



**Geschäftsnummer: VB.2021.00414**

Entscheidart und Endentscheid vom 01.09.2022

-datum:

Spruchkörper: 4. Abteilung/4. Kammer

Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Übriges Verwaltungsrecht

**Betreff: Verstoss gegen Meldevorschriften**

Stichworte:

[ENTSENDUNG](#)

[FLUGHAFEN](#)

[MELDEPFLICHT](#)

[MELDEPFLICHTVERLETZUNG](#)

[STRAFRECHTLICHE ANKLAGE](#)

[TAXI](#)

Rechtsnormen:

Art. 6 EMRK

Art./§ 1 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG

Art./§ 1 Abs. 3 lit. a Richtlinie 96/71/EG

Art./§ 2 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG

Art. 6 EntsG

Art. 6 Abs. 1 EntsG

Art. 6 Abs. 3 EntsG

Art. 9 Abs. 2 EntsG

Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG

Art. 5 Abs. 1 FZA

Art. 12 FZA

Art. 16 Abs. 1 FZA

Art. 22 Abs. 2 FZA

Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA

Art. 30 Abs. 3 VRK

Publikationen:

- keine -

**[Der Beschwerdeführer ist Inhaber eines in Deutschland domizilierten Taxiunternehmens. Wegen (angeblichen) Verstosses gegen die entsendegesetzlichen Meldevorschriften wurde ihm eine "Busse" von Fr. 750.- auferlegt.]**

**Offengelassen, ob es sich bei einer Verwaltungssanktion gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG um eine strafrechtliche Anklage im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt (E. 2). Der Beschwerdeführer kann sich auf § 3 Abs. 1 der Vereinbarung zwischen Deutschland und der Schweiz zur Personenbeförderung berufen. Diese Vereinbarung ist nicht durch langanhaltende Nichtanwendung (desuetudo) ausser Kraft getreten und direkt anwendbar (E. 3.1 ff.). Die Regelung der Vereinbarung ist grundsätzlich günstiger als das FZA und somit gestützt auf Art. 12 FZA anwendbar (E. 3.4). Dem Beschwerdeführer kommt gestützt darauf das Recht zu, Fahrgäste von Deutschland an den Flughafen Zürich zu befördern, ohne dass er sich dabei an die 90-Tage-Regelung des Art. 5 Abs. 1 FZA zu halten hätte (E. 3.5). Folglich unterlag er auch der entsendegesetzlichen Meldepflicht nicht (E. 3.6).**

**Die Angestellte des Beschwerdeführers ist nicht als "entsandt" im Sinn von Art. 1 Abs. 3 lit. a (der europäischen) Entsenderichtlinie zu qualifizieren. Dies folgt bereits daraus, dass bei einer Taxifahrt von Singen an den Flughafen Zürich keine hinreichende Verbindung zwischen der Schweiz und der Arbeitnehmerin des Beschwerdeführers besteht. Da eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen dem Freizügigkeitsabkommen und dem Unionsrecht hergestellt werden soll, besteht vorliegend kein Anlass, im Rahmen der Auslegung des Entsendegesetzes eine andere Auslegung vorzunehmen. Demnach war der Beschwerdeführer auch deshalb nicht gehalten, vor Beginn des Einsatzes vom 23. Mai 2017 eine Meldung zu erstatten, weil dieser nicht vom Anwendungsbereich des Entsendegesetzes erfasst wird (zum Ganzen E. 4).**

**Gutheissung.**



---

VB.2021.00414

## Urteil

der 4. Kammer

vom 1. September 2022

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer,  
Verwaltungsrichter Martin Bertschi, Gerichtsschreiber David Henseler.

In Sachen

A, vertreten durch RA B und/oder RA C,

**Beschwerdeführer,**

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit,

**Beschwerdegegner,**

**betreffend Verstoss gegen Meldevorschriften,**

hat sich ergeben:

### **I.**

Mit als Strafsentscheid bezeichneter Verfügung vom 30. Oktober 2018 sprach das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) gegenüber A, Inhaber des in Deutschland domizilierten Unternehmens "D", wegen Verstosses gegen die Meldevorschriften gemäss Art. 6 des Entsendegesetzes vom 8. Oktober 1999 (EntsG, SR 823.20) eine "Busse im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG" in Höhe von Fr. 750.- aus (Dispositiv-Ziff. 1) und auferlegte ihm Fr. 100.- Verfahrensgebühren (Dispositiv-Ziff. 2).

### **II.**

A liess dagegen am 3. Dezember 2018 an die Volkswirtschaftsdirektion rekurrieren und die Aufhebung des Strafsentscheids vom 30. Oktober 2018 verlangen, eventualiter die angemessene Kürzung der ihm auferlegten Busse und Gebühren.

Mit Verfügung vom 30. April 2021 wies die Volkswirtschaftsdirektion den Rekurs ab (Dispositiv-Ziff. I), auferlegte A die Verfahrenskosten von Fr. 1'326.- (Dispositiv-Ziff. II) und sprach keine Parteientschädigungen zu (Dispositiv-Ziff. III).

### **III.**

Am 1. Juni 2021 liess A Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben und folgende Anträge stellen:

- " 1. Der vorinstanzliche Entscheid vom 30. April 2021 und der Strafsentscheid Nr. 2018/224268 vom 30. Oktober 2018 seien aufzuheben und von der Auferlegung einer Busse wegen Verstoss gegen die entsenderechtlichen Meldevorschriften im Umfang von CHF 725.00 sowie der Gebühr von CHF 100 sei ganz abzusehen.
2. Eventualiter zu Ziffer 1 sei die mit Strafsentscheid Nr. 2018/224268 vom 30. Oktober 2018 auferlegte Busse wegen Verstoss gegen die entsenderechtlichen Meldevorschriften im Umfang von CHF 725.00 zzgl. Gebühr von CHF 100 angemessen zu kürzen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegner."

Mit Präsidialverfügung vom 7. Juni 2021 wurde A aufgrund seines Wohnsitzes im Ausland aufgefordert, eine Kautionszahlung zu bezahlen; diese wurde fristgerecht geleistet. Die Volkswirtschaftsdirektion verzichtete am 25. Juni 2021 auf Vernehmlassung. Das AWA schloss in seiner Beschwerdeantwort vom 6. Juli 2021 auf Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge, soweit darauf einzutreten sei. A hielt mit Eingabe vom 9. September 2021 an seinen Anträgen fest.

Die Kammer erwägt:

### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen Rekursentscheide der Volkswirtschaftsdirektion über Anordnungen des Amtes für Wirtschaft und Arbeit im Bereich des Vollzugs des Entsendegesetzes bzw. der flankierenden Massnahmen zuständig (§§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom

24. Mai 1959 [VRG, LS 175.2]; vgl. VGr, 11. Juli 2018, VB.2018.00110, E. 1).

Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Der Beschwerdeführer verlangt in der Hauptsache die Aufhebung der Ausgangsverfügung und damit der ihm auferlegten "Busse" von Fr. 725.- sowie der Gebühren in der Höhe von Fr. 100.-. Entsprechend beträgt der Streitwert Fr. 825.-, weshalb die Angelegenheit grundsätzlich in die einzelrichterliche Zuständigkeit fiele (§ 38b Abs. 1 lit. c VRG).

Vorliegend stellen sich jedoch gleich mehrere Fragen, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt. So ist insbesondere zu klären, ob grenzüberschreitende Taxifahrten von Deutschland in die Schweiz in den Anwendungsbereich des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft (heute: Europäische Union [EU]) und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen [FZA, SR 0.142.112.681]) fallen und ob die Vereinbarung zwischen dem Eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartement und dem Bundesminister für Verkehr der Bundesrepublik Deutschland über den gewerblichen Strassenpersonen- und -güterverkehr vom 17. Dezember 1953 (SR 0.741.619.136; nachfolgend: Vereinbarung CH-DE) auf solche Fahrten (weiterhin) anwendbar ist. Folglich ist die Sache durch die Kammer zu behandeln (§ 38b Abs. 2 VRG; vgl. dazu Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 38b N. 22 mit Hinweisen).

## **2.**

**2.1** Gemäss Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 EntsG muss ein im Ausland domizilierter Arbeitgeber, der Arbeitnehmende in die Schweiz entsendet, der vom Kanton bezeichneten Behörde schriftlich die für die Durchführung der Kontrolle notwendigen Angaben melden; die Arbeit darf nach Art. 6 Abs. 3 EntsG frühestens acht Tage nach der Meldung des Einsatzes aufgenommen werden. Gestützt auf Art. 6 Abs. 5 lit. a EntsG hat der Bundesrat – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – dieses Meldeverfahren nur für Arbeiten obligatorisch erklärt, die länger als acht Tage pro Kalenderjahr dauern (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer [EntsV, SR 823.201]).

Gemäss Beschwerdegegner und Vorinstanz hat Ersterer mit Schreiben vom 18. März 2015 deutsche und österreichische Taxiunternehmungen sowie selbständige Taxifahrer dahingehend informiert, dass – in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und entgegen den gesetzlichen Vorgaben – auf die Einhaltung der achttägigen Wartefrist verzichtet werde, soweit Fahrten an den Flughafen Zürich-Kloten oder von dort aus betroffen seien (vgl. sodann die Stellungnahme des Bundesrats vom 10. Mai 2017 zur Interpellation Seiler-Graf [17.3088]; ferner – zur Verhältnismässigkeit der Wartefrist – Pärli, Entsendegesetz [EntsG], 2. A., Bern 2022, Art. 6 N. 22 mit Hinweisen).

Bei Verstössen gegen Art. 6 EntsG kann die zuständige kantonale Behörde den fehlbaren Arbeitgeber mit einer Verwaltungssanktion von bis zu Fr. 5'000.- belasten (Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG).

## **2.2**

**2.2.1** Der hier angefochtene "Strafentscheid", mit welchem eine "Busse" verhängt wurde, wirft zunächst

die Frage auf, ob es sich bei der Verwaltungsanklage gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a EntSG um eine strafrechtliche Anklage im Sinn von Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) handelt. Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) liegt eine solche vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (sogenannte "Engel"-Kriterien, zurückgehend auf EGMR, 8. Juni 1976, Engel c. Niederlande, 5100/71; zum Ganzen BGE 140 II 384 E. 3.2.1, 139 I 72 E. 2.2.2 mit Hinweisen).

**2.2.2** Das Entsendegesetz kennt neben den in Art. 9 geregelten Verwaltungsanklagen auch die Strafbestimmungen des Art. 12. Der Gesetzgeber beabsichtigte somit eine klare Abgrenzung der Verwaltungsanklagen von den möglichen strafrechtlichen Konsequenzen (Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128 ff. [Botschaft sektorielle Abkommen], 6405; Botschaft zum Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit vom 2. März 2012, BBl 2012 3397 ff., 3424 f. und insbesondere Botschaft zur Änderung des Entsendegesetzes vom 1. Juli 2015, BBl 2015 5845 ff., 5856: "Es handelt sich in Artikel 9 um verwaltungsrechtliche und nicht um verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen wie in Artikel 12"). Auch in der Lehre und der Rechtsprechung wird ein strafrechtlicher Charakter der Verwaltungsanklagen nach Art. 9 Abs. 2 EntSG mehrheitlich verneint (vgl. insbesondere Verwaltungsgericht Bern, 8. Februar 2016, VGE 100.2014.218 [= BVR 2017, S. 255], E. 3 und das dazu ergangene Urteil BGr, 12. Oktober 2016, 2C\_246/2016, E. 2.4.3 [sowie Sachverhalt B am Ende]; ausführlich Pärli, Art. 6 N. 19 f. mit weiteren Hinweisen; bejahend dagegen Verwaltungsgericht Appenzell Ausserrhoden, 27. Oktober 2010, GVP 22/2010 Nr. 2290, E. 2.3). Dieser Schluss erscheint indes nicht zwingend, insbesondere mit Blick auf die maximale Höhe der Sanktion von Fr. 5'000.-; dieser Betrag kann nicht mehr als geringfügig bezeichnet werden (vgl. Tobias Jaag, Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger [Hrsg.], Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Zürich etc. 2002, S. 151 ff., 162; Alexander Locher, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Zürich etc. 2013, Rz. 171 ff., 482 f.). Überdies kommt selbst bei Bussen in der Höhe von wenigen hundert Franken die Qualifikation als strafrechtliche Anklage im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK in Betracht (Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 3. A., Zürich etc. 2020 [Handbuch], Rz. 477 mit Hinweisen in Fn. 104; EGMR, 22. Mai 1990, Weber c. Schweiz, 11034/84, § 34 [maximale Busse von Fr. 500.-, welche in Freiheitsentzug umgewandelt werden konnte]; vgl. BGE 121 I 379 E. 3d [strafrechtlicher Charakter einer "Disziplinarbusse" von Fr. 300.- verneint]). Ihrer Natur nach sind die Verwaltungsanklagen gemäss Art. 9 Abs. 2 EntSG jedoch wohl nicht dem Strafrecht zuzuordnen, zumal sie primär dem Vollzug des Entsendegesetzes und damit der Verwirklichung der flankierenden Massnahmen dienen (vgl. Pärli, Art. 9 N. 21; Verwaltungsgericht Bern, 8. Februar 2016, VGE 100.2014.218 [= BVR 2017 S. 255], E. 3.5 ["vorab erzieherische Zwecksetzung"]; vgl. BGr, 11. August 2000, 1P.102/2000, E. 1c/bb; Bundesrat, Pekuniäre Verwaltungsanklagen, Bericht vom 23. Februar 2022, BBl 2022 776, Ziff. 2.6; ferner zur zentralen Bedeutung des zweiten Engel-Kriteriums etwa Villiger, Handbuch, Rz. 476 mit Hinweis auf EGMR, 23. November 2006, Jussila c. Finnland, 73053/01, § 38).

**2.2.3** Wie sich im Folgenden zeigt, kann die Frage nach der Qualifikation der Verwaltungssanktion gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG hier offenbleiben. Anzumerken ist jedoch, dass die vom Beschwerdegegner verwendete Terminologie ("Strafentscheid", "Busse") nicht derjenigen von Art. 9 EntsG entspricht und missverständlich ist, zumal er selbst – zumindest implizit – von einer Verwaltungssanktion ausgeht, welche im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens verhängt wird.

**2.3** Vorliegend wurde eine Mitarbeiterin des Beschwerdeführers am Vormittag des 23. Mai 2017 im Bereich "Drop-off An- und Abflug" des Flughafens Zürich-Kloten kontrolliert, nachdem sie einen Fahrgast von Singen (Deutschland) mit einem Taxi mit Kennzeichen 01 an den Flughafen befördert hatte. Eine diesbezügliche Meldung erfolgte am 18. September 2017, nachdem der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt hatte. Aus einem Bewegungsrapport für den Bereich "V Drop-off" des Flughafens Zürich geht hervor, dass das Fahrzeugkennzeichen 01 vom 1. Januar bis am 23. Mai 2017 an 27 Tagen mindestens einmal erfasst worden war (vgl. zu den Kontrollunterlagen auch VGr, 10. September 2019, VB.2018.00694, E. 3).

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer bringt auch vor Verwaltungsgericht keine Belege für seine Behauptung vor, eine Vielzahl der im Bewegungsrapport erfassten Ein- und Ausfahrten seien private – und nicht gewerbliche – Fahrten gewesen. Soweit die strafrechtlichen Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK nicht zur Anwendung kommen, wäre es jedoch an ihm gelegen, entsprechende Beweismittel vorzulegen, zumal sowohl im (verwaltungsrechtlichen) Rekurs- wie auch im Beschwerdeverfahren eine abgeschwächte Untersuchungspflicht gilt, da die Verfahrensbeteiligten einer zusätzlichen Mitwirkungspflicht in Form einer Begründungs- bzw. Substanziierungspflicht unterliegen (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 33; VGr, 3. März 2022, VB.2021.00691, E. 3.3.1). Dies gilt umso mehr, da – hätte es sich tatsächlich um private Fahrten gehandelt – entsprechende Belege grundsätzlich ohne grösseren Aufwand beizubringen gewesen wären, indem etwa Flugtickets des Beschwerdeführers, seiner Ehefrau und/oder seiner Tochter hätten vorgelegt werden können (vgl. Plüss, § 7 N. 102 ff.). Im Übrigen widerspricht der Beschwerdeführer selber seiner Behauptung, wenn er an anderer Stelle in der Beschwerdeschrift ausführen lässt, die grenzüberschreitenden Taxifahrten seien für ihn wirtschaftlich wichtig und stellten "einen gewichtigen Teil seines [...] Geschäfts" dar.

Da die Ausgangsverfügung – wie sich im Folgenden zeigt – ohnehin aufzuheben ist, erübrigen sich weitere Erwägungen zu den (strafrechtlichen) Verfahrensgarantien – wie etwa des aus Art. 6 EMRK fliessenden Verbots des Selbstbelastungszwangs (vgl. BGE 147 I 57 E. 5.1) – sowie den daraus resultierenden Konsequenzen in der vorliegenden Konstellation. Es kann somit offenbleiben, ob bei Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK hinreichend erstellt wäre, ob die Angestellte des Beschwerdeführers am 23. Mai 2017 tatsächlich bereits an mehr als acht Tagen gewerblich an den Flughafen Zürich gefahren war.

### **3.**

**3.1** Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die von ihm durchgeführten Taxifahrten von Deutschland in die Schweiz nicht in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fallen. Er beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Vereinbarung CH-DE.

Diese sieht unter anderem vor, dass eine Personenbeförderung mit Personenkraftwagen ("Droschken und Mietwagen") im jeweils anderen Vertragsstaat gestattet ist, wenn der Unternehmer im Besitz einer Zulassung seines Heimatstaats ist und die Aufnahme von neuen Fahrgästen im anderen Vertragsstaat unterbleibt (§ 3 Abs. 1; zur Zulassung vgl. § 1 Abs. 2). Das Verbot der Aufnahme von neuen Fahrgästen im anderen Vertragsstaat gilt nicht für Unternehmer, die ihren Betriebssitz innerhalb einer Zone von zehn Kilometern beiderseits der Grenze haben, wenn die Fahrten auf Bestellung und nur in einem Bereich von nicht mehr als fünf Kilometern diesseits und jenseits der Grenze durchgeführt und die Fahrgäste nicht im anderen Vertragsstaat abgesetzt werden (§ 3 Abs. 2 Vereinbarung CH-DE).

**3.2** Das Verwaltungsgericht kam im Urteil VB.2013.00231 vom 4. September 2014 (E. 6.4) zum Schluss, dass sich die dortigen Beschwerdeführenden, zwei deutsche Taxiunternehmen, auf das Freizügigkeitsabkommen berufen konnten. Dieses räume ihnen das Recht ein, Dienstleistungen in der Schweiz zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreite (Art. 5 Abs. 1 FZA). Die Feststellung der Widerrechtlichkeit der gewerbmässigen Fahrgastaufnahme durch Chauffeure mit deutscher Taxibewilligung am Flughafen Zürich-Kloten stelle eine Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA dar. Im Umfang der 90-Tages-Dienstleistungsfreiheit komme die Vereinbarung CH-DE nicht zur Anwendung (Art. 22 Abs. 2 FZA).

Das Verwaltungsgericht liess im erwähnten Urteil für den Bereich der 90-Tages-Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA unter anderem die Fragen offen, ob es sich bei § 3 Abs. 1 Vereinbarung CH-DE um eine unmittelbar anwendbare (self-executing) Bestimmung handelt und ob diese noch in Kraft ist oder durch langanhaltende Nichtanwendung (desuetudo) ausser Kraft getreten ist (VGr, 4. September 2014, VB.2013.00231, E. 6.4 Abs. 1 f.; ebenso bezüglich einer entsprechenden Vereinbarung zwischen der Schweiz und Österreich VGr, 4. September 2014, VB.2013.00274, E. 6.4; vgl. Roland Bieber, Zur Vereinbarkeit von Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit für EU-Taxifahrer mit dem Freizügigkeitsabkommen EU/CH [Fall Zürich-Kloten], in: René Schaffhauser [Hrsg.], Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2013, Bern 2013, S. 435 ff., 436 f.).

### **3.3**

**3.3.1** Ein völkerrechtlicher Vertrag bzw. ein einzelner Teil davon kann grundsätzlich durch blosser Nichtanwendung über längere Dauer durch neues Gewohnheitsrecht überlagert und dadurch untergehen oder abgeändert werden (Andreas R. Ziegler, Einführung in das Völkerrecht, 4. A., Bern 2020, Rz. 239; Samantha Besson, Droit international public, Bern 2019, Rz. 1215 [zum Gewohnheitsrecht]; Georges J. Perrin, Droit international public, Zürich 1999, S. 282 f.; Athanassios Vamvoukos, Termination of Treaties in International Law, Oxford etc. 1985, S. 219 f., 260 f.; vgl. auch BGr, 9. August 2002, 1P.294/2002, E. 4.3.1). Ausdrücklich unter Bezugnahme auf die Vereinbarung CH-DE hält Bieber in diesem Kontext dafür, dass zu prüfen ist, ob dieser "eine gewohnheitsrechtlich verfestigte Änderung" erfahren habe (Bieber, S. 443).

Vorliegend ist unbestritten, dass die Vereinbarung CH-DE (formell) noch immer in Kraft ist (vgl. auch die Kündigungsbestimmung in § 18 Vereinbarung CH-DE). Gemäss Beschwerdegegner wird diese jedoch "seit nunmehr 17 Jahren nicht mehr angewendet" (vgl. auch Bundesamt für Migration/Bundesamt für Verkehr [BFM/BAV], Rechtliche Abklärung, Gewerbliche Personentransporte am Flughafen Zürich-Kloten, 11. August 2010, S. 4; ferner VGr, 4. September 2014, VB.2013.00252, E. 2.5, wonach auch der

Stadtrat Kloten und der Bezirksrat Bülach der Ansicht seien, die Vereinbarung CH-DE werde "seit vielen Jahren" nicht mehr angewendet). Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die Vereinbarung CH-DE bzw. deren § 3 ausser Kraft getreten wäre. Denn die schlichte Nichtausübung von Rechten reicht nicht aus, um auf *desuetudo* zu schliessen (Vamvoukos, S. 261; Perrin, S. 282 f.; vgl. Besson, Rz. 1217; Ziegler, Rz. 239 der dafürhält, dass ein Untergang durch Nichtanwendung "normalerweise abgelehnt" werde). Ohnehin kann aus der Ansicht des Beschwerdegegners allein von vornherein nicht geschlossen werden, dass Taxifahrer (aus Deutschland) ihre Rechte gemäss der Vereinbarung CH-DE nicht (mehr) ausüben. Hinzu kommt, dass neben der Nichtanwendung ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien notwendig ist, wobei dieser auch stillschweigend zum Ausdruck kommen kann (Vamvoukos, S. 261; Kerstin Odendahl in: Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach [Hrsg.], Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, 2. A., Berlin 2018, Art. 42 N. 25; Thomas Giegerich in: Dörr/Schmalenbach, Art. 54 N. 34). Anhaltspunkte dafür, dass die Schweiz und Deutschland die Vereinbarung CH-DE (stillschweigend) für nicht mehr anwendbar erachten, liegen jedoch nicht vor. Gegenteiliges lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass der Bundesrat in einer Stellungnahme vom 10. Mai 2017 im Zusammenhang mit internationalen Taxifahrten an den Flughafen Zürich Folgendes festhielt: "Aufgrund früherer Verträge mit Österreich und Deutschland weicht die diesbezügliche Praxis im Kanton Zürich [bezüglich der Nichtanwendung der achttägigen Wartefrist; vgl. vorn, E. 2.1 Abs. 2] leicht von den bundesrechtlichen Vorschriften ab" (Stellungnahme des Bundesrats vom 10. Mai 2017 zur Interpellation Seiler-Graf [17.3088]). Denn einerseits hat Deutschland mit Schreiben vom 11. Mai 2017 die Ermächtigung durch die Europäische Union (EU) beantragt, die Vereinbarung CH-DE hinsichtlich Kabotagebeförderungen bei der Bereitstellung von Personenkraftverkehrsleistungen mit Kraftomnibussen in der Grenzregion Deutschlands und der Schweiz zu ändern. Andererseits verwies der Bundesrat im Oktober 2017 in einem Bericht zum internationalen Personenverkehr auf die seit den 50er-Jahren bestehenden bilateralen Abkommen zum grenzüberschreitenden Strassenverkehr und damit unter anderem auf die Vereinbarung CH-DE (Bericht des Bundesrats zum internationalen Personenverkehr [Bahn/Bus] vom 18. Oktober 2017, S. 22 [verfügbar unter Curia Vista, Postulate 14.3673/15.3703]). Vor diesem Hintergrund liegen keine Hinweise dafür vor, dass die Vertragsparteien die Vereinbarung CH-DE übereinstimmend für nicht mehr anwendbar erachten.

**3.3.2** Völkerrechtliche Bestimmungen können in konkreten Streitfällen nur angerufen werden, wenn sie individualrechtliche Ansprüche verleihen (das heisst, wenn sie unmittelbar anwendbar bzw. "self-executing" sind). Dies setzt voraus, dass die angerufene Norm inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können. Für die Justiziabilität wird weiter vorausgesetzt, dass Rechte und Pflichten des Einzelnen umschrieben werden und dass die Norm sich an die rechtsanwendenden Behörden richtet (BGE 145 I 308 E. 3.4.1, 142 II 161 [= Pra. 105/2016 Nr. 79] E. 4.5.1 [je mit Hinweisen]; Astrid Epiney, Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 5 N. 78).

§ 3 Vereinbarung CH-DE lautet wie folgt: "Auf die Beförderungen mit Personenkraftwagen (Droschken und Mietwagen) finden die Beschränkungen des § 1 Absatz 1 Buchstaben a) und b) keine Anwendung. Jedoch ist die Beförderung mit Droschken und Mietwagen nur gestattet, wenn der Unternehmer im Besitze eines Ausweises nach § 1 Absatz 2 seines Heimatstaates ist und eine Aufnahme von neuen Fahrgästen im anderen Vertragsstaat unterbleibt" (Abs. 1). "Das Verbot der Aufnahme von neuen



Fahrgästen im anderen Vertragsstaat gilt nicht für Unternehmer, die ihren Betriebssitz innerhalb einer Zone von 10 Kilometern beiderseits der Grenze haben, wenn die Fahrten auf Bestellung und nur in einem Bereich von nicht mehr als 5 Kilometern diesseits und jenseits der Grenze durchgeführt und die Fahrgäste nicht im anderen Vertragsstaat abgesetzt werden" (Abs. 2). Gemäss § 1 Abs. 1 lit. a und b Vereinbarung CH-DE brauchen Unternehmer des Gelegenheitsverkehrs keiner weiteren Genehmigung, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind: "dass die gleichen Personen im gleichen Kraftfahrzeug während der ganzen Reise, die in dem Lande, in welchem das Fahrzeug immatrikuliert (amtlich zugelassen) ist, beginnen und endigen muss, befördert werden, oder dass die gleichen Personen im gleichen Kraftfahrzeug befördert werden und die Reise in einem See- oder Lufthafen des Landes, in dem das Fahrzeug immatrikuliert (amtlich zugelassen) ist, beginnt und in einem anderen derartigen Hafen in dem anderen Lande endigt und das Kraftfahrzeug leer zum Abfahrtsort zurückkehrt".

Der Wortlaut von § 3 Vereinbarung CH-DE ist – trotz der teilweise nicht mehr zeitgemässen Wortwahl – klar und der Gehalt der Bestimmung ist auch im Zusammenspiel mit § 1 Vereinbarung CH-DE eindeutig. Ausserdem umschreibt die Bestimmung Rechte und Pflichten der Droschken- und Mietwagenunternehmer. Folglich ist § 3 Vereinbarung CH-DE als unmittelbar anwendbar zu qualifizieren (vgl. implizit VGr, 10. September 2019, VB.2018.00694, E. 3.2 Abs. 1 zur parallelen Bestimmung in Art. 4 des Abkommens vom 22. Oktober 1958 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über den grenzüberschreitenden Verkehr mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Strassen [SR 0.741.619.163]).

**3.3.3** Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass § 3 Vereinbarung CH-DE nicht durch langanhaltende Nichtanwendung ausser Kraft getreten ist. Überdies ist diese Bestimmung unmittelbar anwendbar. Der Beschwerdeführer kann sich demnach im vorliegenden Verfahren darauf berufen.

## **3.4**

**3.4.1** Der Beschwerdeführer bringt unter Hinweis auf die in E. 3.2 erwähnte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts vor, dass die Vereinbarung CH-DE im Vergleich zum Freizügigkeitsabkommen günstigere Bestimmungen im Sinn von Art. 12 FZA enthalte, da er keine 90-Tage-Regel kenne. Somit bleibe für eine Anwendung von Art. 22 Abs. 2 FZA kein Raum, da Art. 12 FZA dieser Norm gegenüber die speziellere Bestimmung sei. Das Verwaltungsgericht habe den Vorrang des Freizügigkeitsabkommens lediglich in Bezug auf die Frage der Diskriminierung ausländischer Taxichauffeure beantwortet; es habe sich im oben zitierten Urteil indes nicht in grundsätzlicher Art und Weise zum Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zur Vereinbarung CH-DE geäussert.

**3.4.2** Die Vorinstanz ging davon aus, dass das Freizügigkeitsabkommen im Bereich der grenzüberschreitenden Taxidienstleistungen mit dem Staatsvertrag unvereinbar sei und diesem deshalb vorgehe. Dies leitete sie daraus ab, dass das Freizügigkeitsabkommen, anders als in § 3 Abs. 2 Vereinbarung CH-DE vorgesehen, keine geografischen Beschränkungen kenne.

**3.4.3** Diesen vorinstanzlichen Erwägungen kann – zumindest in dieser Absolutheit – nicht gefolgt werden. Art. 22 Abs. 2 FZA, wonach das Freizügigkeitsabkommen vorgeht, sofern ein Abkommen zwischen der Schweiz einerseits und einem oder mehreren Mitgliedstaaten der EU andererseits diesem widerspricht, steht einer (teilweisen) Anwendbarkeit der Vereinbarung CH-DE nicht im Weg. Vielmehr

stellt die Vereinbarung CH-DE für die hier interessierenden Taxifahrten von Deutschland in die Schweiz günstigere Regeln auf als das Freizügigkeitsabkommen. § 3 Vereinbarung CH-DE ist somit gestützt auf Art. 12 FZA grundsätzlich anwendbar (vgl. in diesem Zusammenhang BVGr, 18. September 2007, B-1277/2007, E. 5 – 18. September 2007, B-1279/2007, E. 5 – 28. August 2007, B-2183/2006, E. 3.7 [je betreffend Anerkennung von Diplomen gestützt auf Vereinbarungen zwischen der Schweiz und Deutschland]; Yvo Hangartner, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, S. 257 ff., 268; ferner mit Blick auf das Ausländerrecht Botschaft sektorielle Abkommen, 6357 f.). Einschränkender als das Freizügigkeitsabkommen ist die Vereinbarung CH-DE hinsichtlich der Aufnahme von Fahrgästen in der Schweiz bzw. der Beförderung von solchen innerhalb der Schweiz (vgl. § 3 Abs. 2 Vereinbarung CH-DE). Um diese Konstellation geht es vorliegend jedoch nicht (vgl. vorn, E. 2.3). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass unter anderem die Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen ein erklärtes Ziel des Freizügigkeitsabkommens ist (Art. 1 lit. b FZA; vgl. BGE 140 II 227 [= Pra. 104/2015 Nr. 43] E. 4.2). Eine Nichtanwendung von § 3 Abs. 1 Vereinbarung CH-DE würde diesem Ziel hier zuwiderlaufen.

Zum gleichen Ergebnis führt auch ein Vorgehen gemäss Art. 30 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (VRK, SR 0.111; vgl. zur Berücksichtigung der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens BGE 146 II 89 E. 4.3; Astrid Epiney, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, Jusletter vom 14. März 2016, Rz. 17). Dieser Vorschrift zufolge ist dann, wenn ein früherer und ein späterer völkerrechtlicher Vertrag zwischen den gleichen Vertragsparteien nebeneinander anwendbar sind, der frühere Vertrag nur insoweit anzuwenden, als er mit dem späteren Vertrag vereinbar ist. Die Norm fusst auf der Überlegung, dass Staaten, die eine bereits staatsvertraglich geregelte Materie mittels einer neuen Übereinkunft anders regeln wollen, damit auch ihre Absicht zum Ausdruck bringen, die Rechte und Pflichten aus dem früheren völkerrechtlichen Vertrag durch die neu geschaffenen Regeln zu ersetzen (BGr, 15. August 2012, 5A\_291/2012, E. 2.3; vgl. BGE 132 II 81 E. 3.2.3). Vorliegend ist jedoch kein Konflikt zwischen den beiden völkerrechtlichen Verträgen zu erblicken bzw. ist eine gleichzeitige Anwendung derselben möglich, ohne dass eines der beiden Regelwerke verletzt würde (vgl. dazu Mark E. Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden etc. 2009, Art. 30 N. 5–7; Odendahl, Art. 30 N. 13). Schliesslich sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es die Absicht der Parteien des Freizügigkeitsabkommens war, die Bestimmungen von allenfalls vorteilhafteren bilateralen Abkommen für nicht mehr anwendbar zu erklären (vgl. dazu BGE 133 V 329 [= Pra. 97/2008 Nr. 60] E. 8.7).

**3.5** Zusammenfassend kann sich der Beschwerdeführer auf § 3 Abs. 1 Vereinbarung CH-DE berufen. Ihm kommt gestützt darauf das Recht zu, Fahrgäste von Deutschland an den Flughafen Zürich zu befördern, ohne dass er sich dabei an die 90-Tage-Regelung des Art. 5 Abs. 1 FZA zu halten hätte. Dagegen hat er sich an das in dieser Konstellation anwendbare Verbot der Fahrgastaufnahme in der Schweiz zu halten. Dieser Schluss steht damit dem Urteil VB.2013.00231 vom 4. September 2014 nicht entgegen, zumal es dort gerade um die Aufnahme von Fahrgästen am Flughafen Zürich durch deutsche Taxichauffeure ging (vgl. dazu auch hinten, E. 4.4.3).

**3.6** Aus den vorangehenden Erwägungen folgt schliesslich, dass sich der Beschwerdeführer – soweit er sich auf die Vereinbarung CH-DE berufen kann – nicht an die entsendegesetzliche Meldepflicht zu halten hatte. Denn die Vereinbarung CH-DE sieht keine Meldepflicht vor. Eine solche besteht lediglich dann, wenn ein Dienstleistungserbringer von seinen Rechten aus dem Freizügigkeitsabkommen Gebrauch macht, zumal das Entsendegesetz auf der Grundlage von Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA erlassen wurde und es insbesondere der Abfederung der Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens auf den hiesigen Arbeitsmarkt dienen soll (vgl. BGE 147 II 375 E. 3.1; BGr, 22. Mai 2017, 2C\_150/2016, E. 2.1; hierzu auch hinten, E. 4.3). Bereits aus diesem Grund liegt kein Verstoss im Sinn von Art. 9 Abs. 2 lit. a Entsg vor und kommt eine Verwaltungssanktion nicht in Betracht.

#### **4.**

**4.1** Der Beschwerdeführer bringt im Weiteren vor, dass keine Entsendung vorliege, da erstens keine grenzüberschreitende Dienstleistung im Sinn des Freizügigkeitsabkommens vorliege und zweitens die Tätigkeit seiner Mitarbeiterin "in der Grenzüberschreitung selbst" bestanden habe und diese damit nicht als "in der Schweiz erbracht" qualifiziert werden könne.

**4.2** Der Dienstleistungsbegriff wird im Freizügigkeitsabkommen nicht definiert. Gemäss Art. 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, Konsolidierte Fassung: ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 47 ff.), umfasst er "Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen". Bei der Personenbeförderung durch Taxis handelt es sich um Dienstleistungen im Sinn des Freizügigkeitsabkommens (VGr, 4. September 2014, VB.2013.00231, E. 6.3.3 – 4. September 2014, VB.2013.00274, E. 6.3.3; Bieber, S. 439; Sian Affolter, Über Uber, in: René Schaffhauser [Hrsg.], Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2018, Zürich/St. Gallen 2018, S. 235 ff., 251 ff.; vgl. Oesch, Rz. 189; a. A. Dirk Trüten/Tobias Baumgartner, "Taxi Driver" – oder: Was bedeutet das internationale Recht für die Regulierung von Taxidienstleistungen in der Schweiz?, in: Markus Notter et al. [Hrsg.], Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei?, Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich etc. 2018, S. 395 ff., 399 ff.).

Soweit der Beschwerdeführer auf Art. 58 und Art. 90 ff. AEUV hinweist und ausführt, dass das Gemeinschaftsrecht den Verkehrsbereich von der allgemeinen Dienstleistungsfreiheit ausnehme, so kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Verwaltungsgericht hat bereits festgehalten, dass die Regelungen über die Dienstleistungen im Freizügigkeitsabkommen auch Verkehrsdienstleistungen umfassen und insofern einen weiteren Anwendungsbereich haben als die entsprechenden Vorschriften des Unionsrechts (VGr, 4. September 2014, VB.2013.00231, E. 6.3.4 – 4. September 2014, VB.2013.00274, E. 6.3.4).

**4.3** Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA räumt den Vertragsparteien das Recht ein, "Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer" zu erlassen. Damit sollte verhindert werden, dass die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in die Schweiz durch europäische Dienstleistungserbringer zu Sozial- und Lohndumping führt (Botschaft sektorielles Abkommen, 6394); aufgrund dieses Vorbehalts wurde das Entsendegesetz verabschiedet (BGE 147 II 375 E. 3.1 und 3.3; BGr, 14. Dezember 2010, 2C\_714/2010, E. 3.1 am Ende; Astrid Epiney/Patrizia Zbinden,

Arbeitnehmerentsendung und FZA Schweiz – EG, Jusletter vom 31. August 2009, Rz. 63). Dieses setzt nicht nur die Bestimmungen von Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA um, sondern berücksichtigt auch ausdrücklich die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie; ABl. L 018 vom 21. Januar 1997, S. 1 ff.) (Botschaft sektorielles Abkommen, 6393 f., 6435), wie dies auch von Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 FZA verlangt wird (zum Ganzen BGE 140 II 447 [= Pra. 104/2015 Nr. 43] E. 4.3).

#### **4.4**

**4.4.1** Vom sachlichen Anwendungsbereich des Entsendegesetzes wird nur die Entsendung im eigentlichen Sinn erfasst, bei welcher eine Arbeitgeberin mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet, damit diese, für einen bestimmten Zeitraum, auf Rechnung und unter Leitung dieser Arbeitgeberin im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen dieser Arbeitgeberin und dem Leistungsempfänger, eine Arbeitsleistung in der Schweiz erbringen (Art. 1 Abs. 1 lit. a EntsG) oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb in der Schweiz arbeiten, der zur Unternehmensgruppe dieser Arbeitgeberin gehört (Art. 1 Abs. 1 lit. b EntsG) (BGE 147 II 375 E. 3.4; BGr, 22. Mai 2017, 2C\_150/2016, E. 2.3).

**4.4.2** Vorliegend kommt von vornherein nur die Entsendekonstellation gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a EntsG in Betracht. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung setzt unter anderem voraus, dass ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin entsandt wird, um eine Arbeitsleistung in der Schweiz zu erbringen. Dass es sich beim Beschwerdeführer um einen ausländischen Arbeitgeber im Sinn des Entsendegesetzes handelt, ist unbestritten (vgl. dazu Pärli, Art. 1 N. 7 ff.). Gleiches gilt für die Arbeitnehmereigenschaft der kontrollierten Angestellten des Beschwerdeführers (vgl. zum Arbeitnehmerbegriff Art. 1 Abs. 3 EntsG und dazu Pärli, Art. 1 N. 11 ff.; ferner VGr, 21. Dezember 2006, VB.2006.00336, E. 3.2). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Dienstleistung, welche die Arbeitnehmerin des Beschwerdeführers erbracht hat, "mit der Beförderung an den Bestimmungsort (vorliegend der Flughafen Zürich) erfüllt" ist, wie die Vorinstanz annimmt oder – wie der Beschwerdeführer vorbringt – die Dienstleistung nicht als in der Schweiz erbracht qualifiziert werden könne. In einem ähnlich gelagerten Fall liess das Verwaltungsgericht offen, ob "das Bringen von Fahrgästen aus Österreich an den Flughafen Zürich der Meldepflicht unterliegt" (VGr, 10. September 2019, VB.2018.00694, E. 3.2 Abs. 3).

**4.4.3** Der Beschwerdegegner behauptet nicht, dass die Angestellte des Beschwerdeführers anlässlich der Kontrolle am 23. Mai 2017 einen Fahrgast in der Schweiz aufgenommen oder dass sie zu diesem Zweck am Flughafen Zürich gewartet hätte. Eine Fahrgastaufnahme in der Schweiz oder eine Fahrt mit Start- und Endpunkt innerhalb der Schweiz lässt sich denn auch weder dem Kontrollbericht noch dem Bewegungsrapport entnehmen (vgl. vorn, E. 2.3). In diesem Umstand ist der wesentliche Unterschied zum bereits erwähnten Verfahren VB.2013.00231 zu erblicken: In Letzterem ging es darum, dass der Bezirksrat Bülach festgestellt hatte, dass "die gewerbsmässige Fahrgastaufnahme durch ausländische Taxichauffeure mit Limousinen und/oder Personenwagen bis neun Personen ab dem Flughafen Zürich-Kloten widerrechtlich sei" (vgl. VGr, 4. September 2014, VB.2013.00231, Sachverhalt II; vgl. in diesem Zusammenhang auch BFM/BAV, S. 1, wo das "Abholen von Feriengästen am Flughafen Zürich-Kloten"

und Binnentransporte in der Schweiz hervorgehoben werden).

**4.4.4** Im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie wird eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen dem Freizügigkeitsabkommen und dem Unionsrecht angestrebt (Art. 16 Abs. 1 FZA; BGE 147 II 375 E. 3.2, vgl. BGE 136 II 329 E. 2.3 mit Hinweisen). Bei der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen nach dem Unterzeichnungsdatum des Freizügigkeitsabkommens (21. Juni 1999) weicht das Bundesgericht von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen "triftiger" Gründe ab (BGE 140 II 447 [= Pra. 104/2015 Nr. 43] E. 4.3, 140 II 112 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

**4.4.4.1** Gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. a Entsenderichtlinie findet diese unter anderem Anwendung, soweit Unternehmen einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht. Diese Definition stellt auf die Perspektive des Herkunftsstaats ab; der Dienstleistungsempfänger befindet sich nach diesem Verständnis in einem anderen Mitgliedsstaat (dem sogenannten Bestimmungs- oder Destinationsstaat) (Sebastian Krebber in: Martin Franzen/Inken Gallner/Hartmut Oetker [Hrsg.], Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. A., München 2020, RL 96/71/EG Art. 1 N. 33; Johannes Heuschmid/Florian Schierle in: Ulrich Preis/Adam Sagan [Hrsg.], Europäisches Arbeitsrecht, 2. A., Köln 2019, Rz. 16.92).

**4.4.4.2** Im hier interessierenden Zusammenhang hielt der EuGH mit Urteil vom 1. Dezember 2020 fest, dass die Entsenderichtlinie auf die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen im Strassenverkehrssektor anwendbar ist (EuGH, 1. Dezember 2020, FNV c. Van den Bosch, C-815/18, Rn. 49 [betreffend Anwendbarkeit eines niederländischen Tarifvertrags auf Lastwagenfahrer aus Deutschland und Ungarn]; bestätigt in EuGH, 8. Juli 2021, Rapidsped, C-428/19, Rn. 35 f. [Anspruch ungarischer Lastwagenfahrer auf französischen Mindestlohn]). Des Weiteren erwog der EuGH, dass ein Arbeitnehmer, der in dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in den er entsandt wird, Leistungen von sehr beschränktem Umfang erbringt, nicht als "entsandt" im Sinn der Entsenderichtlinie angesehen werden könne (EuGH, 1. Dezember 2020, FNV c. Van den Bosch, C-815/18, Rn. 49; vgl. auch bereits EuGH, 19. Dezember 2019, Dobersberger, C-16/18, Rn. 31). Dies gelte etwa für einen Fahrer, der das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Gütertransports auf der Strasse nur durchquert (Transit). Gleiches gälte für einen Fahrer, der lediglich einen grenzüberschreitenden Transport vom Sitzmitgliedstaat des Transportunternehmens bis zum Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats oder umgekehrt durchführe. Insgesamt bejaht der EuGH eine Arbeitnehmerentsendung im Sinn des Art. 1 Abs. 1 und 3 sowie Art. 2 Abs. 1 Entsenderichtlinie, wenn die Arbeitsleistung der Fahrer in einer Gesamtwürdigung von Umständen eine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufweist. Dabei sind insbesondere die Art der dort verrichteten Tätigkeiten der Fahrer und der Anteil dieser Tätigkeiten an der gesamten Beförderungsleistung zu berücksichtigen (EuGH, 1. Dezember 2020, FNV c. Van den Bosch, C-815/18, Rn. 51 f.; vgl. Abbo Junker, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2021, RIW 2022 S. 1–11, 1 f.; ferner zur Anwendbarkeit der Entsenderichtlinie auf grenzüberschreitende Verkehrsdienstleistungen

Heuschmid/Schierle, Rz. 16.109; Krebber, RL 96/71/EG Art. 1 N. 33; Thomas Klein in: Monika Schlachter/Hans Michael Heinig [Hrsg.], Enzyklopädie Europarecht: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. A., Baden-Baden 2021, § 10 Rz. 58 ff.).

Diese Rechtsprechung des EuGH kann vorliegend – soweit entscheidungswesentlich – berücksichtigt und in die Auslegung miteinbezogen werden. Für die hier interessierende Taxifahrt von Deutschland an den Flughafen Zürich dürfte die hinreichende Verbindung zur Schweiz fehlen, zumal die Arbeitnehmerin des Beschwerdeführers den Fahrgast in Deutschland aufnahm und – nachdem dieser ausgestiegen war – wieder an den Sitz ihres Arbeitgebers in Deutschland zurückkehrte (vgl. Peter Hantel, Entsendung von Arbeitnehmern/Kraftfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr/Kabotagebeförderung, ZESAR 2021 S. 191 ff., 200).

**4.4.4.3** Das Kriterium der hinreichenden Verbindung zwischen dem Kraftfahrer und den erbrachten Dienstleistungen sowie mit dem Gebiet des jeweiligen Aufnahmemitgliedstaats hat der europäische Gesetzgeber im Rahmen der Richtlinie (EU) 2020/1057 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2020 zur Festlegung besonderer Regeln im Zusammenhang mit der Richtlinie 96/71/EG und der Richtlinie 2014/67/EU für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor und zur Änderung der Richtlinie 2006/22/EG bezüglich der Durchsetzungsanforderungen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 (ABl. 2020 L 249/49 vom 31. Juli 2020) ebenfalls aufgenommen (vgl. Erwägungsgründe 9 und 11–13). Die Richtlinie (EU) 2020/1057 bezweckt insbesondere eine Klarstellung, unter welchen Umständen die Bestimmungen der Entsenderichtlinie nicht für Kraftfahrer gelten (Erwägungsgrund 9). In diesem Sinn bestimmt Art. 1 Abs. 4 Unterabs. 1 der Richtlinie (EU) 2020/1057, dass ein Kraftfahrer nicht als entsandt im Sinn der Entsenderichtlinie anzusehen ist, wenn er bilaterale Beförderungen von Fahrgästen ausführt. Eine solche Beförderung ist im grenzüberschreitenden Gelegenheits- oder Linienverkehr unter anderem dann gegeben, wenn ein Kraftfahrer entweder Fahrgäste im Niederlassungsmitgliedstaat aufnimmt und in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittland wieder absetzt oder Fahrgäste in einem Mitgliedstaat oder in einem Drittland aufnimmt und sie im Niederlassungsmitgliedstaat wieder absetzt (Art. 1 Abs. 4 Unterabs. 2 lit. a und b Richtlinie [EU] 2020/1057; vgl. Klein, § 10 Rz. 60).

**4.4.4.4** Gestützt auf die vorangehenden Überlegungen kann festgehalten werden, dass die Angestellte des Beschwerdeführers nicht als "entsandt" im Sinn von Art. 1 Abs. 3 lit. a Entsenderichtlinie zu qualifizieren ist. Dies folgt bereits daraus, dass bei einer Taxifahrt von Singen an den Flughafen Zürich keine hinreichende Verbindung zwischen der Schweiz und der Arbeitnehmerin des Beschwerdeführers besteht. Da – wie aufgezeigt – eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen dem Freizügigkeitsabkommen und dem Unionsrecht hergestellt werden soll, besteht vorliegend kein Anlass, im Rahmen der Auslegung des Entsendegesetzes eine andere Auslegung vorzunehmen (vgl. Astrid Epiney/Robert Mosters, Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und die Schweiz, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlatescu [Hrsg.], Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, Zürich etc. 2020, S. 98 ff., 112 f. zur Rechtsprechung in der Sache Dobersberger; ferner Epiney, Jusletter vom 14. März 2016, Rz. 21 f.). Die vorliegend interessierende Taxifahrt fällt demnach nicht in den Anwendungsbereich des Entsendegesetzes.

**4.5** Demnach war der Beschwerdeführer auch deshalb nicht gehalten, vor Beginn des Einsatzes vom

23. Mai 2017 eine Meldung gemäss Art. 6 EntsG zu erstatten, weil dieser nicht vom Anwendungsbereich des Entsendegesetzes erfasst wird. Folglich liegt auch kein Verstoß im Sinn von Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG vor und kommt eine Verwaltungsanktion auch aufgrund von diesen Überlegungen nicht in Betracht.

## 5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Verfügung vom 30. Oktober 2018 sowie Dispositiv-Ziff. I und III des Rekursentscheids sind aufzuheben. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. II des Rekursentscheids sind die Rekurskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Beschwerdeführers einzugehen (etwa betreffend Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, des Diskriminierungsverbots und des Vertrauensgrundsatzes). Ebenso braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden, ob die Meldepflicht des Entsendegesetzes gegen das Freizügigkeitsabkommen verstösst (vgl. dazu VGr, 4. Juli 2018, VB.2017.00474, E. 2.2 mit Hinweis auf Astrid Epiney, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters [Hrsg.], Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz–EU, Zürich etc. 2011, S. 81 ff., 103 ff.; Pärli, Art. 6 N. 42 f. mit Hinweisen).

## 6.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und ist dieser zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'500.- zu bezahlen (§ 65a Abs. 2 teilweise in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 sowie § 17 Abs. 2 VRG). Dem unterliegenden Beschwerdegegner steht keine Parteientschädigung zu.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Dispositiv-Ziff. I und III der Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion vom 30. April 2021 sowie die Verfügung des Beschwerdegegners vom 30. Oktober 2018 werden aufgehoben.

In Abänderung von Dispositiv-Ziff. II der Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion vom 30. April 2021 werden die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 1'326.- dem Beschwerdegegner auferlegt.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 1'000.--; die übrigen Kosten betragen:  
Fr. 95.-- Zustellkosten,  
Fr. 1'095.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beschwerdegegner auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss wird dem Beschwerdeführer nach Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Rekurs- und das

Beschwerdeverfahren insgesamt eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.- zu bezahlen.

5. Gegen dieses Urteil kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (SR 173.110) erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an:
  - a) die Parteien;
  - b) die Volkswirtschaftsdirektion;
  - c) den Regierungsrat;
  - d) das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO;
  - e) die Gerichtskasse (zur Rückerstattung des Kostenvorschusses).

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Versandt:

---