

Beschwerdeentscheid

vom 3. Juli 2006

Es wirken mit: Vera Marantelli, Francesco Brentani, Eva Schneeberger, Richter
Marion Spori Fedail, juristische Sekretärin

In Sachen

S.
(Beschwerdeführer 1)

G. AG
(Beschwerdeführerin 2)
beide vertreten durch Rechtsanwalt ...
(Verwaltungsbeschwerde vom 7. April 2005)

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Direktion für Arbeit, Effingerstrasse 31,
3003 Bern
(Vorinstanz)
(Verfügung vom 8. März 2005)

betreffend

Arbeitsvermittlung

hat sich ergeben:

- A. Der Verband S. ist der Arbeitgeberverband der Personaldienstleistungsbranche, die G. AG verleiht als Temporärunternehmung EU-/EFTA-Staatsangehörige als Arbeitskräfte an schweizerische Einsatzbetriebe.

Mit an das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) und das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (imes) adressierter Eingabe vom 1. Dezember 2004 ersuchten der S. und die G. AG, vertreten durch Rechtsanwalt X., um Abänderung der vom seco gemeinsam mit dem imes erlassenen Weisung zu den "Auswirkungen des Abkommens über den freien Personenverkehr mit der EU auf Vermittlung und Verleih" vom 19. Juli 2004 sowie eventualiter um den Erlass einer negativen Feststellungsverfügung bezüglich der Erforderlichkeit einer eidgenössischen Bewilligung für die Vermittlung und den Verleih von neu einreisenden Arbeitnehmern aus dem EU-/EFTA-Raum. Die Anträge waren dabei wie folgt formuliert:

- "1. Die erwähnte Weisung sei wie folgt abzuändern bzw. zu ergänzen:

Ziffer 6:

"Personalverleiher und Arbeitsvermittler im Besitz einer kantonalen Verleihbewilligung, die privat tätig sind und sich grenzüberschreitend betätigen wollen, benötigen keine eidgenössische Bewilligung für den Verleih von EU/EFTA-Staatsangehörigen vom Ausland in die Schweiz, worunter auch die Rekrutierung von EU/EFTA-Ausländer/Innen im Ausland zum Zweck des Verleihs in die Schweiz verstanden wird. Diese Personen gelten gestützt auf den Grundsatz der Inländerbehandlung von Art. 2 und 4 sowie Art. 9 Abs. 1 Anhang II des Freizügigkeitsabkommens nicht als Ausländer im Sinne des Arbeitsvermittlungsgesetzes."

Ziffer 7:

"Arbeitsverträge zwischen schweizerischen Verleihern und neu zuziehenden Staatsangehörigen des EU/EFTA Raumes gemäss Art. 6 Anhang I des Freizügigkeitsabkommens sind auch dann gültig, wenn der Verleiher die eidgenössische Verleihbewilligung nicht besitzt. Art. 19 Abs. 6 AVG ist in diesem Fall nicht anwendbar."

2. Eventualiter sei im Sinne eines negativen Feststellungsbegehrens i. S. von Art. 25 Abs. 1 VwVG festzustellen, dass
- Mitglieder des vpds im Besitz der kantonalen Bewilligung i. S. v. Art. 2 Abs. 1 AVG für den Verleih und die Vermittlung von Arbeitnehmern aus dem EU/EFTA Raum für diese Tätigkeit keine eidgenössische Zulassungsbewilligung i. S. v. Art. 3 Abs. 3 AVG und Art. 10 AVV brauchen.
 - Arbeitsverträge, die von Mitgliedern des vpds im Besitze einer kantonalen Bewilligung i. S. v. Art. 2 Abs. 1 AVG mit Arbeitnehmern aus dem EU/EFTA Raum abgeschlossen werden, nicht im Sinne von Art. 19 Abs. 6 AVG ungültig sind.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Zur Begründung der soeben zitierten Anträge wurde im Wesentlichen festgehalten, die vorbehaltlose Anwendung des Arbeitsvermittlungsgesetzes durch seco und imes auf den EU-/EFTA-Personalverleih halte einer völkerrechtlichen Auslegung hinsichtlich des Personenfreizügigkeitsabkommens nicht stand. EU-/EFTA-Staatsangehörige seien nicht als Ausländer im Sinne des Arbeitsvermittlungsgesetzes zu betrachten: an die Gültigkeitserfordernisse ihrer Arbeitsverträge dürften daher keine höheren Ansprüche gestellt werden als an diejenigen eines Schweizer Arbeitnehmers und für ihren Verleih sei eine eidgenössische Bewilligung nicht erforderlich, sofern eine kantonale Bewilligung vorliege.

Mit Verfügung vom 8. März 2005 stellte das seco fest, dass Personalverleiher im Besitz einer kantonalen Bewilligung für die Vermittlung und den Verleih von neu einreisenden Arbeitnehmern aus dem EU-/EFTA-Raum zusätzlich eine eidgenössische Bewilligung benötigten, und dass Arbeitsverträge, die von Personalverleihern mit neu einreisenden Arbeitnehmer/innen aus dem EU-/EFTA-Raum abgeschlossen würden, ungültig seien, falls die Personalverleiher nur im Besitz einer kantonalen Bewilligung, nicht aber im Besitz einer eidgenössischen Bewilligung seien.

Zur Begründung führte das seco aus, aus dem Arbeitsvermittlungsgesetz ergebe sich unmissverständlich, dass private *Arbeitsvermittler*, die regelmässig ins oder aus dem Ausland vermittelten, neben der kantonalen auch eine eidgenössische Vermittlungsbewilligung benötigten. *Personalverleiher*, welche sich grenzüberschreitend betätigen wollten, benötigten ebenfalls die eidgenössische Verleihbewilligung, und zwar sowohl für den Verleih ins Ausland wie auch für den Verleih vom Ausland in die Schweiz. Dies entspreche konstanter Praxis. Der Gesetzgeber sei ursprünglich davon ausgegangen, dass nur der grenzüberschreitende Verleih in Richtung Ausland erlaubt sein solle. In der Praxis sei aber seit 1991 in grosszügiger Auslegung der Absichten des Gesetzgebers eine gewisse Öffnung des Verleihs vom Ausland in die Schweiz erfolgt. Verlangt worden sei aber analog der klaren Regelung bei der Auslandvermittlung immer, dass Verleihbetriebe, die im Ausland Arbeitnehmer/innen zum Verleih rekrutierten, zusätzlich eine Auslandverleihbewilligung beantragen müssten. Für EU-/EFTA-Staatsangehörige sei der Zugang zum inländischen Arbeitsmarkt trotz Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens am 1. Juni 2002 noch nicht vollständig liberalisiert. Die Arbeitnehmer aus dem EU-/EFTA-Raum unterlägen bestimmten Auflagen und genössen nicht die volle berufliche und geographische Mobilität, weshalb sie keine volle Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitskräften verlangen könnten. Das Erfordernis der eidgenössischen Verleihbewilligung für den Verleih aus dem EU-/EFTA-Raum rechtfertige sich zusätzlich durch folgende Gründe: Das seco könne seiner Pflicht, Interventionen anderer Staaten ohne Zwischenschaltung der Kantone auf Bundesebene zu behandeln, nur mit dem Erfordernis einer eidgenössischen Bewilligung nachkommen. Mit der doppelten Bewilligungspflicht könnten Fälle von Lohndumping besser verhindert werden, was dem öffentlichen Interesse am Schutz des einheimischen

Arbeitsmarktes entspreche. Die Erhöhung der Kautionspflicht rechtfertige sich damit, dass im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr ein grösseres Risiko bestehe. Auch sollten die Verleihbetriebe die Arbeitnehmer über das Ausländerrecht orientieren können, auch wenn diese grundsätzlich selbst für ihre Meldung bei der Migrationsbehörde zuständig seien. Das Erfordernis der eidgenössischen Verleihbewilligung entspreche zudem seit dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens der Praxis. Die Weisung vom 19. Juli 2004 stelle lediglich eine Präzisierung der ursprünglichen Weisung vom 30. Juli 2002 dar. S. habe gegen die ursprüngliche Weisung aus dem Jahre 2002 nie rechtliche Schritte unternommen und auch seit der Publikation der neuen Weisung vom Juli 2004 sei bereits wieder einige Zeit vergangen, weshalb das private Interesse des Verbandes und der einzelnen Verleiher an der Änderung der bisherigen Praxis untergeordnet sei. Die G. AG habe im Übrigen am 18. November 2004 um die eidgenössischen Vermittlungs- und Verleihbewilligungen ersucht, die ihr am 20. Januar 2005 erteilt worden seien.

Vom wie eingangs erwähnt ebenfalls angeschriebenen imes blieb gemäss den Angaben des S. und der G. AG eine formelle Reaktion aus.

- B. Gegen die Verfügung des *secundo* erhoben der Verband S. und die G. AG (Beschwerdeführer), weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt ..., am 7. April 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission EVD. Sie beantragen, die negative Feststellungsverfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass Personalverleiher im Besitz der kantonalen Bewilligung für die Vermittlung und den Verleih von neu einreisenden Arbeitnehmer/innen aus dem EU-/EFTA-Raum keine zusätzliche eidgenössische Bewilligung benötigten und dass Arbeitsverträge, die von Personalverleihern mit neu einreisenden Arbeitnehmer/innen aus dem EU-/EFTA-Raum abgeschlossen würden, gültig seien, auch wenn der Verleiher nicht im Besitz einer eidgenössischen Verleihbewilligung sei. Das *secundo* sei zu verpflichten, seine Weisung vom 19. Juli 2004 im Sinne dieser Feststellungen zu ändern.

Zur Begründung führen die Beschwerdeführer an, das Landesrecht sei bei Berührungspunkten zum Freizügigkeitsabkommen völkerrechtskonform auszulegen und im Konfliktfall gingen das Abkommen und der Anhang I widersprechendem Landesrecht vor. Das Arbeitsvermittlungsgesetz und die Arbeitsvermittlungsverordnung sähen in Bezug auf den Verleih lediglich eine eidgenössische Bewilligung für den Verleih *ins* Ausland, nicht aber für den Verleih von *aus* dem Ausland zum Zweck der Erwerbstätigkeit zuziehenden Personen vor, weshalb es an der gesetzlichen Grundlage für ein solches Bewilligungserfordernis fehle. Diese Rechtsgrundlage könne nicht durch eine längere Praxis oder durch analoge Anwendung ersetzt werden. An einer eidgenössischen Vermittlungsbewilligung bestehe kein hinreichendes Interesse, da Arbeitnehmer aus dem EU-/EFTA-Raum auf Grund des Freizügigkeitsabkommens inländischen Arbeitnehmern weitgehend gleichgestellt seien. Die Ungültigkeit von Arbeitsverträgen mangels einer eidgenössischen

Vermittlungs- oder Verleihbewilligung verletze das Diskriminierungsverbot, das Gebot der Inländerbehandlung und widerspreche dem vom Arbeitsvermittlungsgesetz beabsichtigten Arbeitnehmerschutz.

- C. Mit Vernehmlassung vom 15. Juni 2005 beantragte das seco die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung macht es geltend, zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes sei mit der EU im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens eine etappenweise Einführung des freien Personenverkehrs vereinbart worden, wobei ein schrittweiser Wegfall der arbeitsmarktlichen Beschränkungen vorgesehen sei. Solange rechtlich keine vollständige Liberalisierung bestehe, müsse den Übergangsregelungen Rechnung getragen werden, und es könne nicht vom Regelfall ausgegangen werden, der erst ab dem 1. Juni 2007 eintreten werde. Die Verwaltung prüfe für den Zeitpunkt des Wegfalls der letzten Restriktionen im Jahre 2007 eine Revision des Arbeitsvermittlungsgesetzes hinsichtlich der eidgenössischen Bewilligungspflicht. Bis dahin könne auf das Erfordernis einer eidgenössischen Bewilligungspflicht allein auf Grund des Freizügigkeitsabkommens nicht verzichtet werden. Das Erfordernis der eidgenössischen Verleihbewilligung für die Rekrutierung von Arbeitnehmern im Ausland zum Verleih im Inland sei im Arbeitsvermittlungsgesetz nicht vorgesehen. Dieser Regelung habe die Auffassung zu Grunde gelegen, dass Ausländer grundsätzlich nicht zum Personalverleih in die Schweiz einreisen dürften. Im Sinne einer Lückenfüllung und Analogie zur Vermittlung sei seit Inkrafttreten der Revision auf den 1. Juli 1991 eine gewisse Öffnung des Verleihs vom Ausland in die Schweiz erfolgt. Es handle sich um eine zulässige und den Verleihern entgegenkommende Lückenfüllung, gegen die sich diese und ihr nun beschwerdeführender Verband bezeichnenderweise nie gewehrt hätten. Analog der klaren gesetzlichen Regelung bei der Auslandvermittlung sei dabei immer eine Auslandverleihbewilligung verlangt worden. Es widerspreche dem Hauptzweck des Arbeitsvermittlungsgesetzes, dem Schutz der Arbeitnehmer, für die Vermittlung vom Ausland in die Schweiz eine eidgenössische Bewilligung vorzusehen, für den ungleich stärker gefährdeten Sachverhalt des Verleihs dagegen nicht. Bei der Vermittlung übernehme der Vermittler lediglich eine Zwischenrolle, weshalb die Gefahr, dass er sich auf Kosten der vermittelten Person bereichern wolle, im Vergleich zum Verleih geringer sei, da als Korrektiv stets auch der neue Arbeitgeber beteiligt sei. Insofern handle es sich um eine verhältnismässige Massnahme. Somit basiere die angefochtene Feststellungsverfügung auf einer gültigen Rechtsgrundlage und verletze das Freizügigkeitsabkommen nicht.
- D. Mit Schreiben vom 4. Juli 2005 distanzieren sich die Beschwerdeführer von dem in der Vernehmlassung des seco geäusserten Vorwurf, dass Verleihbetriebe EU/EFTA- Staatsangehörige entgegen den Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen anstellten und dadurch

Lohndumping betrieben. Dieser Vorwurf treffe nicht zu, wie das seco in einem Telefongespräch bestätigt habe.

Auf Aufforderung der Rekurskommission EVD hin gaben die Beschwerdeführer am 7. Juli 2005 die Statuten des Verbands der Personaldienstleister der Schweiz zu den Akten.

Am 8. Juli 2005 reichte das seco weitere Vorakten ein.

Am 22. März 2006 wurde am Sitz der Rekurskommission EVD in Frauenkappelen eine öffentliche Verhandlung durchgeführt, an der die Parteien Gelegenheit hatten, ihren Standpunkt nochmals mündlich vorzutragen.

Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission EVD zieht in Erwägung:

1. Die entscheidende Instanz hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 130 I 312 E. 1, 129 I 173 E. 1, je mit Hinweisen; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73 f., mit Hinweisen).
- 1.1. Die mit "Feststellungsverfügung" betitelte angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 8. März 2005 ist eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

Eine solche kann nach Artikel 38 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (zitiert in E. 1.3.4) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (vgl. Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über die Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) grundsätzlich mit Beschwerde bei der Rekurskommission EVD angefochten werden.

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde

fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

- 1.2. Zur Verwaltungsbeschwerde berechtigt ist, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG), ausserdem jede andere Person, Organisation oder Behörde, die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt (Art. 48 Bst. b VwVG).

Das Dispositiv der angefochtenen Verfügung ist zwar generell abstrakt formuliert. Aus einer Gesamtbetrachtung derselben ergibt sich aber, dass die Beschwerdeführer beide zumindest implizit nicht nur formelle, sondern auch materielle Adressaten der angefochtenen Verfügung sind, werden doch sowohl deren Gesuch vom 1. Dezember 2004 als auch die Beschwerdeführerin 2 in der Begründung respektive in der Einleitung derselben ausdrücklich erwähnt.

Die Vorinstanz äusserte sich in der angefochtenen Verfügung zwar nicht zum primär gestellten Rechtsbegehren. Da sie - statt dem als Eventualantrag gestellten Begehren um Erlass einer negativen Feststellungsverfügung bezüglich der Erforderlichkeit einer eidgenössischen Bewilligung für die Vermittlung und den Verleih von neu einreisenden Arbeitnehmern aus dem EU-/EFTA-Raum stattzugeben - mit der angefochtenen Feststellungsverfügung die bestrittene Bewilligungspflicht bestätigte, wies sie aber zumindest sinngemäss den von den Beschwerdeführern gestellten, auf eine Feststellung gerichteten Eventualantrag ab. Die Beschwerdeführer sind somit durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert.

- 1.3. Da es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Feststellungsverfügung handelt, ist indessen vorweg zu untersuchen, ob die Vorinstanz befugt war, die strittigen Rechtsfragen (Erfordernis einer eidgenössischen Bewilligung respektive Ungültigkeit von Arbeitsverträgen bei deren Fehlen) mittels einer solchen zu klären.

Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts hat das Gericht auch auf die gegen eine zu Unrecht erlassene Feststellungsverfügung eingereichte Beschwerde einzutreten und diese Verfügung in der Folge aufzuheben (BGE 129 V 289 E. 3.3).

- 1.3.1. Nach Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG).

Nach Lehre und Rechtsprechung ist ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (vgl. BGE 129 V 289 E. 2.1, 129 III 503 E. 3.6, 128 II 156 E. 4b, 127 II 323 E. 5, je mit Hinweisen).

Das schutzwürdige Interesse ist gegeben, wenn der Private bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr laufen würde, Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen, aus denen ihm konkrete Nachteile entstehen könnten (Max Imboden / René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1986, Nr. 36 B III b).

Die Feststellung muss sich auf eine individuelle, konkrete Rechtslage, nicht auf Tatsachen beziehen, was die Beurteilung abstrakter Rechtsfragen ausschliesst (BGE 126 II 300 E. 2c, 123 II 16 E. 2b; BGE v. 6. 11. 1998 E. 1c, publiziert in: ZBI 9/2000, S. 471 ff.; vgl. auch die Verwaltungspraxis der Bundesbehörden: VPB 57.19 E. 1.).

Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung besteht nur, wenn die streitige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden kann (zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung: BGE 129 V 289 E. 2.1, 123 II 402 E. 4b/aa, 121 V 311 E. 4a; REKO/EVD 93/6H-001 E. 3, publiziert in: VPB 60.57; BGE v. 6. 11. 1998 E. 3a, publiziert in: ZBI 9/2000, S. 471 ff., mit weiteren Hinweisen). Die Subsidiarität der Feststellungsverfügung sollte jedoch im Gegensatz zum Feststellungsbegehren im Zivilprozessrecht nicht allgemein gelten. Vielmehr müsste eine Feststellungsverfügung verlangt werden können, selbst wenn die Voraussetzungen für eine definitive und vollstreckbare Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gegeben sind, sofern ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse vorliegt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn mit der Feststellungsverfügung gewisse grundlegende Rechtsfragen vorweg gelöst werden können und damit auf die Einleitung eines unter Umständen aufwendigen Verfahrens verzichtet werden kann (vgl. Kölz / Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 208; VPB 60.57 E. 3.2, Seite 492; VPB 62.45 (1998) E. 2b, Seite 391). Ein genügendes Feststellungsinteresse besteht, wenn der Nachteil mit dem Feststel-

lungsbegehren besser abgewendet werden kann als mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung. Nur wenn mit diesen das Rechtsschutzziel ebenso gut erreicht werden kann, gehen sie vor (vgl. Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 702).

Das Bundesgericht hat die Frage, ob ein Verband an Stelle seiner Mitglieder eine Feststellungsverfügung beantragen kann, in Bezug auf einen Feststellungsentscheid nach Artikel 51 Absatz 1 Buchstabe f der alten Mehrwertsteuerverordnung verneint (Verordnung vom 22. Juni 1994 über die Mehrwertsteuer, aMWSTV, in Kraft ab 1. Januar 1995, AS 1994 1464). Diese Bestimmung hielt fest, dass die eidgenössische Steuerverwaltung von Amtes wegen **oder auf Antrag des Steuerpflichtigen** einen Entscheid trifft, wenn für einen bestimmten Fall vorsorglich die amtliche Feststellung der Steuerpflicht, der Steuerschuld, des Anspruchs auf Vorsteuerabzug, der Grundlagen der Steuerbemessung, des anwendbaren Steuersatzes oder der Mithaftung beantragt wird oder als geboten erscheint. Der beschwerdeführende Verband hatte in seinem eigenem Namen ein Gesuch "um Feststellung der Steuerpflicht" seiner Mitglieder gestellt. Das Bundesgericht führte aus, der Anspruch auf einen Entscheid im Sinne der oben zitierten Bestimmung setze voraus, dass der Gesuchsteller betroffen sei. Das komme in der Formulierung "auf Antrag des Steuerpflichtigen" zum Ausdruck. Der Sinn der Vorschrift liege darin, dass die Bestreitung der Steuerpflicht im Hinblick auf einen bestimmten Steuerpflichtigen und eine konkrete Tätigkeit erfolgen müsse. Daran fehle es beim beschwerdeführenden Verband, weshalb kein Anspruch auf einen Feststellungsentscheid bestehe. Im Weiteren hielt das Bundesgericht fest, die Bestimmung von Artikel 51 Absatz 1 Buchstabe f aMWSTV gehe als speziellere Vorschrift dem Artikel 25 Absatz 2 VwVG vor. Ob letzterer das Feststellungsinteresse des Verbandes anders umschreiben würde, sei damit nicht zu prüfen (vgl. BGE 124 II 193 E. 3a).

In Art. 25 Abs. 2 VwVG wird - im Gegensatz zu Art. 51 Abs. 1 Bst. f aMWSTV - in weit allgemeinerer Art vom "Gesuchsteller", als derjenigen Person, welche um eine Feststellungsverfügung ersucht, gesprochen. Das Erfordernis eines Entscheides, der den Gesuchsteller persönlich und in einer ihm zugeordneten Konstellation betrifft (vgl. "Antrag *des* Steuerpflichtigen" - "für einen *bestimmten* Fall") kann daher aus dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 VwVG nicht ähnlich streng abgeleitet werden, wie im Fall des oberwähnten Artikels 51 Absatz 1 der alten Mehrwertsteuerverordnung. Der Gesuchsteller muss nach Art. 25 Abs. 2 VwVG lediglich ein schutzwürdiges Interesse nachweisen.

Der Begriff des schutzwürdigen Interesses ist nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses in gleichem Sinne auszulegen wie bei der Anwendung

der Vorschriften über die Beschwerdelegitimation nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG (BGE 114 V 201 E. 2c; VPB 62.45 E. 2a).

Da sich auf Artikel 48 Buchstabe a VwVG auch private Vereinigungen, Verbände und politische Parteien in ihrem eigenen Namen zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder berufen können, ist davon auszugehen, dass, sofern die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für das Beschwerderecht festgehaltenen Voraussetzungen (vgl. dazu etwa BGE 127 V 80 E. 3a/aa, mit Verweis u. a. auf Häner, a. a. O., S. 361 ff., sowie Kölz / Häner, a. a. O., S. 202 f.; BGE 119 Ib 374 ff.) erfüllt werden, auch ein Verband zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder den Erlass einer Feststellungsverfügung anstreben kann.

- 1.3.2. Der Beschwerdeführer 1, ein privatrechtlicher Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB (SR 210), ist als juristische Person konstituiert; als Arbeitgeberverband der Personaldienstleistungsbranche hat er nach Artikel 3 seiner Statuten insbesondere den Zweck, die Interessen seiner Mitglieder zu wahren. Seit einer Statutenänderung vom 16. März 2006 wird dabei ausdrücklich auf die Vertretung der rechtlich geschützten Interessen der Mitglieder oder von betroffenen Mitgliedern im Rahmen der Verbandsbeschwerde hingewiesen. Mitglieder des Beschwerdeführers 1 sind nach Artikel 4 der Statuten Unternehmungen, die Personaldienstleistungen erbringen. Unter die Erbringung von Personaldienstleistungen fallen auch die Vermittlung und der Verleih von Arbeitnehmern aus dem EU-/EFTA-Raum. Die Mitglieder des Beschwerdeführers 1 haben daher grundsätzlich ein Interesse an der Beantwortung der Frage, ob für die Vermittlung und den Verleih von neu einreisenden Arbeitnehmern aus dem EU-/EFTA-Raum neben der kantonalen auch eine eidgenössische Bewilligung erforderlich ist, zumal im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verleihtätigkeit eine um Fr. 50 000.- erhöhte Kautions hinterlegung ist (Art. 6 Abs. 1 bis 3 GV-AVG, zitiert in E. 2.2; vgl. Ziffer 6 Absatz 4 der Weisungen des *seco* vom 19. Juli 2004, zitiert in E. 2.2).

Zudem besteht bei einer Vermittlung ohne eidgenössische Bewilligung Gefahr, dass die Arbeitsverträge der EU-Staatsangehörigen gemäss Art. 19 Abs. 6 AVG (zitiert in E. 1.3.4) als ungültig betrachtet werden und in der Folge die nach der Ausländergesetzgebung erforderliche Bewilligung nicht verlängert oder verweigert wird.

Gegen die entsprechenden Verfügungen der zuständigen kantonalen Behörden (vgl. dazu E. 1.3.4 sowie die Beispiele in den Beschwerdebeilagen 3 - 5) sind zwar - da neben dem primären Adressaten ebenso dessen Vertragspartner, der jeweilige Personaldienstleister, beschwert wird - auch die Mitglieder des Beschwerdeführers 1 zur Einreichung einer Beschwerde legiti-

miert. Wird indessen die grundlegende Rechtsfrage (Bestand der Bewilligungspflicht) vorweg gelöst, erübrigt es sich für die Mitglieder des Beschwerdeführers 1 an den erwähnten Verfahren teilzunehmen, um diese Frage vorweg aufzuwerfen.

Das seco ist daher - wenn auch stillschweigend - zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer 1 dazu legitimiert war, um eine Feststellung zu ersuchen.

- 1.3.3. Die Beschwerdeführerin 2 verleiht als Temporärunternehmung EU-/EFTA-Staatsangehörige als Arbeitskräfte an schweizerische Einsatzbetriebe. Sie hat am 18. November 2004 um die eidgenössischen Vermittlungs- und Verleihbewilligungen ersucht. Diese wurden ihr am 20. Januar 2005 durch das seco erteilt.

Da wie oben erwähnt im Zusammenhang mit dem Auslandverleih eine erhöhte Kautions hinterlegen ist, ist - ungeachtet dessen, dass die Beschwerdeführerin 2 nun eine eidgenössische Bewilligung innehat - davon auszugehen, dass auch sie das für eine Feststellungsverfügung notwendige Interesse aufweist.

Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz - auch hier stillschweigend - davon ausging, dass auch die Beschwerdeführerin 2 dazu berechtigt war, ein Feststellungsbegehren einzureichen.

- 1.3.4. Nicht eintreten dürfen hätte die Vorinstanz auf das Begehren der Beschwerdeführer jedoch insoweit, als darum ersucht wurde festzustellen, dass Arbeitsverträge, die von Mitgliedern des S. im Besitze einer kantonalen Bewilligung i. S. v. Art. 2 Abs. 1 AVG mit Arbeitnehmern aus dem EU/EFTA Raum abgeschlossen werden, nicht im Sinne von Art. 19 Abs. 6 AVG ungültig sind.

Nach Artikel 19 Absatz 6 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11) ist der Arbeitsvertrag des Verleihers mit dem Arbeitnehmer ungültig, wenn der Verleiher nicht über die erforderliche Bewilligung verfügt. In diesem Fall ist Artikel 320 Absatz 3 des Obligationenrechts (OR, SR 220) über die Folgen des ungültigen Arbeitsvertrags anwendbar.

Das seco ist die eidgenössische Arbeitsmarktbehörde. Es beaufsichtigt den Vollzug dieses Gesetzes durch die Kantone und fördert die Koordination der öffentlichen Arbeitsvermittlung unter den Kantonen. Es beaufsichtigt die pri-

vate Auslandsvermittlung und den Personalverleih ins Ausland (Art. 31 Abs. 1 - 3 AVG). Der Vollzug des Arbeitsvermittlungsgesetzes obliegt jedoch, soweit er nicht dem Bund übertragen ist, den Kantonen (Art. 40 AVG).

Der Vollzugauftrag an den Kanton beinhaltet auch die Verpflichtung zur Anwendung des massgeblichen Bundesrechts. Ist eine Bestimmung unklar, auslegungsbedürftig oder räumt sie der Vollzugsbehörde Ermessen ein, so gehört es zu den Rechten und Pflichten der für die Rechtsanwendung zuständigen Behörde, durch Auslegung den wahren Sinn zu ermitteln beziehungsweise das Ermessen pflichtgemäss wahrzunehmen und auf den konkreten Fall anzuwenden (vgl. den unveröffentlichten Beschwerdeentscheid der REKO/EVD vom 27. Dezember 1994 i. S. KIGA [94/4I-001] E. 4.4.1).

Im Rahmen seiner Funktion als Aufsichtsbehörde über die Durchführung des Arbeitsvermittlungsgesetzes und der Arbeitsvermittlungsverordnung (Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih AVV, SR 823.111, Art. 62) kann das seco zwar die Kantone über die Art und Weise, wie sie das Bundesrecht auszuführen haben, belehren oder auf Unregelmässigkeiten hinweisen, von welchen es Kenntnis erhalten hat, was es beispielsweise in der Form von Weisungen oder Kreisschreiben tut (Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band 1, Basel, 1991, N. 782, 792). Bezüglich des den Kantonen übertragenen Vollzugs kommen ihm indessen keine Entscheidbefugnisse zu.

Betreffend die Anwendung von Artikel 19 Abs. 6 AVG sieht das AVG - anders als in Bezug auf die Erteilung der eidgenössischen Bewilligung (vgl. Art. 2 Abs. 3 AVG) - keine spezielle Zuständigkeit des Bundes vor. Der Vollzug dieses Artikels obliegt daher den Kantonen. Dem seco kommt somit - abgesehen von den Fällen einer zulässigen vorfrageweisen Überprüfung - grundsätzlich keine Befugnis zu, in Bezug auf Artikel 19 Abs. 6 AVG verbindliche Verfügungen zu erlassen.

Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung erweist sich daher mangels Zuständigkeit der verfügenden Behörde als rechtsfehlerhaft und ist von Amtes wegen aufzuheben.

Die Fragen, ob und inwieweit der Vollzug von Artikel 19 Abs. 6 AVG das Freizügigkeitsabkommen (zitiert in E. 2.3.1) verletzt, kann unter diesen Umständen ebenso offen gelassen werden, wie die Frage, ob die Beschwerdeführer dazu berechtigt wären, sich auf das Freizügigkeitsabkommen zu berufen (vgl. dazu etwa den Artikel 22 Absatz 3 Bst. i des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommen, zitiert in E. 2.3.1, sowie Christoph Zimmerli, Arbeits- und bewilligungsrechtliche Auswirkungen des Personenfreizügigkeitsabkommens, Rz. 48 und 82, in: Jusletter vom 15. August 2005).

2. Streitig und damit zu prüfen bleibt folglich, ob das seco zu Recht davon ausging, dass Personalverleiher für die Vermittlung und den Verleih von neu einreisenden Arbeitnehmer/innen aus dem EU/EFTA-Raum zusätzlich zur kantonalen auch eine eidgenössische Bewilligung brauchen.

2.1. Die Beschwerdeführer bestreiten die Rechtmässigkeit des Erfordernisses einer eidgenössischen Bewilligung für die Vermittlung und den Verleih von neu einreisenden Arbeitnehmern aus dem EU-/EFTA-Raum im Wesentlichen mit folgenden Argumenten:

- In Bezug auf die *Vermittlung* bestehe bei einer Auslegung im Lichte des Freizügigkeitsabkommens kein hinreichendes öffentliches Interesse an einer zusätzlichen eidgenössischen Bewilligung, und ein solches Erfordernis sei zudem unverhältnismässig;
- In Bezug auf den *Verleih* fehle es an einer gesetzlichen Grundlage sowie am öffentlichen Interesse für das Bewilligungserfordernis.

Anlässlich der öffentlichen Verhandlung vom 22. März 2006 wurde zudem geltend gemacht, Jean-Luc Nordmann, stellvertretender Direktor des seco, habe anlässlich der Generalversammlung des S. vom 16. März 2006 in Aussicht gestellt, dass das eidgenössische Bewilligungserfordernis auf den 1. Juni 2007 ent falle. Allerdings sei noch unklar, ob dies auf dem Wege der Gesetzesrevision oder einer Anpassung der Weisungen erfolge. Darin zeige sich, dass auch das seco wohl ernsthafte Zweifel am Sinn und vielleicht auch an der Zulässigkeit des umstrittenen Bewilligungserfordernisses habe.

2.2. Das Arbeitsvermittlungsgesetz regelt die private und öffentliche Arbeitsvermittlung sowie den Personalverleih (vgl. Art. 1 AVG). Es ist zusammen mit der Arbeitsvermittlungsverordnung und der Verordnung vom 16. Januar 1991 über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes (Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz, GV-AVG, SR 823.113) auf den 1. Juli 1991 in Kraft getreten.

Wer regelmässig und gegen Entgelt im Inland Arbeit vermittelt, indem er Stellensuchende und Arbeitgeber zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführt (Vermittler), benötigt eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes (Art. 2 Abs. 1 AVG). Wer regelmässig Arbeit ins oder aus dem Ausland vermittelt (Auslandsvermittlung), benötigt zusätzlich zur kantonalen Bewilligung

eine Bewilligung des seco. Als Vermittlung aus dem Ausland gilt ebenfalls eine Vermittlung eines Ausländers, der sich in der Schweiz aufhält, aber noch nicht zur Erwerbstätigkeit berechtigt ist (Art. 2 Abs. 3 und 4 AVG).

Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, benötigen eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes (Art. 12 Abs. 1 AVG). Für den Personalverleih ins Ausland ist neben der kantonalen Bewilligung zusätzlich eine Betriebsbewilligung des seco nötig. Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ist nicht gestattet (Art. 12 Abs. 2 AVG). Der Verleiher darf in der Schweiz nur Ausländer anstellen, die zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind (Art. 21 AVG). Die Arbeitsvermittlungsverordnung präzisiert, dass der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ausnahmsweise gestattet ist, wenn in der Schweiz von keinem inländischen Verleiher entsprechende Arbeitskräfte angeboten werden (Art. 30 AVV).

Verfügt der Verleiher nicht über die erforderliche Bewilligung, so ist sein Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer ungültig (Art. 19 Abs. 6 AVG).

Der Verleiher muss zur Sicherung von Lohnansprüchen aus dem Personalverleih eine Kautionsleistung leisten. Diese bemisst sich nach dem Geschäftsumfang (Art. 14 AVG). Der Verleiher ist kautionspflichtig, sofern seine Verleihtätigkeit bewilligungspflichtig ist. Die Bewilligung zum Personalverleih wird erst erteilt, wenn die erforderliche Kautionsleistung hinterlegt worden ist (Art. 35 AVV). Die Kautionsleistung beträgt 50 000 Franken pro Verleiher. Hat der Verleiher im abgelaufenen Kalenderjahr Arbeitnehmer für mehr als 60 000 Einsatzstunden verliehen, beträgt die Kautionsleistung 100 000 Franken. Für Verleiher, die zusätzlich ins Ausland verliehen, erhöht sich die Kautionsleistung um 50 000 Franken (Art. 6 Abs. 1 bis 3 GV-AVG).

Das seco hat zusammen mit dem imes am 19. Juli 2004 die Weisungen "Die Folgen des Abkommens über den freien Personenverkehr mit der EU und der Änderung des EFTA-Abkommens auf Vermittlung und Verleih" erlassen. In deren Ziffer 6 wird unter der Überschrift "Aufgrund welcher Rechtsgrundlage wird vom EU/EFTA-Ausländer/innen anstellenden Verleiher eine eidg. Verleihbewilligung verlangt?" unter anderem festgehalten, Personalverleiher, welche sich grenzüberschreitend betätigen wollten, benötigten die eidgenössische Bewilligung, und zwar nicht nur für den Verleih ins Ausland, sondern auch vom Ausland in die Schweiz, worunter die Rekrutierung von Ausländer/innen im Ausland zum Zweck des Verleihs in der Schweiz verstanden werde. Als Verleih von neu zuziehenden Ausländer/innen und somit grenzüberschreitenden Verleih gelte auch der Verleih von EU/EFTA-Ausländer/innen, die für weniger als 3 Monate angestellt würden und die demnach keine Aufenthaltsbewilligung benötigten, sondern für die nur eine Meldepflicht bestehe, sowie der Verleih von EU/EFTA-Ausländer/innen, die bereits im Besitz einer Kurzaufenthaltsbewilligung L-EG/EFTA seien.

In Ziffer 3b der Weisungen steht ferner, auf Grund des Abkommens bestehe für EU-Arbeitnehmer/innen unter der Voraussetzung, dass ein Kontingent vorhanden sei, ein Anspruch auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit, auch im Verleih. Damit erfüllten sie auch die Voraussetzung der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit und zum Berufs- und Stellenwechsel nach Art. 21 AVG.

- 2.3. In Bezug auf die Zulässigkeit der eidgenössischen Bewilligung für die *Vermittlung* machen die Beschwerdeführer geltend, weder das Arbeitsvermittlungsgesetz noch die Arbeitsvermittlungsverordnung träfen eine Unterscheidung zwischen der Vermittlung von Arbeitnehmern aus dem EU-/EFTA-Raum und aus dem Rest der Welt. Bei der Interpretation von Normen seien die seit Erlass wesentlichen Änderungen der Verhältnisse und der Rechtslage zu beachten. Arbeitnehmer aus dem EU-/EFTA-Raum hätten unter dem Freizügigkeitsabkommen im Grundsatz einen Anspruch auf eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz und auf die entsprechende Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Sie würden ferner vollständig in die sozialen Sicherungssysteme der Schweiz integriert, was sich aus dem Anhang II zum Freizügigkeitsabkommen, Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ergebe. Die im Zeitpunkt des Erlasses des Arbeitsvermittlungsgesetzes geltenden ausländerrechtlichen Sondernormen gälten für diese Arbeitnehmer im Grundsatz nicht, weshalb am Erfordernis der eidgenössischen Bewilligung diesbezüglich nicht mehr festzuhalten sei. Eine geltungszeitlich-teleologische Auslegung von Artikel 2 Absatz 3 AVG im Lichte des Freizügigkeitsabkommens ergebe somit, dass kein hinreichendes öffentliches Interesse an der eidgenössischen Bewilligung für die Vermittlung von neu einreisenden Arbeitnehmern aus dem EU-/EFTA-Raum bestehe. Zudem sei ein solches Erfordernis unverhältnismässig.

Das *seco* hält demgegenüber fest, aus dem Arbeitsvermittlungsgesetz ergebe sich unmissverständlich, dass private *Arbeitsvermittler*, die regelmässig ins oder aus dem Ausland vermittelten, neben der kantonalen auch eine eidgenössische Vermittlungsbewilligung benötigten. Für EU-/EFTA-Staatsangehörige sei der Zugang zum inländischen Arbeitsmarkt trotz Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens am 1. Juni 2002 noch nicht vollständig liberalisiert. Die Arbeitnehmer aus dem EU-/EFTA-Raum unterlägen bestimmten Auflagen und genössen nicht die volle berufliche und geographische Mobilität, weshalb sie keine volle Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitskräften verlangen könnten.

- 2.3.1. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde

gebunden, sofern dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt (BGE 125 III 57 E. 2b, 120 II 112 E. 3a). Indessen ist die Auslegung nicht an den Sprachsinne des Rechtssatzes oder den Wortsinn seiner Ausdrücke gebunden und ebenso wenig auf den Wortlaut beschränkt. Massgebend ist der Rechtssinn des Rechtssatzes. Ist daher eine Bestimmung trotz ihres scheinbar klaren Wortlautes unklar, so ist nach dem wahren Sinn und Zweck der Norm zu suchen (BGE 122 V 362 E. 4a, mit weiteren Hinweisen; unveröffentlichter Entscheide der REKO/EVD vom 27. Dezember 1994 i. S. KIGA [94/4I-001 E. 3 ff.]; REKO/EVD 97/LH-002 E. 3.1, veröffentlicht im Internet unter: www.reko.admin.ch; vgl. zur Auslegung allgemein: Häfelin / Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, 2005, Rz. 80 ff.; sowie Häfelin / Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 216 ff.). Dieser ergibt sich in erster Linie aus der Entstehungsgeschichte und dem Willen des Gesetzgebers. Bei der Auslegung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegung zur Anwendung (BGE 128 I 34 E. 3b; Häfelin / Müller, a. a. O., Rz. 217 ff.). Nach herrschender Meinung kommt keiner dieser Auslegungsmethoden ein grundsätzlicher Vorrang zu. Vielmehr befolgt das Bundesgericht einen "pragmatischen Methodenpluralismus" (BGE 128 I 34 E. 3b, 125 II 206 E. 4a, 124 III 266 E. 4, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; Hans Peter Walter, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999/5, S. 157 ff.).

Das Arbeitsvermittlungsgesetz sieht für die Vermittlung von Arbeit *ins* oder *aus* dem Ausland eine eidgenössische Bewilligung vor (vgl. Art. 2 Abs. 3 AVG).

Der Wortlaut dieser Bestimmung ist klar. Der EU-/EFTA-Raum gehört zum Ausland, somit ist dem Wortlaut nach auch für eine Vermittlung aus diesem Raum eine eidgenössische Bewilligung notwendig.

Es stellt sich indessen die Frage, ob Artikel 2 Abs. 3 AVG im Lichte des Völkerrechts, konkret im Lichte des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681), im Rahmen einer geltungszeitlichen respektive teleologischen Auslegung gegen den Wortlaut auszulegen ist.

2.3.2. Das Freizügigkeitsabkommen trat am 1. Juni 2002 in Kraft.

Gemäss Artikel 1 Buchstabe a Freizügigkeitsabkommen hat dieses zum Ziel, den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft

und der Schweiz ein Recht auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer un- selbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständiger so- wie das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien einzuräu- men.

Nach Artikel 2 werden die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.

Die Vertragsparteien regeln insbesondere auch das Recht auf Gleichbe- handlung mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätig- keit und deren Ausübung sowie auf die Lebens-, Beschäftigungs- und Ar- beitsbedingungen (Art. 7 Bst. a FZA, vgl. Anhang I Art. 2 des Abkommens).

- 2.3.3. In der Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Ab- kommen zwischen der Schweiz und der EG (BBl 1999 VII 6128, 6312 f.) hielt der Bundesrat unter der Überschrift "Schrittweiser Übergang zum freien Per- sonenverkehr" fest, der freie Personenverkehr werde erst nach Ablauf der Übergangsfrist, d. h. erstmals nach 5 Jahren, definitiv aber erst nach 12 Jah- ren eingeführt. Bereits ab Inkrafttreten des Abkommens gelte Inländerbe- handlung für EU-Angehörige in der Schweiz und für die Schweizer in der EU. Neu werde für EU-Angehörige ab Inkrafttreten ein Anspruch auf Bewilli- gungserteilung unter den Voraussetzungen der Kontingentierung, des Inlän- dervorrangs und der Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen bestehen. Gleichzeitig würden präferenzielle Kontingente (Daueraufenthalt: 15 000; Kurzaufenthalt: 115 500) für EU- Angehörige geschaffen. Nach zwei Jahren ab Inkrafttreten des Abkommens werde der Inländervorrang gegenseitig auf- gehoben. Gleichzeitig erfolge für EU-Angehörige die Aufhebung der (diskri- minierenden) Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen. Diese werde ab- gelöst durch die so genannten flankierenden Massnahmen. Die Schweiz könne aber an der Kontingentierung während fünf Jahren ab Inkrafttreten des Abkommens festhalten. Im sechsten Jahr erfolge damit die erstmalige Einführung des Freien Personenverkehrs "quasi auf Probe". Im Rahmen ei- ner besonderen Schutzklausel könne die Schweiz aber auch nach dem fünf- ten Jahr wieder Kontingente einführen, wenn die Einwanderung das Mittel der letzten drei Jahre um mehr als 10 % überschreite. Das Abkommen wer- de grundsätzlich für eine erstmalige Zeitperiode von sieben Jahren abge- schlossen. Vor Ablauf von sieben Jahren ab Inkrafttreten des Abkommens habe die Schweiz die Möglichkeit, sich im Rahmen eines referendumsfähi- gen Bundesbeschlusses über dessen Weiterführung auszusprechen. Nach zwölf Jahren gelte die Freizügigkeit unter Vorbehalt der Anrufung der kons- sensuellen Schutzklausel unbeschränkt.

Kurzaufenthalter bis zu vier Monaten unterliegen zwar nicht dem Vorbehalt der Kontingentierung, ihre Mobilität ist aber zeitlich beschränkt (Art. 10 Abs. 1 FZA; Christoph Zimmerli, a. a. O., Rz. 36).

Arbeitnehmer, die eine Arbeitsbescheinigung mit einer Dauer zwischen vier Monaten und maximal 364 Tagen vorweisen, erhalten für die Vertragsdauer eine Kurzaufenthaltsbewilligung im Rahmen der jährlich zur Verfügung stehenden Kontingente (vgl. Christoph Zimmerli, a. a. O., Rz. 37). Sie erhalten nur eine Aufenthaltsbewilligung für die Dauer ihres Einsatzes respektive Arbeitsvertrages (Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA). Sie haben zwar Anspruch auf eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bis zu einem Jahr, müssen diese aber beantragen (Art. 27 Abs. 1 Anhang I FZA). Schliesst der Arbeitnehmer nach Ablauf des unterjährigen Arbeitsverhältnisses ein neues, ebenfalls unterjähriges Arbeitsverhältnis ab, liegt eine Erneuerung der Kurzaufenthaltsbewilligung vor, auch wenn die Gesamtaufenthaltsdauer 12 Monate übersteigt (vgl. Christoph Zimmerli, a. a. O., Rz. 38). Kurzaufenthalter werden nach dem ersten Ablauf der Gültigkeitsdauer aus der Sicht des schweizerischen Arbeitsmarktes somit, wie auch die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung festhält, wieder als Ersteinreisende betrachtet.

- 2.3.4. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass - wie das *seco* zu Recht ausführte - der Zugang zum inländischen Arbeitsmarkt für EU-/EFTA-Staatsangehörige trotz Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens noch nicht vollständig liberalisiert ist.

Für die Rekurskommission EVD besteht somit kein Anlass dazu, Artikel 2 Abs. 3 AVG im Rahmen einer teleologischen oder geltungszeitlichen Auslegung gegen dessen klaren Wortlaut auszulegen respektive einer allfällig ins Auge gefassten Änderung dieser Bestimmung durch den Gesetzgeber vorzugreifen.

- 2.4. Die eidgenössische Bewilligung für den *Verleih* betreffend führt der Beschwerdeführer aus, es fehle an der gesetzlichen Grundlage für eine solche Bewilligungspflicht. Der Grundsatz von Art. 12 Abs. 2 Satz 2 des Arbeitsvermittlungsgesetzes, dass Verleih vom Ausland in die Schweiz nicht gestattet sei, beziehe sich nach der Botschaft (zum AVG) und den Weisungen und Erläuterungen des *seco* zum Arbeitsvermittlungsgesetz und zur Arbeitsvermittlungsverordnung nur auf Personalverleiher mit Sitz im Ausland. Der Verleih von Ausländern in die Schweiz sei nicht in Artikel 12 AVG, sondern in Artikel 21 AVG geregelt, wonach Verleiher nur solche Ausländer einstellen dürften, die zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt seien. Die Arbeitnehmer aus dem EU-/EFTA-Raum hätten nach der ausdrücklichen Regelung des FZA das

Recht zur Erwerbstätigkeit, zum Wechsel des Arbeitgebers, der Arbeitsstelle und des Aufenthaltsortes. Sie erfüllten demnach die Anforderungen von Artikel 21 AVG und könnten dementsprechend ohne eidgenössische Bewilligung von schweizerischen Verleihunternehmen an schweizerische Einsatzbetriebe vermittelt werden. Das Fehlen einer Rechtsgrundlage könne weder durch eine Behördenpraxis noch durch analoge Anwendung der Bewilligungspflicht für den Verleih ins Ausland ersetzt werden, da dadurch der Grundsatz von Artikel 5 Absatz 1 der Bundesverfassung (SR 101, "Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht") verletzt werde. Ebenfalls bestehe keine echte Lücke, die gefüllt werden müsste. Da die Arbeitnehmer aus dem EU-/EFTA-Raum auf Grund des Freizügigkeitsabkommens inländischen Arbeitnehmern weitgehend gleichgestellt seien, bestehe auch kein hinreichendes Interesse an einer eidgenössischen Verleihbewilligung. Ferner stelle die Bewilligungspflicht einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers dar, wobei Artikel 36 Absatz 1 BV mangels gesetzlicher Grundlage verletzt werde.

Das seco stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, das Erfordernis einer eidgenössischen Verleihbewilligung sowohl für den Verleih ins Ausland wie auch für den Verleih vom Ausland in die Schweiz entspreche konstanter Praxis. Der Gesetzgeber sei ursprünglich davon ausgegangen, dass nur der grenzüberschreitende Verleih in Richtung Ausland erlaubt sein solle. In der Praxis sei indessen seit 1991 eine gewisse Öffnung des Verleihs vom Ausland in die Schweiz erfolgt. Verlangt worden sei aber analog der klaren Regelung bei der Auslandvermittlung immer, dass Verleihbetriebe, die im Ausland Arbeitnehmer/innen zum Verleih rekrutierten, zusätzlich eine Auslandsverleihbewilligung beantragen müssten. Für den Personalverleih ins Ausland sei die eidgenössische Verleihbewilligung bereits in der Botschaft mit Verweis auf die Gründe für das Bewilligungserfordernis bei der privaten Arbeitsvermittlung vorgesehen worden. Das Erfordernis der eidgenössischen Verleihbewilligung für den Verleih aus dem EU-/EFTA-Raum rechtfertige sich zusätzlich durch folgende Gründe: Das seco könne seiner Pflicht, Interventionen anderer Staaten ohne Zwischenschaltung der Kantone auf Bundesebene zu behandeln, nur mit dem Erfordernis einer eidgenössischen Bewilligung nachkommen. Mit der doppelten Bewilligungspflicht könnten Fälle von Lohndumping besser verhindert werden, was dem öffentlichen Interesse am Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes entspreche. Auch sollten die Verleihbetriebe die Arbeitnehmer über das Ausländerrecht orientieren können, auch wenn diese grundsätzlich selbst für ihre Meldung bei der Migrationsbehörde zuständig seien.

- 2.4.1. Das Arbeitsvermittlungsgesetz sieht für den Verleih von Personal ins Ausland eine eidgenössische Bewilligung vor (vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 1 AVG).

Bezüglich des Erfordernisses einer eidgenössischen Bewilligung für den Verleih von Personal ins Ausland besteht somit eine im Wortlaut eindeutige und klare gesetzliche Grundlage.

In der Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985 (BBI 1985 III 556 ff., insbesondere S. 557, 597 und 609) führte der Bundesrat dazu aus, der verfassungsmässige Auftrag des Arbeitnehmerschutzes sowie arbeitsmarktpolitische Interessen würden eine behördliche Kontrolle der privaten Vermittlungstätigkeit und des Personalverleihs gebieten. Zu diesem Zweck werde die Bewilligungspflicht auf alle Bereiche der privaten Arbeitsvermittlung und neu auch auf den Personalverleih ausgedehnt. Die Voraussetzungen für die neu eingeführte Bewilligung beim Verleih entsprächen weitgehend denen bei der Vermittlung. Allerdings müsse der Verleiher zur Sicherstellung der Lohnansprüche seiner Arbeitnehmer eine Kautionsleistung leisten. Das Erfordernis der zusätzlichen Bewilligung des Bundes ergebe sich aus denselben Gründen, die schon bei der privaten Auslands-Arbeitsvermittlung genannt worden seien: Da dafür besondere Kenntnisse erforderlich seien, solle, wie bisher, der Bund die Bewilligung erteilen. Diese Regelung habe sich in der Praxis bewährt. Damit bestehe auch die Möglichkeit, Interventionen anderer Staaten auf Bundesebene, ohne Zwischenschaltung der Kantone, zu behandeln.

- 2.4.2. Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ist nicht gestattet (vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 AVG), ausser im Fall, dass in der Schweiz von keinem inländischen Verleiher entsprechende Arbeitskräfte angeboten werden (Art. 30 AVV).

Der Beschwerdeführer macht hierzu zu Recht geltend, der Grundsatz, dass der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz nicht gestattet ist, beziehe sich nur auf Personalverleiher *mit Sitz* im Ausland, und nicht auf den Verleih ausländischer Arbeitnehmer durch schweizerische Verleiher. Dies belegen sowohl die Ausführungen in der Botschaft zum AVG (a. a. O., S. 609 f.), wonach der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz nicht erlaubt sei, weil Verleihbetriebe im Ausland durch schweizerische Behörden nicht kontrolliert werden könnten, wie auch die Ausführungen des *seco* in seinen im Januar 2003 erlassenen "Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, zur Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih und zur Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes". Dort wird nämlich ausgeführt, nach Art. 12 Abs. 2 AVG sei der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz, getätigt durch ausländische Verleiher (sic!), verboten. In der Praxis habe es sich jedoch erwiesen, dass die Schweizerische Volkswirtschaft auf einen Verleih vom Ausland in die

Schweiz angewiesen sein könne. Deshalb solle mit Artikel 30 AVV einem Personalverleiher mit Sitz im Ausland im Einzelfall ermöglicht werden, in die Schweiz hinein verleihen zu können, wenn dies für den Einsatzbetrieb in der Schweiz und damit auch für die schweizerische Wirtschaft erforderlich sei (S. 73 der Weisungen).

- 2.4.3. Die Rekrutierung von Arbeitnehmern aus dem Ausland durch Verleiher *mit Sitz in der Schweiz* fällt somit nicht unter Artikel 12 Absatz 2 des Arbeitsvermittlungsgesetzes. Erfasst wird dieser Sachverhalt aber von Artikel 21 AVG, nach dem ein Verleiher in der Schweiz nur Ausländer einstellen darf, die zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind.

Hierzu wird in der Botschaft zum AVG (a. a. O., Seite 616) festgehalten, Artikel 21 des Arbeitsvermittlungsgesetzes liege die Auffassung zu Grunde, Ausländer sollten *nicht* zum Personalverleih in die Schweiz einreisen dürfen. Ausländer jedoch, *die bereits dem schweizerischen Arbeitsmarkt zur Verfügung stünden*, sollten bei Personalverleihbetrieben arbeiten können. Deshalb werde die Erlaubnis zur Einstellung von Ausländern im Personalverleih von der Bewilligung des Ausländers zur Erwerbstätigkeit und zum Stellen- und Berufswechsel abhängig gemacht. Damit seien Niedergelassene den Schweizern gleichgestellt, Aufenthalter dürften nach einem Jahr als Leiharbeiter arbeiten, aber Saisoniers seien vom Personalverleih ausgeschlossen (Botschaft S. 616).

Arbeitnehmer aus dem EU-/EFTA-Raum haben nach dem Freizügigkeitsabkommen, wie der Beschwerdeführer richtig ausführt, grundsätzlich ein Recht auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständige sowie Anspruch auf Verbleib in der Schweiz (Art. 1 Bst. a FZA). Sie haben im Weiteren das Recht zur beruflichen und geografischen Mobilität, welche den Wechsel des Arbeitgebers, der Arbeitsstelle, des Berufs sowie den Übergang von einer unselbstständigen zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit beziehungsweise den Wechsel des Arbeits- und Aufenthaltsortes umfasst (Artikel 8 Anhang I zum FZA). Die berufliche und geografische Mobilität gilt für EG/EFTA-Angehörige, die sich *rechtmässig* in der Schweiz aufhalten (Christoph Zimmerli, a. a. O., Rz. 22).

EU/EFTA-Arbeitnehmer erfüllen somit grundsätzlich die Voraussetzung der Berechtigung zur Erwerbstätigkeit und zum Berufs- und Stellenwechsel nach Artikel 21 AVG. Dass sie - sofern das Kontingent nicht ausgeschöpft ist - einen Anspruch auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit, auch im Verleih, haben, wird denn auch in den gemeinsamen Weisungen von seco und imes (vgl. E. 2.2) und in den Weisungen des seco vom Januar 2003 (Seite 158) festgehalten. Die Ausnahmebestimmung von Artikel 21 des Arbeitsvermittlungs-

gesetzes gilt somit für EG/EFTA-Angehörige, jedoch nur unter der Voraussetzung der Kontingentierung.

- 2.4.4. Aus dem Gesagten geht zum einen hervor, dass EU/EFTA-Arbeitnehmer grundsätzlich zur Erwerbstätigkeit und zum Berufs- und Stellenwechsel berechtigt sind und somit die Voraussetzungen dafür erfüllen, dass ein Verleiher sie in der Schweiz einstellen darf. EU-/EFTA-Staatsangehörigen gelten aber trotz den Bestimmungen im Freizügigkeitsabkommen noch als Ausländer und ihr Verleih ist als grenzüberschreitender Verleih zu betrachten. Zum anderen ist festzuhalten, dass die Rekrutierung von Arbeitnehmern aus dem Ausland durch Verleiher *mit Sitz in der Schweiz* gesetzlich weder verboten, noch ausdrücklich dem Erfordernis einer eidgenössischen Bewilligung unterstellt ist.
- 2.4.5. Wenn eine Rechtsfrage, die der Einzelfall aufgibt, gesetzlich nicht geregelt, das Gesetz also unvollständig ist, so besteht dem Begriff nach eine Lücke (BGE 103 Ia 501 E. 7, 125 V 8 E. 3).

Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers bedeutet und damit ein qualifiziertes Schweigen vorliegt. Ein solches Schweigen ist gegeben, wenn die Auslegung des Erlasses ergibt, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht bewusst oder unbewusst offen gelassen hat, sondern sie durch bewusstes Schweigen in negativem Sinne entscheiden wollte (Häfelin / Müller, a. a. O., Rz. 234; Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 83; Rhinow / Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main 1990, Nr. 23 B III, S. 73; BGE 115 II 97 E. 2b). Solange keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen vorliegen, ist beim Fehlen einer ausdrücklichen Regelung grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine negative Entscheidung getroffen hat (Rhinow / Krähenmann, a. a. O., Nr. 23 B III, S. 74, mit Hinweisen).

Unterschieden wird zwischen echten und unechten Lücken. Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort aber keine befriedigende zu entnehmen ist, namentlich, wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsump-

tion eines Sachverhalts in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint (vgl. BGE 128 I 34 E. 3b, 127 V 38 E. 4b/cc, 120 III 131 E. 3b).

- 2.4.6. Die mangelnde Regelung der Frage des Bewilligungserfordernisses für den Verleih vom Ausland durch Verleihunternehmen mit Sitz in der Schweiz resultiert nicht aus einer bewusst negativen Antwort des Gesetzgebers auf diese Frage. Für ein qualifiziertes Schweigen bestehen weder in Gesetz oder Verordnung selbst noch in den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte (vgl. Botschaft zum AVG, a. a. O., Seiten 556 ff., insbesondere Seiten 609 f., Amtliches Bulletin Nationalrat 1987 I S. 177 ff., insbesondere Seite 202, sowie Amtliches Bulletin Ständerat 1988 S. 564 ff., insbesondere Seite 573).

Es ist daher davon auszugehen, dass es sich dabei um eine (echte) Gesetzeslücke handelt.

Eine echte Lücke ist in analoger Anwendung von Artikel 1 Absatz 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) auch im Verwaltungsrecht durch den Richter beziehungsweise durch die rechtsanwendende Behörde zu schliessen. Diese hat nach objektiven Kriterien eine generelle, abstrakte Regel aufzustellen, wie sie es als Gesetzgeber tun würde. Richterliche Lückenfüllung besteht in der Bildung einer Rechtsregel in umfassender Würdigung der generell-abstrakten Interessenlage unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit. Dabei hat sich der Richter soweit als möglich an das bestehende, objektive Recht anzulehnen, denn er schafft kein neues Gesetz, sondern vervollständigt es nur. Unvollständigkeiten des Gesetzes werden vorwiegend durch Analogie behoben, also auf die Weise, dass für vergleichbare Sachverhalte auf geltende Vorschriften zurückgegriffen und diese sinngemäss, also unter Berücksichtigung der Besonderheiten der verwaltungsrechtlichen Sachlage, angewendet werden (BGE 126 III 129 E. 4; Rhinow / Krähenmann, a. a. O., Nr. 23 B VI, S. 74f.; Gygi, a. a. O., S. 84).

- 2.4.7. Das *seco* hat die fragliche Lücke per Analogieschuss gefüllt, indem es das gesetzlich klar postulierte Erfordernis einer eidgenössischen Bewilligung für die grenzüberschreitende Vermittlung und für den Verleih von der Schweiz ins Ausland auf den Sachverhalt der Rekrutierung von ausländischen Staatsangehörigen durch Verleihbetriebe mit Sitz in der Schweiz ausgedehnt hat. Damit hat es zur Lückenfüllung korrekterweise für vergleichbare Sachverhalte auf geltende, in ihrem Wortlaut nicht zu beanstandende Vorschriften zurückgegriffen. Die demgemäss gegründete Praxis wurde denn auch in den Weisungen und Erläuterungen des *seco* vom Januar 2003 festgehalten (vgl.

die Übersicht "Bewilligungspflicht resp. Verleihverbot" auf Seite 74) und von den Beschwerdeführern bis zum Anhängigmachen des vorliegenden Verfahrens nicht kritisiert.

Die Praxis des seco ist vertretbar und gibt vorliegend zu keinen Beanstandungen Anlass, umso mehr als keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass sie nicht in rechtsgleicher Weise auf alle Verleihunternehmen angewendet worden wäre.

Das seco hat somit zu Recht von Verleihunternehmen für die Rekrutierung von neu einreisenden EU-/EFTA-Staatsangehörigen zusätzlich zur kantonalen eine eidgenössische Verleihbewilligung verlangt.

Ob, wie das seco aufführt, auch weitere Gründe für das Erfordernis einer eidgenössischen Bewilligung sprechen, braucht unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden.

Durch die vom seco zu Recht vorgenommene Lückenfüllung besteht für das Bewilligungserfordernis eine bundesrechtliche Grundlage. Infolge der Massgeblichkeit dieser Grundlage (Art. 191 BV) ist daher auch der Rüge der Beschwerdeführer, es werde in ihre Wirtschaftsfreiheit eingegriffen, nicht weiter nachzugehen.

3. Unter diesen Umständen besteht für die Rekurskommission EVD keine Veranlassung, das seco dazu anzuhalten, die Weisung "Die Folgen des Abkommens über den freien Personenverkehr mit der EU und der Änderung des EFTA-Abkommens auf Vermittlung und Verleih" vom 19. Juli 2004 zu ändern. Dass dieses seinerseits dem Antrag der Beschwerdeführer, diese Weisung abzuändern, nicht nachkam, ist aus denselben Gründen ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Frage, ob auf einen entsprechenden Antrag überhaupt einzutreten gewesen wäre (zu den Voraussetzungen unter denen eine Weisung respektive eine Verwaltungsverordnung angefochten werden kann vgl. Häfelin / Müller, a. a. O., Rz. 123 ff., Rhinow / Krähenmann, a. a. O., Nr. 9), kann dabei offen bleiben, zumal die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde mehr als einmal darauf hinweisen, dass allein die vom seco getroffene Feststellungsverfügung Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens bildet.
4. Zusammenfassend ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als der angefochtene Entscheid bezüglich Ziffer 2 aufzuheben ist, im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Beschwerdeführer als unterliegende Partei zu betrachten, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen haben (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie tragen diese zu gleichen Teilen und haften dafür solidarisch (Art. 7 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Die Verfahrenskosten sind mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 800.- (im Total somit Fr. 1 600.-) zu verrechnen (Art. 5 Abs. 3 Kostenverordnung). Bei diesem Verfahrensausgang ist den Beschwerdeführern keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach entscheidet die Rekurskommission EVD:

1. Ziffer 2 der Verfügung des seco vom 8. März 2005 wird von Amtes wegen aufgehoben. Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.
2. *Verfahrenskosten*
3. *Parteientschädigung*
4. *Rechtsmittelbelehrung*
5. *Eröffnung*

REKURSKOMMISSION EVD

Der Präsident
H. Urech

Die juristische Sekretärin
M. Spori Fedail