmende (Art. 29 ff. ArG)[1035], schwangere Frauen und stillende Mütter (Art. 35 ff. ArG)[1036] sowie Arbeitnehmende mit Familienpflichten (Art. 36 ArG). Diese Bestimmungen gehen den arbeitsrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts, Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sowie Parteiabreden vor (siehe Art. 342 Abs. 1 lit. b OR).[1037]

4. Kollektives Arbeitsrecht

458 Im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts ermöglicht die Rechtsordnung der Arbeitnehmerseite den Arbeitgebenden mit einer gewissen Gruppenmacht gegenüberzutreten, um so verbindliche Arbeitsbedingungen gemeinsam festzulegen und dadurch das faktische Ungleichgewicht zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber auszugleichen. Das Mittel zur Herstellung dieses relativen Gleichgewichts ist der Gesamtarbeitsvertrag.[1038]

1032 Siehe hierzu auch die Art. 13 ff. der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10.05.2000, SR 822.111.

1033 Siehe hierzu auch die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3; Gesundheitsschutz) vom 18.08.1993, SR 822.113.

1034 SR 832.20. Siehe auch die Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) vom 19.12.1983, SR 832.30.

1035 Siehe hierzu auch die Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (ArGV 5; Jugendarbeitsschutzverordnung) vom 28.09.2007, SR 822.115; die Verordnung des WBF über gefährliche Arbeiten für Jugendliche vom 04.12.2007, SR 822.115.2, und die Verordnung des WBF über die Ausnahmen vom Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung vom 21.04.2011, SR 822.115.4.

1036 Siehe hierzu auch die Verordnung des WBF über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutzverordnung) vom 20.03.2001, SR 822.111.52.

1037 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR N. 4.

1038 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 732 f.; PORTMANN/WILDHABER, Rz 1001.

a. Gesamtarbeitsverträge und Allgemeinverbindlicherklärung

Ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ist gemäss Art. 356 Abs. 1 OR ein zwischen Arbeitgebenden oder deren Verbänden und Arbeitnehmerverbänden geschlossener Vertrag, in dem sie gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden aufstellen. Diesen sogenannt normativen Bestimmungen kommen gemäss Art. 357 Abs. 1 OR unmittelbare Wirkung zu, was zur Folge hat, dass die so ausgehandelten Arbeitsbedingungen im Individualarbeitsvertrag nicht mehr geregelt zu werden brauchen.[1039] Daneben kann der Gesamtarbeitsvertrag nach Art. 356 Abs. 2 OR auch andere Bestimmungen enthalten, soweit sie das Verhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden betreffen. Es handelt sich hierbei um indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen, die eine Partei des Einzelarbeitsvertrags gegenüber der Vertragsgemeinschaft, dem eigenen Verband oder den GAV-Parteien berechtigen oder verpflichten.[1040] Schuldrechtliche Bestimmungen hingegen betreffen unmittelbar die vertragsschliessenden Parteien des GAV und begründen Rechte und Pflichten zwischen ihnen.[1041] 459

Die durch einen Gesamtarbeitsvertrag ausgehandelten Arbeitsbedingungen binden nur die vertragsschliessenden Arbeitgebenden und die Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände.[1042] Der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrags kann allerdings auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde auf Arbeitgebende und Arbeitnehmende des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind (sog. Allgemeinverbindlicherklärung nach Art. 1 Abs. 1 AVEG). Dadurch gelten die allgemeinverbindlicherklärten Bestimmungen des GAV auch für diese.[1043] 460

b. Normalarbeitsverträge

Ein Normalarbeitsvertrag (NAV) stellt für einzelne Arten von Arbeitsverhältnissen Bestimmungen über deren Abschluss, Inhalt und Beendigung auf (Art. 359 Abs. 1 OR). Er wird durch die zuständige Behörde (entweder Bund 461

1039 BRUCHEZ, Art. 356 OR N 7.
1040 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 356 OR N 12.
1041 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 812.
1042 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 837 f.
1043 RONCORONI, Art. 4 AVEG N 188.

oder Kanton) erlassen (Art. 359a Abs. 1 OR). Es handelt sich somit trotz des Namens um ein Gesetz im materiellen Sinn.[1044] Die Bestimmungen des Normalarbeitsvertrags gelten unmittelbar für die ihm unterstellten Arbeitsverhältnisse (Art. 360 Abs. 1 OR). Im Individualarbeitsvertrag kann allerdings von ihnen abgewichen werden[1045], wobei die Abweichung schriftlich zu erfolgen hat, wenn der NAV dies so vorsieht (Art. 360 Abs. 2 OR). Werden die Voraussetzungen nach Art. 360a OR erfüllt, kann die zuständige Behörde einen NAV mit zwingenden Mindestlöhnen erlassen. Von dessen Bestimmungen darf nur zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (Art. 360d Abs. 2 OR).

C. Migrationsrechtliche Regelungen

1. Überblick

462 Das Migrationsrecht regelt die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt sowie den Familiennachzug von fremden Staatsangehörigen in der Schweiz. Dabei unterscheidet es zwischen Staatsangehörigen aus EU-/EFTA-Mitgliedstaaten und aus anderen Staaten. Bürgerinnen und Bürger aus EU-Staaten unterstehen den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, während auf Drittstaatsangehörige das Ausländer- und Integrationsgesetz Anwendung findet. Ebenfalls von der Bezeichnung Migrationsrecht werden das Asyl- und Einbürgerungsrecht erfasst.[1046]

2. Freizügigkeitsabkommen

a. Auslegung

463 Im Bereich der Immigration von EU-Bürgerinnen und -Bürgern kommt das Freizügigkeitsabkommen[1047] zur Anwendung. Dieses stellt einen völkerrechtlichen Vertrag[1048] dar, womit es nach Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (Vertragsrechtskonvention, VRK[1049]) auszulegen

---

1044 PORTMANN/WILDHABER, Rz 140.

1045 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 360 OR N 3.

1046 CARONI ET AL., S. 4; UEBERSAX, von Kreisen und Menschen, S. 560.

1047 Siehe zum Freizügigkeitsabkommen auch Rz 433 ff.

1048 Siehe BGE 130 II 113 E. 6.1 und EuGH, Urteil vom 15.07.2010, *Hengartner und Gasser,* C-70/09, EU:C:2010:430, Rn 36. Siehe auch EPINEY/METZ/PIRKER, S. 96.

1049 SR 0.111.

ist. Zusätzlich sind aber einige, sich direkt aus dem Abkommen ergebende Besonderheiten zu beachten.[1050] Das Abkommen verweist in seiner Präambel darauf, dass die Freizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen» verwirklicht werden soll. Diese Formulierung kann als Grundsatzentscheid darüber, das FZA im Sinne der unionsrechtlichen Regelungen über die Personenfreiheiten auszulegen, verstanden werden.[1051] Die Zielsetzung einer möglichst parallelen Rechtslage äussert sich im Abkommen selber in der wörtlichen oder sinngemässen Übernahme von gemeinschaftsrechtlichen Garantien, die entsprechend ihren unionsrechtlichen Vorbildern auszulegen sind.[1052] Dabei ist aber immer zu beachten, dass das Freizügigkeitsabkommen nur einen Teil des unionsrechtlichen *acquis communautaire* im Bereich der Personenfreiheiten übernimmt.[1053]

Für diese aus dem Unionsrecht übernommenen Garantien enthält das Abkommen in Art. 16 Abs. 2 FZA eine eigene Auslegungsregel. Diese Bestimmung sieht in ihrem ersten Satz vor, dass, soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden, hierfür die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt wird. Zur Feststellung, ob es sich bei einem Begriff des FZA um einen «aus dem Unionsrecht herangezogenen» Begriff handelt, ist die entsprechende Vorschrift auszulegen.[1054] Daran anschliessend stellt Art. 16 Abs. 2 Satz 2 FZA fest, dass die Schweiz über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens unterrichtet wird. Das bedeutet, dass zur Auslegung eines identifizierten Begriffs des Unionsrechts eine Abgrenzung zwischen «alter» (vor der Unterzeichnung ergange- 464

[1050] Siehe zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ausführlich JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1153 ff., m.w.H. auf Literatur und Rechtsprechung.

[1051] PIRKER, Auslegung, S. 307 f.

[1052] JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1156. Schwierigkeiten ergeben sich dabei daraus, festzustellen, welche Garantien des Abkommens aus dem Unionsrecht übernommen worden und damit einer parallelen Auslegung zugänglich sind, siehe EPINEY/BLASER, Art. 1 FZA N 11.

[1053] Siehe ausführlich BGE 130 II 113 E. 6.2–6.4; sowie EuGH, Urteil vom 06.10.2011, *Graf und Engel,* C-506/10, EU:C:2011:643, Rn 33 und EuGH, Urteil vom 12.11. 2009, *Grimme,* C-351/08, EU:C:2009:697, Rn 27.

[1054] EPINEY/METZ/PIRKER, S. 157 f.; siehe für weitergehende Ausführungen zu dieser Frage, dies., S. 158 ff., sowie BORGHI, N 629 ff.

ner) und «neuer» Rechtsprechung vorgenommen werden muss.[1055] Vor dem 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung ist dabei durch die Behörden und Gerichte zwingend zu berücksichtigen[1056], während in Bezug auf die «neue» Rechtsprechung Folgendes gilt: «[D]as Bundesgericht [weicht] praxisgemäss von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen «triftiger» Gründe ab […]. Bezüglich «neuer» Entwicklungen besteht gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA keine *Befolgungspflicht,* sondern höchstens ein *Beachtungsgebot* in dem Sinn, dass diese nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen. […] Der Schweizer Richter muss die Tragweite der neuen Rechtsprechung des EuGH jeweils auf dem Stand des 1999 übernommenen «Acquis communautaire» würdigen und auslegungsweise klären, ob deren Gehalt (noch) dem Regelungsgegenstand des an sich statisch ausgestalteten FZA entspricht oder ausschliesslich Teil der dynamischen Weiterbildung des Unionsrechts seit dem 21. Juni 1999 bildet und jenen damit sprengt»[1057].

465 Es ist somit festzuhalten, dass sich aus den charakteristischen Merkmalen des Freizügigkeitsabkommen sowie aus Art. 16 Abs. 2 FZA eine allgemeine Grundhaltung ergibt, die für eine möglichst parallele Auslegung des Freizügigkeitsabkommen mit dem EU-Recht spricht.[1058] Diese Tendenz verstärkt sich, wenn man auch die grundsätzliche Haltung des Bundesgerichts nur bei Vorliegen triftiger Gründe von der Rechtsprechung des EuGH abzuweichen, mitberücksichtigt.[1059]

b. Inhaltlicher Überblick

466 Das Freizügigkeitsabkommen gewährt den Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten ein Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Schweiz sowie ein Recht auf Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Dabei stehen den Personen die gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu wie Inländern (Art. 1 FZA). Bei der Ausübung der ihnen im Freizügigkeitsabkommen gewährten Rechte dürfen die von seinem Anwendungsbereich

[1055] Siehe dazu EPINEY/METZ/PIRKER, S. 167 ff.
[1056] EPINEY/METZ/PIRKER, S. 171; BORGHI, N 627.
[1057] BGE 139 II 393 E. 4.1.1.
[1058] Siehe EPINEY, Verbot der Diskriminierung, S. 26 f.
[1059] JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1159.

erfassten Personen nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden.[1060]

Art. 4 FZA gewährt das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit nach Massgabe des Anhangs I FZA[1061]. Dieser Anhang regelt neben gewissen allgemeinen Bestimmungen (Art. 1 bis 5), die unselbständige Erwerbstätigkeit in den Art. 6 bis 11 und die selbständige Erwerbstätigkeit in den Art. 12 bis 16 Anhang I FZA. Darüber hinaus regelt der Anhang I ebenfalls die Rechtsstellung bestimmter wirtschaftlicher Akteure wie Stellensuchender und Grenzgängerinnen und Grenzgänger. Darüber hinaus gewährt das Freizügigkeitsabkommen weitere mit der Freizügigkeit zusammenhängende Rechte: EU-Staatsangehörige haben das Recht auf berufliche und geografische Mobilität (Art. 7 lit. b FZA sowie Art. 8 Anhang I FZA) und ein Recht auf den Erwerb von Immobilien (Art. 7 lit. f FZA). Die Familienangehörigen des Wanderarbeitnehmers haben ein Recht auf Aufenthalt und Ausübung einer Erwerbstätigkeit (Art. 7 lit. d und e FZA). Nach Beendigung der Erwerbstätigkeit haben EU-Wanderarbeitnehmende das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragspartei (Art. 7 lit. c FZA sowie Art. 4 Anhang I FZA). 467

Das Abkommen regelt somit die Rechtsstellung des Einzelnen und enthält Rechtsvorschriften, die hinreichend klar und bestimmt sind, damit sich Einzelpersonen vor Gericht direkt darauf berufen können. Jede Person kann somit vor den nationalen Gerichten die durch das Abkommen garantierten Rechte geltend machen (Art. 11 FZA). Das Abkommen benötigt keine Umsetzung in nationales Recht.[1062] Zur Konkretisierung wurde allerdings durch die Schweiz die Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs[1063] erlassen. Diese regelt insbesondere Fragen über die ausländerrechtlichen Bewilligun- 468

[1060] Siehe zum Diskriminierungsverbot sogleich Rz 469 ff.

[1061] Die Bestimmungen des Anhangs I FZA zur Arbeitnehmerfreizügigkeit basieren auf der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2 ff. Diese Verordnung wurde für die EU-Mitgliedstaaten durch die Verordnung (EU) Nr. 492/2011 ersetzt, siehe Rz 251.

[1062] GROSSEN/DE COULON, Rz 21.

[1063] Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (VEP) vom 22.05.2002, SR 142.203.

gen EU/EFTA (denen aber nur deklaratorische Bedeutung zukommt[1064]), zur Kontingentierung während der Übergangsfristen und konkretisiert die Anforderungen an einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit.

c. Allgemeines und arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot

469 Das Freizügigkeitsabkommen enthält in Art. 2 FZA ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Es besagt, dass die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden dürfen. Diese Vorschrift ist ein «zentraler Grundsatz des Abkommens»[1065] und wird bereichsspezifisch durch weitere Diskriminierungsverbote ergänzt. Den verschiedenen Verboten liegt dabei gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts der gleiche Diskriminierungsbegriff zugrunde.[1066]

470 In Bezug auf Arbeitnehmende konkretisieren Art. 7 lit. a FZA und Art. 9 Anhang I FZA, die zusammen gelesen werden müssen, das allgemeine Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA.[1067] Art. 7 lit. a FZA statuiert ein Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung sowie auf die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Der diskriminierungsfreie Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung stellen dabei wichtige Aspekte dieser Bestimmung dar, da deren Fehlen die anderen Rechte stark beeinträchtigen würde.[1068]

471 Art. 9 Anhang I FZA konkretisiert das Recht auf diskriminierungsfreie Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Der Artikel hält u.a. fest, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmenden (Abs. 1), dass er die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitneh-

1064 SPESCHA ET AL., S. 155.

1065 BGE 129 I 392 E. 3.2.3.

1066 BOILLET, S. 103 mit Hinweis auf BGE 131 V 390 E. 5.1, BGE 131 V 209 E. 5.4 und BGE 131 V 371 E. 9.2.

1067 JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1176.

1068 BORGHI, N 368.

menden geniesst (Abs. 2), und dass er Anspruch auf gleiche Behandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte hat. Er hat ferner das Recht auf Wählbarkeit zu den Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben (Abs. 5).

472 Der Wortlaut von Art. 7 lit. a FZA und Art. 9 Anhang I FZA lehnt sich eng ans Recht der Europäischen Union an.[1069] Art. 7 lit. a FZA hat zwar kein direktes unionsrechtliches Vorbild, er weist aber einen ähnlichen Wortlaut auf wie Art. 45 Abs. 2 AEUV. Art. 9 Anhang I FZA stellt dagegen eine wörtliche Übernahme der Art. 7 bis 9 Vo (EWG) 1612/68 (heute: Vo (EU) Nr. 492/2011)[1070] dar. Es handelt sich somit um einen Artikel, der ausschliesslich auf Begriffe des Gemeinschaftsrechts verweist, womit er gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH auszulegen ist.[1071]

473 Zusammen gewähren Art. 7 lit. a FZA und Art. 9 Anhang I FZA im Verlauf eines Arbeitsverhältnisses ein umfassendes Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, an dem staatliche Vorschriften zu messen sind.[1072] Verboten sind dabei sowohl direkte wie indirekte Diskriminierungen.[1073] Diskriminierende Massnahmen können aber gegebenenfalls gerechtfertigt werden. Geschriebene Rechtfertigungsgründe finden sich in Art. 5 Abs. 1 Anhand I FZA, der eine Einschränkung der im FZA gewährten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, erlaubt. Zur Rechtfertigung indirekter Diskriminierungen können nach der Rechtsprechung des EuGH auch zwingende Gründe des Allgemeininteresses angerufen werden.[1074] Darüber hinaus muss die Massnahme auch immer verhältnismässig sein.[1075]

1069 EPINEY/BLASER, Art. 7 FZA N 5.

1070 Der Wortlaut der Art. 7 bis 9 der beiden Verordnungen unterscheidet sich nicht.

1071 BOILLET, S. 165 f.; JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1181. Siehe zu den unionsrechtlichen Vorbildern, Rz 349 ff.

1072 JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1182.

1073 BGE 131 V 209 E. 6.2 f.; BGE 130 I 26 E. 3.2.2 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 05.03.2010 E. 1.4.

1074 Siehe zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses Rz 248 und die dort zitierte Rechtsprechung.

1075 JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1186.

3. Ausländer- und Integrationsgesetz

474 Staatsangehörige aus Drittstaaten fallen in den Anwendungsbereich des Ausländer- und Integrationsgesetzes. Es regelt die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt sowie den Familiennachzug der Ausländerinnen und Ausländer. Zudem regelt es die Förderung der Integration (Art. 1 AIG). Die Zulassung von erwerbstätigen Ausländerinnen und Ausländern erfolgt im Interesse der Gesamtwirtschaft[1076]; ausschlaggebend sind die Chancen für eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt sowie in das soziale und gesellschaftliche Umfeld. Die kulturellen und wissenschaftlichen Bedürfnisse der Schweiz werden angemessen berücksichtigt (Art. 3 Abs. 1 AIG).

475 Für die Einreise in die Schweiz müssen die fremden Staatsangehörigen die Voraussetzungen von Art. 5 AIG erfüllen. Möchten sie während ihres Aufenthalts eine Erwerbstätigkeit ausüben, so benötigen sie eine ausländerrechtliche Bewilligung (Art. 11 AIG). Das schweizerische Ausländerrecht kennt vier verschiedene Arten von Bewilligungen (Art. 32 bis 35 AIG). Die Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 32 AIG wird für befristete Aufenthalte bis zu einem Jahr und für einen bestimmten Aufenthaltszweck erteilt. Sie kann mit Bedingungen verbunden werden. Die Aufenthaltsbewilligung nach Art. 33 AIG wird für Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr und für einen bestimmten Aufenthaltszweck erteilt. Sie kann ebenfalls mit Bedingungen verbunden werden. Ändert sich der Aufenthaltszweck, für den die Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung ausgestellt wurde, so muss die betroffene Person um eine neue Bewilligung nachsuchen (Art. 54 VZAE). Die Niederlassungsbewilligung nach Art. 34 AIG stellt für den fremden Staatsangehörigen den günstigsten Anwesenheitsstatus dar, da sie ihm ein auf Dauer angelegtes, gefestigtes Anwesenheitsrecht vermittelt.[1077] Die Niederlassungsbewilligung wird unbefristet und ohne Bedingungen erteilt, die gesuchstellende Person muss allerdings integriert sein (Art. 34 Abs. 2 lit. c AIG). Grenzgängerbewilligungen nach Art. 35 AIG werden für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in einer Grenzzone erteilt. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen ein Drittstaatsangehöriger in einer der Grenzzonen der Nachbarstaaten der Schweiz wohnt, nicht über die Staatsangehörigkeit eines EU-/EFTA-Staats verfügt und in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Die

[1076] Siehe zum Begriff des «gesamtwirtschaftlichen Interesses» ausführlich Rz 562 ff.
[1077] UEBERSAX, Einreise, Rz 7.244.

Bedeutung dieser Bewilligungsart für Drittstaatsangehörige ist vernachlässigbar.[1078]

476 Um die für ihren Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit notwendige Bewilligung zu erhalten, müssen die fremden Staatsangehörigen die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen über die Zulassung erfüllen. So können sie zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn diese dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht, das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt und die Voraussetzungen nach den Art. 20 bis 25 AIG erfüllt sind (Art. 18 AIG). Es müssen insbesondere der Inländervorrang (Art. 21 und 21a AIG) beachtet werden, und die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AIG) sowie die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 23 AIG, welche die Erteilung von ausländerrechtlichen Bewilligungen auf Führungskräfte, Spezialisten und andere qualifizierte Arbeitnehmende beschränkt, eingehalten werden. Gewisse der genannten Voraussetzungen werden in den Art. 18a ff. VZAE konkretisiert. Bei der Zulassung zu einer Erwerbstätigkeit handelt es sich um einen Ermessensentscheid[1079], so dass auch bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 18 ff. AIG kein Anspruch auf eine Bewilligung besteht. Bei der Ermessensausübung sind die Behörden aber gemäss Art. 96 Abs. 1 AIG verpflichtet, die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie die Integration des fremden Staatsangehörigen zu berücksichtigen.

477 Die Kantone sind für die Erteilung, Verlängerung oder Umwandlung der benötigten Bewilligungen zuständig (Art. 40 Abs. 1 AIG). Drittstaatsangehörige, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit einreisen wollen, benötigen neben einer (Kurz-)Aufenthaltsbewilligung zusätzlich eine Arbeitsbewilligung (Art. 40 Abs. 2 AIG). Dieser sogenannte arbeitsmarktliche Vorentscheid hat grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung, sondern bildet einen Bestandteil der Anwesenheitsbewilligung.[1080] Im Rahmen des Vorentscheids prüfen die kantonalen Arbeitsmarktbehörden, ob die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen (Art. 18 ff. AIG) erfüllt sind.[1081] Der Arbeitsvertrag ist in diesem Zeitpunkt üblicherweise bereits abgeschlossen, da die Behörde nur so die Einhaltung der migrationsrechtlichen Vorgaben überprüfen kann.[1082] Der ar-

1078 UEBERSAX, Einreise, Rz 7.257.
1079 SPESCHA ET AL., S. 199.
1080 UEBERSAX, Einreise, Rz 7.169.
1081 SPESCHA ET AL., S. 220.
1082 Siehe Art. 22 Abs. 2 VZAE; UEBERSAX, Art. 18 AuG N 5.

beitsmarktliche Vorentscheid kann nach Art. 83 Abs. 3 VZAE mit Bedingungen und Auflagen verknüpft werden.

478 Eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 ff. AIG ist in den Fällen gemäss Art. 30 AIG möglich. Genauere Regelungen dieser Ausnahmen finden sich dabei in den Art. 26 ff. VZAE, wobei häufig die Bewilligung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen werden kann. Zusätzlich haben auch Personen, die zu einem anderen Zweck als zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in die Schweiz eingereist sind, Anspruch auf Zugang zum Arbeitsmarkt bzw. kann ihnen ein solcher bewilligt werden. Personen, die im Rahmen des Familiennachzugs zu Schweizerinnen, Schweizern, Niederlassungs- oder Aufenthaltsberechtigten eingereist sind, haben nach Art. 46 AIG das Recht in der ganzen Schweiz eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben. Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt oder die sie als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen hat (Art. 61 AsylG) sowie vorläufig aufgenommene Personen (Art. 85a AIG) können unter Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen in der ganzen Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben. Als einzige Voraussetzung muss der Arbeitgeber die Aufnahme und Beendigung der Erwerbstätigkeit sowie einen Stellenwechsel vorgängig der zuständigen kantonalen Behörde melden. Mit der Meldung wird die Ausübung der Erwerbstätigkeit automatisch bewilligt.[1083]

479 Der Aufenthalt des ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz endet, wenn seine ausländerrechtliche Bewilligung erlischt (Art. 61 AIG) oder widerrufen wird (Art. 62 und 63 AIG).[1084] Er ist in diesem Fall verpflichtet aus der Schweiz ausreisen bzw. sich um eine neue Bewilligung seines Aufenthalts zu bemühen.

4. Asyl- und Einbürgerungsrecht

480 Das Asylrecht erfasst Personen, die in der Schweiz Schutz vor (im Wesentlichen staatlicher) individueller Verfolgung oder vor einer schweren allgemeinen Gefährdung, wie z.B. Krieg, suchen.[1085] Die gesetzlichen Bestimmungen dazu sind im Asylgesetz und den dazugehörenden Verordnungen enthal-

[1083] BBl 2016 2821 S. 2827.
[1084] CARONI ET AL., S. 236.
[1085] UEBERSAX, Einreise, Rz 7.6.

ten.[1086] Einem bereits eingeleitetem Asylverfahren kommt grundsätzlich Priorität gegenüber einem ausländerrechtlichen Verfahren zu (Art. 14 AsylG). Das Einbürgerungsrecht regelt Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts. Die gesetzlichen Vorschriften sind im Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht[1087] sowie in der dazugehörenden Verordnung über das Schweizer Bürgerrecht[1088] enthalten.

III. Regelungskonzepte des Arbeitsmigrationsrechts – Überleitung

Der vorangehende kurze Überblick hat gezeigt, dass das Arbeitsrecht eine in sich geschlossene Regelungseinheit darstellt. Zu seinen wichtigsten Prinzipien gehören die Vertragsfreiheit, der Schutz der schwächeren Vertragspartei, und der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Handelt es sich beim Arbeitnehmer um einen fremden Staatsangehörigen, wird dieser aus Sicht des Arbeitsrechts gleich wie alle anderen Arbeitnehmenden behandelt.[1089] Gemäss Art. 342 Abs. 1 lit. b OR bleibt die ausländerrechtliche Gesetzgebung allerdings vorbehalten.[1090] 481

Diese Gesetzgebung regelt – zumindest soweit es sich um Drittstaatsangehörige handelt – genau, wer für wie lange und wann in die Schweiz einreisen darf. Das schweizerische Migrationsrecht ist allerdings in eine sich dynamisch weiterentwickelnde Völkerrechtsordnung eingebettet, in dessen Zentrum der internationale Menschenrechtsschutz steht.[1091] Es stellt sich deswegen die Frage, inwiefern dieser auch im Bereich von Wanderbewegungen zum Zweck der Ausübung einer Erwerbstätigkeit greift und dem nationalstaatlichen Ermessen Schranken setzt. In einem ersten Schritt soll folglich die Wahrung der 482

1086 Siehe Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (AsylV 1) vom 11.08.1999, SR 142.311; Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen (AsylV 2) vom 11.08.1999, SR 142.312; Asylverordnung 3 über die Bearbeitung von Personendaten (AsylV 3) vom 11.08.1999, SR 142.314; Verordnung über das Plangenehmigungsverfahren im Asylbereich (VPGA) vom 25.10.2017, SR 142.316.

1087 SR 141.0.

1088 SR 141.01.

1089 SCHWANDER, Rz 2.4.

1090 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR N. 5.

1091 THURNHERR, Art. 121 BV N 9.

Menschenrechte der Wanderarbeitnehmenden durch die Schweiz untersucht werden. Der Fokus liegt dabei auf jenen Rechten, die bei der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit Schutz verleihen können. Es gilt die Frage zu beantworten, inwiefern die Bundesverfassung Wanderarbeitnehmenden grundrechtlich geschützte Rechtspositionen verleiht und ob diese dem durch die Schweiz ratifizierten internationalen Menschenrechtsschutz entsprechen.[1092] Soweit es sich dabei um Wanderarbeitnehmende aus EU-Mitgliedstaaten handelt, setzt das FZA dem staatlichen Ermessen unzweifelhaft Schranken. Es handelt sich dabei aber um einen internationalen Vertrag ohne menschenrechtlichen Charakter.[1093]

483 In einem zweiten Schritt werden die Schnittstellen zwischen dem Arbeits- und Migrationsrecht auf Gesetzesebene ausführlich dargelegt.[1094] Diese Verknüpfung führt zu einer Erweiterung des Gestaltungsbereichs des Arbeitsrechts und erlaubt eine systemmatische Erfassung der sich dabei stellenden rechtlichen Fragen.[1095] Es wird dabei auf alle bis anhin behandelten Bereiche wie Schutz des inländischen Arbeitsmarktes, Rekrutierung und Stellensuche, Informationsrechte, Rechte in der Arbeit einschliesslich Gleichbehandlungs- und kollektive Rechte, Beschäftigung von irregulären Wanderarbeitnehmenden, Verbleiberechte und Rechtsdurchsetzung, eingegangen. Schwerpunktmässig wird die rechtliche Situation, so wie sie sich für Drittstaatsangehörige präsentiert, dargestellt. Auf das Freizügigkeitsabkommen wird überall dort vertiefter eingegangen, wo durch dessen Abschluss die staatliche Vormacht, Wanderarbeitnehmende von Rechten auszuschliessen, zurückgedrängt wurde. Die dieser Entwicklung entgegengesetzten Re-Regulierungstendenzen[1096] werden ebenfalls vertiefter dargestellt.

1092 Siehe Rz 484 ff.

1093 Siehe die Besprechung von BGE 133 V 367 in Rz 543. Siehe auch BGE 142 II 35 E. 3.

1094 Siehe Rz 551 ff.

1095 Siehe Fokus der Arbeit in Rz 13.

1096 Darunter sind einerseits die flankierenden Massnahmen, die mit Abschluss des FZA erlassen wurden (siehe dazu Rz 657 ff.), sowie die im Rahmen der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative ins Ausländer- und Integrationsgesetz eingefügten Bestimmungen (siehe insbesondere Art. 21a AIG, Rz 572 ff.) zu fassen.

IV. Grundrechtlicher Schutz für Wanderarbeitnehmer

Wanderarbeitnehmende haben Anspruch auf Schutz ihrer allgemeinen Menschenrechte. In der Schweiz werden diese im Grundrechtskatalog von Art. 7 ff. BV verbürgt. Inwiefern diese Grundrechte Wanderarbeitnehmenden in ihren wirtschaftlichen Interessen schützen, soll nachfolgend, unter Berücksichtigung der von der Schweiz ratifizierten internationalen Verträgen in diesem Bereich (UN-Pakt I und II, EMRK, ILO-Kernübereinkommen) untersucht werden. 484

A. Einleitung

Grundrechte sind Rechtsansprüche von Privatpersonen gegen den Staat, die ihnen erlauben, sich frei zu entfalten, d.h. sie schützen jeden einzelnen Menschen vor Verletzung der zentralen Voraussetzungen seines Daseins.[1097] Sie schützen jene Aspekte des menschlichen Daseins, die sich historisch gesehen als besonders verletzlich gegenüber Ansprüchen von staatlicher und sozialer Macht erwiesen haben. Grundrechte erfassen aber weder jede denkbare Lebensäusserung noch jedes wie auch immer geartete menschliche Bedürfnis, da sie dem Individuum keinen durchgehenden Schutz gewähren.[1098] 485

Die in der Bundesverfassung enthaltenen Grundrechte umfassen die Achtung der Menschenwürde (Art. 7 BV); die Freiheitsrechte, welche die elementaren Freiheitsbedürfnisse der Menschen vor staatlichen Eingriffen schützen (Art. 10, 13–18, 20–28 BV); verschiedene rechtsstaatliche Garantien wie die Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV) sowie das Willkürverbot und die Achtung von Treu und Glauben (Art. 9 BV); elementare Verfahrensgarantien (Art. 29–32 BV); die sozialen Grundrechte, die den sozialen Status eines Menschen verbessern wollen (Art. 11, 12, 19 und Art. 29 Abs. 3 BV); sowie die politischen Rechte (Art. 33 und 34 BV).[1099] 486

Träger der Grundrechte sind – mit wenigen Ausnahmen – alle Menschen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.[1100] Einzig die Niederlassungsfreiheit 487

[1097] RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz 952; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 1 Rz 26.

[1098] KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 1 Rz 23.

[1099] SCHWEIZER, Vorbemerkungen zu Art. 7–36 BV N 5.

[1100] CARONI ET AL., S. 94.

nach Art. 24 BV[1101], der Schutz vor Ausweisung und Auslieferung nach Art. 25 Abs. 1 BV sowie die politischen Rechte im Bund nach Art. 34 i.V.m. Art. 136 BV (sog. Bürgerrechte[1102]) stehen aufgrund des klaren Wortlauts ausschliesslich Schweizerinnen und Schweizern zu. Auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV können sich fremde Staatsangehörige gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sodann nur berufen, «soweit sie fremdenpolizeilich uneingeschränkt auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen sind»[1103].

488 Die grundrechtlich garantierten Ansprüche des Einzelnen richten sich in Form von Abwehr-, Leistungs- und/oder Schutzansprüchen gegen den Staat und verpflichten diesen unmittelbar.[1104] Der Staat sorgt darüber hinaus für die tatsächliche Verwirklichung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung (Art. 35 Abs. 1 BV).[1105] Er ist gemäss Art. 35 Abs. 3 BV ebenfalls dazu verpflichtet, die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden zu lassen (indirekte Drittwirkung). Dies geschieht über die grundrechtskonforme Ausgestaltung und Auslegung gesetzlicher Regelungen.[1106] Eine direkte Drittwirkung kommt den Grundrechten allerdings, mit Ausnahme des Lohngleichheitsgebots in Art. 8 Abs. 3 BV, grundsätzlich nicht zu.[1107]

B. Freizügigkeitsrechte

1. Recht auf Einreise

489 Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz verlangt notwendigerweise die physische Anwesenheit auf ihrem Hoheitsgebiet. Art. 24 Abs. 2 BV garantiert diesbezüglich ein Recht auf Einreise in die Schweiz, der persönliche Schutzbereich ist allerdings auf Personen mit schweizerischer Staatsbürger-

1101 Siehe zu Art. 24 BV Rz 489 ff.

1102 CARONI ET AL., S. 95; SCHWEIZER, Vorbemerkungen zu Art. 7–36 BV N 8.

1103 BGE 125 I 182 E. 5a; siehe BGE 123 I 19 E. 2 mit weiteren Hinweisen zum Recht ausländischer natürlicher Personen und BGE 131 I 223 E. 1.1 zum Recht ausländischer juristischer Personen sich auf die Wirtschaftsfreiheit zu berufen. Siehe dazu ausführlich Rz 499 und Rz 507 ff.

1104 Siehe dazu ausführlich KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 Rz 7 ff.

1105 SCHWEIZER, Art. 35 BV N 6.

1106 SCHWEIZER, Art. 35 BV N 56.

1107 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz 1171 f.

schaft beschränkt. Dies entspricht der internationalen Rechtsordnung, die kein Recht auf Einreise kennt, sondern vom Prinzip der staatlichen Souveränität zur Regelung der Zu- und Einwanderung ausländischer Staatsangehöriger ausgeht.[1108] So hält auch der EGMR in ständiger Rechtsprechung fest, dass «as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, States are entitled to control the entry and residence of aliens on their territories […]. The Convention does not guarantee the right of an alien to enter or to reside in a particular country […]»[1109].

Art. 12 Abs. 4 UN-Pakt II[1110], der das Pendant zu Art. 24 Abs. 2 BV auf internationaler Ebene darstellt, spricht hingegen davon, dass niemandem willkürlich das Recht entzogen werden darf, in *sein eigenes Land* (= *his own country*) einzureisen. Zur Bestimmung des persönlichen Schutzbereichs muss ermittelt werden, wann ein Land zu «seinem eigenen» wird. Im General Comment Nr. 27 wird diesbezüglich festgehalten, der Anwendungsbereich von «*his own country*» sei weiter als jener der Bezeichnung «*country of his nationality*». Der Anwendungsbereich beschränke sich nicht auf Nationalität in einem formellen Sinn, d.h. Nationalität, die durch Abstammung oder behördlichen Beschluss erteilt werde, sondern es würden auch Personen erfasst, die aufgrund ihrer speziellen Verbindung zu oder ihren Ansprüchen gegenüber einem bestimmten Land mehr als bloss fremde Staatsangehörige seien. Zu denken sei an Personen, denen ihre Nationalität unter Verletzung von internationalem Recht entzogen worden sei, oder Personen, deren Heimatstaat in einen anderen Staat eingegliedert oder an ihn übertragen worden sei, und denen die Nationalität des neuen Staats verwehrt geblieben sei. Darüber hinaus erlaube es der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 UN-Pakt II weitere Personenkategorien wie Daueraufenthaltsberechtigte in seinen persönlichen Schutzbereich aufzunehmen, einschliesslich staatenloser Personen, denen das Recht die Nationalität ihres Aufenthaltsstaats zu erwerben, willkürlich verweigert worden sei.[1111] 490

Bei dieser Interpretation behält der Begriff «sein eigenes Land» eine enge Verbindung mit dem Konzept der Staatsangehörigkeit, und gewährt nur in Situationen Ausnahmen, in denen ein Staat willkürlich die Gewährung ir- 491

[1108] Siehe dazu sowie zu bestehenden Einschränkungen, Rz 28 ff.

[1109] Siehe statt vieler EGMR, 16.04.2013, App. Nr. 12020/09, *Udeh vs. Schweiz,* Ziff. 44 mit weiteren Hinweisen.

[1110] Der UN-Pakt II trat für die Schweiz am 18.09.1992 in Kraft; SR 0.103.2.

[1111] HRC, General Comment Nr. 27, Rz 20.

gendeiner effektiven Nationalität verweigert.[1112] Entsprechend entschied der Ausschuss für Menschenrechte im Entscheid *Stewart vs. Kanada,* dass ein Immigrant, der darauf verzichtet, sich einbürgern zu lassen, ohne dass der Staat ihm unbillige Hindernisse dafür in den Weg legt, oder der sich durch sein eigenes (straffälliges) Verhalten für eine Einbürgerung disqualifiziert, sich nicht auf Art. 12 Abs. 4 UN-Pakt II gegenüber dem Aufnahmestaat berufen kann.[1113] In zwei neueren Entscheiden hielt der Ausschuss hingegen fest, dass es unabhängig von der Nationalität Faktoren gebe, die eine enge und dauerhafte Verbindung zwischen einer Person und einem Staat herstellen können. Die Bezeichnung «sein eigenes Land» verlange es, die dauerhafte Ansässigkeit, enge persönliche und familiäre Beziehungen, den Willen zum Verbleib sowie das Fehlen einer engen Bindung zu einem anderen Staat zu berücksichtigen.[1114]

492 Damit löste sich der Ausschuss von der formellen, durch den Besitz der Staatsangehörigkeit hergestellten, Bindung eines Individuums zu «seinem» Staat. Geschützt wird die tatsächliche und gelebte Bindung zu einem Staatsgebiet, soweit der Rechtssuchende keine Beziehung zu seinem Herkunftsstaat (mehr) hat.[1115] Diese Entscheide, die nicht unwidersprochen geblieben sind[1116], können einen Einfluss auf die Rechtsstellung von dauerhaft anwesenden Ausländerinnen und Ausländern, die in einem Wegweisungsverfahren stehen, im Sinne eines Rechts auf Verbleib im eigenen Land, haben.[1117] Fremden Staats-

---

[1112] Siehe Dissenting opinion von Gerald L. Neuman und Yuji Iwasawa, in HRC, *Nystrom vs. Australien,* Entscheid vom 18.07.2011, CCPR/C/102/D/1557/2007, S. 23 f. Rz 3.1 ff.

[1113] HRC, *Stewart vs. Kanada,* Entscheid vom 01.11.1996, CCPR/C/58/D/538/1993, Rz 12.5.

[1114] HRC, *Nystrom vs. Australien,* Entscheid vom 18.07.2011, CCPR/C/102/D/1557/2007, Rz 7.4; HRC, *Warsame vs. Kanada,* Entscheid vom 21.07.2011, CCPR/C/102/D/1959/2010, Rz 8.4.

[1115] Fargahi, S. 35.

[1116] Siehe Dissenting opinions in HRC, *Nystrom vs. Australien,* Entscheid vom 18.07.2011, CCPR/C/102/D/1557/2007, und in HRC, *Warsame vs. Kanada,* Entscheid vom 21.07.2011, CCPR/C/102/D/1959/2010.

[1117] Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_94/2016 vom 02.11.2016 E. 3.3 sowie Urteile des Bundesgerichts 2C_1026/2011 vom 23.07.2012 E. 4.5 mit Hinweis auf BGE 122 II 433 E. 3c; 2C_140/2014 vom 24.10.2014 E. 4.3 und 2C_1086/2015 vom 22.07.2016 E. 4.3. Siehe auch Kiener/Medici, S. 140, welche die Frage aufwerfen, ob Art. 12 Abs. 4 UN-Pakt II zur Beurteilung der Rechtsstellung irregulärer Migrantinnen und Migranten beigezogen werden kann.

angehörigen, die keine vorgängige Bindung zu einem Staat haben, gewährt aber auch Art. 12 Abs. 4 UN-Pakt II kein Recht auf Einreise. Sie müssen die im Bundesrecht bzw. in allfälligen Staatsverträgen genannten Voraussetzungen erfüllen, wenn sie in die Schweiz einreisen möchten.[1118] Ein grundrechtlich geschütztes Recht auf Einreise nach Art. 24 BV[1119] steht somit nur Schweizerinnen und Schweizern zu, wobei der formelle Beweis, im Besitz der Staatsbürgerschaft zu sein, genügt. Eine darüber hinausgehende Bindung zur Schweiz wird nicht verlangt. So haben auch im Ausland geborene Schweizerinnen und Schweizer nach Art. 24 Abs. 2 BV das Recht, in die Schweiz einzureisen.[1120]

2. Recht auf Niederlassung

493 Eng mit dem Recht auf Einreise ist das Recht auf Niederlassung nach Art. 24 Abs. 1 BV verbunden. Es garantiert während des Aufenthalts die Mobilität innerhalb der Schweiz. Der persönliche Schutzbereich von Art. 24 Abs. 1 BV ist allerdings genauso wie jener von Art. 24 Abs. 2 BV auf Personen mit schweizerischer Staatsbürgerschaft beschränkt. In ihrer individualrechtlichen Funktion gewährt die Niederlassungsfreiheit demnach jeder Schweizerin und jedem Schweizer das Recht an jedem Ort des Landes zu verweilen, sich aufzuhalten und Wohnsitz zu nehmen. Das ermöglicht eine kulturelle, sprachliche und konfessionelle Durchmischung der Bevölkerung, womit die Niederlassungsfreiheit auch eine integrierende Funktion aufweist. Aus bundesstaatlicher Sicht zielt das Recht auf die Gewährleistung des freien Personenverkehrs innerhalb der Schweiz auf die Schaffung eines einheitlichen Lebens- und Wirtschaftsraumes ab.[1121]

494 Im Unterschied zur schweizerischen Regelung ist auf internationaler Ebene der persönliche Schutzbereich des Rechts auf Freizügigkeit nicht auf die eigenen Staatsangehörigen beschränkt. So gewährt Art. 12 Abs. 1 UN-Pakt II jedermann, der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staats aufhält, das

---

1118 Siehe dazu ausführlich Rz 561 ff.

1119 Auf weitere Grund- und Menschenrechte, wie insbesondere das Recht auf Familienleben (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK), die gegebenenfalls einen Anspruch auf Einreise und nachfolgenden Aufenthalt verleihen können, wird vorliegend nicht weiter eingegangen.

1120 EGLI, Art. 24 BV N 8.

1121 EGLI, Art. 24 BV N 4. Die Niederlassungsfreiheit ergänzt diesbezüglich die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV, siehe dazu Rz 497 ff.

Recht sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen. Ob sich eine Person im Sinne von Art. 12 Abs. 1 UN-Pakt II rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staats aufhält, bestimmt das nationale Recht. Dieses kann die Einreise eines fremden Staatsangehörigen an Bedingungen knüpfen, solange diese die internationalen Verpflichtungen des Staats nicht verletzen.[1122] Das Recht auf Freizügigkeit schliesst das gesamte Hoheitsgebiet eines Staats, einschliesslich aller Gliedstaaten eines Bundesstaats, ein.[1123] Hält sich ein Immigrant rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staats auf, so müssen allfällige Einschränkungen seines Rechts auf Freizügigkeit, sowie jegliche Ungleichbehandlungen im Vergleich zu den eigenen Staatsangehörigen die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 3 UN-Pakt II erfüllen.[1124] Vorschriften, die von Individuen verlangen, eine Bewilligung für einen Wohnortwechsel zu beantragen oder die Zustimmung der lokalen Behörden am gewünschten Wohnort einzuholen, werden vom UN-Menschenrechtsausschuss kritisiert.[1125]

495 Bei der Ratifizierung des UN-Pakts II hat die Schweiz folgenden Vorbehalt zu Art. 12 Abs. 1 angebracht: «Das Recht sich frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen, steht unter Vorbehalt der Bundesgesetzgebung über die Ausländer, wonach Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen nur für den Kanton gelten, der sie ausgestellt hat». Dieser Vorbehalt, den die Schweiz bis anhin nicht zurückgezogen hat, verweist auf Art. 37 und 85 AIG. Diese Bestimmungen verpflichten Personen mit einer Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligung (Art. 37 Abs. 1 AIG) sowie vorläufig aufgenommene Personen (Art. 85 AIG) beim Wechsel ihres Wohnorts vorgängig die Bewilligung des neuen Wohnkantons bzw. des Staatssekretariats für Migration (SEM) einzuholen. Diese Bestimmungen stellen zwar keine Probleme dar in Bezug auf das Recht sich frei zu bewegen, sie stehen aber im Widerspruch zum Recht jeder sich rechtmässig in der Schweiz aufhaltenden Person ihren Wohnsitz frei zu wählen. Ob diese Einschränkungen nach Art. 12 Abs. 3 UN-Pakt II gerechtfertigt werden können, ist fraglich, hat aber keine praktische Bedeutung, da Art. 12 Abs. 1 UN-Pakt II aufgrund des Vorbehalts jegliche selbständige Bedeutung für die Schweiz verloren hat[1126].

[1122] HRC, General Comment Nr. 27, Rz 4.
[1123] HRC, General Comment Nr. 27, Rz 5.
[1124] HRC, General Comment Nr. 27, Rz 4 f.
[1125] HRC, General Comment Nr. 27, Rz 17.
[1126] ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, S. 177.

C. Schutz der wirtschaftlichen Tätigkeit

Staaten verfügen, wie dargelegt, über die Souveränität nach eigenem Ermessen über die Einreise, den Aufenthalt und die Beendigung des Aufenthalts fremder Staatsangehöriger zu entscheiden. Diese Macht beinhaltet auch das Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt einzuschränken[1127], da dieser Zugang ohne eine (mindestens faktische) Anwesenheit auf dem Staatsgebiet nicht möglich ist. Das ermöglicht es Staaten Arbeitnehmende nach den Bedürfnissen ihres Arbeitsmarktes auszuwählen. Das schweizerische Verfassungsrecht sowie der internationale Menschenrechtsschutz kennen allerdings wirtschaftliche Rechte, die auch Wanderarbeitnehmende schützen. 496

1. Recht auf Arbeit

a. Verfassungsrechtlich geschützte Aspekte eines Rechts auf Arbeit

Die Schweiz kennt auf Bundesebene kein verfassungsmässiges Recht auf Arbeit. Allerdings enthält die in Art. 27 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit wichtige Aspekte, die den inhaltlichen Garantien von Art. 6 UN-Pakt I, dem menschenrechtlichem Recht auf Arbeit, nahekommen.[1128] 497

Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV schützt in ihrer individualrechtlichen Funktion jede freie privatwirtschaftliche Tätigkeit in einem umfassenden Sinn.[1129] Die Wirtschaftsfreiheit ist ein Abwehrrecht gegen den Staat, sie gewährt aber grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistungen.[1130] Im Mittelpunkt der Garantie stehen insbesondere die freie Wahl des Berufs, der freie Berufszugang sowie die freie Berufsausübung. Erfasst werden unselbständige sowie selbständige Tätigkeiten, wobei es keine Rolle spielt, ob diese Tätigkeiten haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder nur gelegentlich ausgeübt werden.[1131] Trägerinnen und Träger der Wirtschaftsfreiheit haben dabei das Recht, selber darüber zu entscheiden, ob und welche Erwerbstätigkeit sie ausüben wollen.[1132] Art. 27 BV schützt weiter die Freiheit der unternehmerischen Geschäftstätigkeit, und garantiert hierbei dem Arbeitgeber die 498

1127 SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 315 f.

1128 KÜNZLI/KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 121.

1129 BGE 137 I 167 E. 3.1; BGE 143 I 403 E. 5.6.1; BGE 143 II 598 E. 5.1.

1130 BGE 118 Ib 356 E. 4b.

1131 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz 28 mit Hinweis auf BGE 109 Ia 116 E. 4b.

1132 VALLENDER, Art. 27 BV N 14.

freie Wahl seiner Mitarbeitenden.[1133] Die Vertragsfreiheit stellt damit ein zentrales Element von Art. 27 BV dar.[1134] Aus bundesstaatlicher Sicht zielt die Wirtschaftsfreiheit auf die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes ab[1135], indem sie die freie Wahl des Ortes des Geschäftssitzes oder der Berufsausübung schützt.[1136]

499 Art. 27 BV äussert sich nicht zum persönlichen Schutzbereich. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind natürliche und juristische Personen des Privatrechts Trägerinnen der Wirschaftsfreiheit.[1137] Ursprünglich konnten sich nur Schweizer auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, doch ab 1982 dehnte das Bundesgericht den Schutz sukzessive aus.[1138] Heute steht die Wirtschaftsfreiheit neben Schweizer Bürgerinnen und Bürgern auch fremden Staatsangehörigen zu, soweit diese ausländerrechtlich uneingeschränkt auf dem Arbeitsmarkt zugelassen sind. Uneingeschränkt zugelassen sind Personen mit einer Niederlassungsbewilligung nach Art. 34 Abs. 1 AIG, und Personen, die aufgrund des Ausländerrechts oder eines Staatsvertrags Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung haben.[1139] In Fällen, in denen der fremde Staatsangehörige keinen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung hat, kann weder er noch sein Arbeitgeber sich auf eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit berufen.[1140]

b. Menschenrechtliche Verbürgungen eines Rechts auf Arbeit

aa. Art. 6 UN-Pakt I

500 Gemäss Art. 6 Abs. 1 UN-Pakt I[1141] erkennen die Vertragsstaaten das Recht auf Arbeit an, was «das Recht jedes einzelnen auf die Möglichkeit, seinen

---

1133 VALLENDER, Art. 27 BV N 22 f. Die freie Wahl der Mitarbeitenden ist allerdings auf Arbeitskräfte beschränkt, die ausländerrechtlich auf dem Arbeitsmarkt zugelassen sind, siehe BGE 122 I 44 E. 3b/cc.

1134 VALLENDER, Art. 27 BV N 45.

1135 VALLENDER, Art. 27 BV N 5; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 31 Rz 15. Siehe auch Art. 95 Abs. 2 BV.

1136 BGE 119 Ia 374 E. 2a.

1137 BGE 137 I 167 E. 3.1.

1138 BIAGGINI, Art. 27 BV N 18 mit Hinweis auf BGE 108 Ia 148 E. 2b; BGE 116 Ia 237 E. 2; BGE 123 I 212 E. 2.

1139 BGE 131 I 223 E. 1.1; BGE 125 I 182 E. 5a; jeweils mit weiteren Hinweisen.

1140 Urteil des Bundesgerichts 2C_49/2013 vom 19.09.2013 E. 4.1.

1141 Der UN-Pakt I trat für die Schweiz am 18.09.1992 in Kraft; SR 0.103.1.

Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen», umfasst. Der menschenrechtliche Gehalt von Art. 6 UN-Pakt I ergibt sich daraus, dass das Recht auf Arbeit eine wichtige Vorbedingung für die Verwirklichung weiterer Menschenrechte darstellt. Das Recht ist untrennbar mit der menschlichen Würde verknüpft, da es das Überleben des Individuums und seiner Familie garantiert, sowie seine Entwicklung fördert und ihm Anerkennung einbringt.[1142]

Inhaltlich umfasst das Recht auf Arbeit alle Formen von Erwerbstätigkeit, sei es selbständige oder unselbständige Arbeit.[1143] Aus Art. 6 UN-Pakt I lässt sich allerdings kein Individualanspruch auf eine Erwerbstätigkeit ableiten.[1144] Es begründet lediglich – aber immerhin – eine Pflicht der Vertragsstaaten, mit gesetzgeberischen Massnahmen eine Arbeits- und Wirtschaftspolitik zu verfolgen, die dem Einzelnen grösstmögliche Chancen einräumt, eine freigewählte Arbeit auszuüben.[1145] Dem Einzelnen gewährt Art. 6 UN-Pakt I das Recht eine Arbeit anzunehmen oder auszuwählen. Er darf aber nicht dazu gezwungen werden, d.h. Zwangs- oder Pflichtarbeit ist verboten. Ausserdem enthält Art. 6 UN-Pakt I (i.V.m. Art. 2 Abs. 2 UN-Pakt I) ein umfassendes Diskriminierungsverbot bezüglich des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Es beinhaltet ebenfalls das Recht, nicht ungerechtfertigt seine Arbeit zu verlieren, z.B. durch Kündigung.[1146] Bei Arbeit nach Art. 6 UN-Pakt I muss es sich um menschenwürdige Arbeit *(decent work)* handeln, d.h. um Arbeit, welche die fundamentalen Rechte des Menschen sowie die Rechte der Arbeitnehmenden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen nach Art. 7 UN-Pakt I anerkennt.[1147] Die kollektive Dimension des Rechts auf Arbeit ist in Art. 8 UN-Pakt I enthalten, der das Recht eines jeden eine Gewerkschaft zu bilden oder einer Gewerkschaft beizutreten sowie das Recht der Gewerkschaft sich

501

[1142] CESCR, General Comment Nr. 18, Rz 1.

[1143] CESCR, General Comment Nr. 18, Rz 6.

[1144] CESCR, General Comment Nr. 18, Rz 6; siehe auch SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 282.

[1145] DEMIR, Internationale Dimension, Rz 336.

[1146] OCHS, S. 72. Für eine ausführliche Diskussion der inhaltlichen Aspekte von Art. 6 UN-Pakt I siehe SAUL/KINLEY/MOWBRAY S. 279 ff.

[1147] CESCR, General Comment Nr. 18, Rz 7. Siehe zu Art. 7 UN-Pakt I Rz 520.

frei zu betätigen, enthält.[1148] Die Garantien von Art. 6, 7 und 8 UN-Pakt I greifen dabei ineinander über.[1149]

bb. Persönlicher Schutzbereich von Art. 6 UN-Pakt I

502 Der Wortlaut von Art. 6 UN-Pakt I gewährt jedem Einzelnen das Recht auf Arbeit. Der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte äussert sich im General Comment Nr. 18 allerdings nicht explizit zur Frage, ob auch fremde Staatsangehörige in den persönlichen Geltungsbereich von Art. 6 UN-Pakt I fallen. Eine weitere Schwierigkeit bei der Beantwortung dieser Frage liegt darin, dass fremde Staatsangehörige im Aufenthaltsstaat keine einheitliche Gruppe sind, sondern verschiedene Untergruppen mit unterschiedlichen rechtlichem Status darstellen, wobei dieser häufig bestimmt, in welchem Umfang das Recht auf Arbeit wahrgenommen werden kann.[1150]

503 Der General Comment Nr. 18 äussert sich einzig zu einer dieser Unterkategorien, zu den Wanderarbeitnehmenden. Er verpflichtet die Vertragsstaaten das Recht auf Arbeit zu respektieren, indem sie marginalisierten Gruppen, insbesondere Wanderarbeitnehmenden, den gleichen Zugang zum Arbeitsmarkt weder verweigern noch ihnen gegenüber einschränken.[1151] Darüber hinaus subsumierte der Ausschuss im General Comment Nr. 20 das Merkmal «Staatsangehörigkeit» unter «sonstigen Status» nach Art. 2 Abs. 2 UN-Pakt I und schloss daraus, dass die Rechte des UN-Pakts I jeder Person zustehen, unabhängig von ihrem rechtlichen Status oder ob sie über die nötigen Papiere verfügt.[1152] Daraus folgt, dass fremde Staatsangehörige vom persönlichen Geltungsbereich von Art. 6 UN-Pakt I erfasst werden.

504 In der Praxis der Vertragsstaaten finden sich aber unzählige Beispiele von Einschränkungen des Rechts auf Arbeit. Das hängt damit zusammen, dass das internationale Recht es Staaten erlaubt, den Zugang von fremden Staatsangehörigen zu ihrem Arbeitsmarkt einzuschränken. Es gibt kein allgemeines, uneingeschränktes Recht eines ausländischen Staatsangehörigen in einem

---

1148 CESCR, General Comment Nr. 18, Rz 2. Siehe zum Schutz der Koalitionsfreiheit in der Schweiz Rz 512 ff.

1149 CESCR, General Comment Nr. 18, Rz 8; CESCR, General Comment Nr. 23, Rz 1.

1150 Lu, S. 44.

1151 CESCR, General Comment Nr. 18, Rz 23 und Rz 32.

1152 CESCR, General Comment Nr. 20, Rz 30. Zu weiteren Überlegungen, wie Art. 6 UN-Pakt I fremde Staatsangehörigen, die nicht über die notwendigen Papiere verfügen, erfasst, siehe Petry, S. 198.

anderen Staat Arbeit zu suchen oder auszuüben.[1153] Die nationalen Einschränkungen knüpfen entweder direkt an die fremde Staatsangehörigkeit an, wie beim Vorbehalt gewisser Berufe für eigene Staatsangehörige, oder an den migrationsrechtlichen Status, und reichen von einem vollständigen Arbeitsverbot über Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht (Beschränkung der erlaubten Arbeitszeit auf eine gewisse Anzahl Stunden pro Woche; Gewährung einer Arbeitsbewilligung erst nach einer gewissen Mindestaufenthaltsdauer im Land) zu administrativen Hürden, wie Bewilligungs- oder Meldepflichten. Diese Einschränkungen stellen eine (potenziell diskriminierende) Ungleichbehandlung dar. Eine solche ist allerdings zulässig, wenn sie aufgrund objektiver und vernünftiger Kriterien gerechtfertigt werden kann, d.h. die Einschränkung basiert auf einem Gesetz, verfolgt ein notwendiges Ziel, ist geeignet, das Ziel zu erreichen, und verhältnismässig.[1154] Beschränkungen des Rechts auf Arbeit müssen dabei für jeden migrationsrechtlichen Status separat gerechtfertigt werden[1155], wobei in Situationen, in denen Staaten fremden Staatsangehörigen die Einreise bewilligt haben, erhöhte Anforderungen an eine danach folgende Einschränkung des Rechts auf Arbeit zu fordern sind.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Art. 6 UN-Pakt I auch fremde Staatsangehörige unabhängig von ihrem rechtlichen Status erfasst. Die Vertragsstaaten geniessen aber bei der Rechtfertigung von Einschränkungen des Rechts auf Arbeit einen grossen Spielraum. Der Aufbau von Art. 6 UN-Pakt I, aufgrund dessen jedermann das Recht auf Arbeit zusteht und Einschränkungen gerechtfertigt werden müssen, weist allerdings ein gewisses Potenzial auf, das Ermessen von Staaten darüber, wie sie in dieser Beziehung fremde Staatsangehörige behandeln, einzuschränken. 505

cc. Weitere menschenrechtliche Garantien eines Rechts auf Arbeit

Ein explizites Recht auf Arbeit findet sich in keinem weiteren der von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsübereinkommen. Auch die Europäische Menschenrechtskonvention enthält kein Recht auf Arbeit, allerdings umfasst das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Privatsphäre auch die Arbeitswelt, 506

[1153] SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 315.

[1154] CESCR, General Comment Nr. 20, Rz 13. So auch LU, S. 9; SSENYONJO, Rz 8.31.

[1155] Siehe dazu LU, S. 51 ff., welche die Praxis des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu verschiedenen Gruppen von Migrantinnen und Migranten untersuchte.

wobei insbesondere die Möglichkeit Kontakte zu knüpfen, erfasst wird.[1156] Insbesondere hat der EGMR einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer Arbeitsstelle nach Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK anerkannt.[1157] Die EMRK garantiert aber kein Recht einen bestimmten Beruf auszuüben[1158], womit Einschränkungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zulässig sein können.[1159]

c. Das Recht auf Arbeit unter migrationsrechtlichem Vorbehalt

507 Im Gegensatz zum internationalen Menschenrechtsschutz steht der Schutz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Vorschriften über den Anspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung. Erwerbstätige ausländische Wanderarbeitnehmende ohne ein gefestigtes Anwesenheitsrecht und irregulär erwerbstätige Wanderarbeitnehmende werden dabei von vornherein vom persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit ausgenommen.[1160] Es ist fraglich, ob dadurch dem menschenrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit, d.h. der freien Entfaltung der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich, genügend Rechnung getragen wird.[1161] Denn diese Gerichtspraxis relativiert das der Verfassung zugrundeliegende Verständnis der Grundrechte als grundlegendste normative Prinzipien, indem sie die Grundrechtskonformität der auf Art. 121 Abs. 1 BV beruhenden Ausländergesetzgebung stillschweigend vorweg nimmt. Eine verfassungsrechtlich tragbare Begründung ist dafür nicht ersichtlich.[1162]

508 Eine Ausdehnung des persönlichen Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit auf alle erwerbstätigen Menschen in der Schweiz liesse sich mit dem Wortlaut von Art. 27 BV vereinbaren. Dadurch würde die Schweiz auch ihren Schutz-

---

1156 PÄRLI, Bedeutung der EMRK, S. 1681; GRABENWARTER/PABEL, S. 287 Rz 15.

1157 EGMR, 27.07.2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, *Sidabras und Džiautas vs. Litauen,* Ziff. 36 ff. Siehe aber auch die partly dissenting opinion der Richter Loucaides und Thomassen.

1158 EGMR, 06.04.2000, App. Nr. 34369/97, *Thlimmenos vs. Griechenland,* Ziff. 41.

1159 Siehe dazu auch Rz 540.

1160 KIENER/MEDICI, S. 147 f.

1161 VALLENDER, Art. 27 BV N 15 und N 47 sowie KIENER/MEDICI, S. 148, jeweils mit weiteren Hinweisen. Siehe zum menschenrechtlichen Gehalt des Rechts auf Arbeit Rz 500.

1162 KIENER/MEDICI, S. 148.

pflichten nach Art. 6 UN-Pakt I[1163] besser nachkommen. Allfällige Beschränkungen der Erwerbstätigkeit, wie der Ausschluss von Personen mit bestimmten migrationsrechtlichem Status vom Arbeitsmarkt oder die Beschränkung des Zugangs zu gewissen Berufen auf Schweizerinnen und Schweizer[1164], sind dabei an den Schrankenvoraussetzungen (Art. 36 und 94 BV) zu messen, denen Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit generell unterliegen.[1165]

509 Bei einer Ausdehnung des persönlichen Schutzbereichs auf alle erwerbstätigen Menschen in der Schweiz würde die Wirtschaftsfreiheit auch irregulär Anwesende erfassen. Das für sie geltende Arbeitsverbot stellt dann einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, es könnte wohl aber gemäss Art. 36 BV gerechtfertigt werden. So liegt mit Art. 11 AIG die nach Art. 36 Abs. 1 BV verlangte gesetzliche Grundlage vor. Ein zulässiges Eingriffsinteresse nach Art. 36 Abs. 2 BV ergibt sich aus dem Interesse an der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik[1166] und auch die Verhältnismässigkeit von Arbeitsverboten für irregulär anwesende Personen dürfte grundsätzlich, unter Vorbehalt besonderer Situationen im Einzelfall, erfüllt sein (Art. 36 Abs. 2 BV).[1167]

510 So erachtet auch das Bundesgericht, allerdings gestützt auf Art. 8 EMRK, die Erteilung einer Arbeitsbewilligung an sich unrechtmässig in der Schweiz aufhaltende Personen in Einzelfällen als gerechtfertigt. Gestützt auf das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK führte es in BGE 138 I 246 aus, dass die Verweigerung einer konkreten Arbeitsbewilligung nach der Wegweisung im asylrechtlichen Kontext in ausserordentlichen Situationen problematisch erscheinen könne.[1168] Im vorliegenden Fall hielt sich der Beschwerdeführer seit 15 Jahren in der Schweiz auf und lebte seit einigen Jahren von der Nothilfe. Diese deckt aber nur das absolute Existenzminimum und ist eigentlich bloss als Überbrückungshilfe für die beschränkte Dauer des Vollzugs der Wegweisung gedacht.[1169] In einer solcher Situation (lange Dauer des Arbeitsverbots und des faktisch geduldeten Aufenthalts) vermag gemäss dem Bundesgericht das öffentliche Interesse an der Sicherstellung des Asylverfahrens und am

[1163] CESCR, General Comment Nr. 18, Rz 25.
[1164] Siehe dazu Rz 598 ff.
[1165] KIENER/MEDICI, S. 148.
[1166] Siehe BGE 137 I 247 E. 4.1.2.
[1167] KIENER/MEDICI, S. 135 f.
[1168] BGE 138 I 246 E. 3.3.1.
[1169] BGE 138 I 246 E. 3.3.2.

Vollzug des negativen Entscheids das private Interesse des Beschwerdeführers in der Schweiz erwerbstätig sein zu dürfen und nicht allein von der Nothilfe leben zu müssen, nur dann noch zu überwiegen, wenn mit dem Vollzug des Wegweisungsentscheids (noch) in absehbarer Zeit ernsthaft gerechnet werden kann bzw. der Beschwerdeführer den Vollzug der Wegweisung bewusst selber weiter verzögert.[1170]

2. Rechte in der Arbeit

511 Der grundrechtliche Schutz der Erwerbstätigkeit wird durch die Garantie der Koalitionsfreiheit in Art. 28 BV flankiert. Ergänzend dazu setzt sich der Staat gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. d BV für angemessene Arbeitsbedingungen ein.

a. Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfmassnahmen

512 Die Koalitionsfreiheit erlaubt Arbeitnehmenden sich zusammenzuschliessen und ihre Interessen bezüglich besseren Arbeits- und Lohnbedingungen gegenüber den Arbeitgebenden zu verteidigen, nötigenfalls mittels Arbeitskampfmassnahmen. Diese erlauben es den Verbänden ihre Interessen wirksam durchzusetzen, wenn auf dem Weg der Verhandlung oder Vermittlung keine Einigung über die Gestaltung der Arbeitsbedingungen erzielt werden kann.[1171]

513 Die schweizerische Bundesverfassung gewährleistet die Koalitionsfreiheit in Art. 28 Abs. 1 BV. Auch auf internationaler Ebene findet sich ein gut ausgebautes Netz von Garantien zum Schutz dieser Freiheit. Dazu zählen die ILO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes[1172] und Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen[1173], Art. 8 UN-Pakt I[1174] und Art. 22 UN-Pakt II, sowie Art. 11 EMRK.

1170 BGE 138 I 246 E. 3.3.2. Der (weiterhin bestehenden) Möglichkeit des Vollzugs des Wegweisungsentscheids kommt dabei grosse Bedeutung zu, wie das Bundesgericht im Urteil 2C_17/2017 vom 22.05.2017 E. 4.3.3 präzisierte.

1171 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 32 Rz 21.

1172 SR 0.822.719.7.

1173 SR 0.822.719.9. Es handelt sich dabei um zwei der acht Kernübereinkommen der ILO, siehe Rz 42 ff.

1174 Es handelt sich um eine der Bestimmungen des UN-Pakts I, die gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts *self-executing* sein kann, siehe für Art. 8 Abs. 1

Die Koalitionsfreiheit in Art. 28 Abs. 1 BV schützt als individuelles Freiheitsrecht das Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten *(positive Koalitionsfreiheit)* oder fernzubleiben *(negative Koalitionsfreiheit)*.[1175] Als kollektives Freiheitsrecht schützt Art. 28 Abs. 1 BV das Recht von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden ihre Aktivitäten frei auszuüben, an Kollektivverhandlungen teilzunehmen und Verträge über Lohntarife und Arbeitsbedingungen abzuschliessen, sowie das Recht, sich mit anderen Vereinigungen zusammenzuschliessen.[1176] 514

Die Koalitionsfreiheit ist ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat. Trägerinnen und Träger sind alle Menschen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit in ihrer Funktion als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber.[1177] Die Koalitionsfreiheit schützt die Individuen sowohl vor direktem als auch vor indirektem Zwang einer Vereinigung beizutreten bzw. ihr fernzubleiben[1178], und Arbeitnehmer- sowie Arbeitgeberverbände vor einer staatlichen Auflösung oder Aussetzung der Vereinigung und ermöglicht den ungehinderten Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 356 ff. OR).[1179] In diesem Zusammenhang gewährleistet Art. 28 BV die Tarifautonomie, d.h. das Recht an Kollektivverhandlungen teilzunehmen und die Arbeitsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge für Einzelarbeitsverhältnisse verbindlich zu regeln.[1180] Gleichzeitig müssen die staatlichen Behörden dafür sorgen, dass die Koalitionsfreiheit auch unter Privaten zur Geltung kommt (Art. 35 Abs. 3 BV[1181]). Der Gesetzgeber ist dieser Verpflichtung in verschiedener Hinsicht in privatrechtlichen Erlassen nachgekommen.[1182] 515

lit. a UN-Pakt I BGE 121 V 246 E. 2e und für Art. 8 Abs. 1 lit. d UN-Pakt I BGE 125 III 277 E. 2d und E. 2e. Die Frage wurde aber in beiden Entscheiden schlussendlich offengelassen.

1175 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 32 Rz 10; VALLENDER/HETTICH, Art. 28 BV N 13.

1176 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 32 Rz 11 mit Hinweis auf BGE 129 I 113 E. 1.3. Siehe auch BGE 143 I 403 E. 6.1.

1177 VALLENDER/HETTICH, Art. 28 BV N 16; ANDERMATT, Rz 18; BSK-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 BV N 14.

1178 VALLENDER/HETTICH, Art. 28 BV N 13 f.

1179 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 32 Rz 11.

1180 PORTMANN/WILDHABER, Rz 1066 und Rz 1077.

1181 Siehe zu Art. 35 Abs. 3 BV Rz 488.

1182 Siehe für eine Übersicht PORTMANN/WILDHABER, Rz 1008 ff., Rz 1019 ff. und Rz 1025 ff.

516 Die verfassungsrechtlichen Grundsätze zu den Arbeitsstreitigkeiten sind in Art. 28 Abs. 2 bis 4 BV enthalten.[1183] Auf internationaler Ebene wird der Streik einzig von Art. 8 Abs. 1 lit. d UN-Pakt I explizit gewährleistet. Auf Ebene der ILO entwickelte allerdings der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit das Streikrecht in jahrzehntelanger Praxis als ein wesentlicher Aspekt aus dem Schutzgehalt der Koalitionsfreiheit des Übereinkommens Nr. 87 heraus[1184] und auf Ebene des Europarates anerkannte der EGMR das Streikrecht als Teilgehalt der in Art. 11 EMRK enthaltenen Koalitionsfreiheit[1185].

517 Art. 28 Abs. 3 BV erklärt Streik und Aussperrung für zulässig. Als Streik wird die «kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern»[1186] bezeichnet. Als Aussperrung wird der Ausschluss von (noch) arbeitswilligen Arbeitnehmenden durch den Arbeitgebenden bezeichnet. Sie ist nur als Reaktion auf einen Streik zulässig (sog. Abwehraussperrung).[1187] Der persönliche Schutzbereich des Streik- und Aussperrungsrechts nach Art. 28 Abs. 2 bis 4 BV deckt sich dabei mit jenem der Koalitionsfreiheit.[1188]

518 Die Schweiz gewährt damit die Koalitionsfreiheit und das Streikrecht unabhängig von der Staatsangehörigkeit allen Arbeitnehmenden, was sich mit den internationalen Anforderungen deckt. Auch die international gewährleistete Koalitionsfreiheit, und damit das daraus abgeleitete Streikrecht, findet unabhängig von der Nationalität auf alle Personen Anwendung.[1189] Soweit der in der Schweiz gewährleistete Schutz der Koalitionsfreiheit in inhaltlicher Hinsicht hinter den internationalen Gewährleistungen zurückbleibt (z.B. bezüg-

---

1183 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz 3330.

1184 DEMIR, Kollektive Rechte, Rz 1992.

1185 DEMIR, Kollektive Rechte, Rz 2018 mit weiteren Hinweisen, insb. auf EGMR, 21.04.2009, App. Nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen vs. Türkei,* Ziff. 24 und 32.

1186 BGE 125 III 277 E. 3a; BGE 134 IV 216 E. 5.1.1.

1187 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz 3350 f.

1188 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 32 Rz 23.

1189 DEMIR, Kollektive Rechte, Rz 2102; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 503 ff. Grundsätzlich gilt dies auch für irreguläre Wanderarbeitnehmende, siehe für Art. 8 UN-Pakt I LU, S. 68; so wohl auch SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 317. Siehe für Art. 11 EMRK die ausführliche Argumentation von MANTOUVALOU, Abuse and Exclusion, S. 390 ff. Für die ILO siehe Committee on Freedom of Association, Case Nr. 2121 (Spanien), Report Nr. 327, März 2002.

lich des Schutzes von Gewerkschaftsvertretern vor Kündigungen)[1190], betrifft dieses Problem nicht ausschliesslich Wanderarbeitnehmende.

b. Arbeitnehmerschutz

Im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung findet sich kein Recht auf angemessene Arbeitsbedingungen.[1191] Art. 41 Abs. 1 lit. d BV hält den Staat aber an, in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür zu sorgen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können. Das bedingt eine angemessene Entschädigung für die Erwerbsarbeit, annehmbare Arbeitszeiten, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz sowie die Abdeckung kultureller und kommunikativer Bedürfnisse.[1192] Bei Art. 41 Abs. 1 lit. d BV handelt es sich um eine Staatszielbestimmung[1193], womit die darin enthaltenen Aufgaben gesetzgeberisch konkretisiert werden müssen.[1194] 519

Eine ähnliche Verpflichtung ergibt sich aus Art. 7 UN-Pakt I, der ein Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen enthält. Er stellt eine wichtige Ergänzung zu den übrigen im UN-Pakt I enthaltenen Arbeitsrechten dar und ist eine logische Folge des Rechts auf frei gewählte und angenommene Arbeit gemäss Art. 6 UN-Pakt I.[1195] Das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen gewährleistet insbesondere ein angemessenes Arbeitsentgelt (lit. a); sichere und gesunde Arbeitsbedingungen (lit. b); gleiche Möglichkeiten für jedermann in seiner beruflichen Tätigkeit aufzusteigen (lit. c); und Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmässiger bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage (lit. d). Art. 7 UN-Pakt I umfasst alle Arbeitnehmenden in allen Situationen, ohne jegliche Unterscheidung. Auch Wanderarbeitnehmende werden davon erfasst, unabhängig von ihrem rechtlichen Status, und somit auch jene ohne Aufent- 520

1190 Siehe hierzu DEMIR, Kollektive Rechte, Rz 2103.

1191 Zur Frage, inwiefern sich Arbeitsschutzpflichten aus weiteren Grundrechten ableiten lassen, siehe MEDICI, S. 164 ff., sowie in Bezug auf Art. 10 BV JUNGHANSS, Arbeitnehmerschutz, Rz 1613 ff.

1192 BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, Art. 41 BV N 55 f. So auch BSK-GÄCHTER/WERDER, Art. 41 BV N 45.

1193 BIAGGINI, Art. 41 BV N. 2.

1194 BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, Art. 41 BV N 53.

1195 CESCR, General Comment Nr. 23, Rz 1.

halts- und/oder Arbeitsbewilligung.[1196] Die Verpflichtungen von Art. 7 UN-Pakt I richten sich an den Gesetzgeber, der für ihre Umsetzung im privatrechtlichen Bereich zu sorgen hat.[1197]

521 Im Bereich des Arbeitnehmerschutzes kommt somit der gesetzgeberischen Umsetzung eine grosse Bedeutung zu. Entsprechende Bestimmungen finden sich dabei insbesondere im Arbeitsgesetz und im Unfallversicherungsgesetz.[1198]

D. Gleichheitsrechte

522 Das Recht auf Einreise sowie das Recht auf Arbeit stehen, wie oben dargelegt, unter migrationsrechtlichem Vorbehalt, wobei die Staaten bei der Ausgestaltung ihrer migrationsrechtlichen Bestimmungen einen grossen Ermessensspielraum geniessen. Bevor aber auf die einzelgesetzliche Ausgestaltung der rechtlichen Position von fremden Staatsangehörigen in einem Arbeitsverhältnis näher eingegangen wird, soll die Frage behandelt werden, ob die unterschiedliche Behandlung zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar ist.

1. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbote

a. Im schweizerischen Verfassungsrecht

523 Die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV enthält in Abs. 1 einen allgemeinen Gleichheitssatz, der in Abs. 2 durch spezielle Diskriminierungsverbote konkretisiert wird.[1199]

524 Gemäss Art. 8 Abs. 1 BV ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behan-

---

1196 LU, S. 68; so wohl auch SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 317. In CESCR, General Comment Nr. 23, wird die Frage, ob die Rechte in der Arbeit auch undokumentierten Wanderarbeitnehmenden zustehen, zwar nicht direkt beantwortet, implizit aber bejaht, siehe Rz 5, 47(e), 54 und Rz 57.

1197 KÜNZLI/KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 119. In BGE 136 I 290 E. 2.3.3 hielt das Bundesgericht die fehlende direkte Anwendbarkeit (Justiziabilität) von Art. 7 lit. d UN-Pakt I fest.

1198 Siehe dazu Rz 457.

1199 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 35 Rz 1 f.

deln.[1200] Das Rechtsgleichheitsgebot richtet sich dabei gleichermassen an den Gesetzgeber wie an die rechtsanwendenden Behörden.[1201] In der Rechtssetzung wird das Rechtsgleichheitsgebot verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidwesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.[1202] Solche Gründe können eine unterschiedliche Rechtsstellung trotz faktisch vergleichbarer Situation, der Schutz öffentlicher Interessen oder unterschiedliche gesetzgeberische Zielsetzungen sein.[1203] Den Gründen liegen dabei oft Wertungen zugrunde, die je nach Ort und Zeit der Beurteilung unterschiedlich ausfallen können.[1204] Bei der Überprüfung der Sachgerechtigkeit stellt das Bundesgericht auf die herrschenden Gerechtigkeitsauffassungen und Wertungen ab, wie sie in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck kommen.[1205] Richtet sich das Gleichheitsgebot an die rechtsanwendende Behörde, ist diese verpflichtet, Sachverhalte, die sich durch gleiche oder ähnliche Tatsachen auszeichnen, gleich zu behandeln, ausser ein sachlicher und vernünftiger Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung.[1206]

Art. 8 Abs. 2 BV verbietet Diskriminierungen namentlich wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Eine Diskriminierung liegt gemäss dem Bundesgericht dann vor «wenn eine Person ungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, 525

[1200] BGE 139 I 242 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen.

[1201] SCHWEIZER, Art. 8 BV N 37.

[1202] BGE 138 I 225 E. 3.6.1; BGE 135 V 361 E. 5.4.1, je mit weiteren Hinweisen.

[1203] KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 35 Rz 21.

[1204] BGE 134 I 23 E. 9.1 m.w.H.

[1205] BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 34.

[1206] BGE 125 I 166 E. 2a; BGE 136 II 393 E. 11.3. SCHWEIZER, Art. 8 BV N 42 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

weil sie an Unterscheidungsmerkmale anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betroffenen Person ausmachen; insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV»[1207].

526 Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV will m.a.W. verhindern, dass Menschen aufgrund von Merkmalen, die nicht oder kaum veränderbare, wesentliche Bestandteile ihrer Identität ausmachen, schlechter gestellt und herabgesetzt werden.[1208] Betrifft eine Ungleichbehandlung eines der verpönten Merkmale nach Art. 8 Abs. 2 BV ist die Differenzierung zumindest fragwürdig und begründet einen Verdacht auf eine unzulässige Diskriminierung, die nur in qualifizierter Weise zu rechtfertigen ist.[1209] Erfasst werden sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen.[1210] Eine qualifizierte Rechtfertigung verlangt neben sachlichen Gründen, dass die Differenzierung zusätzlich dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält.[1211] Welche Anforderungen an diese Rechtfertigung zu stellen sind, hängt vom betroffenen Merkmal ab, da nicht für alle Merkmale gleich hohe Rechtfertigungsanforderungen gelten.[1212] Eine Diskriminierungsabsicht ist nicht erforderlich.[1213]

527 Der persönliche Schutzbereich von Art. 8 BV erfasst alle Menschen und damit auch Ausländerinnen und Ausländer.[1214] Fremde Staatsangehörige sind somit vor ungerechtfertigten Diskriminierungen aufgrund der in Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählten Merkmale geschützt.[1215] Das Diskriminierungsverbot richtet sich allerdings einzig an den Staat und nicht an Private.[1216] Diese staatliche Verpflichtung wird im Ausländer- und Integrationsgesetz in Art. 53 Abs. 1 AIG explizit festgehalten. Darüber hinaus wird der Staat über Art. 35 Abs. 2 BV dazu verpflichtet, auch in privatrechtlichen Vertragsverhältnissen für einen

---

1207 BGE 139 I 292 E. 8.2.1; siehe auch BGE 135 I 49 E. 4.3.

1208 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 Rz 1.

1209 BGE 139 I 169 E. 7.2.3; BGE 138 I 305 E. 3.3; BGE 126 II 377 E. 6a.

1210 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 Rz 30; SCHWEIZER, Art. 8 BV N 50 f.

1211 CREVOISIER, Rz 4; MEDICI, S. 131; BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 87.

1212 MEDICI, S. 131 mit weiteren Hinweisen. Siehe auch BIAGGINI, Art. 8 BV N 25.

1213 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz 1891 f.

1214 BGE 129 I 392 E. 3.2.2; BIAGGINI, Art. 8 BV N 6; SCHWEIZER, Art. 8 BV N 16 f.

1215 Für einen Überblick über die Diskriminierungen denen Wanderarbeitnehmende bei Einreise und Aufenthalt ausgesetzt sein können, siehe NAGUIB, Rz 969 ff. und Rz 1047 ff.

1216 BIAGGINI, Art. 8 BV N 18.

umfassenden Diskriminierungsschutz zu sorgen.[1217] Hierzu dienen insbesondere verschiedene Generalklauseln auf Gesetzesebene, wobei beispielshaft für das Arbeitsvertragsrecht Art. 328 und Art. 336 OR zu nennen sind.[1218]

b. Menschenrechtliche Diskriminierungsverbote

Auf internationaler Ebene wird das Wesen der Diskriminierung als nicht gerechtfertigte und deshalb menschenunwürdige Herabsetzung von Individuen wegen bestimmten Identitätsmerkmalen verstanden.[1219] Gleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote finden sich in Art. 2 Abs. 1 sowie in Art. 26 UN-Pakt II, in Art. 2 Abs. 2 UN-Pakt I und in Art. 14 EMRK. Diese Bestimmungen verbieten Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status[1220]. 528

Es handelt sich dabei entweder um akzessorische (Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt II; Art. 2 Abs. 2 UN-Pakt I; Art. 14 EMRK) oder um selbständige Diskriminierungsverbote (Art. 26 UN-Pakt II).[1221] Die Schweiz hat allerdings zu Art. 26 UN-Pakt II einen dahingehenden Vorbehalt angebracht, dass die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und ihr Anspruch ohne Diskriminierung auf gleichen Schutz durch das Gesetz nur in Verbindung mit anderen im UN-Pakt II enthaltenen Rechten gewährleistet werden. Damit wirken alle völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote für die Schweiz bloss akzessorisch.[1222] 529

Diese Diskriminierungsverbote finden auf alle Menschen Anwendung. So sind gemäss dem Ausschuss für Menschenrechte die im UN-Pakt II enthaltenen Rechte (mit Ausnahme von Art. 13 und 25) ohne Diskriminierung zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen zu garantieren (Art. 2 UN-Pakt II).[1223] Auch der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle 530

[1217] BIAGGINI, Art. 8 BV N 18; SCHWEIZER, Art. 8 BV N 56 f. Siehe für eine Übertragung auf das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 712 ff.

[1218] Für einen Überblick zum Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht siehe PÄRLI/STUDER, Rz 318 ff.

[1219] KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz 11.4.

[1220] Art. 14 EMRK nennt als weiteres Merkmal «Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit».

[1221] KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, Rz 11.12 f.

[1222] KIENER/MEDICI, S. 136 f.

[1223] HRC, General Comment Nr. 15, Rz 2.

Rechte hielt fest, dass das Merkmal der Nationalität niemanden von den im UN-Pakt I enthaltenen Rechten ausschliessen sollte. Diese Rechte gelten für alle Menschen, einschliesslich fremder Staatsangehöriger wie Wanderarbeitnehmende, unabhängig von ihrem Status und ob sie über die notwendigen Dokumente verfügen.[1224] Die in der EMRK enthaltenen Rechte und Freiheiten (und damit auch Art. 14 EMRK) stehen gemäss Art. 1 EMRK allen der Hoheitsgewalt der Vertragsparteien unterstehenden Personen zu.[1225]

531 Weitere Diskriminierungsverbote finden sich in bereichsspezifischen Menschenrechtsübereinkommen.[1226] Dazu kann auch das ILO-Übereinkommen Nr. 111 gezählt werden, das Diskriminierung wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung und der sozialen Herkunft[1227] in Beschäftigung und Beruf verbietet. Es findet auf alle Arbeitnehmenden, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, und in allen Wirtschaftssektoren, im privaten wie im öffentlichen Bereich, sowie in der regulären wie irregulären Wirtschaft Anwendung.[1228] Die Bezeichnung «Beschäftigung und Beruf» umfasst die folgenden Aspekte: Zugang zu Bildung, Berufsberatung und Berufsausbildung; Zugang zu Beschäftigung und zum Beruf an sich; Zugang zur Arbeitsvermittlung; Zugang zu Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden; das berufliche Fortkommen; die Sicherheit des Arbeitsplatzes; die Kollektivverhandlungen; der Anspruch auf gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit; Zugang zur sozialen Sicherheit sowie zu Sozialeinrichtungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung; sowie die sonstigen Arbeitsbedingungen einschliesslich Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Ruhezeiten und Ferien.[1229] Das Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten eine innerstaatliche Politik festzulegen und zu verfolgen, die darauf abzielt, die Gleichheit zu fördern, um jegliche Diskriminierung auszuschalten (Art. 2 ILO-Übereinkommen

---

1224 CESCR, General Comment Nr. 20, Rz 30.

1225 Siehe auch PETERS/KÖNIG, Rz 108.

1226 Dazu zählen das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1965, SR 0.104, das internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979, SR 0.108 und das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen von 2006, SR 0.109.

1227 Diese Aufzählung ist abschliessend. Siehe allerdings Art. 1 Abs. 1 lit. b ILO-Übereinkommen Nr. 111 und ILC, Globalization, Rz 761.

1228 ILC, Globalization, Rz 733.

1229 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 245.

Nr. 111). Diese Politik sollte Wanderarbeitnehmende, auch solche in einer irregulären Situation, umfassen, mit dem Ziel jede Diskriminierung aufgrund der im Übereinkommen genannten Gründe ihnen gegenüber auszuschliessen.[1230]

2. Staatsangehörigkeit als Diskriminierungsmerkmal?

a. Keine explizite Nennung

Keine der soeben genannten verfassungs- oder völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen nennt die «Staatsangehörigkeit» oder «Nationalität» explizit als ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal. Nur das jüngste menschenrechtliche Übereinkommen, die Wanderarbeitnehmerkonvention, enthält in Art. 7 ein explizites Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit.[1231] Es handelt sich dabei um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, das Ungleichbehandlungen zwischen Wanderarbeitnehmenden verschiedener Staatsangehörigkeit betreffend die in der Konvention genannten Rechte verbietet. 532

b. Rechtslage in der Schweiz

Die Frage, ob es sich bei der Staatsangehörigkeit um ein Diskriminierungsmerkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV handelt, wird, soweit sie überhaupt angesprochen wird, in der Lehre üblicherweise in Verbindung mit dem Begriff der «Herkunft» diskutiert[1232]. So ist gemäss SCHWEIZER die «Herkunft» national, regional, kulturell oder ethnisch geprägt und eng verknüpft mit sprachlichen, kulturellen, sozialen und historischen Gegebenheiten.[1233] Gemäss WALDMANN bezeichnet der Begriff «die Abstammung eines Menschen von einer gewissen Volksgruppe, welche ihrerseits im ethnischen wie auch im geografischen Sinn verstanden werden kann»[1234]. Im Gegensatz dazu stellt die Staatsangehörigkeit für diese Autoren die politische und rechtliche Beziehung zu einem Staat dar und kann aufgegeben werden.[1235] Daraus folgt gemäss 533

[1230] ILC, Globalization, Rz 776 und 778.

[1231] Siehe auch NOWAK, Art. 26 UN-Pakt II N 3.

[1232] Siehe hierzu auch die weiteren Hinweise in BOILLET, S. 151.

[1233] SCHWEIZER, Art. 8 BV N 64.

[1234] WALDMANN, S. 583.

[1235] SCHWEIZER, Art. 8 BV N 64; WALDMANN, S. 584. Siehe zu den verschiedenen Begriffen auch KÄLIN, Ausländerdiskriminierung, S. 572 f.

der herrschenden Lehre, dass bestehende Ungleichbehandlungen am allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV zu messen sind.[1236] Auch das Bundesgericht prüft Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit grundsätzlich nach Art. 8 Abs. 1 BV, wonach sachliche Gründe zur Rechtfertigung genügen.[1237]

534 Damit geht die vorherrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre dahin, dass die «Staatsangehörigkeit» keinen Diskriminierungstatbestand des schweizerischen Verfassungsrechts darstellt. Anerkannt wird allerdings, dass in Einzelfällen Rechtshandlungen, welche direkt oder indirekt[1238] Angehörige eines bestimmten Staats benachteiligen, eine Diskriminierung aufgrund der (ethnischen oder geografischen bzw. nationalen) Herkunft darstellen können.[1239] Hierzu ist beispielhaft auf BGE 129 I 217 zu verweisen, in dem es darum ging, dass bei der Urnenabstimmung in der Gemeinde Emmen von den insgesamt 23 Einbürgerungsgesuchen jene acht von aus Italien stammenden Personen gutgeheissen, während jene von Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien abgelehnt wurden. Das Bundesgericht gelangte nach eingehender Prüfung[1240] zum Schluss, dass die Gesuchsteller aus dem ehemaligen Jugoslawien aufgrund ihrer Herkunft benachteiligt worden waren. Ein Rechtfertigungsgrund für die Differenzierung war weder ersichtlich noch wurde ein solcher geltend gemacht. Entsprechend lag eine unzulässige Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV vor.[1241]

535 Im soeben diskutierten Fall einer Differenzierung aufgrund unterschiedlicher ausländischer Staatsangehörigkeit greift somit das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV. Hierzu ist allerdings eine Einschränkung anzubringen: Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Bürgerinnen und Bürgern aus EU-Mitgliedstaaten und aus Drittstaaten, wie sie sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergibt, stellt, obwohl sie direkt an die Staatsangehörigkeit an-

---

1236 SCHWEIZER, Art. 8 BV N 64 f.; WALDMANN, S. 579. Siehe auch BIAGGINI, Art. 8 BV N 24; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 Rz 19; differenzierend BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 68.

1237 BGE 143 V 114 E. 5.3.2.1; BGE 129 I 392 E. 3.2.3; Urteile des Bundesgerichts 6B_722/2013 vom 14.01.2014 E. 3.5 und 2P.142/2003 vom 07.11.2003 E. 3.2.

1238 Zur Frage der verfassungsmässigen Legitimität indirekter Diskriminierungen von Ausländerinnen und Ausländern, siehe KÄLIN/CARONI, S. 90 f.

1239 BIAGGINI, Art. 8 BV N 24; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 Rz 21; NAGUIB, Rz 975; PULVER, Rz 272; WALDMANN, S. 584 f.; BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 68.

1240 Siehe BGE 129 I 217 E. 2.3.

1241 BGE 129 I 217 E. 2.4.

knüpft, gemäss herrschender Lehre rechtlich gesehen keine Diskriminierung dar. Die bevorzugte Behandlung von EU-Staatsangehörigen rechtfertigt sich aufgrund der geografischen Nähe zwischen den Staaten und der Existenz der vertraglichen Vereinbarung mit der EU.[1242] NAGUIB weist allerdings darauf hin, dass auch diese Unterscheidung je nach betroffenen Staaten bzw. Staatengruppen Stigmatisierungen ethnisch-kultureller Art begünstigen könne, womit das duale Zulassungssystem mit seinen Differenzierungen zwischen EU- und Drittstaatsangehörigen nicht gänzlich unproblematisch sei. Seines Erachtens sollte sich deswegen der Grad der Rechtfertigungsstrenge am Stigmatisierungsrisiko orientieren.[1243]

Fremde Staatsangehörige können nicht nur aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, sondern auch aufgrund ihrer Aufenthaltskategorie rechtlich benachteiligt werden. Das Bundesgericht hatte Gelegenheit diese Frage anhand des Status «vorläufig aufgenommener Flüchtling» zu prüfen.[1244] Nach Nennung seiner Definition darüber, wann eine Diskriminierung vorliege[1245], hielt das Bundesgericht fest, es sei fraglich, ob vorläufig aufgenommene Flüchtlinge in der sozialen Wirklichkeit als Gruppe wahrgenommen werden. Die Unterscheidung zwischen Personen mit unterschiedlichem migrationsrechtlichem Status sei primär rechtlicher, nicht gesellschaftlicher, Natur. Darüber hinaus sei die vorläufige Aufnahme kein auf Dauer angelegter Rechtsstatus[1246], und somit kein nicht oder kaum veränderbarer Teil der Identität. Das Bundesgericht kam zum Schluss, vorläufig aufgenommene Flüchtlinge stellten keine vom Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV erfasste Gruppe dar. Die geltend gemachte Ungleichbehandlung sei somit anhand von Art. 8 Abs. 1 BV zu prüfen.[1247] Diese Überlegungen können auf weitere migrationsrechtliche Status ausgedehnt werden, wobei aufgrund ihrer bis zu einem gewissen Grad immer vorhandenen zeitlichen Befristung fraglich ist, ob sie je die 536

[1242] NAGUIB, Rz 974; WALDMANN, S. 595 f. Siehe auch BGE 123 II 472 E. 4 sowie die Rechtsprechung des EGMR in Rz 540.

[1243] NAGUIB, Rz 975.

[1244] Urteil des Bundesgerichts 1D_3/2014 vom 11.03.2015 E. 5, mit Verweis auf BGE 135 I 49 E. 5 zur Frage, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, ob eine bestimmte Gruppe vom Diskriminierungsverbot erfasst wird.

[1245] Urteil des Bundesgerichts 1D_3/2014 vom 11.03.2015 E. 5.2.1.

[1246] Urteil des Bundesgerichts 1D_3/2014 vom 11.03.2015 E. 5.2.4.

[1247] Urteil des Bundesgerichts 1D_3/2014 vom 11.03.2015 E. 5.2.5.

Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Formel zum Diskriminierungsbegriff erfüllen.

c. Entscheide internationaler Rechtsprechungsorgane

aa. Entscheide der UN-Ausschüsse

537 Auf universeller Ebene äusserte sich der Ausschuss für Menschenrechte in verschiedenen Entscheiden zu Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit. In *Gueye et al. vs. Frankreich* hielt er fest, dass «Nationalität» zwar nicht im Katalog von Art. 26 UN-Pakt II enthalten sei, Differenzierungen auf der Basis von diesem Kriterium aber unter «sonstiger Status» fielen.[1248] Diese Rechtsprechung wurde in weiteren Entscheiden aufrechterhalten, wobei jeweils betont wurde, dass nicht jede auf der Staatsangehörigkeit basierende Differenzierung diskriminierend sei, soweit sie sich auf vernünftige und objektive Kriterien stütze.[1249]

538 Auch Differenzierungen zwischen fremden Staatsangehörigen aus verschiedenen Ländern können eine Verletzung von Art. 26 UN-Pakt II darstellen. Zu diesem Entscheid kam der Ausschuss in *Karakurt vs. Österreich,* in dem es um eine nationale Regelung ging, welche die Wahl in einen Betriebsrat auf Österreicher und Staatsangehörige aus EWR-Ländern beschränkte. Der Ausschuss begann seine Ausführungen mit dem Hinweis auf den Entscheid *van Oord vs. Niederlande*[1250], in dem er festgehalten hatte, dass ein internationales Abkommen, das den Staatsangehörigen einer Vertragspartei eine bevorzugte Behandlung gewährt, ein vernünftiger und objektiver Grund für eine Ungleichbehandlung darstellen kann. Daraus könne aber keine allgemeine Regel abgeleitet werden, dass ein solches Abkommen aus sich selbst heraus ein genügender Grund darstelle, um den Anforderungen von Art. 26 UN-Pakt II zu genügen; vielmehr sei in jedem Fall eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. In Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt erachtete der Ausschuss die Nationalität nicht als entscheidendes Kriterium für den Zugang zu einer Funktion, in der es darum gehe, die Interessen der Arbeitnehmerschaft zu

---

1248 HRC, *Gueye et al. vs. Frankreich,* Entscheid vom 03.04.1989, CCPR/C/35/D/169/1985, Rz 9.4.

1249 Siehe statt andere HRC, *Simunek vs. Tschechien,* Entscheid vom 31.07.1995, CCPR/C/54/D/516/1992, Rz 11.3 ff.; HRC, *Marik vs. Tschechien,* Entscheid vom 04.08.2005, CCPR/C/84/D/945/2000, Rz 6.2 ff. mit weiteren Hinweisen.

1250 HRC, *van Oord vs. Niederlande,* Entscheid vom 14.08.1997, CCPR/C/60/D/658/1995, Rz 8.4 ff.

vertreten und die Einhaltung der Arbeitsbedingungen zu beaufsichtigen.[1251] Der Ausschuss kam zum Schluss, dass die österreichische Regelung Art. 26 UN-Pakt II verletzt.[1252]

bb. Rechtsprechung des EGMR

Auf regionaler Ebene entscheidet der EGMR Fälle von Diskriminierungen auf- 539
grund der Staatsangehörigkeit nach Art. 14 EMRK. Die Aufzählung der Diskriminierungsmerkmale in Art. 14 EMRK ist nicht abschliessend. Der Gerichtshof hat der Formulierung «eines sonstigen Status» eine weite Bedeutung gegeben und ihre Interpretation nicht auf persönliche Charakteristika beschränkt, die angeboren sein müssen.[1253] Entsprechend hat der EGMR Fälle, in denen er Fragen zu Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit bzw. der Nationalität prüfte, ohne Hinweise auf eines der Kriterien von Art. 14 EMRK beurteilt[1254], oder unter den Begriff der nationalen Herkunft nach Art. 14 EMRK gefasst[1255]. Gewisse der Fälle weisen auch einen engen Bezug zur Frage der Rasse bzw. der ethnischen Herkunft[1256] auf. Stützt sich eine ungleiche Behandlung dabei einzig auf das Kriterium «Nationalität», verlangt der Gerichtshof zur Rechtfertigung, gleich wie z.B. bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts[1257], besonders schwerwiegende Gründe.[1258]

Der EGMR anerkennt aber, dass die Einwanderungspolitik der meisten Länder 540
Unterscheidungen basierend auf der Nationalität, und damit indirekt auf-

[1251] HRC, *Karakurt vs. Österreich,* Entscheid vom 29.04.2002, CCPR/C/74/D/965/2000, Rz 8.4. Zu dieser Frage erging auch ein Urteil des EuGH, siehe EuGH, Urteil vom 08.05.2003, *Wählergruppe Gemeinsam,* C-171/01, EU:C:2003:260.

[1252] HRC, *Karakurt vs. Österreich,* Entscheid vom 29.04.2002, CCPR/C/74/D/965/2000, Rz 9.

[1253] EGMR (GK), 24.05.2016, App. Nr. 38590/10, *Biao vs. Dänemark,* Ziff. 89 mit Verweis auf EGMR, 13.07.2010, App. Nr. 7205/07, *Clift vs. Vereinigtes Königreich,* Ziff. 56–58.

[1254] EGMR, 18.02.1991, App. Nr. 12313/86, *Moustaquim vs. Belgien,* Ziff. 48 f.; EGMR, 28.05.2009, App. Nr. 26713/05, *Bigaeva vs. Griechenland,* Ziff. 37 ff.; EGMR, 21.06.2011, App. Nr. 5335/05, *Ponomaryovi vs. Bulgarien,* Ziff. 50 ff.

[1255] EGMR, 27.09.2011, App. Nr. 56328/07, *Bah vs. Vereinigtes Königreich,* Ziff. 43; PETERS/KÖNIG, Rz 175.

[1256] EGMR (GK), 24.05.2016, App. Nr. 38590/10, *Biao vs. Dänemark,* Ziff. 96 ff.

[1257] IMHOF, Rz 16.

[1258] EGMR (GK), 24.05.2016, App. Nr. 38590/10, *Biao vs. Dänemark,* Ziff. 93; EGMR, 21.06.2011, App. Nr. 5335/05, *Ponomaryovi vs. Bulgarien,* Ziff. 52, je m.w.H. auf die Rechtsprechung.

grund der Rasse, ethnischen Herkunft und möglicherweise der Hautfarbe, trifft. Dies führt nicht zu einer Verletzung von Art. 14 EMRK, da die bevorzugte Behandlung der eigenen Staatsangehörigen sowie von Angehörigen von Ländern, zu denen eine enge Beziehung besteht, keine Diskriminierung wegen der Rasse darstellt.[1259] Entsprechend findet die bevorzugte Behandlung von EU-Staatsangehörigen ihre Rechtfertigung in der Teilnahme ihres Staats an diesem Rechtsraum.[1260] Im Urteil *Bigaeva vs. Griechenland* fiel es somit in den Ermessensspielraum des Vertragsstaats zu entscheiden, die Ausübung des Anwaltsberufs den eigenen Staatsangehörigen sowie Bürgerinnen und Bürgern aus EU-Mitgliedstaaten vorzubehalten. Die griechische Regelung, die Drittstaatsangehörige vom Zugang zum Anwaltsberuf ausschliesst, begründet damit keine diskriminierende Ungleichbehandlung zwischen den genannten Personengruppen.[1261]

541 Der Gerichtshof prüft ungleiche Behandlungen gestützt auf den migrationsrechtlichen Status ebenfalls im Lichte von Art. 14 EMRK.[1262] Zur Rechtfertigung einer solchen ungleichen Behandlung führte er aus, dass sich diese zwar auf objektive und vernünftige Gründe stützen muss, aber da beim migrationsrechtlichen Status eine gewisse willentliche Beeinflussung des Betroffenen möglich ist, diese Gründe nicht so schwerwiegend wie im Falle von Unterscheidungen aufgrund der Nationalität sein müssen.[1263]

d. Exkurs: Diskriminierungsverbot gemäss Freizügigkeitsabkommen

542 Das Freizügigkeitsabkommen verbietet Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit explizit. Das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 2 FZA wird dabei bereichsspezifisch durch weitere Diskriminierungsverbote ergänzt.[1264] Diese Diskriminierungsverbote stehen aufgrund der wirtschaftlichen Stossrichtung des FZA allerdings nicht in direktem Zusammenhang mit dem menschenrechtlichen Gehalt der Rechtsgleichheit.[1265]

[1259] EGMR, 28.05.1985, App. Nr. 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali vs. Vereinigte Königreich,* Ziff. 85 i.V.m. Ziff. 84.

[1260] EGMR, 18.02.1991, App. Nr. 12313/86, *Moustaquim vs. Belgien,* Ziff. 49.

[1261] EGMR, 28.05.2009, App. Nr. 26713/05, *Bigaeva vs. Griechenland,* Ziff. 40.

[1262] EGMR, 27.09.2011, App. Nr. 56328/07, *Bah vs. Vereinigtes Königreich,* Ziff. 46; EGMR, 25.10.2005, App. Nr. 58453/00, *Niedzwiecki vs. Deutschland,* Ziff. 33.

[1263] EGMR, 27.09.2011, App. Nr. 56328/07, *Bah vs. Vereinigtes Königreich,* Ziff. 47.

[1264] Siehe hierzu auch Rz 469 ff.

[1265] BSK-WALDMANN, Art. 8 BV N 10.

In BGE 133 V 367 setzte das Bundesgericht das Diskriminierungsverbot von Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA allerdings den Bestimmungen des internationalen Rechts, die den Schutz der Menschenrechte zum Zweck haben, gleich.[1266] Es handelt sich hierbei um einen Spezialfall, da der EGMR in seiner Rechtsprechung dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bei der Gewährung von sozialen Leistungen bereits früher eine mit den Menschenrechten zusammenhängende Komponente zugesprochen hatte.[1267] Damit kann der menschenrechtliche Charakter von Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA nicht unbesehen auf die anderen Anwendungsbereiche des freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots übertragen werden. Dies würde auch dem Zweck des (primär wirtschaftlich motivierten) unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots, welches das Ziel verfolgt, den Binnenmarkt zu verwirklichen, widersprechen.[1268] 543

e. Zusammenfassende Bewertung

Fremde Staatsangehörige geniessen den Schutz völker- und verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote. Häufig basiert die ungleiche Behandlung aber auf ihrer fremden Staatsangehörigkeit, die einzig in Art. 7 MWC als ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal aufgezählt wird. Die anderen völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote erwähnen sie nicht, was aber die mit ihrem Schutz betrauten Organe nicht davon abgehalten hat, «Nationalität» bzw. «Staatsangehörigkeit» als ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal zu erfassen. 544

In der Schweiz werden Unterscheidungen zwischen Schweizern und fremden Staatsangehörigen grundsätzlich am allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 8 Abs. 1 BV gemessen. Damit genügen zur Rechtfertigung sachliche Gründe. Nur in Fällen, in denen Rechtshandlungen Angehörige eines bestimmten Staats benachteiligen, ist der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots von Art. 8 Abs. 2 BV eröffnet. Eine Ausnahme besteht insofern, soweit der fremde Staatsangehörige Bürger eines EU-Mitgliedstaats ist. Fällt die Ungleichbehandlung nämlich in den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots des Freizügigkeitsabkommens, so gilt ein umfassendes Inländergleichbehandlungsgebot. Dieses Diskriminierungsverbot aufgrund der Staats- 545

[1266] BGE 133 V 367 E. 11.2.

[1267] BGE 133 V 367 E. 11.3 m.H.a. die Rechtsprechung des EGMR.

[1268] PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 818; PETERS/KÖNIG, Rz 110.

angehörigkeit, welches das eigentliche Herzstück des FZA darstellt, hat zur Folge, dass Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten in vielen Bereichen gleich wie Schweizerinnen und Schweizer behandelt werden. Dies führt zu einer Rechtsposition, die im Vergleich zu jener von Drittstaatsangehörigen bedeutend besser ist.

546 Ob die Prüfung von Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit am Massstab des allgemeinen Gleichheitssatzes dem menschenrechtlichen Gehalt von Art. 8 BV gerecht wird und in Übereinstimmung mit den Entscheiden internationaler Rechtsprechungsorgane steht, die einen strengen Prüfungsmassstab anlegen, ist fraglich[1269]. Im Hinblick darauf, dass Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote eng mit der Menschenwürde verbunden sind und eigentliche Teilhaberechte[1270] darstellen, ist somit auch bei Ungleichbehandlungen (einzig) aufgrund der Staatsangehörigkeit ein strenger Prüfungsmassstab und eine sorgfältige Handhabung der Rechtfertigungsgründe zu fordern.

E. Zwischenfazit

547 Grundrechte schützen den einzelnen Menschen vor der Übermacht des Staats. Als solches sind sie für Wanderarbeitnehmende, die sich ihm gegenüber in einer vulnerablen Position befinden, besonders wichtig. Allerdings weisen insbesondere die im vorliegenden Bereich für Wanderarbeitnehmende wichtigen Grundrechte bedeutende Einschränkungen auf.

548 Wanderarbeitnehmende können aus den Grundrechten weder Zugangsrechte auf das Staatsgebiet der Schweiz (Art. 24 Abs. 2 BV) noch innerstaatliche Freizügigkeitsrechte (Art. 24 Abs. 1 BV) ableiten. Darüber hinaus ist auch ihr Zugang zum Arbeitsmarkt aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum persönlichen Schutzbereich von Art. 27 BV stark eingeschränkt. Diese Einschränkungen erfolgen in Übereinstimmung mit dem internationalen Recht, soweit dieses die Souveränität der Staaten über die Einreise und den Aufenthalt fremder Staatsangehöriger zu entscheiden, vorbehält. Bereits beim Recht auf Freizügigkeit bzw. Niederlassung (Art. 24 Abs. 1 BV) bleibt die Schweiz allerdings hinter dem internationalen Standard zurück, der allen rechtmässig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern

[1269] So auch IMHOF, Rz 51, für den Bereich des Sozialrechts.
[1270] IMHOF, Rz 2.

das Recht gewährt, ihren Wohnsitz frei zu wählen. Der Unterstellung des persönlichen Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) unter migrationsrechtlichen Vorbehalt liegen vermutungsweise wirtschaftliche Überlegungen zum Schutz der inländischen Arbeitnehmenden vor Konkurrenz zugrunde, sowie Überlegungen den Anreiz zur Einreise zu reduzieren, indem fremden Staatsangehörigen weniger Rechte gewährt werden. Denn diese Einschränkungen des persönlichen Schutzbereichs ergeben sich weder aus der Verfassung selbst, noch wird die Schweiz damit ihren Verpflichtungen aus Art. 6 UN-Pakt I gerecht.

549 Die unterschiedliche Behandlung von fremden Staatsangehörigen, insbesondere die bestehende Ungleichbehandlung nach rechtmässig erfolgter Einreise sowie bei rechtmässigem Aufenthalt in der Schweiz, wirft Fragen nach der Gleichbehandlung und dem Diskriminierungsschutz auf. Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit werden in der Schweiz am allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV gemessen, wobei sachliche Gründe zur Rechtfertigung genügen. Trotz andersverlaufender Tendenzen im internationalen Recht finden sich keine Hinweise darauf, dass die Schweiz von ihrer Haltung abweichen wird. Dabei könnte aber eine Gleichbehandlung von bereits eingereisten fremden Wanderarbeitnehmenden mit den eigenen Staatsangehörigen eine gewisse re-integrative Antwort auf die staatliche Regulierung des Arbeitskräfteangebots geben, die den Wanderarbeitnehmer zurück ins Zentrum rückt[1271], anstatt einseitig staatliche Interessen zu berücksichtigen. Darauf basiert die Entwicklung der Personenfreizügigkeit in der Europäischen Union, die mithilfe des (wenn auch primär wirtschaftlich motivierten) Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit das staatliche Ermessen bei der Rechtsgewährung an Wanderarbeitnehmende stark eingeschränkt hat.

550 In Bezug auf die Rechte in der Arbeit hat die Schweiz offensichtlich weniger Bedenken, da diese Rechte fremden Staatsangehörigen unabhängig von ihrem rechtlichen Status gewährt werden. Zu beachten ist dabei aber, dass dadurch auch eigene Interessen wie Schutz vor Lohn- und Sozialdumping verfolgt werden. Allerdings geniesst nur eines der typischen Arbeitsrechte grundrechtlichen Schutz, die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV). Der Schutz der Wanderarbeitnehmenden in der Schweiz hängt somit vorwiegend von ihrem rechtlichen Status, d.h. von der gesetzlichen Ausgestaltung ihrer rechtlichen

[1271] Die Idee stammt aus FREEDLAND/COSTELLO, S. 1 ff., siehe insb. S. 11 ff. und S. 23 f.

Position, ab. Im Folgenden wird untersucht werden, welche gesetzlichen Regelungen auf Immigranten, die zum Zweck der Ausübung einer (unselbständigen) Erwerbstätigkeit in die Schweiz einreisen (wollen), zur Anwendung kommen.

V. Auswirkungen auf das Einzelarbeitsverhältnis

551 Für den privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrag gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit.[1272] Handelt es sich beim Arbeitnehmer allerdings um einen fremden Staatsangehörigen, gelten neben den arbeitsrechtlichen Regelungen auch migrationsrechtliche Vorgaben. Diese greifen in das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und ausländischem Arbeitnehmer ein und stellen Anforderungen an den Abschluss und die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags. Inwieweit diese Anforderungen einen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellen, mit welchen Begründungen diese gerechtfertigt werden und welche Folgen sich daraus für Arbeitgebende, sowie für in- und ausländische Arbeitnehmende ergeben, soll nachfolgend untersucht werden.

A. Unselbständige Erwerbstätigkeit

552 Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich einzig mit der unselbständigen Erwerbstätigkeit.[1273] Eine Anknüpfung an diesen Begriff nimmt dabei sowohl das Arbeitsrecht wie das Migrationsrecht vor, wobei aber weder zwischen den noch innerhalb der Rechtsgebiete der Begriff deckungsgleich verwendet wird.

1. Im Arbeitsvertragsrecht

553 Ein Arbeitsvertrag liegt gemäss Art. 319 Abs. 1 OR vor, wenn sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten oder nach der geleisteten Arbeit gemessen wird, verpflichtet. Die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses als Arbeitsvertrag ergibt sich dabei aus einer Gesamtbetrachtung aller Elemente des Vertragsverhältnisses,

[1272] Siehe Rz 453.
[1273] Siehe Rz 17.

wobei auf die charakterisierenden Elemente a) Vorliegen einer Arbeitsleistung; b) Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation mit entsprechender Weisungsbefugnis des Arbeitgebers; c) Vorliegen eines privatrechtlichen Dauerschuldverhältnisses und d) Entgeltanspruch für die geleistete Arbeit abzustellen ist.[1274] Die Qualifikation als Arbeitsvertrag hat zur Folge, dass die Vorschriften von Art. 319 ff. OR auf das Vertragsverhältnis zur Anwendung kommen.

2. Im Migrationsrecht

Das Migrationsrecht kennt eine eigene Umschreibung der «unselbständigen Erwerbstätigkeit», wobei das Ausländer- und Integrationsgesetz sowie das Freizügigkeitsabkommen je eine eigene Begriffsbestimmung vornehmen. Die entsprechende Qualifikation des Rechtsverhältnisses als unselbständige Erwerbstätigkeit ist dabei wichtig, da davon die Bewilligungserteilung und der künftige migrationsrechtliche Status des Wanderarbeitnehmers abhängt. 554

a. Im Ausländer- und Integrationsgesetz

Gemäss Art. 11 Abs. 2 AIG gilt als Erwerbstätigkeit jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt. Als unselbständige Tätigkeit gilt dabei jede Tätigkeit für einen Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz oder im Ausland, wobei es ohne Belang ist, ob der Lohn im In- oder Ausland ausbezahlt wird und ob eine Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird. Unter den Begriff fallen namentlich auch Tätigkeiten als Lernender, Praktikantin, Volontär, Sportlerin, Sozialhelfer, Missionarin, religiöse Betreuungsperson, Künstlerin sowie als Au-pair-Angestellter (Art. 1a VZAE). 555

Der Begriff «Erwerbstätigkeit» wurde weit gefasst, um die Möglichkeit einer Umgehung der Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 ff. AIG zu verringern.[1275] Die weite Auslegung darf allerdings nicht zu einem vollständigen Ausschluss der Möglichkeit nicht erwerbsmässiger Tätigkeiten führen.[1276] Entscheidend für die Qualifikation einer Tätigkeit als Erwerb ist die Frage, ob die Ausübung einen Einfluss auf den schweizerischen Arbeitsmarkt hat.[1277] Nicht 556

[1274] STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR N 2.
[1275] SPESCHA, Art. 11 AIG N 2.
[1276] EGLI/MEYER, Art. 11 AuG N 6 m.Vw. auf BGE 110 Ib 63 E. 4b.
[1277] EGLI/MEYER, Art. 11 AuG N 6.

unter den Begriff der Erwerbstätigkeit fällt der gegenseitige Beistand zwischen nahen Verwandten, solange er mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls noch als üblich bzw. sozialadäquat bezeichnet werden kann[1278]; Probearbeiten, die nicht länger als einen halben Tag dauern, wenn die Erteilung einer Arbeitsbewilligung für die fragliche Stelle realistisch erscheint[1279]; Beschäftigungen, die ausserhalb des üblichen Bereichs wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Tätigkeit liegen, wie z.B. theoretische Einarbeitung im Hinblick auf die Benutzung technischer Geräte, punktuelle Kontakte zur Abklärung von Vertragsmöglichkeiten oder Bettelei; sowie geschäftliche Besprechungen.[1280]

557 Die weite Fassung des Begriffs «Erwerbstätigkeit» im Ausländer- und Integrationsgesetz dient der Kontrolle der Einwanderung sowie dem Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes, da fremde Staatsangehörige für Tätigkeiten, die einen Einfluss auf den inländischen Arbeitsmarkt haben könnten, eine ausländerrechtliche Bewilligung, die ihnen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattet, benötigen. In Zweifelsfällen ist somit eine Arbeitsbewilligung zu beantragen[1281], da die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit bzw. die Beschäftigung von fremden Staatsangehörigen ohne die erforderliche Bewilligung strafrechtliche (Art. 115 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 117 AIG) und administrative (Art. 122 AIG) Konsequenzen nach sich zieht.[1282]

b. Im Freizügigkeitsabkommen

558 Das Freizügigkeitsabkommen gewährt den Staatsangehörigen der Vertragsparteien in Art. 1 lit. a FZA ein Recht auf Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Der Begriff der unselbständigen Erwerbstätigkeit entspricht materiell dem Begriff des Arbeitnehmers nach Art. 6 Anhang I FZA.[1283] Das Freizügigkeitsabkommen definiert den Begriff «Arbeitnehmer» nicht, so dass

---

1278 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2882/2010 vom 20.06.2011 E. 4.2. Im Urteil C-447/2013 vom 31.01.2014 E. 5.2.1 f. qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht die Mithilfe beim Zügeln und die Übernahme gewisser handwerklicher Tätigkeiten als nicht mehr üblichen Beistand zwischen nahen Verwandten.

1279 BGE 137 IV 297.

1280 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.1.1.

1281 Zu den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 ff. AIG siehe Rz 563 ff.

1282 Siehe Rz 668 und Rz 700.

1283 BGE 140 II 460 E. 4.1.

gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA[1284] zu seiner Auslegung auf die Rechtsprechung des EuGH[1285] zurückzugreifen ist. In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung führte das Bundesgericht aus, dass «[d]as Hauptmerkmal für ein Arbeitsverhältnis […] der Umstand [ist], dass jemand während einer bestimmten Zeit zu Gunsten eines anderen nach dessen Weisungen eine Leistung erbringt und dafür von diesem eine Entlöhnung erhält. […] Das Zusammentreffen dieser Bedingungen (Erbringung einer Arbeitsleistung, Unterordnungsverhältnis und Entlöhnung) genügt, dass eine Person als Arbeitnehmer gilt. […] Die Arbeitsleistung muss jedenfalls einer tatsächlichen und effektiven wirtschaftlichen Tätigkeit entsprechen und darf nicht so eingeschränkt sein, dass sie bloss als geringfügig und beiläufig erscheint»[1286].

559 Der so definierten freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft kommt dabei zentrale Bedeutung zu, da mit ihr die im FZA enthaltenen Rechte (auf Aufenthalt, Familiennachzug und auf die gleichen steuerlichen und sozialen Rechte wie für Inländer) verknüpft sind.[1287] Das Bundesgericht legt den Begriff entsprechend der Rechtsprechung des EuGH weit aus, womit z.B. auch bereits Stellensuchende die Arbeitnehmereigenschaft erfüllen.[1288] Darüber hinaus können die mit der Arbeitnehmereigenschaft verbundenen Rechte nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortdauern.[1289]

560 Im Gegensatz zur weiten Auslegung des Begriffs der «unselbständigen Erwerbstätigkeit» nach Art. 11 AIG i.V.m. Art. 1a VZAE, welche der Vermeidung der Umgehung der Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 ff. AIG dient, bezweckt die weite Auslegung des Begriffs im Freizügigkeitsabkommen den Schutzbereich der mit der Arbeitnehmereigenschaft verbundenen Rechte auf möglichst viele Personen auszudehnen.[1290] Daraus ist die Verschiedenartigkeit des zugrunde liegenden Konzepts zwischen der auf subjektiven

---

1284 Siehe zu Art. 16 Abs. 2 FZA Rz 464.

1285 Siehe zum Arbeitnehmerbegriff nach der Rechtsprechung des EuGH Rz 245.

1286 BGE 131 II 339 E. 3.2 und E. 3.3 = zitiert nach der deutschen Übersetzung in Pra 95 (2006), Nr. 39. Die gleiche Definition des Arbeitnehmerbegriffs findet sich auch in BGE 140 II 460 E. 4.1.1 und in BGE 141 II 1 E. 2.2.3 f.

1287 PIRKER, Arbeitnehmereigenschaft, S. 1220.

1288 BGE 130 II 388 E. 3.3 mit Hinweis auf das EuGH-Urteil vom 26.02.1991, *Antonissen,* C-292/89, EU:C:1991:80.

1289 BGE 131 II 339 E. 4.4; BGE 141 II 1 E. 2.2.2. Siehe zu den Folgen des Endes des Arbeitsverhältnisses und des Verlusts der Arbeitnehmereigenschaft für EU-Staatsangehörige Rz 716 ff. und Rz 731 ff.

1290 Siehe BGE 140 II 460 E. 4.1.1.

Rechten für die Arbeitnehmenden basierenden Freizügigkeitsordnung und der Staatsinteressen folgenden Steuerung der Arbeitsmigration aus Drittstaaten ersichtlich.[1291]

B. Voraussetzungen zum Vertragsabschluss

1. Duales Zulassungssystem und gesamtwirtschaftliches Interesse

561 Die Zulassung von Wanderarbeitnehmenden zum schweizerischen Arbeitsmarkt folgt grundsätzlich zwei Prinzipien: dem dualen Zulassungssystem und dem gesamtwirtschaftlichen Interesse.[1292] Das duale Zulassungssystem verlangt eine bevorzugte Erteilung von ausländerrechtlichen Bewilligungen an Erwerbstätige aus EU-Mitgliedstaaten. Die bevorzugte Behandlung von EU-Staatsangehörigen ergibt sich aus der geografischen Nähe sowie aus den vertraglichen Vereinbarungen, welche die Schweiz mit diesen Staaten abgeschlossen hat.[1293] Erst wenn weder im Inland noch in den Mitgliedstaaten der EU geeignete Bewerber gefunden werden konnten[1294], können Bewilligungen an Arbeitskräfte aus Drittstaaten erteilt werden.

562 Die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zum schweizerischen Arbeitsmarkt muss dabei im «gesamtwirtschaftlichen Interesse»[1295] liegen. Es handelt sich um die Leitlinie für die Regelung der Arbeitsmigration in die Schweiz.[1296] Das «gesamtwirtschaftliche Interesse» ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der nicht abschliessend und immer gleich definiert werden kann. Er verlangt insbesondere, dass durch die Zulassung eine nachhaltige Wirtschaftsentwicklung mit einer ausgeglichenen Beschäftigungslage und einer verbesserten Struktur des Arbeitsmarktes, gefördert wird. Es soll weder eine Strukturerhaltung durch wenig qualifizierte Arbeitskräfte mit tiefen Löhnen erfolgen noch

---

1291 Diese Dualität ist auch in der Rechtsordnung der EU, die ebenfalls zwischen freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmenden und Drittstaatsangehörigen unterscheidet, ersichtlich, siehe Rz 234 und Rz 295 ff.

1292 Siehe BBl 2002 3709 S. 3725 ff.

1293 LOSADA, Art. 3 AuG N 4.

1294 Siehe zum Inländervorrang nach Art. 21 AIG Rz 582 ff.

1295 Dieser Begriff wird in Art. 3, Art. 18 lit. a, Art. 20 Abs. 3 und in Art. 21 Abs. 3 AIG verwendet. Seit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative findet sich der Begriff auch in der Bundesverfassung, siehe Art. 121a Abs. 3 BV.

1296 SPESCHA, Art. 3 AIG N 1.

sollen Partikularinteressen innerhalb der Wirtschaft unterstützt werden[1297]. Darüber hinaus soll durch eine Zulassung im gesamtwirtschaftlichen Interesse eine Konkurrenzierung der inländischen Arbeitnehmenden in unerwünschtem Masse sowie ein Lohn- und Sozialdumping verhindert werden, das durch die Bereitschaft zur Leistung von Arbeit zu tiefen Löhnen und schlechten Arbeitsbedingungen entstehen kann.[1298] Damit dient das Erfordernis des gesamtwirtschaftlichen Interesses der qualitativen Steuerung der Migration im Hinblick auf eine den Interessen der Schweiz untergeordnete Migrationspolitik.[1299]

563 Die konkrete Umsetzung des «gesamtwirtschaftlichen Interesses» erfolgt durch die arbeitsmarktlichen Zulassungsvoraussetzungen der Art. 18 bis 26a AIG.[1300] Es handelt sich dabei um ein Bündel von staatlichen Massnahmen, die eine zahlenmässige Kontrolle der Einreise von Drittstaatsangehörigen, den Schutz des Arbeitsmarktes und die Förderung der Integration der eingereisten Ausländerinnen und Ausländer anstreben.[1301]

564 Staatsangehörige aus Drittstaaten können somit zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit erstmalig zugelassen werden, wenn[1302]:

- die unselbständige Tätigkeit dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (Art. 18 lit. a AIG);
- das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (Art. 18 lit. b AIG)[1303];
- die Höchstzahlen (Kontingente) für die erstmalige Erteilung einer Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligung noch nicht ausgeschöpft sind (Art. 20 AIG)[1304];
- keine für die Tätigkeit geeigneten inländischen Arbeitnehmenden oder Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten gefunden werden konnten (Art. 21 und 21a AIG)[1305];

1297 Mit diesen Problemen hatte die Schweiz unter dem alten Recht zu kämpfen, siehe Rz 431.

1298 BBl 2002 3709 S. 3726.

1299 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-106/2013 vom 23.07.2014 E. 8.1 m.w.H.

1300 SPESCHA, Art. 3 AIG N 1.

1301 UEBERSAX, Art. 18 AuG N 28.

1302 Siehe auch CARONI ET AL., S. 170, sowie SPESCHA ET AL., S. 201.

1303 Siehe Rz 588 f.

1304 Siehe Rz 595 ff.

1305 Siehe zu Art. 21 AIG Rz 582 und zu Art. 21a AIG Rz 572 ff.

- die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AIG)[1306];
- die persönlichen Voraussetzungen (i.S.v. beruflichen Qualifikationen) nach Art. 23 AIG erfüllt sind[1307];
- und eine bedarfsgerechte Wohnung zur Verfügung steht (Art. 24 AIG).

565 Die Erteilung der Bewilligung an Drittstaatsangehörige liegt dabei im Ermessen der zuständigen Behörde.[1308]

2. Vertragsabschluss und migrationsrechtliche Voraussetzungen

a. Stellensuchende Wanderarbeitnehmer

aa. Aufenthalt zum Zweck der Stellensuche

566 Die schweizerische Gesetzgebung sieht für Drittstaatsangehörige kein Recht vor, zum Zweck der Stellensuche in die Schweiz einzureisen. Allerdings können nach Art. 21 Abs. 3 AIG Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss für die Dauer von sechs Monaten nach dem Abschluss ihrer Aus- oder Weiterbildung vorläufig zugelassen werden, um eine Erwerbstätigkeit von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse zu finden.[1309]

567 Gemäss Art. 29a AIG haben fremde Staatsangehörige, die sich lediglich zum Zweck der Stellensuche in der Schweiz aufhalten, keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Diese Bestimmung erfasst einzig Personen, die erstmals zum Zweck der Stellensuche in die Schweiz einreisen[1310], was der systematischen Stellung von Art. 29a AIG im Abschnitt über die Zulassung zu einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit entspricht. Damit greift Art. 29a AIG nur gegenüber EU-Staatsangehörigen, die aufgrund von Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 Anhang I FZA ein Aufenthaltsrecht zur Stellensuche in der Schweiz haben.[1311]

1306 Siehe Rz 617 ff. und Rz 646 ff.

1307 Siehe Rz 568 ff.

1308 LOSADA, Art. 3 AuG N 6.

1309 Die Zulassung zur Stellensuche gewährt allerdings keinen Anspruch auf Aufenthalt bei gefundener Arbeitsstelle, siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-674/2011 vom 02.05.2012 E. 6.2.2.

1310 BBl 2016 3007 S. 3053.

1311 Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Anhang I FZA sieht zwar vor, dass Stellensuchende von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden können, da die Schweiz von dieser Möglich-

Für Drittstaatsangehörige, die sich aufgrund von Art. 21 Abs. 3 AIG in der Schweiz aufhalten, gelten somit weiterhin die kantonalen Regelungen über die Gewährung der Sozialhilfe. Auch bei Ausschluss von der Sozialhilfe bleibt das Recht auf Nothilfe nach Art. 12 BV bestehen.[1312]

bb. Persönliche Voraussetzungen

Für stellensuchende Drittstaatsangehörige genügt es allerdings nicht, einen Arbeitgeber zu finden, der bereit ist, sie einzustellen. Um überhaupt Chancen auf eine Zulassung zu haben, müssen sie die persönlichen Voraussetzungen von Art. 23 AIG erfüllen. 568

In beruflicher Hinsicht beschränkt Art. 23 Abs. 1 AIG (unter Vorbehalt der Ausnahmen in Art. 23 Abs. 3 AIG) die Zulassung auf Führungskräfte, Spezialistinnen und andere qualifizierte Arbeitskräfte. Die verlangten Qualifikationen müssen dabei im Zusammenhang mit der Arbeitsstelle stehen, für welche die Bewilligung beantragt wird.[1313] Eine Drittstaatsangehörige kann somit nur zugelassen werden, wenn sie über Qualifikationen verfügt, für die in der Schweiz eine Nachfrage besteht, die nicht mit einheimischen Arbeitskräften gedeckt werden kann.[1314] Die «Qualifikation» kann je nach Beruf oder Spezialisierung aus einem Universitätsabschluss, einem Fachhochschuldiplom, einer besonderen fachlichen Ausbildung mit mehrjähriger Berufserfahrung, einem Beruf mit Zusatzausbildung, oder aus ausserordentlichen, unerlässlichen Spezialkenntnissen in einem spezifischen Bereich bestehen.[1315] Anzumerken ist, dass das Gesetz nicht von hochqualifizierten Arbeitnehmenden spricht, so dass auch Arbeitskräfte zugelassen werden können, die weniger aufgrund ihrer Funktion oder einer Spezialausbildung als wegen der bestehenden arbeitsmarktlichen Nachfrage als qualifiziert gelten.[1316] Das SEM hat in einer Weisung die spezifischen persönlichen Voraussetzungen für verschiedene Branchen, Berufe und Funktionen zusammengestellt. Es handelt sich 569

keit aber erst seit dem 01.07.2018 Gebrauch macht, stellt sich die Frage, ob dadurch die Stand-Still-Klausel von Art. 13 FZA verletzt wird, siehe BBl 2016 3007 S. 3076.

1312 BGE 131 I 166 E. 3.1.

1313 VIANIN, Art. 23 AuG N 9; siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-388/2010 vom 21.02.2012 E. 9.

1314 VIANIN, Art. 23 AuG N 4.

1315 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.5.

1316 OTT, Art. 23 AuG N 6 und N 22; SPESCHA, Art. 23 AIG N 1.

hierbei um besonders zu beachtende Kriterien, die der Praxis als Richtlinien dienen sollen.[1317] Die Beurteilung der Frage, ob die Wanderarbeitnehmerin über die notwendige Qualifikation verfügt, hat sich auf objektive oder objektivierbare Kriterien zu stützen, subjektive Beurteilungen des Arbeitgebers über die Geeignetheit seiner Wunschkandidatin genügen nicht.[1318]

570 In persönlicher Hinsicht verlangt Art. 23 Abs. 2 AIG, dass bei der Zulassung von Arbeitskräften, die eine Aufenthaltsbewilligung beantragt haben, die berufliche Qualifikation, die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit, die Sprachkenntnisse und das Alter eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt und in das gesellschaftliche Umfeld erwarten lassen. Die Kriterien der beruflichen Qualifikation und Anpassungsfähigkeit zielen dabei auf die Wiedereingliederungschancen in den Arbeitsmarkt nach einem allfälligen Verlust der Arbeitsstelle ab.[1319] Da es sich bei der Integration um einen schwer voraussehbaren, von zahlreichen äusseren und inneren Faktoren abhängigen, persönlichen Prozess handelt, ist eine diesbezügliche Prognose schwierig, die überdies die Gefahr in sich birgt, auf Vorurteile abzustellen. Die Kriterien von Art. 23 Abs. 2 AIG sind somit zurückhaltend anzuwenden.[1320] In der Praxis scheinen die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 2 AIG als erfüllt angesehen zu werden, wenn die beruflichen Voraussetzungen gegeben sind.[1321]

571 Damit schliesst das schweizerische Migrationsrecht von Anfang an einen bedeutenden Anteil ausländischer Arbeitskräfte, d.h. unqualifizierte Bewerberinnen und Bewerber aus Drittstaaten, vom Arbeitsmarkt aus. Art. 23 AIG steht damit in einem engen Zusammenhang mit dem dualen Zulassungssystem und der damit verbundenen Erwartung an die Arbeitgebenden freie Stellen bevorzugt mit Personen aus dem Inland oder aus dem EU-Raum zu besetzen.[1322] Der Artikel verfolgt den Zweck die Zuwanderung aus Drittstaaten auf

---

1317 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.5 m.Vw. auf Ziff. 4.7; siehe hierzu BVGE 2011/1 E. 6.4.

1318 Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-5602/2013 vom 02.02.2015 E. 5.2.1 und C-140/2010 vom 24.01.2012 E. 6.6.

1319 SPESCHA, Art. 23 AIG N 3.

1320 CAMPISI, S. 159; OTT, Art. 23 AuG N 10.

1321 VIANIN, Art. 23 AuG N 12, mit weiteren Hinweisen. Für eine Kritik an der Annahme, dass qualifizierte Arbeitskräfte integrationsfähiger sind, siehe CAMPISI, S. 156.

1322 OTT, Art. 23 AuG N 4. Zum Inländervorrang siehe Rz 582 ff.

qualifizierte Wanderarbeitnehmende zu beschränken, in der Erwartung, dass dadurch ihre berufliche und gesellschaftliche Integration erleichtert wird.

b. Rekrutierung

aa. Stellenmeldepflicht

572 Hat der Arbeitgeber eine offene Stelle zu besetzen, so hat er diese der öffentlichen Arbeitsvermittlung zu melden, soweit es sich um eine Stelle in einer Berufsgruppe, einem Tätigkeitsbereich oder einer Wirtschaftsregion mit einer über dem Durchschnitt liegenden Arbeitslosigkeit handelt (Art. 21a Abs. 3 AIG). Diese Stellenmeldepflicht besteht seit dem 1. Juli 2018 und erging in Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative.[1323] Eine über dem Durchschnitt liegende Arbeitslosigkeit liegt vor, wenn die gesamtschweizerische Arbeitslosenquote den Schwellenwert von 5 % erreicht oder überschreitet (Art. 53a Abs. 1 AVV).[1324] Diese Massnahme soll dazu beitragen, die Arbeitsmarktintegration der bei einem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) gemeldeten Personen zu stärken und damit die Arbeitslosigkeit in der Schweiz zu reduzieren.[1325] Gleichzeitig belässt sie dem Arbeitgeber die Entscheidungsfreiheit bezüglich der Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber.[1326]

573 Nach der Meldung der offenen Stelle durch den Arbeitgeber wird der Zugriff auf die Informationen über die Stelle für die Dauer von fünf Arbeitstagen auf Personen beschränkt, die bei der öffentlichen Arbeitsvermittlung gemeldet sind. Der Arbeitgeber darf die Stelle während dieser Zeit nicht anderweitig ausschreiben (Art. 21a Abs. 3 AIG i.V.m. Art. 53a Abs. 5 und 6 AVV). Innert einer Frist von drei Arbeitstagen seit der Meldung stellt die öffentliche Arbeitsvermittlung dem Arbeitgeber passende Dossiers von gemeldeten Stellensuchenden zu. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, geeignete Kandidatinnen und Kandidaten zu einem Bewerbungsgespräch oder einer Eignungsabklärung einzuladen und das Resultat der öffentlichen Arbeitsvermittlung mitzuteilen (Art. 21a Abs. 4 AIG i.V.m. Art. 53a AVV). Der Arbeitgeber ist aber nicht verpflichtet zu begründen, wieso er einen Kandidaten als nicht geeignet erach-

[1323] Siehe dazu Rz 441 f.

[1324] Eine Liste der betroffenen Berufe ist unter ‹www.arbeit.swiss› abrufbar.

[1325] SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.3.

[1326] UEBERSAX, Ausführungsgesetz, Rz 17.

tet.[1327] Kommt der Arbeitgeber der Stellenmeldepflicht oder der Pflicht zur Durchführung eines Bewerbungsgesprächs oder einer Eignungsabklärung nicht nach, greift die Strafbestimmung von Art. 117a AIG.

574 Diese Regelung ist auf den ersten Blick neutral gehalten. Der Vorrang inländischer arbeitsloser Personen gegenüber im Ausland lebenden zuwanderungswilligen Personen könnte allerdings eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellen. Dies wird nachfolgend in Bezug auf Staatsangehörige aus EU-Mitgliedstaaten vertiefter angesehen, da das im Freizügigkeitsabkommen enthaltene Diskriminierungsverbot gemäss Art. 7 lit. a FZA auch den Zugang zu einer Beschäftigung umfasst[1328]. Da die Regelung von Art. 21a AIG nicht direkt an die Staatsangehörigkeit anknüpft, sondern die Unterscheidung basierend auf der Anmeldung beim RAV trifft, kommt grundsätzlich nur eine indirekte Diskriminierung in Frage.[1329] Um festzustellen, ob Art. 21a AIG einen indirekt diskriminierenden Charakter aufweist, ist zu ermitteln, ob sich EU-Wanderarbeitnehmende beim RAV anmelden können.[1330] Gemäss den entsprechenden Rechtsgrundlagen[1331] können sich in der Schweiz aufhaltende EU-Staatsangehörige, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind, sowie jene, die sich zur Stellensuche in der Schweiz aufhalten, die Leistungen des RAV in Anspruch nehmen. Das gleiche gilt für Grenzgängerinnen und Grenzgänger.[1332] Daraus ergibt sich, dass eine EU-Arbeitnehmerin, die in der Schweiz eine Arbeit sucht, sich aber nicht hier aufhält und auch keine Grenzgängerin ist, sich nicht beim RAV melden und somit nicht vom Informationsvorsprung von Art. 21a Abs. 3 AIG profitieren kann.[1333] Da-

---

1327 SECO, AVG-Praxis, B23.

1328 Siehe Rz 470.

1329 EPINEY/NÜESCH, S. 17; BOILLET/MAIANI, S. 73 f. Möglicherweise verletzt Art. 21a AIG auch das Beschränkungsverbot. Es ist allerdings umstritten, ob dem Freizügigkeitsabkommen im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ein solches Verbot entnommen werden kann, siehe JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1220 ff. m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

1330 Siehe ausführlich BOILLET/MAIANI, S. 68 ff.

1331 Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Anhang I FZA; Art. 26 AVG; Art. 12 i.V.m. Art. 8 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) vom 25.06.1982, SR 837.0; Art. 64 und 65 der Verordnung (EG) Nr. 833/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit, SR 0.831.109.268.1.

1332 BOILLET/MAIANI, S. 71.

1333 BOILLET/MAIANI, S. 71.

mit ist Art. 21a AIG indirekt diskriminerend, womit sich die Frage stellt, ob die Massnahme gerechtfertigt werden kann.

Als Rechtfertigungsgründe kommen sowohl die geschriebenen Rechtfertigungsgründe von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) als auch die vom EuGH entwickelten ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe (sog. zwingende Gründe des Allgemeininteresses) in Frage.[1334] Davon werden alle öffentlichen Interessen erfasst, mit Ausnahme solcher wirtschaftlicher Art.[1335] Gemäss BOILLET/MAIANI handelt es sich aber bei einer Massnahme wie Art. 21a AIG, die versucht gegen die Arbeitslosigkeit in der Schweiz anzukämpfen, indem sie anwesenden Personen einen Vorteil gegenüber externen Personen verschafft, um genau eine solche Massnahme wirtschaftlicher Art. Es sei schliesslich das Ziel von Art. 21a AIG das Funktionieren der schweizerischen Wirtschaft zu verbessern, indem eine – freilich nachgiebige – Zugangsschranke errichtet wird. Damit stehe aber der inhärente Zweck von Art. 21a AIG der Idee und der Zielsetzung des Freizügigkeitsabkommens entgegen.[1336] Im Gegensatz dazu prüfen EPINEY/NÜESCH die Frage unter dem Rechtfertigungsgrund der Vermittlung von Arbeitskräften und damit der Förderung der Einstellung, welcher der EuGH als legitimes Ziel der Sozialpolitik und damit als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses anerkannt hat.[1337] Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung führen sie aus, dass die Massnahme insbesondere keine Negierung der Freizügigkeit zur Folge haben dürfe, d.h. die Massnahme dürfe nicht ausschliesslich auf die Staatsangehörigkeit abstellen, sondern müsse eine gewisse Offenheit gegenüber EU-Staatsangehörigen zeigen d.h. sie dürfe sie nicht zielgerichtet ausschliessen bzw. benachteiligen. Nicht ausgeschlossen erscheine die Rechtfertigung dann, wenn die Einschreibung beim RAV auch für stellensuchende EU-Wanderarbeitnehmende unter bestimmten Voraussetzungen (Glaubhaftmachung der Arbeitssuche in der Schweiz; gewisse (räumliche) Nähe zum schweizerischen Arbeitsmarkt; Arbeitslosigkeit im Wohnsitzstaat) und Modalitäten (z.B. kein Recht auf Arbeitslosenunterstützung) möglich sei.[1338] 575

[1334] Siehe zu den Rechtfertigungsgründen für diskriminierende Massnahmen Rz 248.

[1335] EPINEY/NÜESCH, S. 11.

[1336] BOILLET/MAIANI, S. 74.

[1337] EPINEY/NÜESCH, S. 18 mit Hinweis auf EuGH, Urteil vom 11.01.2007, C-208/05, *ITC,* EU:C:2007:16, Rn 38 ff.

[1338] EPINEY/NÜESCH, S. 18 ff.

576 Besetzt der Arbeitgeber eine offene Stelle, die unter die Stellenmeldepflicht von Art. 21a AIG fällt, mit einer Drittstaatsangehörigen, so hat er bei Einreichung des Gesuches um Erteilung einer Arbeitsbewilligung nach Art. 18 ff. AIG nachzuweisen, dass er der Stellenmeldepflicht nachgekommen ist. Ist dies nicht geschehen, so lehnt die kantonale Arbeitsmarktbehörde im Rahmen des Bewilligungsverfahrens das Gesuch ab.[1339] Besetzt der Arbeitgeber die Stelle hingegen mit einer Staatsangehörigen aus einem EU-Mitgliedstaat ohne der Stellenmeldepflicht nachzukommen, so darf die Regelung des Aufenthalts der EU-Staatsangehörigen gestützt auf diesen Umstand nicht verweigert werden.[1340] In beiden Konstellationen kann der Arbeitgeber aber nach Art. 117a AIG sanktioniert werden.

bb. Diskriminierungsfreier Zugang zum Arbeitsmarkt für EU-Staatsangehörige

577 Ein schweizerischer Arbeitgeber könnte sich nun allerdings unabhängig von gesetzlichen Regelungen geneigt fühlen, bevorzugt in der Schweiz ansässige Personen einzustellen. Im Nachgang zur Abstimmung über die Masseneinwanderungsinitiative wurde in politischen Aufrufen offensichtlich ein solcher freiwilliger Inländervorrang durch schweizerische Unternehmen gefordert.[1341] Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob dadurch das in Art. 7 lit. a i.V.m. Art. 9 Anhang I FZA enthaltene arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot verletzt wird. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu ermitteln, ob private Arbeitgebende überhaupt verpflichtet sind, dieses Verbot zu beachten, d.h. ob Art. 7 lit. a i.V.m. Art. 9 Anhang I FZA unmittelbare Drittwirkung zukommt.

578 Die Frage wer Verpflichtungsadressat des freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots ist, ist eine inhaltliche Frage und somit mittels Auslegung zu beantworten, wobei die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu beachten ist.[1342] Dieser sprach in den Urteilen *Walrave*[1343] und *Bosman*[1344] dem Diskriminierungsverbot von Art. 45 AEUV umittelbare Wirkung für Private zu. Gemäss dem Urteil *Walrave* stehen diskriminierende kollektive Regelungen und

---

1339 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.3.

1340 Siehe Rundschreiben SEM vom 28.06.2018 an die Kantone: Einführung der Stellenmeldepflicht: Ausländerrechtliche Vorschriften, S. 2.

1341 TOBLER, Inländervorrang, S. 194 f.

1342 TOBLER, Inländervorrang, S. 182 f. Siehe zur Auslegung des FZA Rz 463 ff.

1343 EuGH, Urteil vom 12.12.1974, *Walrave,* C-36/74, EU:C:1974:140, Rn 16/19.

1344 EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 82–84.

gemäss dem Urteil *Bosman* beschränkende kollektive Regelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit entgegen. Im Urteil *Angonese*[1345] dehnte der EuGH die Drittwirkung des Diskriminierungsverbots der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die Rechtsbeziehungen zwischen einem Arbeitnehmer und dem nicht-kollektiv handelnden privaten Arbeitgeber aus.[1346]

579 Es scheint in der schweizerischen Lehre unbestritten zu sein, dass die EuGH-Rechtsprechung der unmittelbaren Bindungswirkung des Diskriminierungsverbots für kollektiv handelnde Private für die Schweiz verbindlich zu beachten ist[1347], insbesondere auch im Hinblick darauf, dass sie vor dem 21. Juni 1999 erging. In Bezug auf die Frage, ob das Diskriminierungsverbot des FZA auch nicht-kollektiv handelnde private Arbeitgebende verpflichtet, ist die Rechtslage weniger eindeutig. In der Lehre werden verschiedene Argumente vorgebracht, nach welchen die unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots für Private auch in der Schweiz zu gelten habe.[1348] Es wird einerseits geltend gemacht, dass es sich beim Urteil *Angonese,* das im Juni 2000 erging, nicht um eine neue Rechtsprechung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 FZA handle, sondern um eine Präzisierung alter Rechtsprechung.[1349] Für den Fall, dass davon abweichend angenommen werde, dass es sich bei *Angonese* um eine neue Rechtsprechung des EuGH handle, sei dieses Urteil dennoch im Rahmen des vom Bundesgerichts entwickelten Beachtungsgebots[1350] zu berücksichtigen. Andererseits wird auf Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA hingewiesen, der entsprechend seinem Wortlaut ebenfalls auf Bestimmungen in Einzelarbeitsverträgen Anwendung findet. Damit erfasse der Absatz zwar vordergründig keine Ausschreibungen zur Stellenbesetzung, doch bei einer

---

1345 EuGH, Urteil vom 06.06.2000, *Angonese,* C-281/98, EU:C:2000:296, Rn 36; bestätigt in EuGH, Urteil vom 17.07.2008, *Raccanelli,* C-94/07, EU:C:2008:425, Rn 45 f.

1346 Siehe zur Rechtsprechung des EuGH ausführlich Rz 288 ff.

1347 BOILLET, S. 234; BORGHI, N 65 ff.; EPINEY/BLASER, Art. 7 FZA N 7; TOBLER, Inländervorrang, S. 196.

1348 Siehe dazu die Nachweise in TOBLER, Inländervorrang, S. 196 f. und die entsprechende Zusammenfassung in JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1206.

1349 Es wird dabei auf die folgenden EuGH-Urteile hingewiesen: EuGH, Urteil vom 12.12.1974, *Walrave,* C-36/74, EU:C:1974:140; EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463; EuGH, Urteil vom 13.12.1984, *Haug-Adrion,* C-251/83, EU:C:1984:397.

1350 BGE 139 II 393 E. 4.1.1.

Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots erst nach Abschluss eines Arbeitsvertrags könnte der Zweck des Artikels nur schwer erreicht werden.

580 Das Bundesgericht selbst äusserte sich zur Frage der Drittwirkung des Diskriminierungsverbots bislang nicht, weder bezüglich kollektiv noch nichtkollektiv handelnder privater Arbeitgeber. In den Urteilen 4A_215/2017 und 4A_230/2018, beide vom 15. Januar 2019, liess es die Frage offen.[1351]

581 Die besseren Argumente sprechen m.E. für die Annahme der unmittelbaren Drittwirkung des Diskriminierungsverbots.[1352] Eine solche Annahme hat zur Folge, dass beim Entscheid des Arbeitgebers über die Stellenbesetzung das Kriterium «Staatsangehörigkeit» keine (entscheidende) Rolle spielen darf, insbesondere dürfen EU-Wanderarbeitnehmende nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit vom Bewerbungsverfahren überhaupt ausgeschlossen werden.[1353] Damit schränkt das Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers ein. Gleichzeitig erweitert es aber auch seine Vertragsfreiheit, da er bei der Rekrutierung von EU-Staatsangehörigen keine (ausländerrechtlichen) Schranken mehr beachten muss.[1354] Eine zu weit gehende Beschränkung der Privatautonomie des Arbeitgebers aufgrund der unmittelbaren Drittwirkung ist dabei durch die Zulassung von Rechtfertigungsgründen zu begegnen.[1355]

cc. Inländervorrang gegenüber Drittstaatsangehörigen

582 Bei der Einstellung eines Drittstaatsangehörigen hingegen muss die Arbeitgeberin im Gegensatz zum gerade Dargelegten einen Inländervorrang beachten. Die Bestimmung von Art. 21 AIG verlangt von ihr eine vakante Stelle prioritär mit einem inländischen Arbeitnehmer, d.h. einer Schweizerin, einer Person mit einer Niederlassungsbewilligung, einer Person mit einer Aufenthaltsbewilligung, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, einer vorläufig aufgenommenen Person oder einer Person, die vorübergehenden Schutz geniesst und die eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätig-

---

1351 Siehe zu diesen beiden Urteilen Rz 631 ff.

1352 Zur Frage des normativen Anknüpfungspunktes siehe JUNGHANSS, Personenfreizügigkeit, Rz 1207.

1353 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 990; TOBLER, Inländervorrang, S. 199 f.

1354 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 991. Siehe zu den ausländerrechtlichen Schranken betreffend Drittstaatsangehörige Rz 564.

1355 EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 104 ff.; EuGH, Urteil vom 06.06.2000, *Angonese,* C-281/98, EU:C:2000:296, Rn 42 ff.

keit besitzt, zu besetzen. Ebenfalls vom Vorrang profitieren Angehörige von Staaten, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, wie EU-Staatsangehörige. Dies entspricht dem Entscheid der Schweiz zum dualen Zulassungssystem und respektiert das Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens, das eine Inländergleichbehandlung der EU-Staatsangehörigen beim Zugang zum Arbeitsmarkt verlangt.

583 Durch den Inländervorrang soll die Einreise ausländischer Arbeitskräfte auf das arbeitsmarktlich Notwendige beschränkt werden.[1356] Der Inländervorrang ist dabei in jedem Fall und unabhängig von der Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu beachten.[1357] Die Arbeitgeberin hat gegenüber den Bewilligungsbehörden zu belegen, dass sie trotz umfassenden Suchbemühungen keine geeigneten Arbeitskräfte aus dem Inland oder einem EU-Staat finden konnte. Die Suchbemühungen können Stelleninserate in den branchenüblichen Rekrutierungskanälen – beispielsweise in der Fach- und Tagespresse oder mittels elektronischer Medien – umfassen, sowie Rekrutierungsbemühungen über die öffentliche und private Arbeitsvermittlung. Sie müssen über einen angemessenen Zeitraum hinweg erfolgen und auch in inhaltlicher Sicht ernsthaft und zweckmässig sein.[1358] Es reicht insbesondere nicht aus, wenn derartige Suchbemühungen nur pro forma, gewissermassen als blosse Erforderniserbringung erfolgen. Personen mit Vorrang dürfen dabei nicht aufgrund fachlich nicht relevanter Kriterien, wie z.B. aufgrund von für einen Tätigkeitsbereich nicht zwingend erforderlichen Sprachkenntnissen oder Fachkenntnissen, die nur einen geringen Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbereich haben, praktisch ausgeschlossen werden.[1359] Auch branchenspezifische Eigenheiten, wie das Fehlen einer reglementierten Berufslehre mit eidgenössischem Fähigkeitsausweis, sind nicht über eine einzelfallweise gelockerte Zulassungspraxis auszugleichen.[1360]

1356 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-679/2011 vom 27.03.2012 E. 7.1.

1357 BVGE 2011/1 E. 6.3.

1358 Siehe für ein Beispiel von Suchbemühungen, die sich in zeitlicher Hinsicht sowie bezüglich der verwendeten Rekrutierungskanäle, nicht aber in inhaltlicher Hinsicht als zweckmässig und ernsthaft qualifizieren liessen, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-679/2011 vom 27.03.2012 E. 7.2.2. f.

1359 BVGE 2011/1 E. 6.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2216/2010 vom 12.08.2010 E. 7.3.

1360 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-106/2013 vom 23.07.2014 E. 7.5.

584 Diese Anforderungen schränken aus privatrechtlicher Sicht die Vertragsabschluss- und insbesondere die Partnerwahlfreiheit der Arbeitgeberin ein. Dies äussert sich nicht nur darin, dass sie einen von ihr gewünschten ausländischen Arbeitnehmer nicht einstellen kann, sondern auch dadurch, dass sie unter Umständen Personen nicht weiterbeschäftigen kann, die sich z.B. zur Aus- und Weiterbildung mit Erwerbstätigkeit[1361] oder im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme (die später aufgehoben wird)[1362] in der Schweiz befinden. Ein Ausschluss der Weiterbeschäftigung ergibt sich auch für Arbeitnehmende, die zwar nach Art. 18 ff. AIG zugelassen wurden, allerdings nur mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung.[1363] Bevor die Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung umgewandelt werden kann, muss nämlich der Inländervorrang erneut geprüft werden. Begründet wird dies damit, dass es sich um eine neue Zulassung handelt und der (bis zu 24 Monate mögliche) Aufenthalt mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung keine bevorzugte Behandlung rechtfertigt.[1364] Dies verlangt von der Arbeitgeberin einen neuen Arbeitnehmer einzuarbeiten, obwohl die Vertragsparteien den Vertrag eigentlich fortsetzen wollten.

585 Darüber hinaus zwingt Art. 21 AIG die Arbeitgeberin ihren Rekrutierungsprozess einem «objektiven» Verfahren zu unterstellen, das gewisse Anforderungen betreffend Suchbemühungen und Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einhält[1365]. So soll eine Kontaktaufnahme mit Drittstaatsangehörigen erst erfolgen, nachdem Suchbemühungen zur Besetzung der Stelle mit inländischen Arbeitnehmenden oder Arbeitnehmenden aus EU-Staaten gescheitert sind. Ausserdem haben die Suchbemühungen in einem angemessenen Zeitraum vor Unterzeichnung eines Arbeitsvertrags mit einer nachgesuchten Person zu erfolgen.[1366] Die Bewilligungsbehörde überprüft auch, ob die Qualifikationen des gewünschten Arbeitnehmers den genannten Anforderungen in der Stellenausschreibung entsprechen und verweigert die Bewilligung, falls dies nicht der Fall ist.[1367] Die Einhaltung des soeben beschriebenen Verfahrens kann für

[1361] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-1992/2015 vom 10.03.2017 E. 5.6.
[1362] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2216/2010 vom 12.08.2010 E. 7.2.
[1363] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4873/2011 vom 13.08.2013 E. 5.4.
[1364] BBl 2002 3709 S. 3781; dies wird durch SPESCHA, Art. 21 AIG N 2, kritisiert. Siehe auch UEBERSAX, Art. 21 AuG N 9.
[1365] Siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1123/2013 vom 13.03.2014 E. 6.6.
[1366] SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.2.2.
[1367] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-679/2011 vom 27.03.2012 E. 7.2.3.

die Arbeitgeberin wesentlich werden, insbesondere wenn sie die gewünschte Einstellung eines Drittstaatsangehörigen vor den Behörden rechtfertigen muss. Diese Anforderungen stehen aber im Widerspruch zum Privatrecht, das gerade kein willkürfreies bzw. vernünftiges Handeln verlangt, womit die Arbeitgeberin auch eine Person einstellen kann, die über andere als die im Stelleninserat gesuchten Qualifikationen verfügt und somit «objektiv» nicht für die Stelle geeignet ist. Damit bedeutet Art. 21 AIG mehr bürokratischen Aufwand für die Arbeitgeberin, ohne die Sicherheit, dass sie den gewünschten Arbeitnehmer auch tatsächlich beschäftigen darf.

586 Andererseits gibt die Einschränkung der Vertragsfreiheit zwischen Arbeitgebenden und Wanderarbeitnehmenden aus Drittstaaten inländischen Arbeitnehmenden mehr Chancen eine Arbeitsstelle zu finden, da sie vor Konkurrenz geschützt werden. Dadurch wird die Arbeitslosigkeit in der Schweiz und im EU-Raum begrenzt bzw. nicht erhöht.[1368] Darüber hinaus kann ein Inländervorrang das berufliche Fortkommen von inländischen Arbeitnehmenden fördern, da Arbeitgebende zur Besetzung von vakanten Stellen zur Aus- und Weiterbildung inländischer Arbeitskräfte angehalten werden. Ausserdem stellen die Behörden im Fall von Arbeitsstreitigkeiten den Arbeitgebenden keine Bewilligungen für ausländische Arbeitskräfte aus, wodurch die Lohn- und Arbeitsbedingungen der inländischen Arbeitskräfte geschützt werden.[1369]

dd. Gesuchseinreichung

587 Nach erfolgreicher Suche hat ein Arbeitgeber, der eine Staatsangehörige aus einem EU-Mitgliedstaat für eine Tätigkeit von mindestens drei Monaten einstellt, dieser eine Arbeitsbescheinigung bzw. einen Arbeitsvertrag auszustellen (Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA). Damit kann die EU-Staatsangehörige die Ausstellung der Aufenthaltsbewilligung, der allerdings nur deklaratorische Wirkung zukommt[1370], verlangen. Das bedeutet, dass die Erwerbstätigkeit bereits aufgenommen werden darf, bevor die Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde (Art. 6 Abs. 7 Anhang I FZA). Auch bei einer fehlenden Aufenthalts-

[1368] Ott, Art. 21 AuG N 2.
[1369] SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.2.1.
[1370] Spescha et al., S. 155.

bewilligung greifen die Strafbestimmungen des Ausländer- und Integrationsgesetzes nicht.[1371]

588 Möchte der Arbeitgeber eine Drittstaatsangehörige einstellen, muss er nach erfolgreicher Suche und Abschluss des Arbeitsvertrags ein entsprechendes Gesuch bei den Behörden einreichen (Art. 18 lit. b AIG). Dabei muss er darlegen, dass die Voraussetzungen nach Art. 18 ff. AIG erfüllt sind und entsprechende Unterlagen einreichen.[1372] Dazu gehören eine Kopie des Passes der ausländischen Person, das kantonale Gesuchsformular, eine Gesuchsbegründung mit Angaben zum Betrieb und zur ausländischen Person, ein schriftlicher Arbeitsvertrag mit Angaben zu den Lohn- und Arbeitsbedingungen, den Lebenslauf und Qualifikationsnachweise wie Diplome und Arbeitszeugnisse der fremden Staatsangehörigen, sowie Nachweise für die erfolglose Rekrutierung im Inland und im EU-Raum.[1373] Seit dem 1. Juli 2018 hat er auch den Nachweis über die erfolgte Stellenmeldung beim RAV beizulegen, soweit eine Berufsart mit einer über dem Durchschnitt liegenden Arbeitslosigkeit betroffen ist (Art. 21a AIG).[1374] Dieses Verfahren zeigt, dass eine Bewilligung nur für eine konkrete Arbeitsstelle erteilt wird.[1375]

589 Die Behörden prüfen, ob die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen erfüllt sind und fällen einen arbeitsmarktlichen Vorentscheid (Art. 40 Abs. 2 AIG).[1376] Fällt die kantonale Arbeitsmarktbehörde einen positiven Entscheid, so unterbreitet sie ihn dem SEM zur Zustimmung (Art. 85 Abs. 1 VZAE). Erst nach Zustimmung des SEM kann der Kanton eine (Kurz-)Aufenthaltsbewilligung ausstellen.[1377] Verweigert der Kanton oder das SEM den arbeitsmarktlichen Vorentscheid, so kann der Arbeitgeber (oder die Arbeitnehmerin[1378]) den Entscheid anfechten. Dies bedeutet (auch im Falle eines positiven Ausgangs des Verfahrens) allerdings eine Verzögerung der Stellenbesetzung, so dass der Arbeitgeber wohl häufig die Stelle erneut ausschreiben und den Rekrutierungsprozess wiederholen wird.

1371 SPESCHA ET AL., S. 197.
1372 OTT, Art. 18 AuG N 4.
1373 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.8.11.
1374 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.3.
1375 SPESCHA, Art. 18 AIG N 2.
1376 SPESCHA ET AL., S. 220. Siehe zum arbeitsmarktlichen Vorentscheid auch Rz 477.
1377 SPESCHA ET AL., S. 221.
1378 Siehe EGLI/MEYER, Art. 11 AuG N 14.

3. Rekrutierung ausländischer Arbeitnehmer über einen Verleiher

Eine weitere Möglichkeit zur Rektrutierung von Arbeitnehmenden besteht im Rückgriff auf einen Personalverleiher. Beim Personalverleih stellt eine Verleiherin (Arbeitgeberin) ihren Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis für eine bestimmte Zeit einem Dritten (Einsatzbetrieb) zur Leistung von Arbeit zu Verfügung.[1379] Es kommt dabei zu einer Abtretung wesentlicher Weisungsbefugnisse von der Verleiherin zum Einsatzbetrieb (Art. 26 Abs. 1 AVV). Wesentlichkeit liegt dann vor, wenn die abgetretenen Weisungsbefugnisse zu einer Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers und damit zur Entstehung eines Subordinationsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer führen.[1380] Dennoch bleibt das Arbeitsverhältnis zwischen der Verleiherin und dem Arbeitnehmer bestehen, womit es zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion kommt.[1381] Der Personalverleih umfasst die Temporärarbeit, die Leiharbeit sowie das gelegentliche Überlassen.[1382] Die Unterschiede zwischen diesen Formen des Personalverleihs zeigen sich dabei einzig im Verhältnis zwischen Verleiherin und Arbeitnehmer. Aus Sicht des Einsatzbetriebes (Entleihers) bestehen grundsätzlich keine Unterschiede.[1383] 590

Ausländische Arbeitnehmende, die in einem Temporär- oder Leiharbeitsverhältnis arbeiten wollen, müssen gemäss Art. 21 AVG zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz zugelassen und zum Stellenwechsel berechtigt sein. Sinn dieser Bestimmung ist es, zu verhindern, dass ausländische Arbeitnehmende einzig zum Zweck des Personalverleihs in die Schweiz einreisen.[1384] 591

Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten haben allerdings Anspruch auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz (Art. 4 FZA) und geniessen volle berufliche und geografische Mobilität (Art. 8 Anhang I FZA), womit sie die Anforderungen von Art. 21 AVG erfüllen. Eine schweizerische Verleiherin kann sie somit zum Zweck des Personalverleihs direkt aus dem Ausland in die Schweiz rekrutieren.[1385] Die Rekrutierung eines Drittstaatsangehörigen direkt 592

1379 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 172.

1380 LOOSER, Rz 67.

1381 LOOSER, Rz 70 f.

1382 Siehe zu diesen drei Formen des Personalverleihs auch Art. 27 AVV.

1383 LOOSER, Rz 272.

1384 LOOSER, Rz 756.

1385 LOOSER, Rz 757. Das SECO verlangt diesfalls allerdings eine eidgenössische Verleihbewilligung, siehe SECO/BFM, gemeinsame Weisung, S. 6 f.

aus dem Ausland zum Zweck des Personalverleihs ist hingegen nur ausnahmsweise möglich (Art. 21 Abs. 2 AVG).[1386] Hierzu muss die Verleiherin nachweisen, dass die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen (Art. 18 ff. AIG) erfüllt sind, dass ein besonderes wirtschaftliches bzw. betriebliches Interesse an der vorübergehenden Beschäftigung des neu zuziehenden Drittstaatsangehörigen in einem bestimmten Projekt vorliegt, und dass besondere Umstände vorliegen, welche die Anstellung im Rahmen des Personalverleihs (und nicht in Form einer befristeten Anstellung beim Einsatzbetrieb) für ein bestimmtes Projekt notwendig machen.[1387]

593 Bereits zugelassene Wanderarbeitnehmende kann die Verleiherin uneingeschränkt einstellen, soweit es sich um EU-/EFTA-Staatsangehörige handelt[1388] oder um Drittstaatsangehörige mit einer Aufenthalts- oder einer Niederlassungsbewilligung (Art. 33 und 34 AIG), da diese Personengruppen zum Stellenwechsel berechtigt sind.[1389] Anerkannte Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommene können beschäftigt werden, wenn ihre Erwerbstätigkeit gemeldet wurde. Auch Asylsuchende und Schutzbedürftige dürfen von einer Verleiherin beschäftigt werden, wenn die jeweiligen Voraussetzungen für eine Erwerbstätigkeit erfüllt sind und die zuständige Arbeitsmarktbehörde dazu ihre Bewilligung erteilt hat.[1390]

C. Weitere Zugangsschranken zum Schutz des Arbeitsmarktes

594 Das schweizerische Recht kennt neben den bereits dargelegten Zulassungsvoraussetzungen weitere Massnahmen, durch die der Zugang von Wanderarbeitnehmenden zum Arbeitsmarkt eingeschränkt wird.

1386 BACHMANN, S. 92 f.

1387 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.8.4.3.2; SECO, Weisungen Arbeitsvermittlung und Personalverleih, S. 141.

1388 Soweit diese allerdings nur über eine Kurzaufenthaltsbewilligung verfügen, benötigt die Verleiherin ebenfalls eine eidgenössische Verleihbewilligung, siehe SECO/BFM, gemeinsame Weisung, S. 7.

1389 Zum Recht auf Stellenwechsel für Wanderarbeitnehmende siehe Rz 708 ff.

1390 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.8.4.3.1. Siehe für Asylsuchende Art. 30 Abs. 1 lit. l AIG i.V.m. Art. 43 AsylG und Art. 52 VZAE; für vorläufig Aufgenommene Art. 30 Abs. 1 lit. l AIG i.V.m. Art. 85a AIG; und für Schutzbedürftige Art. 30 Abs. 1 lit. l AIG i.V.m. Art. 75 AsylG und Art. 53 VZAE.

1. Begrenzungsmassnahmen

595 Begrenzen die materiellen Zulassungsvoraussetzungen die Arbeitsmigration von Drittstaatsangehörigen nicht wie gewünscht, so kann der Bundesrat die Zuwanderung durch Höchstzahlen für erstmalige Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen einschränken.[1391] Für das Jahr 2020 wurden die Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen auf 4'000 und für Aufenthaltsbewilligungen auf 4'500 festgesetzt (Anhang 1 und 2 VZAE). Von den Höchstzahlen ausgenommen sind Bewilligungen für Erwerbstätigkeiten, die innerhalb von 12 Monaten längstens vier Monate dauern (Art. 19 Abs. 4 lit. a VZAE).[1392]

596 Die Höchstzahlen werden vom Bundesrat zwischen dem Bund und den Kantonen aufgeteilt. Die Aufteilung zwischen den Kantonen erfolgt nach Massgabe der wirtschaftlichen Bedürfnisse. Das Bundeskontingent dient als Reserve, das den Kantonen in erster Linie für besondere Bedürfnisse zugeteilt wird, sowie dann, wenn sie das ihnen zugeteilte Kontingent ausgeschöpft haben.[1393] Es dient dem Ausgleich der wirtschaftlichen und arbeitsmarktlichen Bedürfnisse zwischen den Kantonen (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 VZAE) und ermöglicht dem Bund kurzfristig auf Veränderungen der wirtschaftlichen Situation zu reagieren.[1394]

597 Ist das kantonale Kontingent ausgeschöpft und spricht der Bund kein Ergänzungskontingent zu, so kann der Kanton keine Aufenthaltsbewilligungen mehr erteilen. In der Praxis wird dann häufig mit Hilfe von Kurzaufenthaltsbewilligungen die Zeit bis zum Beginn der nächsten Kontingentsperiode überbrückt.[1395] Damit wird das Problem allerdings einzig ins nächste Jahr verschoben, was insbesondere in Jahren mit einer starken Konjunkturlage zu Problemen führen kann.[1396] Steigt nämlich die Nachfrage der Wirtschaft nach ausländischen Arbeitnehmenden oder verharrt sie zumindest auf hohem Niveau, während gleichzeitig das Angebot durch migrationsrechtliche Begrenzungsmassnahmen gedrosselt wird, führt dies zu ökonomischen Proble-

1391 Spescha, Art. 20 AIG N 1; Ott, Art. 20 AuG N 2.
1392 Siehe Uebersax, Art. 20 AuG N 11.
1393 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.2.1.
1394 Uebersax, Art. 20 AuG N 17.
1395 Ott, Art. 20 AuG N 9.
1396 Uebersax, Ausführungsgesetz, Rz 22.

men.[1397] Damit stehen die Begrenzungsmassnahmen – die zu den stärksten Eingriffen in den freien Wettbewerb zählen – in einem grossen Spannungsverhältnis zum gesamtwirtschaftlichen Interesse und dem Bedürfnis nach ausländischen Spezialisten.[1398] Solange die Begrenzungsmassnahmen aber innenpolitisch gewollt sind[1399], erscheinen kompensatorische Vorkehrungen durch den Staat notwendig, um insbesondere das inländische Fachkräfteangebot besser zu nutzen. Zu diesen Massnahmen kann Art. 21a AIG gezählt werden.[1400] Weitere Möglichkeiten liegen etwa darin, das Bildungsangebot zu stärken bzw. anzupassen oder Anreize für einen Wiedereinstieg für Menschen zu schaffen, welche die Erwerbstätigkeit aufgegeben haben[1401]; wobei dies aber höchstens langfristig wirkt.

2. Berufe mit Nationalitätsanforderungen

598 Für bestimmte Berufskategorien wird der Zugang zu einer Erwerbstätigkeit dadurch eingeschränkt, dass diese den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben. Häufig handelt es sich dabei um Berufskategorien mit hoheitlicher Funktion (Militär, Polizei, Justiz).[1402] So überträgt z.B. Art. 8 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes[1403] dem Bundesrat die Kompetenz durch Verordnung zu regeln, welche Arbeitsverhältnisse nur Personen mit Schweizer Bürgerrecht und welche nur Personen, die ausschliesslich über das Schweizer Bürgerrecht verfügen, zugänglich sind, wenn dies für die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben notwendig ist.[1404] Für die Ausübung kantonaler öffentlichrechtlicher Tätigkeiten regelt das kantonale Recht die persönlichen Voraussetzungen. Auch für die Zulassung zur Ausübung gewisser freier Berufe wird die schweizerische Staatsangehörigkeit oder eine bestimmte ausländerrechtliche Bewilligung vorausgesetzt.

[1397] Uebersax, Ausführungsgesetz, Rz 22.

[1398] Uebersax, Ausführungsgesetz, Rz 11; Uebersax, Art. 20 AuG N 22.

[1399] Zum staatlichen Dilemma zwischen innerstaatlicher Wirtschaftlichkeit und der Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit, siehe Rz 36 ff.

[1400] Siehe dazu Rz 572 ff.

[1401] Uebersax, Ausführungsgesetz, Rz 22.

[1402] Uebersax, von Kreisen und Menschen, S. 609.

[1403] Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24.03.2000, SR 172.220.1.

[1404] Der Bundesrat hat von dieser Kompetenz in Art. 23 der Bundespersonalverordnung (BPV) vom 03.07.2001, SR 172.220.111.3, Gebrauch gemacht.

Diese Einschränkung des Zugangs zu einer Arbeitsstelle stellt eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Zur Rechtfertigung solcher Ungleichbehandlungen vor Art. 8 BV genügen allerdings sachliche Gründe[1405]. Staatsangehörige aus EU-Mitgliedstaaten können sich zusätzlich auf das Freizügigkeitsabkommen und das darin enthaltene Diskriminierungsverbot berufen. Allerdings nimmt Art. 10 Anhang I FZA unselbständige und Art. 16 Anhang I FZA selbständiger Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse bzw. öffentlicher Gewalt verbunden sind, vom Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens aus. Beim Begriff «hoheitliche Befugnisse» bzw. «öffentliche Gewalt» handelt es sich um einen Begriff des Unionsrechts, so dass er gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA[1406] unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH[1407] auszulegen ist.[1408] In Übereinstimmung damit legt das Bundesgericht den Begriff eng aus, was zur Folge hat, dass hoheitlichen Tätigkeiten eine gewisse Entscheidungsautonomie und Letztverantwortung inhärent sein müssen, damit sie als Ausübung hoheitlicher Befugnisse bzw. Gewalt qualifiziert werden können.[1409] Fällt die Tätigkeit unter die Bereichsausnahme von Art. 10 bzw. Art. 16 Anhang I FZA, so ist sie vom Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens ausgenommen und darf damit eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben.[1410] 599

Soweit ersichtlich mussten sich die schweizerischen Gerichte bis anhin nur ausnahmsweise mit der Bereichsausnahme von Art. 10 bzw. 16 Anhang I FZA befassen. Es ging dabei um selbständige Tätigkeiten, weswegen sich die folgenden Ausführungen auf einige Hinweise beschränken. In BGE 140 II 112 entschied das Bundesgericht, dass die Tätigkeit von Gerichtsdolmetschern keine hoheitlichen Befugnisse umfasse, womit das Freizügigkeitsabkommen darauf anwendbar sei.[1411] In BGE 128 I 280 hingegen verneinte das Bundesgericht die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens auf Notare, da diese Tätigkeit für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an 600

[1405] Siehe dazu Rz 533.

[1406] Zur Auslegung des FZA siehe Rz 463 ff.

[1407] Zur Rechtsprechung des EuGH zur «Bereichsausnahme» der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung siehe Rz 318 ff.

[1408] BGE 140 II 112 E. 3.2 i.V.m. E. 3.5; EPINEY/BLASER, Art. 4 FZA N 9.

[1409] BGE 140 II 112 E. 3.2.2. f. i.V.m. E. 3.5.

[1410] BGE 140 II 112 E. 3.2.1.

[1411] BGE 140 II 112 E. 3.2.4.

der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschliesse.[1412] Ob diese Rechtsprechung im Hinblick auf verschiedene im Mai 2011 vom EuGH gefällte Entscheide[1413] aufrechterhalten werden kann, ist fraglich.[1414] So hielt der Gerichtshof im Urteil gegen Deutschland, in dem er die Vereinbarkeit des deutschen Staatsangehörigkeitserfordernisses für die selbständige Ausübung des Notariatsberufs mit der Niederlassungsfreiheit von Art. 49 AEUV zu beurteilen hatte, fest, dass notarielle Tätigkeiten nicht im Sinne von Art. 51 AEUV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien, womit das aufgestellte Staatsangehörigkeitserfordernis für den Zugang zum Notariatsberuf eine nach Art. 49 AEUV verbotene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstelle.[1415]

601 In Bezug auf die Zulassung zum schweizerischen Anwaltspatent für fremde Staatsangehörige hielt das Bundesgericht bereits vor Abschluss des Freizügigkeitsabkommens fest, diesbezügliche kantonale Bürgerrechtserfordernisse können nicht mit der Argumentation aufrechterhalten werden, der Anwalt stehe als «Mitarbeiter der Rechtspflege» in besonders enger Beziehung zum Staat. Der Anwalt sei nämlich nur insofern «Mitarbeiter der Rechtspflege» als er die Ratsuchenden bei der Verfolgung ihrer subjektiven Rechtsschutzinteressen unterstütze und damit mittelbar zur Verwirklichung der Rechtsordnung beitrage. Er sei aber kein staatliches Organ, seine Tätigkeit erfordere im Gegensatz gerade Unabhängigkeit vom Staat.[1416] Es liege aber im öffentlichen Interesse, sicherzustellen, dass der Anwalt mit den politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen des Landes vertraut sei. Diese Vertrautheit könne auch bei einem fremden Staatsangehörigen vorliegen, womit sich das

---

1412 BGE 128 I 280 E. 3; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 2P.110/2002 vom 06.08.2003 E. 4.2.4.

1413 EuGH, Urteil vom 24.05.2011, *Kommission / Belgien,* C-47/08, EU:C:2011:334; EuGH, Urteil vom 24.05.2011, *Kommission / Frankreich,* C-50/08, EU:C:2011:335; EuGH, Urteil vom 24.05.2011, *Kommission / Luxemburg,* C-51/08, EU:C:2011:336; EuGH, Urteil vom 24.05.2011, *Kommission / Österreich,* C-53/08, EU:C:2011:338; EuGH, Urteil vom 24.05.2011, *Kommission / Deutschland,* C-54/08, EU:C:2011:339; EuGH, Urteil vom 24.05.2011, *Kommission / Griechenland,* C-61/08, EU:C:2011:340.

1414 EPINEY/BLASER, Art. 4 FZA N 10. Siehe auch BRAZEROL, Rz 19 ff., und Wettbewerbskommission WEKO, Empfehlung vom 23.09.2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrates betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden.

1415 EuGH, Urteil vom 24.05.2011, *Kommission / Deutschland,* C-54/08, EU:C:2011:339, Rn 116 f.

1416 BGE 119 Ia 35 E. 4.

Festhalten am Schweizer Bürgerrecht als Zulassungsvoraussetzung zum Anwaltspatent als unverhältnismässig erweise.[1417] Das bedeutet, dass die Tätigkeit des Rechtsanwalts vom Freizügigkeitsabkommen erfasst wird[1418], und dass EU-Staatsangehörige die persönlichen Voraussetzungen zur Erteilung des Anwaltspatents erfüllen, soweit sie eine Vertrautheit mit den politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen des Landes nachweisen können. Dies gilt im Übrigen auch für Drittstaatsangehörige; diesbezüglich ist allerdings insoweit eine Einschränkung anzubringen, als dass diese Bürgerrechtsanforderungen in kantonalen Anwaltsgesetzen nur anfechten können, wenn sie in den persönlichen Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV fallen.[1419]

Wird für die Ausübung einer Tätigkeit die schweizerische Staatsbürgerschaft verlangt, stellt sich abschliessend die Frage, ob diese Einschränkung auch vor der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV standhält. Allerdings werden hoheitliche Funktionen nicht vom sachlichen Schutzbereich des Art. 27 BV erfasst, wobei das Bundesgericht diese Ausnahme grosszügiger als die entsprechende Regelung von Art. 10 bzw. Art. 16 Anhang I FZA auslegt.[1420] Das hat zur Folge, dass eine Anrufung der Wirtschaftsfreiheit bezüglich des Beizugs Privater zu staatlichen Aufgaben erfolglos bleiben wird.[1421] 602

D. Information und Beratung

Wanderarbeitnehmende, die in der Schweiz eine Arbeitsstelle gefunden haben und nun ihren Lebensmittelpunkt ins Land verlegen, stehen bei ihrem Zuzug in unterschiedlicher Weise vor Herausforderungen sprachlicher, kultureller und wirtschaftlicher Art. Hier setzt der in Art. 57 AIG[1422] enthaltene 603

[1417] BGE 119 Ia 35 E. 5.

[1418] Siehe hierzu auch das Urteil des EuGH vom 21.06.1974, *Reyners,* C-2/74, EU:C:1974:68, Rn 33/34 ff., zur Vereinbarkeit der Bürgerrechtsvoraussetzung beim Zugang zur Tätigkeit eines Rechtsanwalts mit der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV.

[1419] Urteil des Kantonsgerichts Basel-Land 810 15 196 vom 08.06.2016 E. 8. Zum persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit siehe Rz 499.

[1420] BIAGGINI, Art. 27 BV N 13; VALLENDER, Art. 27 BV N 10, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

[1421] BSK-UHLMANN, Art. 27 BV N 26.

[1422] Dieser Artikel ist seit dem 01.01.2019 in Kraft und geht auf den bisherigen Art. 56 aAuG zurück, siehe BBl 2013 2397 S. 2426.

Informationsauftrag der Behörden an.[1423] Von diesem Informationsauftrag können dabei nicht nur Drittstaatsangehörige, sondern auch EU-/EFTA-Staatsangehörige profitieren.[1424]

604 Art. 57 Abs. 1 AIG verpflichtet den Bund, die Kantone und die Gemeinden die Ausländerinnen und Ausländer über die Lebens- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz, insbesondere über ihre Rechte und Pflichten, zu informieren und zu beraten. Bei der Wahl der Informationsmittel verfügen die Behörden über eine grosse Freiheit; die Information kann über verschiedene Medien, schriftlich, mündlich, an Veranstaltungen für Gruppen oder im Rahmen von Einzelgesprächen erfolgen.[1425] Die Information muss verständlich und korrekt sein.[1426] In Bezug auf den Bereich der Erwerbstätigkeit sind ausreichende Informationen über die Arbeitsbedingungen zur Bekämpfung der Ausbeutung ausländischer Arbeitskräfte von grosser Bedeutung.[1427] Zu den Rechten der fremden Staatsangehörigen, über die sie zu informieren sind, gehört auch der Schutz vor Diskriminierungen, da diese sie daran hindern kann, eigenverantwortlich am wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben teilzunehmen.[1428] Entsprechend stellt der Schutz vor Diskriminierungen zusammen mit der Integrationsförderung einen wichtigen Teil der behördlichen Aufgaben dar (Art. 56 AIG).

605 Die Erstinformation von neu aus dem Ausland zugezogenen fremden Staatsangehörigen obliegt den Kantonen (Art. 57 Abs. 3 AIG). Aus Gründen der Gleichbehandlung und zur Sicherstellung einer lückenlosen Erreichbarkeit sind alle Personen, die zu einem längerfristigen Aufenthalt in die Schweiz einreisen, zu einem Erstinformationsgespräch einzuladen.[1429] Als Angebot ausgestaltet können zu einem solchen Gespräch auch EU-Staatsangehörige eingeladen werden.[1430] Die Erstinformation bezweckt die Personen willkom-

[1423] CAMPISI, S. 74.

[1424] Siehe zur Frage des persönlichen Geltungsbereichs der Integrationsbestimmungen des Ausländer- und Integrationsgesetzes, CAMPISI, S. 67 f. und S. 149 ff.

[1425] ACHERMANN/AMARELLE/KURT, Art. 56 AuG N 13.

[1426] ACHERMANN/AMARELLE/KURT, Art. 56 AuG N 13.

[1427] ACHERMANN/AMARELLE/KURT, Art. 56 AuG N 10.

[1428] BBl 2013 2397 S. 2406 und S. 2426.

[1429] BBl 2013 2397 S. 2426. Für Überlegungen wie ein solches Gespräch ausgestaltet sein könnte, siehe CAMPISI, S. 76 ff.

[1430] CAMPISI, S. 76.

men zu heissen, sie zu informieren[1431] und ermöglicht gleichzeitig Integrationsdefizite frühzeitig zu erkennen.[1432] Hieraus wird deutlich, dass es bei der Erstinformation nicht nur um die Begrüssung der fremden Staatsangehörigen geht, sondern dass dieses erste Gespräch in einem wichtigen Zusammenhang mit der Förderung der Integration der ausländischen Wohnbevölkerung steht.[1433] Entsprechend sind die Behörden auch verpflichtet, die Ausländerinnen und Ausländer auf Angebote zur Integrationsförderung hinzuweisen (Art. 57 Abs. 2 AIG). Das soll helfen, die ersten Monate nach der Ankunft besser zu nutzen, um auf eine erfolgreiche Integration hinzuarbeiten.[1434]

606 Bund, Kantone und Gemeinden informieren und beraten aber nicht nur Ausländerinnen und Ausländer, sondern sie informieren auch die einheimische Bevölkerung über die besondere Situation der Ausländerinnen und Ausländern und über die Integrationspolitik (Art. 57 Abs. 4 AIG). Dies stellt eine Massnahme gegen Rassismus und Ausländerfeindlichkeit dar, und fördert das friedliche Zusammenleben der verschiedenen Bevölkerungsgruppen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AIG.[1435]

E. Inhaltliche Vertragsausgestaltung

1. Formfreiheit

607 Der Abschluss eines Arbeitsvertrags ist gemäss Art. 320 Abs. 1 OR formlos möglich, womit der Vertrag auch durch mündliche Vereinbarung oder durch konkludentes Verhalten zustande kommen kann.[1436] Bei der Zulassung eines Drittstaatsangehörigen hat die Arbeitgeberin den kantonalen Bewilligungsbehörden[1437] allerdings einen schriftlichen und (mindestens von der Arbeitgeberin[1438]) unterzeichneten Arbeitsvertrag einzureichen (Art. 22 Abs. 2 VZAE). Der Vertrag muss die wichtigsten Arbeitsbedingungen enthalten: Funktion, Arbeitsort, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Arbeitszeit, Lohn, Sozialleistungen

[1431] Zum Inhalt der möglichen Informationen siehe Art. 8 VintA.
[1432] BBl 2013 2397 S. 2426 f.
[1433] Siehe Art. 1 AIG.
[1434] BBl 2013 2397 S. 2426.
[1435] BBl 2002 3709 S. 3803.
[1436] STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 OR N 2.
[1437] Siehe zur Gesuchseinreichung Rz 588.
[1438] SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4.

und Abzüge[1439], damit die Behörden die Lohn- und Arbeitsbedingungen nach Art. 22 AIG[1440] überprüfen können.[1441] Um Rechtssicherheit zu schaffen, ist der Arbeitsvertrag unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, er gelte nur unter Vorbehalt der Bewilligungserteilung.[1442]

608 Die durch das Ausländerrecht verlangte Schriftlichkeit relativiert damit die Formfreiheit des Arbeitsvertragsrechts. Das Vorliegen eines schriftlichen Arbeitsvertrags schützt den ausländischen Arbeitnehmer allerdings vor Ausbeutung und missbräuchlichen Arbeitsbedingungen und kann ihm im Fall von Streitigkeiten die Beweisführung erleichtern.

609 Eine weitere Relativierung der Formfreiheit, auch in Fällen, in denen Art. 22 AIG i.V.m. Art. 22 VZAE nicht greift, ergibt sich aufgrund von Art. 330b OR.[1443] Diese Bestimmung, die im Rahmen der Verschärfung der flankierenden Massnahmen ins OR aufgenommen wurde[1444], verpflichtet die Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses, sowie bei jeder nachfolgenden Änderung, schriftlich über die Namen der Vertragsparteien, den Beginn des Arbeitsverhältnisses, die Funktion des Arbeitnehmers, den Lohn und allfällige Lohnzuschläge sowie die wöchentliche Arbeitszeit zu informieren. Zweck dieser Bestimmung – und damit ähnelt sie der vom Ausländerrecht verlangten Schriftlichkeit – ist u.a. die Information der Arbeitnehmenden und dadurch eine Verbesserung ihrer Rechtsstellung, insbesondere in beweisrechtlicher Sicht.[1445] Da Art. 330b OR allerdings eine reine Ordnungsvorschrift ist, lässt eine Verletzung dieser Pflicht die Gültigkeit des Vertrags unberührt.[1446]

1439 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4.

1440 Siehe zu diesem Artikel Rz 617 ff.

1441 SPESCHA ET AL., S. 214.

1442 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 OR N 3. Siehe für die rechtlichen Folgen im Fall, dass die Arbeitgeberin keine Bewilligung einholt bzw. die Behörden die Bewilligung nicht erteilen, Rz 670 ff.

1443 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 OR N 2.

1444 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 330b OR N 1.

1445 Hauptzweck von Art. 330b OR ist allerdings, die Kontrolltätigkeit der tripartiten Kommissionen im Rahmen der flankierenden Massnahmen zu erleichtern, siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 330b OR N 3 sowie BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 330b OR N 3 ff. und N 14.

1446 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 330b OR N 9.

2. Recht auf Gleichbehandlung im Arbeitsvertragsrecht

a. Ausgangspunkt: Vertragsfreiheit

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung eines Arbeitsvertrags sind die Parteien grundsätzlich frei. Gemäss dem Prinzip der Vertragsfreiheit[1447] sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt beliebige Differenzierungen zwischen einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt. Ein Arbeitnehmer, der schlechter als seine Kolleginnen und Kollegen verhandelt, hat die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen.[1448] 610

Diese Aussage ist insofern zu relativieren, als zum einen verschiedene gesetzliche Gleichbehandlungsbestimmungen, wie der in Art. 22 AIG[1449] enthaltene Anspruch auf die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie das Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens[1450], die Vertragsinhaltsfreiheit einzuschränken vermögen. Zum anderen steht die Aussage unter dem Vorbehalt, dass eine Ungleichbehandlung nicht gegen das Recht der Persönlichkeit, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstösst (Art. 19 und 20 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB).[1451] 611

b. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Für das schweizerische Arbeitsvertragsrecht anerkennen Lehre und Rechtsprechung neben den gesetzlichen Gleichbehandlungsbestimmungen einen (ungeschriebenen) arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz[1452], der überwiegend auf die in Art. 328 OR enthaltene Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die in Art. 2 ZGB enthaltene Verpflichtung zu einem Handeln nach Treu und Glauben zurückgeführt wird.[1453] Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet dem Arbeitgeber eine willkürliche Schlechterstellung von einzelnen 612

1447 Siehe dazu Rz 453.

1448 BGE 129 III 276 E. 3.1.

1449 Siehe Rz 617 ff. und Rz 646 ff.

1450 Siehe Rz 625 ff. und Rz 651.

1451 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1452.

1452 Siehe für einen Überblick zu Lehre und Rechtsprechung PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1443 ff.

1453 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1445 und Rz 1450; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 12 m.w.H.

Arbeitnehmenden.[1454] Sein sachlicher Anwendungsbereich ist dabei grundsätzlich auf die Ausübung des Weisungsrechts (Art. 321d OR) und die Gewährung oder Kürzung freiwilliger Arbeitgeberleistungen (Art. 322d OR) beschränkt.[1455] Er geht vertraglichen Vereinbarungen nach.[1456]

613 Das Bundesgericht setzte sich in BGE 129 III 276 mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz auseinander. Es führte aus, «dass […] eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und damit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen kann, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt»[1457]. Daraus zog das Bundesgericht den Schluss, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz es zwar dem Arbeitgeber untersage, einen Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmenden willkürlich, d.h. ohne sachlichen Grund, deutlich ungünstiger zu stellen, nicht aber, bloss einzelne Arbeitnehmende besserzustellen.[1458] Mit PÄRLI ist diese Schlussfolgerung insoweit zu präsizieren, dass eine Besserstellung der Minderheit gegenüber der Mehrheit von Arbeitnehmenden nur zulässig ist, soweit die Gründe für die Unterscheidung nicht überwiegend auf einem diskriminierungssensiblen Merkmal wie der Rasse, dem ausländerrechtlichem Status oder der Nationalität beruhen.[1459]

614 Es ist somit festzuhalten, dass der «klassische» arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz kein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot darstellt. Er verfolgt nicht den Zweck einer umfassenden «Gleichheitswirkung».[1460] Die genauen Arbeitsbedingungen hängen damit auch für Wanderarbeitnehmende vom Ergebnis der Vertragsverhandlungen ab, soweit die gesetzlichen Gleichbehandlungsansprüche betreffend Entgelt und Arbeitsbedingungen

---

1454 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR N 33; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 OR N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 12.

1455 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR N 35; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 OR N 8; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 12.

1456 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 OR N 30.

1457 BGE 129 III 276 E. 3.1. Siehe für eine Analyse und Kritik des Entscheids PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1451 ff.

1458 BGE 129 III 276 E. 3.1.

1459 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1458.

1460 PÄRLI, Gleichbehandlungsgebote, Rz 1461; PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1464.

der Vertragsfreiheit keine Schranken setzen.[1461] Dies wird im Folgenden näher angesehen.

3. Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung

a. Vertragliche Verabredung

Die Bezahlung des Lohnes stellt die vertragliche Hauptpflicht der Arbeitgeberin dar. Die Höhe des Lohnes bestimmt sich dabei in den Schranken des höherrangigen Rechts (z.B. zwingende Gesetzesvorschriften, GAV, NAV) durch vertragliche Verabredung[1462]; diese hat sich auch darüber auszusprechen, ob Geld- oder Naturallohn geschuldet ist, ob Zeit- oder Akkordlohn gilt und ob die vereinbarte Lohnhöhe den Brutto- oder den Nettolohn betrifft.[1463] Der Lohn ist gemäss Art. 323b Abs. 1 OR in gesetzlicher Währung auszurichten, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist.[1464] 615

Der Arbeitsvertrag kommt auch zustande, wenn die Parteien den Lohn nicht vereinbaren; Art. 322 Abs. 1 OR sieht diesbezüglich vor, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer mangels Abrede den durch Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag festgelegten Lohn, oder – falls keine kollektive oder gesetzliche Bestimmung der Lohnhöhe gilt – den üblichen Lohn zu entrichten hat.[1465] 616

b. Einzuhaltende Lohnbedingungen gegenüber Drittstaatsangehörigen

aa. Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohnbedingungen

Handelt es sich beim Wanderarbeitnehmer um einen Drittstaatsangehörigen, der erstmals zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit eingereist ist, so schränkt Art. 22 AIG die vertragliche Vereinbarung zur Festlegung des Lohnes ein, denn die Arbeitsbewilligung wird nur erteilt, wenn die orts-, berufs- und 617

1461 Siehe PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1501.

1462 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322 OR N 3; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322 OR N 1 ff.

1463 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR N 3.

1464 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 323b OR N 2. Siehe zu den rechtlichen Fragen in Zusammenhang mit der Bezahlung von EU-Grenzgängerinnen und Grenzgängern in Euro, Rz 627 ff.

1465 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR N 4. Für eine Definition des üblichen Lohnes siehe Urteil des Bundesgerichts vom 23.08.1999, in JAR 2000 S. 109 ff., E. 3.

branchenüblichen Lohnbedingungen eingehalten werden. Ziel dieser Bestimmung ist einerseits der Schutz der ausländischen Arbeitskräfte vor finanzieller Ausbeutung und andererseits der Schutz der inländischen Arbeitnehmenden vor Lohndumping.[1466] Gemäss Art. 22 Abs. 1 VZAE bestimmen sich die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen nach den gesetzlichen Vorschriften, Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sowie den Lohn- und Arbeitsbedingungen für die gleiche Arbeit im selben Betrieb und in derselben Branche. Die Ergebnisse von statistischen Lohnerhebungen sind ebenfalls zu berücksichtigen.

618 Gesetzliche Mindestlohnvorschriften gibt es in der Schweiz auf Bundesebene nicht. Allerdings kennen die Kantone Genf[1467], Jura[1468] und Neuenburg[1469] kantonale Mindestlöhne, deren Höhe ungefähr 20 Fr./Stunde beträgt. Gesamtarbeitsverträge enthalten üblicherweise Mindestlohnansätze. Aufgrund des Günstigkeitsprinzips (Art. 357 Abs. 2 OR) darf von diesen Minimallöhnen zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. In der Praxis liegt dann auch die Grosszahl der Löhne über den Mindestlöhnen gemäss GAV.[1470] Die in einem Normalarbeitsvertrag (Art. 359 ff. OR) enthaltenen Vorschriften sind grundsätzlich dispositiver Natur. Nur die in einem NAV nach Art. 360a OR enthaltenen Mindestlöhne sind relativ zwingend, so dass davon einzig zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf.

619 Da die an inländische Arbeitnehmende gezahlten Löhne über den in gesetzlichen Vorschriften, Gesamtarbeits- und Normalarbeitsverträgen genannten Mindestlohnansätzen liegen können, sind zur Bestimmung der ort-, berufs- und branchenüblichen Lohnbedingungen im Sinne von Art. 22 AIG auch statistische Lohnerhebungen[1471] zu berücksichtigen.[1472] Die durch Art. 22 AIG

1466 CARONI ET AL., S. 176; SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4.

1467 Loi sur l'inspection et les relations du travail du 12.03.2004 (SR/GE J I 05).

1468 Loi sur le salaire minimum cantonal du 22.11.2017 (SR/JU 822.41).

1469 Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage du 25.05.2004 (SR/NE 813.10). Die gegen dieses Gesetz erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit BGE 143 I 403 ab.

1470 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322 OR N 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR N 5.

1471 Für Fundstellen statistischer Informationen siehe SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4. Zu erwähnen sind z.B. das Lohnbuch des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich, sowie die Lohnrechner des Bundesamts für Statistik und des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds.

1472 SPESCHA ET AL., S. 214; SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4.

vorgenommene Kontrolle der Lohnbedingungen für Wanderarbeitnehmende aus Drittstaaten sorgt somit dafür, dass ihre Erwerbstätigkeit dem Prinzip «gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort» folgt.[1473]

bb. Durchsetzung des Anspruchs

620 Art. 22 AIG auferlegt dem Arbeitgeber eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, der Arbeitnehmerin den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn zu bezahlen. Die Arbeitnehmerin kann ihren Anspruch auf den in der Arbeitsbewilligung genannten Lohn gestützt auf die Rezeptionsklausel von Art. 342 Abs. 2 OR auf dem Zivilweg gegenüber dem Arbeitgeber einklagen.[1474]

621 Liegt eine Arbeitsbewilligung vor, so bindet der darin für die entsprechende Tätigkeit festgelegte Lohn den Zivilrichter. Er darf somit nicht abweichend von der Arbeitsbewilligung für eine bestimmte Tätigkeit einen anderen Mindestlohn festlegen.[1475] Dies gilt auch, wenn das (in einem zweiten Vertrag) vereinbarte Entgelt, obwohl niedriger als der von der Verwaltungsbehörde gesetzte Lohn, über dem branchenüblichen Lohn für die betreffende Tätigkeit liegt. Die entsprechende vertragliche Lohnbestimmung, die nicht jener in der Arbeitsbewilligung entspricht, ist somit *ex lege* nichtig.[1476] Der Zivilrichter hat allenfalls aber durch Auslegung zu ermitteln, ob der in der Arbeitsbewilligung genannte Lohn nur den Grundlohn meint oder auch Zuschläge und Zulagen umfasst. Dabei hat er zu berücksichtigen, was konkret in der Bewilligung bzw. im Gesuch festgehalten wurde.[1477]

622 Etwas anderes gilt, wenn der Arbeitgeber keine Arbeitsbewilligung eingeholt hat[1478], oder wenn er von der Arbeitnehmerin die Ausübung einer üblicherweise besser bezahlten Tätigkeit als der in der Arbeitsbewilligung angegebenen, verlangt. In diesen Fällen kann die Arbeitnehmerin gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR eine zivilrechtliche, aus der in Art. 22 AIG festgelegten öffentlich-rechtlichen Verpflichtung abgeleitete, Forderung geltend machen, womit der

---

1473 PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1505.

1474 Siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR N 6 sowie BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 342 OR N 5 ff.

1475 BGE 122 III 110 E. 4d.

1476 BGE 129 III 618 E. 5.1 m.w.H.

1477 Siehe Urteil des Bundesgerichts 4P.181/2003 vom 03.11.2003 E. 3.4. Die kantonale Praxis hierzu ist gemäss STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR N 7, heterogen.

1478 Siehe hierzu ausführlich Rz 670 ff.

Zivilrichter verpflichtet wird, den damit konformen, üblichen Lohn vorfrageweise festzulegen.[1479]

cc. Vertragliche Anpassung des Lohnes

623 Eine Vertragsänderung ist im Arbeitsvertragsrecht grundsätzlich jederzeit möglich. Die Änderung kann formlos erfolgen und zwar auch bei schriftlich ausgefertigten Verträgen, die sogar stillschweigend geändert werden können.[1480] Entsprechend ist auch eine Anpassung der Lohnhöhe nach oben oder unten jederzeit möglich. Da eine Lohnerhöhung von Vorteil für den Arbeitnehmer ist, darf hier ohne weiteres seine Zustimmung angenommen werden.[1481] Bei einer Lohnkürzung hingegen gilt Stillschweigen des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht als Annahme, es sei denn, eine ausdrückliche Annahme sei nach den Umständen nicht zu erwarten.[1482] Solche Umstände liegen vor, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass die Arbeitgeberin von seinem Einverständnis zur Lohnkürzung ausgeht und sie andernfalls Massnahmen wie eine Entlassung veranlassen würde.[1483]

624 Handelt es sich beim Arbeitnehmer um einen zulassungsbedürftigen Drittstaatsangehörigen, so schützt Art. 22 AIG diesen insoweit vor einer Lohnkürzung[1484], als der in der Arbeitsbewilligung festgelegte Lohn ein Minimum[1485] darstellt, das nicht unterschritten werden darf. Dies entspricht der Schutzrichtung von Art. 22 AIG «nach unten», indem durch die Bewilligungspflicht Lohndumping und Ausbeutung verhindert werden sollen. Kürzt die Arbeitgeberin den Lohn, so kann der Arbeitnehmer die Zahlung des in der Arbeitsbewilligung festgelegten höheren Lohnes wie dargelegt über Art. 342 Abs. 2 OR gerichtlich durchsetzen.[1486] Andererseits handelt es sich bei dem in der Arbeitsbewilligung festgelegten Lohn um kein Maximum. Damit bleiben für

---

1479 BGE 122 III 110.

1480 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 OR N 4.

1481 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 OR N 4 und Art. 322 OR N 15.

1482 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR N 15.

1483 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 322 OR N 19; Urteile des Bundesgerichts 4A_223/2010 vom 12.06.2010 E. 2.1.2 und 4A_133/2015 vom 14.08.2015 E. 2.1. Für eine Kritik an dieser Rechtsprechung siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR N 15 m.w.H.

1484 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 322 OR N 15.

1485 Urteile des Bundesgerichts 4C.95/2002 vom 13.06.2002 E. 2 sowie 4C.230/1999 vom 15.09.1999, in JAR 2000 S. 91 ff., E. 2.

1486 Siehe Rz 620 ff.

den Arbeitnehmer günstigere Bestimmungen aus dem Einzelarbeitsvertrag, dem anwendbaren Gesamtarbeitsvertrag oder aus einem Normalarbeitsvertrag anwendbar.[1487] Dies verringert den durch die Bewilligungspflicht bestehenden Eingriff in die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien, indem diese «nach oben» beibehalten wird. Lohnerhöhungen, die sich während der Dauer der Bewilligung durch Nachverhandlungen, die (neue) Geltung oder die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV, oder den Erlass eines anwendbaren NAV ergeben können, erlangen somit vertragliche Wirkung zwischen den Parteien.

c. Diskriminierungsverbot gegenüber EU-Wanderarbeitnehmern

aa. Keine staatliche Kontrolle

625 Gegenüber EU-Wanderarbeitnehmenden ist die Schweiz an das Freizügigkeitsabkommen gebunden. Dieses enthält in Art. 7 lit. a i.V.m. Art. 9 Anhang I FZA ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot.[1488] Da eine vorgängige Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen von EU-Staatsangehörigen, wie sie die Schweiz gegenüber Drittstaatsangehörigen (Art. 22 AIG) durchführt, das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot verletzen würde, wurde diese nach Erlass des Abkommens schrittweise aufgehoben.[1489] Damit können die Arbeitsvertragsparteien (Arbeitgeber und EU-Wanderarbeitnehmer) den geschuldeten Lohn in den Schranken des zwingenden Rechts (zwingende Gesetzesvorschriften, GAV, NAV) ohne staatliche Kontrolle vereinbaren.

bb. Anspruch auf Entgeltgleichheit

626 Die fehlende staatliche Kontrolle setzt die EU-Wanderarbeitnehmenden einem gewissen Risiko einer Ungleichbehandlung im Vergleich zu ihren inländischen Arbeitskollegen durch den Arbeitgeber aus. Allerdings hält Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA fest, dass ein EU-Arbeitnehmer aufgrund seiner Staatsangehörigkeit hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf die Entlohnung, nicht anders behandelt werden

[1487] Urteile des Bundesgerichts 4C.95/2002 vom 13.06.2002 E. 2 sowie 4C.230/1999 vom 15.09.1999, in JAR 2000 S. 91 ff., E. 2.

[1488] Siehe dazu Rz 470 ff.

[1489] Siehe Rz 435 ff.

darf als inländische Arbeitnehmende.[1490] In der Lehre ist unbestritten, dass die Bestimmung von Art. 9 Anhang I FZA auch den Arbeitgeber verpflichtet[1491], das Bundesgericht liess die Frage in zwei im Januar 2019 ergangenen Urteilen allerdings offen.[1492]

627 Die Frage, ob EU-Wanderarbeitnehmende einer Lohndiskriminierung ausgesetzt sind, stellte sich in der Praxis im Zusammenhang mit der Ausrichtung des Lohnes in Euro für Arbeitnehmende mit Wohnsitz im EU-Ausland. Betriebe in Grenznähe ergriffen diese (und andere Massnahmen), als sich vor einigen Jahren der schweizerische Franken im Vergleich zum Euro stark aufwertete.[1493] Diese Praxis führte zu Gerichtsentscheiden des Kantonsgerichts Basel-Landschaft[1494], des Kantonsgerichts Jura[1495], sowie des Obergerichts des Kantons Schaffhausen[1496], wobei sich die Gerichte (auch) zur Frage äusserten, inwieweit die Ausrichtung des Lohnes in Euro das Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens verletzt. Hierbei ist zunächst daran zu erinnern, dass die Auszahlung des Lohnes in Euro grundsätzlich zulässig ist, da der Lohn gemäss Art. 323b Abs. 1 OR nur dann in gesetzlicher Währung auszurichten ist, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist.

1490 Siehe zur Auslegung dieser Bestimmung die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Abs. 1 Vo (EU) Nr. 492/2011, insbesondere EuGH, Urteil vom 12.02.1974, *Sotgiu,* C-152/73, EU:C:1974:13, Rn 7 ff. und Rn 10 ff., in Rz 351 ff.

1491 BOILLET, S. 238; PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 1503 f.; PÄRLI/STUDER, Rz 365; TOBLER, indirekte Diskriminierung, S. 657.

1492 Urteile des Bundesgerichts 4A_230/2018 vom 15.01.2019 E. 2.6 und 4A_215/2017 vom 15.01.2019 E. 5.3. Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 05.03.2010, in dem es die Frage, ob das Diskriminierungsverbot den Arbeitgeber unmittelbar verpflichtet, nicht ansprach, im Ergebnis allerdings einer indirekt diskriminierenden Bestimmung in einem GAV die Anwendung versagte.

1493 SCHWAAB, Rz 1; PÄRLI, Möglichkeiten und Schranken, Rz 1 ff.

1494 Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 400 12 152 vom 17.12.2012. Der Entscheid wurde ans Bundesgericht weitergezogen, dort war allerdings nur noch die Frage nach der Überstundenentschädigung strittig, siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_202/2013 vom 18.09.2013.

1495 Kantonsgericht Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017. Dieser Entscheid wurde ans Bundesgericht weitergezogen, siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_215/2017 vom 15.01.2019.

1496 Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen 10/2017/1 vom 20.02.2018. Dieser Entscheid wurde ans Bundesgericht weitergezogen, siehe Urteil 4A_230/2018 vom 15.01.2019.

Im Folgenden wird der Entscheid des Kantonsgerichts Jura stellvertretend für die anderen Gerichtsurteile dargestellt. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Arbeitgeberin entschloss sich ihren Grenzgängerinnen und Grenzgängern ab dem 1. Januar 2012 den Lohn in Euro auszuzahlen, um die Auswirkungen des starken Frankens aufzufangen. Solange der Währungskurs dabei unter 1.30 lag, wurde der vertraglich in Franken vereinbarte Lohn mit einem Wechselkurs von 1.30 in Euro umgerechnet.[1497] Dies hatte bei einem effektiv tieferen Wechselkurs eine Lohnreduktion für die Grenzgänger zur Folge. 628

Das Kantonsgericht prüfte den Sachverhalt unter Anwendung des Diskriminierungsverbots von Art. 9 Anhang I FZA, wobei es davon ausging, dass diesem unmittelbare Drittwirkung zukam.[1498] Es ging vom Vorliegen einer indirekten Diskriminierung aus, da die lohnsenkende Massnahme der Arbeitgeberin zwar nicht an die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmenden anknüpfe, aber an ihrem Status als «Grenzgänger» bzw. an ihren Wohnort in der Eurozone. Erfahrungsgemäss handle es sich bei Grenzgängern eher um ausländische Staatsangehörige als um Schweizer, womit die Massnahme in der Mehrzahl ausländische Staatsangehörige treffe.[1499] Demgegenüber machte die Arbeitgeberin geltend, es liege keine indirekte Diskriminierung vor, sondern eine Ungleichbehandlung in einer ungleichen Situation, was mit dem Gleichheitsgebot vereinbar sei.[1500] Sie verwies zur Unterstützung ihrer Argumentation auf das unterschiedliche Kaufkraftniveau in der Schweiz und in den Ländern der Euro-Zone.[1501] Das Gericht wies allerdings – m.E. zu Recht – darauf hin, dass das unterschiedliche Kaufkraftniveau am Wohnort des Arbeitnehmers keine Rolle spielen dürfe, wenn es darum gehe, festzustellen, ob eine indirekte Diskriminierung vorliege. Es verwies – unter Hinweis auf das Lohngleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 3 BV – darauf, dass der Lohn die Gegenleis- 629

[1497] Kantonsgericht Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017 Sachverhalt A.

[1498] Kantonsgericht Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017 E. 4 ff., insb. E. 4.2.3.

[1499] Dies war auch in tatsächlicher Hinsicht der Fall; siehe Entscheid des Kantonsgerichts Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017 E. 5.1.

[1500] Kantonsgericht Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017 E. 5.2.

[1501] Siehe zu dieser Argumentation ausführlich Stöckli, Lohngleichheit, Rz 15 ff. und die Kritik daran von Tobler, indirekte Diskriminierung, S. 662 ff. Die Argumentation wird von Pärli, Möglichkeiten und Schranken, Rz 81, und Schwaab, Rz 25, ebenfalls abgelehnt.

tung für die erbrachte Arbeit sei und dass diese grundsätzlich den Massstab darstelle, anhand der er vereinbart werde. Damit habe der ausländische Arbeitnehmer für eine gleichwertige Arbeit grundsätzlich Anspruch auf den gleichen Lohn. Darüber hinaus würde man das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit seiner Substanz entleeren, mache man die Lohnhöhe von weiteren Kriterien wie dem Wohnort des Arbeitnehmers, des Preisniveaus an diesem Ort oder auch des Steuertarifs abhängig.[1502]

630 Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung verzichtete das Kantonsgericht Jura unter Darlegung der unionsrechtlichen Rechtsprechung auf eine Prüfung der von der Arbeitgeberin vorgebrachten Argumente[1503], da wirtschaftliche und finanzielle Gründe keine zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses darstellten, die es der Arbeitgeberin erlauben würden, vom Prinzip der Nichtdiskriminierung abzuweichen.[1504] Im Übrigen verletze die Massnahme der Arbeitgeberin auch das Verhältnismässigkeitsprinzip. Bei finanziellen oder wirtschaftlichen Schwierigkeiten seien andere Massnahmen als solche mit einem diskriminierenden Charakter vorstellbar, die sie hätte ergreifen können.[1505] Das Kantonsgericht Jura kam zum Schluss, dass die Vereinbarung über die Auszahlung des Lohnes in Euro mit einem Wechselkurs von 1.30 aufgrund von Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA nichtig sei. Es hielt weiter fest, dass es sich beim Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit um eine «unabdingbare Vorschrift des Gesetzes» im Sinne von Art. 341 Abs. 1 OR handle, womit der Arbeitnehmer aus sich daraus ergebenden Forderungen nicht verzichten könne.[1506]

631 Das Urteil des Kantonsgerichts Jura sowie jenes des Obergerichts Schaffhausen wurden ans Bundesgericht weitergezogen[1507]. Dieses legte die anwendbaren Rechtsgrundlagen sowie die dazu ergangene Rechtsprechung ausführ-

---

1502 Kantonsgericht Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017 E. 5.2.1.

1503 Siehe zur unionsrechtlichen Zulässigkeit von Privaten sich auf Rechtfertigungsgründe zu berufen, Rz 290.

1504 Kantonsgericht Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017 E. 6.1. Siehe auch TOBLER, indirekte Diskriminirung, S. 670 f.

1505 Kantonsgericht Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017 E. 6.2; siehe in diesem Zusammenhang auch den Beitrag von PÄRLI, Möglichkeiten und Schranken.

1506 Kantonsgericht Jura, Arrêt de la Cour civile CC 96/2016 du 10.03.2017 E. 7.

1507 Urteile des Bundesgerichts 4A_215/2017 und 4A_230/2018, beide vom 15.01. 2019.

lich dar[1508], liess aber im Ergebnis die Frage, ob das Diskriminierungsverbot von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA private Arbeitgebende unmittelbar binde ebenso wie die Frage, ob – bei Bejahung der unmittelbaren Drittwirkung von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA – Rechtfertigungsgründe für eine allfällige Arbeitnehmerdiskriminierung vorlägen, offen.[1509] Es entschied, die Berufung der Arbeitnehmerin auf das Diskriminierungsverbot sei rechtsmissbräuchlich, da: «wenn die [Arbeitnehmerin] Jahre später das wirtschaftlich motivierte Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens anruft, obwohl sie der Lohnmassnahme zugestimmt hatte im Wissen, dass damit in einer wirtschaftlichen Ausnahmesituation auch ihr Arbeitsplatz gesichert werden sollte, […] dies als zweckwidrige Verwendung des Rechtsinstituts des Diskriminierungsverbots nach Art. 9 Anhang I FZA [erscheint], weil sie damit die [Arbeitgeberin] davon abhielt, gegebenenfalls in Frage kommende alternative Rettungsmassnahmen zu treffen»[1510].

Diese Argumentation des Bundesgerichts ist in zweifacher Hinsicht zu kriti- 632
sieren. Sie verkennt einerseits die Zweckrichtung des freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots, die darin liegt, EU-Wanderarbeitnehmende vor Ausbeutung und inländische Arbeitskräfte vor einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zu schützen.[1511] Es handelt sich dabei um eine Umsetzung des Anspruchs auf «gleichen Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort», die im Gegensatz zur Regelung für Drittstaatsangehörige nach Art. 22 AIG nicht von einer staatlichen Kontrolle abhängt – die im Übrigen nur bei der Erstzulassung zum Zweck der Erwerbstätigkeit greift – sondern in der Verantwortung der arbeitsvertraglichen Parteien liegt. Damit das Diskriminierungsverbot seine volle Wirkung entfalten kann, setzt dies aber voraus, dass private Arbeitgebende an das Verbot gebunden sind, und dass die schweizerischen Gerichte bereit sind, es in Einzelfällen durchzusetzen. Verweigern die Gerichte den notwendigen Rechtsschutz, so eröffnen sie Arbeitgebenden die Möglichkeit EU-Wanderarbeitnehmende systematisch zu tieferen Löhnen an-

[1508] Urteile des Bundesgerichts 4A_230/2018 vom 15.01.2019 E. 2 und 4A_215/2017 vom 15.01.2019 E. 5.

[1509] Urteile des Bundesgerichts 4A_230/2018 vom 15.01.2019 E. 2.6 und 4A_215/2017 vom 15.01.2019 E. 5.3.

[1510] Urteil des Bundesgerichts 4A_230/2018 vom 15.01.2019 E. 3.2. Siehe auch die gleichen Überlegungen im Urteil des Bundesgerichts 4A_215/2017 vom 15.01.2019 E. 6.2.

[1511] PÄRLI, Eurolohn, Rz 26; siehe auch EuGH, Urteil vom 04.04.1974, *Kommission / Frankreich,* C-167/73, EU:C:1974:35, Rn 45/47.

zustellen, was im Ergebnis auch die Löhne von inländischen Arbeitnehmenden unter Druck setzt.[1512] Dabei ist zu beachten, dass ein Arbeitgeber selbstverständlich weiterhin Differenzierungen in der Lohnhöhe zwischen in- und ausländischen Arbeitnehmenden vornehmen darf, soweit die Lohnbemessungskriterien in einem sachlichen Zusammenhang zur tatsächlich ausgeübten Arbeit stehen und sich nicht einzig auf die Staatsangehörigkeit stützen. Im Ergebnis setzt das Freizügigkeitsabkommen damit zwar der vertraglichen Inhaltsfreiheit der Arbeitgebenden Schranken, es erweitert diese allerdings auch, indem es die vorgängige, staatliche Kontrolle abschafft und damit den Vertragsparteien im Rahmen des geltenden Rechts mehr Gestaltungsmöglichkeiten bietet.[1513]

633 Soweit sich das Bundesgericht weiter auf das Institut des Rechtsmissbrauchs stützt, erscheint diese Argumentation im Hinblick auf seine diesbezügliche Rechtsprechung im Arbeitsrecht, nach der im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung des Rechts nur Rechtsmissbrauch zu erblicken ist, wenn besondere Umstände vorliegen[1514], fraglich.[1515] Im vorliegenden Fall lagen gemäss dem Bundesgericht solche besonderen Umstände in der schwierigen wirtschaftlichen Lage der Arbeitgeberin aufgrund der Eurokrise.[1516] Dabei scheint es allerdings zu übersehen, dass es der Arbeitgeberin ein Leichtes gewesen wäre, die notwendige Kostensenkung durch andere, nichtdiskriminierende, Massnahmen zu erreichen.[1517]

d. Lohnfortzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung

aa. Gesetzliche Regelung und Leistungen durch private Krankentaggeldversicherer

634 Ist der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so verpflichtet Art. 324a OR den

---

[1512] Siehe auch PÄRLI, Eurolohn, Rz 26.

[1513] PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz 991.

[1514] Siehe die Zusammenstellung der Rechtsprechung in den Urteilen des Bundesgerichts 4A_230/2018 vom 15.01.2019 E. 3.1 und 4A_215/2017 vom 15.01.2019 E. 6.1.

[1515] PÄRLI, Eurolohn, Rz 36.

[1516] Urteile des Bundesgerichts 4A_230/2018 vom 15.01.2019 E. 3.2 und 4A_215/2017 vom 15.01.2019 E. 6.2.

[1517] PÄRLI, Eurolohn, Rz 39 f.

Arbeitgeber ihm für eine beschränkte Zeit, die im ersten Dienstjahr drei Wochen und nachher eine angemessene längere Zeit[1518] umfasst, den darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Das Gesetz zählt exemplarisch die folgenden Gründe auf, welche die Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar machen können: Krankheit, Unfall, die Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes (Abs. 1) sowie Schwangerschaft (Abs. 3).

635 Im Falle einer Arbeitsverhinderung erbringen allerdings häufig die (obligatorischen) Sozialversicherungen die Leistungen, zu denen eigentlich der Arbeitgeber verpflichtet wäre. Dies ist zum Beispiel bei Unfall, Mutterschaft und Militärdienst der Fall.[1519] Im Krankheitsfall kennt das schweizerische Recht allerdings keine obligatorische Versicherung für Arbeitnehmende. Bezüglich der Lohnfortzahlung greift einzig der begrenzte Schutz von Art. 324a OR, allerdings schliessen viele Arbeitgebende gegen die krankheitsbedingten Folgen freiwillig oder aufgrund einer Verpflichtung aus einem Gesamtarbeitsvertrag Verträge mit privaten Krankentaggeldversicherungen ab. In der Praxis handelt es sich dabei häufig um eine kollektive Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG[1520]).[1521]

636 Bei der Taggeldversicherung nach VVG handelt es sich um eine Privatversicherung, womit den Parteien aufgrund der Vertragsfreiheit ein weiter Spielraum in der Vereinbarung von Taggeldlösungen zukommt.[1522] Inhaltlich bestimmt sich der Versicherungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Versicherer nach den vorformulierten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) und den Besonderen Vertragsbedingungen sowie der Versicherungspolice. Zu den regelungsbedürftigen Bereichen zählen insbesondere die versicherten Risiken, die Höhe und die Dauer der Leistungen, die Prämien und die Vertragsdauer.[1523] Zu den grundsätzlichen Leistungsvoraussetzungen gehören neben

---

1518 In der Praxis wurden im Interesse der Rechtssicherheit Skalen (Berner, Basler und Zürcher Skala) entwickelt, die Hinweise auf die Dauer der Lohnfortzahlung ab dem zweiten Dienstjahr geben, siehe BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a OR N 28.

1519 Siehe im Falle eines Unfalls die Regelung im UVG, im Falle von Mutterschaft und Militärdienst die Regelung im Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG) vom 25.09.1952, SR 834.1.

1520 SR 221.229.1.

1521 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a OR N 35; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b OR N 13; PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz 314 f.

1522 PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz 347 und Rz 367.

1523 PÄRLI/HUG, Rz 15.43.

dem Vorliegen eines Versicherungsverhältnisses, eine (krankheitsbedingte) Arbeitsunfähigkeit im Sinne der vertraglichen Vereinbarung, das fehlende Vorliegen der der Arbeitsunfähigkeit zugrundeliegenden Ursache zur Zeit des Vertragsabschlusses und das Fehlen eines entsprechenden Gesunheitsvorbehalts, sowie der Ablauf der vereinbarten Wartefrist.[1524] Darüber hinaus darf das versicherte Ereignis nicht absichtlich herbeigeführt worden sein. Bei Grobfahrlässig kann der Versicherer die Leistungen kürzen (Art. 14 VVG).

637 Bei Eintritt des Krankheitsfalls beträgt die Höhe und die Dauer der Leistung üblicherweise (allenfalls nach einer Karenzfrist von zwei bis drei Tagen) 80 % des Lohnausfalls während 720 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 900 Tagen.[1525] Die Ausgestaltung der meisten Versicherungen ähnelt sich, da mit dieser Lösung eine Koordination mit dem Arbeitsrecht (im Sinne gleichwertiger Versicherungslösungen nach Art. 324a Abs. 4 OR) erreicht wird.[1526]

bb. Territoriale Einschränkungen der Leistungserbringung durch Krankentaggeldversicherer

638 Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 324a OR endet zusammen mit dem Arbeitsverhältnis, es sei denn, die weitere Ausrichtung der Lohnfortzahlung sei durch die Parteien vereinbart worden.[1527] Hingegen erfolgt die Ausrichtung des Taggelds einer Krankentaggeldversicherung nach VVG grundsätzlich unabhängig vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses und wird somit in der Regel auch nach dessen Ende weiter ausgerichtet, wenn das versicherte Ereignis während der Dauer des Versicherungsschutzes eingetreten ist.[1528] Die Kollektivtaggeldversicherung kann aber im Versicherungsvertrag oder in ihren AVB den Leistungsanspruch über die Dauer des Versicherungsschutzes hinaus einschränken oder aufheben.[1529]

639 Solche Einschränkungen oder Ausschlüsse sehen die AVB häufig bei Auslandsbezug vor. So kann der Versicherungsschutz auf Personen beschränkt werden, die in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein wohnen, oder

---

1524 PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz 349; siehe zu diesen Voraussetzungen ausführlich dies., Rz 350 ff.

1525 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a OR N 53.

1526 PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz 367.

1527 PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz 186.

1528 PÄRLI/HUG, Rz 15.101; PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz 361. Siehe BGE 124 III 126 E. 2; BGE 127 III 106 E. 3; BGE 127 III 318 E. 3 und E. 4.

1529 PÄRLI/HUG, Rz 15.102; PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz 362.

er endet bei Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland automatisch oder nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne.[1530] Von der Rechtsprechung werden solche Klauseln als nicht ungewöhnlich und branchenüblich qualifiziert.[1531] Diese Regelungen sind aber einerseits für Grenzgängerinnen und Grenzgänger, die in der Schweiz arbeiten[1532], und andererseits für ausländische Staatsangehörige, die nach Beendigung des Arbeitsvertrags in ihr Heimatland zurückkehren (müssen), problematisch.

Handelt es sich bei der fremden Staatsangehörigen um eine EU-Bürgerin, so sind die territorialen Einschränkungen in den Allgemeinen Vertragsbestimmungen am Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens zu prüfen[1533]. Da die AVB üblicherweise an den ausländischen Wohnsitz – und nicht an die Staatsangehörigkeit – anknüpfen, ist von einer indirekten Diskriminierung auszugehen. Damit greift das Diskriminierungsverbot von Art. 9 Anhang I FZA, das einerseits eine Gleichbehandlung in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (Abs. 1) und andererseits einen Anspruch auf die gleichen sozialen Vergünstigungen (Abs. 2)[1534] vorsieht. 640

Bei Eintritt des Krankheitsfalls hat die Arbeitnehmerin gegenüber der Versicherung ein selbständiges Forderungsrecht (Art. 87 VGG). Zu prüfen ist, ob das Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens die Krankentaggeldversicherer unmittelbar bindet. Der Wortlaut von Art. 9 Anhang I FZA enthält keine Hinweise darüber, wer Adressat der Bestimmung ist. In analoger Anwendung der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Anwendung des Diskriminierungsverbots gegenüber Arbeitgebenden ist die Frage aber zu bejahen. Der EuGH hat nämlich ausgeführt, «dass die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnten, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtun- 641

[1530] HÄBERLI/HUSMANN, Rz 934 mit Hinweis auf die AVB verschiedener Krankentaggeldversicherer.

[1531] Urteile des Bundesgerichts 4A_592/2015 vom 18.03.2016 E. 5; 4A_329/2016 vom 20.09.2016 E. 5.

[1532] HÄBERLI/HUSMANN, Rz 935; SCHNEIDER/TROILLET, S. 253.

[1533] Im Urteil 4A_329/2016 vom 20.09.2016, in dem es um eine Klausel ging, nach der die Versicherung ausser Kraft trete, sobald sich die versicherte Person länger als drei Monate im Ausland aufhalte, äusserte sich das Bundesgericht allerdings nicht zum Freizügigkeitsabkommen.

[1534] Siehe zum Begriff der «sozialen Vergünstigungen» BOILLET, S. 175 f.

gen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen»[1535]. Damit steht das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot zwar der im Bereich des VVG geltenden Vertragsfreiheit entgegen, diese Lösung ist aber im Hinblick darauf, dass es sich bei der Kollektivkrankentaggeldversicherung um eine gleichwertige Lösung im Sinne von Art. 324a OR, der unbestrittenermassen «Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen» im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA regelt, sowie im Hinblick auf die Marktmacht der Versicherer gegenüber Arbeitgebenden, die faktisch verpflichtet sind, diskriminierende Bestimmungen in den AVB zu übernehmen, gerechtfertigt[1536]. Damit kann die Arbeitnehmerin ihren Anspruch auf die ihr geschuldeten diskriminierungsfreien Leistungen direkt gegenüber dem Versicherer geltend machen.[1537]

642 Diskriminierungen können gerechtfertigt werden, wobei im Einzelfall zu prüfen sein wird, ob eine Einschränkung der Leistungserbringung ins Ausland zur Wahrung der Kontrollmöglichkeiten des Taggeldversicherers (z.B. zur Aufbietung der Versicherten zu einer Untersuchung oder zur Regelung des Case-Managements) einen sachlichen Grund darstellt und verhältnismässig ist.[1538] Scheitert die Rechtfertigungsprüfung, so ergeben sich die Rechtsfolgen aus Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA, der alle diskriminierenden Bestimmungen in Tarif- und Einzelarbeitsverträgen für nichtig erklärt.

643 Handelt es sich beim versicherten Arbeitnehmer um einen Drittstaatsangehörigen, so stehen solche territorialen Einschränkungen keinem auf ihn anwendbaren Diskriminierungsverbot entgegen.[1539] Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein Arbeitsvertrag, der eine kollektivvertragliche Lösung mit territorialer Einschränkung vorsieht, noch die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 22 AIG einhält. Hierbei ist zuerst zu ermitteln, ob es sich bei den Taggeldleistungen einer Kollektivkrankentaggeldversicherung um «Lohn» im Sinne von Art. 22 AIG handelt.

644 Das Bundesgericht hat sich mit einer ähnlichen Fragestellung in BGE 124 III 126 auseinandergesetzt. In diesem Fall hatte es die Frage zu beurteilen, ob zu den Lohnbestimmungen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 AVG auch die Be-

---

1535 EuGH, Urteil vom 15.12.1995, *Bosman,* C-415/93, EU:C:1995:463, Rn 83.

1536 Siehe auch SCHNEIDER/TROILLET, S. 271.

1537 HÄBERLI/HUSMANN, Rz 947; SCHNEIDER/TROILLET, S. 268 f.

1538 Siehe Urteil des Bundesgerichts 5A_592/2015 vom 18.03.2016 E. 5.3.

1539 Siehe betreffend Art. 8 BV Rz 533 ff. sowie Urteil des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 01.06.2006 E. 3.

stimmungen über die Krankentaggelder gehören. In Anwendung der vom Bundesgericht verwendeten Argumentation ist zur Beantwortung der vorliegenden Frage zunächst auf den Wortlaut und die Systematik des Obligationenrechts, das in Art. 324a f. OR den Randtitel «Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung» verwendet, zu verweisen und darauf aufmerksam zu machen, dass der Schutz des Arbeitnehmers gegen den Verdienstausfall infolge Arbeitsunfähigkeit in den Lohnkosten inbegriffen ist.[1540] Weiter ist aber auch die Zielsetzung von Art. 22 AIG zu beachten.[1541] Diese Bestimmung stellt keinen Gleichbehandlungstatbestand dar, sondern vorfolgt den Zweck bei der Erstzulassung die ausländischen Arbeitskräfte vor finanzieller Ausbeutung und die inländischen Arbeitnehmenden vor Lohndumping zu schützen.[1542] Betreffend die erste Zielsetzung (Schutz vor Ausbeutung) stellt sich die Frage, ob bei fehlendem Leistungsexport von Taggeldleistungen einer Kollektivkrankentaggeldversicherung ins Ausland von «Ausbeutung» gesprochen werden kann. Zu beachten ist aber auch, dass auch der Wanderarbeitnehmer einen Anteil an den Versicherungsprämien gezahlt hat. Zusätzlich will Art. 22 AIG auch verhindern, dass Arbeitgebende sich unzulässige Wettbewerbsvorteile durch billige ausländische Arbeitskräfte verschaffen. Dieser Zielsetzung (Schutz vor Lohndumping) kommt allerdings vor allem Bedeutung zu, solange der fremde Staatsangehörige in der Schweiz arbeitet. Somit ist fraglich, ob Art. 22 AIG nach der Ausreise des fremden Staatsangehörigen überhaupt noch greift.

Kommt man zum Schluss bei Taggeldleistungen einer Kollektivkrankentag- 645
geldversicherung handle es sich um «Lohn» im Sinne von Art. 22 AIG, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Hat die Arbeitgeberin für den Fall einer Lohnfortzahlung im Krankheitsfall auf eine Versicherungslösung zurückgegriffen, so verlangt Art. 324a Abs. 4 OR eine schriftliche Vereinbarung, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zumindest einen Verweis im Arbeitsvertrag auf die entsprechenden Dokumente verlangt.[1543] Damit wird die Regelung von der behördlichen Arbeitsbewilligung mitumfasst, womit insbesondere dann, wenn der Vertrag einen Hinweis auf die Leistungseinschrän-

[1540] BGE 124 III 126 E. 1b/bb.

[1541] Siehe BGE 124 III 126 E. 1b/bb, in dem sich das Bundesgericht mit der Zielsetzung von Art. 20 Abs. 1 AVG auseinandersetzte.

[1542] CARONI ET AL., S. 176.

[1543] HÄBERLI/HUSMANN, Rz 420 m. Vw. auf Urteil des Bundesgerichts 4A_98/2014 vom 10.10.2014 E. 4.2.1.

kung bei Auslandsaufenthalten enthält[1544], kein Raum für Ansprüche des (ausländischen) Arbeitnehmers bleibt. Enthält hingegen der bewilligte Arbeitsvertrag (bzw. die Dokumente, auf die er verweist) keinen entsprechenden Hinweis auf Leistungseinschränkungen bei Auslandsaufenthalt, so hat der Arbeitnehmer gemäss Art. 97 OR (gegebenenfalls i.V.m. Art. 22 AIG i.V.m. Art. 342 Abs. 2 OR) einen Schadenersatzanspruch gegen die Arbeitgeberin, wenn die Versicherung keine oder nicht die von der Arbeitgeberin versprochene Leistung erbringt.[1545]

4. Weitere Arbeitsbedingungen

646 Bei der Beschäftigung einer ausländischen Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber neben den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohnbedingungen auch die geltenden Arbeitsbedingungen einzuhalten. Dazu gehören namentlich Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit, zur Mindestdauer der Ferien, der Arbeitssicherheit und dem Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, über den Schutz von Schwangeren, jüngst entbundenen Frauen, sowie Kindern und Jugendlichen, und über die Nichtdiskriminierung, namentlich die Gleichbehandlung von Frau und Mann.[1546] Die entsprechenden Vorschriften finden sich dabei einerseits im Arbeitsvertragsrecht, wobei insbesondere die zwingenden Vorschriften (Art. 361 und 362 OR) zu beachten sind, sowie in Gesamt- und Normalarbeitsverträgen. Andererseits spielt hier auch das öffentliche Arbeitsrecht[1547], das Mindeststandards zum Schutz der Gesundheit und der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden enthält, eine grosse Rolle.

647 Verpflichtet sich ein Arbeitgeber im schriftlichen Arbeitsvertrag, den er gemäss Art. 22 Abs. 2 VZAE den Behörden einzureichen hat, gegenüber einer Drittstaatsangehörigen zur Einhaltung bestimmter, über den rechtlichen Minimalschutz hinausgehenden Arbeitsbedingungen, so stellt sich die Frage, ob deren Einhaltung durch die Erteilung der Arbeitsbewilligung nach Art. 22 AIG i.V.m. Art. 342 Abs. 2 OR grundsätzlich zu einer öffentlich-rechtlichen Pflicht

---

[1544] Dies sollte aufgrund der damit zusammenhängenden Verhaltenspflichten der Versicherten grundsätzlich immer Bestandteil der schriftlichen Regelung zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer sein, siehe HÄBERLI/HUSMANN, Rz 415.

[1545] Siehe BGE 127 III 318 E. 5; BGE 124 III 126 E. 4 sowie PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz 391.

[1546] Siehe die entsprechende Aufzählung in Art. 2 Abs. 1 lit. b bis f EntsG.

[1547] Siehe Rz 457.

des Arbeitgebers wird, welche die Arbeitnehmerin auf dem Zivilweg einklagen kann.[1548]

In einem Entscheid, in dem es um die Zulässigkeit der nachträglichen Umwandlung eines unbefristeten in einen befristeten Vertrag ging, verneinte das Bundesgericht diese Frage.[1549] Es begründete seine Auffassung mit Art. 9 BVO (heute: Art. 22 AIG), der bezwecke den sozialen Frieden zu erhalten. Es wäre kaum verständlich, wenn diese Bestimmung in Anbetracht der verfolgten Ziele die Vertragsfreiheit der Parteien, ihren Arbeitsvertrag zu ändern, beschränken könnte, da die Parteien nur dessen Dauer auf die von der erteilten Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung umfasste Dauer begrenzten. Die Vereinbarung, welche die Dauer des Arbeitsvertrags nachträglich befristete, war somit nicht gestützt auf Art. 22 AIG *ex lege* nichtig.[1550] Diesem Entscheid ist im Hinblick auf die immer gegebene Kündigungsmöglichkeit unbefristeter Verträge zuzustimmen. 648

Anders entschied das Bundesgericht als es um die Frage des Beschäftigungsgrads ging: So hielt es in BGE 135 III 162 fest, eine ausländische Hausangestellte in den Diensten einer Diplomatin könne sich vor dem Zivilrichter gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR auf die von der Arbeitgeberin abgegebene Garantieerklärung, in der diese sich gegenüber der Schweizerischen Eidgenossenschaft verpflichtet hatte, ihre Arbeitnehmerin in Vollzeit zu beschäftigen, berufen.[1551] Das Bundesgericht führte aus, das Erfordernis einer Vollzeitbeschäftigung als Voraussetzung der Bewilligungserteilung solle der Hausangestellten ausreichende Mittel für ihren Lebensunterhalt garantieren, da sich mit einer Teilzeitbeschäftigung in diesem Sektor kaum ein Einkommen zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz erzielen liesse. Diese Voraussetzung diene damit einerseits dem Schutz der ausländischen Hausangestellten und andererseits der Vermeidung von Schwarzarbeit als Ursache von Lohndumping zum Nachteil der schweizerischen Arbeitnehmenden. Dieses 649

[1548] BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 342 OR N 14, bejahen diese Frage, da das gesetzlich vorgeschriebene Verknüpfen der öffentlich-rechtlichen Arbeitsbewilligung mit bestimmten Arbeitsbedingungen nicht nur zum Schutz der inländischen Arbeitnehmenden vor übermässigem Konkurrenzdruck erfolge, sondern gleichzeitig auch zum Schutz der ausländischen Arbeitnehmenden gegenüber Übervorteilung.

[1549] BGE 129 III 618.

[1550] BGE 129 III 618 E. 6.1.

[1551] BGE 135 III 162 E. 3.2; besprochen durch GLOOR, S. 217 f.; bestätigt in BGE 138 III 750 E. 2.3 ff.

doppelte Schutzziel entspreche dem von Art. 9 BVO (heute: Art. 22 AIG) verfolgten Zweck, vom Arbeitgeber, der eine Drittstaatsangehörige beschäftigt, die Einhaltung der üblichen Lohnbedingungen zu verlangen. In dieser Hinsicht spiele der vorgeschriebene Beschäftigungsgrad, der zwangsläufig einen Einfluss auf die Entlöhnung habe, eine ähnliche Rolle wie der von der kantonalen Behörde in der für arbeitswillige Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz geltenden ordentlichen Regelung genehmigte Lohn.[1552]

650 Dies weist darauf hin, dass im Bereich der Arbeitsbedingungen die Frage danach, ob deren Einhaltung eine öffentlich-rechtliche Pflicht nach Art. 22 AIG i.V.m. Art. 342 Abs. 2 OR des Arbeitgebers darstellt, differenziert zu beantworten ist. Während in Bezug auf die Entlöhnung eine Vertragsänderung nach Bewilligungserteilung nur im Sinne einer Lohnerhöhung zulässig ist[1553], hängt die Zulässigkeit der Vertragsänderung bei den Arbeitsbedingungen von weiteren Überlegungen ab. Insbesondere wenn die Vertragsänderung zu einer lohnmässigen Schlechterstellung der Arbeitnehmerin führt, z.B. bei einer Reduktion des Beschäftigungsgrads, ist sie nicht zulässig. Es ist allerdings nicht möglich über den Umweg der Arbeitsbewilligung die Kündigungsfreiheit einzuschränken, was zur Folge hat, dass auch die Möglichkeit eines Wechsels von einem unbefristeten zu einem befristeten Vertrag bestehen bleibt.

651 Gegenüber EU-Staatsangehörigen greift auch in diesem Zusammenhang das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot, das nach der vorliegend vertretenen Meinung auch den Arbeitgeber bindet[1554]. Gerichtsentscheide zur Frage einer möglichen Diskriminierung im Zusammenhang mit den Arbeitsbedingungen sind allerdings soweit ersichtlich (noch) nicht ergangen. Mögliche Situationen, in denen das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot zum Tragen kommen könnte, liegen zum Beispiel vor, wenn ein Arbeitgeber Arbeitnehmende aus dem EU-Raum – im Gegensatz zu inländischen Arbeitnehmenden – nur befristet, in Teilzeit oder auf Abruf anstellt, oder wenn er ihnen bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten zuerst kündigt, ohne dass diese Massnahme sachlich, d.h. ohne Bezug auf die Nationalität, gerechtfertigt wäre.

[1552] BGE 135 III 162 E. 3.2.2.

[1553] Siehe Rz 624.

[1554] Siehe zur Bindung der Arbeitgebenden an das Diskriminierungsverbot Rz 626 ff., insb. Rz 632.

F. Weitere Einschränkungen der Inhaltsfreiheit zum Schutz des Arbeitsmarktes

Das schweizerische Recht kennt neben den bereits dargelegten Einschränkungen weitere Bestimmung, welche in die Inhaltsfreiheit des Individualarbeitsvertrags eingreifen. 652

1. Genuss der in Gesamtarbeitsverträgen vereinbarten Lohn- und Arbeitsbedingungen

Für den Individualarbeitsvertrag geltende Lohn- und Arbeitsbedingungen werden nicht nur durch zwingende Gesetzesvorschriften oder Einzelabrede, sondern auch in Gesamtarbeitsverträgen festgelegt (Art. 356 Abs. 1 OR).[1555] Die solcherart ausgehandelten Lohn- und Arbeitsbedingungen binden allerdings grundsätzlich nur die vertragsschliessenden Arbeitgebenden und die Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände.[1556] 653

Das Gesetz sieht in Art. 22 AIG allerdings eine indirekte Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen vor.[1557] Gemäss dieser Bestimmung ist die Arbeitgeberin verpflichtet, gegenüber zulassungspflichtigen Drittstaatsangehörigen die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einzuhalten, die sich u.a. aus Gesamtarbeitsverträgen ergeben (Art. 22 VZAE). Über die behördliche Arbeitsbewilligung kann ein Gesamtarbeitsvertrag somit indirekt Wirkung auf ein Arbeitsverhältnis entfalten, das diesem nicht untersteht, da weder die Arbeitgeberin noch der Arbeitnehmer Mitglied eines vertragsschliessenden Verbandes sind noch sich dem GAV freiwillig angeschlossen haben (Art. 356b OR), und der Gesamtarbeitsvertrag nicht allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Für EU-Wanderarbeitnehmende hingegen gibt es keine Art. 22 AIG entsprechende Bestimmung, die eine indirekte Wirkung eines Gesamtarbeitsvertrags auf das Arbeitsverhältnis zur Folge hätte. Das Freizügigkeitsabkommen enthält zwar in Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA ein Diskriminierungsverbot, das eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Lohn- und Arbeitsbedingungen ausschliesst, das schweizerische Recht erlaubt allerdings sogenannte *Preferential-shop*- bzw. Differenzierungsklauseln in einem Gesamtarbeitsvertrag. Diese Klauseln, die eine Besserstellung der dem GAV unterstellten Arbeitnehmenden gegenüber den übrigen Arbeitnehmenden 654

[1555] Siehe auch Rz 459 f.

[1556] GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 837 f.

[1557] PORTMANN/WILDHABER, Rz 1114.

bezwecken, sind zulässig, sofern die vertragsschliessenden Parteien dem Aussenseiter den uneingeschränkten Anschluss an den GAV gemäss Art. 356b OR ermöglichen und die gewährten Vorteile nicht übermässig sind.[1558] Daraus folgt, dass ein EU-Wanderarbeitnehmer grundsätzlich einem Arbeitnehmerverband beitreten oder sich einem GAV anschliessen muss, um in den Genuss der ausgehandelten Lohn- und Arbeitsbedingungen zu kommen. Allerdings wird eine Arbeitgeberin im Allgemeinen sowieso bestrebt sein, möglichst einheitliche Arbeitsbedingungen für ihre Arbeitnehmenden zu schaffen, wozu es verschiedene Möglichkeiten wie Ausdehnungsklausel, Unterstellungserklärung oder Abrede im Einzelarbeitsvertrag gibt.[1559]

655 Neben einer Einschränkung der Inhaltsfreiheit des Einzelarbeitsvertrags kann auch die Inhaltsfreiheit eines Gesamtarbeitsvertrags selbst durch das Migrationsrecht eingeschränkt werden, wobei insbesondere an das Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens zu denken ist. Wie bereits dargelegt bindet nach der vorliegend vertretenen Meinung das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot auch private Arbeitgebende. Insoweit, als es um kollektive Regelungen geht, wird damit die vorherrschende Lehrmeinung geteilt.[1560] Im einzigen, zu dieser Frage ergangenen Bundesgerichtsentscheid, ging es um eine Klausel in einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag, die eine mindestens dreijährige Tätigkeit auf einer schweizerischen Baustelle vorsah, um in eine höhere Lohnklasse eingeteilt zu werden. Das Bundesgericht erachtete diese Bestimmung als indirekt diskriminierend im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA.[1561] Da keine Rechtfertigungsgründe vorlagen, stützte es den vorinstanzlichen Entscheid, zum Aufstieg in die höhere Lohnklasse auch eine dreijährige Tätigkeit auf einer ausländischen Baustelle genügen zu lassen.[1562] Im Ergebnis ging das Bundesgericht somit von einer Bindungswirkung des Diskriminierungsverbots für kollektive Regelungen aus, machte allerdings im Urteil keine Ausführungen dazu.

656 Eine weitere Einschränkung der Inhaltsfreiheit des Gesamtarbeitsvertrags ergibt sich aus Art. 356a OR, wonach Bestimmungen, durch die Arbeitneh-

---

1558 BIANCHI, Art. 356a OR N 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 356a OR N 6.

1559 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 837b und Rz 845.

1560 BOILLET, S. 234; BORGHI, N 65 ff.; EPINEY/BLASER, Art. 7 FZA N 7; TOBLER, Inländervorrang, S. 196. Siehe Rz 579.

1561 Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 05.03.2010 E. 1.5.2.

1562 Urteil des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 05.03.2010 E. 1.5.3.

mende von einem bestimmten Beruf oder einer bestimmten Tätigkeit oder von einer hiefür erforderlichen Ausbildung ausgeschlossen oder darin beschränkt werden, nichtig sind. Sieht der Gesamtarbeitsvertrag somit eine Bestimmung vor, welche den angeschlossenen Arbeitgebenden die Anstellung eines fremden Staatsangehörigen verbietet, ist diese Bestimmung nichtig.[1563]

2. Flankierende Massnahmen

Der Abschluss des Freizügigkeitsabkommens führte zu Liberalisierungen des schweizerischen Arbeitsmarktes. Aufgrund von Befürchtungen, dies könne zu einem Lohn- und Sozialdumping zu Lasten der inländischen Arbeitnehmenden führen, ergriff die Schweiz zusätzliche Schutzmassnahmen (sog. flankierende Massnahmen[1564]), die in die Inhaltsfreiheit des Individualarbeitsvertrags eingreifen. 657

Die flankierenden Massnahmen setzen sich aus drei (Teil-)Erlassen zusammen. Das Entsendegesetz regelt einerseits die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmende und andererseits die Kontrolle der Arbeitgebenden, die Arbeitnehmende in der Schweiz anstellen, und die Sanktion gegen solche Arbeitgebende, wenn sie gegen Bestimmungen über den Mindestlohn nach Art. 360a ff. OR verstossen (Art. 1 EntsG). In Art. 1a und Art. 2 Ziff. 3bis AVEG wurde die Möglichkeit zur «erleichterten» Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen[1565] geschaffen, die greift, wenn in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden. Sie darf – genauso wie jede andere Allgemeinverbindlicherklärung – nur angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 2 und 3 AVEG gegeben sind[1566], allerdings wurde die Voraussetzung der Quoren vereinfacht (Art. 2 Ziff. 3bis AVEG). In Art. 360a ff. OR wurde die Möglichkeit geschaffen, Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen[1567] festzulegen, von denen nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden darf. Ein solcher NAV kann nur erlassen werden, wenn inner- 658

[1563] BIANCHI, Art. 356a OR N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 356a OR N 8.

[1564] Siehe auch Rz 436 ff.

[1565] Siehe zur «normalen» Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen Rz 460.

[1566] RONCORONI, Art. 1a AVEG N 63.

[1567] Zu den Normalarbeitsverträgen nach Art. 359 OR siehe Rz 461.

halb einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- und branchenüblichen Löhne wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden und kein Gesamtarbeitsvertrag mit Bestimmungen über Mindestlöhne vorliegt, der allgemeinverbindlich erklärt werden könnte (Art. 360a Abs. 1 OR).

659 Grund zum Erlass dieser Massnahmen war die Befürchtung von Verwerfungen auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt durch ausländische Arbeitskräfte, aber die Massnahmen greifen auch, wenn die Löhne durch schweizerische Unternehmen ohne jeglichen grenzüberschreitenden Bezug unterboten werden.[1568] Die flankierenden Massnahmen haben mit anderen Worten volle Binnenwirkung[1569] und greifen somit auch gegenüber Drittstaatsangehörigen, die nicht (mehr) von Art. 22 AIG erfasst werden[1570]. Die Kontrolle bezüglich der Bestimmungen eines allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags erfolgt durch die mit der Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrags betrauten paritätischen Organe und die Kontrolle bezüglich der Bestimmungen eines NAV nach Art. 360a OR durch die nach Art. 360b OR eingesetzten tripartiten Kommissionen (Art. 7 Abs. 1 EntsG).[1571] Seit der Erweiterung des Geltungsbereichs des Entsendegesetzes 2012 kontrollieren die tripartiten Kommissionen dabei genauso ausländische Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, wie Arbeitgebende, die Arbeitnehmende in der Schweiz beschäftigen.[1572]

660 Damit hatte die durch das Freizügigkeitsabkommen erreichte Liberalisierung des schweizerischen Arbeitsmarktes eine Re-Regulierung durch die flankierenden Massnahmen zur Folge, insbesondere um Lohnunterbietungen zu verhindern.[1573] Dadurch kam es allerdings auch zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit aller Teilnehmenden in Bezug auf die freie Vereinbarung des Lohnes.[1574] Es handelt sich um den durch die Schweiz gefundenen Kompromiss zwischen den mit dem Abschluss der Bilateralen Verträge verfolgten wirtschaftlichen Interessen und einem Abfedern der befürchteten negativen Auswirkungen auf den schweizerischen Arbeitsmarkt, die mit der Einführung

---

1568 RONCORONI, Art. 1 AVEG N 55 f.; RONCORONI, Art. 360a OR N 79 f.

1569 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 360a OR N 4.

1570 SPESCHA, Art. 22 AIG N 3; VIANIN, Art. 22 AuG N 2.

1571 Siehe zur Kontrolle nach Art. 7 EntsG ausführlich PÄRLI/JUNGHANSS, Art. 7 EntsG N 8 ff.

1572 PÄRLI/JUNGHANSS, Art. 7 EntsG N 30.

1573 MAGGETTI/AFONSO/FONTANA, S. 215.

1574 Siehe WILDHABER, Rz 13 f. und Rz 36.

der Personenfreizügigkeit erwartet wurde.[1575] Das Ziel der flankierenden Massnahmen ist es zu verhindern, dass in der Schweiz der Wettbewerb zwischen den Unternehmen über den Lohn ausgetragen wird.[1576] Dabei stellten die beiden Instrumente der «erleichterten» Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und der Erlass von Normalarbeitsverträgen mit zwingenden Mindestlöhnen eine grundlegende Neuerung dar, da es bis zu ihrem Erlass im Jahr 2004 keine staatlichen Mindestlöhne in der Schweiz gab.[1577]

G. Beschäftigung von Wanderarbeitnehmern ohne Arbeitsbewilligung

In der Schweiz leben gemäss Schätzungen 58'000 bis 105'000 Personen, die sich ohne Aufenthaltsberechtigung seit mehr als einem Monat und für eine nicht absehbare Zeit hier aufhalten. Diese Personen werden auch als Sans-Papiers bezeichnet. Von den erwachsenen Sans-Papiers üben 86 % eine Erwerbstätigkeit aus.[1578] Rechtlich gesehen handelt es sich dabei um eine irreguläre Erwerbstätigkeit, häufig auch als Schwarzarbeit bezeichnet. 661

1. Schwarzarbeit

a. Schwarzarbeit im öffentlichen Recht

Eine juristische Definition des Begriffs «Schwarzarbeit» gibt es nicht. Gemäss der Botschaft zum Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit bezeichnet der Begriff üblicherweise die Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit unter Verletzung von Rechtsvorschriften, insbesondere aus den Bereichen des Steuer-, Sozialversicherungs-, und Ausländerrechts.[1579] 662

[1575] Siehe Rz 438.

[1576] WILDHABER, Rz 118.

[1577] WILDHABER, Rz 62; Neuenburg führte als erster Kanton erst 2014 einen Mindestlohn ein. In den 1950er Jahren hatte das Bundesgericht kantonale Mindestlöhne noch als verfassungswidrig bezeichnet, siehe BGE 80 I 155 E. 4.

[1578] B,S,S. Volkswirtschaftliche Beratung, Sans-Papiers in der Schweiz, Basel 2015, S. 1 f. und S. 45. Siehe auch gfs.bern, Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend, Bern 2005.

[1579] BBl 2002 3605 S. 3608 f. Siehe auch SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.8.8.1. Im Arbeitsrecht kennt man die Bezeichnung «Schwarzarbeit» ebenfalls, siehe Rz 665.

Wesentliche Formen der Schwarzarbeit sind somit: a) die nicht-versteuerte Erwerbstätigkeit; b) die Beschäftigung von Arbeitnehmenden ohne Anmeldung bei der obligatorischen Sozialversicherung; c) die nicht gemeldete Beschäftigung eines Arbeitnehmers, der gleichzeitig Leistungen einer Sozial- oder Privatversicherung bezieht; d) die Scheinselbständigkeit; und e) die unbewilligte Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmenden.[1580]

663 Schwarzarbeit hat verschiedene Auswirkungen auf den Staat und den Arbeitsmarkt. Aus Sicht des Staats führt Schwarzarbeit zu Beitragsausfällen bei den Steuerbehörden und den Sozialversicherungen. Gleichzeitig muss er seine Leistungen erbringen, was zur Folge hat, dass die steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Abgabelast auf die offiziellen Arbeitsverhältnisse umgelegt wird. Für diese erhöhen sich die Abgaben, was im schlimmsten Fall eine Kettenreaktion zur Folge hat, bei der nach jeder Erhöhung der Lasten ein weiterer Teil der Wirtschaft zur Schwarzarbeit wechselt.[1581] Für die einzelne Arbeitgeberin kann es sich aber lohnen, einen Arbeitnehmer schwarz zu beschäftigen, da für sie steuer- und sozialversicherungsrechtliche Kosten wegfallen. Dies hat wettbewerbsverzerrende Effekte zuungusten von Arbeitgebenden, welche die gesetzlichen Bestimmungen respektieren, zur Folge und kann strukturerhaltende Folgen haben.[1582] Wanderarbeitnehmende, die ohne Bewilligung beschäftigt werden, konkurrenzieren reguläre Arbeitnehmende. Aufgrund ihrer irregulären Situation sind sie aber auch dem Risiko von Ausbeutung durch tiefe Löhne und schlechte Arbeitsbedingungen ausgesetzt, was den Arbeitsstandard auf dem gesamten Arbeitsmarkt gefährdet.[1583]

664 Im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessiert einzig die Schwarzarbeit aus ausländerrechtlicher Sicht. In diesem Rechtsgebiet bezeichnet der Begriff die unbewilligte Beschäftigung eines fremden Staatsangehörigen. Werden dabei die obligatorischen Sozialversicherungsbeiträge und Steuern bezahlt, spricht man auch von Grauarbeit.[1584] Schwarzarbeit bzw. eine irreguläre Beschäftigung im Sinne des Ausländerrechts liegt dann vor, wenn ein Wanderarbeitnehmer eine Erwerbstätigkeit ausübt, obwohl er weder über eine Aufenthalts- noch über eine Arbeitsbewilligung verfügt, sowie dann, wenn der

[1580] BBl 2002 3605 S. 3608 f.; HÖSLI, S. 34; VÖGELI, S. 1184.
[1581] BBl 2002 3605 S. 3609; HÖSLI, S. 57.
[1582] BBl 2002 3605 S. 3609; HÖSLI, S. 65 f. und S. 77 ff. mit verschiedenen Beispielen.
[1583] BBl 2002 3605 S. 3609; HÖSLI, S. 66 und S. 77 ff. mit verschiedenen Beispielen.
[1584] CARONI ET AL., S. 515.

erwerbstätige Wanderarbeitnehmer zwar im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung ist, diese ihn aber nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt.[1585] Grundsätzlich können nur Drittstaatsangehörige eine irreguläre Erwerbstätigkeit ausüben bzw. irregulär beschäftigt werden, da Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten ein bewilligungsfreies Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit haben (Art. 4 FZA)[1586].

b. Schwarzarbeit im Arbeitsvertragsrecht

Im Individualarbeitsrecht liegt Schwarzarbeit vor, wenn der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses entgeltliche Arbeit für einen Dritten leistet, die seine Treuepflicht verletzt (Art. 321a Abs. 3 OR). Eine Treuepflichtverletzung liegt namentlich vor, wenn die Arbeitgeberin konkurrenziert wird, wenn das Ansehen des Unternehmens in Mitleidenschaft gezogen wird oder wenn die Nebentätigkeit die Kräfte des Arbeitnehmers so strapaziert, dass die Erfüllung seiner Arbeitspflicht beeinträchtigt wird.[1587] Eine unentgeltliche Nebenbeschäftigung stellt keine Schwarzarbeit dar, kann aber ebenfalls die Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR verletzen.[1588] Verletzt die Nebentätigkeit die Treuepflicht hingegen nicht, so liegt auch keine Schwarzarbeit vor. Auf die Schwarzarbeit im Arbeitsvertragsrecht wird im Folgenden nicht weiter eingegangen. 665

2. Überprüfungspflicht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber, der eine fremde Staatsangehörige beschäftigen möchte, hat sich gemäss Art. 91 Abs. 1 AIG vor Stellenantritt durch Einsicht in den Ausweis oder durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden zu vergewissern, dass eine Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz besteht. 666

Die Überprüfungspflicht obliegt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedem einzelnen Arbeitgeber.[1589] Im Falle eines Personalverleihs trifft 667

1585 NÄGELI/SCHOCH, Rz 22.51.

1586 Siehe BGE 134 IV 57 E. 4 mit Hinweis auf die Rechtslage während der Dauer der Übergangsbestimmung nach Art. 10 FZA.

1587 PORTMANN/WILDHABER, Rz 374.

1588 Urteil des Bundesgerichts 4C.221/2004 vom 26.07.2004 E. 3.4; siehe auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 11.

1589 BGE 141 II 57 E. 2.1 mit Hinweis auf Urteile des Bundesgerichts 2C_783/2012 vom 10.10.2012 E. 2.1 und 2C_357/2009 vom 16.11.2009 E. 5.3.

die Überprüfungspflicht damit sowohl die Verleiherin als auch den Entleiher, da sowohl die Verleiherin (in rechtlicher Hinsicht) als auch der Entleiher (in faktischer Hinsicht) als Arbeitgeber gelten.[1590] Der Überprüfungspflicht kommt der Arbeitgeber mit Einsicht in den Ausländerausweis nach. Verfügt die fremde Staatsangehörige (noch) nicht über einen Ausweis, weil z.B. das Bewilligungsverfahren noch läuft, genügt auch eine Bestätigung des Migrationsamts, dass die fremde Staatsangehörige zur Erwerbstätigkeit berechtigt oder der Stellenantritt provisorisch bewilligt ist.[1591] Unterlässt es der Arbeitgeber sich durch Einsicht in den Ausländerausweis oder durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden über die Arbeitsberechtigung zu vergewissern, stellt dies eine Verletzung der Sorgfaltspflichten dar.[1592] Stellt der Arbeitgeber bei der Überprüfung fest, dass keine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorliegt, so hat er eine solche zu beantragen (Art. 11 Abs. 3 AIG).

668 Beschäftigt der Arbeitgeber eine Wanderarbeitnehmerin ohne Arbeitsbewilligung, so setzt er sich strafrechtlichen und administrativen Sanktionen aus. Zu den strafrechtlichen Sanktionen zählt Art. 117 AIG, gemäss dem Arbeitgebende bestraft werden, die vorsätzlich oder fahrlässig Ausländerinnen und Ausländer beschäftigen, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Im Rahmen der administrativen Sanktionen kann die zuständige Behörde nach Art. 122 Abs. 1 AIG die Gesuche eines Arbeitgebers um Zulassung ausländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die keinen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung haben, abweisen oder nur teilweise bewilligen, wenn der Arbeitgeber wiederholt gegen Vorschriften des Ausländer- und Integrationsgesetzes verstossen hat. Weiter können dem Arbeitgeber, der Drittstaatsangehörige ohne Arbeitsbewilligung beschäftigt hat oder beschäftigen wollte, nach Art. 122 Abs. 3 AIG die Kosten auferlegt werden, die dem Gemeinwesen durch den Lebensunterhalt, bei Unfall und Krankheit und für die Rückreise der betreffenden Personen entstehen und nicht gedeckt sind (Art. 122 Abs. 3 AIG). Wurde der Arbeitgeber wegen schwerwiegender oder wiederholter Missachtung der ausländerrechtlichen Bewilligungspflichten rechtmässig verurteilt, so schliesst die zuständige

---

[1590] LOOSER, Rz 764 m. Vw. auf Urteil des Bundesgerichts 2C_357/2009 vom 16.11. 2009 E. 5. Zum Personalverleih siehe Rz 590 ff.

[1591] SPESCHA, Art. 91 AIG N 1.

[1592] BGE 141 II 57 E. 2.1. Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 2C_1039/2013 vom 16.04.2014 E. 5.1.

Behörde ihn gemäss Art. 13 Abs. 1 BGSA von Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens aus oder kürzt ihm die Finanzhilfen angemessen. Wenn es sich bei der Arbeitgeberin um eine Verleiherin handelt, so greifen zusätzlich die Konsequenzen nach Art. 16 Abs. 1 lit. b und Art. 39 Abs. 1 lit. b AVG.[1593]

669 Diese Bestimmungen binden den Arbeitgeber in die staatlichen Bemühungen gegen irreguläre Erwerbstätigkeit ein, wobei insbesondere Art. 122 Abs. 3 AIG für ihn in finanzieller Hinsicht eine grosse Last darstellen kann.[1594] Dies entspricht aber dem expliziten Zweck dieser Bestimmung, durch die angedrohte Sanktion Arbeitgebende davon abzuhalten, ausländische Personen ohne Arbeitsbewilligung zu beschäftigen.[1595] Die Einbindung des Arbeitgebers in den Kampf gegen irreguläre Erwerbstätigkeit macht dabei aus staatlicher Sicht Sinn, da die irreguläre Erwerbstätigkeit stark durch die Nachfrage gesteuert wird.[1596] Die reinen Sanktionsbestimmungen vermögen allerdings weder Ausbeutung noch die Risiken, denen irregulär Erwerbstätige bei der Arbeit ausgesetzt sein können, zu verhindern oder zu reduzieren. Hierzu bedarf es eines Schutzes der Rechte der irregulären Wanderarbeitnehmenden.

3. Arbeitsvertrag mit einem Wanderarbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung

a. Pflichten des Arbeitgebers

670 Die Einholung der Arbeitsbewilligung obliegt gemäss Art. 11 Abs. 3 AIG der Arbeitgeberin. Im Zeitpunkt, in dem das Gesuch bei der Bewilligungsbehörde einzureichen ist, muss ein schriftlicher und zumindest von der Arbeitgeberin unterschriebener Arbeitsvertrag[1597] vorliegen (Art. 22 Abs. 2 VZAE). Die Arbeitsbewilligung hat spätestens im Zeitpunkt des Stellenantritts vorzuliegen.[1598] Nun kann es sein, dass die Arbeitgeberin sich nicht um die Einholung der Bewilligung kümmert, oder – wenn sie dies tut –, dass die Behörde ihre Zustimmung verweigert. Es stellt sich somit die Frage, welche Folgen die fehlende Bewilligung auf den abgeschlossenen Arbeitsvertrag hat.

1593 LOOSER, Rz 765.
1594 ROUILLER, Art. 122 AuG N 12.
1595 GÖKSU, Art. 122 AuG N 2.
1596 AMARELLE, S. 149. Siehe auch BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 342 OR N 7.
1597 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4.
1598 BGE 137 IV 297 E. 1.5.1.

b. Zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrags

671 Schliesst eine Arbeitgeberin mit einem Wanderarbeitnehmer, der (noch) nicht über eine Arbeitsbewilligung verfügt, einen Arbeitsvertrag ab, so stellt sich die Frage nach der Gültigkeit dieses Vertrags.

672 Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Feststellung, dass bei Fehlen einer ausländerrechtlichen Arbeitsbewilligung mit dem Arbeitsvertrag gegen ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverbot verstossen wird. Die Verletzung öffentlich-rechtlicher Beschäftigungsverbote führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Vertrags wegen Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR.[1599] Die Nichtigkeit eines Vertrags führt üblicherweise dazu, dass ihm von Anfang an jede Wirkung abgeht, was allerdings bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Arbeitsvertrag zu unbefriedigenden Konsequenzen führt. Aus diesem Grund greift im Arbeitsvertragsrecht in diesen Fällen Art. 320 Abs. 3 OR als *lex specialis* ein. Hat der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit aufgrund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist, geleistet, so ist das Arbeitsverhältnis abzuwickeln, wie wenn ein gültiger Vertrag bis zu dem Zeitpunkt vorgelegen hätte, an dem sich eine Partei auf die Ungültigkeit beruft.[1600]

673 In BGE 114 II 279 setzte sich das Bundesgericht mit der Frage der Nichtigkeit eines Arbeitsvertrags, der mit einem Ausländer ohne die notwendige ausländerrechtliche Bewilligung geschlossen wurde, ausführlich und unter Bezugnahme auf Lehre und Rechtsprechung[1601], auseinander. Es kam zum Schluss, dass ein solcher Vertrag zivilrechtlich gültig sei. Das Bundesgericht begründete seine Schlussfolgerung mit drei Argumenten. Es hielt fest, die Sanktion der Nichtigkeit erscheine dem Zweck des gesetzlichen Verbots nicht angemessen, angesichts der Vorteile, die der Arbeitgeber daraus ziehen könne.[1602] Diese Vorteile ergeben sich daraus, dass bei Annahme der Nichtigkeit Art. 320 Abs. 3 OR zur Anwendung kommt. Fehlt es dabei an der Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers, kann er für bereits geleistete, aber noch nicht bezahlte Arbeit keinen Lohnanspruch geltend machen. Es kommt somit zu einer Rückabwicklung des Vertrags nach Bereicherungsrecht.[1603] Auch im Fall der

---

1599 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 OR N 25.

1600 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 OR N 8.

1601 Siehe BGE 114 II 279 E. 2b und 2c.

1602 BGE 114 II 279 E. 2d/aa.

1603 RAPP, S. 291; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 OR N 24.

Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers, bzw. wenn beide Vertragsparteien bösglaubig waren[1604], stehen dem Arbeitnehmer nicht alle Schutzvorschriften des Arbeitsvertragsrechts zur Verfügung, insbesondere greifen die Kündigungsvorschriften nicht. Für den Arbeitgeber hingegen bringt das Arbeitsverhältnis mit einem Wanderarbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung wirtschaftliche Vorteile, ohne dass er sich an die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts halten müsste. Damit würde die Annahme der Nichtigkeit des Vertrags einseitig den Arbeitnehmer benachteiligen.[1605] Dies würde, wie das Bundesgericht weiter ausführte, dem Bestreben zuwiderlaufen, die schwächere Vertragspartei zu schützen, das die Gesetzgebung zum Arbeitsrecht stark beeinflusst hat. Drittens müsse Nichtigkeit zudem für jene Fälle vorbehalten bleiben, in denen ein überwiegendes öffentliches Interesse, das für das Verbot der betreffenden Tätigkeit bestimmend gewesen sei, sie verlangt.[1606]

Seit diesem Entscheid hält das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung 674
fest, dass ein mit einem Wanderarbeitnehmer abgeschlossener Arbeitsvertrag zivilrechtliche Wirksamkeit entfaltet, auch wenn der Wanderarbeitnehmer (noch) nicht über eine Arbeitsbewilligung verfügt.[1607] Art. 320 Abs. 3 OR findet damit auf Arbeitsverträge mit Wanderarbeitnehmenden ohne Arbeitsbewilligung keine Anwendung, womit die Frage der Gutgläubigkeit eines ohne ausländerrechtliche Bewilligung arbeitenden Wanderarbeitnehmers nicht diskutiert zu werden braucht.

c. Aufschub der Wirksamkeit

aa. Bedingung nach Art. 151 OR

Im Hinblick auf die zivilrechtliche Gültigkeit des Arbeitsvertrags ist den Par- 675
teien zu empfehlen, ihn unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, er gelte nur unter Vorbehalt der Bewilligungserteilung.[1608] Ein Vertrag, der unter einer aufschiebenden Bedingung nach Art. 151 OR steht, erfüllt seine Wir-

---

1604 Siehe BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 OR N 24; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 OR N 11.

1605 RAPP, S. 292.

1606 BGE 114 II 279 E. 2d/aa.

1607 BGE 114 II 279; BGE 122 III 110 E. 4e; BGE 137 IV 305 E. 3.3. Siehe auch BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 OR N 28; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 OR N 25; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 320 OR N 9.

1608 SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 OR N 3.

kungen erst mit Bedingungseintritt. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass mit Bewilligungsverweigerung die Bedingung ausgefallen ist, womit der Arbeitsvertrag entfällt.[1609] Haben die Parteien zwar keine aufschiebende Bedingung in den Vertrag aufgenommen, warten sie jedoch vor Arbeitsaufnahme den behördlichen Bewilligungsentscheid ab, so ist von der konkludenten Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung nach Art. 151 OR auszugehen.[1610] Auch dieser Vertrag entfällt bei Verweigerung der ausländerrechtlichen Bewilligung.

bb. Grund für die Bewilligungsverweigerung

676 Der bedingte Arbeitsvertrag wird somit erst mit Erteilung der Arbeitsbewilligung wirksam. Eine solche kann erteilt werden, wenn die in Art. 18 ff. AIG enthaltenen Voraussetzungen erfüllt sind.[1611] Wird die Bewilligung nun aus einem Grund verweigert, der überwiegend einer Partei des Arbeitsvertrags zuzurechnen ist, stellt sich die Frage, ob in diesem Fall die Erfüllungsfiktion von Art. 156 OR greift. Nach dieser Bestimmung gilt eine Bedingung als erfüllt, wenn ihr Eintritt von einer Vertragspartei wider Treu und Glauben verhindert worden ist. In den Anwendungsbereich der Bestimmung fällt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch die treuwidrige Bedingungsherbeiführung, die einen fingierten Nichteintritt der Bedingung zur Folge hat.[1612]

677 In der Lehre wird weiter die analoge Anwendung von Art. 156 OR für Rechtsbedingungen diskutiert, was für Einzelfälle bejaht wird.[1613] Unter Rechtsbedingungen verstehen WIDMER/COSTANTINI/EHRAT «Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts […], die direkt auf dem Gesetz beruhen und die zu den Willensäusserungen der Parteien hinzutreten. Es handelt sich dabei um Wirksamkeitserfordernisse»[1614]. MATT definiert die Rechtsbedingung als «ein zukünftiges und ungewisses Ereignis, von dem die Wirksamkeit eines Rechtsge-

[1609] Siehe MATT, S. 323 f.

[1610] Zur Zulässigkeit einer konkludenten oder stillschweigenden Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung siehe MATT, S. 96 ff.

[1611] Siehe Rz 564.

[1612] MATT, S. 362 mit vielen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

[1613] Siehe MATT, S. 369 ff., sowie BSK-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 156 OR N 4 f., beide mit weiteren Hinweisen auf die Lehre.

[1614] BSK-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Vorbemerkungen zu Art. 151–157 OR N 12.

schäfts von Gesetzes wegen abhängig ist»[1615] und gemäss ROTH PELLANDA liegt eine Rechtsbedingung vor, «sofern eine Tatsache kraft gesetzlicher Regelung und nicht beruhend auf Parteiwillkür zu den Willensäusserungen der am Rechtsgeschäft Beteiligten hinzutreten muss, damit der Tatbestand des Rechtsgeschäftes verwirklicht ist»[1616].

Diesen Definitionen ist gemeinsam, dass die Rechtsbedingung die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts beschlägt. Das Vorliegen einer Arbeitsbewilligung ist nun aber gerade nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Arbeitsvertrags mit einem Wanderarbeitnehmer. Dieser wird mit Abschluss wirksam, woraus folgt, dass es sich bei der Einholung der Arbeitsbewilligung gerade nicht um eine Rechtsbedingung im vorgenannten Sinn handelt. Die Arbeitsbewilligung, die vor Stellenantritt vorzuliegen hat, ist allerdings bezüglich der Erfüllung des Arbeitsvertrags relevant, da nur so die administrativen und strafrechtlichen Sanktionen des Ausländerrechts vermieden werden können. Obwohl die Einholung der Arbeitsbewilligung damit nicht die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags beschlägt, ist ihre Einholung nicht (völlig) dem Parteiwillen anheimgestellt. Es rechtfertigt sich somit die (vertraglich vereinbarte) Bedingung zur Einholung der Arbeitsbewilligung wie eine Rechtsbedingung zu behandeln und die analoge Anwendung von Art. 156 OR auf sie zu prüfen. 678

Eine analoge Anwendung hätte bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 156 OR allerdings zur Folge, dass die vereinbarte Bedingung als erfüllt zu gelten hätte, d.h. dass die Parteien so zu stellen wären, als ob die Arbeitsbewilligung erteilt worden wäre. Nun ist aber unbestritten, dass Art. 156 OR keine Grundlage bieten kann für die Fiktion, eine behördliche Genehmigung, die verweigert oder tatsächlich nicht eingeholt worden ist, sei erteilt worden. Es ist mit anderen Worten nicht möglich über den Umweg von Art. 156 OR eine verwaltungsrechtliche Bewilligung, die nicht erteilt worden ist, als erteilt zu bezeichnen.[1617] Daraus folgt, dass Art. 156 OR auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. 679

Dies bedeutet nun aber nicht, dass der Vertragspartner der treuwidrig handelnden Partei, der sich nicht auf Art. 156 OR berufen kann, schutzlos bleibt, 680

[1615] MATT, S. 34.

[1616] ROTH PELLANDA, Art. 151 OR N 8.

[1617] MATT, S. 369 f.; BSK-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 156 OR N 4 f.; je mit weiteren Hinweisen.

da ihm Schadenersatzansprüche zustehen.[1618] So sprach das Richteramt Burgdorf in einem Entscheid vom 3. Mai 1990 einem Saisonnier aus *culpa in contrahendo* den entgangenen Gewinn aus einem aufschiebend bedingten Arbeitsverhältnis von neun Monaten zu, da die Arbeitgeberin ihn bei Vertragsabschluss weder über die geringen Chancen auf die Erteilung einer Arbeitsbewilligung aufgeklärt noch ihn umgehend über den negativen Bewilligungsentscheid informiert hatte.[1619] Eine andere Lösung wählte das Kantonsgericht Freiburg in einem Urteil aus dem Jahr 2006, als die Arbeitgeberin sich nicht um die Einholung einer Arbeitsbewilligung bemüht hatte, und wandte die Regeln des Annahmeverzugs nach Art. 324 OR an. Gestützt darauf sprach es der Arbeitnehmerin den Lohn für die Dauer des befristeten Vertrags zu.[1620] In Bezug auf die Bedingung, unter die der Vertrag gestellt worden war, hielt es fest, dass «[l'employeuse] ne peut, de bonne foi, s'en prévaloir dans la mesure où elle n'a entrepris, après la signature du contrat, aucune démarche»[1621].

681 Einem Wanderarbeitnehmer stehen somit verschiedende Rechtsbehelfe zur Verfügung, wobei sich je nach Fallkonstellation die Anwendung einer *culpa in contrahendo* oder des Annahmeverzuges nach Art. 324 OR empfiehlt.

d. Annahmeverzug des Arbeitgebers

aa. Im Allgemeinen

682 Die Arbeitgeberin ist nach Art. 11 Abs. 3 AIG zur Einholung der Arbeitsbewilligung verpflichtet. Zivilrechtlich stellt dies eine ihr obliegende Vorbereitungs- bzw. Mitwirkungshandlung dar, womit sie in Annahmeverzug nach Art. 324 OR gerät, wenn sie ihr nicht nachkommt.[1622]

683 Ein Annahmeverzug hat zur Folge, dass die Arbeitgeberin zur Zahlung des Lohnes verpflichtet bleibt, ohne dass sie den Arbeitnehmer zur Nachholung der Arbeitsleistung verpflichten darf. Der Arbeitnehmer muss sich allerdings

---

[1618] MATT, S. 370; ROTH PELLANDA, Art. 156 OR N 3; BSK-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 156 OR N 4.

[1619] Urteil des Richteramts Burgdorf vom 03.05.1990, in JAR 1991 S. 313 ff.

[1620] Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 24.04.2006, in JAR 2007 S. 396 ff.

[1621] Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 24.04.2006, in JAR 2007 S. 396 ff., E. 2.1.4.

[1622] BGE 114 II 279 E. 2d/bb; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324 OR N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 OR N 3.

auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Hat der Arbeitnehmer infolge des Annahmeverzugs trotz der Lohnfortzahlung einen Schaden erlitten, so kann er diesen bei Vorliegen der Voraussetzungen aufgrund einer allgemeinen Haftungsnorm wie insbesondere Art. 97 OR geltend machen.[1623] Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin endet, wenn sie die erforderlichen Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlungen vornimmt, wenn die Arbeitsleistung unmöglich wird oder mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses.[1624] Das Ende des Arbeitsverhältnisses kann durch Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit, durch Aufhebungsvertrag oder durch ordentliche Kündigung erfolgen.[1625]

bb. Folgen für das Arbeitsverhältnis vor Arbeitsaufnahme

Wird die fehlende Arbeitsbewilligung am ersten Tag des Arbeitsverhältnisses, das basierend auf einem unbedingten Vertrag eingegangen wurde, entdeckt, so schlagen PORTMANN/RUDOLPH und REHBINDER/STÖCKLI vor, dass der Arbeitsvertrag an diesem Tag als ordentlich gekündigt anzusehen sei, so dass während der normalen Kündigungsfrist (nicht der verkürzten Frist der Probezeit) ein Lohnanspruch bestehe.[1626] Zur Begründung verweisen die Autoren auf das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 19. September 1988[1627], in dem dieses eine fiktive Kündigung am ersten Arbeitstag annahm. Es führte weiter aus: «Dem Arbeitnehmer steht ein Lohnanspruch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu. Massgeblich ist nicht die kurze Kündigungsfrist einer allfällig vereinbarten Probezeit, da sie in diesen Fällen einzig der Umgehung der ordentlichen Kündigungsfrist dient […]. Die Absage hat hier demnach nichts mit der Person der [Klägerin] zu tun, und eine Berufung auf die Probezeit wäre missbräuchlich […]». Diese Begründung überzeugt, so dass darauf abzustellen ist. Das Urteil bezieht sich allerdings auf einen unbefristeten Arbeitsvertrag; haben die Parteien einen befristeten Vertrag abgeschlos- 684

[1623] BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324 OR N 10.

[1624] STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 OR N 11.

[1625] BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324 OR N 29.

[1626] BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 OR N 28; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 OR N 25.

[1627] Abgedruckt in JAR 1990 S. 228 f.

sen, so bleibt die Arbeitgeberin für die restliche Vertragsdauer lohnzahlungspflichtig.[1628]

e. Aufnahme der Erwerbstätigkeit ohne Arbeitsbewilligung

aa. Im Allgemeinen

685 Ein mit einem Drittstaatsangehörigen, der nicht über eine Arbeitsbewilligung verfügt, abgeschlossener Arbeitsvertrag ist wie ausgeführt gültig und wirksam. Der Wanderarbeitnehmer verfügt damit über die gleichen arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten, einschliesslich des Kündigungsschutzes, wie ein inländischer Arbeitnehmer oder ein Wanderarbeitnehmer, der über die notwendige Arbeitsbewilligung verfügt. Dies gilt auch, wenn die Parteien ihren Vertrag zwar unter die aufschiebende Bedingung gestellt haben, dieser gelte nur unter Vorbehalt der behördlichen Bewilligungserteilung, ihn dessen ungeachtet aber bereits vor Bewilligungserteilung erfüllen. In der verfrühten Arbeitsaufnahme kann eine einvernehmliche Aufhebung der Bedingung durch die Parteien gesehen werden.[1629]

bb. Anspruch auf den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn

686 Während der Dauer des Arbeitsvertrags haben irregulär Erwerbstätige gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anspruch auf die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 22 AIG, unbesehen der diesbezüglich vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien.[1630] Die sich aus Art. 22 AIG ergebenden Lohnansprüche kann der irregulär Erwerbstätige über die Rezeptionsklausel von Art. 342 Abs. 2 OR direkt gegenüber der Arbeitgeberin einklagen. Der Zivilrichter wird den Lohn in diesen Konstellationen vorfrageweise festlegen.[1631] Dabei darf er auch die in einem Normalarbeitsvertrag eines Nachbarkantons festgelegten Löhne für die entsprechende Tätigkeit zur Bestimmung des üblichen Lohnes nach Art. 22 AIG heranziehen.[1632] Die Anwendbarkeit von Art. 22 AIG i.V.m. Art. 342 Abs. 2 OR auch im Fall von Schwarzarbeit bezweckt dabei zu verhindern,

---

1628 Siehe Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 24.04.2006, in JAR 2007 S. 396 ff.

1629 MATT, S. 217 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 OR N 3.

1630 BGE 122 III 110 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 4A_425/2017 vom 10.04.2018 E. 3; NIDERÖST, Rz 9.62.

1631 BGE 122 III 110 E. 4e. Siehe auch BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 342 OR N 6; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 342 OR N 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR N 7.

1632 Urteil des Bundesgerichts 4A_425/2017 vom 10.04.2018 E. 3.4.

«dass die in Verletzung von Bundesrecht erfolgte Arbeit ohne Bewilligung auf völlig ungerechtfertigte Weise von einer günstigeren Behandlung profitieren kann, als wenn sie vorschriftsmässig deklariert [worden wäre]»[1633].

cc. Beendigung des Arbeitsvertrags

687 Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind ebenfalls das zwingende Gesetzesrecht sowie die vertragliche Vereinbarung zu beachten. Da die Erfüllung des Arbeitsvertrags allerdings unter Verletzung ausländerrechtlicher Normen erfolgt, stellt sich die Frage, ob darin ein wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 337 OR zu erblicken ist. Die Möglichkeit eine fristlose Kündigung auszusprechen, könnte dabei insbesondere die Arbeitgeberin interessieren.

688 Das Bundesgericht hat in BGE 114 II 279 festgehalten, dass die Verweigerung der Arbeitsbewilligung der einen oder anderen Partei erlaube, den Vertrag nach Art. 337 OR fristlos aufzulösen.[1634] Dies wird von der Lehre abgelehnt, da das Einholen der Arbeitsbewilligung in das Unternehmerrisiko falle[1635], und auch in kantonalen Entscheiden wurde dem Arbeitgeber kein Recht auf eine fristlose Entlassung zuerkannt[1636]. So hielt das Kantonsgericht Freiburg in einem Entscheid vom 6. Oktober 2010 fest, «en commençant l'exécution du contrat sans y être autorisé […], l'employeur prend le risque de na pas pouvoir satisfaire aux obligations impératives qui lui incombent à teneur de l'art. 324 CO. Il ne saurait se délier de ces obligations en invoquant comme juste motif sa propre carence […]»[1637].

689 Die in der Lehre und in kantonalen Entscheiden geäusserte Meinung überzeugt, womit eine fristlose Beendigung des Vertrages mit einem Wanderarbeitnehmer einzig aus dem Grund, dass dieser nicht über die notwendige Arbeitsbewilligung verfügt, abzulehnen ist. Dies gilt auch, wenn die Arbeits-

---

1633 BGE 122 III 110 E. 4a = zitiert nach der deutschen Übersetzung in Pra 86 (1997), Nr. 9.

1634 BGE 114 II 279 E. 2/d/cc.

1635 Siehe BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 OR N 28; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 OR N 25.

1636 Siehe Entscheid der Cour d'appel des prud'hommes de Genève vom 01.12.2009, in JAR 2010 S. 513 ff., E. 5.1, und Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg vom 06.10.2009, in JAR 2010 S. 485 ff., E. 4.

1637 Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg vom 06.10.2009, in JAR 2010 S. 485 ff., E. 4b.

vertragsparteien das Arbeitsverhältnis während des laufenden Bewilligungsverfahrens bereits aufgenommen haben. Der irgendwann eintreffende behördliche Entscheid kann unabhängig von Grund für die Verweigerung der Arbeitsbewilligung keine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.[1638] Es erschiene rechtsmissbräuchlich, könnte sich die Arbeitgeberin nach dem negativen Bewilligungsentscheid auf die Irregularität des Arbeitsverhältnisses berufen, wenn sie diese Irregularität vor Erlass des negativen Bewilligungsentscheides nicht gekümmert hat. Ein unbefristet eingegangenes Arbeitsverhältnis, das auf Anweisung der Behörden beendet werden muss, gilt somit ab diesem Zeitpunkt als ordentlich gekündigt; wobei für die Dauer der Kündigungsfrist ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers aus Art. 324 OR besteht.[1639] Liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor, so bleibt die Arbeitgeberin grundsätzlich bis zum Ende der Vertragsdauer lohnzahlungspflichtig.

690 Ein anderer Lösungsansatz ergibt sich aus BGE 126 V 303. In diesem Entscheid kam das Bundesgericht gestützt auf die Aussage des Arbeitgebers, dass die Parteien übereingekommen seien, der Vertrag sei bei Erhalt eines negativen Bewilligungsentscheids aufzulösen, zum Schluss, der Vertrag unterliege einer auflösenden Bedingung nach Art. 154 OR.[1640] Dieser Entscheid betraf allerdings kein arbeitsrechtliches Verfahren, sondern es ging um die Unterstellung unter das Versicherungsobligatorium der Beruflichen Vorsorge, spezifisch um die Frage, ob die Parteien einen befristeten Vertrag mit einer Dauer von weniger als drei Monaten abgeschlossen hatten. Die vom Bundesgericht in diesem Entscheid getroffene Annahme einer auflösenden Bedingung kann damit nicht unbesehen auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten angewandt werden, da die Wirkungen der auflösenden Bedingung einer fristlosen Kündigung gleichkommen, womit der Arbeitnehmer den Kündigungsschutz verliert. Zum Schutz des Arbeitnehmers ist damit die Interpretation einer kon-

[1638] BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 324 OR N 13, halten fest, die Arbeitgeberin gerate nur in Annahmeverzug, wenn das Ausbleiben der Bewilligung in ihrem Betriebsrisiko liege. Aus der Textstelle geht allerdings nicht hervor, ob die Autoren diesbezüglich einen Unterschied danach machen, ob die Arbeit bereits aufgenommen worden ist oder nicht. Gemäss der vorliegend vertretenen Meinung spielt der Grund für die Bewilligungsverweigerung nur eine Rolle, wenn mit der Arbeit noch nicht begonnen wurde, siehe Rz 676 ff.

[1639] BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 OR N 25; Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg vom 06.10.2009, in JAR 2010 S. 485 ff., E. 4b.

[1640] BGE 126 V 303 E. 2d.

kludenten oder stillschweigenden auflösenden Bedingung in den Vertrag – wenn überhaupt – nur sehr zurückhaltend anzunehmen.

4. Privatrechtliche Durchsetzung und öffentlich-rechtliche Kontrolle

a. Privatrechtliche Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche

691 Eine Wanderarbeitnehmerin, die ohne Arbeitsbewilligung eine Erwerbstätigkeit ausübt, verfügt wie ausgeführt über verschiedene arbeitsrechtliche Ansprüche, wie das Recht auf den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn nach Art. 22 AIG. Die Durchsetzung dieser Ansprüche gestaltet sich in der Praxis allerdings schwierig. Während Sans-Papiers immer mit dem Risiko leben, dass die Behörden von ihrem irregulären Aufenthalt erfahren und sie aus der Schweiz weggewiesen werden, stellt sich im Rahmen der gerichtlichen Durchsetzung arbeitsvertraglicher Ansprüche die Frage, ob sie dafür ihren irregulären Aufenthalt offenlegen müssen und falls ja, ob die Gerichte zur Meldung an die Migrationsbehörden berechtigt oder verpflichtet sind, akzentuiert.

692 In Zivilprozessen stellt der Aufenthaltsstatus zwar kaum je eine erhebliche Tatsache dar und die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Forderungen sind auch einklagbar, ohne im Besitz einer Aufenthalts- bzw. Arbeitsbewilligung zu sein.[1641] Insbesondere wenn die Drittstaatsangehörige aber, unabhängig von der vertraglichen Regelung, ihren Anspruch auf den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn nach Art. 22 AIG i.V.m. Art. 342 Abs. 2 OR durchsetzen will, wird sie ihre irreguläre Erwerbstätigkeit und damit in den meisten Fällen auch ihren irregulären Aufenthalt offenlegen müssen. Kenntnis darüber, ob das Arbeits- bzw. Zivilgericht verpflichtet oder berechtigt ist, diese Information an die Migrationsbehörden weiterzuleiten, ist damit zur Beurteilung, ob ein solcher Prozess angestrebt werden soll, unabdingbar.

693 Die gesetzliche Grundlage zur Datenbekanntgabe findet sich in Art. 97 Abs. 3 AIG. Diese Bestimmung regelt, welche für die Aufenthaltsregelung wichtigen Daten unaufgefordert den Migrationsbehörden zu melden sind.[1642] Im vorliegenden Fall interessiert Art. 97 Abs. 3 lit. b AIG, gemäss dem der Bundesrat festlegt, welche Daten den Migrationsbehörden bei zivil- und

[1641] KIENER/BREITENBÜCHER, S. 363.

[1642] MUND, Art. 97 AuG N 13; SPESCHA, Art. 97 AIG N 3.

strafrechtlichen Urteilen gemeldet werden müssen. Die entsprechende Ausführungsbestimmung dazu ist Art. 82 VZAE. Dieser Artikel hält fest, dass die Polizei- und Gerichtsbehörden sowie die Strafuntersuchungsbehörden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert die Anhebung und die Einstellung von Strafuntersuchungen, Verhaftungen und Entlassungen, von denen Ausländerinnen und Ausländer betroffen sind, sowie entsprechende zivil- und strafrechtliche Urteile, melden (Abs. 1). Eine Meldung erfolgt zudem, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Abs. 2).

694 Der Wortlaut von Art. 97 Abs. 3 lit. b AIG i.V.m. Art. 82 VZAE lässt auf den ersten Blick darauf schliessen, dass alle zivil- und strafrechtlichen, und damit auch arbeitsrechtlichen Urteile, den Migrationsbehörden zu melden sind, soweit sie Ausländerinnen und Ausländer betreffen. Diese Schlussfolgerung ist allerdings fragwürdig, denn Art. 97 Abs. 3 AIG stellt eine Delegationsnorm dar, die den Verordnungsgeber verpflichtet, die meldepflichtigen Behörden und Daten festzulegen. Diese Pflicht setzt Art. 82 VZAE aber nur beschränkt um, da der Artikel pauschal auf Polizei- und Gerichtsbehörden verweist und weder eine Aussage zu Umfang und Grenzen der Datenbekanntgabe macht, noch der Meldung entgegenstehende Interessen nennt.[1643] Damit bleibt unklar, welche zivilrechtlichen Urteile zu melden sind, so dass nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob auch arbeitsrechtliche Urteile an die Migrationsbehörden bekannt zu geben sind.[1644] Weiter ist unklar, ob mit dem Hinweis auf die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer die Klägerin, der Beklagte oder alle irgendwie in das Verfahren involvierten Personen gemeint sind.[1645]

695 Auch die Regelung in Art. 82 Abs. 2 VZAE, wonach eine Meldung immer dann erfolgt, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält, erscheint problematisch.[1646] Der Wortlaut weist darauf hin, dass die Behörde immer dann, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis über den irregulären Aufenthalt einer Drittstaatsangehörigen erlangt, meldepflichtig wird. Im Hinblick darauf, dass die übrigen in Art. 97 Abs. 3 AIG genannten Tatbestände grundsätzlich Hoheitsakte von Behörden wie Strafuntersuchungen oder Änderungen des Zivilstands betreffen, die den Aufenthaltsstatus unmittelbar beeinflussen können oder zumindest in einem engen Zusammen-

[1643] KIENER/BREITENBÜCHER, S. 369.
[1644] PETRY, S. 211.
[1645] Siehe KIENER/BREITENBÜCHER, S. 369.
[1646] KIENER/BREITENBÜCHER, S. 369 f.

hang dazu stehen, erscheint die in Art. 82 Abs. 2 VZAE enthaltene Meldepflicht sehr weit zu gehen, da damit z.B. auch ein Arbeitsgericht den irregulären Aufenthalt einer Klägerin an die Migrationsbehörden melden müsste, obwohl die Durchsetzung arbeitsvertraglicher Ansprüche grundsätzlich keinen Bezug zum Ausländer- oder Ausländerstrafrecht aufweist und das gefällte Urteil selbst keinen Einfluss auf die Aufenthaltsregelung hat.[1647]

Es ist zu bezweifeln, dass solch weitgehende Meldepflichten mit dem übergeordneten Recht, zu dem auch das Recht auf Justizzugang nach Art. 29a BV gehört, vereinbar sind, insbesondere im Hinblick darauf, dass Art. 82 VZAE der Meldepflicht entgegenstehende Interessen nicht berücksichtigt. Auch ist zu beachten, dass die Meldepflicht die ebenfalls im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe der meldepflichtigen Behörde beeinträchtigen kann.[1648] Art. 97 Abs. 3 AIG i.V.m. Art. 82 VZAE sind somit dahingehend auszulegen, dass sie nicht abschliessend die zu meldenden Daten festlegen, sondern der meldepflichtigen Behörde einen Spielraum zur Vornahme einer umfassenden Interessenabwägung lassen, bei der diese alle betroffenen öffentlichen und privaten Interessen zu berücksichtigen hat.[1649] 696

Im Rahmen einer solchen Interessenabwägung spricht für eine Bekanntgabe des irregulären Aufenthalts bzw. der irregulären Erwerbstätigkeit durch das Arbeitsgericht das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der ausländerrechtlichen Aufenthalts- und Strafbestimmungen.[1650] Gegen eine Bekanntgabe können das grundrechtlich geschützte Recht auf Justizzugang der Sans-Papiers, sowie weitere private Interessen der betroffenen Person, wie ihr Recht auf Familien- und Privatleben und mögliche Folgen für minderjährige Kinder, sprechen.[1651] Geht es um die Durchsetzung von Lohnansprüchen gestützt auf Art. 22 AIG, so spricht die Zweckrichtung dieser Bestimmung, die ein Lohn- und Sozialdumping zum Nachteil der inländischen Arbeitnehmenden zu verhindern versucht, gegen eine Bekanntgabe. Denn der mit Art. 22 AIG verfolgte Zweck kann nur realisiert werden, wenn die Bestimmung auch 697

1647 Siehe KIENER/BREITENBÜCHER, S. 369 f.

1648 KIENER/BREITENBÜCHER, S. 370.

1649 KIENER/BREITENBÜCHER, S. 370; PETRY, S. 212. Ebenfalls eine Interessenabwägung wird von CARONI ET AL., S. 526, und DAVET, S. 64, gefordert. Auch BAERISWYL, Rz 13.54, und MUND, Art. 97 AuG N 14, fordern eine vorgängige Verhältnismässigkeitsprüfung der Datenbekanntgabe.

1650 DAVET, S. 65; siehe auch KIENER/BREITENBÜCHER, S. 373.

1651 DAVET, S. 66 ff.; KIENER/BREITENBÜCHER, S. 373; PETRY, S. 212 f.

durchgesetzt werden kann. Dies bedingt aber, dass keine Meldung an die Migrationsbehörden erfolgt. Aufgrund der Tatsache, dass das Bundesgericht aufgrund einer ähnlichen Überlegung entschieden hat, Arbeitsverträgen mit irregulär Erwerbstätigen zivilrechtliche Gültigkeit zu verschaffen[1652], kann argumentiert werden, dass die effektive Durchsetzung der Lohnforderung bei der Interessenabwägung überragende Bedeutung beikommt und damit in einer solchen Konstellation grundsätzlich nie eine Meldung erfolgen darf.[1653]

698 Trotz der vorliegend vertretenen Meinung, dass das Interesse der irregulären Wanderarbeitnehmerin ihre Rechte vor dem Arbeitsgericht durchzusetzen, dem öffentlichen Interesse an einem restriktiven Einwanderungsrecht vorgeht, kann aufgrund der unklaren und weit gefassten Meldepflicht in Art. 97 Abs. 3 lit. b AIG i.V.m. Art. 82 VZAE nicht ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall Arbeitsgerichte Informationen an das zuständige Migrationsamt weitergeben. Das hat zur Folge, dass Sans-Papiers in der Praxis ihre Rechte gegenüber ihrem Arbeitgeber nur in zwei Situationen geltend machen werden: Nachdem sie eine ausländerrechtliche Bewilligung erhalten haben oder wenn sie sich in einem Weg- oder Ausweisungsverfahren befinden.[1654]

699 Für den letztgenannten Fall sieht das Schwarzarbeitsgesetz zwei verfahrensrechtliche Erleichterungen des Arbeitnehmerschutzes vor. Nach Art. 14 BGSA sind die Behörden im Rahmen eines Weg- oder Ausweisungsverfahrens verpflichtet, die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer darauf hinzuweisen, dass sie aufgrund ihrer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit gegebenenfalls Ansprüche gegenüber ihrem Arbeitgeber haben und sie zur Durchsetzung solcher Ansprüche einen Vertreter bezeichnen können. Für den Fall, dass die betroffene Person die Schweiz bereits verlassen hat, besteht ein Klagerecht der Gewerkschaften auf Feststellung über die Ansprüche, die eine Arbeitnehmerin gegen den Arbeitgeber geltend machen könnte. Eine solcherart eingereichte Feststellungklage unterbricht die Verjährung (Art. 15 Abs. 2 BGSA), die Arbeitnehmerin wird den festgestellten Anspruch aber in der Folge selber durchsetzen müssen, was vom Ausland aus schwierig ist.[1655]

700 Arbeitnehmende, die eine irreguläre Erwerbstätigkeit ausüben, gehen auch das Risiko von strafrechtlicher Verfolgung ein. So wird gemäss Art. 115

[1652] Siehe Rz 673.
[1653] Ähnlich bereits PETRY, S. 213.
[1654] AMARELLE, S. 145; NIDERÖST, Rz 9.64.
[1655] NIDERÖST, Rz 9.67; PETRY, S. 207.

Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AIG bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nicht bewilligte Erwerbstätigkeit ausübt. Allerdings ist gemäss dem Bundesgericht auch bei einer Verurteilung der zivilrechtlich ausbezahlte Lohn nicht nach Art. 70 Abs. 1 StGB[1656] einziehbar, da der zivil- und öffentliche Schutz der schwächeren Vertragspartei in ihren arbeitsrechtlichen Ansprüchen sowie der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung einer solchen Einziehung entgegenstehen.[1657] Dieser Entscheid des Bundesgerichts ist zu begrüssen, denn es wäre widersprüchlich, dem Arbeitsvertrag mit einer fremden Staatsangehörigen zivilrechtliche Gültigkeit zuzugestehen, womit die irregulär Erwerbstätige einen zivilrechtlichen Anspruch auf Durchsetzung des orts-, berufs- und branchenüblichen Lohnes hat, um dann in der Folge den gerichtlich erstrittenen Lohn zuhanden der Staatskasse einzuziehen.

b. Massnahmen gegen die Schwarzarbeit

Neben der strafrechtlichen Verfolgung greift der Staat auf öffentlich- 701
rechtliche Kontrollvorschriften zur Eindämmung der Schwarzarbeit zurück. So verpflichtet der Bund gestützt auf das Gesetz gegen die Schwarzarbeit die Kantone zur Ernennung eines Kontrollorgans, das in Betrieben und anderen Arbeitsorten die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrecht prüft (Art. 6 f. BGSA). Zur Aufdeckung irregulärer Erwerbstätigkeit im Sinne des Ausländer- und Integrationsgesetzes dürfen die mit der Kontrolle betrauten Personen die Identität der Arbeitnehmenden überprüfen und sich Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen vorweisen lassen (Art. 7 Abs. 1 lit. d und e BGSA). Die im Rahmen der Kontrolle gemachten Feststellungen halten sie in einem Protokoll fest, das anschliessend an die Behörden und Organisationen weitergeleitet wird, die für Ermittlungen und Entscheide bezüglich der bei der Kontrolle festgestellten Anhaltspunkte für einen Verstoss zuständig sind (Art. 9 BGSA).

Daneben regelt das Gesetz in Art. 11 BGSA die Zusammenarbeit des Kon- 702
trollorgans mit anderen Behörden und Organisationen, und in Art. 12 BGSA

1656 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0.

1657 BGE 137 IV 305 E. 3.5. Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2011 vom 26.10.2011, in dem das Bundesgericht entschied, dass auch der Erwerb aus einer nicht bewilligten selbständigen Tätigkeit nicht einziehbar sei. Siehe für eine Besprechung von BGE 137 IV 305 LANGENSAND LUCA, Zulässigkeit der strafrechtlichen Einziehung von Lohn aus ausländerrechtlicher «Schwarzarbeit»?, Jusletter vom 14.05.2012.

die Kommunikation zwischen verschiedenen Behörden, indem es festlegt, an wen welche Informationen weiterzuleiten sind.[1658] In Art. 11 Abs. 2 BGSA findet sich dazu eine Liste der anvisierten Behörden, wobei im Folgenden vertiefter auf die Kommunikation zwischen den zuständigen Behörden in Sachen Arbeitsinspektion und Arbeitsmarkt, den zuständigen Behörden und privaten Organisationen, die für den Vollzug der Sozialversicherungsgesetzgebung zuständig sind, und dem Kontrollorgan eingegangen wird.

703 Die Bezeichnung Behörden in Sachen Arbeitsinspektion und Arbeitsmarkt umfasst auch die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes und der Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Art. 81 ff. UVG).[1659] Diese sind nach Art. 11 Abs. 2 BGSA verpflichtet, das kantonale Kontrollorgan über Feststellungen, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit machen und die Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit sind, zu informieren. Dies ist insofern heikel, als dass Befürchtungen von Sans-Papiers, die Arbeitsinpektoren könnten ihren ausländerrechtlichen Status erfahren und weiterleiten, die Zusammenarbeit und damit die Aufgabenerfüllung durch die Arbeitsinspektoren erschwert. Obwohl der Gesetzestext hierzu keine Anhaltspunkte liefert, ist zu fordern, dass die meldepflichtigen Behörden vor der Meldung eine Verhältnismässigkeitsprüfung durchführen, in der sie die betroffenen öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abwägen.[1660] Diese Prüfung haben die Arbeitsinspektoren und Arbeitsmarktbehörden auch durchzuführen, wenn sie gestützt auf Art. 12 Abs. 3 BGSA die Ergebnisse ihrer Kontrollen, bei denen sich Anhaltspunkte für Schwarzarbeit ergeben haben, direkt den Migrationsbehörden mitteilen.[1661]

704 Die Vollzugsorgane der Sozialversicherungen werden ebenfalls in Art. 11 Abs. 1 BGSA genannt. Informieren diese das Kontrollorgan aber im Sinne von Art. 11 Abs. 2 BGSA über Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit, so haben sie die Grenzen von Art. 12 Abs. 2 lit. a und b BGSA zu beachten.[1662] Art. 12 Abs. 2 BGSA sieht vor, dass die im Bereich der Sozialversicherung zuständigen Behörden des Bundes, der Kantone sowie die privaten Organisationen die Ergebnisse ihrer Kontrollen direkt den Asyl- und Ausländerbehörden bekannt geben, wenn die betroffene Person aus unselbstän-

[1658] VÖGELI, S. 1187.
[1659] CEROTTINI, S. 470.
[1660] Siehe CHANSON, S. 325; DAVET, S. 85 f.; wohl a.A. CEROTTINI, S. 478.
[1661] CEROTTINI, S. 484; DAVET, S. 87.
[1662] Siehe CEROTTINI, S. 478.

diger oder selbständiger Erwerbstätigkeit ein Einkommen erzielt hat, für das die Sozialversicherungsbeiträge oder die Familienzulagen nicht entrichtet wurden (lit. a) und sich nicht sogleich ergibt, dass der Aufenthalt der betroffenen Person mit den geltenden Bestimmungen übereinstimmt (lit. b). Eine Meldung hat somit zu unterbleiben, wenn eine irregulär beschäftigte Person Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hat.[1663] Es besteht somit kein Recht der Sozialversicherungsbehörden Grauarbeit den Migrationsbehörden zu melden, was aufgrund des Bedeutung der sozialen Sicherheit auch für irregulär anwesende Personen zu begrüssen ist.[1664] Da aber anzunehmen ist, dass in der Praxis Wanderarbeitnehmende mit irregulärem Aufenthalt eher selten Sozialversicherungsbeiträge zahlen, wird die nach Art. 12 Abs. 2 BGSA vorzunehmende Meldung wohl häufig zur Eröffnung eines Wegweisungsverfahrens führen.[1665]

5. Würdigung

Das Arbeitsrecht gewährt dem Wanderarbeitnehmer, der eine Erwerbstätigkeit ausübt, ohne über die dafür notwendige ausländerrechtliche Bewilligung zu verfügen, einen umfassenden Schutz seiner Arbeitsrechte. Dies verpflichtet die Arbeitgeberin, dem irregulär erwerbstätigen Wanderarbeitnehmer die gleichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu gewähren, wie einem Wanderarbeitnehmer, der zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist. Damit lohnt sich Schwarzarbeit für die Arbeitgeberin wirtschaftlich gesehen nicht mehr. Dies setzt aber voraus, dass der Wanderarbeitnehmer seine entsprechenden Ansprüche gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen kann. Allerdings können die migrationsrechtlichen Folgen wie Wegweisung und strafrechtliche Sanktionen, die Wanderarbeitnehmende bei Anrufung eines Gerichts und dem Bekanntwerden der fehlenden Arbeits- bzw. Aufenthaltsbewilligung fürchten, die Durchsetzung der arbeitsvertraglichen Rechte zum Scheitern bringen. Dies bedeutet, dass die positiven Aspekte, welche die Anerkennung der zivilrechtlichen Gültigkeit des Arbeitsvertrags im Rahmen der staatlichen Bemühungen gegen irreguläre Erwerbstätigkeit ausübt, durch die migrationsrechtlichen Meldepflichten untergraben werden. 705

[1663] DAVET, S. 86 f.

[1664] Siehe SPESCHA, Schwarzarbeit, S. 207–209; zur Unterstellung von Sans-Papiers unter die Sozialversicherung siehe AMARELLE, S. 149 ff.

[1665] AMARELLE, S. 148 f.

706 Es liegt somit ein normativer Konflikt vor[1666], obwohl sowohl die arbeits- wie migrationsrechtlichen Regelungen eigentlich bezwecken, Schwarzarbeit zu verhindern. Dieser Konflikt könnte dadurch aufgelöst werden, dass bei der Suche nach Lösungen das Ineinandergreifen von arbeits- und migrationsrechtlichen Regelungen stärker berücksichtigt wird, was nicht nur den Schutz fundamentaler Rechte von irregulären Wanderarbeitnehmenden wie ihr Recht auf Justizzugang verbessern, sondern gleichzeitig die irreguläre Erwerbstätigkeit reduziert würde, da sich Schwarzarbeit wirtschaftlich gesehen weniger lohnt. Einen Schritt zu einem umfassenden Schutz der Arbeitsrechte von irregulären Wanderarbeitnehmenden tat das Bundesgericht, als es entschied, dass der mit einem Wanderarbeitnehmer, der nicht über die benötigte Arbeitsbewilligung verfügt, abgeschlossene Arbeitsvertrag zivilrechtlich gültig ist.[1667] Es folgte dem vom ihm eingeschlagenen Weg weiter, als es in einem strafrechtlichen Urteil entschied, dass der Lohn, der einem Wanderarbeitnehmer ohne ausländerrechtliche Arbeitsbewilligung ausbezahlt worden ist, nicht nach Art. 70 Abs. 1 StGB einziehbar sei.[1668] Damit die arbeitsrechtlichen Ansprüche allerdings nicht nur theoretisch, sondern auch in der Praxis einbringlich sind, ist eine Anpassung der ausländerrechtlichen Vorschriften zu den Meldepflichten unumgänglich. Es würde sich hierbei z.B. eine Anpassung von Art. 82 VZAE analog zu Art. 82e Abs. 2 VZAE anbieten, womit die Bekanntgabe von arbeitsrechtlichen Urteilen an die Migrationsbehörde untersagt wird, wenn sich eine am Verfahren beteiligte Person nicht rechtmässig in der Schweiz aufhält.

H. Beendigung des Arbeitsvertrags und Bleiberechte

1. Beendigung des Arbeitsvertrags

707 Die Beendigung eines Arbeitsvertrags geschieht meist aus Überlegungen wirtschaftlicher, persönlicher oder gesundheitlicher Art. Eine Kündigung ist dabei sowohl für den Arbeitgeber wie auch die Arbeitnehmerin unter Beachtung der Kündigungsfristen grundsätzlich jederzeit und ohne Angabe von Gründen möglich (Art. 335 ff. OR)[1669]. Ist die Arbeitnehmerin allerdings ohne

[1666] Für eine ausführliche Darstellung dieses Konflikts siehe DEWHURST, S. 216 ff.
[1667] BGE 114 II 279; BGE 122 III 110 E. 4e; BGE 137 IV 305 E. 3.3.
[1668] BGE 137 IV 305.
[1669] Siehe zum Kündigungsrecht auch Rz 456.

eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert, so hat der Arbeitgeber bei einer Kündigung die in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR genannten Sperrfristen zu beachten. Führt der Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin dazu, dass bei ihr eine voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit besteht, so liegt Invalidität im sozialversicherungsrechtlichen Sinne vor.[1670] Welche Folgen dies sowie ein Stellenverlust aus anderen Gründen auf die Bewilligung einer Wanderarbeitnehmerin hat, wird nachfolgend untersucht.

2. Berufliche Mobilität

Das Recht auf berufliche Mobilität regelt, ob ein Wanderarbeitnehmer grundsätzlich zum Stellenwechsel berechtigt ist. Als Stellenwechsel gilt der Wechsel der zivilrechtlichen oder tatsächlichen und weisungsberechtigten Arbeitgeberin.[1671] Dabei geht es einerseits um Situationen, in denen der Wanderarbeitnehmer die Arbeitgeberin nach einer Kündigung wechseln will oder muss und andererseits um Situationen, in denen es zu einer Änderung der Tätigkeit bei der gleichen Arbeitgeberin (z.B. von einer Fach- zu einer Führungsfunktion) kommt. 708

Das Recht auf berufliche Mobilität ist für EU-Staatsangehörige in Art. 7 lit. b FZA i.V.m. Art. 8 Anhang I FZA geregelt und unterliegt keinen Einschränkungen. Für Drittstaatsangehörige ist das Recht auf berufliche Mobilität in Art. 38 AIG geregelt. Dieser Artikel bestimmt, dass alle zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz zugelassenen Drittstaatsangehörigen diese in der ganzen Schweiz ausüben dürfen, der Stellenwechsel wird aber je nach Art der ausländerrechtlichen Bewilligung von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht. 709

Gemäss Art. 38 Abs. 1 AIG kann Personen mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 32 AIG ein Stellenwechsel bewilligt werden, wenn wichtige Gründe vorliegen und die Voraussetzungen nach den Art. 22 und 23 AIG erfüllt sind. Diese Einschränkung der beruflichen Mobilität korrespondiert mit dem projektbezogenen Charakter der Kurzaufenthaltsbewilligung, die nur 710

[1670] Siehe Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 06.10.2000, SR 830.1.

[1671] SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.5.2.1.

für ein genau bestimmtes und befristetes Arbeitsverhältnis erteilt wird.[1672] Ein wichtiger Grund für den Stellenwechsel liegt nach Art. 55 VZAE dann vor, wenn eine weitere Tätigkeit bei der bisherigen Arbeitgeberin nicht möglich oder nicht zumutbar ist und der Stellenwechsel nicht auf Grund des Verhaltens des Arbeitnehmers erfolgt. Ausserdem hat der Stellenwechsel innerhalb der gleichen Branche und des gleichen Berufs zu erfolgen.

711 Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung können nach Art. 38 Abs. 2 AIG die Stelle ohne eine weitere Bewilligung wechseln, d.h. es kommt zu keiner nochmaligen Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 ff. AIG. Eine Ausnahme besteht gemäss der Weisung des SEM dann, wenn die Aufenthaltsbewilligung für eine bestimmte Stelle ausdrücklich mit einer arbeitsmarktlichen Auflage oder Bedingung nach Art. 33 Abs. 2 AIG i.V.m. Art. 83 Abs. 3 VZAE verknüpft wurde. In diesem Fall ist ein Gesuch um Stellenwechsel bei der zuständigen Behörde einzureichen, welche die Zulassungsvoraussetzungen nach den Art. 18 ff. AIG (erneut) prüft.[1673] Durch diese Praxis wird allerdings gerade einer der Vorteile der Aufenthaltsbewilligung im Vergleich zur Kurzaufenthaltsbewilligung zunichtegemacht.[1674] Auch wenn der Wanderarbeitnehmer neu eine selbständige Tätigkeit ausüben möchte, benötigt er dafür eine Bewilligung.

712 Die Erwerbstätigkeit von Personen mit einer Niederlassungsbewilligung unterliegt keinen Einschränkungen (Art. 38 Abs. 4 AIG). Sie können sich im Übrigen auch auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV[1675] berufen.

3. Unfreiwillige Arbeitslosigkeit

a. Erfüllter Aufenthaltszweck bei Drittstaatsangehörigen

713 Die Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen von Drittstaatsangehörigen werden für einen bestimmten Zweck erteilt (Art. 32 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 AIG).[1676] Übt eine Wanderarbeitnehmerin, die im Besitz einer Bewilligung zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist, keine Erwerbstätigkeit

---

[1672] Bolzli, Art. 38 AIG N 1; ders. Art. 32 AIG N 5.

[1673] SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.5.3.1; siehe für eine Kritik an dieser Praxis, Nguyen, S. 85. Siehe auch Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2018.00582 vom 20.02.2018 E. 3, insb. E. 3.2 f.

[1674] Bolzli, Art. 33 AIG N 6; Nguyen, Art. 38 AuG N 16 ff.

[1675] Siehe dazu Rz 499.

[1676] Siehe auch Rz 475.

mehr aus, so hat sich ihr Aufenthaltszweck erfüllt[1677], wobei es grundsätzlich keine Rolle spielt, ob der Aufenthaltszweck verschuldet oder unverschuldet weggefallen ist.[1678] Dies hat zur Folge, dass die Bewilligung nicht mehr verlängert oder vorzeitig widerrufen werden kann (Art. 62 Abs. 1 lit. d AIG)[1679]. Es besteht allerdings die Möglichkeit eine neue Bewilligung mit anderem Aufenthaltszweck zu beantragen (Art. 54 VZAE).[1680] Zu beachten ist, dass eine Nichtverlängerung oder ein Widerruf aufgrund des erfüllten Aufenthaltszwecks bei einer Niederlassungsbewilligung nicht möglich ist, da diese bedingungsfeindlich ist (Art. 34 Abs. 1 AIG) und damit auch keinen Aufenthaltszweck hat.

714 Die Zweckbindung der Bewilligung hat unterschiedliche Folgen je nach der Art der Bewilligung der betroffenen Wanderarbeitnehmerin. Bei Wanderarbeitnehmenden, die im Besitz einer Kurzaufenthalts- oder einer Aufenthaltsbewilligung mit eingeschränktem Berufs- oder Stellenwechsel sind, ist der Aufenthaltszweck mit einer bestimmten Stelle verbunden und somit nur vorübergehender Natur. Sie müssen grundsätzlich aus der Schweiz ausreisen, wenn der Zweck ihres Aufenthalts erfüllt ist.[1681] Um dennoch hier zu verbleiben, benötigt die Wanderarbeitnehmerin eine andere Bewilligung (Art. 54 VZAE). Neben der Beantragung einer neuen Bewilligung zur Ausübung einer (anderen) Erwerbstätigkeit, wobei die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 ff. AIG wiederum erfüllt sein müssen, kommt auch eine Härtefallbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG in Betracht, die ein Abweichen von den Zulassungsvoraussetzungen ermöglicht.[1682] Die Anwendung dieser Bestimmung liegt allerdings im Ermessen der Behörden, womit sie keinen Rechtsanspruch vermittelt.[1683] Die Beurteilung, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt, erfolgt dabei gestützt auf die in Art. 31 VZAE ge-

[1677] Siehe zur Zweckbindung von ausländerrechtlichen Bewilligungen ausführlich MARTIN-KÜTTEL.

[1678] CARONI ET AL., S. 245 mit Hinweis auf Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2485/2011 vom 11.04.2013 E. 8.3 ff.

[1679] Siehe Urteile des Bundesgerichts 2C_332/2018 vom 17.01.2019 E. 2.2.1 und 2C_760/2011 vom 22.09.2011.

[1680] SPESCHA ET AL., S. 161.

[1681] SEM, Weisungen AIG, Ziff. 3.4.2. Siehe auch NÜSSLE, Art. 32 AuG N 13.

[1682] GOOD/BOSSHARD, Art. 30 AuG N 7 und N 13; MARTIN-KÜTTEL, S. 148 f. und S. 152 f.

[1683] GOOD/BOSSHARD, Art. 30 AuG N 3.

nannten Kriterien, wobei das Bundesverwaltungsgericht diese restriktiv handhabt.[1684]

715 Ist die Wanderarbeitnehmerin hingegen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung, hat sie ein Recht zum Stellenwechsel (Art. 38 Abs. 2 AIG). Dieses Recht würde seines Sinnes entleert werden, wenn jeder Unterbruch in der Erwerbstätigkeit die Gefahr des Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung nach sich ziehen würde. Aus diesem Grund kann die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden, solange die Wanderarbeitnehmerin Leistungen der Arbeitslosenversicherung bezieht oder sich in einem Beschäftigungsprogramm für Arbeitslose befindet.[1685] Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die Wanderarbeitnehmerin ihre Stelle aus wirtschaftlichen, persönlichen oder gesundheitlichen Gründen verloren hat, solange sie nur weiterhin eine Arbeitstätigkeit ausüben kann.

b. Verlust der Arbeitnehmereigenschaft bei EU-Staatsangehörigen

aa. Im Allgemeinen

716 EU-Wanderarbeitnehmende, welche die freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft erfüllen, stehen die im Freizügigkeitsabkommen enthaltenen Rechte zu, wobei diese Eigenschaft gewisse über das Ende des Arbeitsvertrags hinausreichende Wirkungen ausübt.[1686] So gilt auch eine Person, die tatsächlich auf Stellensuche ist, als Arbeitnehmerin (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Anhang I FZA).[1687] Das Freizügigkeitsabkommen äussert sich allerdings nicht zur Frage, wie lange die Arbeitnehmereigenschaft nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufrechterhalten werden kann.[1688]

717 Das Bundesgericht hat diesbezüglich in einem Entscheid aus dem Jahr 2015 entschieden, «dass eine arbeitnehmende Person ihren freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätige Person verlieren kann, (1) wenn sie freiwillig arbeitslos geworden ist, (2) aufgrund ihres Verhaltens feststeht,

---

[1684] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-3332/2015 vom 13.02.2018 E. 4.3.

[1685] SEM, Weisungen AIG, Ziff. 3.4.2. SPESCHA ET AL., S. 328 f., machen darauf aufmerksam, dass auch bei Personen, die ihre Arbeitslosenansprüche ausgeschöpft haben, der Widerruf der Bewilligung verhältnismässig sein muss.

[1686] BGE 131 II 339 E. 4.4; BGE 141 II 1 E. 2.2.2.

[1687] BGE 130 II 388 E. 3.3 mit Hinweis auf das EuGH-Urteil vom 26.02.1991, *Antonissen,* C-292/89, EU:C:1991:80.

[1688] PIRKER, Arbeitnehmereigenschaft, S. 1220.

dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass sie in absehbarer Zeit eine andere Arbeit finden wird (*Dahinfallen des Arbeitnehmerstatus* […]) oder (3) ihr Verhalten gesamthaft als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss, da sie ihre Bewilligung (etwa) gestützt auf eine fiktive bzw. zeitlich kurze Erwerbstätigkeit einzig zum Zweck erworben hat, von günstigeren Sozialhilfeleistungen als im Heimat- oder in einem anderen Vertragsstaat zu profitieren […]»[1689]. Zur Beantwortung der Frage, ob noch ernsthafte Aussichten darauf bestehen, dauerhaft eine Stelle zu finden, stützte sich das Bundesgericht in einem weiteren Entscheid auf objektive Elemente (lange Arbeitslosigkeit, fehlende berufliche Ausbildung und häufige Krankmeldungen).[1690] Es kam zum Schluss, dass eine Person, die 18 Monate lang unfreiwillig arbeitslos gewesen war und zuerst Arbeitslosenentschädigung und danach Sozialhilfe bezogen hatte, ihre Arbeitnehmereigenschaft verloren hat.[1691]

718 Soweit sich das Bundesgericht auf die Verwendung des Kriteriums der fehlenden Aussicht dauerhaft eine Stelle zu finden, abstützt, um zu bestimmen, wann eine Person ihre aus dem FZA fliessende Arbeitnehmereigenschaft und die damit verbundenen Rechte verliert, weist dies einen Zusammenhang mit der Verwendung des Begriffs der «unfreiwilligen Arbeitslosigkeit» in Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA auf.[1692] Die beiden anderen vom Bundesgericht genannten Kriterien (Bezug von Arbeitslosenentschädigung bzw. Sozialhilfe) sind diesbezüglich weniger einschlägig. Sie weisen keinen Bezug zum Begriff der «unfreiwilligen Arbeitslosigkeit» auf. Ausserdem werden die Voraussetzungen zu ihrem Bezug vom nationalen Recht geregelt, während der Begriff des Arbeitnehmers einen Begriff des EU-Rechts darstellt, der ohne Bezugnahme auf das nationale Recht definiert wird.[1693]

719 Im Rahmen der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative wurde Art. 61a AIG erlassen, der den Zeitpunkt des Verlusts der Arbeitnehmereigenschaft nun gesetzlich regelt. Der Artikel unterscheidet danach, ob das Arbeitsverhältnis bei Eintritt der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit mehr oder weniger als ein Jahr gedauert hat. Er legt unterschiedlich lange Fristen fest, nach

---

1689 BGE 141 II 1 E. 2.2.1.

1690 Urteil des Bundesgerichts 2C_390/2013 vom 10.04.2014 E. 4.3; PIRKER, Arbeitnehmereigenschaft, S. 1221.

1691 Urteil des Bundesgerichts 2C_390/2013 vom 10.04.2014 Sachverhalt und E. 4.3.

1692 GASTALDI, S. 141.

1693 GASTALDI, S. 141.

deren Ablauf das Aufenthaltsrecht des EU-Staatsangehörigen erlischt. Hinter diesen Fristen steht gemäss der bundesrätlichen Botschaft der Gedanke, dass die betroffene Person nach ihrem Ablauf keine begründete Aussicht auf eine Stelle mehr hat.[1694] Bei der Rechtssetzung sind zwar gewisse Schematisierungen und Pauschalisierungen erlaubt[1695], allerdings wirft die entsprechende Umsetzung aufgrund dieser Schematisierung Fragen betreffend ihrer Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen auf.[1696] Durch Art. 61a AIG wird die durch das Bundesgericht vorgenommene Prüfung der objektiven Gegebenheiten des Einzelfalls durch eine starre Lösung abgelöst. Das Bundesgericht hatte allerdings noch keine Gelegenheit sich zum neuen Artikel zu äussern.[1697]

bb. Unfreiwillige Beendigung des Arbeitsverhältnisses im ersten Jahr

720 Art. 61a Abs. 1 bis 2 AIG regeln den Fall der unfreiwilligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses im ersten Jahr der Beschäftigung. Die Bewilligung erlischt diesbezüglich sechs Monate nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ausser zu diesem Zeitpunkt wird weiterhin Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt. In diesem Fall erlischt die Bewilligung mit dem Ende der Entschädigung.

721 Die Regelung von Art. 61a Abs. 1 und 2 AIG betrifft dabei gleichermassen Personen mit einer Kurzaufenthalts- und einer Aufenthaltsbewilligung. Der Bundesrat hielt diesbezüglich in der Botschaft fest, dass gestützt auf Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Anhang I FZA die effektive Dauer der Anstellung massgebend sei und nicht die Gültigkeitsdauer des Arbeitsvertrags oder der Bewilligung.[1698] Dieser Auslegung ist zuzustimmen, da sich das Aufenthaltsrecht einer EU-Wanderarbeitnehmerin aus ihrer Arbeitnehmereigenschaft ableitet, die davon abhängt, dass sie «während einer bestimmten Zeit zu Gunsten eines anderen nach dessen Weisungen eine Leistung erbringt und dafür von

1694 BBl 2016 3007 S. 3061.

1695 Rhinow/Schefer/Uebersax, Rz 1852.

1696 Siehe BBl 2016 3007 S. 3073 f.

1697 Das Bundesgericht hatte aufgrund der Übergangsregelung von Art. 126 Abs. 1 AIG noch keine Möglichkeit sich zu Art. 61a AIG zu äussern, siehe Urteile des Bundesgerichts 2C_938/2018 vom 24.06.2019 E. 5.1; 2C_806/2018 vom 20.03. 2019 E. 5.4; 2C_381/2018 vom 29.11.2018 E. 5.2.1; 2C_374/2018 vom 15.08. 2018 E. 5.1 und 2C_167/2018 vom 09.08.2018 E. 2.

1698 BBl 2016 3007 S. 3057.

diesem eine Entlöhnung erhält»[1699]. Entsprechend kommt ihrer ausländerrechtlichen Bewilligung auch nur deklaratorische Bedeutung zu.[1700]

722 Aus dem Wortlaut von Art. 61a AIG ergibt sich allerdings, dass es nicht nur auf die effektive Dauer der Anstellung ankommt, sondern auch auf die Bewilligungsart. So erlischt das Aufenthaltsrecht von Personen mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung grundsätzlich mit Ende der Arbeitslosenentschädigung (Art. 61a Abs. 2), während es bei Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung darauf ankommt, ob sie während den ersten zwölf Monaten (Art. 61a Abs. 1 und 2 AIG) oder erst nach Ablauf der ersten zwölf Monate (Art. 61a Abs. 4 AIG) des Arbeitsverhältnisses unfreiwillig arbeitslos geworden sind. Im letztgenannten Fall erlischt das Aufenthaltsrecht nämlich erst sechs Monate nach dem Ende der Arbeitslosenentschädigung. Dies benachteiligt Personen, die aufgrund von befristeten Arbeitsverträgen nur Kurzaufenthaltsbewilligungen erhalten, auch wenn die befristeten Arbeitseinsätze ohne Unterbruch beim gleichen Arbeitgeber erfolgen. Diese Personen kommen so nie in den Genuss der günstigeren Bestimmung von Art. 61a Abs. 4 AIG, auch wenn sie im Einzelfall im Zeitpunkt des definitiven Endes des Arbeitsverhältnisses effektiv ein längeres Arbeitsverhältnis beim gleichen Arbeitgeber nachweisen können als jemand mit einer Aufenthaltsbewilligung. Es wäre diesbezüglich konsequenter – genauso wie bei Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung – auf die tatsächliche Dauer des Arbeitsverhältnisses beim gleichen Arbeitgeber, anstatt auf die Art der Bewilligung abzustellen. Eine diesbezügliche Auslegung von Art. 61a AIG steht zwar im Widerspruch zum Wortlaut, würde dem Sinn und Zweck der Bestimmung aber wohl mehr entsprechen.

723 Gemäss Art. 61a Abs. 3 AIG besteht für den Zeitraum zwischen der unfreiwilligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem Erlöschen des Aufenthaltsrechts nach Art. 61a Abs. 1 und 2 AIG kein Anspruch auf Sozialhilfe. Der Ausschluss von Stellensuchenden von der Sozialhilfe ist im Hinblick auf die Regelung von Art. 29a AIG konsequent.[1701] Ausserdem hält Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Anhang I FZA fest, dass Stellensuchende – unabhängig davon, ob sie zu diesem Zweck erstmalig in die Schweiz eingereist sind oder nach dem Ende eines Arbeitsverhältnisses mit einer Dauer von weniger als einem Jahr hier verbleiben – während der Dauer des Aufenthalts von der Sozialhilfe ausge-

---

1699 BGE 131 II 339 E. 3.2 = zitiert nach der deutschen Übersetzung in Pra 95 (2006), Nr. 39. Siehe dazu auch Rz 558 f.

1700 SPESCHA ET AL., S. 155.

1701 Siehe dazu Rz 567.

schlossen werden können.[1702] Der Anspruch auf Nothilfe nach Art. 12 BV bleibt dabei vorbehalten.[1703]

cc. Unfreiwillige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach den ersten zwölf Monaten

724 In Art. 61a Abs. 4 AIG ist der Fall der unfreiwilligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach den ersten zwölf Monaten des Aufenthalts geregelt. Die Aufenthaltsbewilligung erlischt in diesem Fall sechs Monate nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ausser zu diesem Zeitpunkt wird weiterhin Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt. In diesem Fall erlischt die Bewilligung sechs Monate nach dem Ende der Entschädigung. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft fehlt im Freizügigkeitsabkommen für die in Art. 61a Abs. 4 AIG vorgesehene Konstellation eine klare Regelung, womit Art. 61a Abs. 4 AIG eine Ausführungsbestimmung dazu darstellt. Sie schaffe eine klare Rechtsgrundlage für eine einheitliche Praxis der kantonalen Vollzugsbehörden.[1704]

725 Die in Art. 61a Abs. 4 AIG vorgesehenen starren Fristen könnten dabei allerdings in Konflikt zu Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA geraten. Diese Bestimmung hält fest, dass bei der ersten Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ihre Gültigkeitsdauer beschränkt werden kann, wenn der Inhaber seit mehr als zwölf aufeinander folgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist; sie darf jedoch ein Jahr nicht unterschreiten. Die in Art. 61a Abs. 4 AIG vorgesehenen Fristen führen aber – je nach Dauer der Arbeitslosenentschädigung – zu einem Erlöschen der Bewilligung nach sechs bis 30 Monaten nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses.[1705] Gemäss Art. 2 Abs. 2 AIG kommt das Ausländer- und Integrationsgesetz gegenüber EU-Staatsangehörigen jedoch nur zur Anwendung, wenn das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das Ausländer- und Integrationsgesetz günstiger ist. Daraus folgt, dass mindestens in den Fällen, in denen eine Wanderarbeitnehmerin gegen Ende des vierten Aufenthaltsjahres unfreiwillig arbeitslos geworden ist, sie entweder Anspruch auf einen weiteren Aufenthalt von 24 Monaten (gemäss Art. 6

[1702] Hierbei stellt sich allerdings die Frage, ob die Schweiz dadurch, dass sie von dieser Möglichkeit erst seit dem 01.07.2018 Gebrauch macht, die Stand-Still-Klausel von Art. 13 FZA verletzt, siehe BBl 2016 3007 S. 3076.

[1703] BGE 131 I 166 E. 3.1.

[1704] BBl 2016 3007 S. 3059 f.

[1705] BBl 2016 3007 S. 3060.

Abs. 1 Anhang I FZA) oder von 30 Monaten (gemäss Art. 61a Abs. 4 AIG) hat. Da Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA allerdings einzig davon spricht, dass jemand bei der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung seit mehr als zwölf Monaten unfreiwillig arbeitslos zu sein braucht, ist unklar, wann genau die Grenze zu ziehen ist, bei der die vorgesehene Möglichkeit einer einjährigen Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA noch nicht greift.

726 Für Arbeitnehmende, die nach den ersten zwölf Monaten des Aufenthalts unfreiwillig arbeitslos geworden sind, sieht Art. 61a AIG keinen Ausschluss von der Sozialhilfe vor, da Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 Anhang I FZA hier nicht einschlägig ist. In diesen Konstellationen gilt die arbeitslose EU-Staatsangehörige weiterhin als Arbeitnehmerin und hat Anspruch auf die Leistungen, die aus dieser Eigenschaft fliessen, insbesondere die Sozialhilfe.[1706] Diese stellt nämlich gemäss der EuGH-Rechtsprechung eine soziale Vergünstigung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA dar.[1707]

727 Die unfreiwillige Arbeitslosigkeit führt dann nicht zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft, wenn die betroffene Person während den in Art. 61a AIG vorgesehenen Fristen eine neue Anstellung findet.[1708] Gemäss den Weisungen des SEM behält die betroffene Person ihre Aufenthaltsbewilligung, wenn sie eine unbefristete Stelle oder eine befristete Stelle für eine Dauer von mehr als einem Jahr findet. Findet sie hingegen eine auf weniger als ein Jahr befristete Stelle, so widerruft die kantonale Behörde die Aufenthaltsbewilligung und stellt eine Kurzaufenthaltsbewilligung aus.[1709] Diese Praxis hat zur Folge, dass bei einem erneuten Verlust dieser zweiten Anstellung Art. 61a Abs. 1 bis 3 AIG[1710] zur Anwendung kommt, da bei Kurzaufenthaltsbewilligungen nicht auf die Dauer des Aufenthalts abgestellt wird. Dies verschlechtert die Rechtsposition der EU-Staatsangehörigen und benachteiligt sie im Vergleich zu Personen, die eine unbefristete Anstellung gefunden haben. Sachliche Gründe für diese Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich, da ein unbefristeter Arbeitsvertrag jederzeit beendet werden kann und damit keine Aussage über die tatsächliche Dauer der Erwerbstätigkeit ermöglicht.

1706 BGE 141 V 321 E. 4.5.

1707 BGE 141 V 321 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen; BGE 141 II 1 E. 3.3.1.

1708 Siehe BGE 141 II 1 E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen.

1709 SEM, Weisungen Personenfreizügigkeit, Ziff. 8.3.3.

1710 Siehe Rz 722 f.

4. Verbleiberechte bei Erwerbsunfähigkeit

728 Ist ein Wanderarbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an der weiteren Ausübung einer Erwerbstätigkeit verhindert, so sind die sich daraus ergebenden Folgen für Drittstaatsangehörige – im Gegensatz zu EU-Staatsangehörigen[1711] – nicht explizit gesetzlich geregelt.[1712] Dies hat zur Folge, dass auch hier für Personen mit einer Kurzaufenthalts- oder einer Aufenthaltsbewilligung grundsätzlich die Praxis des erfüllten Aufenthaltszwecks zur Anwendung kommt, wobei BGE 126 II 377 die sich daraus ergebenden Konsequenzen schön aufzeigt.

729 In diesem Bundesgerichtsentscheid ging es um einen aus dem Kosovo stammenden Arbeitnehmer, der aufgrund einer erlittenen Hirnblutung keiner Erwerbstätigkeit mehr nachging. Das kantonale Migrationsamt erachtete bei dieser Ausgangslage den Aufenthaltszweck des Wanderarbeitnehmers als erfüllt und verweigerte die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.[1713] Es führte u.a. aus, dass die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung keine direkte Diskriminierung darstelle, da der kantonale Entscheid nicht an ein nach Art. 8 Abs. 2 BV verpöntes Kriterium – hier die Behinderung – anknüpfe, sondern an der fehlenden Erwerbstätigkeit.[1714] Es liege auch keine indirekte Diskriminierung vor, führe doch die Bedingung der Aufenthaltsbewilligung durch den Aufenthaltszweck im Ergebnis nicht dazu, dass Behinderte davon stärker betroffen seien als andere von dieser Regelung betroffene Personengruppen, wie beispielsweise die im Rahmen des Familiennachzugs Eingereisten.[1715] Diese Argumentation weist allerdings einen Zirkelschluss dahingehend auf, dass die Erwerbsunfähigkeit unverzichtbares Merkmal der Invalidität ist. Das hat zur Folge, dass jede invalid gewordene Person der weitere Aufenthalt mit dem Argument des erfüllten Aufenthaltszwecks verweigert werden kann. Im Ergebnis ist es somit die Zugehörigkeit

---

1711 Siehe Rz 731 ff.

1712 Eine entsprechende Regelung scheiterte im Gesetzgebungsverfahren zum Ausländergesetz (heute: Ausländer- und Integrationsgesetz), siehe MARTIN-KÜTTEL, S. 152 f.; NÜSSLE, Art. 33 AuG N 17.

1713 BGE 126 II 377 Sachverhalt.

1714 BGE 126 II 377 E. 6b.

1715 BGE 126 II 377 E. 6c.

zur Gruppe der Behinderten, welche zur Wegweisung führt, was eine Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV darstellt.[1716]

730 Um in dieser Situation, in welcher der Wanderarbeitnehmer keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehen kann, in der Schweiz zu verbleiben, benötigt er eine andere Bewilligung.[1717] Hierbei kommt nur noch eine – nach freiem Ermessen auszustellende – Härtefallbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG in Betracht, die ein Abweichen von den Zulassungsvoraussetzungen ermöglicht.[1718] Ein Verbleib eines Wanderarbeitnehmers aus einem Drittstaat in der Schweiz, der keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehen kann, gestaltet sich somit schwierig.

731 Im Gegensatz dazu hält Art. 7 lit. c FZA i.V.m. Art. 4 Anhang I FZA fest, dass die Staatsangehörigen einer Vertragspartei und ihre Familienangehörigen nach Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit ein Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei haben. Der Artikel verweist für die genaue Ausgestaltung dieses Rechts für Arbeitnehmende auf die Verordnung (EWG) Nr. 1251/70[1719] und für Selbständigerwerbende auf die Richtlinie 75/34/EWG[1720].

732 Gemäss Art. 2 Vo (EWG) Nr. 1251/70 hat ein Arbeitnehmer in vier Situationen das Recht in der Schweiz zu verbleiben, so u.a. wenn er, nach mindestens zweijährigem Aufenthalt, seine Erwerbstätigkeit infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit aufgegeben hat; oder wenn er seine Erwerbstätigkeit infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit aufgegeben hat, die Folge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit ist, und die Anspruch auf eine ganze oder teilweise Rente gibt. In diesem Fall entfällt die Voraussetzung einer Mindestaufenthaltsdauer (Art. 2 Abs. 1 lit. b Vo (EWG) Nr. 1251/70). Gemäss der

---

1716 MARTIN-KÜTTEL, S. 178 ff.; NAGUIB, Rz 981; NÜSSLE, Art. 33 AuG N 25. Für eine Auseinandersetzung mit dieser Kritik siehe Urteile des Bundesgerichts 2A.471/2001 vom 29.01.2002 E. 2c und 2A.188/2002 vom 02.05.2002 E. 2.2.2.

1717 Siehe Art. 54 VZAE.

1718 GOOD/BOSSHARD, Art. 30 AuG N 3, N 7 und N 13; MARTIN-KÜTTEL, S. 148 f. und S. 152 f. Siehe bereits Rz 714.

1719 Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. L 142 vom 30.06.1970, S. 24 ff. Diese Verordnung ist innerhalb der EU nicht mehr in Kraft. Für die heutzutage geltende Rechtslage siehe Rz 380 ff.

1720 Richtlinie über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. L 14 vom 20.01.1975, S. 10 ff. Diese Richtlinie ist innerhalb der EU nicht mehr in Kraft.

bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt das Verbleiberecht voraus, dass der EU-Staatsangehörige vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit die Arbeitnehmereigenschaft erfüllt hat[1721], wobei sich aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 2 Vo (EWG) Nr. 1251/70 ergibt, dass das Verbleiberecht von Art. 2 Abs. 1 lit. b Vo (EWG) Nr. 1251/70 zwar einen Aufenthalt von zwei Jahren voraussetzt[1722], aber keine Mindestbeschäftigungsdauer. Es genügt, wenn der Wanderarbeitnehmer die Arbeitnehmereigenschaft bei Eintritt der dauernden Arbeitsunfähigkeit erfüllt.[1723] Weiter muss er seine Erwerbstätigkeit aufgrund der Arbeitsunfähigkeit aufgegeben haben.[1724] Zur Beurteilung, ob eine dauernde Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b Vo (EWG) Nr. 1251/70 vorliegt, ist grundsätzlich die Verfügung der abklärenden IV-Stelle abzuwarten.[1725] Eine von der IV-Stelle festgestellte Fähigkeit eine den gesundheitlichen Beeinträchtigungen angepasste Tätigkeit auszuüben, steht dabei der Annahme einer dauernden Arbeitsunfähigkeit im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 entgegen.[1726] Auch im Fall, dass der Arbeitnehmer nicht nur in seinem bisherigen Berufsfeld vollständig arbeitsunfähig ist, sondern auch in einer ihm zumutbaren angepassten Tätigkeit nur teilweise arbeiten kann, hat er seine Resterwerbsfähigkeit grundsätzlich auszuschöpfen. Dennoch kann ein Recht auf Daueraufenthalt entstehen, wenn die Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit in einem neuen Betätigungsfeld aufgrund der fehlenden Aussichten auf dem konkreten Arbeitsmarkt eine Stelle zu finden (z.B. wegen der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit und des Alters) unzumutbar geworden ist.[1727]

733 Wer die Voraussetzungen nach Art. 2 Abs. 1 lit. b Vo (EWG) Nr. 1251/70 erfüllt und sich damit auf das Verbleiberecht nach Art. 4 Anhang I FZA berufen kann, behält seine als Arbeitnehmer erworbenen Rechte und hat insbe-

[1721] BGE 144 II 121 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen. Siehe auch Art. 1 Vo (EWG) Nr. 1251/70.

[1722] Siehe zu dieser Voraussetzung auch Urteil des Bundesgerichts 2C_374/2018 vom 15.08.2018 E. 6.

[1723] BGE 144 II 121 E. 3.5, insb. E. 3.5.3.

[1724] BGE 144 II 121 E. 3.2; BGE 141 II 1 E. 4.2.3.

[1725] BGE 141 I 1 E. 4.2.1 mit Verweis auf Urteile des Bundesgerichts 2C_587/2013 vom 30.10.2013 E. 4.3 und 2C_1102/2013 vom 08.07.2014 E. 4.4.

[1726] BGE 146 II 89 E. 4.

[1727] Urteil des Bundesgerichts 2C_108/2020 vom 10.07.2020 E. 4.3 und E. 4.4 (zur Publikation vorgesehen).

sondere auch Anspruch auf Sozialhilfe.[1728] In dieser Hinsicht unterscheidet sich das Verbleiberecht zum Recht auf Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit nach Art. 24 Anhang I FZA, das voraussetzt, dass ausreichend finanzielle Mittel vorhanden sind, um während des Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen.[1729]

I. Rechtsdurchsetzung

734 Zur Durchsetzung ihrer Rechte garantiert die Schweiz allen Menschen, unabhängig von der Nationalität oder dem Aufenthaltsstatus, Zugang zur Justiz, was durch die Verfahrensgarantien in Art. 29 ff. BV auch grundrechtlich verankert ist.[1730] Ein ausländerrechtliches Verfahren wird auf Gesuch der betroffenen Person hin oder von Amtes wegen eingeleitet. Es handelt sich dabei um ein Verwaltungsverfahren, für das die anwendbaren kantonalen oder Bundesverwaltungsrechtspflegegesetze gelten.[1731] Arbeitsrechtliche Ansprüche sind hingegen vor dem Zivilrichter geltend zu machen. Auf diesen Prozess sind die Bestimmungen der schweizerischen ZPO anwendbar. In beiden Verfahren können negative Entscheide vor der nächsthöheren Instanz angefochten werden.

735 Im Zivilprozess können auch Ansprüche des öffentlichen Rechts eingeklagt werden. Gemäss Art. 342 Abs. 2 OR steht dem Arbeitgeber oder der Arbeitnehmerin ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu, wenn das öffentliche Recht der Gegenpartei eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, die Inhalt des Einzelarbeitsvertrags sein könnte (Rezeptionsklausel).[1732] Daneben bleiben die Durchsetzungsmöglichkeiten und -pflichten der Verwaltungsbehörden bestehen.[1733] Zu den wichtigsten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, die durch Verwaltungsbehörden durchgesetzt werden, gehören jene zum Gesundheitsschutz und der Arbeitssicherheit.[1734] Weitere öffentlich-

[1728] BGE 144 II 121 E. 3.2; BGE 141 II 1 E. 4.1.

[1729] BORGHI, N 406; EPINEY/BLASER, Art. 7 FZA N 24.

[1730] Siehe KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 40 Rz 11.

[1731] Siehe SPESCHA ET AL., S. 403 ff.

[1732] Siehe zur Anwendung dieser Klausel zur Durchsetzung des orts-, berufs- und branchenüblichen Lohnes nach Art. 22 AIG Rz 620 ff. und Rz 686.

[1733] STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR N 6.

[1734] Siehe Art. 41 ff. ArG und Art. 81 ff. UVG.

rechtliche Vollzugsvorschriften finden sich in Art. 7 ff. Entsendegesetz[1735], wobei gestützt darauf aber nur die Einhaltung der Mindestlohnvorschriften im Sinne von Art. 2 EntsG überprüft werden kann, und im Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit[1736], dessen Kontrollorgane aber nach Art. 6 BGSA nur die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrecht überpüfen.

J. Zwischenfazit

736 Im Arbeitsvertragsrecht gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit. Diese umfasst die Inhalts- oder Gestaltungsfreiheit, die Abschlussfreiheit, die Partnerwahlfreiheit, die Aufhebungs- oder Änderungsfreiheit und die Formfreiheit.[1737] Handelt es sich bei der Arbeitnehmerin um eine fremde Staatsangehörige, greifen – neben arbeitsrechtlichen Vorschriften – auch die ausländerrechtlichen Bestimmungen in die Vertragsfreiheit der Parteien des Arbeitsvertrags ein.

737 Bei Drittstaatsangehörigen, die in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen (möchten), zeigt sich der Eingriff in die Vertragsfreiheit besonders deutlich, wobei jede der genannten Teilvertragsfreiheiten betroffen ist. Allerdings ist nicht jeder Eingriff in die Vertragsfreiheit negativ zu bewerten; insbesondere kennt bereits das Arbeitsvertragsrecht zahlreiche Vorschriften, welche die Vertragsfreiheit der Parteien zum Schutz der Arbeitnehmerin als der schwächeren Vertragspartei einschränken. Ausserdem kann die Einschränkung der Abschlussfreiheit des Arbeitgebers die Zugangschancen bis anhin vom Arbeitsmarkt ausgeschlossener Personen erhöhen. So schränken die im Ausländer- und Integrationsgesetz enthaltenen Voraussetzungen zur Zulassung einer Drittstaatsangehörigen zum schweizerischen Arbeitsmarkt zwar die Partnerwahl- und die Abschlussfreiheit der Drittstaatsangehörigen und des schweizerischen Arbeitgebers ein; sie erweitern aber auch die Abschlussfreiheit einer inländischen Arbeitnehmerin, die aufgrund der geringeren Konkurrenz leichter eine Arbeitsstelle finden kann. Die Verpflichtung des Arbeitgebers bei den kantonalen Bewilligungsbehörden einen schriftlichen Arbeitsvertrag einzureichen (Art. 22 Abs. 2 VZAE) hebt zwar die Formfreiheit nach Art. 320 Abs. 1 OR auf, sie bietet der ausländischen Arbeitnehmerin

[1735] Siehe dazu Rz 659.
[1736] Siehe dazu Rz 701 ff.
[1737] BSK-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR N 4.

aber auch Beweissicherheit. Die Verpflichtung in Art. 22 AIG den ausländischen Arbeitnehmenden die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu gewähren, schränkt zwar die Inhalts- und die Änderungsfreiheit (teilweise) ein, sie schützt aber die ausländischen Arbeitnehmenden vor finanzieller Ausbeutung und die inländischen Arbeitnehmenden vor Lohndumping.[1738]

738 Handelt es sich bei der Wanderarbeitnehmerin um eine EU-Staatsangehörige, so gelten die ausländerrechtlichen Vorschriften nur insoweit als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das Ausländer- und Integrationsgesetz günstiger ist (Art. 2 Abs. 2 AIG). Dies hat zur Folge, dass im Vergleich zu Drittstaatsangehörigen weniger öffentlichrechtliche Vorschriften in das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien eingreifen, was zuerst einmal eine Erweiterung der Vertragsfreiheit zur Folge hat. Das Freizügigkeitsabkommen enthält aber in Art. 7 lit. a FZA i.V.m. Art. 9 Anhang I FZA ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot. Dieses Verbot, das gemäss der hier vertretenen Meinung auch Arbeitgebende bindet[1739], hat vielfältige Auswirkungen auf die Vertragsfreiheit im gesamten Verlauf eines Arbeitsverhältnisses. Es gewährt den EU-Staatsangehörigen nicht nur einen diskriminierungsfreien Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt, womit das Kriterium «Staatsangehörigkeit» bei der Stellenbesetzung keine Rolle spielen darf, sondern untersagt den Arbeitgebenden auch, EU-Staatsangehörige hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf die Entlöhnung, anders zu behandeln als inländische Arbeitnehmende. Damit schützt das Diskriminierungsverbot nicht nur EU-Staatsangehörige vor Ausbeutung, sondern auch die inländischen Arbeitnehmenden vor einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen[1740], womit es eine ähnliche Funktion wie Art. 22 AIG übernimmt. Der Verpflichtung der Arbeitgebenden, die Wanderarbeitnehmenden aus den EU-Mitgliedstaaten diskriminierungsfrei zu behandeln, ist weiter eine grundsätzliche Voraussetzung, dass diese die ihnen mit der Personenfreizügigkeit gewährten Rechte überhaupt wahrnehmen können.

[1738] CARONI ET AL., S. 176; SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4.
[1739] Siehe Rz 577 ff. und Rz 626 ff.
[1740] PÄRLI, Eurolohn, Rz 26.

VI. Anbindung der Schweiz an das internationale und europäische Recht

A. Die Schweiz und der internationale Standard zum Schutz der Wanderarbeitnehmer

739 Internationale Verträge zur Arbeitsmigration, welche die beiden Rechtsgebiete Arbeits- und Migrationsrecht in einem einzigen Instrument verknüpfen, wurden durch die ILO, die UN und den Europarat erlassen.[1741] Die Schweiz hat keines dieser internationalen Übereinkommen ratifiziert, wobei diesen Entscheiden unterschiedliche politische und rechtliche Überlegungen zugrundelagen.[1742] Diese internationalen Instrumente enthalten einen Minimalstandard zum Schutz der Rechte von Wanderarbeitnehmenden[1743]. Im Folgenden soll ein kurzer Vergleich der wichtigsten Bereiche zwischen der schweizerischen Rechtslage und diesen Instrumenten aufzeigen, wie sich die Schweiz diesbezüglich positioniert:

740 ➢ Wahrung der Menschenrechte: Art. 1 ILO-Übereinkommen Nr. 143 verpflichtet die Vertragsstaaten die grundlegenden Menschenrechte aller Wanderarbeitnehmenden zu achten[1744], während die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention die Menschenrechte, die allen Wanderarbeitnehmenden unabhängig von ihrem Status zustehen, in ihrem Teil III direkt aufzählt[1745]. Viele der durch die genannten Instrumente anvisierten Menschenrechte sind dabei bereits in anderen UN-Konventionen enthalten, wobei die Verträge als «complementary and mutually reinforcing»[1746] zu verstehen sind. In diesem Sinn spielt die fehlende Ratifikation der internationalen Instrumente zur Arbeitsmigration durch die Schweiz keine grosse Rolle, da sie Vertragsstaat der UN-Pakte sowie der EMRK ist. Wie die Ausführungen zum grundrechtlichen Schutz der Wanderarbeitnehmenden in der Schweiz aber gezeigt haben, besteht auch hier Aufholbedarf: So hat die Schweiz einen Vorbehalt zu Art. 12 Abs. 1 UN-Pakt I

[1741] Siehe Rz 53 ff.

[1742] Siehe zum Entscheid der Schweiz betreffend die ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 Rz 106 ff.; betreffend die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention Rz 166 ff.; und betreffend die Instrumente des Europarates, Rz 212 ff.

[1743] Siehe hierzu die Zusammenfassung in Rz 226.

[1744] Siehe Rz 83.

[1745] Siehe Rz 144.

[1746] Siehe Rz 83 und Rz 144.

(dessen Wortlaut sich im Übrigen in Art. 39 Abs. 1 MWC wiederfindet) angebracht, da Art. 37 und 85 AIG dieser Bestimmung entgegenstehen. Das Recht seinen Wohnsitz frei zu wählen, ist somit für (gewisse Kategorien von) Wanderarbeitnehmenden in der Schweiz eingeschränkt.[1747] Ebenso ist fraglich, ob die bundesgerichtliche Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV auf Schweizerinnen und Schweizer sowie fremde Staatsangehörige, die ausländerrechtlich uneingeschränkt auf dem Arbeitsmarkt zugelassen sind, dem menschenrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit und damit auch den internationalen Verpflichtungen der Schweiz aus Art. 6 UN-Pakt I genügend Rechnung trägt.[1748] Im Gegensatz dazu erfüllt die in Art. 28 BV enthaltene Koalitionsfreiheit als ein Inländergleichbehandlungsgebot grundsätzlich die Anforderungen der verschiedenen internationalen Instrumente zur Arbeitsmigration[1749] bzw. geht insofern, als auch irreguläre Wanderarbeitnehmende erfasst werden, darüber hinaus[1750].

- Informationsrechte: Die internationalen Instrumente zur Arbeitsmigration verpflichten die Vertragsstaaten geeignete Stellen zu unterhalten, die korrekte Informationen zur Verfügung stellen.[1751] In der Schweiz verpflichtet Art. 57 Abs. 1 AIG Bund, Kantone und Gemeinden die Ausländerinnen und Ausländer über die Lebens- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz, insbesondere über ihre Rechte und Pflichten, zu informieren und zu beraten. Absatz 4 der genannten Bestimmung enthält dabei auch eine Informationspflicht gegenüber der Wohnbevölkerung zur Integrationspolitik sowie über die besondere Situation von Ausländerinnen und Ausländern.[1752] Dies stellt eine Massnahme gegen Rassismus und Ausländerfeindlichkeit dar, wie sie auch vom Ausschuss zur UN-Wanderarbeitneh- 741

[1747] Siehe Rz 495.

[1748] Siehe Rz 507 ff.

[1749] Zu Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. ii ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143 i.V.m. Art. 2 lit. g ILO-Empfehlung Nr. 151 siehe Rz 96 f.; zu Art. 26 und 40 MWC siehe Rz 155 f. und zu Art. 19 Abs. 4 ESC/revESC siehe Rz 202.

[1750] Zum persönlichen Geltungsbereich der ILO-Übereinkommen Nr. 97 und 143 siehe Rz 76; der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention siehe Rz 133 ff. und Rz 156; und der Instrumente des Europarates siehe Rz 189 ff.

[1751] Siehe Art. 2 ILO-Übereinkommen Nr. 97 in Rz 81; Art. 65 MWC in Rz 141; und Art. 19 Abs. 1 ESC/revESC in Rz 197.

[1752] Siehe zu Art. 57 AIG Rz 603 ff.

merkonvention[1753] sowie von Art. 19 Abs. 1 ESC/revESC[1754] verlangt wird. In den Bereich Information fällt auch die Frage nach der Aushändigung einer Kopie des Arbeitsvertrags, wie es vom ILO-Übereinkommen Nr. 97[1755] gefordert wird. In der Schweiz können Arbeitsverträge zwar grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden (Art. 320 Abs. 1 OR), allerdings verlangt Art. 330b OR eine schriftliche Information des Arbeitnehmers über die wichtigsten Aspekte des Arbeitsverhältnisses. Davon profitieren alle (Wander-)Arbeitnehmenden in der Schweiz, insbesondere auch jene, die keine Arbeitsbewilligung nach Art. 18 ff. AIG benötigen.[1756]

742 ➢ Rechte in der Arbeit: Den bedeutendsten Stellenwert im Bereich der Rechte in der Arbeit nimmt das Gleichbehandlungsgebot ein. Dieses erfasst das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeit, Arbeitsschutzmassnahmen und weitere Arbeitsbedingungen sowie die kollektiven Rechte.[1757] In diesen Bereichen trifft das schweizerische Recht grundsätzlich keine Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Arbeitnehmenden.[1758] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben auch Wanderarbeitnehmende, die ohne die erforderliche Arbeitsbewilligung eine Erwerbstätigkeit ausüben, Anspruch auf die gleichen arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten wie alle anderen Arbeitnehmenden. Die Durchsetzung dieser Ansprüche stellt für Wanderarbeitnehmende ohne Arbeits- und/oder Aufenthaltsbewilligung allerdings ein gewisses Risiko dar, da der Umfang der Datenbekanntgabe nach Art. 97 Abs. 3 AIG nicht restlos geklärt ist.[1759]

1753 Siehe Rz 143.

1754 Siehe Rz 198.

1755 Siehe Rz 82.

1756 Bei der Erstzulassung eines Drittstaatsangehörigen hat der Arbeitgeber nach Art. 22 Abs. 2 VZAE einen schriftlichen Arbeitsvertrag einzureichen, siehe Rz 588.

1757 Siehe zum Gleichbehandlungsgebot Art. 6 ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143 in Rz 91 ff.; Art. 25 MWC in Rz 150 ff.; und Art. 19 Abs. 4 lit. a ESC/revESC in Rz 199 f. Zur Koalitionsfreiheit in den internationalen Instrumenten zur Arbeitsmigration siehe Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. ii ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Art. 10 ILO-Übereinkommen Nr. 143 i.V.m. Art. 2 lit. g ILO-Empfehlung Nr. 151 in Rz 96 f.; Art. 26 und 40 MWC in Rz 155 f.; und Art. 19 Abs. 4 lit. b ESC/revESC in Rz 202.

1758 Siehe zu diesem Themenbereich Rz 615 ff. und Rz 646 ff.

1759 Siehe Rz 691 ff.

Dies kann eine Verletzung ihres menschen- und verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Justizzugang darstellen.

- Berufliche Mobilität: Art. 14 lit. a ILO-Übereinkommen Nr. 143[1760] und Art. 52 Abs. 3 lit. a MWC[1761] erlauben es den Vertragsstaaten, die berufliche Mobilität von Wanderarbeitnehmenden während zwei Jahren einzuschränken. In der Schweiz hängt das Recht auf berufliche Mobilität nach Art. 38 AIG von der Art der ausländerrechtlichen Bewilligung ab, wobei der Stellenwechsel für Drittstaatsangehörige mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung eingeschränkt ist.[1762] Da Kurzaufenthaltsbewilligungen höchstens für einen Aufenthalt von zwei Jahren gewährt werden[1763], entspricht das schweizerische Recht den Anforderungen in den internationalen Instrumenten zur Arbeitsmigration. Soweit auch das Recht auf Stellenwechsel von Wanderarbeitnehmenden mit einer Aufenthaltsbewilligung eingeschränkt werden kann, entspricht dies nur den genannten internationalen Bestimmungen, wenn die zweijährige Frist beachtet wird. Die internationalen Instrumente zur Arbeitsmigration erlauben darüber hinaus auch eine Einschränkung des Zugangs zu bestimmten Berufen, wenn dies im Interesse des Staats erforderlich ist.[1764] Solche Einschränkungen kennt auch die Schweiz.[1765] 743

- Bleiberechte: Verliert ein Wanderarbeitnehmer seinen Arbeitsplatz, so gewähren ihm die internationalen Instrumente das Recht für eine gewisse Dauer im Beschäftigungsland zu verbleiben, um eine neue Stelle zu suchen. Die Dauer richtet sich dabei grundsätzlich nach dem Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit.[1766] Die von der Schweiz in diesem Zusammenhang für Drittstaatsangehörige getroffene Unterscheidung danach, ob der Aufenthaltszweck der ausländerrechtlichen Bewilligung mit einer bestimmten Stelle verbunden ist[1767], findet sich in Art. 51 MWC wieder. In diesem Fall ist ein Entzug der Aufenthaltsbewilligung ausdrücklich er- 744

[1760] Siehe Rz 98.

[1761] Siehe Rz 158.

[1762] Siehe Rz 710.

[1763] Art. 32 Abs. 1 und 3 AIG; siehe BOLZLI, Art. 32 AIG N 6.

[1764] Siehe Art. 14 lit. c ILO-Übereinkommen Nr. 143 in Rz 99 und Art. 52 Abs. 2 lit. a MWC in Rz 159.

[1765] Siehe Rz 598 ff.

[1766] Siehe Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 143 in Rz 100 ff.; Art. 49 und 51 MWC in Rz 161; und Art. 18 Abs. 3 ESC/revESC in Rz 208.

[1767] Siehe Rz 713 ff.

laubt. Die Möglichkeit im Beschäftigungsstaat im Fall einer gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit zu verbleiben, wird nur in Art. 8 ILO-Übereinkommen Nr. 97 angesprochen.[1768] Dieses Recht ist allerdings auf dauernd zugelassene Wanderarbeitnehmende beschränkt, woraus folgt, dass die schweizerische Praxis des erfüllten Aufenthaltszwecks den Regelungen in den internationalen Instrumenten zur Arbeitsmigration nicht entgegensteht.

745 Dieser Überblick hat gezeigt, dass die schweizerische Rechtslage grundsätzlich dem Minimalstandard der internationalen Instrumente zur Arbeitsmigration in den untersuchten Bereichen entspricht. Zwei Bereiche, in denen dies nicht der Fall ist, betreffen die Einschränkung der geografischen Mobilität für Drittstaatsangehörige, die weiterhin einer Bewilligung zum Wohnortswechsel bedürfen (Art. 37 AIG), sowie die – aufgrund der unklaren Datenbekanntgabevorschriften nach Art. 97 Abs. 3 AIG schwierigen – Durchsetzung der arbeitsrechtlichen Ansprüche aus einer irregulären Tätigkeit, was das Recht auf Justizzugang einschränkt.

B. Personenfreizügigkeit in der Schweiz

746 Gegenüber Wanderarbeitnehmenden aus EU-Mitgliedstaaten kommt in der Schweiz das Freizügigkeitsabkommen zur Anwendung. Dieses übte einen grundlegenden Einfluss auf das schweizerische Recht aus, indem EU-Staatsangehörige weitgehend aus dem Anwendungsbereich des Ausländer- und Integrationsgesetzes herausgenommen und einem eigenen Rechtsregime unterstellt wurden. Es ist zwar Ziel des Abkommens die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Union geltenden Bestimmungen zu verwirklichen, das Abkommen übernimmt aber nur einen Teil des unionsrechtlichen *acquis communautaire* im Bereich der Personenfreiheiten.[1769] Dies sowie die Tatsache, dass es sich beim FZA um ein statisches Abkommen handelt[1770], haben zur Folge, dass das Recht der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU immer weniger dem innerhalb der EU geltenden Recht entspricht.

[1768] Siehe Rz 100.
[1769] Siehe Rz 463.
[1770] BORGHI, N 4.

Ein Vergleich der in der vorliegenden Arbeit untersuchten Bereiche zeigt, dass sich Unterschiede insbesondere in den drei Bereichen Recht auf Stellensuche, Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots und Bleiberechte ergeben. Auf diese Bereiche wird vorliegend kurz vertiefter eingegangen: 747

- Stellensuche: Das Recht eines Wanderarbeitnehmers ins Hoheitsgebiet eines EU-Mitgliedstaats bzw. in die Schweiz einzureisen, und sich dort aufzuhalten, um eine Stelle zu suchen, ist sowohl im EU-Recht[1771] als auch im Freizügigkeitsabkommen[1772] enthalten. Beide Rechtsordnungen sehen während der Dauer dieses Aufenthalts den Ausschluss von der Sozialhilfe vor. Anders sieht die Situation aber für Personen aus, die ihre Erwerbstätigkeit im ersten Jahr des Aufenthalts verloren haben. Diese erfüllen nach Art. 7 Abs. 3 lit. c der Unionsbürgerrichtlinie für während mindestens sechs Monaten die Arbeitnehmereigenschaft und haben somit nach dem Recht der EU während dieser Zeit Anspruch auf Sozialhilfeleistungen.[1773] Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 Anhang I FZA erlaubt es hingegen, diese Personen von der Sozialhilfe auszuschliessen. Eine Möglichkeit von der die Schweiz mit Art. 61a Abs. 3 AIG Gebrauch gemacht hat.[1774] 748
- Diskriminierungsverbot: Die Regelung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit enthält ein umfassendes Diskriminierungsverbot[1775], das in Bezug auf den Zugang zu einer Beschäftigung sowie, sobald eine Erwerbstätigkeit aufgenommen wurde, in Bezug auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses gilt. Erfasst werden sowohl direkte wie indirekte Diskriminierungen.[1776] Im EU-Recht werden durch das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot dabei nicht nur die Mitgliedstaaten verpflichtet, sondern nach der EuGH-Rechtsprechung auch private Arbeitgebende.[1777] Im Freizügigkeitsabkommen wird die Frage, ob auch nicht-kollektiv handelnde private Arbeitgebende das Diskriminierungsverbot beachten müssen, nicht geregelt 749

[1771] Art. 6 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 4 Unionsbürgerrichtlinie, siehe Rz 302.

[1772] Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 Anhang I FZA, siehe Rz 567.

[1773] EuGH, Urteil vom 15.09.2015, *Alimanovic,* C-67/14, EU:C:2015:597, Rn 53 f.

[1774] Siehe Rz 723.

[1775] Im Recht der EU ist das Diskriminierungsverbot insbesondere in Art. 45 Abs. 2 AEUV und in Art. 7 bis 9 Vo (EU) Nr. 492/2011 geregelt; im Verhältnis zur Schweiz ist Art. 2 und Art. 7 lit a FZA sowie Art. 9 Anhang I FZA einschlägig.

[1776] Siehe zu diesem Themenbereich für das EU-Recht Rz 246 ff., Rz 251, Rz 296 f. und Rz 349 ff. und für das Freizügigkeitsabkommen Rz 469 ff., Rz 577 ff., Rz 625 ff., und Rz 651.

[1777] Siehe Rz 288 ff. und Rz 354 ff.

und das Bundesgericht hat die Frage bis anhin nicht beantwortet.[1778] Nach der herrschenden Lehre – und der vorliegend vertretenen Meinung – ist die Frage allerdings zu bejahen, da nur so die doppelte Zielsetzung des Diskriminierungsverbots (Schutz der EU-Wanderarbeitnehmenden vor Ausbeutung und der inländischen Arbeitskräfte vor einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen) verwirklicht werden kann.[1779]

750 ➢ Bleiberechte: EU-Wanderarbeitnehmende haben nach Art. 16 Unionsbürgerrichtlinie nach einem fünfjährigen ununterbrochenen und rechtmässigen Aufenthalt das Recht sich dauerhaft im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten. Dieses Recht besteht dabei unabhängig von einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder dem Vorliegen ausreichender Existenzmittel.[1780] Das Freizügigkeitsabkommen kennt keine entsprechende Regelung, womit die Regelungen des Ausländer- und Integrationsgesetzes über den Erwerb und Verlust der Niederlassungsbewilligung zur Anwendung kommen.[1781] Weiter kann ein Wanderarbeitnehmer das Recht auf Daueraufenthalt nach der im EU-Recht anwendbaren Unionsbürgerrichtlinie in gewissen Ausnahmefällen bereits früher erwerben, und zwar u.a. dann, wenn er seine Erwerbstätigkeit infolge einer dauernden Arbeitsunfähigkeit aufgegeben, und sich mindestens zwei Jahre ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat. Die Voraussetzung der Aufenthaltsdauer entfällt, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit eingetreten ist, die Anspruch auf eine Rente gibt.[1782] Es handelt sich dabei um die gleiche Regelung wie im Freizügigkeitsabkommen, wobei Art. 4 Anhang I FZA noch auf eine Richtlinie verweist, die in der EU nicht mehr im Kraft ist, da sie in die Unionsbürgerrichtlinie überführt worden ist.

751 Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass ein Auseinanderdriften der Regelungen des EU-Rechts und des Freizügigkeitsabkommens einerseits dort stattfindet, wo die Weiterentwicklung auf der Auslegung bestehender Normen durch den EuGH basiert. Die Auslegungsregel von Art. 16 Abs. 2 FZA und die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach «neue» EuGH-Rechtsprechung zwar nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben soll, was aber keine

[1778] Siehe Rz 631 f.
[1779] Siehe Rz 632.
[1780] Siehe Rz 382.
[1781] Siehe Art. 34 und Art. 63 AIG.
[1782] Siehe Rz 382.

«Befolgungspflicht» darstellt[1783], erlauben hier der Schweiz einen gewissen Spielraum, um Weiterentwicklungen nicht zu übernehmen. Andererseits finden sich Unterschiede in Bereichen, die in der EU durch die Unionsbürgerrichtlinie geregelt werden. Diese Richtlinie wurde erst nach Ratifizierung des Freizügigkeitsabkommens erlassen, womit sie darin nicht berücksichtigt werden konnte. Die Möglichkeit ihrer Übernahme bei Ratifizierung des institutionellen Abkommens stellt dabei aus Sicht der Schweiz einen der noch zu klärenden Punkte dar.[1784]

VII. Fazit: Schutz für Wanderarbeitnehmer in der Schweiz

A. Berücksichtigung staatlicher Interessen

Im vorliegenden Kapitel wurden die Schnittstellen des schweizerischen Ar- 752
beits- und Migrationsrechts systematisch dargestellt, um die sich stellenden rechtlichen Fragen aufzuzeigen. Wie sich im historischen Überblick gezeigt hat, ist die rechtliche Ausgestaltung der Arbeitsmigration dabei immer Ausdruck der dahinterstehenden (staatlichen) Migrationspolitik.

In ihrem Kern verlangt Migrationspolitik politische Entscheidungen darüber, 753
wieviele und welche Migrantinnen und Migranten einreisen dürfen und welche Rechte ihnen im Immigrationsland gewährt werden.[1785] Es geht somit um Fragen der Anzahl, Auswahl (z.B. bezüglich Qualifikationsniveau und Staatsangehörigkeit) und Rechte der Migranten. Dabei werden diese Fragen in Abhängigkeit vom «nationalen Interesse» des Immigrationslands beantwortet.[1786] Der einzelne Staat verfügt damit über zwei Handlungsparameter zur Gestaltung seiner Migrationspolitik. Die erste Gruppe bezieht sich auf Instrumente zur eigentlichen Regelung der Zuwanderung. Die zweite Gruppe be-

1783 Siehe Rz 464.

1784 Siehe zum Institutionellen Abkommen Rz 446 f.

1785 RUHS, Price of Rights, S. 3; für eine kurze Darstellung der schweizerischen Migrationspolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen in Bezug auf diese Fragen, siehe RUEDIN DIDIER/ALBERTI CAMILLA/D'AMATO GIANNI, Immigration and Integration Policy in Switzerland, 1848 to 2014, Swiss Political Science Review 2015, S. 5 ff.

1786 RUHS, Price of Rights, S. 3.

schäftigt sich mit den den Wanderarbeitnehmenden zukommenden Rechten.[1787]

754 Die Ausgestaltung der schweizerischen Arbeitsmigrationspolitik berücksichtigt verschiedene nationale Bedürfnisse, wobei wirtschaftliche Interessen einen wichtigen Platz einnehmen. Diese müssen allerdings immer mit innenpolitischen Erwägungen in Einklang gebracht werden. Diese äussern sich vor allem in Befürchtungen der Bevölkerung über die Anzahl Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz und finden Ausdruck im Zustandekommen und der gelegentlichen Annahme verschiedener Volksinitiativen zu dieser Frage.[1788] Zusätzlich muss die Schweiz internationale Verpflichtungen beachten, welche sie in der Gestaltung ihrer (Arbeits-)Migrationspolitik einschränken können.[1789] Die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative und die folgenden Schwierigkeiten in ihrer Umsetzung zeigten dann auch die Grenzen einer souveränen Gestaltung der Migrationspolitik auf, indem durch Einwanderung hervorgerufene Ängste im wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bereich auf internationale Verpflichtungen trafen, die den nationalen Behörden kaum einen Handlungsspielraum gelassen haben.[1790]

755 Das Freizügigkeitsabkommen stellt eine der wichtigsten internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich der Arbeitsmigration dar. Seit seinem Abschluss (und dem Dahinfallen der Übergangsbestimmungen) hat die Schweiz kaum mehr staatliche Möglichkeiten zur Steuerung der Anzahl der EU-Wanderarbeitnehmenden oder zu einer Selektion nach ihren Qualifikationen. Diese Regulierung wird grundsätzlich dem freien Spiel des (Arbeits-)

1787 DHIMA, S. 57 f.; CARONI ET AL., S. 17.

1788 PIGUET, S. 66 f. Siehe zu den verschiedenen «Überfremdungsinitiativen», die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zustandekamen, Rz 426 f.

1789 Siehe PIGUET, S. 67 f.

1790 Zur Einstellung der schweizerischen Bevölkerung zur Immigration siehe ACKERMANN MAYA/FREITAG MARKUS, What Actually matters? Understanding Attitudes toward Immigration in Switzerland, Swiss Political Science Review 2015, S. 36 ff. Zu verschiedenen Lösungsansätzen des Konflikts zwischen Völkerrecht und Volksinitiativen siehe: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. Oktober 2008, BBl 2010 2263, insb. S. 2313 ff. und S. 2328 ff., und Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011 3613.

Marktes überlassen, wobei die Schweiz mit den flankierenden Massnahmen versucht, mögliche negative Verteileffekte der liberalen Einwanderungspolitik für potentielle Verlierer abzufedern.[1791] Auch die im Rahmen der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative ins Gesetz aufgenommenen Bestimmungen (Ausschluss von der Sozialhilfe für Stellensuchende, Stellenmeldepflicht und Erlöschen des Aufenthaltsrechts bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit) stellen eine – mit dem Liberalisierungsgedanken des Feizügigkeitsabkommens kaum vereinbare – Re-Regulierung des schweizerischen Arbeitsmarktes dar.

Im Gegensatz zur Freizügigkeitsregelung mit der EU steht die ausländerrechtliche Regelung für Wanderarbeitnehmende aus Drittstaaten, bei dessen Ausgestaltung die Schweiz grundsätzlich frei ist.[1792] Sie schöpft den ihr diesbezüglich gewährten Spielraum, die Zulassung und den Aufenthalt von Arbeitskräften aus Drittstaaten nationalstaatlichen (Wirtschafts-)Interessen unterzuordnen, voll aus. So erfolgt eine Zulassung nur, soweit sie im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegt (vgl. Art. 18 ff. AIG). Ausserdem erfolgt die Gewährung der Bewilligung zweckgebunden zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, was zur Folge hat, dass der Wanderarbeitnehmer grundsätzlich die Schweiz verlassen muss, wenn er eine solche nicht mehr ausübt oder ausüben kann. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die von der Schweiz verfolgte restriktive Einwanderungspolitik im Hinblick auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen schweizerischer und ausländischer Wohnbevölkerung, auf die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung bereits ansässiger Ausländerinnen und Ausländer und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie auf eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung als zulässig erachtet.[1793] Dabei kann die restriktive Einwanderungspolitik – soweit sie die Wegweisung von Sans-Papiers gegenüber der Durchsetzung ihrer arbeitsrechtlichen Ansprüche priorisiert – durchaus auch negative Auswirkungen auf den schweizerischen Arbeitsmarkt haben[1794]. 756

[1791] PIGUET, S. 124 f. Zu allgemeinen Ausführungen von möglichen negativen Verteileffekten einer liberalen Einwanderungspolitik siehe Rz 36 ff.

[1792] Damit unterscheidet sich dieser Zuwanderungsgrund grundsätzlich von weiteren Zuwanderungsgründen, bei deren Steuerung die Schweiz internationalen Verpflichtungen unterliegt. Zu denken ist hierbei etwa an die Gewährung des Familiennachzugs, bei dem das Recht auf Familienleben (Art. 14 BV, Art. 8 EMRK) zu beachten ist, oder an Fragen in Zusammenhang mit der Gewährung von Asyl, bei denen die Genfer Flüchtlingskonvention zu beachten ist.

[1793] BGE 137 I 247 E. 4.1.2.

[1794] Siehe Rz 705 f.

B. Rechte der Wanderarbeitnehmer

1. Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit und Bewilligungsart

757 Die Rechte, die das schweizerische Migrationsrecht einem Wanderarbeitnehmer gewährt, sind abhängig von seiner Staatsangehörigkeit und der Art seiner ausländerrechtlichen Bewilligung. Dies führt zu einer Schichtung von Rechten, allerdings stellen die sich daraus ergebenden vielfältigen Unterscheidungen keine verbotene Diskriminierung dar.[1795] Die von der Schweiz vorgenommene Schichtung von Rechten stellt dabei auch keine Besonderheit ihrer Gesetzgebung dar; so findet sich insbesondere die Dualität zwischen Rechten für Wanderarbeitnehmende aus EU-Mitgliedstaaten und aus Drittstaaten in der unionsrechtlichen Gesetzgebung in besonderer Ausprägung wieder und auch die Bestimmungen in internationalen Arbeitsmigrationsinstrumenten sehen eine schrittweise Verbesserung der Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmenden in Abhängigkeit von ihrer Anwesenheitsdauer im Beschäftigungsland vor.

2. Rechte auf Zugang und Rechte in der Arbeit

758 Eine wichtige Weichenstellung betreffend den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz ergibt sich aus der Staatsangehörigkeit des Wanderarbeitnehmers. Drittstaatsangehörige haben kein Recht auf Einreise in die Schweiz zum Zweck der Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Sie fallen unter die staatlich gesteuerte Zulassungsordnung des Ausländer- und Integrationsgesetzes, das die Rechte von Wanderarbeitnehmenden nationalen Interessen unterordnet. Dies zeigt sich in qualitativer Hinsicht darin, dass Inländer Vorrang vor Drittstaatsangehörigen geniessen und unqualifizierte Bewerberinnen und Bewerber aus Drittstaaten grundsätzlich vom schweizerischen Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden, und in quantitativer Hinsicht in der staatlichen Festsetzung von jährlichen Höchstzahlen (Art. 20 AIG). Im Gegensatz dazu gewährt das Freizügigkeitsabkommen den EU-Wanderarbeitnehmenden ein subjektives Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Eine einzige Zulassungsschranke besteht in der neu eingeführten Stellenmeldepflicht nach Art. 21a AIG.

[1795] Siehe Rz 533 ff.

Hat der Wanderarbeitnehmer eine Erwerbstätigkeit gefunden, so gelten für ihn grundsätzlich die gleichen arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten wie für einen inländischen Arbeitnehmer. Dies ergibt sich für Wanderarbeitnehmende aus Drittstaaten aus Art. 22 AIG, der den Arbeitgeber zur Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen verpflichtet. Zweck dieser Bestimmung ist dann auch der Schutz der ausländischen Arbeitskräfte vor finanzieller Ausbeutung und der Schutz der inländischen Arbeitnehmenden vor Lohndumping.[1796] Der gestützt auf Art. 22 AIG bewilligte Lohn beschränkt damit die Vertragsfreiheit «nach unten», erlaubt aber Vertragsänderungen im Sinne einer Lohnerhöhung. Der Wanderarbeitnehmer kann seinen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf dem Zivilweg geltend machen, da Art. 22 AIG diesem eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt. Handelt es sich beim Wanderarbeitnehmer um einen EU-Staatsangehörigen so hat er nach dem in Art. 7 lit. a i.V.m. Art. 9 Anhang I FZA enthaltenen Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit Anspruch auf die gleichen Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie inländische Arbeitnehmende. Diese Bestimmung hat dabei das Potenzial den EU-Wanderarbeitnehmer umfassend vor im Vergleich zu Inländern schlechteren Lohn- und Arbeitsbedingungen zu schützen. Dies bedingt allerdings, dass für das schweizerische Recht anerkannt wird, dass das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot auch private Arbeitgebende bindet.[1797] 759

Die Beendigung des Arbeitsvertrags richtet sich ebenfalls nach den geltenden arbeitsvertraglichen Bestimmungen, sie kann allerdings Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht der Wanderarbeitnehmenden haben. Drittstaatsangehörige mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung, die kein Recht auf Stellenwechsel haben, können bei Beendigung oder Verlust der Erwerbstätigkeit ihr Recht auf Aufenthalt verlieren. Das gleiche gilt betreffend Drittstaatsangehörigen mit einer Aufenthaltsbewilligung, deren Recht auf berufliche Mobilität durch eine arbeitsmarktliche Auflage oder Bewilligung eingeschränkt worden ist. Dies ist zu kritisieren, da dadurch gerade einer der Vorteile der Aufenthaltsbewilligung im Vergleich zur Kurzaufenthaltsbewilligung zunichte gemacht wird.[1798] Die Zweckbindung der Bewilligung erscheint weiter dann stossend, wenn der Wanderarbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen keine Erwerbstätigkeit mehr ausüben kann und deswegen die Schweiz verlassen 760

[1796] CARONI ET AL., S. 176; SEM, Weisungen Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.4.

[1797] Siehe dazu ausführlich Rz 632.

[1798] BOLZLI, Art. 33 AIG N 6; NGUYEN, Art. 38 AuG N 16 ff.

muss.[1799] EU-Wanderarbeitnehmende haben hingegen ein uneingeschränktes Recht auf berufliche Mobilität. Ausserdem dauern ihre aus der freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft fliessenden Rechte auch nach der unfreiwilligen Beendigung einer Arbeitsstelle an, wobei die Schweiz diesbezüglich nun mit Art. 61a AIG eine gesetzliche Grundlage geschaffen hat, die das Erlöschen der ausländerrechtlichen Bewilligung in Abhängigkeit von der Dauer der Arbeitslosigkeit regelt.

761 Wanderarbeitnehmende in der Schweiz sind somit einem Netz an Bestimmungen unterworfen, wobei die Antwort auf die Frage, welche Rechte und Pflichten für eine bestimmte Person gelten, von der Staatsangehörigkeit des betroffenen Wanderarbeitnehmers und der ihm gewährten ausländerrechtlichen Bewilligung abhängt. Die relative Komplexität des schweizerischen «Arbeitsmigrationsrechts» begründet sich dabei darin, dass es versucht, einen Ausgleich zwischen verschiedenen, sich teilweise widersprechenden Interessen wirtschaftlicher, internationaler und innenpolitischer Art zu finden.

[1799] Siehe Rz 728 ff. sowie MARTIN-KÜTTEL, S. 172 f.

6. Kapitel
Regelungskonzepte des Arbeitsmigrationsrechts im Beschäftigungsstaat

I. Zielsetzung der Arbeit

Ziel der vorliegenden Arbeit[1800] war es zu untersuchen, welchen Normen fremde Staatsangehörige, die eine Erwerbstätigkeit ausüben (wollen), unterliegen. Zu diesem Zweck wurden die sich stellenden rechtlichen Fragen an den Schnittstellen der beiden Rechtsgebiete Arbeits- und Migrationsrecht systematisch erfasst, um so die spezifischen Probleme eines «Arbeitsmigrationsrechts» aufzuzeigen. Schwerpunktartig ging es dabei um Fragen des Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit und um Fragen nach den Rechten der Wanderarbeitnehmenden im Arbeitsverhältnis. Die aufgeworfenen Fragen wurden dabei auf internationaler, europäischer und schweizerischer Ebene dargestellt. 762

II. Interessen verschiedener Akteure

Beim Arbeits- und Migrationsrecht handelt es sich um zwei Rechtsgebiete, die stark von den Interessen verschiedener Akteure (Staaten, Arbeitgebende, (Wander-)Arbeitnehmende)[1801] geprägt sind. 763

Staaten verfügen aus gefestigtem Völkerrecht über das souveräne Recht über die Zulassung und Einreise von ausländischen Staatsangehörigen auf ihr Hoheitsgebiet zu entscheiden. Sie treffen die entsprechenden Regelungen unter Berücksichtigung ihres nationalen Interesses, wobei wirtschaftliche Überlegungen einen wichtigen Platz einnehmen. Migrationspolitik, insbesondere die Regulierung von Arbeitsmigration, wird dabei zu Arbeitsmarktpolitik. Staaten versuchen einen Ausgleich zu finden zwischen dem Bedürfnis von Arbeitgebenden nach genügend und richtig qualifizierten Arbeitnehmenden, unabhängig von deren Staatsangehörigkeit, und den Befürchtungen von inländischen Arbeitnehmenden vor erhöhter Konkurrenz durch ausländische 764

[1800] Siehe Rz 11 f.
[1801] Siehe Rz 26 ff.

Arbeitnehmende. Staaten treffen diesen Ausgleich anhand von qualitativen und quantitativen Zulassungsvoraussetzungen. Er hat ebenfalls einen Einfluss auf die an ausländische Wanderarbeitnehmende gewährten (Arbeits-)Rechte.

765 Arbeitnehmende hingegen haben ein Interesse am Zugang zu einer Erwerbstätigkeit; auch in Ländern, deren Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen. Daneben interessieren sie sich für die ihnen gewährten Arbeitsrechte. Diese bieten ihnen einerseits Sicherheit in einer wirtschaftlichen Beziehung mit ungleichen Kräfteverhältnissen und ermöglichen ihnen andererseits in faire Beziehungen zu ihrem Arbeitgeber zu treten. Für Wanderarbeitnehmende stellt sich dabei zusätzlich die Frage, inwiefern sie sich auf diese (Arbeits-)Rechte unabhängig von staatlichen Teilnahmebedingungen berufen und sie geltend machen können.

III. Arbeitsmigrationsrechtliche Regelungen

A. Im internationalen Recht

766 Auf internationaler Ebene hat die ILO, die UN und der Europarat internationale Verträge erlassen, welche die beiden Rechtsgebiete Arbeits- und Migrationsrecht in einem einzigen Instrument verknüpfen.

767 Für die ILO[1802] sind die Förderung der Arbeitsmigration und der Schutz von Wanderarbeitnehmenden seit ihrer Gründung Teil ihres Mandats. Sie erliess zwei rechtlich verbindliche Übereinkommen im Bereich der Arbeitsmigration. Es handelt sich dabei um das Übereinkommen Nr. 97 über Wanderarbeiter von 1949 und das Übereinkommen Nr. 143 über Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer vom 1975. Diese Übereinkommen werden durch zwei rechtlich unverbindliche Empfehlungen ergänzt.[1803] Mit dem Erlass der Übereinkommen bezweckte die ILO die Bedingungen, unter denen der Migrationsprozess stattfindet, zu regeln, und Schutzbestimmungen für Wanderarbeitnehmende zu erlassen. Herzstück der Übereinkommen sind die Bestimmungen, die Wanderarbeitnehmenden Gleichbehandlung und Chancen-

[1802] Siehe Rz 54 ff.

[1803] Es handelt sich dabei um die ILO-Empfehlung Nr. 86 betreffend die Wanderarbeiter von 1949 und die ILO-Empfehlung Nr. 151 zu Wanderarbeitnehmern in Beschäftigungsländern von 1975.

gleichheit in Beschäftigung und Beruf sichern und damit die Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter würdigen Bedingungen erlauben. Mit dem Erlass der beiden Abkommen gelang es der ILO, Mindeststandards im Bereich der Arbeitsmigration zu verabschieden. Sie tat dies aus einer dezidiert arbeitsrechtlichen Perspektive heraus.

768 Die UN[1804] erkannte die Schutzbedürftigkeit von Wanderarbeitnehmenden im Rahmen der Ausarbeitung ihres internationalen Menschenrechtsregimes. Dies führte zum Erlass der internationalen Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1990. Die Konvention deckt den gesamten Migrationsprozess ab, legt aber einen starken Fokus auf die Gewährung von Individualrechten. Sie schützt die fundamentalen Rechte aller Migrantinnen und Migranten, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status, gewährt aber jenen in einer regulären Situation ein höheres Schutzniveau. Arbeitsrechtliche Kernbestimmung der Konvention ist die Verpflichtung der Vertragsstaaten, den Wanderarbeitnehmenden die gleichen Rechte in der Arbeit wie den inländischen Arbeitnehmenden zu gewähren. Gleichzeitig berücksichtigt die Konvention aber auch staatliche Souveränitätsanliegen umfassend.

769 Für den Europarat[1805] als eine regionale internationale Organisation standen und stehen die Rechte für Wanderarbeitnehmende nicht im Fokus. Bestimmungen zur Arbeitsmigration finden sich in Art. 18 und 19 der (revidierten) Europäischen Sozialcharta von 1961 bzw. 1996, im Europäischen Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer von 1977 und im Europäischen Niederlassungsabkommen von 1955. Die Bestimmungen decken dabei die gleichen Rechte für Wanderarbeitnehmende ab, wie sie in den internationalen Verträgen der ILO und UN enthalten sind. Sie beschränken aber ihren persönlichen Geltungsbereich auf die Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien, was ihre Bedeutung inbesondere im Hinblick auf die durch das EU-Recht gewährte Personenfreizügigkeit stark einschränkt.

770 Gemeinsam stellen diese Instrumente den von der internationalen Gemeinschaft (als Gesamtheit der Herkunfts-, Transit-, und Beschäftigungsländer von Wanderarbeitnehmenden) erarbeiteten Minimalstandard[1806] im Bereich der an Wanderarbeitnehmende zu gewährenden Rechte dar.

[1804] Siehe Rz 115 ff.
[1805] Siehe Rz 172 ff.
[1806] Siehe Rz 226.

B. Im Recht der Europäischen Union

771 Die Europäische Union[1807] trifft im Bereich der Arbeitsmigration eine grundlegende Unterscheidung zwischen den an Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten und an Staatsangehörige der übrigen Länder gewährten Rechte.

772 Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten haben ein subjektives Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit, was im Vergleich zu den auf internationaler Ebene gewährten Rechten einmalig ist. Zweck dieser Freizügigkeit ist die Etablierung eines EU-weiten Arbeitsmarktes. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst das Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben, sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen, sich dort aufzuhalten, um eine Beschäftigung auszuüben, und nach Beendigung der Beschäftigung im Mitgliedstaat zu verbleiben. Dabei ist jede unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmenden aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen verboten. Dieses Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit verpflichtet nicht nur staatliche Behörden, sondern auch Private, unabhängig davon, ob es sich um Verbände oder Einzelpersonen handelt. Es stellt eine notwendige wirtschaftliche Freiheit zur Gewährung des Binnenmarktes dar, da dieser ohne den Grundsatz des Diskriminierungsverbots illusorisch bleiben müsste.

773 In Bezug auf Drittstaatsangehörige verfolgt die EU eine gemeinsame Einwanderungspolitik, zu dessen Zielen die wirksame Steuerung der Migrationsströme, die angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen sowie die Verhütung und verstärkte Bekämpfung von irregulärer Einwanderung und Menschenhandel gehören. Die in diesem Zusammenhang erlassenen Richtlinien für Drittstaatsangehörige[1808] dienen dabei der Erfüllung wirtschaftlicher Interessen der Union und ihrer Mitgliedstaaten, was sich darin äussert, dass die Richtlinien Möglichkeiten zur Begrenzung und Steuerung der Migration aus Drittstaaten vorsehen. Die Regelungen enthalten aber auch Ansätze einer auf Rechten basierenden Einwanderungspolitik, indem sie einen Anspruch auf Gleichbehandlung zwischen den Drittstaatsangehörigen und den eigenen Staatsangehörigen in verschiedenen Bereichen statuieren.

[1807] Siehe Rz 232 ff.
[1808] Siehe Rz 256 ff.

Das EU-Recht gewährt damit EU-Wanderarbeitnehmenden ein umfassendes und subjektives Recht auf Freizügigkeit. Für Drittstaatsarbeitskräfte, die in den persönlichen Geltungsbereich der Unionsrichtlinien fallen, sieht es eine eingeschränkte Rechtsharmonisierung vor, wobei die Mitgliedstaaten Spielräume zur Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen haben. 774

C. Im schweizerischen Recht

Die Schweiz[1809] regelt die Einreise und den Aufenthalt von ausländischen Staatsangehörigen im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration. Das Gesetz erfasst dabei EU-Staatsangehörige nur soweit, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichende Bestimmung enthält oder das Ausländer- und Integrationsgesetz günstiger ist. 775

Die Zulassung von Arbeitskräften aus Drittstaaten auf den schweizerischen Arbeitsmarkt hat im gesamtwirtschaftlichen Interesse zu erfolgen. Ausschlaggebend dafür sind die Chancen für eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt sowie in das soziale und gesellschaftliche Umfeld. Dabei werden aufgrund des dualen Zulassungssystems ausländerrechtliche Bewilligungen nur dann an Drittstaatsangehörige erteilt, wenn keine geeigneten Erwerbstätigen aus EU/EFTA-Staaten gefunden werden. Es handelt sich hierbei um eine staatlich gesteuerte Zulassungsordnung, welche die Rechte der Wanderarbeitnehmenden nationalen Interessen unterordnet. Das Freizügigkeitsabkommen hingegen verfolgt das Ziel, den freien Zugang zum Arbeitsmarkt für Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz im Hoheitsgebiet der jeweils anderen Vertragsparteien zu gewährleisten. EU-Staatsangehörige haben ein Recht auf Einreise und Aufenthalt in die Schweiz sowie ein Recht auf Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Dabei stehen ihnen die gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu wie Inländern. 776

Übt der Wanderarbeitnehmer eine Erwerbstätigkeit aus, so gelten für ihn die gleichen arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten wie für einen inländischen Arbeitnehmer. Dieser arbeitsrechtliche Grundsatz wird verstärkt durch Art. 22 AIG, der die Arbeitgebenden von Drittstaatsangehörigen zur Einhaltung der orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen verpflichtet, und durch das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot, 777

[1809] Siehe Rz 409 ff.

das EU-Staatsangehörigen im Verlauf eines Arbeitsverhältnisses umfassend vor Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit schützt.

778 Die Schweiz verfügt somit über zwei unterschiedliche Rechtsregime, deren Anwendung von der Staatsangehörigkeit des betroffenen Wanderarbeitnehmers abhängt. Das für Drittstaatsangehörige geltende Rechtsregime erfüllt dabei grundsätzlich den Minimalstandard, wie er in den internationalen Instrumenten zur Arbeitsmigration festgelegt wurde[1810], während die für EU-Staatsangehörige geltende Arbeitnehmerfreizügigkeit – aufgrund der Nicht-Mitgliedschaft der Schweiz in der EU – nicht auf die gleich umfassende Weise wie in der Europäischen Union gewährt wird[1811].

IV. Normen eines «Arbeitsmigrationsrechts»

A. Rechtsgebiet «Arbeitsmigrationsrecht»

1. Gegenstand

779 Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurden auf den drei soeben genannten Ebenen die folgenden Schnittstellen zwischen dem Arbeits- und Migrationsrecht behandelt: Wahrung der Menschenrechte; Zugang zum Arbeitsmarkt (Stellensuche und Rekrutierung); Schutz des Arbeitsmarktes; Zugang zu Informationen; Gleichbehandlungsgebot, Koalitionsfreiheit und Rechte irregulär beschäftigter Wanderarbeitnehmer; geografische und berufliche Mobilität; Bleiberechte und Rechtsdurchsetzung.

780 Diese Bereiche betreffen dabei Fragen des Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit in einem fremden Staat und Fragen nach den Rechten der Wanderarbeitnehmenden im Arbeitsverhältnis. In der Kategorie «Zugang zu einer Erwerbstätigkeit» können die rechtlichen Regelungen über die Stellensuche und Rekrutierung von Wanderarbeitnehmenden, den Schutz des inländischen Arbeitsmarktes und über den Zugang zu Informationen zusammengefasst werden. Die Kategorie «Rechte im Arbeitsverhältnis» umfasst die rechtlichen Regelungen zu den Rechten in der Arbeit (Gleichbehandlung, Koalitionsfreiheit

[1810] Siehe Rz 739 f.
[1811] Siehe Rz 746 ff.

und Rechte von irregulär beschäftigten Wanderarbeitnehmenden), Mobilitäts- und Verbleiberechte ebenso wie Fragen zur Rechtsdurchsetzung.

Ein «Arbeitsmigrationsrecht» setzt sich notwendigerweise aus den beiden Kategorien Zugang und Rechte zusammen. In der soeben genannten Zusammenfassung wurde der Bereich Wahrung der Menschenrechte nicht erwähnt. Auch hier stellen sich für Wanderarbeitnehmende wichtige Fragen[1812], allerdings werden in diesem Bereich eine Vielzahl von Rechten zusammengefasst, die je nach dem zur Diskussion stehendem Recht den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit bzw. die Rechte im Arbeitsverhältnis betreffen. 781

2. Bedeutung der Staatsangehörigkeit und des ausländerrechtlichen Status

Eine erste wichtige Weichenstellung in Bezug auf das anwendbare Rechtsregime stellt die Staatsangehörigkeit des Wanderarbeitnehmers dar. Dies ist einerseits im Rahmen der durch den Europarat erlassenen Bestimmungen zur Arbeitsmigration ersichtlich, die in ihrem persönlichen Geltungsbereich nur Staatsangehörige anderer Vertragsstaaten erfassen.[1813] Andererseits und akzentuiert stellt sich die Schichtung der Rechte aufgrund der Staatsangehörigkeit im Recht der EU dar, die nur für Staatsangehörige ihrer Mitgliedstaaten ein subjektives Recht auf Personenfreizügigkeit kennt. Seit dem Abschluss des Freizügigkeitsabkommens findet man diese Dualität zwischen EU-Staatsangehörigen und Drittstaatsangehörigen auch in der Schweiz. 782

In einem zweiten Schritt ist die Frage nach der geplanten Tätigkeit zu stellen, da diese entweder direkt oder aufgrund der deswegen ausgestellten ausländerrechtlichen Bewilligung Auswirkungen auf die gewährten Rechte hat. Eine direkte Auswirkung der Art der geplanten Tätigkeit auf die zu gewährenden Rechte ergibt sich aus der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention.[1814] Auch die EU-Richtlinien für Drittstaatsangehörige unterscheiden nach der Art der auszuübenden Tätigkeit (z.B. Hochqualifizierte oder Saisonarbeitnehmende).[1815] Die Schweiz trifft zwar keine Unterscheidungen nach der Art der Tätigkeit, allerdings bestimmt dessen Dauer die Art der ausländerrechtlichen Bewilli- 783

[1812] Siehe für das schweizerische Recht, Rz 484 ff.
[1813] Siehe Rz 189 ff.
[1814] Siehe Rz 136 f.
[1815] Siehe Rz 256 f.

gung.[1816] Eine der wichtigsten Unterscheidungen ergibt sich aber nicht nach der Art der ausländerrechtlichen Bewilligung, sondern danach, ob eine solche überhaupt vorliegt. So kennen alle der untersuchten Instrumente – ausser jenen des Europarates – spezifische Bestimmungen in Bezug auf staatliche Bemühungen gegen die irreguläre Beschäftigung.[1817]

784 Diese Schichtung der Rechte nach der Staatsangehörigkeit und/oder des ausländerrechtlichen Status übt einen Einfluss auf alle der nachfolgend zu diskutierenden Bereiche aus, der mehr oder weniger stark sein kann. Dabei ist zu beachten, dass die grundsätzliche Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit bzw. des ausländerrechtlichen Status zwar nach herrschendem schweizerischem Verfassungsrecht nur ausnahmsweise eine verbotene Diskriminierung darstellt, was aber im Hinblick auf die Rechtsprechung internationaler Menschenrechtsorgane fragwürdig ist.[1818]

3. Zugang zu einer Erwerbstätigkeit

785 In diesem Bereich wird hauptsächlich die Stellensuche und die Rekrutierung fremder Staatsangehöriger geregelt. Diese erfolgt heutzutage direkt durch die betroffenen Privatrechtssubjekte.[1819] Der Staat kann die vertragliche Abschlussfreiheit aber durch staatliche Zugangsschranken einschränken, die z.B. Anforderungen persönlicher und sachlicher Art an die stellensuchenden Wanderarbeitnehmenden, wie ihre berufliche Qualifikation und ihre Integrationsfähigkeit, umfassen.[1820] Diese staatlichen Voraussetzungen stehen in einem engen Zusammenhang mit dem Bereich «Schutz des Arbeitsmarktes», der Massnahmen wie einen Inländervorrang, quantitative Begrenzungsmassnahmen und den Vorbehalt gewisser Tätigkeiten für eigene Staatsangehörige umfasst.[1821] Soweit diese Voraussetzungen beachtet werden müssen, wird ihre Einhaltung durch die staatliche Überprüfung des Bewilligungsgesuchs

---

1816 Siehe Rz 475.

1817 Siehe für die Bestimmungen in den ILO-Übereinkommen, Rz 85 ff.; in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, Rz 146 ff.; in der EU-Sanktionsrichtlinie, Rz 274 f. und Rz 372 ff.; und in der Schweiz, Rz 661 ff.

1818 Siehe Rz 544 ff.

1819 Im Gegensatz dazu enthielten die ILO- und Europaratsübereinkommen noch Regelungen zur staatlichen Anwerbung von Wanderarbeitnehmenden, siehe Rz 79 f. und Rz 179.

1820 Siehe für die Rekrutierung von Drittstaatsangehörigen in die Schweiz, Rz 561 ff.

1821 Siehe im EU-Recht, Rz 318 ff., und für die Schweiz, Rz 594 ff.

geprüft.[1822] In diesem Zusammenhang ist auch die Bereitstellung von aktuellen, korrekten und verständlichen Informationen für die Wanderarbeitnehmenden, damit diese die Lebens- und Arbeitsbedingungen im Beschäftigungsstaat kennen, sowie über ihre Rechte und Pflichten informiert sind, wichtig.[1823]

4. Rechte im Arbeitsverhältnis

In diesem Bereich geht es hauptsächlich um die Rechte in der Arbeit. Den bedeutensten Stellenwert nimmt das Gleichbehandlungsgebot ein, was grundsätzlich in allen untersuchten Instrumenten bzw. auf allen Ebenen anerkannt ist.[1824] Dieses erfasst das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeit, Arbeitsschutzmassnahmen und weitere Arbeitsbedingungen sowie die kollektiven Rechte. Der dadurch an Wanderarbeitnehmende gewährte Schutz ist allerdings nur so gut wie jener für einheimische Arbeitnehmende, was insbesondere in Branchen mit schlechten Arbeitsbedingungen ein Problem darstellt. Eine weitere Schwierigkeit liegt in der gesetzlichen Ausgestaltung dieses Grundsatzes, da sich schwierige rechtliche Fragen z.B. danach, welche Leistungen Lohn darstellen[1825], stellen können. Vom Gleichbehandlungsgrundsatz in Bezug auf Rechte in der Arbeit werden auch Wanderarbeitnehmende erfasst, die ohne die benötigte Bewilligung eine Erwerbstätigkeit ausüben.[1826] Die Möglichkeit zum Wechsel der Tätigkeit regelt der Bereich «Mobilität». Das Recht seine Tätigkeit gegen Entgelt frei zu wählen, kann allerdings zeitlich eingeschränkt werden.[1827] Eng damit verbunden ist die Frage, ob der Wanderarbeitnehmer bei Verlust der Arbeitsstelle aus wirtschaftlichen oder gesundheitlichen Gründen im Beschäftigungsstaat verbleiben kann, was stark

786

[1822] Siehe für die Schweiz, Rz 588 f.

[1823] Siehe für die Bestimmungen in den ILO-Übereinkommen, Rz 81 f.; in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, Rz 141 f.; in den Instrumenten des Europarates, Rz 197; im EU-Recht, Rz 314 ff.; und in der Schweiz, Rz 603 ff.

[1824] Siehe für die ILO-Übereinkommen, Rz 90 ff.; für die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, Rz 150 ff.; für die Instrumente des Europarates, Rz 199 ff.; für das EU-Recht, Rz 348 ff.; und für die Schweiz, Rz 617 ff.

[1825] Siehe Rz 643.

[1826] Siehe für die ILO-Übereinkommen, Rz 88; für die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, Rz 149 ff.; für das EU-Recht, Rz 375; und für die Schweiz, Rz 686.

[1827] Siehe für die Bestimmungen in den ILO-Übereinkommen, Rz 98; in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, Rz 158; in den Instrumenten des Europarates, Rz 205 ff.; im EU-Recht, Rz 334 ff.; und in der Schweiz, Rz 709 ff.

von der Art der ausländerrechtlichen Bewilligung sowie der Dauer des bisherigen Aufenthalts abhängt.[1828] Zur Durchsetzung ihrer Rechte können die Wanderarbeitnehmenden den Rechtsweg beschreiten[1829], was sich allerdings für irreguläre Wanderarbeitnehmende als schwierig erweisen kann, wenn sie deswegen die Einleitung eines Wegweisungsverfahrens befürchten müssen.[1830]

B. Spannungsfeld «Arbeitsmigrationsrecht» am Beispiel der Schweiz

787 Das schweizerische Recht kennt kein Rechtsgebiet mit der Bezeichnung «Arbeitsmigrationsrecht», sondern nur ein Arbeits- und ein Migrationsrecht. Die Regelung der mit der Arbeitsmigration verbundenen Fragen in zwei unterschiedlichen Rechtsgebieten schadet dabei grundsätzlich nicht, die vorliegende Arbeit hat aber gezeigt, dass sich an den Schnittstellen unzählige rechtliche Fragen stellen, deren Beantwortung die Berücksichtigung der Interkonnektivität der beiden genannten Rechtsgebiete verlangt. Diese Interkonnektivität ergibt sich daraus, dass die beiden Rechtsgebiete je eigenen Zwecken dienen, die aber durchaus das selbe Ziel verfolgen können, und darüber hinaus ein Arbeitmigrationsrecht versuchen muss, den Interessen der verschiedenen beteiligten Akteure Rechnung zu tragen.

788 Als Beispiel einer Regelung, die sich auf allen drei untersuchten Ebenen wiederfindet und deren Anwendung auf Wanderarbeitnehmende nicht kontrovers ist, kann der Grundsatz der Inländergleichbehandlung betreffend die Rechte in der Arbeit genannt werden.[1831] Dieser verfolgt das Ziel, die Wanderarbeitnehmenden vor finanzieller Ausbeutung zu schützen. Gleichzeitig schützt er die inländischen Arbeitnehmenden vor Lohndumping und schafft die Grundlage für einen fairen Wettbewerb. Die relative Unbestrittenheit die-

---

[1828] Siehe für die Bestimmungen in den ILO-Übereinkommen, Rz 100 ff.; in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, Rz 160 f.; für die Instrumente des Europarates, Rz 208 f.; im EU-Recht, Rz 380 ff.; und in der Schweiz, Rz 713 ff.

[1829] Siehe für die ILO-Übereinkommen, Rz 103 ff.; für die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, Rz 162 ff.; für die Instrumente des Europarates, Rz 210 ff.; für das EU-Recht, Rz 384 ff.; und für die Schweiz, Rz 734 f.

[1830] Siehe Rz 691 ff.

[1831] Siehe für die Bestimmungen in den ILO-Übereinkommen, Rz 90 ff.; in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, Rz 150 ff.; für die Instrumente des Europarates, Rz 199 ff.; im EU-Recht, Rz 348 ff.; und in der Schweiz, Rz 617 ff.

ses Grundsatzes ist darin zu sehen, dass er die von den verschiedenen Akteuren verfolgten Ziele alle gleichermassen zu erreichen versucht, auch wenn zur Umsetzung dieses Grundsatzes in der Praxis verschiedene Lösungen gewählt worden sind. So sieht die Schweiz für Drittstaatsangehörige eine vorgängige und systematische Kontrolle vor, um sicherzustellen, dass die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden[1832]. Von dieser Kontrolle profitieren alle Arbeitsverhältnisse von Drittstaatsangehörigen, die erstmalig zum Zweck der Erwerbstätigkeit in die Schweiz einreisen; eine Kontrolle der übrigen mit Drittstaatsarbeitskräften abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse gibt es allerdings nicht. Für EU-Staatsangehörige wird das gleiche Ziel mit dem freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot betreffend die Lohn- und Arbeitsbedingungen zu erreichen versucht[1833]. Dadurch wird die privatrechtliche Autonomie umfassend gewahrt, da die Einhaltung und Durchsetzung dieses Grundsatzes den Arbeitsvertragsparteien anvertraut wird. Dadurch fällt aber auch die vorgängige und systematische Kontrolle weg. Festzuhalten ist aber auch, dass sich die Schweiz mit dem freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot (noch) schwertut, wie die beiden Bundesgerichtsentscheide vom Januar 2019 gezeigt haben.[1834]

In den Bereich Rechte in der Arbeit fällt auch die Frage nach dem Anspruch 789
auf den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn von Wanderarbeitnehmenden, die ohne die notwendige ausländerrechtliche Bewilligung gearbeitet haben. Hier liegt ein normativer Konflikt vor zwischen der arbeitsrechtlichen Zielsetzung, die den Arbeitnehmer als die schwächere Vertragspartei schützen will, und dem Migrationsrecht, das die Einreise und den Aufenthalt von fremden Staatsangehörigen autoritativ regelt. Dieser Konflikt äussert sich einerseits in der Frage, ob einem Arbeitsvertrag mit einem ausländischen Arbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung zivilrechtliche Gültigkeit zuerkannt werden soll. Diese Frage hat das Bundesgericht nach einer sorgfältigen Abwägung der betroffenen Interessen zu Gunsten des Arbeitnehmerschutzes entschieden.[1835] Gleichzeitig macht dieser Entscheid Schwarzarbeit für Arbeitgebende wirtschaftlich unattraktiv und trägt somit einen Anteil an den staatlichen Bemühungen gegen Schwarzarbeit bei. Eine umfassende Verwirkli-

[1832] Siehe Rz 617 ff.

[1833] Siehe Rz 625 ff.

[1834] Urteile des Bundesgerichts 4A_230/2018 und 4A_215/2017, beide vom 15.01. 2019.

[1835] Siehe Rz 673 f.

chung des den Wanderarbeitnehmenden gewährten Schutzes bedingt aber zusätzlich, dass sie ihr Recht gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen können. Im Moment stösst sich dies in der Schweiz aber an den umfassenden Meldepflichten des Ausländer- und Integrationsgesetzes, die auch zivilrechtliche Urteile umfassen.[1836] Die Befürchtung, dass bei Anrufung eines Gerichts ihre irreguläre Erwerbstätigkeit und damit in den meisten Fällen auch ihr irregulärer Aufenthalt bekannt wird, hält Wanderarbeitnehmende ohne Arbeits- und/oder Aufenthaltsbewilligung somit davon ab, ihren Anspruch auf den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn gerichtlich durchzusetzen. Im Ergebnis sorgt die im Moment in der Schweiz geltende Regelung damit dafür, dass die Ziele des Migrationsrechts auf Kosten des durch das Arbeitsrecht verfolgten Arbeitnehmerschutzes vorgehen, was im Ergebnis die Bemühungen gegen Schwarzarbeit untergräbt. Der Versuch die Zielsetzungen sowohl des Arbeits- als auch des Migrationsrechts zu verfolgen, führt damit in diesem Fall dazu, dass keine wirklich erreicht wird.

790 Dieses Beispiel zeigt auf, dass im Zweifelsfall die vom Staat verfolgten Interessen, welche die Einreise und Anwesenheit auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz einer staatlichen Bewilligung unterstellt, jenen der Wanderarbeitnehmenden vorgehen. Dies äussert sich auch in verschiedenen staatlichen Massnahmen, die in einem engen Zusammenhang mit dem Zugang zu einer Erwerbstätigkeit stehen. Daneben zeigen diese Massnahmen auch die sich entgegenstehenden Interessen der inländischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden schön auf. So stellen einerseits der Inländervorrang sowie die Begrenzungsmassnahmen[1837] einen weitgehenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und den freien Wettbewerb dar, was Arbeitgebende betrifft. Sie schützen aber auch inländische Arbeitnehmende vor ausländischer Konkurrenz, was ihr berufliches Fortkommen verbessern kann, insbesondere wenn diese Massnahmen zur Folge haben, dass die Aus- und Weiterbildung der inländischen Arbeitnehmenden gefördert wird. Eine ähnliche Situation der Bevorzugung staatlicher Prioritäten zeigt sich auch bei den Regelungen im Zusammenhang mit dem Ende des Arbeitsvertrags. Diese sehen grundsätzlich das Ende des Aufenthalts vor, wenn der Wanderarbeitnehmer seine Stelle

[1836] Siehe Rz 693 ff.

[1837] Siehe zum Inländervorrang, Rz 582 ff. und zu den Begrenzungsmassnahmen, Rz 595 ff.

verliert, Mühe hat eine neue Stelle zu finden, oder aus gesundheitlichen Gründen erwerbsunfähig wird.[1838]

Dieser kurze Überblick hat gezeigt, dass die beiden Rechtsgebiete Arbeits- und Migrationsrecht unzählige Berührungspunkte aufweisen. Beide haben dabei das Potenzial mögliche Lösungen für sich stellende Probleme an ihren Schnittstellen zu bieten. Welche der Lösungen gewählt werden soll, hängt stark vom sich stellenden Problem, der Gewichtung der betroffenen Interessen und der gewünschten Zweckerreichung ab. Dabei darf aber die Interkonnektivität der beiden Rechtsgebiete nicht aus den Augen verloren werden, da ansonsten die Priorisierung der mit dem einen Rechtsgebiet verfolgten Zwecke auf Kosten des mit dem anderen Rechtsgebiets verfolgten Zwecks zur Folge haben kann, dass keiner der beiden Zwecke wirklich erreicht wird. 791

[1838] Siehe Rz 713 ff.

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen hinter den Stichwörtern beziehen sich auf die Randziffern.

A

acquis communautaire, 463, 746

Agenda 2030, 7, 120

Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR), 46 f.

Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen, 18

Allgemeininteresse, zwingende Gründe des, 248, 473, 575, 630

Allgemeinverbindlicherklärung, 449, 460, 654 f., 658, 660

Angonese, 289, 578

Annahmeverzug, 680 f., 682 f.

Arbeitnehmerbegriff, 245, 558

Arbeitnehmereigenschaft, 245, 304, 335, 352, 381, 558 ff., 716 ff., 732

Arbeitnehmerfreizügigkeit, 233 f., 244 ff., 288 f., 295

Arbeitsaufsicht (siehe Arbeitsinspektion)

Arbeitsbedingungen
- angemessene A., 457, 519 ff.
- orts-, berufs- und branchenübliche A., 646 ff.

Arbeitsinspektion, 104, 162, 211, 702 f.

Arbeitskampfmassnahmen (siehe Aussperrung / Streik)

Arbeitslosenentschädigung, 100, 161, 209, 715, 717 f., 720, 722, 724 f.

arbeitsmarktlicher Vorentscheid, 477, 589

Arbeitsmarktpolitik (siehe auch Migrationspolitik), 5, 35, 248, 251, 306, 313, 342, 764

Arbeitsmigration, 24 f.

Arbeitsmigrationsrecht, 13 ff., 779 ff.

Arbeitsrecht
- Individualarbeitsrecht, 452, 453 ff.
- kollektives A., 452, 458 ff.
- öffentliches A., 452, 457

Arbeitsrechte als Menschenrechte, 40 ff.

Arbeitsunfähigkeit, 100, 209, 382, 636, 644, 732

Arbeitsverbot, 509 f.

Arbeitsvermittlung, 449, 572 f., 583

Asylrecht, 450, 462, 480

Aufenthaltszweck, 475, 713 ff., 728 ff.

Ausländerfeindlichkeit, 8, 143, 198, 426, 606

Auslegung von
- (revidierte) Europäische Sozialcharta, 187
- Freizügigkeitsabkommen, 463 ff.
- ILO-Übereinkommen, 72
- UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 126, 129

Ausschuss zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien, 127

Aussperrung, 363, 512, 517

B

Beachtungsgebot, 464

Bedingung
- auflösende B., 690
- aufschiebende B., 607, 675, 680, 685

Begrenzungspolitik, 427 f., 431

berufliche Qualifikation, 569

Beschränkungsverbot, 247, 335

Beschwerdeverfahren
- (revidierte) Europäische Sozialcharta, 186
- ILO-Übereinkommen, 73
- UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 127, 130

Binnenmarkt, 233, 237, 332, 341, 356, 362

Bleiberechte
- in der Europäischen Union, 380 ff.
- in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 100 ff.
- in den Instrumenten des Europarates, 208 f.
- in der Schweiz, 713 ff.
- in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 160 f.

Blue-Card-Richtlinie, 264 ff.

Bosman, 289, 578

Bundeskompetenz (siehe Rechtsetzungskompetenz)

C

Charta der Grundrechte der Europäischen Union (siehe Grundrechtecharta)

culpa in contrahendo, 680 f.

D

Daueraufenthaltsrichtlinie, 261 ff.

Dienstleistungsfreiheit, 18, 233

Diskriminierung (siehe auch Gleichbehandlungsgebote)
- akzessorische, 145, 529, 532
- aufgrund Aufenthaltskategorie, 536, 541
- aufgrund Herkunft, 533 ff., 539
- aufgrund Staatsangehörigkeit, 532 ff.
- Diskriminierungsverbot, 145, 199, 246, 282, 289, 349 ff., 364 f. 469 ff., 522 ff., 574, 577 ff., 625 ff., 640 f., 651, 655
- Rechtfertigung, 248, 290, 473, 522 ff., 575, 581, 630 f., 642, 655

Drittwirkung von
- Diskriminierungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit, 288 f., 351, 401
- Diskriminierungsverbot des Freizügigkeitsabkommens, 577 ff., 629, 631
- Grundrechten, 488

duales Zulassungssystem, 440, 535, 561, 571, 582

E

EFTA-Übereinkommen, 434

Einbürgerungsrecht, 462, 480

Einwanderungspolitik (siehe Migrationspolitik)

Einziehung des Lohns, 700, 706

Entsendung, 18, 233

Erfüllungsfiktion, 676

Erklärung von Philadelphia, 56

Erwerbstätigkeit
– irreguläre (siehe auch Rechte irregulär beschäftigter Wanderarbeitnehmer), 23
– unselbständige, 17, 552 ff.

Erwerbsunfähigkeit, 707, 728 ff.

Euro-Lohn, 627 ff.

Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), 46, 48, 173 f., 484

Europäische Sozialcharta (siehe revidierte Europäische Sozialcharta)

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), 174

Europäisches Niederlassungsabkommen (siehe Niederlassungsabkommen)

Europäisches Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer (siehe Rechtsstellungsübereinkommen)

Europarat, 172 ff.

F

flankierende Massnahmen, 436 ff., 609, 657 ff.

Formfreiheit, 453, 607 ff.

Forscher- und Studierendenrichtlinie, 272 f.

Freizügigkeitsabkommen
– Abschluss, 396, 433 ff., 451
– Auslegung, 463 ff.
– Diskriminierungsverbot, 469 ff., 542 f., 574 f., 577 ff., 599 ff., 625 ff., 640 ff.
– Inhalt, 466 ff., 558 ff., 746 ff.

Freizügigkeitsverordnung, 251

Friedensabkommen, 422

Friedensvertrag von Versaille, 55

Fürsorgepflicht, 455, 612

G

Gastarbeiterpolitik, 424

Geltungsbereich, persönlicher
– der ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 76 ff.
– der Instrumente des Europarates, 189 ff.
– der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 133 ff.

gemeinsame Einwanderungspolitik, 239, 255, 257, 274, 395

General Agreement on Trade in Services (siehe Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen)

General Comment, 129

General Survey, 72

Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), 292 ff.

Gesamtarbeitsvertrag, 458 ff., 654 ff., 658 f.

gesamtwirtschaftliches Interesse, 440, 474, 476, 561 ff., 597

Gleichbehandlungsgebote
– in der Europäischen Union, 348 ff.
– in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 90 ff.
– in den Instrumenten des Europarates, 199 ff.
– in der Schweiz, 610 ff.
– in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 150 ff.

Gleichbehandlungsgrundsatz, arbeitsrechtlicher, 612 ff.

Globaler Pakt für eine sichere, geordnete und reguläre Migration (siehe Migrationspakt)

Globalisierung, 1 ff., 42

Grauarbeit, 664, 704

Grundfreiheiten, 233, 244, 288, 293

Grundrechte, 484 ff.

Grundrechtecharta, 240, 276 ff., 363, 384

H

Härtefallbewilligung, 714, 730

Höchstzahlen (siehe Kontingente)

hoheitliche Befugnisse, 99, 159, 206, 318 ff., 326, 329, 366, 598 ff.

hoheitliche Gewalt (siehe hoheitliche Befugnisse)

hoheitliche Tätigkeiten (siehe hoheitliche Befugnisse)

I

ILO-Erklärung
- über grundlegende Rechte und Prinzipien bei der Arbeit und ihr Folgemechanismus, 7
- über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung, 7

ILO-Übereinkommen
- Nr. 97, 58 ff., 61 ff., 75 ff.
- Nr. 143, 58 ff., 65 ff., 75 ff.

Individualarbeitsrecht (siehe Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht)

Industrialisierung, 54, 414

Informationspflicht (siehe Zugang zu Informationen)

Informationsrecht (siehe Zugang zu Informationen)

Inhaltsfreiheit, 453, 610 f., 632, 652 ff.

Inländervorrang
- in der Europäischen Union, 318 ff.
- in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 99
- in den Instrumenten des Europarates, 204
- in der Schweiz, 582 ff., 594 ff.
- in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 157 ff.

innerstaatliche Wirtschaftlichkeit, 36 ff.

Institutionelles Abkommen, 446 f.

Integration, 570 f., 605

Integrationsvorlage, 444 f.

International Labour Organisation (siehe Internationale Arbeitsorganisation)

Internationale Arbeitsorganisation, 7, 10, 42, 54 ff.

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (siehe UN-Pakt II)

Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (siehe UN-Pakt I)

Invalidität, 707, 729

K

Kernbestimmungen, 178, 213

Kernübereinkommen, 42 ff., 83, 156

Klagesystem
- ILO-Übereinkommen, 73
- UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 131

Koalitionsfreiheit (siehe kollektive Rechte)

Kollektivbeschwerde, 186

kollektive Rechte
- in der Europäischen Union, 363 ff.
- in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 96 ff.
- in den Instrumenten des Europarates, 202 f.

– in der Schweiz, 512 ff., 653 ff.
– in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 155 f.

Konjunkturpuffer, 430 f.

Kontingente, 298, 564, 595 ff.

Krankentaggeldversicherung, 634 ff.

Kündigung, 456, 684, 687 ff., 707 f.

L

Liberalismus, 417

Lohnbedingungen, orts-, berufs- und branchenübliche, 617 ff.

Lohnfortzahlung, 634 ff., 683

M

Marktintegration, 232, 335

Masseneinwanderungsinitiative, 441 ff., 572, 577, 719, 754 f.

Meldepflicht, 694 ff., 705 f.

Menschenrechte (siehe auch Arbeitsrechte als Menschenrechte), 83 f., 144 f., 484 ff.

Migration, 21 ff.

Migrationspakt, 120

Migrationspolitik, 6, 35, 39, 395, 426, 431, 440, 450, 562, 752 ff.

Mindestlohn, 375, 461, 618 f., 621, 658, 660

Mobilität
– berufliche M., 98, 157 ff., 205 ff., 334 ff., 708 ff.
– geografische M., 157 ff., 205 ff., 334 ff., 495
– innereuropäische M., 341 ff.

Multilateral Framework on Labour Migration, 69

N

Niederlassungsabkommen, 180 f.

Niederlassungsfreiheit, 493 ff.

Normalarbeitsvertrag, 461, 658 f.

O

öffentliche Gewalt (siehe hoheitliche Befugnisse)

P

Partnerwahlfreiheit, 453, 584

Personalverleih, 449, 590 ff., 667 f.

Personenfreizügigkeit (siehe auch Freizügigkeitsabkommen), 746 ff.

Personenverkehr, freier (siehe Arbeitnehmerfreizügigkeit)

Primärrecht, 283

Privatautonomie, 280, 288, 307, 581

R

Rahmenrichtlinie, 258 ff.

Rassismus (siehe Ausländerfeindlichkeit)

Recht
– auf Arbeit, 497 ff.
– auf Auswanderung, 31
– auf Einreise / Einwanderung, 32 ff., 489 ff.
– auf Niederlassung, 493 ff.

Rechte irregulär beschäftigter Wanderarbeitnehmer
– in der Europäischen Union, 372 ff.
– in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 87 ff.
– in der Schweiz, 661 ff.
– in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 147 ff.

Rechtsbedingung, 677 ff.

Rechtsdurchsetzung
- in der Europäischen Union, 384 ff.
- in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 103 ff.
- in den Instrumenten des Europarates, 210 f.
- in der Schweiz, 734 f.
- in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 162 ff.

Rechtsetzungskompetenz, 448 ff.

Rechtsgleichheit, 523 f.

Rechtsschutz (siehe Rechtsdurchsetzung)

Rechtsstellungsübereinkommen, 182 f.

Rekrutierung (siehe Zugang zum Arbeitsmarkt)

revidierte Europäische Sozialcharta, 175 ff., 188 ff.

Rezeptionsklausel, 620, 686, 735

Richtlinie (siehe auch Sekundärrecht)
- horizontale R., 255 ff.
- sektorielle R., 255 ff.

S

Saisonarbeitnehmerrichtlinie, 268 ff.

Sanktionsrichtlinie, 274 f.

Schutz des Arbeitsmarktes (siehe Inländervorrang)

Schwarzarbeit
- im Arbeitsvertragsrecht, 665
- im öffentlichen Recht, 662 ff.
- Massnahmen gegen S., 701 ff.
- Sanktionen bei S., 668 700

Schwarzenbach-Initiative, 426 f.

Schweiz
- und ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 106 ff., 739 ff.
- und Instrumente des Europarates, 212 ff., 739 ff.
- und UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 166 ff., 739 ff

Sekundärrecht, 283 ff.

Sonderberichterstatter, 119

Sonderorganisation, 117

Souveränität, 27 ff., 51

Sozialausschuss, 185

Sozialhilfe, 303 f., 442, 567, 717 f., 723, 726, 733

Sprachkenntnisse, 323, 332

Staatenberichtsverfahren
- (revidierte) Europäische Sozialcharta, 185
- ILO-Übereinkommen, 71 f.
- UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 127 ff.

Staatsangehörigkeit als Diskriminierungsgrund, 532 ff.

Stellenmeldepflicht, 442, 572 ff.

Stellensuche (siehe Zugang zum Arbeitsmarkt)

Stellenwechsel, 708 ff.

Streik, 363, 370, 512, 516 ff.

T

Treue- und Sorgfaltspflicht, 455, 665

Tripartismus, 57

U

Überfremdung, 420 f., 425 f.

Überprüfungspflicht, 666 f.

UN-Charta, 116

unfreiwillige Arbeitslosigkeit, 381, 713 ff.

Unionsbürgerrichtlinie, 253

UN-Pakt I, 46 f., 484

UN-Pakt II, 46 f., 484

UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 121 ff., 132 ff.

V

Vereinigungsfreiheit (siehe kollektive Rechte)

Vereinte Nationen, 115 ff.

Verordnung (siehe Sekundärrecht)

Verteilungsgerechtigkeit, 36 ff.

Vertragsänderung, 623, 650

Vertragsabschlussfreiheit, 453, 584 f.

Vertragsfreiheit, 453, 498, 581, 586, 610, 614, 624, 648, 660

Vertragsrechtskonvention, 72, 126, 187, 463

Vertragsverletzungsverfahren, 292

Vorabentscheidungsverfahren, 291 f.

Vorbehalt
- zu ILO-Übereinkommen, 57, 60
- zur UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 123

W

Walrave, 289, 578

Wanderarbeitnehmer, 25

Wirtschaftsfreiheit, 497 ff., 507 ff., 601 f.

Wohnortwechsel (siehe Mobilität, geografische)

X

Xenophobie (siehe Ausländerfeindlichkeit)

Z

Zugang zu Informationen
- in der Europäischen Union, 314 ff.
- in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 81 f.
- in den Instrumenten des Europarates, 197 f.
- in der Schweiz, 603 ff.
- in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 141 ff.

Zugang zum Arbeitsmarkt
- in der Europäischen Union, 296 ff.
- in den ILO-Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143, 79 f.
- in den Instrumenten des Europarates, 193 ff.
- in der Schweiz, 561 ff.
- in der UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, 139 f.

Zulassungsvoraussetzungen, 478, 563 f.

Zwangs- und Pflichtarbeit, 43, 47 f., 80, 140, 279, 501

Lebenslauf

Persönliche Angaben

Name	Cornelia Junghanss
Geburtsdatum	13. Juni 1987

Ausbildung

September 2015 bis Februar 2021	Doktoratsstudium Rechtswissenschaft an der Law School der Universität St. Gallen
September 2011 bis November 2013	Zweisprachiges Masterstudium Rechtswissenschaft an den juristischen Fakultäten der Universitäten Basel und Genf
September 2007 bis November 2011	Bachelorstudium Rechtswissenschaft an der juristischen Fakultät der Universität Basel

Berufserfahrung

Oktober 2017 bis heute	Versicherungsgericht des Kantons Aargau, Gerichtsschreiberin (ab Januar 2019, vorher Rechtspraktikantin)
September 2014 bis Oktober 2016	Zentrum für Sozialrecht, ZHAW, Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Juli 2013 bis Juli 2014	Amt für Migration und Integration Kanton Aargau, Rechtspraktikantin