

Stefan Schlegel / Charlotte Sieber-Gasser

## Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit

Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht

---

In Freihandelsabkommen wird der sogenannte Mode 4 der Dienstleistungserbringung – die Präsenz natürlicher Personen im anderen Vertragsstaat – immer wichtiger. Einige Freihandelsabkommen der Schweiz verschaffen Dienstleistungserbringern Rechte, die deutlich über das GATS und über das Ausländergesetz hinausgehen. Sie vermitteln wenig beachtete Ansprüche auf Einreise und Aufenthalt. Die Steuerung dieser Zuwanderung durch Höchstzahlen ist vertraglich in der Regel ausgeschlossen. Mit Annahme der Masseneinwanderungsinitiative ist es noch schwieriger geworden, diese Verpflichtungen einzuhalten. Für die Handelsinteressen der Schweiz könnte sich das als Hypothek erweisen.

---

Rechtsgebiet(e): Ausländer- und Asylrecht; Europarecht und Internationales Recht; WTO und Aussenwirtschaftsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Stefan Schlegel / Charlotte Sieber-Gasser, Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit, in: Jusletter 17. März 2014

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - 1.1 Handels- und Migrationsrecht: Ungleiche Partner mit wachsender Reibungsfläche
  - 1.2 Ausgangslage
    - 1.2.1 Zur wachsenden Rolle des Dienstleistungsfreihandels im Wirtschaftsvölkerrecht
    - 1.2.2 Zur wachsenden Wichtigkeit des Dienstleistungsfreihandels im Migrationsrecht
- II. Die Tragweite der Verpflichtungen der Schweiz im Mode 4
  - 2.1 Sektorielle Verpflichtungen
  - 2.2 Personenkategorien und Dauer des Aufenthalts
  - 2.3 Weitere Zulassungsbedingungen
- III. Die Kompatibilität des Migrationsrechts mit den Verpflichtungen aus Freihandelsabkommen
  - 3.1 Zum Verhältnis verschiedener Rechtsgrundlagen betreffend Dienstleistungserbringer
  - 3.2 Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und das Einhalten der orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen
  - 3.3 Zum Inländervorrang und den persönlichen Voraussetzungen
  - 3.4 Das Erfordernis der Höchstzahlen
  - 3.5 Die Voraussetzung des wirtschaftlichen Gesamtinteresses
  - 3.6 Das Erfordernis der bedarfsgerechten Wohnung
- IV. Auf dem Weg zu einer neuen Anspruchsbewilligung
  - 4.1 Zur direkten Anwendbarkeit der Garantien aus Freihandelsabkommen
  - 4.2 Die Anomalie der kontingentierten Anspruchsbewilligung
- V. Ansätze für ein Zusammenwirken von Migrations- und Handelsrecht
  - 5.1 Freihandelsrecht als Instrument präziser Migrationssteuerung
  - 5.2 Spezifische Verfahren für Dienstleistungserbringer
  - 5.3 Transparenz im Landesrecht
  - 5.4 Ausklammerung der Dienstleistungserbringung aus dem Migrationsrecht
  - 5.5 Erleichterter Wechsel vom Dienstleistungs- zum Arbeitsmarkt
- VI. Abschliessende Bemerkungen

## I. Einleitung

### 1.1 Handels- und Migrationsrecht: Ungleiche Partner mit wachsender Reibungsfläche

[Rz 1] Der Zusammenhang zwischen Freihandel und Migration ist wichtiger, als seine Präsenz in der sehr intensiven Debatte über Zuwanderung und in der zunehmend in einem breiten Publikum geführten Debatte über Freihandel vermuten lassen könnte. Aktuell diskutierte und umstrittene Versuche der Umgestaltung des Migrationsrechts werfen in ihrer Beziehung zum Völkerrecht in erster Linie Fragen der Vereinbarkeit mit menschenrechtlichen Verpflichtungen und Personenfreizügigkeitsabkommen auf. Eine dritte wichtige Quelle von möglichen Friktionen zwischen Migrationsrecht und völkerrechtlichen Verpflichtungen tritt dabei in den Hintergrund, könnte aber in Zukunft an Wichtigkeit gewinnen: Zugeständnisse an die Mobilität von Menschen in Freihandelsverträgen. Je wichtiger Umfang und Ausmass der Mobilität von Dienstleistungserbringern wird und je stärker die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen ökonomisch betrachtet einen Zugang zum Arbeitsmarkt bedeutet, desto eher werden Freihandelsverträge zu einem dritten Weg, die vierte Freiheit – den freien Verkehr von Arbeitskraft

– zu realisieren. Dieser Weg soll hier thematisiert werden. Insbesondere möchte dieser Beitrag die Frage untersuchen, ob ein weiterer Ausbau des Dienstleistungsfreihandels für die Schweiz dazu führen könnte, dass der Gestaltungsspielraum des Migrationsrechts weiter abnimmt, weil Freihandelsabkommen Ansprüche auf Einreise und den Verbleib im Land für eine gewisse Dauer einräumen.<sup>1</sup> Die Untersuchung richtet sich dabei auf bilaterale Abkommen, auf Abkommen der Schweiz im Rahmen der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) mit Drittstaaten und auf das multilaterale Abkommen General Agreement on Trades in Services (GATS) der WTO.

[Rz 2] Was auf den ersten Blick rechtlich relativ einfach zu regeln ist – der Anspruch auf Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung von in Freihandelsabkommen privilegierten Dienstleistungserbringern – ist in der Schweizer Rechtsetzung komplex und intransparent umgesetzt. Es drängt sich daher eine zweite Frage auf: inwiefern kollidieren Verpflichtungen im präferenziellen Dienstleistungsfreihandel mit dem schweizerischen Migrationsrecht? Möglicherweise wird der Handlungsspielraum der Schweiz im Bereich der Wirtschaftsaussenpolitik durch das Migrationsrecht eingeschränkt, beispielsweise durch eine generelle Kontingentierung von Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen, wie sie die Masseneinwanderungsinitiative eingeführt hat. Gleichzeitig könnte aber auch das Handelsrecht den Gestaltungsspielraum im Migrationsrecht einschränken, indem völkerrechtliche Ansprüche gewährt werden, welche den ausländerrechtlichen Zulassungsbedingungen in der Schweiz widersprechen.

[Rz 3] In einem ersten Schritt stellen wir dar, inwieweit die Schweiz durch Staatsverträge Bindungen in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen durch Ausländerinnen und Ausländer eingegangen ist. Einige der Abkommen, welche die Schweiz eingegangen ist, vermitteln mehr oder weniger direkt einen Anspruch auf eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für bestimmte, eng definierte Kategorien von Arbeitskräften. Wir zeigen kurz auf, welche Funktion diese Verpflichtungen erfüllen und erarbeiten einen Überblick über die verschiedenen Verpflichtungen. In einem zweiten Teil untersuchen wir, ob und wie diese staatsvertraglichen Verpflichtungen ihren Niederschlag im Schweizer Ausländerrecht finden. Es zeigt sich, dass die Rechtssetzung im Bereich der Migration zur Dienstleistungserbringung Widersprüche enthält.

[Rz 4] Wir nehmen daher in einem dritten Teil Stellung zur Umsetzung dieser Verpflichtungen in der schweizerischen Praxis. Es ist fragwürdig, ob die Schweiz ihren internationalen Verpflichtungen bisher nachgekommen ist und noch fragwürdiger, ob sie diesen weiterhin nachkommen kann. Nach der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative und der

<sup>1</sup> Vgl. N. BUENO, L'admission des prestataires de services étranger en Suisse, Une approche national, bilatéral et multilatérale, *Revue de droit administratif*, 2010, S. 113, S. 116.

damit verbundenen Pflicht zur Einführung einer generellen Kontingentierung auf alle Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen wird dies jedenfalls noch schwieriger werden. Wir führen eine Reihe von Gründen auf, weshalb der Widerspruch zwischen Freihandels- und Migrationsrecht möglicherweise bisher zu keinen grösseren Diskussionen geführt hat und dafür, dass diese Kluft zwischen Verpflichtung und Umsetzung in Zukunft zu Problemen führen wird.

[Rz 5] Abschliessend skizzieren wir zwei Lösungsvarianten, wie aus einem Konflikt zwischen Handels- und Migrationsrecht eine komplementäre Beziehung werden könnte: Einerseits durch ein separates Verfahren für Mode 4 Dienstleistungserbringung, welches den völkerrechtlichen Anspruch gewährleistet, und andererseits, indem der Mode 4 der Dienstleistungserbringung ganz aus dem Migrationsrecht gelöst, und Aufenthalt zur Dienstleistungserbringung einzig über das Handelsrecht geregelt wird.

## 1.2. Ausgangslage

[Rz 6] Freihandel und Migration sind nicht Disziplinen, die üblicherweise zusammen gedacht werden. Sie werden von jeweils anderen Interessensträgern und anderen Behörden bearbeitet und sie gehorchen unterschiedlichen Zielsetzungen und Grundregeln.<sup>2</sup> Das mag auch dazu führen, dass zwischen den Behörden, welche sich mit den jeweiligen Tätigkeitsfeldern beschäftigen, Ungereimtheiten auftreten.<sup>3</sup> Grundsätzlich wird immer noch unterschieden zwischen freiem Waren- und Dienstleistungsverkehr, welcher dem Freihandel angerechnet wird, und dem freien Verkehr von Arbeitskraft, der weiterhin weitgehend vom Freihandel getrennt geregelt wird. Seit den ersten rechtlichen Bestimmungen zur Regulierung des Dienstleistungshandels in den 1990er Jahren<sup>4</sup> und der Einführung der Möglichkeit eines temporären Aufenthalts von Dienstleistungserbringern (der sogenannte «Mode 4» des Dienstleistungsverkehrs) als Teil des Dienstleistungshandels, ist jedoch eine wichtige Schnittmenge zwischen Arbeitsmigration<sup>5</sup> und Freihandel entstanden: die

Mobilität von Menschen zur Dienstleistungserbringung über Landesgrenzen hinweg.

[Rz 7] Im relativ engen Rahmen des Dienstleistungsfreihandels wird Migration zum Zwecke der Dienstleistungserbringung als Grundlage für den Handel überhaupt anerkannt und geschützt.<sup>6</sup> Der Kontext, in welchem sich der Zusammenhang zwischen Freihandel und Migration in erster Linie manifestiert, ist allerdings nicht verbunden mit einem Zugang zum Arbeitsmarkt oder der Perspektive eines dauernden Aufenthaltes:<sup>7</sup> Arbeitsmigration in diesem Zusammenhang bezieht sich ausschliesslich auf die vorübergehende Anwesenheit zur Dienstleistungserbringung. Vom Standpunkt des Handelsrechts aus betrachtet sind Hürden für die Migration also auch Schranken für den Dienstleistungshandel:<sup>8</sup> ein substantieller Teil des Dienstleistungshandels kann nicht auf die Präsenz von natürlichen Personen als Dienstleistungserbringer verzichten. So ist beispielsweise der Handel mit Pflegedienstleistungen oder Dienstleistungen im Bereich von Reparaturen und Installationen ohne die Präsenz von natürlichen Personen nicht möglich.<sup>9</sup>

### 1.2.1 Zur wachsenden Rolle des Dienstleistungsfreihandels im Wirtschaftsvölkerrecht

[Rz 8] Die Regulierung des Dienstleistungshandels ist ein relativ neues Phänomen in der Geschichte des Wirtschaftsvölkerrechts: während in den Nachkriegsjahren – primär von der OECD initiiert – erste Anstrengungen unternommen wurden, den Dienstleistungshandel zu regulieren,<sup>10</sup> sind erste verbindliche Verpflichtungen zur Öffnung von Dienstleistungsmärkten erst Ende der 1980er Jahren entstanden.<sup>11</sup> Parallel zu den Verhandlungen über ein multilaterales Dienstleistungsabkommen in der Uruguay-Runde, das GATS, haben

<sup>2</sup> J. BAST, Rechtliche Rahmenbedingungen für staatliche Programme zirkulärer Migration, Studie für den Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, 2010, [Online]: [http://www.svr-migration.de/content/wp-content/uploads/2011/09/110929\\_bastexpertise\\_final\\_nw.pdf](http://www.svr-migration.de/content/wp-content/uploads/2011/09/110929_bastexpertise_final_nw.pdf) (zuletzt besucht 23. Februar 2014), S. 29.

<sup>3</sup> P. HENRY, Mode 4 Through a Canadian Immigration Policy Lens, 2002, [Online]: [www.wto.int/English/tratop\\_e/serv\\_e/symp\\_apr\\_02\\_henry\\_e.doc](http://www.wto.int/English/tratop_e/serv_e/symp_apr_02_henry_e.doc) (zuletzt besucht 23. Februar 2014), S. 3.

<sup>4</sup> *US-Canada (1988)*, *ANZCERTA (1988)*, *EG Vertrag von Maastricht (1992)*, *EWR (1992)*, und *NAFTA (1992)*; Zur Geschichte der Verhandlungen des GATS, siehe G. FEKETEKUTY, *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for Negotiations*, Ballinger Publishing Company, Cambridge, 1988; B. DIETRICH, *The Prospects of International Services Trade*, Friedrich Ebert Stiftung, Bonn, 1999.

<sup>5</sup> Wir definieren Arbeitsmigration als kurz- bis längerfristigen Aufenthalt in einem anderen Land der Erwerbstätigkeit wegen. Unseres Erachtens ist Mode 4 Dienstleistungserbringung eine Unterkategorie der

Arbeitsmigration, auch wenn sie Teil der Freizügigkeit von Dienstleistungen ist, nicht der Personenfreizügigkeit.

<sup>6</sup> GATS Art. I:2; M. PANIZZON, *Trade and Labour Migration: GATS Mode 4 and Migration Agreements*, Occasional Papers No. 47/January 2010, Friedrich Ebert Stiftung.

<sup>7</sup> BUENO (Fn. 1), S. 123; M. PANIZZON, *Bilateral Labour Agreements and the GATS, Sharing Responsibility for Managing of Migration and MFN Trade Reciprocity*, *Journal of Migration and Refugee Issues* 3/2009, S. 70, S. 73; hin und wieder wird in Verhandlungen versucht, eine Verbindung zwischen Dienstleistungsfreihandel und einem Zugang zum Arbeitsmarkt herzustellen. So versuchte China in den Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen mit der Schweiz einen erleichterten Arbeitsmarkt-Zugang für gewisse Berufsgruppen zu erwirken, ist davon aber wieder abgerückt: NZZ vom 8. Mai 2013.

<sup>8</sup> J.P. TRACHTMAN/B. GHOSH, *The international law of economic migration, Toward the fourth freedom*, Kalamazoo, Mich., 2009, S. 252.

<sup>9</sup> Andere Beispiele sind z.B. die Bedienung im Restaurant, die Arbeit als Ausbilder oder Dienstleistungen im Bereich des Tourismus.

<sup>10</sup> B. GRIFFITHS, *Invisible Barriers to Invisible Trade*, Trade Policy Research Centre, Macmillan, London, 1975; H. CORBET, *Prospect of Negotiations on Barriers to International Trade in Services*, *Pacific Community*, 1977, vol. 8, no. 3, pp. 454–469.

<sup>11</sup> *US-Canada (1988)*, *ANZCERTA (1988)*.

die USA<sup>12</sup> und die EU<sup>13</sup> die Integration ihrer Dienstleistungsmärkte verstärkt. Dennoch ist das GATS eines der ersten Abkommen, welches Dienstleistungsliberalisierung umfassend regelt. Das GATS wurde denn auch als ein erster Schritt Richtung globaler Dienstleistungsliberalisierung verstanden und weitere Verhandlungsrunden über zusätzliche Liberalisierung waren geplant.<sup>14</sup>

[Rz 9] Diese weiterführende multilaterale Liberalisierung des Dienstleistungshandels fand jedoch nicht statt, unter anderem weil die Verhandlungen in der Doha-Runde bis zum heutigen Zeitpunkt zu keinen substantiellen Resultaten geführt haben.<sup>15</sup> Die Mitgliedstaaten kompensierten in der Folge die relativ bescheidene Liberalisierung durch das GATS mit bilateralen und regionalen Freihandelsabkommen: seit der Einführung des GATS steigt die Anzahl Freihandelsabkommen, welche den Handel mit Dienstleistungen liberalisieren, exponentiell an.<sup>16</sup> Heute ist der Handel mit Dienstleistungen international durch eine Vielzahl an regionalen und bilateralen Abkommen geregelt, was teilweise zu widersprüchlichen Verpflichtungen geführt hat und den Überblick über den tatsächlichen Grad an Marktzugang im Einzelfall erschwert. Auch die Schweiz ist sowohl Mitglied des GATS, wie auch von 10 weiteren Freihandelsabkommen, welche Bestimmungen zum Dienstleistungshandel einschliessen.<sup>17</sup>

[Rz 10] Obwohl das GATS kritisiert wird für seine geringe Liberalisierungskraft, hat sich die Struktur der Dienstleistungsregulierung, wie sie das GATS vorsieht, weitgehend durchgesetzt.<sup>18</sup> Der Dienstleistungshandel ist in 11 Dienstleistungssektoren aufgeteilt, welche wiederum aus Sub-Sektoren bestehen. Damit konnte weitgehend Klarheit darüber geschaffen werden, welche Dienstleistungen von der Marktöffnung eingeschlossen sind. Der Handel mit Dienstleistungen wird zudem in vier verschiedene «modes of supply», also Erbringungsarten, aufgeteilt: 1) die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung, 2) die Erbringung am Entstehungsort, 3) die Erbringung durch eine Niederlassung

am Ort der Konsumation, und 4) die Erbringung durch die (temporäre) Präsenz natürlicher Personen am Ort der Konsumation.<sup>19</sup> Es ist dieser sogenannte Mode 4, der hier in erster Linie interessiert.

[Rz 11] Die Entwicklungsländer haben sich ursprünglich gegen ein WTO Dienstleistungsabkommen gestellt. Druck aus den USA und aus der EU und die Tatsache, dass Dienstleistungshandel immer wichtiger wurde für das Funktionieren der Weltwirtschaft – und damit auch im Interesse von Entwicklungsländern war – haben schliesslich dennoch zur Aufnahme von Verhandlungen geführt.<sup>20</sup> Als eine Art Entgegenkommen ist der Umstand zu verstehen, dass das GATS auf dem sogenannten «positive list approach» aufgebaut ist: Liberalisierungsverpflichtungen bestehen nur insofern, als dies ein jeweiliges Land in seiner Verpflichtungsliste im Anhang zum GATS ausdrücklich aufführt.<sup>21</sup> Dies hat es den Mitgliedern des GATS ermöglicht, die Öffnung ihrer Dienstleistungsmärkte individuell zu regulieren. Diese Form der Liberalisierung führt jedoch zu einem Verlust an Transparenz: um den tatsächlichen Grad an Liberalisierung zu erfahren, müssen die individuellen Verpflichtungslisten konsultiert werden. Der Umfang der Liberalisierung variiert nicht nur in der Anzahl erfasster Sektoren und Sub-Sektoren, auch die Erbringungsarten (Modes), die von den Verpflichtungen erfasst sind, können variieren.<sup>22</sup>

[Rz 12] In Bezug auf den Mode 4 sind generell nur wenige Verpflichtungen aufgeführt worden.<sup>23</sup> Dies war ursprünglich auch nicht problematisch, weil die Mitglieder der WTO davon ausgegangen waren, dass in weiteren Verhandlungsrunden die Liberalisierung auch im Bereich von Mode 4 weiter ausgedehnt wird. Allerdings sind seit der Einführung des GATS 1995 die weiteren sogenannten Doha-Verhandlungsrunden stagniert.<sup>24</sup> Es ist den WTO Mitgliedern bisher nicht gelungen, sich auf weitere Verpflichtungen in der Dienstleistungsliberalisierung zu einigen. Zentraler Streitpunkt in den Verhandlungen ist die Ausdehnung der Verpflichtungen von Mode 4 Dienstleistungserbringung auf weniger qualifizierte

<sup>12</sup> NAFTA (1992).

<sup>13</sup> EG Vertrag von Maastricht (1992), EWR (1992).

<sup>14</sup> T. COTTIER/C. SIEBER-GASSER/G. WERMELINGER (erscheint 2015), The Dialectical Relationship of Preferentialism and Multilateralism, in: M. Elsig and A. Dür (Hrsg.), *Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*, Cambridge University Press, Cambridge.

<sup>15</sup> Siehe J.A. MARCHETTI/R. MARTIN, Services Liberalisation in the WTO and in PTAs, in: J.A. Marchetti/M. Roy (Hrsg.), *Opening Markets for Trade in Services*, World Trade Organisation, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, S. 61–112, S. 71–72.

<sup>16</sup> COTTIER/SIEBER-GASSER/WERMELINGER (Fn. 14); C. SIEBER-GASSER (erscheint 2015), *South-South Preferential Trade Agreements in Services: Exploring the Boundaries of International Economic Law*, PhD Thesis, University of Bern, Bern.

<sup>17</sup> *Schweiz-China, EFTA-Ukraine, EFTA-Singapur, EFTA-Südkorea, EFTA-Kolumbien, EFTA-GCC, EFTA-Chile, EFTA-Costa Rica und Panama, EFTA-Hong Kong und Schweiz-Japan*.

<sup>18</sup> C. SIEBER-GASSER (Fn. 16).

<sup>19</sup> GATS Art. I.

<sup>20</sup> J.V. REYNA, Services, in: T.P. Stewart (Hrsg.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986–1992)*, vol. II, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993, S. 2335–2425.

<sup>21</sup> Siehe auch WTO SEKRETARIAT, Schedules of Commitments and Lists of Article II Exemptions, 2014 [Online]: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/serv\\_commitments\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_commitments_e.htm) (zuletzt besucht am 23. Februar 2014).

<sup>22</sup> WTO SEKRETARIAT, Guide to Reading the GATS Schedules of Specific Commitments and the List of Article II (MFN) Exemptions, 2014 [Online]: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/guide1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/guide1_e.htm) (zuletzt besucht am 23. Februar 2014).

<sup>23</sup> A. CARZANIGA, The GATS, Mode 4, and Pattern of Commitments, in: A. Mattoo und A. Carzaniga (Hrsg.), *Moving People to Deliver Services*, World Bank und Oxford University Press, Washington DC, 2003, S. 21–16.

<sup>24</sup> Siehe z.B. The Economist, *The Doha round...and round...and round*, 2008 [Online]: <http://www.economist.com/node/11848592> (zuletzt besucht am 23. Februar 2014).

Personen: Im Rahmen der Doha-Runde haben 14 Entwicklungs- und Schwellenländer vorgeschlagen, auch weniger qualifizierte Dienstleistungserbringer, die nicht notwendigerweise eine kommerzielle Präsenz im Vertragsstaat haben, in die Verpflichtungslisten mit aufzunehmen. Sie begründeten den Vorschlag damit, dass sich entwickelnde Wirtschaften nur in wenigen Sektoren des Dienstleistungshandels komparative Kostenvorteile aufweisen und diese in aller Regel im Mode 4 erbracht werden müssen. Mit einer Ausdehnung der Verpflichtungen unter Mode 4 könnte die Asymmetrie zu Gunsten hochentwickelter Dienstleistungsgesellschaften in der Liberalisierung des Dienstleistungshandels überwunden werden.<sup>25</sup> Bisher zeichnet sich in dieser Frage noch kein Konsens ab. Unter anderem, weil die Entwicklungs- und Schwellenländer jedoch nicht bereit sind, auf ihre Forderungen im Bereich der Mode 4 Dienstleistungserbringung zu verzichten, während die Industrieländer weiterhin nicht bereit sind, ihre Verpflichtungen auszudehnen, ist zu erwarten, dass die Doha-Runde weiterhin blockiert bleibt – zu einem nicht unwesentlichen Anteil der Mode 4 Dienstleistungserbringung wegen.

### 1.2.2 Zur wachsenden Wichtigkeit des Dienstleistungsfreihandels im Migrationsrecht

[Rz 13] Die Schweiz sieht sich heute also einerseits mit Forderungen aus Entwicklungsländern konfrontiert – im Rahmen der WTO, aber auch im Rahmen von Verhandlungen über Freihandelsabkommen – den Marktzugang für Mode 4 Dienstleistungserbringung substantiell zu erweitern. Zudem ist die generelle Struktur der Dienstleistungsregulierung über die Jahre hinweg immer unübersichtlicher und intransparenter geworden. Zugeständnisse an ein Land können unter Umständen folgenreich sein, falls sie vom Meistbegünstigten-Prinzip eingeschlossen sind, also der Regel, dass alle Vertragsstaaten Anspruch auf jene Behandlung erhalten, die der am stärksten privilegierte Staat erhält.<sup>26</sup> Schliesslich erscheint die Trennung von Arbeitsmigration vom Rest des Handels aus politischer und wirtschaftlicher Sicht immer weniger sinnvoll.

[Rz 14] Es besteht insbesondere in der Schweiz eine Tendenz, die Schnittmenge von Dienstleistungsfreihandel und Personenverkehr auf ein blosses Phänomen von Spezialisten zu reduzieren,<sup>27</sup> das keinen besonderen migrationsrechtlichen Rahmen und keinen politischen Konsens nötig macht. Dienstleistungserbringer werden ohnehin wieder gehen und es müssen daher keine Vorkehrungen für ihre langfristige Eingliederung in die Gesellschaft getroffen werden. Aus drei

Gründen ist dies bedenklich: Erstens ist «vorübergehender Aufenthalt» ein dehnbarer Begriff. Abgesehen davon, dass er das Gegenteil von «permanent» bedeutet, ist er wenig klar und kann damit durchaus auch eine längerfristige Anwesenheit mit sich bringen.<sup>28</sup> In der Schweiz ist für Mode 4 Dienstleistungserbringung ein Aufenthalt von generell drei, maximal fünf Jahren möglich.<sup>29</sup> Zweitens lehrt die Erfahrung mit anderen Formen der Zuwanderung, für die nie eine Verstetigung beabsichtigt war (das betrifft besonders die ehemaligen Saisoniers), dass eine einmal ermöglichte physische Anwesenheit von Personen eine Vielzahl von unvorhergesehenen Ereignissen und Netzwerkeffekten mit sich bringt, die für einen längerfristigen Verbleib Anknüpfungspunkte setzen.<sup>30</sup> Drittens ist Dienstleistungsfreihandel – besonders in seiner Ausprägung als Präsenz von natürlichen Personen vor Ort – ein Phänomen, das – wie oben gezeigt wurde – in der Zukunft an Gewicht gewinnen könnte.<sup>31</sup> Es ist kein Zufall, dass ein zentraler Stolperstein der Doha-Runde die Erweiterung der Verpflichtungen in Mode 4 auf wenig- und nicht-qualifizierte Arbeitskräfte darstellt und dass die jüngeren Verhandlungen der Schweiz über beispielsweise das Freihandelsabkommen mit Indien insbesondere in der Frage der Mode 4 Verpflichtungen erschwert waren.<sup>32</sup>

[Rz 15] Möglicherweise wird das GATS die Dynamik einer schrittweisen Liberalisierung des Dienstleistungsfreihandels, die seinen Grundgedanken ausmacht, einmal noch verwirklichen. Möglicherweise muss die Schweiz beim Versuch, mittels Freihandelsabkommen Zugang zu grossen aufstrebenden Volkswirtschaften (wie China, Indien, Indonesien, Malaysia, Brasilien) zu erhalten, den Zugang zum attraktiven Schweizer Dienstleistungsmarkt als Verhandlungstrumpf einsetzen. In beiden Szenarien wird Migration zur Dienstleistungserbringung aus Drittstaaten, die heute noch in einem quantitativ vernachlässigbaren Umfang stattfinden mag, allmählich ins Gewicht fallen und davon profitieren, dass sie durch völkerrechtliche Abkommen besonders geschützt wird. Nach der Annahme der Masseinwanderungsinitiative, die den Gesetzgeber verpflichtet, sämtliche Formen der Migration mit Höchstzahlen zu steuern, könnte schon eine geringe Zunahme der Migration zur Dienstleistungserbringung zu

<sup>25</sup> TN/S/W14, 2003.

<sup>26</sup> Most-Favoured Nation: Die Verpflichtung, einem Land den jeweils bestmöglichen Marktzugang zu gewähren, der auch einem anderen Land gewährt wird.

<sup>27</sup> Vgl. aber für die allgemeine Gefahr der Unterschätzung J. BAST (Fn. 2), S. 32.

<sup>28</sup> BUENO (Fn. 1), S. 132; TRACHTMAN/GHOSH (Fn. 8), S. 246; vgl. auch G. KEMELIENE, Ausmass und mögliche Konsequenzen der Arbeitsmigration im Rahmen des GATS für die Länder der Europäischen Union, *Mitteilungen des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans Böckler-Stiftung*, 1/2007, 36, S. 37.

<sup>29</sup> 4 Jahre unter GATS und 5 Jahre unter den meisten Freihandelsabkommen.

<sup>30</sup> KEMELIENE (Fn. 28), S. 41.

<sup>31</sup> BUENO (Fn. 1), S. 115; PANIZZON (Fn. 7), S. 71; KEMELIENE (Fn. 28), S. 36.

<sup>32</sup> Siehe z.B. [http://www.swissinfo.ch/ger/politik\\_schweiz/Indien-Schweiz:\\_Neuer\\_Schwung\\_in\\_den\\_Beziehungen.html?cid=31271346](http://www.swissinfo.ch/ger/politik_schweiz/Indien-Schweiz:_Neuer_Schwung_in_den_Beziehungen.html?cid=31271346) (zuletzt besucht am 23. Februar 2014); Für die Sistierung der Verhandlungen durch Indien auf Grund der Annahme der Masseinwanderungsinitiative s. Sonntagszeitung vom 23. Februar 2014, S. 43.

ernsthaften Konflikten zwischen Wirtschaftsvölkerrecht und Migrationsrecht führen.

[Rz 16] Weil der Dienstleistungsfreihandel bis zu einem gewissen Grad auch als Ersatz für fehlende Instrumente zur Liberalisierung von Arbeitsmigration dienen kann, ist zu erwarten, dass Forderungen zur Erweiterung des Marktzuganges im Bereich der Mode 4 Dienstleistungserbringung zunehmen. Als ein Hinweis auf diese teilweise Ersetzbarkeit der Arbeitsmigration über Mode 4, können etwa die Bedenken der Arbeitsmarktbehörden des Kantons Zürichs dienen, die das Problem auf sich zukommen sehen, dass grosse IT-Projekte an ausländische Dienstleister ausgelagert werden, die dann im Rahmen des Mode 4 ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht geltend machen. Sie können so Informatiker ersetzen, die zuvor für den Betrieb gearbeitet haben, der nun die Dienstleistung konsumiert.<sup>33</sup> Es scheint daher, dass mittelfristig eine Diskussion darüber geführt werden muss, ob die Schweiz als Zielstaat von Migration ein grösseres Interesse an einem vereinfachten Zugang zum Arbeitsmarkt hat oder an einem liberalisierten Dienstleistungsverkehr im Mode 4. Eine Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs scheint mit dem Risiko verbunden, dass immer mehr Leistungen von Dienstleistern statt von Arbeitnehmern erbracht werden, was den inländischen Arbeitsmarkt zu Gunsten ausländischer Dienstleistungserbringern unter Druck setzt. Dabei besteht auch die Gefahr, dass sich eine Zuwanderung verstetigt, die nie als permanente Zuwanderung gedacht war. Eine Liberalisierung des Arbeitsmarktes würde hingegen noch stärker als die Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes Ausnahmen von der restriktiven Zulassungspolitik nötig machen, die soeben an der Urne verstärkt eingefordert worden ist.

[Rz 17] Dienstleistungsfreihandel kann also Implikationen für die Weiterentwicklung des Migrationsrechts enthalten. Er ist umgekehrt aber auch ein Wegweiser, wie das bestehende Migrationsrecht seine Möglichkeiten für legale Zuwanderung im Interesse der Gesamtwirtschaft und der betroffenen Unternehmen und Arbeitskräfte ausbauen kann. So ist beispielsweise Kanada nicht nur dazu übergegangen, relativ weitgehende Zugeständnisse zum Mode 4 des GATS zu machen, sondern den Personen, die von dieser Freizügigkeit profitieren, auch den Weg zu einem dauerhaften Verbleib einzuräumen und ihren Familienmitgliedern Arbeitsbewilligungen zugänglich zu machen.<sup>34</sup>

[Rz 18] Beispiele aus anderen Ländern zeigen auch, dass Freihandelsabkommen durchaus Bestimmungen zur

Arbeitsmigration enthalten können,<sup>35</sup> was bei einem entsprechenden Interesse in Freihandelsverhandlungen als Druckmittel oder als besonders interessantes Angebot verwendet werden kann. Generell werden Stimmen lauter, die kritisieren, dass Dienstleistungs- und Warenfreihandel immer noch rechtlich und politisch losgelöst von Arbeitsmigration behandelt werden.<sup>36</sup> Diese Kritik hat auch mit der Struktur der Weltwirtschaft im 21. Jahrhundert zu tun: globale Wertschöpfungsketten prägen den Weltmarkt. Die Mobilität von Arbeitskräften inklusive von Dienstleistungserbringern ist in einem globalen Wertschöpfungsprozess ebenso unentbehrlich, wie die Mobilität von Gütern, Kapital und Dienstleistungen. Es erscheint daher immer fragwürdiger, dass Arbeitskraft als Teil des globalen Wertschöpfungsprozesses von der globalen Integration ausgeschlossen ist.<sup>37</sup>

[Rz 19] Mode 4 Dienstleistungserbringung kommt möglicherweise eine grössere Bedeutung zu bei der Regulierung der Einreise und Arbeit von hochqualifizierten ausländischen Arbeitskräften in der Schweiz, als dies allgemein bekannt ist: der in der Bundesverfassung (BV) in Art. 5 statuierte Vorrang des Völkerrechts, der in Art. 2 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG)<sup>38</sup> für das Ausländerrecht bekräftigt wird, umfasst auch Freihandelsabkommen. Demzufolge gehen die Bestimmungen zu Mode 4 Dienstleistungserbringung grundsätzlich dem Migrationsrecht vor. Daran sollte auch die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative nichts geändert haben. Auch die Urheber der Masseneinwanderungsinitiative erkennen den Vorrang des Völkerrechts implizit an. Da der Initiativtext die Forderung enthält, dass bestehende Abkommen, die dem Ziel der Initiative widersprechen, neu verhandelt werden müssen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV) und neue nicht abgeschlossen werden dürfen (Art. 121a Abs. 4 BV), gehen auch die Initianten davon aus, dass völkerrechtliche Verträge ihre Wirkung behalten, so lange sie in Kraft sind und nicht durch neues Verfassungsrecht verdrängt werden.

[Rz 20] Im Folgenden untersuchen wir im Detail die Rechtslage betreffend Mode 4 Dienstleistungserbringung in der Schweiz.

<sup>33</sup> H. STUTZ/I. GRAF/T. OESCH/J. JÄGGI/J. GUGGISBERG/R. CALDERON, Kurzerwerbsaufenthalte in der Schweiz, Materialien zur Migrationspolitik, Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen (EKM) Dezember 2013, [Online]: [http://www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/materialien/mat\\_kurzerwerb\\_d.pdf](http://www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/materialien/mat_kurzerwerb_d.pdf) (zuletzt besucht 23. Februar 2014), S. 38.

<sup>34</sup> Council for Trade in Services, Communication from Canada, TN/S/W/42/vom 25. Mai 2005. Für eine vergleichbare Entwicklung im Rahmen des MECOSUR vgl. TRACHTMAN/GHOSH (Fn. 8), S. 238.

<sup>35</sup> EU, Caribbean Community (CARICOM), West African Economic and Monetary Union (WAEMU). S. hierzu C. SIEBER-GASSER, Variationen der Regionalen Personenfreizügigkeit, in: *Jusletter 18. März 2013*.

<sup>36</sup> Siehe z.B. P.L. MARTIN, The trade, migration and development nexus, *Proceedings*, Federal Reserve Bank of Dallas, Dallas, 2006, S. 11–34.

<sup>37</sup> A.A. WINTERS/T.L. WALMSLEY/Z. KUN WANG/R. GRYNBERG, Liberalising Temporary Movement of Natural Persons: An Agenda for the Development Round, *The World Economy* 2003, vol. 26, no. 8, S. 1137–1161; H. DE HAAS, Migration and Development: A Theoretical Perspective, *International Migration Review*, 2010, vol. 44, no. 1, S. 227–264; C. SIEBER-GASSER (Fn. 35).

<sup>38</sup> SR 142.20.

## II. Die Tragweite der Verpflichtungen der Schweiz im Mode 4

[Rz 21] Die Tragweite der völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche die Schweiz bezüglich der Dienstleistungserbringung durch natürliche Personen vor Ort in verschiedenen Freihandelsabkommen und im GATS eingegangen ist, ergibt sich aus den folgenden Elementen: Der jeweilige Haupttext der Abkommen regelt die grundlegenden Verpflichtungen betreffend Transparenz, Meistbegünstigung, Inländerbehandlung und Marktzugang sowie auf welche Erbringungsarten und Dienstleistungssektoren das Abkommen grundsätzlich anwendbar ist. Diese grundlegenden Bestimmungen, insbesondere betreffend Inländerbehandlung und Marktzugang, sind nur für diejenigen Dienstleistungssektoren und Erbringungsarten rechtlich bindend, welche in der Verpflichtungsliste im Anhang aufgeführt sind.

[Rz 22] Bisher hat die Schweiz nur zwei Abkommen abgeschlossen, welche auf einem «negative list approach» basieren.<sup>39</sup> Die Mehrzahl der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des Dienstleistungshandels basieren auf einem «positive list approach».<sup>40</sup> Der «negative list approach» wird generell mit mehr Transparenz in Verbindung gebracht: grundsätzlich werden alle Dienstleistungssektoren und alle Erbringungsarten vollständig liberalisiert, ausser es werden Ausnahmen und Einschränkungen in der Verpflichtungsliste aufgeführt. Beim «positive list approach» wird nur liberalisiert, was in der Verpflichtungsliste enthalten ist. Es ist grundsätzlich möglich mit beiden Varianten dasselbe Resultat zu erzielen. Häufig sind Verpflichtungslisten, welche auf dem «positive list approach» basieren, allerdings deutlich umfangreicher und komplexer, was der Transparenz und Überschaubarkeit der Verpflichtungen abträglich ist.

[Rz 23] In einer Verpflichtungsliste, welche auf dem «positive list approach» basiert, werden die einzelnen Sektoren und Sub-Sektoren, welche von der Marktöffnung eingeschlossen sein sollen, einzeln aufgeführt. Die Verpflichtungen zur Liberalisierung in den einzelnen Sektoren und Sub-Sektoren werden dann in Bezug auf die vier verschiedenen Erbringungsarten sowie in Bezug auf Marktzugang und Inländerbehandlung detailliert aufgelistet. Diese Verpflichtungen werden die «sektoriellen Verpflichtungen» genannt. Ausserdem können allgemeingültig für alle Sektoren und Sub-Sektoren zusätzlich die Verpflichtungen für die vier Erbringungsarten aufgeführt werden. Diese Verpflichtungen werden die «horizontalen Verpflichtungen» genannt. Die Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des Mode 4 Dienstleistungshandels werden also typischerweise wie folgt strukturiert:<sup>41</sup>

	Beschränkungen des Marktzugangs	Beschränkungen der Inländerbehandlung
<b>Alle in dieser Liste inbegriffenen Sektoren</b>	<p>4) Ungebunden mit Ausnahme von Massnahmen betreffend Einreise und vorübergehender Aufenthalt von natürlichen Personen [...], welche zu den unten in Buchstaben A, B, C und D aufgeführten Kategorien gehören, und vorbehältlich die Limitierungen und Bedingungen gemäss der Kolonne zur Inländerbehandlung und vorbehältlich, dass die Einreise und der Aufenthalt von Dienstleistungserbringern in der Schweiz der Bewilligungspflicht unterliegt (Erfordernis einer Niederlassungs- und Arbeitsbewilligung). Für unentbehrliches Personal [...], ist die Aufenthaltsdauer für eine solche Aufenthaltsdauer im darauffolgenden Jahr erneuert wird, so muss sich der Antragsteller zwischen den zwei aufeinanderfolgenden Perioden des Aufenthalts in der Schweiz für mindestens zwei Monate im Ausland aufhalten. Personen, welche sich in der Schweiz aufhalten oder einreisen mit einer unbeschränkten oder verlängerbaren Niederlassungsbewilligung [...], werden nicht als Personen betrachtet, die in der Schweiz wohnhaft sind oder einreisen mit dem Zweck des vorübergehenden Aufenthalts oder der vorübergehenden Erwerbstätigkeit.</p> <p><b>A. KADERTRANSFER</b> Unentbehrliche, in die Schweiz versetzte Personen im Rahmen einer spezifischen Geschäftstätigkeit oder für eine Gesellschaft einer anderen Vertragspartei und unter (a) und (b) unten definiert, die Angestellte sind im Rahmen dieser Tätigkeit oder Gesellschaft [...] und Dienstleistungen erbringen in der Schweiz innerhalb einer Niederlassung, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft, und die zuvor Angestellte ihrer Firma ausserhalb der Schweiz waren für eine Dauer von nicht weniger als einem Jahr vor dem Zulassungsantrag.</p> <p>(a) Leitende Angestellte und erfahrene Führungskräfte: [...] (b) Spezialisten: [...]</p> <p><b>B. GESCHÄFTSREISENDE UND VERKÄUFER VON DIENSTLEISTUNGEN:</b> (a) Geschäftsreisende: [...] (b) Verkäufer von Dienstleistungen: [...]</p> <p><b>C. VERTRAGLICHE DIENSTLEISTUNGSERBRINGER</b> Vertragliche Dienstleistungserbringer – Angestellte einer juristischen Person: [...] Dienstleistungssektoren: – Rechtsberatung (Teil von CPC 861) – Finanzielle Wirtschaftsprüfung, ausser für Banken und gesetzlich vorgeschriebene Wirtschaftsprüfungen (Teil von CPC 86211) – Buchprüfungsdienstleistungen (Teil von CPC 86212) – Unternehmenssteuerplanung und -beratung (CPC 86301) [...]</p> <p><b>D. ANDERE</b> Maschinen-Installateure und Instandhaltungsdienstleister: [...]</p>	<p>4) Ungebunden mit Ausnahme von Massnahmen betreffend die Kategorien von natürlichen Personen bezogen auf die Marktzugangskolonnen, mit folgenden Limitationen und Bedingungen: (a) übliche in der Branche vorherrschende Arbeitsbedingungen und der Ort der Aktivität gemäss Gesetz und/oder Gesamtarbeitsvertrag (bezüglich Entlohnung, Arbeitsstunden etc.); (b) Massnahmen, welche die berufliche oder geographische Mobilität innerhalb der Schweiz einschränken; (c) Vorschriften im Zusammenhang mit gesetzlich vorgeschriebenen Sozialversicherungen und der Altersvorsorge (bezüglich der anspruchsberechtigten Dauer, Wohnsitzerfordernis etc.); und (d) alle anderen Bedingungen der gesetzlichen Grundlagen im Zusammenhang mit der Einwanderung, der Einreise, dem Aufenthalt und der Arbeit. Die Unternehmung, die solche Personen beschäftigt, soll auf Anfrage mit den zuständigen Behörden zwecks Durchsetzung dieser Massnahmen zusammenarbeiten. Die Berechtigung für Subventionen, Steuerergünstigungen und Steuergutschriften kann auf Personen beschränkt sein, die in einem bestimmten Gebiet in der Schweiz wohnhaft sind.</p>

<sup>39</sup> EFTA-Hong Kong und Schweiz-Japan.

<sup>40</sup> Schweiz-China, EFTA-Ukraine, EFTA-Singapur, EFTA-Südkorea, EFTA-Kolumbien, EFTA-Gulf Cooperation Council (GCC), EFTA-Chile, EFTA-Costa Rica und Panama, GATS.

<sup>41</sup> Auszug aus der Verpflichtungsliste der Schweiz in EFTA-GCC, deutsche

Übersetzung, unterzeichnet am 22. Juni 2009; in Ratifizierung durch GCC.

	Beschränkungen des Marktzugangs	Beschränkungen der Inländerbehandlung
<b>1. UNTERNEHMENS-DIENSTLEISTUNGEN</b>		
A. Freiberufliche Dienstleistungen		
(a) Rechtsdienstleistungen		
– Dienstleistungen für internationale wirtschaftliche Schiedsverfahren (Teil von CPC 861)		
Dienstleistungen(a) Rechtsdienstleistungen– Dienstleistungen für internationale wirtschaftliche Schiedsverfahren(Teil von CPC 861)	[...] [...] [...] 4) Ungebunden, sofern in Teil I nicht anders vermerkt	[...] [...] [...] 4) Ungebunden, sofern in Teil I nicht anders vermerkt

### Sektorielle Verpflichtungen

[Rz 24] In den horizontalen Verpflichtungen wird folglich definiert, welches die allgemeingültigen Beschränkungen für Mode 4 Dienstleistungserbringung sind. Im Fall der Schweiz ist dies üblicherweise eine Beschränkung auf einen eng definierten Personenkreis, der entweder einen Anspruch auf Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für üblicherweise 3 bis maximal 5 Jahre erhält, oder einen Anspruch für Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung im Rahmen von üblicherweise 90 Tagen pro Jahr. Diese allgemeingültigen Beschränkungen werden in den sektoriellen Verpflichtungen entweder wie hier im Beispiel über die Bestimmung «sofern in Teil I nicht anders vermerkt» wieder aufgenommen oder teilweise auch mit zusätzlichen Beschränkungen ergänzt.

[Rz 25] Die tatsächlichen Verpflichtungen der Schweiz im Rahmen von Mode 4 Dienstleistungserbringung setzen sich folglich aus den allgemeinen Bestimmungen im Hauptvertragstext, den Bestimmungen in den horizontalen Verpflichtungen sowie den Bestimmungen in den einzelnen Sektoren und Sub-Sektoren zusammen. Will eine Person zum Zweck der Dienstleistungserbringung temporär in die Schweiz einreisen, muss sie zuerst prüfen, ob zwischen ihrem Herkunftsland und der Schweiz ein bilaterales oder regionales Abkommen besteht. Je nachdem gelten entweder die Bestimmungen aus dem GATS oder die Bestimmungen aus dem Freihandelsabkommen. Danach muss die Person in der Verpflichtungsliste nachsehen, ob der Sektor und allenfalls Sub-Sektor, in welchem sie arbeitet, von den Verpflichtungen erfasst ist. Ist dies der Fall, muss geprüft werden, ob die Person, bzw. ihre Position bei ihrem Arbeitgeber und die Art der Dienstleistung von den horizontalen und sektoriellen Verpflichtungen in Mode 4 Dienstleistungserbringung erfasst ist. Dann erst wird klar, ob und in welchem Umfang aus einem Vertrag ein Anspruch auf eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung besteht.

[Rz 26] Die einzelnen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich der Mode 4 Dienstleistungserbringung können als Folge der Komplexität der Bestimmungen nur in einer allgemeinen Diskussion erläutert werden. Wir konzentrieren uns deshalb primär auf die Bestimmungen über einen Anspruch auf Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung

von mindestens 3 Jahren und auf die vom Ausländergesetz (AuG) abweichenden Bestimmungen in Freihandelsabkommen und im GATS.

## 2.1 Sektorielle Verpflichtungen

[Rz 27] Die Branchen, für welche der Zugang zur Dienstleistungserbringung liberalisiert wird, variieren von Abkommen zu Abkommen. Es ist dies einer der wichtigen Bereiche, in denen Freihandelsabkommen vom GATS abweichen. Die Schweiz gewährt in Freihandelsabkommen nicht unbedingt einer grösseren Personenkategorie als im GATS einen Anspruch auf Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung, aber tendenziell verpflichtet sich die Schweiz zur Marktöffnung für Mode 4 Dienstleistungserbringung in einer grösseren Anzahl Sektoren und Sub-Sektoren. Die folgende Liste illustriert die sektoriellen Verpflichtungen in Freihandelsabkommen und im GATS:<sup>42</sup>

Abkommen	Anzahl Sub-Sektoren*
<b>GATS</b>	<b>93</b>
<i>EFTA-Costa Rica und Panama<sup>a</sup></i>	<b>107</b>
<i>EFTA-Chile</i>	<b>95</b>
<i>EFTA-GCC<sup>a</sup></i>	<b>142</b>
<i>EFTA-Hong Kong</i>	<b>93</b>
<i>EFTA-Kolumbien</i>	<b>130</b>
<i>EFTA-Südkorea</i>	<b>132</b>
<i>EFTA-Singapur</i>	<b>100</b>
<i>EFTA-Ukraine</i>	<b>134</b>
<i>Schweiz-China<sup>a</sup></i>	<b>129</b>
<i>Schweiz-Japan</i>	<b>93</b>

\* Die maximale Anzahl Sub-Sektoren, bei einer vollständigen Marktöffnung, ist ca. 160.<sup>a</sup> Diese Abkommen sind noch nicht in Kraft getreten.

[Rz 28] Da üblicherweise die horizontalen Verpflichtungen in Mode 4 Dienstleistungserbringung auf die Sektoren und Sub-Sektoren, welche vom Abkommen erfasst sind, ausgedehnt werden, ist die Anzahl der Sektoren ein Hinweis auf den Grad an Öffnung für die temporäre Dienstleistungserbringung. Es zeigt sich, dass die Schweiz in den meisten Freihandelsabkommen eine grössere Anzahl Sektoren für den Dienstleistungshandel inklusive Mode 4 Dienstleistungserbringung öffnet als unter GATS. Dies dürfte in Freihandelsabkommen schlussendlich zu einer grösseren Gruppe von Personen führen, welche einen Anspruch auf Mode 4 Dienstleistungserbringung in der Schweiz geltend machen können als im GATS.

## 2.2 Personenkategorien und Dauer des Aufenthalts

[Rz 29] Die Schweiz stellt hohe Anforderungen an die Eigenschaften von Personen, die vom Mode 4 des

<sup>42</sup> Quelle: Verpflichtungslisten der Freihandelsabkommen der Schweiz unter [Online]: <http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00586/00593/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 24. Februar 2014).

Dienstleistungsfreihandels erfasst sind. Die Basis für die Anforderungen hat die Schweiz in den spezifischen Verpflichtungen zum GATS Mode 4 gelegt. Die dort festgelegten Personenkategorien liegen auch Freihandelsabkommen zu Grunde, Abweichungen von den GATS-Verpflichtungen bestehen betreffend die Sektoren und die Berufsgruppen, in welchen diese Personen zugelassen sind.<sup>43</sup>

[Rz 30] Die Schweiz teilt die Personen, für die sie im Rahmen des GATS Mode 4 Verpflichtungen eingegangen ist, grundsätzlich in zwei Kategorien ein. Die Kategorie A.1 umfasst Personen im Kadertransfer, also Personen, die in einem firmeninternen Transfer vorübergehend in einer in der Schweiz ansässigen Zweigniederlassung, Zweigstelle oder Tochterfirma tätig sind und zuvor bereits während mindestens eines Jahres für die Firma gearbeitet haben. Ebenfalls erfasst sind Führungskräfte, also Personen, die nur der Aufsicht der obersten Leitungsebene eines Unternehmens oder den Aktionären unterstehen, und hoch qualifizierte Spezialistinnen und Spezialisten, die für die Erbringung einer Dienstleistung innerhalb des Unternehmens auf Grund ihres Wissens und ihrer Erfahrung unentbehrlich sind. Für diese Personengruppe ist ein Aufenthalt von drei, maximal vier Jahren unter GATS<sup>44</sup> und maximal fünf Jahren unter Freihandelsabkommen möglich.

[Rz 31] Die Kategorie A.2 umfasst andere unentbehrliche Personen, wie beispielsweise Führungskräfte, die zur Gründung einer Niederlassung in die Schweiz einreisen (also zu einem Zeitpunkt, indem die Gesellschaft, die eine Person vertritt, in der Schweiz noch nicht präsent ist), Personen, die zum Abschluss von Dienstleistungsverträgen in die Schweiz einreisen und Personen, die im Namen einer ausländischen Gesellschaft, die keine Niederlassung in der Schweiz hat, Dienstleistungsverträge erfüllen. Letztere Untergruppe ist die einzige, die im engeren Sinne grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringt und nicht dem firmeninternen Transfer zuzurechnen ist. Die Personen der Kategorie A.2 dürfen pro Jahr während maximal drei Monaten (90 Tagen) in der Schweiz anwesend sein.<sup>45</sup>

[Rz 32] Die wichtigste Personengruppe, für welche die Schweiz den Zugang zum Dienstleistungsmarkt liberalisiert hat, sind also sog. intra-corporate-transferees (firmen-intern versetzte Führungskräfte und Spezialisten). Ein typisches Beispiel wäre die Entsendung eines Architekten eines chinesischen Architekturbüros in die Niederlassung in der Schweiz, um hier ein Bauprojekt aufzubauen und zu betreuen (Aufenthalt bis zu maximal 5 Jahren) oder weil er als externer Spezialist für ein Gutachten zu einem Bauprojekt herbei

gezogen wurde (Aufenthalt von bis zu 90 Tagen pro Jahr). In beiden Fällen verfügen erfasste Personen über einen völkerrechtlichen Anspruch auf Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltbewilligung, sofern sie allenfalls zusätzliche Zulassungsbedingungen ebenfalls erfüllen.

### 2.3 Weitere Zulassungsbedingungen

[Rz 33] Die schweizerischen Verpflichtungen unter GATS und einer Reihe von Freihandelsabkommen schränken den Marktzugang für Mode 4 Dienstleistungserbringung zusätzlich ein, indem sie beispielsweise einen Inländervorrang vorsehen, eine Kontingentierung vorbehalten oder eine wirtschaftliche Bedarfsprüfung verlangen. Solche zusätzlichen Einschränkungen müssen explizit vorbehalten werden in den jeweiligen Verpflichtungslisten. Ist eine einschränkende Massnahme nicht vorbehalten, darf sie auch nicht auf die Mode 4 Dienstleistungserbringung angewendet werden. Dies ergibt sich so aus der Systematik der Vertragswerke, unabhängig davon, ob die Verpflichtungslisten aus einem «negative» oder «positive list approach» basieren. D.h. der Grad an Marktöffnung muss von der Verpflichtungsliste her im Detail erschliessbar sein.<sup>46</sup>

[Rz 34] Während die Schweiz verschiedene einschränkende Massnahmen vorbehalten hat, unterstellt sie Mode 4 Dienstleistungserbringung zudem dem schweizerischen Recht in Bezug auf Anstellungsbedingungen, Sozialversicherungen und Mobilität und in Bezug auf die ausländerrechtlichen Bestimmungen. Eine ausländische Firma, welche folglich eine Tochtergesellschaft oder eine Filiale in der Schweiz aufbaut und unentbehrliches Personal über Mode 4 Dienstleistungserbringung in die Schweiz entsendet, muss das hiesige Arbeits- und Sozialversicherungsrecht einhalten. Ausserdem verläuft das Verfahren für die Einreise und den Aufenthalt gemäss den ausländerrechtlichen Bestimmungen in der Schweiz. Die Abkommen enthalten üblicherweise betreffend die Inländerbehandlung einen generell gehaltenen Verweis auf die geltenden ausländerrechtlichen Bestimmungen des Landesrechts. Die Standard-Formulierung lautet wie folgt:<sup>47</sup>

*[...] Ungebunden mit Ausnahme von Massnahmen*

<sup>43</sup> Im Gegensatz zum GATS betrifft dies insbes. die Branche der Installateure und Wartungsmonteur von Maschinen und Industriematerial; Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, BBl 2012 291, S. 337.

<sup>44</sup> Weisungen AuG, Ziff. 4.8.1.4.2.

<sup>45</sup> Weisungen AuG, Ziff. 4.8.1.4.2.

<sup>46</sup> Siehe z.B. GATS Art. XVI (Marktzugang): «1. With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule. 2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as: [...] (d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; [...]»

<sup>47</sup> EFTA – Costa Rica und Panama, Schweiz – Liste der spezifischen Verpflichtungen gemäss Artikel 4.18.

betreffend die Kategorien von natürlichen Personen bezogen auf die Marktzugangskolonnen, mit folgenden Limitationen und Bedingungen:

[...] und (d) alle anderen Bedingungen der gesetzlichen Grundlagen im Zusammenhang mit der Einwanderung, der Einreise, dem Aufenthalt und der Arbeit.

[Rz 35] Auf den ersten Blick entsteht so ein zirkulärer Verweis: Das Ausländerrecht verweist auf die spezielleren Regeln von völkerrechtlichen Abkommen (Art. 2 Abs. 1 AuG) und diese verweisen wiederum auf die Regeln des Ausländerrechts, allerdings nur in Bezug auf die Inländerbehandlung von Mode 4 Dienstleistungserbringern. Dabei ist zunächst fraglich, ob nicht durch diesen Verweis die Privilegierungen aus dem völkerrechtlichen Abkommen wieder aufgehoben werden. Dies wäre aber ein widersinniges und widersprüchliches Ergebnis. Das Recht aus dem Freihandelsabkommen ist das speziellere und das Ausländergesetz behält sich das speziellere Völkerrecht vor, während dem die betreffenden Freihandelsabkommen nur einen allgemeinen Verweis vornehmen. Das einzige sinnvolle Ergebnis aus diesem gegenseitigen Verweis ist daher, dass das Ausländerrecht für Dienstleistungserbringer nur insoweit gilt, als nicht ein anwendbares Freihandelsabkommen günstigere Zulassungsbedingungen vorsieht.

[Rz 36] In einzelnen Freihandelsabkommen unterstellt die Schweiz die Mode 4 Dienstleistungserbringung nicht einer Kontingentierung, einem Inländervorrang oder einer wirtschaftlichen Bedarfsprüfung. Die Zuwanderung von Personen aus einem Staat, mit welchem die Schweiz ein solches Freihandelsabkommen abgeschlossen hat, ist also einzig davon abhängig, dass sie die Bestimmungen über die A.1 oder A.2 Personenkategorien erfüllen. Eine Bewilligung kann – gemäss völkerrechtlicher Ausgangslage – nicht verweigert werden mit der Begründung, es liege kein wirtschaftlicher Bedarf vor, der Inländervorrang sei verletzt oder die Kontingente seien ausgeschöpft. Insbesondere schliessen die drei Freihandelsabkommen, *EFTA-Hong Kong*, *Schweiz-Japan* und *Schweiz-China* eine Kontingentierung der Mode 4 Dienstleistungserbringung nicht nur stillschweigend, sondern ausdrücklich aus. In 4 weiteren Freihandelsabkommen ist die Kontingentierung stillschweigend ausgeschlossen. In mind. 7 von 10 Freihandelsabkommen, welche den Dienstleistungshandel liberalisieren, sind für Mode 4 Dienstleistungserbringung sowohl der Inländervorrang wie auch die wirtschaftliche Bedarfsprüfung stillschweigend aufgehoben. Die folgende Tabelle illustriert die A.1 Personengruppen und Herkunftsländer, welche einen solchen nicht-kontingentierbaren, und auch sonst nicht durch andere Massnahmen eingeschränkten völkerrechtlichen Anspruch auf Einreise- und Arbeitsbewilligung vorsehen:

Abkommen	Personenkategorien	Völkerrechtlicher Anspruch*
<i>EFTA-GCC</i>	Leitende Angestellte und erfahrene Führungskräfte sowie Spezialisten in grds. 142 Sub-Sektoren 5 Jahre, kein Inländervorrang, keine wirts. Bedarfsprüfung, Kontingentierung nicht vorbehalten	5 Jahre, kein Inländervorrang, keine wirts. Bedarfsprüfung, Kontingentierung nicht vorbehalten
<i>EFTA-Kolumbien</i>	Leitende Angestellte und erfahrene Führungskräfte sowie Spezialisten in grds. 130 Sub-Sektoren	5 Jahre, kein Inländervorrang, keine wirts. Bedarfsprüfung, Kontingentierung nicht vorbehalten
<i>EFTA-Südkorea</i>	Leitende Angestellte und erfahrene Führungskräfte sowie Spezialisten in grds. 132 Sub-Sektoren	5 Jahre, kein Inländervorrang, keine wirts. Bedarfsprüfung, Kontingentierung nicht vorbehalten
<i>EFTA-Ukraine</i>	Leitende Angestellte und erfahrene Führungskräfte sowie Spezialisten in grds. 134 Sub-Sektoren	5 Jahre, kein Inländervorrang, keine wirts. Bedarfsprüfung, Kontingentierung nicht vorbehalten
<i>EFTA-Hong Kong</i>	Leitende Angestellte und erfahrene Führungskräfte sowie Spezialisten in grds. 93 Sub-Sektoren	5 Jahre, kein Inländervorrang, keine wirts. Bedarfsprüfung, Kontingentierung ausdrücklich verboten
<i>Schweiz-Japan</i>	Leitende Angestellte und erfahrene Führungskräfte sowie Spezialisten in grds. 93 Sub-Sektoren	5 Jahre, kein Inländervorrang, keine wirts. Bedarfsprüfung, Kontingentierung ausdrücklich verboten
<i>Schweiz-China</i>	Leitende Angestellte und erfahrene Führungskräfte sowie Spezialisten in grds. 129 Sub-Sektoren	5 Jahre, kein Inländervorrang, keine wirts. Bedarfsprüfung, Kontingentierung ausdrücklich verboten

\* Wie bereits ausgeführt, muss eine einschränkende Massnahme in jedem Fall ausdrücklich aufgeführt sein, um auf die Mode 4 Dienstleistungserbringung eine einschränkende Wirkung entfalten zu dürfen. In denjenigen Abkommen, in welchen eine Kontingentierung sogar ausdrücklich verboten wird, ist davon auszugehen, dass es den Parteien besonders wichtig ist, die Mode 4 Dienstleistungserbringung keinerlei zusätzlichen einschränkenden Massnahmen zu unterstellen.

*EFTA-GCC*<sup>48</sup>; *EFTA-Kolumbien*<sup>49</sup>; *EFTA-Südkorea*<sup>50</sup>;

<sup>48</sup> Unterzeichnet am 22.06.2009; in Ratifizierung durch GCC; Horizontale Verpflichtungen, Verpflichtungsliste der Schweiz.

<sup>49</sup> SR 0.632.312.631, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 2011; Horizontale Verpflichtungen, Verpflichtungsliste der Schweiz.

<sup>50</sup> SR 0.632.312.811, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. September 2006; Horizontale Verpflichtungen, Verpflichtungsliste der Schweiz.

FTA-Ukraine<sup>51</sup>; EFTA-Hong Kong<sup>52</sup>; Schweiz-Japan<sup>53</sup>; Schweiz-China<sup>54</sup>

[Rz 37] Dass sich die Schweiz in den Freihandelsabkommen und unter GATS keine wirtschaftlichen Bedarfsprüfungen für die Mode 4 Dienstleistungserbringung vorbehält und auch den Inländervorrang generell aufhebt, steht im Zusammenhang mit der Natur der Mode 4 Dienstleistungserbringung: es wird davon ausgegangen, dass *per definitionem* Personen, welche davon erfasst sind, einer wirtschaftlichen Bedarfsprüfung und dem Inländervorrang standhalten würden. Interessant ist jedoch, dass sich die Schweiz sowohl unter GATS wie auch in einzelnen Freihandelsabkommen<sup>55</sup> eine Kontingentierung der Einreise über Mode 4 Dienstleistungserbringung vorbehält. Umso wesentlicher erscheint es daher, dass die Schweiz eben diese Einschränkung in den 7 oben aufgeführten Freihandelsabkommen nicht aufführt, und in den erwähnten 3 Abkommen sogar ausdrücklich die Anwendung von Kontingenten auf Mode 4 Dienstleistungserbringung ausschliesst.<sup>56</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob diese besonderen Privilegierungen der Dienstleistungserbringung von Firmen oder den berechtigten Personen gerichtlich durchgesetzt werden könnten und ob diese Ansprüche im Migrationsrecht der Schweiz ihre Entsprechung finden.

### III. Die Kompatibilität des Migrationsrechts mit den Verpflichtungen aus Freihandelsabkommen

[Rz 38] Im Folgenden soll kurz untersucht werden, inwiefern die Kriterien des schweizerischen Migrationsrechts zur Einreise, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit zu Konflikten mit denjenigen in Freihandelsabkommen führen könnten. Für

<sup>51</sup> SR 0.632.317.671, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juni 2012; Horizontale Verpflichtungen, Verpflichtungsliste der Schweiz.

<sup>52</sup> SR 0.632.314.161, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Oktober 2012; Horizontale Verpflichtungen, Qualifikation, Verpflichtungsliste der Schweiz: «Qualification (liberalisation commitment): The numerical ceiling provided for by the Law shall no longer apply to Hong Kong, China permanent residents for supplying a service in the categories defined in this Reservation and under the terms and conditions set out therein.»

<sup>53</sup> SR 0.946.294.632, in Kraft getreten am 1. September 2009; Horizontale Verpflichtungen, Verpflichtungsliste der Schweiz, sowie Annex VIII, App. 2, Art. IV Abs. 3 (General Provisions, Conditions and Limitations for Entry and Temporary Stay): «The numerical ceiling provided for under Swiss Law shall no longer be applied to natural persons of Japan in the categories defined in paragraphs 2 and 3 of Article V of this Appendix.»

<sup>54</sup> Unterzeichnet am 6. Juli 2013, in Ratifizierung durch die Schweiz; Horizontale Verpflichtungen, Verpflichtungsliste der Schweiz, sowie Anhang VI, Abschnitt II, Art. 7 (Marktzugang), deutsche Übersetzung: «Bei natürlichen Personen, die unter die jeweiligen spezifischen Verpflichtungen fallen, verzichten beide Vertragsparteien auf: (a) die Überprüfung der Berufsqualifikation; (b) das Auferlegen von quantitativen Beschränkungen; oder (c) das Einfordern von wirtschaftlichen Bedarfsprüfungen.»

<sup>55</sup> EFTA-Costa Rica und Panama, EFTA-Chile und EFTA-Singapur.

<sup>56</sup> EFTA-Hong Kong, Schweiz-Japan, und Schweiz-China.

die Beurteilung der Kompatibilität von Migrationsrecht und Freihandelsabkommen ist die Frage entscheidend, ob sich aus den Zulassungsvoraussetzungen des Ausländerrechts zusätzliche Bedingungen ergeben, die eine Person für die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung erfüllen muss als aus den jeweiligen Freihandelsabkommen. Hierfür stellt sich zunächst die Frage nach dem Verhältnis zwischen den verschiedenen Regeln des Migrationsrechts für die grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringungen.

#### 3.1 Zum Verhältnis verschiedener Rechtsgrundlagen betreffend Dienstleistungserbringer

[Rz 39] Mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative stellt bereits die Verfassung klare Zulassungsbedingungen auf, namentlich, dass sämtliche ausländerrechtlichen Bewilligungen Höchstzahlen zu unterstellen sind (Art. 121a Abs. 2 BV) und dass ein Vorrang von Schweizerinnen und Schweizern zu beachten sei (Art. 121a Abs. 3 BV). Diese Bestimmungen sind aber nicht unmittelbar anwendbar und müssen erst im Gesetz konkretisiert werden.<sup>57</sup>

[Rz 40] Die allgemeinen Bedingungen für die Zulassung zur Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen werden in Art. 26 AuG festgelegt. Er sieht für diese Personengruppe Zulassungsvoraussetzungen vor, die von den allgemeinen Voraussetzungen für die Zulassung zum Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit<sup>58</sup> abweichen. Nebst dem wirtschaftlichen Gesamtinteresse gelten auch die Zulassungsbedingungen der Höchstzahlen (Art. 20 AuG), der Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG) und der persönlichen Voraussetzungen (Art. 23 AuG) «sinngemäss». Es entfallen also die Zulassungsvoraussetzungen des Inländervorranges (Art. 21 AuG) und der angemessenen Wohnung (Art. 24 AuG). Art. 3 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)<sup>59</sup> definiert die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung als die Ausübung einer zeitlich befristeten Dienstleistung in der Schweiz im Rahmen eines Vertragsverhältnisses durch eine Person oder ein Unternehmen mit Wohnsitz

<sup>57</sup> BBI 2012 291, 322.

<sup>58</sup> Das AuG sieht für die Zulassung zum Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit grundsätzlich die folgenden Zulassungsvoraussetzungen vor: Die Erwerbstätigkeit eines Ausländers muss im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegen (Art. 18 lit. a AuG) und es muss ein Gesuch eines Arbeitgebers vorliegen (Art. 18 lit. b AuG), die Kontingente dürfen nicht ausgeschöpft sein, wo eine Bewilligungsart kontingentiert ist (Art. 20 AuG), der Vorrang von Inländerinnen und Inländern muss beachtet werden (Art. 21 AuG), die Lohn- und Arbeitsbedingungen müssen orts-, berufs- und branchenüblich sein (Art. 22 AuG) und die ersuchenden Personen müssen Führungskräfte oder Spezialisten oder qualifizierte Arbeitskräfte sein (Art. 23 Abs. 1 AuG). Für Aufenthaltsbewilligungen muss zusätzlich die Erwartung bestehen, dass eine nachhaltige Integration in den Arbeitsmarkt möglich ist (Art. 23 Abs. 2 AuG). Schliesslich muss eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden sein (Art. 24 AuG).

<sup>59</sup> SR 142.201.

oder Sitz im Ausland. «Im Rahmen eines Vertragsverhältnisses» bezieht sich dabei nicht auf einen Arbeitsvertrag, der einen Dienstleister an ein Dienstleistungsunternehmen bindet, sondern auf einen Auftrag oder Werkvertrag,<sup>60</sup> der für einen Auftraggeber erfüllt wird, zu dem kein Arbeitsverhältnis besteht. Es handelt sich dabei also – jedenfalls solange die Dienstleistung durch natürliche Personen erbracht wird – um Dienstleistungserbringung nach dem Mode 4, jedoch nicht um den Transfer von Personal innerhalb eines Unternehmens. Es sind aber die firmenintern Transferierten, für die die Schweiz im GATS und in Freihandelsabkommen in erster Linie Verpflichtungen eingegangen ist.<sup>61</sup> Art. 26 AuG und das Entsendegesetz (EntsG)<sup>62</sup>, welches insbesondere die vorgeschriebenen Lohn- und Arbeitsbedingungen für entsandte Dienstleister konkretisiert, haben daher für jene Dienstleistungserbringung, welche durch momentan gültiges Handelsrecht für die Personenkategorie A.1 ermöglicht wird, keine Relevanz. In Bezug auf die Personenkategorie A.2 stellen sie aber eine mögliche Quelle für Konflikte mit dem Handelsrecht dar. Insbesondere, wenn dereinst die Personenkategorie A.1 über die firmen-intern versetzten Führungskräfte und Spezialisten hinaus erweitert wird, stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen, denn Art. 26 AuG ist für kurze Einsätze in der Schweiz konzipiert,<sup>63</sup> aber nicht auf solche beschränkt. Das heisst, er würde auch auf längerfristig anwesende Personen anwendbar, sofern diese Dienstleistungserbringer i.S.v. Art. 3 VZAE sind. Da aus der Sicht des Migrationsrechts in erster Linie jene Personen von Interesse sind, denen das Freihandelsrecht einen Aufenthalt von einer gewissen Dauer ermöglicht, wird in der Folge nur noch am Rande auf den Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Dienstleistungen bis zu 90 Tagen eingegangen.

[Rz 41] Die Rechtsgrundlage für die Gruppe von Personen, die hier in erster Linie interessiert, findet sich in Art. 30 Abs. 1 lit. h AuG, der wie Art. 26 AuG Abweichungen von den Zulassungsbedingungen zulässt. Wie weit diese Abweichungen vorgenommen werden – und damit auch die Frage, wie weit die Zulassungsbedingungen mit jenen aus Freihandelsabkommen kompatibel sind – ergibt sich erst aus der VZAE.

[Rz 42] Soweit sich der Dienstleistungsfreihandel im begrenzten Rahmen des betrieblichen Transfers von Angehörigen des höheren Kadern und unentbehrlichen Spezialistinnen und Spezialisten in international tätigen Unternehmen bewegt, kann von den Zulassungsvoraussetzungen gemäss

Art. 30 Abs. 1 lit. h AuG abgewichen werden, um den betrieblichen Transfer «zu erleichtern». Art. 46 VZAE legt dabei fest, von welchen Zulassungsbedingungen abgewichen wird und an welchen Zulassungsvoraussetzungen auch für diese Personengruppe festgehalten wird: die verbleibenden Zulassungsvoraussetzungen sind demnach das gesamtwirtschaftliche Interesse, das Gesuch eines Arbeitgebers, die Höchstzahlen, die Lohn- und Arbeitsbedingungen und die bedarfsgerechte Wohnung. Es entfallen also der Inländervorrang und die Anforderungen an die persönlichen Eigenschaften. Mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative, welche verlangt, dass Höchstzahlen für erwerbstätige Ausländer «unter Berücksichtigung des Vorranges von Schweizerinnen und Schweizern» festzulegen seien (Art. 121a Abs. 3) stellt sich die Frage, ob an dieser Ausnahme vom Inländervorrang in der Umsetzung der Initiative noch festgehalten werden kann oder ob mit der «Berücksichtigung» lediglich ein Grundsatz aufgestellt worden ist, von dem in begründeten Ausnahmen auch abgewichen werden kann. Der Wortlaut des Initiativtextes lässt auf letzteres schliessen.<sup>64</sup>

### 3.2 Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und das Einhalten der orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen

[Rz 43] Verhältnismässig unproblematisch ist das Erfordernis eines vorliegenden Arbeitsvertrages (Art. 18 lit. b AuG i.V.m. Art. 46 lit. b VZAE). Die Verpflichtungen, die sich aus den Abkommen ergeben, sehen nicht nur vor, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt, sondern knüpfen in der Regel an diesen zusätzliche Anforderungen wie die Bedingung, dass dieser eine gewisse Zeit vor der Entsendung schon bestanden hat. Ansonsten, so die Befürchtung, könnten Arbeitsverträge nur mit dem Ziel abgeschlossen werden, die Kriterien für Mode 4 Dienstleistungserbringung zu erfüllen. Was die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen anbelangt, so wird dies auch in den jeweiligen Verpflichtungslisten der Freihandelsverträge explizit vorbehalten (s. hierfür das obenstehende Beispiel in der Kolonne «Beschränkung der Inländerbehandlung»). Zwar scheint sich der Zweck dieses Kriteriums – die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping und der Schutz vor Ausbeutung –<sup>65</sup> in diesem Segment des Arbeitsmarktes nicht direkt aufzudrängen. Umgekehrt trägt das Festhalten an diesem Kriterium dem Umstand Rechnung, dass Dienstleistungserbringung ein Surrogat ist für Zugang zum Arbeitsmarkt und Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt jedenfalls auch durch Migration zur Dienstleistungserbringung möglich sind. Es kann damit auch dazu dienen, Wettbewerb zwischen in- und ausländischen

<sup>60</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer BBl 2002 3709; 3784; BUENO (Fn. 1), S. 128.

<sup>61</sup> Einige Freihandelsabkommen räumen darüber hinaus aber auch «contractual service suppliers» einen privilegierten Zugang ein. S.z.B. *Schweiz-China*, Anhang VI Art. 5 lit. b (ii).

<sup>62</sup> SR 823.20.

<sup>63</sup> M. SPESCHA, Migrationsrecht, Kommentar : Schweizerisches Ausländergesetz (AuG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlässen, in: M. Spescha/H. Thür/A. Zünd/P. Bolzli (Hrsg.), Zürich, 2012, Rz. 2 zu Art. 26 AuG.

<sup>64</sup> BBl 2012 291, 315, 337.

<sup>65</sup> L. OTT, Art. 18–29, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), in: M. Caroni/T. Gächter/D. Turnherr (Hrsg.), Bern, 2010, 148, Rz. 2 zu Art. 22 AuG.

Dienstleistern und zwischen Arbeitnehmern und Dienstleistungserbringern unter gleichen Bedingungen zu ermöglichen, statt den Wettbewerb durch ungleiche Ausgangslagen zu verzerren. Sollte die Schweiz dereinst weitergehende Verpflichtungen eingehen, die über den firmeninternen Transfer hinausgehen, so würden die davon profitierenden Personen unter Art. 26 AuG und unter das Entsendegesetz fallen, das den Schutz von Arbeitnehmern in einiger Detailliertheit regelt.<sup>66</sup>

### 3.3 Zum Inländervorrang und den persönlichen Voraussetzungen

[Rz 44] Im Kontext des Dienstleistungsfreihandels hat das Wegfallen insbesondere der beiden Voraussetzungen des Inländervorrangs und der persönlichen Voraussetzungen eine privilegierende Wirkung gegenüber der allgemeinen Zulassung von Angehörigen von Drittstaaten zur Erwerbstätigkeit. Sie müssen für die wesentlichen Fälle, die heute für einen Dienstleistungsfreihandel in Frage kommen, nicht erfüllt sein (Art. 23 Abs. 3 lit. d AuG; Art. 46 VZAE), womit explizit eine Erleichterung gewährt werden soll. Diese Erleichterung hat aber eine etwas theoretische Wirkung. So hoch, wie die Anforderungen sind, die sich aus Freihandelsabkommen ergeben, fallen die beiden Kriterien ohnehin fast immer zusammen und sind ohnehin fast immer erfüllt. Im Kontext der hochqualifizierten Migration zur Dienstleistungserbringung wird der Inländervorrang kaum eine einschränkende Wirkung entwickeln, weil es unwahrscheinlich ist, dass eine Person, welche diese hohen Anforderungen erfüllt, durch ebenso geeignete Inländer ersetzt werden könnte. Auch wird es einer Person, welche über Mode 4 einreisen will, in aller Regel möglich sein, die vom Ausländerrecht festgelegten Anforderungen an den Grad der Qualifikation als Teil der persönlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Die Schweiz hat für diese Personengruppe also nur Hürden abgebaut, die kaum je im Wege standen, und ermöglicht dadurch allenfalls ein schlankeres Zulassungsverfahren, nicht jedoch eine substantielle Liberalisierung. Aus diesem Grund besteht auch im Rahmen der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative kein Anlass, auf diese Privilegierung zurückzukommen. Es kann in diesem Punkt dem Argument des Bundesrates gefolgt werden, dass das Prinzip des Inländervorranges auch unter der Masseneinwanderungsinitiative in begründeten Fällen aufgehoben werden könne.<sup>67</sup>

[Rz 45] Die praktisch vollständige Kongruenz der Anforderungen nach Freihandelsabkommen und nach AuG ist aber lediglich ein vorläufiger Befund. Wenn entweder durch neue Verhandlungsrunden im Rahmen des GATS oder durch neue Freihandelsabkommen die Anforderungen an die Personen, die von der Freiheit der Dienstleistungserbringung profitieren

können, gesenkt werden, besteht die Möglichkeit, dass insbesondere die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 23 AuG wieder greifen.<sup>68</sup> Eine Ausdehnung auf weitere Personengruppen würde dazu führen, dass nicht mehr alle Mode 4 Dienstleistungserbringer mit einem längeren Aufenthaltsrecht unter «höheren Kader oder unentbehrlichen Spezialistinnen und Spezialisten» im Sinne des Art. 46 VZAE subsumiert werden können. Vom Kriterium des Inländervorranges sind hingegen auch Personen ausgenommen, die eine grenzüberschreitende Dienstleistung i.S.v. Art. 26 AuG erbringen. Das Kriterium des Inländervorranges in seiner momentanen Form würde daher auch keine Probleme verursachen, wenn der Kreis der berechtigten Dienstleistungserbringer weiter ausgedehnt würde. Diese Ausnahme vom Inländervorrang macht Sinn. Verglichen mit einem Arbeitsvertrag wäre es in Bezug auf einen Auftrag oder Werkvertrag noch aufwändiger und unpraktischer, den Nachweis erbringen zu müssen, dass sich kein angemessener inländischer Vertragspartner finden liesse.<sup>69</sup> Weil es bei Dienstleistungserbringung nach Art. 26 AuG nicht um Arbeitsverträge geht, die vom Inländervorrang ausgenommen sind, ist dieser Artikel auch von der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative nicht betroffen.

[Rz 46] Mit Bezug auf die persönlichen Voraussetzungen, die an Migrantinnen und Migranten gestellt werden, ist es aber heikel und höchstens vorläufig überzeugend, in den Anforderungen aus Freihandelsabkommen einen Ersatz für die Zulassungsvoraussetzungen aus dem Ausländerrecht zu erblicken. Sie führen zwar in der momentanen Situation in aller Regel zum gleichen Ergebnis, könnten sich aber unterschiedlich weiterentwickeln und einen Weg eröffnen, die Anforderungen des Ausländergesetzes über den Umweg eines sich verfestigenden völkerrechtlichen Anspruches auf Dienstleistungserbringung zu umgehen. Sowohl für die Bewilligungspraxis als auch für die rechtspolitische Diskussion über die Tragweite von Dienstleistungsabkommen wird es unentbehrlich, zwischen der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen zu unterscheiden, die von einem Freihandelsabkommen profitieren und solchen, für die noch die Voraussetzungen des Ausländerrechts gelten.

[Rz 47] Während das Risiko einer Inkompatibilität zwischen Ausländerrecht und Freihandelsrecht im Falle der Kriterien der persönlichen Voraussetzungen erst angelegt ist, führt das Kriterium der Höchstzahlen – wie schon erwähnt – bereits heute zu Konflikten.

### 3.4 Das Erfordernis der Höchstzahlen

[Rz 48] Ob Personen, die zur Erbringung von Dienstleistungen in der Schweiz weilen, Höchstzahlen unterstehen oder nicht, hängt einerseits vom Freihandelsabkommen ab, auf das sie ihre Anwesenheit stützen, andererseits von der

<sup>66</sup> OTT (Fn. 65), Rz. 10 zu Art. 26 AuG; BUENO (Fn. 1), S. 122.

<sup>67</sup> BBI 2012 291, 315, 337.

<sup>68</sup> BUENO (Fn. 1), S. 148.

<sup>69</sup> BUENO (Fn. 1); S. 148.

Kategorie der Aufenthaltsbewilligung, die sie erhalten. Für die Personen der Kategorie A.2 und die Personen der Kategorie A.1, die höchstens 4 Monate bleiben möchten, handelt es sich dabei um eine Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 19 Abs. 4 der VZAE; eine Kategorie, die von den Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen ausgenommen ist.

[Rz 49] Für Personen, die der Kategorie A.1 angehören und für eine Zeitdauer von zwischen 5 und 12 Monaten im Land bleiben wollen, wird eine Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 19 Abs. 1 VZAE ausgestellt.<sup>70</sup> Diese unterliegt Höchstzahlen. Für Personen, die im Rahmen eines Kadertransfers zwischen einem und höchstens vier Jahren in der Schweiz arbeiten, kommen Aufenthaltsbewilligungen gemäss Art. 20 Abs. 1 VZAE zur Anwendung, die ebenfalls Höchstzahlen unterliegen.<sup>71</sup> Ebenfalls den Kontingenten unterliegen dürften die Aufenthaltsbewilligungen, die in Erfüllung jener Abkommen ausgestellt werden, die einen Aufenthalt von bis zu fünf Jahren zulassen. Die Weisungen enthalten hierzu aber keine Angaben.

[Rz 50] Die Verpflichtungen, welche die Schweiz im Rahmen des GATS eingegangen ist, lassen eine Kontingentierung weiterhin zu. Die Weisungen des BfM zum AuG bekräftigen die Ansicht, dass Rechtsansprüche, die sich aus dem GATS ergeben, unter dem Vorbehalt genügender Kontingente stehen.<sup>72</sup> Die Botschaft zur Genehmigung des GATT/WTO-Übereinkommens vom 19. September 1994 betont ebenfalls das Recht der Schweiz, an den Kontingenten festzuhalten.<sup>73</sup> Der Bundesrat vertrat in der Botschaft die Ansicht, die damalige Begrenzungsverordnung (BVO) und deren Höchstzahlen liessen «genügend Spielraum, um die GATS-relevanten Tatbestände aufzufangen».<sup>74</sup> Auch die Botschaft des Bundesrates zur Masseneinwanderungsinitiative bestätigt, dass die Schweiz ihre Verpflichtungen im Rahmen des GATS der Bedingung von verfügbaren Kontingentsplätzen unterstellen kann.<sup>75</sup>

[Rz 51] Anders ist die Situation hingegen – wie bereits gezeigt worden ist – bei insgesamt 7 Freihandelsabkommen, von denen 2 noch nicht in Kraft sind (s. dazu oben, unter 2.3).<sup>76</sup> Ausdrücklich ausgeschlossen werden Kontingente auch im jüngsten dieser Abkommen, jenem mit China.<sup>77</sup> Es handelt sich bei den Abkommen, die eine Kontingentierung

ausschliessen, insgesamt um die jüngere Generation von Freihandelsabkommen, was darauf hindeutet, dass es einen Trend dahin gibt, Zuwanderungssteuerung durch Höchstzahlen in Freihandelsabkommen zunehmend auszuschliessen.

[Rz 52] Im Gegensatz zum GATS schränken die erwähnten Abkommen nicht nur das Ermessen der Ausländerbehörden ein, sondern sie *vermitteln* wohl auch *einen Anspruch* auf Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind – unabhängig davon, ob noch Kontingentsplätze vorhanden sind oder nicht. Es entsteht somit die Möglichkeit, dass das Ausländerrecht eine Unterstellung unter Höchstzahlen gemäss Art. 46 lit. b VZAE i.V.m. Art. 19 Abs. 1 bzw. Art. 20 Abs. 1 VZAE verlangt, das Abkommen, auf das sich Dienstleistungserbringer stützen, die Verweigerung einer Bewilligung mit dem Verweis auf ausgeschöpfte Kontingente aber ausschliesst.

[Rz 53] Zwar ist es gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. h AuG möglich, für Kadertransfers und Transfers von anderen, unentbehrlichen Personen von den Zulassungsvoraussetzungen abzuweichen. Der Ordnungsgeber hat dies in Bezug auf den Inländervorrang und die persönlichen Voraussetzungen getan, hingegen hat er keine Ausnahme von den Höchstzahlen vorgesehen (obwohl er das könnte) (Art. 46 VZAE). Damit kommt das gegenwärtige Ausländerrecht zwar der Verpflichtung aus dem GATS nach, den Transfer von Kadern und Spezialisten zu erleichtern,<sup>78</sup> die umfassenderen Verpflichtungen aus den inzwischen 7 Freihandelsabkommen, welche eine Kontingentierung ausschliessen, finden sich in diesen Bestimmungen aber nicht abgebildet. Mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative sind Ausnahmen von Höchstzahlen ganz grundsätzlich nicht mehr möglich. Der Widerspruch zum Freihandelsrecht der zuvor nur auf Verordnungsebene bestand und dort hätte behoben werden können, ist nun auf Verfassungsebene gehoben worden. Eine Erfüllung beider Verpflichtungen – jener aus Freihandelsverträgen und jener aus der Verfassung – scheint für den Gesetzgeber nicht mehr möglich.

[Rz 54] Vorläufig besteht der Effekt dieses Konflikts jedoch nur darin, dass Personen, die von einem Freihandelsabkommen profitieren, das Höchstzahlen ausschliesst, Kontingentsplätze beanspruchen,<sup>79</sup> obwohl sie auch Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung hätten, wenn die Kontingente bereits ausgeschöpft wären. Die Kontingente erwirken in diesem Falle also eine indirekte und fragwürdige Begrenzungs-

<sup>70</sup> BUENO (Fn. 1), S. 131.

<sup>71</sup> Weisungen AuG, Ziff. 4.8.1.5.2.

<sup>72</sup> Weisungen AuG, Ziff. 4.8.1.1.

<sup>73</sup> Die Weisungen zum AuG betonen, dass *laut dem GATS-Abkommen* keine Verpflichtung bestehe, eine Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung auszustellen, falls die Kontingente ausgeschöpft seien: Weisungen AuG, Ziff. 4.8.1.5.2.

<sup>74</sup> Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde), BBI 1994 IV 1, 279.

<sup>75</sup> BBI 2012 291, 337.

<sup>76</sup> BBI 2012 291, 337.

<sup>77</sup> Anhang VI, Art. 7. Für den genauen Wortlaut s. Fn. 54.

<sup>78</sup> A. GOOD/T. BOSSHARD, Art. 30 AuG, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), in: M. Caroni/T. Gächter/D. Turnherr (Hrsg.), Bern, 2010, Rz. 57 zu Art. 30 AuG; P. UEBERSAX, Einreise und Anwesenheit, Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz: von A(syl) bis Z(ivilrecht), in: P. Uebersax (Hrsg.), Basel [etc.], 2009, Rz. 7.137.

<sup>79</sup> Das ergibt sich aus den Weisungen, die Aufenthaltsbewilligungen nach Art. 19 Abs 1 bzw. Art. 20 Abs. 1 VZAE vorsehen: Weisungen AuG, Ziff. 4.8.1.5.2.

wirkung, indem für jeden privilegierten Dienstleister, der zugelassen werden muss, eine Zulassung zur Erwerbstätigkeit für andere Drittstaatsangehörige entfällt.

[Rz 55] Eine Möglichkeit, Bewilligungen für Dienstleister ausserhalb der Kontingente zu erteilen, sollte daher nicht nur deswegen geschaffen werden, damit Transparenz und Klarheit über die Tragweite der völkerrechtlichen Verpflichtungen herrscht, sondern auch, weil diese Gruppe von Personen dereinst zahlenmässig ins Gewicht fallen könnte und damit die ohnehin knapp gehaltenen Kontingente ohne Not belasten würden. Der Wortlaut der Masseneinwanderungsinitiative schliesst eine solche Ausnahme von der Kontingentierung aber grundsätzlich aus (Art. 121a Abs. 3 BV). Damit bleibt auch weiterhin nur die Möglichkeit einer indirekten Begrenzung, indem diese Dienstleistungserbringer andere Aspiranten auf Kontingentsplätze verdrängen.

[Rz 56] Klar ist auch, dass Abkommen, wie jenes mit China, das eine Steuerung mittels Höchstzahlen verbietet, gemäss Art. 121a Abs. 4 BV, der den Abschluss entgegenstehender völkerrechtlicher Verträge ausdrücklich verbietet, nicht mehr abgeschlossen werden dürften. Der Bundesrat stellt sich in der Botschaft zur Masseneinwanderungsinitiative zwar auf den Standpunkt, die Initiative habe keine unmittelbare Wirkung und müsse erst auf Gesetzesstufe umgesetzt werden.<sup>80</sup> Dieser Vorbehalt ist aber zu generell, wenn er für den gesamten Initiativtext zur Anwendung kommt. Insbesondere Art. 121a Abs. 4 BV ist bereits so konkret formuliert, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern er durch das Gesetz noch klarer gefasst werden könnte. Er gilt daher unmittelbar und verbietet die Ratifizierung entgegenstehender Verträge auch bevor die Initiative im Gesetz umgesetzt ist. Dieser Ansicht folgte in Bezug auf das Erweiterungsprotokoll zum Personenfreizügigkeitsabkommen betreffend Kroatien auch der Bundesrat.<sup>81</sup> Für die Verfolgung von Freihandelsinteressen ist der neue Verfassungsartikel also nicht nur deshalb eine Hypothek, weil es dereinst zu Konflikten kommen könnte, wenn ein Dienstleistungserbringer seinen Anspruch auf Einreise und Anwesenheit geltend macht, obwohl die Kontingente bereits ausgeschöpft sind, sondern auch, weil die Schweiz Freihandelsverträge, die dem aktuellen Standard entsprechen, eigentlich nicht mehr abschliessen darf.<sup>82</sup>

### 3.5 Die Voraussetzung des wirtschaftlichen Gesamtinteresses

[Rz 57] Ausdrücklich vorbehalten wird im schweizerischen Ausländerrecht auch für die sehr hoch qualifizierten Personen die von einem Freihandelsabkommen profitieren können, die Bedingung, dass ein entsprechendes Migrationsereignis dem wirtschaftlichen Gesamtinteresse gemäss Art. 18 lit. a AuG entspricht (Art. 46 lit. a VZAE). Es stellt sich daher die Frage, inwiefern diese Voraussetzung das Gegenstück bildet zu den sog. «economic needs tests» des Freihandelsrechts. Sowohl der Begriff des «gesamtwirtschaftlichen Interesses», der im Ausländerrecht zwar oft vorkommt aber nirgends näher konkretisiert wird,<sup>83</sup> als auch der «economic needs test» des Freihandelsrechts sind unbestimmte Rechtsbegriffe.

[Rz 58] Während das schweizerische Ausländerrecht einer ausländerrechtlichen Bewilligung das wirtschaftliche Interesse generell voranstellt, schliessen alle 12 Freihandelsabkommen, welche Verpflichtungen zum Mode 4 enthalten, eine wirtschaftliche Bedarfsprüfung aus.<sup>84</sup> In dieser Beziehung scheint also ein noch grundsätzlicherer Widerspruch zu bestehen zwischen Freihandelsabkommen und dem Ausländerrecht.

[Rz 59] In systematischer Hinsicht muss allerdings festgehalten werden, dass beide Begriffe auch einen Teilaspekt des Inländervorrangs beinhalten. So ist der «need», die Bedarfsprüfung des Freihandelsrechts auch daran orientiert, ob der Bedarf nicht durch Inländer gedeckt werden könnte und daher ein Bedarf entsteht. Das «wirtschaftliche Gesamtinteresse» soll demgegenüber verhindern, dass Inländer «in unerwünschtem Mass» konkurrenziert werden.<sup>85</sup> Weniger im Vordergrund zu stehen scheinen im Kontext des Dienstleistungsfreihandels die weiteren Aspekte des gesamtwirtschaftlichen Interesses, wie die Verhinderung der Zuwanderung von wenig Qualifizierten, die Verbesserung der Struktur des Schweizer Arbeitsmarktes und die nachhaltige Integration in den Arbeitsmarkt.<sup>86</sup> Dies, weil Zuwanderung zur Dienstleistungserbringung – jedenfalls nach dem Willen der in den entsprechenden Freihandelsabkommen zum Ausdruck kommt – ohnehin hoch qualifiziert und temporär ist.

[Rz 60] Der Umstand, dass das wirtschaftliche Gesamtinteresse im Kontext des Dienstleistungsfreihandels also in erster Linie Schutz vor Konkurrenz bedeutet, und dass durch die VZAE das Erfordernis des Inländervorranges für die massgebende Gruppe der Dienstleistungserbringer aufgehoben worden ist, reduziert zwar die praktische Relevanz eines Konfliktes zwischen Freihandelsabkommen und Ausländerrecht bezüglich des Kriteriums des gesamtwirtschaftlichen

<sup>80</sup> BBI 2012 291, 322.

<sup>81</sup> NZZ vom 15. Februar 2014 [Online] <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/keine-unterzeichnung-in-jetziger-form-1.18244254> (zuletzt besucht am 23. Februar 2014).

<sup>82</sup> Sollte in Betracht gezogen werden, die Freiheit der Dienstleistungserbringung über Personen im firmeninternen Transfer hinaus auszudehnen, so wäre zu beachten, dass das Landesrecht für diese Personen ebenfalls die Einhaltung von Höchstzahlen verlangt (Art. 26 Abs. 2 AuG), sofern die Dienstleistungserbringung länger als 4 Monate innerhalb eines Jahres dauert (Art. 19 Abs. 4 lit. a VZAE); BUENO (Fn. 1), S. 143f.

<sup>83</sup> OTT (Fn. 65), Rz. 3 zu Art. 18 AuG; BBI 2002 3709, 3726.

<sup>84</sup> Sehr klar etwa ist das Abkommen mit Japan (SR 0.946.294.632): Art. 46 Abs. 2 lit. d.

<sup>85</sup> BBI 2002 3709, 3726.

<sup>86</sup> BBI 2002 3709, 3726.

Interesses, reduziert aber auch die Notwendigkeit, an diesem Kriterium festzuhalten. Es bleibt daher ein grundsätzlich vorhandener Widerspruch und eine Rechtsunsicherheit, die daraus entsteht, dass nach Völkerrecht und Landesrecht unterschiedliche Bedingungen erfüllt sein müssen.

[Rz 61] Es ist darum davon auszugehen, dass Bewilligungen zur Dienstleistungserbringung nicht mit dem Hinweis verweigert werden dürfen, diese würden nicht dem wirtschaftlichen Gesamtinteresse entsprechen. Das wäre im Übrigen auch wenig überzeugend, denn angesichts der sehr zurückhaltenden Öffnung des Dienstleistungsmarktes durch die Schweiz muss davon ausgegangen werden, dass die Öffnung – dort wo sie erfolgt ist – im wirtschaftlichen Gesamtinteresse der Schweiz war<sup>87</sup> und eine Prüfung der wirtschaftlichen Interessenlage im Einzelfall daher ein Zurückkommen auf einen grundsätzlich bereits einmal auf abstrakter Ebene gefällten Entscheid bedeuten würde. Die Zulassung entspricht in diesen Fällen unabhängig von den genauen Umständen des Einzelfalles dem wirtschaftlichen Gesamtinteresse der Schweiz, weil sie einer Verpflichtung entspricht, die notwendig war, um das Interesse am Zugang zum Markt eines Partnerstaates verfolgen zu können. Die Verwandtschaft dieser Konstellation zu Personenfreizügigkeitsabkommen ist augenfällig. Es stellt sich daher die Frage, ob im Sinne der Transparenz, der Konfliktvermeidung und der Straffung der Zulassungsverfahren nicht im Landesrecht klargestellt werden müsste, dass diese Zulassungsvoraussetzung auch für Personen entfällt, die sich auf ein Freihandelsabkommen stützen können, genau wie dies für die Personenfreizügigkeit bereits gemacht wurde.

### 3.6 Das Erfordernis der bedarfsgerechten Wohnung

[Rz 62] Gemäss dem Art. 46 VZAE wird für Dienstleistungserbringer auch am Erfordernis der bedarfsgerechten Wohnung festgehalten. Im Kontext des Dienstleistungsfreihandels erscheint dieses Kriterium etwas wesensfremd. Sinn dieses Kriteriums ist es, unwürdige Wohnverhältnisse für Menschen zu verhindern, die leicht ausgenutzt werden können.<sup>88</sup> Wenn dieses Risiko wohl auch bestünde für wenig qualifizierte Dienstleistungserbringer, so scheint es dennoch kaum vorstellbar, dass höhere Kader und unentbehrliche Spezialisten auf diesen Schutz angewiesen sind. Erstaunlich ist, dass Personen, die zur grenzüberschreitenden Dienstleistung i.S.v. Art. 26 AuG zuwandern, das Kriterium der bedarfsgerechten Wohnung nicht erfüllen müssen,<sup>89</sup> obwohl dieser Personenkreis viel weiter gefasst ist und das Risiko für Ausbeutung daher grösser (zu einer angemessenen Un-

terkunft für grenzüberschreitende Dienstleistungserbringer verpflichtet allerdings auch Art. 3 EntsG)<sup>90</sup>.

[Rz 63] Das Festhalten an dieser Voraussetzung trägt daher Züge einer blossen Erschwerung des Zulassungsverfahrens und widerspricht der Idee, den Transfer von Führungspersonal und Spezialisten zu erleichtern (Art. 30 Abs. 1 lit. h). Rechtsunsicherheit ergibt sich aus dem Umstand, dass Freihandelsabkommen in allgemeiner Weise auf die Vorschriften des nationalen Rechts verweisen. Es ist daher unklar, ob sie dieses derogieren, gemäss der Regel, dass alle einschränkende Massnahmen sich direkt aus dem Text des Vertrages erschliessen müssen (dazu oben, 2.3) oder ob der allgemeine Verweis auf das Landesrecht hier zum Tragen kommt, weil die Abkommen selber nichts über die Anforderungen an die Wohnung enthalten. Wiederum kommt hier die Überlegung zum Tragen, dass zirkuläre Verweise ein widersinniges Ergebnis wären und die ohnehin schon mangelhafte Transparenz der Rechtsposition von Dienstleistungserbringern zusätzlich leiden würde, wenn ihnen auch Anforderungen entgegengehalten werden dürften, auf die in den Freihandelsabkommen lediglich pauschal verwiesen wird. Hinzu kommt die teleologische Überlegung, dass das Erfordernis der bedarfsgerechten Wohnung für Kader und Spezialisten eine überflüssige Schutzfunktion erfüllen würde. Auch wenn daher in der VZAE explizit an diesem Kriterium festgehalten wird, so ist doch kaum vorstellbar, dass einer Person, die zur Dienstleistungserbringung einreisen möchte, das Kriterium der bedarfsgerechten Wohnung entgegengehalten werden könnte. Daher sollte in Betracht gezogen werden, auf dieses Kriterium für Dienstleistungserbringer jedenfalls soweit zu verzichten, als diese ohnehin auf obere Kader und hochspezialisierte Experten beschränkt bleiben.

## IV. Auf dem Weg zu einer neuen Anspruchsbewilligung

[Rz 64] Zusammenfassend ergibt sich also die folgende Situation: Die Voraussetzungen, die das Schweizer Ausländerrecht für die Anwesenheit natürlicher Personen zur Dienstleistungserbringung aufstellt, stehen zum multilateralen GATS insofern in einem Spannungsverhältnis, als an weiteren Zulassungsvoraussetzungen festgehalten wird, als dies zur Wahrung der Interessen der Schweiz nötig wäre. Ausserdem sind die Zulassungsbedingungen so gefasst, dass sie bei einer weiteren Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs innerhalb des GATS mit diesem in Konflikt kämen, weil sie den Zugang nur für eine sehr eng umgrenzte Gruppe von Personen ermöglichen. Noch klarer ist das Spannungsfeld mit einer Reihe von Freihandelsabkommen, die eine Unterstellung der Dienstleistungserbringer unter Höchstzahlen ausschliessen.

<sup>87</sup> BUENO (Fn. 1), S. 151.

<sup>88</sup> OTT (Fn. 65), Rz. 3 zu Art. 24 AuG.

<sup>89</sup> Das ergibt sich aus dem Umstand, dass Art. 26 Abs. 2 AuG nicht auf Art. 24 AuG verweist.

<sup>90</sup> Vgl. SPESCHA (Fn. 63), Rz. 2 zu Art. 26 AuG.

#### 4.1 Zur direkten Anwendbarkeit der Garantien aus Freihandelsabkommen

[Rz 65] Solche Konflikte wären aus der Sicht des Freihandels unbedenklich und gingen lediglich zu Lasten des Gestaltungsspielraums des Migrationsrechtes, wenn davon ausgegangen werden könnte, dass der Anwendungsvorbehalt für das Ausländergesetz zu Gunsten völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz (wie er in Art. 2 Abs. 1 AuG vorgesehen ist) unbesehen gelten würde. Dies scheint aber, trotz des eigentlich klaren Wortlautes zu Gunsten des Vorrangs des Völkerrechts nicht selbstverständlich. Die Lehre geht immerhin davon aus, dass «universelle Wirtschaftsverträge»,<sup>91</sup> worunter in erster Linie das GATS zu verstehen ist, das «freie Ermessen» der Migrationsbehörden einschränken.<sup>92</sup> Unklar ist, warum «universelle Wirtschaftsverträge» diese Einschränkung bewirken sollen, bilaterale oder regionale Verträge hingegen nicht. Soweit ersichtlich, gibt es dafür keinen besonderen Grund. Erstaunlich ist die Ausnahmestellung des GATS in der Lehre deshalb, weil für dieses klar ist, dass sich die Schweiz die Steuerung der liberalisierten Sektoren mittels Kontingenten vorbehalten hat<sup>93</sup> und es daher ein verhältnismässig konfliktfreies Abkommen ist. Die Materialien zum Ausländergesetz sind wenig ergiebig, was das Verhältnis des Ausländergesetzes zu Freihandelsverträgen betrifft und zu Verträgen, die nach seinem Inkrafttreten abgeschlossen wurden.<sup>94</sup>

[Rz 66] Die Weisungen des BfM zum AuG enthalten keine Ausführungen zu den Freihandelsabkommen weshalb unklar ist, wie mit Gesuchstellern, die einen Anspruch auf eine Bewilligung einräumen, in der Praxis umgegangen würde, wenn die Kontingente für den entsprechenden Typ an Aufenthaltsbewilligung schon ausgeschöpft wären.

[Rz 67] Der grundsätzlich geltende Vorrang des Völkerrechts, der in Art. 2 Abs. 1 AuG für den Bereich des Migrationsrechts bekräftigt wird, führt zum Schluss, dass in diesen Fällen der Anspruch auf eine Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung gegen die Regeln des Ausländerrechts durchgesetzt werden könnte, sofern die entsprechenden Freihandelsabkommen self-executing sind.<sup>95</sup> Es bestünde dann eine ähn-

liche Situation, wie wenn etwa die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) einen Anspruch einräumt, der nach Schweizer Ausländerrecht nicht besteht.<sup>96</sup> Damit völkerrechtliche Verträge self-executing sind, muss die Norm inhaltlich so bestimmt sein, dass sie im Einzelfall die Grundlage eines Entscheides bilden kann. Die Norm muss Rechte und Pflichten des Einzelnen betreffen und Adressat der Norm muss eine Behörde sein.<sup>97</sup> Ob das GATS und spezifische Freihandelsabkommen diese Kriterien erfüllen, gilt in der Lehre zwar nicht als selbstverständlich.<sup>98</sup> Die Voraussetzungen erscheinen aber deshalb erfüllt, weil es sich bei den einschlägigen Normen in den Freihandelsabkommen um sehr detaillierte und technische Vorschriften handelt, die gerade dazu konzipiert sind, eine Anwendung im Einzelfall zu ermöglichen, weil sie – wie gezeigt worden ist – Einzelpersonen einen Zugang zum Dienstleistungsmarkt einräumen sollen und sich damit an die Behörden richten. Auch die Botschaft zur Masseneinwanderungsinitiative spricht von der «unmittelbare[n] rechtliche[n] Gültigkeit» der erwähnten Abkommen, die es unnötig macht, die entsprechenden Ausnahmen im Ausländergesetz zu erwähnen.<sup>99</sup> Nebst Personenfreizügigkeitsabkommen und internationalen Menschenrechtsverträgen sind Freihandelsabkommen also eine dritte Gruppe von internationalen Verträgen, die Ansätze einer vierten Freiheit, einer rechtlich geschützten Migration von Menschen zur Erwerbstätigkeit vermitteln.

[Rz 68] Solange das schweizerische Migrationsrecht einerseits die Möglichkeit offen lässt, dass gewisse Kategorien der Bewilligung zum Aufenthalt für eine Erwerbstätigkeit von Höchstzahlen ausgenommen sind (was mit der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative künftig eigentlich nicht mehr der Fall sein dürfte) und solange das Migrationsrecht an einem Vorbehalt für anders lautendes und direkt anwendbares Völkerrecht festhält, ist nicht ersichtlich, inwiefern das Migrationsrecht für die Verfolgung von Freihandelsinteressen ein Hindernis darstellen könnte. Es sind in diesem Fall die Freihandelsinteressen, die den Gestaltungsspielraum des Migrationsrechtes einschränken, nicht umgekehrt. Mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative könnte sich dieses Verhältnis geändert haben und das Verbot, Dienstleistungserbringung im Mode 4 von Höchstzahlen auszunehmen, wird sich als eine Hypothek erweisen, die Interessen des Landes in Freihandelsangelegenheiten zu verfolgen.

<sup>91</sup> So die Formulierung bei M. CARONI/T.D. MEYER/L. OTT, Migrationsrecht, 2. Aufl., Bern, 2011, Rz. 187.

<sup>92</sup> CARONI/ MEYER/ OTT (Fn. 91), Rz. 187; T. GÄCHTER/D. TREMP, Art. 2, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), in: M. Caroni/T. Gächter/D. Turnherr (Hrsg.), Bern, 2010, Rz. 11; BUENO (Fn. 1), S. 136f. Auch die Botschaft erwähnt das GATS explizit und scheint dessen Vorrang vorauszusetzen. Wegen seiner direkten Anwendbarkeit findet es keine Erwähnung im AuG; BBI 2002 3709, 3742; BUENO (Fn. 1), S. 149.

<sup>93</sup> Die relevante Stelle in der Liste der horizontalen Verpflichtungen der Schweiz lautet: «Authorization is granted subject to measures fixing overall numbers of work permits allocated»; schedule of specific commitments vom 15. April 1994: GATS/SC/83, S. 4.

<sup>94</sup> BBI 2002 3709, 3748, 3734.

<sup>95</sup> P. UEBERSAX (Fn. 78), Rz. 7.116.

<sup>96</sup> Das öffnet grundsätzlich auch den Weg an das Bundesgericht, weil Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG nicht mehr zur Anwendung gebracht werden kann: BUENO (Fn. 1), S. 149.

<sup>97</sup> BGE 124 III 90, E. 3a S. 91.

<sup>98</sup> Zweifel an dieser unmittelbaren Gültigkeit äussert P. UEBERSAX (Fn. 78), Rz. 7.137.

<sup>99</sup> BBI 2012 291, 337. Vgl. auch BUENO (Fn. 1), S. 149.

## 4.2 Die Anomalie der kontingentierten Anspruchsbewilligung

[Rz 69] Solange entsprechende Freihandelsabkommen in Kraft sind und neue abgeschlossen werden, stellt sich die Frage, ob die Aufenthaltsbewilligungen, zu denen Freihandelsabkommen einen Zugang eröffnen, Ermessens- oder Anspruchsbewilligungen sind und ob das Ausländerrecht der Natur dieser Bewilligungen Rechnung trägt. Formell bleiben zwar klassische Ermessenskriterien wie der wirtschaftliche Gesamtnutzen für die Erteilung einer Bewilligung als Dienstleistungserbringer bestehen. Es ist aber klar geworden, dass sich diese Kriterien weitgehend mit den Voraussetzungen decken, die ihrerseits Freihandelsabkommen an die Dienstleistungserbringer stellen. Es erscheint daher nicht denkbar, dass eine Zulassung verweigert werden könnte, obwohl die Voraussetzungen aus dem Abkommen erfüllt sind.<sup>100</sup> Für Behördenermessen lassen daher Freihandelsabkommen kaum Raum. Dass es sich der Art nach eher um Anspruchsbewilligungen handelt, zeigt auch der Umstand, dass eine Bewilligung auch dann erteilt werden müsste, wenn die Kontingente dafür bereits ausgeschöpft sind, wo ein zu Grunde liegendes Abkommen die Kontingentierung ausschliesst.

[Rz 70] Das AuG und die VZAE verlangen aber, dass auch Dienstleistungserbringer Kontingentsplätze beanspruchen, die bei ausgeschöpften Kontingenten Anspruch auf eine Bewilligung geltend machen könnten. Es entsteht so die Anomalie, dass Anspruchsbewilligungen einem Instrument unterstellt sind, welches für Ermessensbewilligungen entwickelt worden ist. Sie sollen die Behörden zu einem restriktiven Umgang mit vorhandenen Kontingentsplätzen anhalten. Unseres Erachtens machen sie daher nur dort Sinn, wo die Behörden auch ein Ermessen haben. Im Falle der Bewilligungen, die sich aus Abkommen ergeben, die keine Kontingentierung zulassen, haben die Zulassungsbehörden aber gar nicht die Wahl, ob sie restriktiv entscheiden sollen oder nicht. Wie gezeigt worden ist, hat eine solche Unterstellung lediglich die Wirkung, die Zuwanderung einer anderen Person zu verunmöglichen. Wenn die Zahl der Dienstleistungserbringer, die einen Anspruch auf Bewilligungserteilung haben, dereinst quantitativ ins Gewicht fällt, erschwert sich dadurch auch die sinnvolle Planung der Grösse von Kontingenten, da nicht vorausgesagt werden kann, wie viele der Plätze, die eigentlich dem Bedarf des Arbeitsmarkts entsprechen sollten, vom Dienstleistungsfreihandel aufgezehrt werden.

[Rz 71] Wenn im Bereich der Dienstleistungserbringung Bewilligungen also wie Ermessensbewilligungen behandelt werden, obwohl sie eigentlich Anspruchsbewilligungen sind, erhöht das die ohnehin schon bestehende Unübersichtlichkeit des Normgeflechts im Mode 4, die Rechtsunsicherheit und die Planungsunsicherheit. Eine rechtspolitische Diskussion und Konsensfindung darüber, dass im Bereich des

Dienstleistungsfreihandels neue Personengruppen entstehen, deren Zuwanderung (wenn diese auch nur temporär ist) nichts entgegengesetzt werden kann, wird verzögert, wenn das Landesrecht selber weiterhin den Eindruck vermittelt, diese Gruppe unterstehe der Steuerung durch Höchstzahlen. In Bezug auf eine Gruppe von Zuwanderern, die in der Zukunft an Wichtigkeit gewinnen könnte, wird hier also ein problematischer Beitrag geleistet zur allgemeinen Überschätzung der Steuerbarkeit von Migration durch das Migrationsrecht.

[Rz 72] Es drängt sich daher die Frage auf, ob nicht das Landesrecht diese Anspruchstatbestände abbilden sollte, obwohl sie sich bereits aus dem Völkerrecht ergeben. Für die Durchsetzbarkeit eines aus dem Völkerrecht fliessenden Anspruchs wäre das nach dem in der Schweiz vorherrschenden monistischen Verständnis nicht notwendig. Es brächte aber den Vorteil mit sich, dass die Rechtsgrundlagen transparent und übersichtlich wären. Das würde die Rechtsunsicherheit für jene reduzieren, die eine Zulassung anstreben und gleichzeitig das Bewusstsein von Migrationsrechtlern und Migrationspolitikern steigern, dass sich auch aus dem Handelsrecht Schranken für die Gestaltung des Migrationsrechts ergeben. Soweit und solange lediglich die Gruppe der höheren Kader und unentbehrlichen Spezialisten betroffen ist, würde dazu eine Anpassung des Verwaltungsrechts genügen. Art. 30 Abs. 1 lit. h. AuG ermöglicht dafür ausdrücklich ein Abweichen von den Zulassungsbedingungen, auch von den Höchstzahlen. Da aber denkbar ist, dass in kommenden Liberalisierungsrunden oder in neuen Freihandelsabkommen auch hinsichtlich der Personengruppen, welche von der Freiheit der Dienstleistungserbringung profitieren können, eine Dynamik entsteht, wäre die überzeugendste Lösung ein Vorbehalt im Ausländergesetz selber, vergleichbar zu jenem, der zu Gunsten der Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU und der EFTA in Art. 2 Abs. 2 und 3 gemacht worden ist. Unter den neuen Bedingungen der Masseneinwanderungsinitiative ist aber freilich schon fraglich, ob überhaupt am Vorbehalt des Völkerrechts und an Art. 30 AuG festgehalten werden kann, der Ausnahmen von den Zulassungsbedingungen vorsieht. Der Wortlaut der Initiative schliesst Ausnahmen vom Kriterium der Höchstzahlen aus.

## V. Ansätze für ein Zusammenwirken von Migrations- und Handelsrecht

[Rz 73] Die heutige Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf Mode 4 Dienstleistungserbringung ist widersprüchlich, unübersichtlich und intransparent: während auf der Ebene des Völkerrechts Ansprüche gewährt werden, werden diese auf der Ebene der nationalen Verordnungen und Gesetze nicht erwähnt und nicht reflektiert. Dies schadet dem regulatorischen Rahmen im Migrationsrecht, aber auch dem Spielraum im Handelsrecht. Die Schweiz konstruiert sich somit einen rechtspolitischen Konflikt zwischen Handels- und Migrationsrecht, während das Handelsrecht eigentlich eine

<sup>100</sup> BUENO (Fn. 1), S. 137.

willkommene und sinnvolle Rolle in der schweizerischen Migrationssteuerung übernehmen könnte. Ein Umdenken erscheint umso dringlicher, seitdem die Schweiz vor der Einführung eines neuen Kontingentsystems steht, welches den regulatorischen Konflikt zwischen Migrations- und Handelsrecht nochmals verschärfen wird.

[Rz 74] Während der Spielraum für die Migrationsregulierung in der Schweiz durch den Verweis auf völkerrechtliche Bestimmungen in Art. 2 Abs. 1 AuG eingeschränkt wird, schränkt umgekehrt das schweizerische Migrationsrecht auch den Spielraum im Handelsrecht ein: Es dürfte in Zukunft eine Herausforderung darstellen, substantielle Verpflichtungen in Mode 4 Dienstleistungserbringung glaubhaft einzuweisen, soweit klar ist, dass in der Schweiz sämtliche Einreise- und Aufenthaltsbewilligungen einer Kontingentierung unterstehen. Die Schweiz müsste in Freihandelsverhandlungen glaubhaft darlegen können, dass diese Kontingentierung keinen Einfluss auf Mode 4 Dienstleistungserbringung haben wird. Gelingt dies nicht, könnte die Schweiz die nicht-kontingentierbare Marktöffnung für Mode 4 Dienstleistungserbringung nicht mehr verhandlungstaktisch einsetzen und würde somit einen ihrer Verhandlungsvorteile verlieren.

### **5.1 Freihandelsrecht als Instrument präziser Migrationssteuerung**

[Rz 75] Dies wäre schliesslich auch aus Sicht der Migrationsregulierung bedauerlich: Mode 4 Dienstleistungserbringung – und generell Freihandelsabkommen – erlauben es, ganz spezifische Berufs- und Personengruppen zu adressieren. Sie sind somit ein ideales Instrument – sofern es auch genutzt wird – zur zielgerichteten und souveränen Migrationssteuerung. Zudem enthält die Migrationsregulierung über Mode 4 Dienstleistungserbringung ein pro-aktives Element, welches sonst im Migrationsrecht selten vorhanden ist: es können gezielt Personen mit einem bestimmten beruflichen Hintergrund aus einem bestimmten Herkunftsland für eine bestimmte Zeit in die Schweiz geholt werden. Dies erlaubt es der Schweiz, den ganzen Migrationsprozess rund um Mode 4 Dienstleistungserbringung weitgehend autonom zu gestalten. Um das migrationsrechtliche Potential von Mode 4 Dienstleistungserbringung nutzen zu können, darf allerdings der rechtliche Rahmen von Mode 4 Dienstleistungserbringung nicht unnötig eingeschränkt werden. Mit der Einführung einer generellen Pflicht zur Kontingentierung ist nicht mehr ohne weiteres gewährleistet, dass der Mode 4 seine Steuerungswirkung noch entfalten kann. Es zeigt sich an dieser Form von Migration, dass es präzisere und sinnvollere Steuerungsinstrumente gibt als Höchstzahlen.

### **5.2 Spezifische Verfahren für Dienstleistungserbringer**

[Rz 76] Mode 4 Dienstleistungserbringung scheint – wie

dies unsere Ausführungen illustrieren – in den Diskussionen über die künftige Gestaltung des Migrationsrechtes kaum eine Rolle zu spielen. Dies führt dazu, dass mutmasslich die Praxis dem völkerrechtlichen Anspruch auf Einreise- und Arbeitsbewilligung, welcher in Mode 4 Dienstleistungserbringung enthalten ist, kaum je gerecht wird. Nicht zuletzt auch, weil der Spezialfall der Einreise über Mode 4 Dienstleistungserbringung weder im Migrationsrecht separat geregelt ist noch in den zugehörigen Weisungen erläutert wird, soweit er über spezifische Abkommen erfolgt, die über das GATS hinaus gehen. Es ist daher wahrscheinlich, dass in vielen Fällen die Einreise über Mode 4 Dienstleistungserbringung unnötig erschwert wird, weil schlicht kein separates Verfahren dafür vorgesehen ist. Die Frage stellt sich auch, ob damit in der migrationsrechtlichen Praxis die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz aus dem Handelsrecht nicht umgangen werden.

[Rz 77] Daher erscheint es umso wichtiger, dass in Zukunft die handelsrechtliche Seite des Migrationsrechtes in die Diskussionen über Migrationsregulierung einfließt und die beiden Rechtsbereiche Migration und Handel vermehrt auch als Teil derselben Frage verstanden werden: welches ist der für die Schweiz beste regulatorische Weg, um mit der Globalisierung umzugehen und weiterhin zu den Globalisierungsgewinnern zu zählen? Woran hat die Schweiz eher ein Interesse: an einer schrittweisen Liberalisierung der Dienstleistungserbringung oder der teilweisen Liberalisierung der Zuwanderung zur Erwerbstätigkeit?

### **5.3 Transparenz im Landesrecht**

[Rz 78] Primär erscheint uns wichtig, dass dem Charakter der Anspruchsbewilligung genüge getan wird: eine Einreise aufgrund von Mode 4 Dienstleistungserbringung basiert auf einem völkerrechtlichen Anspruch (sofern die Bedingungen zu Mode 4 aus dem entsprechenden Abkommen erbracht sind), während die Einreise zur Erwerbstätigkeit ansonsten von einer Ermessensbewilligung abhängt. Wie bereits angedeutet, bestünde die sinnvollste und transparenteste Lösung in einem spezifischen Vorbehalt zu Gunsten von Freihandelsabkommen im AuG, analog zu den Vorbehalten zur Personenfreizügigkeit in Art. 2 Abs. 2 und 3 AuG. Es wäre aber bereits als Fortschritt zu werten, wenn in der VZAE eine spezifische Norm zu Gunsten jener Dienstleistungserbringer aufgenommen würde, welche aus einem Freihandelsabkommen besonders privilegiert sind. Die Zulassungsbedingungen für diese sollten so angepasst werden, dass ihre Zulassung nicht unnötig erschwert wird. Insbesondere sollte nebst dem Inländervorrang auf die wesensfremden Kriterien des wirtschaftlichen Gesamtinteresses und der bedarfsgerechten Wohnung verzichtet werden. Da einige Freihandelsverträge eine Kontingentierung explizit ausschliessen, sollte für Dienstleistungserbringer aus den begünstigten Partnerstaaten auch eine Kategorie von Kurzaufenthalts- und

Aufenthaltsbewilligungen geschaffen werden, die nicht kontingiert sind. Dies würde der Transparenz dienen und den Umstand einer faktisch vorliegenden Anspruchsbewilligung auch im Landesrecht Rechnung tragen. Die Zulassung zur Dienstleistungserbringung könnte dann in einem besonderen ausländerrechtlichen Zulassungsverfahren erfolgen, was sachgerechter erscheint.

[Rz 79] Um ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, darf die Schweiz die Bewilligung von Personen aus Ländern von 7 Vertragspartnern in Freihandelsabkommen<sup>101</sup> nicht aufgrund bereits erfüllter Kontingente verwehren. Konsequenterweise dürften diese Bewilligungen, welche auf einem völkerrechtlichen Anspruch aus Mode 4 Dienstleistungserbringung ohne Vorbehalt der Kontingentierung basieren,<sup>102</sup> auch nicht den Kontingenten angerechnet werden. Dies stellt ein weiteres Argument dar, weshalb die Anspruchsbewilligung aus Freihandelsabkommen separat geregelt werden sollte.

#### 5.4 Ausklammerung der Dienstleistungserbringung aus dem Migrationsrecht

[Rz 80] Schliesslich ist auch denkbar, noch weiter zu gehen und Dienstleistungserbringungen nicht nur von üblichen Zulassungsverfahren auszunehmen, sondern vom Migrationsrecht überhaupt: Mode 4 Dienstleistungserbringung wird generell als integraler Teil des Dienstleistungshandels verstanden und losgelöst von eigentlicher Arbeitsmigration diskutiert. Es wird in diesem Zusammenhang auch immer wieder betont, dass Mode 4 Dienstleistungserbringung keinen Zugang zum Arbeitsmarkt verschafft. Dies entspricht schlussendlich der Idee und der regulatorischen Logik der Mode 4 Dienstleistungserbringung. Somit kann argumentiert werden, dass es sich bei Bewilligungen basierend auf Mode 4 Dienstleistungserbringung letztendlich um handelsrechtliche und nicht um migrationsrechtliche Bewilligungen handelt. Diese Uminterpretation der Zulassung zur Dienstleistungserbringung würde es auch ermöglichen, sie dem Zugriff der Masseneinwanderungsinitiative zu entziehen. Indem der Kontext der Dienstleistungserbringung aus dem Migrationsrecht gelöst wird, wären Zulassungen zur Dienstleistungserbringung nicht mehr «Bewilligungen des Ausländerrechts» im Sinne der Initiative und Ausnahmen von Höchstzahlen und dem Inländervorrang würden dadurch wieder möglich. Allerdings bringt diese Ausklammerung aus dem Migrationsrecht auch die Gefahr mit sich, dass eine faktisch stattfindende Migration, die sich in manchen Fällen verfestigen wird, der notwendigen rechtspolitischen Diskussion und Konsensfindung über ihre künftige Gestaltung entzieht, weil sie bewusst nicht als Migration behandelt wird.

#### 5.5 Erleichterter Wechsel vom Dienstleistungs- zum Arbeitsmarkt

[Rz 81] Zuletzt sollte sich der künftige Gesetzgeber in der Schweiz überlegen, ob es nicht sinnvoll wäre, Menschen, die einst als Dienstleistungserbringer eingereist sind, als besonders interessante potentielle Migrierende in den Arbeitsmarkt aufzufassen. Diese Personen reisen zwar ursprünglich nur mit der Absicht eines vorübergehenden Verbleibs in die Schweiz ein, sind aber sehr gut qualifiziert, kennen die Schweiz schon und verfügen bereits über gute Geschäftskontakte, in der Regel zumindest zu ihrem Herkunftsland. Die Schweiz hat bereits in sie investiert und sie haben längst in ihren Aufenthalt in der Schweiz investiert. Wenn sie nach Ablauf ihres befristeten Aufenthaltes wieder ausreisen, geht der Schweiz unter Umständen ein grosses Potential verloren. Das gilt insbesondere dann, wenn ein ursprünglicher Dienstleister – was regelmässig vorkommen dürfte – in einem Betrieb, in dem er im Auftrag eines Dienstleistungserbringers tätig war oder in einem Konkurrenzunternehmen, Aussicht auf eine Arbeitsstelle hätte. Nicht nur das erwähnte kanadische Migrationsrecht könnte hier als Vorbild für einen erleichterten Zugang zum Arbeitsmarkt (und zu einem Zugang zu erleichtertem Familiennachzug) dienen, sondern auch der Umgang, den die Schweiz mit Ausländern gewählt hat, die in der Schweiz studiert haben und die einen privilegierten Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten (Art. 30 Abs. 1 lit. i AuG; Art. 47 VZAE). Wie jene sind Dienstleistungserbringer Menschen, die bereits eine Beziehung zur Schweiz aufgebaut haben und deren Verlust der Schweiz unter Umständen wirtschaftlich zur Last fallen würde. Es wäre daher sinnvoll, auch diesen Personen erleichterten Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewähren und dabei zumindest auf das Erfordernis der persönlichen Eigenschaften, die Prüfung des wirtschaftlichen Gesamtinteresses und den Inländervorrang zu verzichten.

### VI. Abschliessende Bemerkungen

[Rz 82] Aus juristischer Sicht erscheint die Regelung der Mode 4 Dienstleistungserbringung insbesondere im Hinblick auf die Verpflichtungen aus 7 Freihandelsabkommen bestenfalls als Flickwerk. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit ist einerseits auf einen Mangel an Transparenz zurückzuführen, andererseits aber auch auf ein fehlendes Bewusstsein für die Interdependenz zwischen Migrations- und Handelsrecht im Prozess der Rechtsetzung. Dies ist weder im Interesse der Handelsbeziehungen der Schweiz, noch ist es einer Migrationssteuerung nach selber festgelegten Kriterien förderlich. Nebst der Einführung eines sinnvollen und transparenten Verfahrens, welches dem Charakter der Anspruchsbewilligung der Mode 4 Dienstleistungserbringung gerecht wird, erscheint es auch wichtig, dass ein Dialog zwischen Handels- und Migrationsrecht aufgenommen wird. Insbesondere nach der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative sind realitätsnahe Lösungen gefordert. Solche Lösungen lassen sich

<sup>101</sup> GCC, Kolumbien, Südkorea, Ukraine, Hong Kong, Japan und China.

<sup>102</sup> Siehe GCC, Kolumbien, Südkorea, Ukraine, Hong Kong, Japan und China.

nur dann entwickeln, wenn sich das Verständnis dafür festigt, dass – neben Menschenrechtsverträgen und Verträgen über die Personenfreizügigkeit – noch Freihandelsabkommen als eine dritte Gruppe von völkerrechtlichen Verträgen Migration unter besonderen Schutz stellt. In diesem Fall, weil Migration ein unverzichtbarer Aspekt von Dienstleistungsfreihandel ist. Handel bringt Migration mit sich, ebenso wie Migration Handel mit sich bringt. Ein Rechtsgebiet, das den Handel fördern soll, wird daher in einem wachsenden Spannungsfeld stehen zu einem Rechtsgebiet, das Migration möglichst begrenzen soll.

---

STEFAN SCHLEGEL, lic.iur, ist Assistent am Lehrstuhl von Prof. Walter Kälin, Universität Bern. Er schreibt seine Doktorarbeit bei Prof. Alberto Achermann zum Thema der Ökonomischen Analyse des Rechts im Migrationsrecht.

CHARLOTTE SIEBER-GASSER, MLaw, MA Development Studies, ist Doktorandin am World Trade Institute, NCCR trade regulation, Universität Bern. Sie schreibt ihre Doktorarbeit bei Prof. Thomas Cottier über Dienstleistungen in Freihandelsabkommen zwischen Entwicklungsländern.

---

\* \* \*