

Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Jürg Marcel Tiefenthal

von
Tiefencastel GR

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Thomas Gächter

Editions Weblaw, Bern 2008
Schulthess, Zürich/Basel/Genf 2008

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literatur- und Quellenverzeichnis	XXVII
Erlass- und Materialienverzeichnis	XLV
§ 1 Einleitung	1
I. Ausgangspunkt	1
II. Untersuchungsgegenstand	3
III. Ziele	5
IV. Vorgehen	5
§ 2 Weshalb flankierende Massnahmen? – Der Gedanke des Arbeitnehmerschutzes und dessen Hintergrund	7
I. Zielsetzung.....	7
II. Rechtliche Verpflichtungen zum Arbeitnehmerschutz	8
1. Internationale Verpflichtungen	8
a) Konventionsrecht der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO)	8
b) Anderes internationales Konventionsrecht	11
2. Verfassungsrechtlicher Auftrag.....	13
§ 3 Der europäische Integrationsprozess und der bilaterale Weg der Schweiz	17
I. Historische Entwicklung des Nachkriegseuropas	17
1. Erste wichtige Schritte zur Kooperation in Europa.....	17
2. Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS).....	18
3. Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und Europäische Atomgemeinschaft (EAG/EURATOM).....	19
4. Europäische Freihandelsassoziation (EFTA).....	20

5.	Stagnation des europäischen Integrationsprozesses, Nord-/Süderweiterung der Europäischen Gemeinschaft (EG) und Einheitliche Europäische Akte (EEA)	21
6.	Europäischer Wirtschaftsraum (EWR), Ende des Kalten Krieges und Auswirkungen auf den europäischen Integrationsprozess.....	22
7.	Europäischer Unionsvertrag (EUV), Vertrag von Amsterdam und Vertrag von Nizza.....	23
8.	EU-Verfassungsvertrag (VVE) bzw. EU-Reformvertrag und gegenwärtiger Stand der Unionserweiterung.....	25
II.	Chronologie der bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU)	29
1.	Ausgangslage	29
2.	Freihandelsabkommen (FHA), Versicherungsabkommen und Güterverkehrsabkommen	29
3.	Nichtbeitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum und Aufnahme bilateraler Verhandlungen	31
4.	Bilaterale Abkommen I vom 21. Juni 1999	36
5.	Bilaterale Abkommen II und Protokoll zum Freizügigkeitsabkommen (Protokoll FZA) vom 26. Oktober 2004	40
6.	Zusammenarbeit mit Osteuropa und aktuelle Entwicklungen.....	45
7.	Europapolitische Standortbestimmung (Europabericht 2006) und Konsequenzen des Schweizer Bilateralismus	47
8.	Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens (FZA) für die Zukunft des bilateralen Vertragswerks.....	51
§ 4	Die Personenfreizügigkeit und ihre Bedeutung für die Schweizer Rechtsordnung	53
I.	Freier Personenverkehr in der Europäischen Union.....	53
1.	Freier Personenverkehr – eine Grundfreiheit des Binnenmarktes	53
2.	Bedeutung der Freizügigkeit im Personenverkehr.....	54
a)	Wirtschaftliche Komponente.....	54
b)	Soziale und politische Komponente.....	56
3.	Massgebende Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf die Freizügigkeit im Personenverkehr für Staatsangehörige der Europäischen Union	58
a)	Freizügigkeit für Arbeitnehmende.....	58

b)	Niederlassungsfreiheit für Selbständigerwerbende und Unternehmen	60
c)	Freizügigkeit im Dienstleistungsverkehr	62
d)	Begleitende Massnahmen	64
II.	Stellung des freien Personenverkehrs im übrigen europäischen Rechtsraum, insbesondere in der Schweiz.....	66
1.	Ausländerrecht – ein Teil der "Domaine réservé"	66
2.	Ausdehnung des freien Personenverkehrs auf den Europäischen Wirtschaftsraum.....	67
3.	Bedeutung des freien Personenverkehrs im Rahmen der schweizerischen Ausländerpolitik	68
a)	Grundlagen des schweizerischen Ausländerrechts.....	68
i)	Bisherige Ausländergesetzgebung	68
ii)	Neue Ausländergesetzgebung.....	70
b)	Stellung der EU/EFTA-Staatsangehörigen im schweizerischen Ausländerrecht	72
i)	Bewilligungs- und Begrenzungssystem(e) der Neunzigerjahre.....	72
ii)	Einführung der Personenfreizügigkeit.....	73
iii)	Zulassungssystem des neuen Ausländergesetzes.....	73
iv)	Fazit	74
III.	Inhaltliche Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter Berücksichtigung des zusätzlichen Protokolls	75
1.	Einführung.....	75
2.	Rechtlicher und institutioneller Rahmen	76
a)	Rechtsnatur und Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen	76
b)	Innerstaatliche Geltung und Anwendbarkeit	77
c)	Auslegung.....	80
d)	Verwaltung des Abkommens	81
3.	Grundlegende Aspekte	83
a)	Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit	83
b)	Einreise-/Ausreiserecht.....	85
c)	Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit	86
d)	Aufenthaltsbewilligungen	87
e)	Schranken der Freizügigkeit	88

4.	Personen mit Anspruch auf Freizügigkeit	90
a)	Arbeitnehmende	90
b)	Selbständigerwerbende	92
c)	Dienstleistungserbringer.....	93
d)	Nichterwerbstätige Personen.....	95
e)	Durch Familiennachzug begünstigte Personen	96
5.	Begleitende Rechte zur Freizügigkeit	98
a)	Recht auf Anerkennung von Berufsdiplomen	98
b)	Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme	99
6.	Recht auf Erwerb von Immobilien	101
7.	Übergangsbestimmungen – in mehreren Etappen zur vollständigen Freizügigkeit.....	101
§ 5	Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit: Ein Instrumentarium gegen Lohn- und Sozialdumping.....	105
I.	Grundsätzliches	105
1.	Einführung.....	105
2.	Rechtsgrundlagen und deren Geltungsbereich	107
3.	Lohn- und Sozialdumping	108
a)	Begriff	108
b)	Mögliche Szenarien	108
II.	Tripartite Kommissionen	109
1.	Einsetzungspflicht	110
2.	Zusammensetzung	111
3.	Wahl und Amtsgeheimnis	112
4.	Aufgaben.....	114
5.	Beizug von Experten	115
6.	Zusammenarbeit, Koordination und Ausbildung	116
7.	Finanzierung	116
III.	Entsendegesetz	117
1.	Zweck.....	117
2.	Persönlicher Geltungsbereich.....	118
a)	Arbeitnehmende	118
b)	Arbeitgeber	119

3.	Sachlicher Geltungsbereich	120
a)	Arbeitsleistungen	120
b)	Minimale Arbeits- und Lohnbedingungen	121
c)	Angemessene Unterkunft	123
4.	Meldeverfahren und Kontrolle	123
a)	Meldepflicht des Arbeitgebers	123
b)	Kontrollen durch spezifische Kontrollorgane	125
5.	Zivilrechtliches Verfahren gegen Verstösse.....	126
a)	Leistungsklage der entsandten Arbeitnehmenden	126
b)	Feststellungsklage der Verbände	128
6.	Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen.....	129
a)	Verwaltungsmassnahmen	129
b)	Strafmassnahmen und Strafverfolgung	130
IV.	Erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen	130
1.	Grundlagen	130
a)	Gesamtarbeitsvertrag	130
b)	Allgemeinverbindlicherklärung.....	131
2.	Zweck.....	132
3.	Zuständigkeit zur Anordnung	133
4.	Gegenstand	133
5.	Voraussetzungen	134
a)	Antrag der tripartiten Kommission	134
b)	Missbräuchliche und wiederholte Lohnunterbietung.....	135
c)	Beteiligungsquoten.....	138
d)	Sonstige Voraussetzungen.....	139
6.	Wirkungen.....	140
7.	Besonderes Kontrollorgan	140
8.	Verfahren	141
V.	Erlass von Normalarbeitsverträgen mit zwingenden Mindestlöhnen.....	142
1.	Grundlagen	142
2.	Zweck.....	143
3.	Zuständigkeit zum Erlass.....	144
4.	Gegenstand	144

5.	Voraussetzungen	146
a)	Antrag der tripartiten Kommission	146
b)	Missbräuchliche und wiederholte Lohnunterbietung.....	147
c)	Subsidiarität zur Allgemeinverbindlicherklärung	148
d)	Berücksichtigung des Gesamtinteresses und anderer berechtigter Interessen	148
6.	Wirkungen.....	149
7.	Durchsetzung.....	150
a)	Leistungsklage.....	150
b)	Feststellungsklage der Verbände	150
8.	Verfahren	150
VI.	Verstärkung der flankierenden Massnahmen	152
1.	Vorausgehender politischer Prozess	152
2.	Revision der Rechtsgrundlagen.....	153
3.	Gesetzesänderungen und -ergänzungen im Einzelnen.....	155
a)	Entsendung von Arbeitnehmenden	155
i)	Nachweispflicht für die selbständige Erwerbstätigkeit	155
ii)	Auferlegung der Kontrollkosten	155
iii)	Beitragspflicht an Weiterbildungskosten.....	156
iv)	Pflicht zur Kautionshinterlegung	156
v)	Anwendung von Konventionalstrafen	157
vi)	Ausweitung der Meldepflicht	157
vii)	Verschärfung der Sanktionen	158
b)	Personalverleih.....	159
i)	Auskunftspflicht der Temporärfirmen.....	159
ii)	Unterstellung unter die Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages.....	159
iii)	Kontrolle durch das paritätische Organ	161
c)	Anstellung von Arbeitsmarktinspektoren durch die Kantone	161
d)	Informationspflicht der Arbeitgeber.....	162
e)	Zusätzliche Vereinfachung der Allgemeinverbindlich- erklärung von Gesamtarbeitsverträgen	165

f) Weitergabe von Daten durch das Bundesamt für Statistik (BFS).....	165
VII. Umsetzung und Evaluation der flankierenden Massnahmen.....	166
1. Erste Phase (1.6.–31.12.2004)	166
2. Zweite Phase (1.1.–31.12.2005).....	167
3. Dritte Phase (1.1.2006–30.06.2007).....	168
VIII. Würdigung	170
1. Verfassungsrechtliche Perspektive.....	170
2. Ökonomische Perspektive	171
a) Auswirkungen der Personenfreizügigkeit auf den schweizerischen Arbeitsmarkt	171
b) Flankierende Massnahmen – protektionistische Instrumente zur Wettbewerbsbehinderung.....	174
i) Besonderheiten des schweizerischen Arbeitsmarktes.....	175
ii) Kritik.....	176
c) Übergangsregelungen	179
3. Fazit	180
IX. Politischer Ausblick.....	182
1. Verhandlungen über die Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf Bulgarien und Rumänien.....	182
2. Schwelender Konflikt zwischen den Sozialpartnern betreffend die künftige Ausgestaltung der flankierenden Massnahmen	183
3. Drohende Referendumsabstimmungen: Ernsthafte Gefahr für den schweizerischen Arbeitsmarkt und den bilateralen Weg?	185
§ 6 Schlussbetrachtung.....	189
I. Gemeinsame Wohlfahrt: Wirtschaftspolitisches Ziel im Spannungsfeld verschiedener Bereichsverfassungen.....	189
1. Zentrale Elemente der Wirtschaftsverfassung.....	189
a) Freiheitlich-wettbewerbsorientierte, sozial- und umweltverpflichtete Wirtschaftsordnung.....	189
b) Staatlich-ordnungspolitische Aspekte.....	190
2. Enge Verbindungen zwischen Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialverfassung.....	190

a)	Konnexe der Arbeits- mit der Wirtschaftsverfassung	190
b)	Konnexe der Arbeits- mit der Sozialverfassung.....	192
c)	Konnexe der Wirtschafts- mit der Sozialverfassung.....	193
3.	Schlussfolgerungen in Bezug auf die flankierenden Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen.....	193
II.	Aussenwirtschaftspolitische Strategie der Schweiz	196
1.	Europapolitik	196
2.	Multilaterale Handelsliberalisierung im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO)	197
3.	Bilaterale Freihandels- und Partnerschaftsabkommen	197
4.	Binnenwirtschaftliche Reformen	198
III.	Globaler Wettbewerb unter wirtschaftsethischen Aspekten.....	199
1.	Ausgangspunkt	199
2.	Vernünftige und gerechte Globalisierungspolitik.....	200
a)	Zweistufige ordoliberalere Ordnungspolitik als Grundlage lebensdienlichen Wirtschaftens	200
b)	Konzeption einer supranationalen Rahmenordnung	201
c)	Fazit.....	202
3.	Gegenwärtige Diskussion	203
4.	Schlussfolgerungen in Bezug auf die flankierenden Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen.....	204
	Stichwortverzeichnis	205