

# Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit

*Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

*Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf /Florence Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Zürich 2004, S. 85-118. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

## A) Einleitung

Der folgende Beitrag soll die Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2003 skizzieren und eine kurze rechtliche Bewertung bieten, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Thematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17, 18 EGV) betreffenden Urteilen (B), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EGV (C) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 43, 49 EGV (D) zu unterscheiden.

Dabei geht es nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu berücksichtigen, sodass gerade keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden. Auch wird die zunehmende Judikatur nationaler, insbesondere schweizerischer Gerichte ausgespart<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gleichwohl können in diesem Zusammenhang beispielhaft folgende Urteile erwähnt werden: BGE 128 I 280, Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 6.9.2002 i.S. B. gegen Standeskommission des Kantons Appenzell I.Rh. sowie Kantonsgericht Appenzell I.Rh., Abteilung Verwaltungsgericht, 2P.31/2002 (Wohnsitzpflicht für Urkundspersonen; selbständige Erwerbstätigkeit, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist); BGE 129 I 392, Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 21.11.2003 i.S. A. und Mitb. sowie G. gegen Gemeinderat von Zürich, Bezirksrat Zürich sowie Regierungsrat des Kantons Zürich, 1P.665/2002 und 1P.27/2003 (Initiative „SchweizerInnen zuerst!“); BGE 129 II 215, Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 28.3.2003 i.S. X. gegen Migrationssamt sowie Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons Aargau, 2A.451/2002 (Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit); vgl. hierzu auch das Urteil der Vorinstanz: Rekursgericht im Ausländerrecht, Kanton Aargau, Urteil BE.2002.00008 vom

Eingegangen wird aber – entsprechend der Anlage dieses Jahrbuchs – ggf. auf die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Rechtslage in der Schweiz. Allerdings ist es im Rahmen dieses Beitrages nicht möglich, für alle – im Übrigen sehr verschiedenen und zahlreichen – Rechtsgebiete die Rechtslage in der Schweiz zu analysieren und möglicherweise bestehende Unvereinbarkeiten aufzuzeigen. Vielmehr erfolgt eine Konzentration auf die Implikationen der erörterten Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens (FZA) zwischen der Schweiz einerseits und der EG und ihren Mitgliedstaaten andererseits vom 21.6.1999, die dann wiederum die Grundlage für die Rückwirkungen in den verschiedenen Gebieten des schweizerischen Rechts bilden. Ausgangspunkt hierfür ist Art. 16 Abs. 2 FZA, dem die rechtliche Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens zu entnehmen ist. Diese Bestimmung unterscheidet bekanntlich zwischen der Rechtsprechung vor und nach der Unterzeichnung des Abkommens (21.6.1999): Erstere ist bei der Auslegung des Abkommens zwingend zu berücksichtigen, soweit im Abkommen „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ herangezogen werden. Letztere ist als solche nicht zwingend zu berücksichtigen; allerdings kann der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die „Auswirkungen dieser Rechtsprechung“ feststellen. Diese Bestimmung – sowie ganz allgemein die „Parallelität der Rechtsentwicklung“ in der Union und im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens – wirft aus dogmatischer Sicht eine Reihe grundsätzlicher Problemen auf, die noch einer grundlegenden Untersuchung harren, im Rahmen dieses Beitrags aber nicht geleistet werden kann. Ohne daher im Einzelnen auf die Problematik eingehen zu können, sei gleichwohl auf folgende Prämissen hingewiesen, die im Zusammenhang mit den zu erörternden Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf die Anwendung und Auslegung des Abkommens zugrunde gelegt werden sollen:

- Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Gemeinschaftsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des

---

12.7.2002; ausserdem Rekursgericht im Ausländerrecht, Kanton Aargau, Urteil BE.2002.00009 vom 12. Juli 2002 (Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung); BGE 129 II 249, Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 17.1.2003 i.S. A.X. gegen Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2A.246/2002 (zulässige Inländerdiskriminierung beim Familiennachzug; seit-her mehrfach bestätigt, zuletzt im Urteil vom 16.1.2004, 2A.457/2003); BGE 130 I 263, Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 27.11.2003 i.S. Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte, Sektion Zürich, und X. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, 2P.305/2002 (Zulassungsstopp für Medizinalpersonal); Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Entscheid vom 4.3.2003, 4C.371/2002, Pra 2003, 998 (Berechtigung eines deutschen Rechtsanwaltes zur Parteivertretung vor dem Bundesgericht); Bundesgericht, Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 12.5.2003, 2A.607/2002 (Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung; Familiennachzug für Ehegatten von EG-Angehörigen darf nicht strenger geregelt sein als für Ehegatten von Schweizer Bürgern), Pra 2003, 1041 (BGE-Publikation nicht vorgesehen); Bundesgericht, Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 19.12.2003, 2A.246/2003 (Bleiberecht für getrennt lebenden Ehegatten eines EG-Angehörigen; Gleichbehandlung); Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, Entscheid vom 15. November 2003, i.S. Basel Magic/Unihockey-Verband (SUHV), Nr. S-0395/II/2003 (Ausländerklauseln im Unihockey). Zu den Entscheidungen betreffend den sozialrechtlichen Teil des Abkommens siehe den Beitrag von *Bettina Kahil-Wolff* in diesem Band.

Freizügigkeitsabkommen sichergestellt werden<sup>2</sup>. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Konzepte zurückgreift und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass man ein vom Gemeinschaftsrecht differierendes Konzept verfolgt bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.

- Weiter kann es die Zielsetzung einer parallelen Rechtsentwicklung nahe legen, dass sich die schweizerischen Rechtsanwendungs- und Rechtsprechungsinstanzen auch an die nach dem 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH „anlehnen“, um diese Parallelität sicherzustellen<sup>3</sup>.
- Die Abgrenzung von „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, da nicht jedes nach dem 21.6.1999 ergangene Urteil unbedingt eine neue Rechtsprechung darstellt, sondern eine bereits bekannte auch (nur) „wiederholen“ kann. Ob und inwieweit daher ein nach dem 21.6.1999 datiertes Urteil in der Sache zu „beachten“ ist oder nicht, ist in jedem Einzelfall und vor dem Hintergrund der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu beurteilen. Grundsätzlich kann aber festgehalten werden, dass immer dann, wenn ein Urteil nur bereits bekannte Grundsätze wiederholt oder auf einen im Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung parallelen Fall (nochmals) anwendet, in der Sache nur die vor dem Stichtag ergangene Rechtsprechung aufgegriffen wird, sodass das entsprechende Urteil bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu beachten ist. Geht es hingegen um die Anwendung bekannter Grundsätze auf eine bislang noch nicht entschiedene, im Verhältnis zur Rechtsprechung vor dem 21.6.1999 neue und anders gelagerte Fallgestaltung, dürfte in der Regel eine „neue“ Rechtsprechung vorliegen. Eine solche liegt weiter jedenfalls dann vor, wenn eine neue, bislang nicht entschiedene Rechtsfrage Gegenstand eines nach dem 21.6.1999 ergangenen Urteils ist.

## **B) Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17 und 18 EGV)**

### **I. Namensrecht und Diskriminierungsverbot (Rs. C-148/02, *Garcia Avello*)**

<sup>2</sup> Deutlich zum Ausdruck kommt dieser Grundsatz etwa in Art. 16 Abs. 1 FZA: „Zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden.“

<sup>3</sup> S. auch noch die Bemerkungen unten E).

## 1. Sachverhalt und Urteil

In der Rs. C-148/02<sup>4</sup> ging es um eine belgische Regelung, wonach Kinder den Namen ihres Vaters, nicht aber denjenigen der Mutter oder beider Eltern, tragen. Der Kläger des Ausgangsverfahrens, ein Spanier, beantragte gleichwohl, dass seine Kinder – die belgisch-spanische Doppelbürger sind und mit ihren Eltern (die Mutter ist Belgierin) in Belgien wohnen – den ersten Namen des Vaters gefolgt vom ersten Namen der Mutter tragen. Der Antrag wurde unter Berufung auf die erwähnte belgische Regelung abgelehnt. In dem der Vorabentscheidung zugrunde liegenden Gerichtsverfahren stellte sich die Frage der Rechtmässigkeit dieser Ablehnung.

In Anknüpfung an seine Rechtsprechung<sup>5</sup> betonte der EuGH zunächst, dass alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten aufgrund ihres Status als Unionsbürger im sachlichen Anwendungsbereich des EG-Vertrages vorbehaltlich der ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung hätten. In den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fielen auch und gerade Situationen, in denen es um die Ausübung der im EG-Vertrag garantierten „Grundfreiheiten“ gehe, namentlich um die in Art. 18 EGV gewährleistete Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit. Zwar bezweckten diese Rechte nicht die Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs auf interne Sachverhalte; ein Bezug zum Gemeinschaftsrecht bestehe aber bei Kindern, die Angehörige eines Mitgliedstaates seien und sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhielten, woran auch die Doppelstaatsangehörigkeit der Kinder nichts ändere. Damit sei im vorliegenden Fall der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet, sodass sich die Frage stelle, ob eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bestehe, wobei es hier darum gehe, ob die Kinder als Doppelstaatsbürger aufgrund sachlicher Unterschiede anders hätten behandelt werden sollen als belgische Staatsangehörige. Der EuGH bejahte auch diese Frage mit dem Argument, dass im Falle einer belgisch-spanischen Doppelstaatsbürgerschaft die Kinder nach beiden Rechtsordnungen unterschiedliche Familiennamen führten und ihnen verwehrt werde, den Namen zu führen, der sich aus der Anwendung des Rechts des Mitgliedstaats ergibt, nach dem der Familienname ihres Vaters bestimmt worden sei. Aus dieser Situation könnten rechtliche Schwierigkeiten resultieren, sich auf Urkunden oder Schriftstücke zu berufen, die auf den Namen, der in dem anderen Mitgliedstaat anerkannt ist, ausgestellt seien. Eine Rechtfertigung dieser Regelung lehnte der EuGH ebenfalls ab; insbesondere sei die Massnahme nicht erforderlich, Verwechslungen hinsichtlich der Identität oder der Abstammung vorzubeugen.

Bemerkenswert an diesem Urteil – das in der Sache die bisherige Rechtsprechung letztlich konsequent fortführt – sind insbesondere zwei Aspekte:

- Erstens ist das Urteil wohl dahin auszulegen, dass der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 12 EGV immer bereits dann eröffnet ist, wenn sich ein Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig aufhält oder bewegt. Damit greift schon bei Vorliegen dieser Voraussetzung das Diskri-

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello).

<sup>5</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191.

minierungsverbot des Art. 12 EGV, wobei der EuGH nicht eigens prüft, ob die geltend gemachten (anscheinend) diskriminierenden Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht stehen müssen oder nicht. Diese Frage wird man aber bejahen müssen, da ansonsten der Bezug zum Aufenthalts- und Bewegungsrecht der Unionsbürger nicht gegeben wäre. Eine wirkliche Eingrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV dürfte sich hieraus aber nicht ergeben, denn praktisch alle nationalen Bestimmungen stehen in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Aufenthalt der Unionsbürger, wie der Ausgangsfall zeigt. Damit werden wohl weite Bereiche der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zu überprüfen sein, deren Umfang kaum abzusehen ist. Im Übrigen werden sich die Mitgliedstaaten auch die Frage stellen müssen, ob und inwieweit sie für ihre Staatsangehörigen bzw. rein interne Situationen an den bisherigen Regelungen festhalten wollen.

- Zweitens ist auf die weite Auslegung des grenzüberschreitenden Bezugs durch den EuGH hinzuweisen: In Bezug auf die Kläger – die Kinder – reichte bereits die Doppelstaatsangehörigkeit aus; weder war es notwendig, dass sie nicht die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates hatten noch, dass sie effektiv von ihrer Bewegungsfreiheit Gebrauch gemacht hatten (sie waren ja in Belgien geboren und lebten immer noch dort). Man wird davon ausgehen dürfen, dass diese weite Auslegung des grenzüberschreitenden Bezugs auch auf die Grundfreiheiten zu übertragen ist. Dadurch wird einmal mehr die Frage aufgeworfen, ob die Aufrechterhaltung des Kriteriums des grenzüberschreitenden Bezugs als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten noch sinnvoll sein kann.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Wegen des anders ausgestalteten Namensrechts dürfte die dem Fall zugrundeliegende Konstellation in der Schweiz nicht zu Rechtsstreitigkeiten führen. Für andere Sachverhalte stellt sich jedoch die Frage, ob die vom EuGH herangezogene Argumentation auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) übertragbar ist. Dies hängt vor allem davon ab, inwieweit das Diskriminierungsverbot des unmittelbar anwendbaren<sup>6</sup> Art. 2 FZA parallel zu Art. 12 EGV auszulegen ist. Während nach Art. 12 EGV jede Diskriminierung „im Anwendungsbereich dieses Vertrages“ verboten ist, dürfen laut Art. 2 FZA die Staatsangehörigen der Vertragsparteien, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ nicht diskriminiert werden<sup>7</sup>. Fraglich ist somit, ob „bei der Anwendung dieses Abkommens“ so auszulegen ist wie „im Anwendungsbereich“.

<sup>6</sup> So auch Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, Entscheid Nr. S-0395/II/2003 vom 15. November 2003 (Ausländerklauseln im Unihockey).

<sup>7</sup> Deutlicher insofern die französische Fassung des Art. 2 FZA: „dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord“; ebenso der englische Wortlaut: „in application of and in accordance with the provisions of Annexes I, II and III to this Agreement“.



Aus der vor dem Stichtag des Art. 16 II FZA ergangenen EuGH-Rechtsprechung ergibt sich bereits, dass der Anwendungsbereich von Art. 12 EGV schon immer dann eröffnet ist, wenn eine „gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“<sup>8</sup> vorliegt, d.h. ein Sachverhalt mit Bezug zum Gemeinschaftsrecht. Dazu genügt es, dass eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt oder sich auf eine Grundfreiheit berufen kann (z.B. als Tourist auf die passive Dienstleistungsfreiheit)<sup>9</sup>. Dabei haben Personen, die von ihrem Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat zu bewegen und aufzuhalten, Gebrauch machen, grundsätzlich nach Artikel 12 EGV einen Anspruch darauf, nicht gegenüber den Angehörigen des Aufenthaltsstaates ungleich behandelt zu werden, sofern dies geeignet ist, die Ausübung der jeweiligen Grundfreiheit bzw. des Aufenthaltsrechts zu erleichtern<sup>10</sup>.

Entsprechend dürfte die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung gem. Art. 16 II FZA so auszulegen sein, dass Art. 2 FZA alle Diskriminierungen verbietet, die die Wahrnehmung der im Abkommen einschliesslich seiner Anhänge gewährten Rechte behindern, da die Beschränkung der in den Anhängen verliehenen Rechte bereits eine Anwendung dieser Anhänge impliziert<sup>11</sup>. Dazu genügt bereits, dass sich die betreffende Person rechtmässig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält und somit von ihrem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Insofern können also auch das Namensrecht betreffende Regelungen in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fallen, wobei der Hintergrund nicht in der Wahrnehmung der sich aus der Unionsbürgerschaft (die im Abkommen nicht verankert ist), sondern in derjenigen der sich aus dem Abkommen ergebenden Freizügigkeitsrechte zu sehen ist. Art. 2 FZA ist dabei – in Entsprechung zu Art. 12 EGV – als allgemeines Diskriminierungsverbot und somit als Auffangtatbestand für die speziellen Diskriminierungsverbote des Abkommens (z.B. Art. 9 und 15 Anhang I FZA) zu verstehen. Dieses Recht steht jedoch unter dem Vorbehalt der in dem Abkommen enthaltenen Einschränkungen („gemäss den Anhängen I, II und III“).

## **II. Vorzugspreise für Museumseintritte (Rs. C-388/01, Kommission ./ Italien)**

<sup>8</sup> EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195, Rn. 10.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. die Fälle betreffend diskriminierende Eintritte in staatliche Museen, EuGH, Rs. C-45/93, Kommission/Spanien, Slg. 1994, I-911, Rn. 9 f.; jetzt auch Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, 721, Rn. 12, 28. Zu letzterem Fall sogleich B)II.

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998 I-7637, Rn. 16. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der EuGH in der einschlägigen Rechtsprechung die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 12 EGV nicht unmittelbar an der Unionsbürgerschaft festmacht, sondern an dem aus dieser folgenden Aufenthaltsrecht aus Art. 18 EGV.

<sup>11</sup> In diese Richtung wohl auch *Hangartner*, AJP 2003, 257 (262): „Vorschriften und Praktiken, welche die Inanspruchnahme des Abkommens durch Staatsangehörige eines Vertragspartners behindern, können den Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 2 des Abkommens verletzen.“

## 1. Sachverhalt und Urteil

In der Rs. C-388/01<sup>12</sup> ging es um die Frage, ob die italienische Praxis, einen kostenlosen Eintritt in gewisse Museen und Kulturgüter für italienische Staatsangehörige und in den betreffenden Gemeinden ansässige Personen, die über 60 bzw. 65 Jahre alt sind, vorzusehen, während die übrigen Personen – also insbesondere ausländische Touristen – zur Kasse gebeten werden, gegen den Vertrag verstösst. Der EuGH bejahte – im Anschluss an einen ähnlichen, Spanien betreffenden Fall<sup>13</sup> – einen Verstoss gegen Art. 12 und 49 EGV, wobei folgende Aspekte des Urteils hervorzuheben sind:

- Zunächst stellte der Gerichtshof einen Verstoss gegen Art. 12 und 49 EGV fest, ohne zu prüfen, ob Art. 49 EG einschlägig ist. Letzteres ergibt sich allerdings aus dem bereits erwähnten Urteil des EuGH aus dem Jahr 1994. Gleichwohl hätte es nahe gelegen, im Falle der Einschlägigkeit des Art. 49 EGV – die vom EuGH auch im Rahmen der Rechtfertigung angenommen wird – auf den Rückgriff auf Art. 12 EGV zu verzichten. Sind nämlich „besondere Bestimmungen“ anwendbar, sind eben diese – und nicht Art. 12 EGV – heranzuziehen.
- In Bezug auf die Rechtfertigung betont der EuGH in erfreulich klarer Weise, dass im Falle formell diskriminierender Regelungen – also solchen, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellen – nur die ausdrücklich im Vertrag vorgesehenen Rechtfertigungsgründe (hier die in Art. 46 EGV genannten) einschlägig sein könnten. Fraglich bleibt, ob dieser Grundsatz auch im Rahmen der anderen Grundfreiheiten des Vertrages heranzuziehen ist; die Rechtsprechung geht grundsätzlich in diese Richtung, wobei aber im Bereich der Warenverkehrsfreiheit diesbezüglich eine gewisse „Auflockerung“ zu verzeichnen ist<sup>14</sup>, deren Tragweite sich erst noch zeigen muss. Im Bereich des freien Personenverkehrs dürfte der Ansatz des EuGH auch überzeugender sein als in demjenigen des freien Warenverkehrs, wo es – wie die Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen – durchaus Konstellationen gibt, bei denen eine Rechtfertigung auch bei formellen Diskriminierungen eröffnet sein sollte (z.B. Schutz bedrohter Arten). Im Personenverkehr ist es aber tatsächlich kaum denkbar, dass ein ausdrückliches Anknüpfen an die Staatsangehörigkeit in „Wirklichkeit“ auf anderen Gründen als eben der Staatsangehörigkeit beruht.
- Schliesslich lehnt es der EuGH für den Bereich der Differenzierung nach dem Wohnsitz ab, diese Unterscheidung mit dem Steueraufkommen der Gebietsansässigen, das die betreffenden Einrichtungen mitfinanziere, zu rechtfertigen. Denn soweit es allein um die Kostendeckung gehe, liege ein wirtschaftlicher Grund vor, der keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen könne. Soweit es um die Kohärenz des Steuersystems gehe, bestehe kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen irgendeiner Besteuerung und der Anwendung von Vorzugstarifen zu öffentlichen Museen und Kultureinrichtungen. Damit wird unmissverständlich klargestellt, dass Vorzugstarife für Ortsansässige für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen grundsätzlich gegen den EG-Vertrag verstos-

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 16.1.2003, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien).

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-45/93, Kommission/Spanien, Slg. 1994, I-911.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 (Preussen Elektra).

sen und insbesondere nicht durch die Erwägung, die Ortsansässigen finanzierten diese Einrichtungen ja durch ihre Steuern mit, gerechtfertigt werden können.

## **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Wie sich bereits aus den obigen Anmerkungen zum Urteil in der Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*) ergibt, dürfte sich ein entsprechender Anspruch auf Gleichbehandlung auch aus Art. 2 FZA bzw. den speziellen Diskriminierungsverboten des Freizügigkeitsabkommens ergeben, wenn sich die betreffende Person als Dienstleistungsempfänger (z.B. Tourist) oder auf Grund eines sonstigen Aufenthaltsrechts aus dem Abkommen rechtmässig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält, da die Gewährung eines günstigeren Tarifs den Aufenthalt sicher erleichtert bzw. zumindest in engem Zusammenhang mit diesem steht. Der Fall zeigt, dass das Gleichbehandlungsgebot weite Bereiche der Lebens- und Aufenthaltsbedingungen erfasst. Entsprechend dürften etwa auch (indirekt) diskriminierende Regelungen für den Erwerb von Skipässen etc. nach dem Abkommen unzulässig sein, wenn sie nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind, zu denen jedenfalls wirtschaftliche Gründe wie die in der Rs. C-388/01 vorgebrachten (Ortsansässige finanzierten die entsprechenden Einrichtungen durch Steuergelder) nicht gehören<sup>15</sup>.

## **C) Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)**

Im Berichtszeitraum sind eine Reihe von Urteilen zur Auslegung des Art. 39 EGV sowie des mit dieser Vorschrift in Zusammenhang stehenden Sekundärrechts zu verzeichnen. Sie betreffen in erster Linie folgende Bereiche bzw. Fragestellungen: Konkretisierungen der Tragweite des Art. 39 EGV als Beschränkungsverbot (I.), Berücksichtigung von im Ausland nachgewiesenen Qualifikationen (II.), Tragweite der Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 (III.), Anwendungsbereich und Reichweite gewisser sich aus der VO 1612/68 ergebender „Begleitrechte“ von Arbeitnehmern (IV.) sowie Rechte von Familienangehörigen aus Drittstaaten (V.).

### **I. Art. 39 EGV als Beschränkungsverbot: weitere Anwendungsfälle**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

---

<sup>15</sup> Vgl. ansonsten zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten vgl. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 12 EGV, Rn. 37 ff.



**a) Rs. C-209/01 (*Schilling*)**

In der Rs. C-209/01<sup>16</sup> stand die Frage zur Debatte, ob es gegen Art. 39 EGV und Art. 14 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften verstösst, wenn aus Deutschland stammende Beamte der Europäischen Gemeinschaften, die in Luxemburg wohnen und denen in diesem Mitgliedstaat Aufwendungen für eine Haushaltshilfe entstanden sind, diese Aufwendungen nicht von ihren in Deutschland steuerpflichtigen Einkünften absetzen dürfen, weil die Beiträge für die Haushaltshilfe nicht an die deutsche gesetzliche Rentenversicherung, sondern an die luxemburgische entrichtet worden sind.

Der Gerichtshof stellte zunächst klar<sup>17</sup>, dass Vorschriften, die einen Angehörigen eines Mitgliedsstaates – der auch dann als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 39 EGV anzusehen ist, wenn er bei einer internationalen Organisation beschäftigt ist<sup>18</sup> – daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, eine Beschränkung dieser Freiheit darstellen, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden.<sup>19</sup> Eine solche Behinderung des Freizügigkeitsrechts sei in einer Situation wie derjenigen des Ausgangsfalls gegeben, da Personen, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Haushaltshilfe einstellten, dies im Gegensatz zu Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in ihrem Herkunftsland beibehielten, nur ausnahmsweise steuerlich absetzen könnten. Eine Rechtfertigung – die der EuGH trotz fehlenden Vorbringens der Bundesrepublik Deutschland zu diesem Punkt prüfte<sup>20</sup> – verneinte der Gerichtshof: Die Ziele der Hilfe kinderreicher Familien, der Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze sowie der Bekämpfung der Schwarzarbeit seien nicht gefährdet. Auch die Kohärenz des Steuersystems, die generell geeignet sei, die Grundfreiheiten zu beschränken, sofern bei einem und demselben Steuerpflichtigen ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Gewährung einer Steuervergünstigung und dem Ausgleich dieser Vergünstigung durch eine steuerliche Belastung bestehe, die im Rahmen einer einzigen Besteuerung erfolgten,<sup>21</sup> könne im Ausgangsfall nicht greifen, da ein solcher unmittelbarer Zusammenhang nicht erkennbar sei. Damit bestehe hier ein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) in Verbindung mit Art. 14 des erwähnten Protokolls.

**b) Rs. C-232/01 (*van Lent*)**

<sup>16</sup> EuGH, Urteil vom 13.11.2003, Rs. C-209/01 (*Schilling*).

<sup>17</sup> Vgl. auch schon EuGH, Rs. 370/90, Slg. 1992, I-4265 (*Singh*); EuGH, Rs. C-18/95, Slg. 1999, I-345 (*Terhoeve*); EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 (*Graf*); EuGH, Rs. C-302/98, Slg. 2000, I-4585 (*Sehrer*).

<sup>18</sup> EuGH, Rs. 389/87 und 380/87, Slg. 1989, 732 (*Echternach und Moritz*); EuGH, Rs. C-310/91, Slg. 1993, I-3011 (*Schmid*); EuGH, Rs. 411/98, Slg. 2000, I-8081 (*Ferlini*).

<sup>19</sup> S. auch EuGH, Rs. C-232/01, Urteil vom 2.10.2003 (*Van Lent*).

<sup>20</sup> Während er sonst in der Regel auf die Rechtfertigung nur im Falle des Vorbringens durch den betreffenden Mitgliedstaat eingeht. Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-364/01, Urteil vom 11.12.2003 (*Barbier*) Rn. 74; EuGH, Rs. C-234/01, Urteil vom 12.6.2003 (*Gerritse*), Rn. 29.

<sup>21</sup> Vgl. EuGH, Rs. 35/98, Slg. 2000, I-4071 Rn. 57 (*Verkooijen*); EuGH, Rs. C-136/00, Slg. 2002, I-8147, Rn. 36 (*Danner*).

In der Rs. C-232/01<sup>22</sup> ging es um die Frage, ob die belgische Regelung, die es einem in Belgien wohnenden Arbeitnehmer untersagt, ein Fahrzeug zu benutzen, das in einem angrenzenden Mitgliedstaat zugelassen ist, einer in diesem angrenzenden Mitgliedstaat niedergelassenen Leasinggesellschaft gehört und dem Arbeitnehmer von seinem ebenfalls in diesem Mitgliedstaat niedergelassenen Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, gegen Art. 39 EGV verstösst.

Der Gerichtshof betonte zunächst, dass es zwar nach wie vor den Mitgliedstaaten überlassen sei, die Voraussetzungen für die Zulassung von Fahrzeugen aufzustellen, wobei sie jedoch die Vorgaben der Art. 10, 39 EGV zu beachten haben, sofern deren Anwendungsbereich eröffnet ist. Dies sei im vorliegenden Fall zu bejahen, da Art. 39 EGV auf jeden Gemeinschaftsangehörigen, der von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht und in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnortstaat eine Berufstätigkeit ausübt, Anwendung finde, unabhängig von dessen Wohnort und Staatsangehörigkeit. Weiter bejahte der EuGH – unter Hinweis auf die Auslegung des Art. 39 EGV als allgemeines Beschränkungsverbot<sup>23</sup> – eine Beschränkung des aus Art. 39 EGV fließenden Freizügigkeitsrechts, da die Massnahme einen Arbeitnehmer an der Inanspruchnahme bestimmter Vorteile wie der Zurverfügungstellung eines Fahrzeugs hindere und somit geeignet sei, ihn davon abzuhalten, sein Herkunftsland zu verlassen und sein Recht auf Freizügigkeit wahrzunehmen. Eine Rechtfertigung – vorgetragen wurden die Gründe der Gewährleistung der Verkehrssicherheit und des Schutzes der Besteuerungsgrundlage durch die Zulassungspflicht – komme schon deshalb nicht in Betracht, weil hier das Fahrzeug gar nicht in Belgien hätte zugelassen werden können und damit die Ziele der Zulassungspflicht gar nicht erreicht hätten werden können. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Beschränkungen bei einer neu geschaffenen Zulassungsmöglichkeit gerechtfertigt wären. Ein Verstoß gegen Art. 39 EGV liege damit vor.

## **2. Bezug zur Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens**

In beiden erwähnten Urteilen stützt der EuGH seine rechtlichen Erwägungen in erster Linie darauf, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit jegliche Massnahmen verbietet, die einen Staatsangehörigen daran hindern, von seiner Freizügigkeit Gebrauch zu machen (allgemeines Beschränkungsverbot)<sup>24</sup>. Weiter dürften beide Urteile letztlich eine Fortführung der vor dem 21.6.1999 bereits bestehenden Rechtsprechung darstellen; in der Sache geht es um die Anwendung bereits bekannter Grundsätze – nämlich der Tragweite des Art. 39 EGV als Beschränkungsverbot sowie die zulässigen Rechtfertigungen einer ggf. vorliegenden Beschränkung der Freizügigkeit – auf letztlich parallel oder zumindest ähnlich gelagerte Fallgestaltungen wie im Rahmen der Rechtsprechung vor dem 21.6.1999. Daher dürften die Schlussfolgerungen der Urteile in der Sache für Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkom-

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-232/01 (van Lent).

<sup>23</sup> Vgl. auch EuGH, Rs. C-385/00, Slg. 2002, I-11819 (de Groot).

<sup>24</sup> Vgl. insb. EuGH, Rs. C-209/01 (Schilling), Rn. 23-27.

mens von Bedeutung sein, selbst wenn man davon ausginge, dass es sich hier um eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA handelte.

Allerdings kommt eine „Übertragung“ dieser Rechtsprechung auf das Freizügigkeitsabkommen nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass dieses neben den diversen Diskriminierungsverboten auch ein (allgemeines) Beschränkungsverbot enthält (oder wenn in dem konkreten Fall auch das Vorliegen einer (mittelbaren) Diskriminierung festgestellt werden kann). Anknüpfungspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die bereits eingangs erwähnte<sup>25</sup> Bezugnahme auf das Gemeinschaftsrecht in Art. 16 Abs. 1 FZA: Danach sollen „gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden“. Fraglich ist allerdings insoweit, ob das Abkommen in diesem Sinn auch auf Art. 39 Abs. 1 EGV bzw. 43 Abs. 1 EGV Bezug nimmt, aus denen das allgemeine Beschränkungsverbot üblicherweise abgeleitet wird, oder ob es sich darauf beschränkt, einzelne Gewährleistungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere die diversen Diskriminierungsverbote, Aufenthaltsrechte usw., zu übernehmen.

Im Ergebnis sprechen die überzeugenderen Gründe für die grundsätzliche Anerkennung der Verankerung eines „allgemeinen Beschränkungsverbots“ auch im Freizügigkeitsabkommen: Anzuführen ist zunächst die Massgeblichkeit der bis zur Unterzeichnung ergangenen „einschlägigen Rechtsprechung“ des EuGH in Art. 16 Abs. 2 FZA: Denn jedenfalls seit dem Urteil *Bosman* aus dem Jahr 1995 ist anerkannt, dass Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit ein allgemeines Beschränkungsverbot umfassen<sup>26</sup>. Dabei geht der EuGH von dem unmittelbar aus dem EG-Vertrag abgeleiteten Recht der EG-Angehörigen aus, ihr Herkunftsland zu verlassen, um sich zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben und sich dort aufzuhalten: „Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden“<sup>27</sup>. Soweit das Abkommen also ein Recht gewährt, sein Herkunftsland zu verlassen, um sich zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in das Gebiet eines anderen Vertragsstaats zu begeben und sich dort aufzuhalten, unterliegt dieses Recht ebenfalls einem allgemeinen Beschränkungsverbot. Dies dürfte der Fall sein, wie sich etwa aus einer Zusammenschau der Vorschriften des Abkommens ergibt, vgl. z.B. Art. 3, 4 FZA und insb. Art. 1, 2, 6, 8, 12 und 14 Anhang I FZA. Jedenfalls bezüglich dieser Rechte dürfte somit ein allgemeines Beschränkungsverbot bestehen, dessen Reichweite allerdings noch genauer zu bestimmen wäre. Gegen diese Auffassung spricht auch nicht, dass die Anerkennung eines allgemeinen Verbots von Beschränkungen im Zusammenhang mit dem Konzept der Unionsbürgerschaft stehe und daher nicht auf das Abkommen übertragbar sei. Denn das allgemeine Beschränkungsverbot wird nicht aus der Unionsbürgerschaft abgeleitet, sondern folgt unmittelbar aus dem Konzept der Marktfreiheiten, welche auf die Abschaffung aller grenzüberschreitenden

<sup>25</sup> Oben A.

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921, Rn. 95-97

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921, Rn. 95 f.

Behinderungen gerichtet sind<sup>28</sup>, und stellt somit einen Schritt „auf dem Weg zu einer einheitlichen Entwicklung der Grundfreiheiten“ dar<sup>29</sup>. Diese Auslegung wird schliesslich auch durch die Zielsetzung in der Präambel des Abkommens gestützt, wonach die Freizügigkeit „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“ verwirklicht werden soll. Darin kommt ebenfalls zum Ausdruck, dass das Abkommen – unter Beachtung der „nichtautomatischen Übernahme“ des nach der Unterzeichnung entstandenen EG-Rechts – eine Parallelität zwischen Gemeinschafts- und Abkommensrecht anstrebt.

## **II. Berücksichtigung von im Ausland nachgewiesenen Qualifikationen**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

In der Rs. C-285/01 (*Burbaud*)<sup>30</sup> stand der Zugang eines ausländischen Bewerbers zum Beamten in der öffentlichen Krankenhausverwaltung zur Debatte, der ihm im Wesentlichen deshalb verweigert wurde, weil er nicht im Besitz des hierfür erforderlichen Diploms der „Ecole nationale de la santé publique“ sei. Der EuGH ging in erster Linie auf zwei Aspekte ein:

- Erstens sei das Examen, das die Ausbildung an der „Ecole nationale de la santé publique“ abschliesst, als Diplom im Sinne der RL 89/48<sup>31</sup> anzusehen. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass das Bestehen dieses Examins quasi „automatisch“ zur Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit in der öffentlichen Krankenhausverwaltung führt.
- Zweitens verstosse es zwar nicht gegen die RL 89/48, wenn ein Mitgliedstaat den Zugang zu besagter Beamtenlaufbahn einem Einstellungsauswahlverfahren unterzieht, das im vorliegenden Fall beim Eintritt in die „Ecole nationale de la santé publique“ zu absolvieren ist. Allerdings stehe Art. 39 EGV einer solchen Regelung entgegen, denn sie führe de facto dazu, dass die ggf. bereits erworbene gleichwertige Ausbildung in einem anderen Mitgliedstaat nicht berücksichtigt werden könne, sodass ein Hindernis für die Freizügigkeit geschaffen werde; dieses könne auch nicht durch das Bestreben, die möglichst geeigneten Bewerber auszuwählen, gerechtfertigt werden, da hierzu mildere Verfahren zur Verfügung stünden.

<sup>28</sup> Vgl. nur Randelzhofer/Forstthoff, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 5; 222 f. (Stand: Mai 2001); Franzen, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 39 EGV, Rn. 88, jeweils m.w.N.

<sup>29</sup> Classen, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, EWS 1995, 97.

<sup>30</sup> EuGH, Rs. C-285/01 (*Burbaud/Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*), Urteil vom 9.9.2003.

<sup>31</sup> RL 89/48 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen, ABl. 1989 L 19, 16.

Das aus rechtlicher Sicht an sich nicht überraschende Urteil dürfte in gewissen Mitgliedstaaten, insbesondere Frankreich, erhebliche Auswirkungen entfalten: Denn es führt in letzter Konsequenz dazu, dass eigentliche „Kaderschulen“ – deren Konzept davon ausgeht, dass nur die in einer bestimmten Lehranstalt ausgebildeten Personen für bestimmte Laufbahnen, insbesondere im öffentlichen Dienst, zugelassen werden – nicht mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen und letztlich „Quereinsteigermöglichkeiten“ zu schaffen sind, wobei die Anforderungen der RL 89/48 zu beachten sind.

## **2. Bezug zur Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens**

Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens gehört die RL 89/48 zu den Rechtsakten, auf die in Anhang III FZA Bezug genommen wird<sup>32</sup>, sodass sie „oder gleichwertige Vorschriften“ im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien anzuwenden sind. Diese Formulierung darf dabei nicht darüber hinwegtäuschen, dass materiell letztlich die gleichen Regeln wie innerhalb der EG zur Anwendung kommen müssen. Weiter dürfte jedenfalls Art. 2 FZA in einem Fall wie dem vorliegenden zur Anwendung kommen: Denn unabhängig davon, ob im Freizügigkeitsabkommen ein allgemeines Beschränkungsverbot verankert ist<sup>33</sup>, liegt in den Fällen wie dem vom EuGH entschiedenen regelmässig eine indirekte Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit vor, da die innerstaatlichen Ausbildungseinrichtungen in der Regel überwiegend von Inländern besucht werden, während ausländische Bewerber tendenziell eher über ausländische Abschlüsse verfügen. Infolgedessen dürfte jedenfalls ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA vorliegen, wenn nicht die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist oder die Tätigkeit der Bereichsausnahme der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung gem. Art. 10 Anhang I FZA unterfällt. Im Übrigen spricht vieles dafür, dass dieses Urteil des EuGH in der Sache grundsätzlich auch im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA für die Schweiz massgeblich ist, da letztlich (nur) bekannte Grundsätze (insbesondere die Verpflichtung der Berücksichtigung bereits erworbener gleichwertiger Ausbildungen, aber auch die Auslegung des Begriffs des Diploms der RL 89/48) angewandt wurden.

## **III. Tragweite der Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

Auslegung und Tragweite der Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV (Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung) waren Gegenstand der Rs. C-47/02 (*Anker*)<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Anhang III FZA, Abschnitt A., A. Allgemeine Regelung, 1.

<sup>33</sup> S.o. B.I.2.

<sup>34</sup> EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-47/02 (*Anker* u.a./Deutschland).

und C-405/01 (*Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*)<sup>35</sup>. In der Sache ging es hier darum, ob die Beschäftigung als Kapitän oder Erster Offizier auf Handelsschiffen oder als Kapitän der in der sog. Kleinen Seeschifffahrt eingesetzten Schiffe unter der Flagge des Heimatstaates als Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung anzusehen ist, da diesen Personen im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Sicherheit, insbesondere bei Gefahr an Bord, bestimmte polizeiliche Befugnisse zukommen, ggf. in Verbindung mit Untersuchungs-, Zwangs- oder Sanktionsbefugnissen. Im Übrigen obliegen den Kapitänen einige nicht nur durch die Erfordernisse der Schiffsführung zu erklärende personenstandsrechtliche Funktionen.

Die in Rede stehenden Kompetenzen stellen nach Ansicht des EuGH zweifellos eine Ausübung hoheitlicher Befugnisse zur Wahrung der allgemeinen Belange des Flaggenstaates dar, sodass an sich die Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 4 EGV gegeben wären. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Kapitäne von Privatpersonen angestellt werden, da sie jedenfalls als Vertreter der öffentlichen Gewalt im Dienste des Flaggenstaates tätig seien. Gleichwohl sei Art. 39 Abs. 4 EGV aber nicht einschlägig, da die entsprechenden Befugnisse von den Stelleninhabern nicht regelmässig ausgeübt würden und einen nur sehr geringen Teil ihrer Tätigkeit ausmachten. Denn die allgemeinen Belange des Staates würden gerade nicht gefährdet, wenn solche Hoheitsbefugnisse nur ausnahmsweise und sporadisch von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten ausgeübt würden. Damit greift der EuGH auch bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des Art. 39 Abs. 4 EGV letztlich auf der Verhältnismässigkeit zuzuordnende Erwägungen zurück. Verallgemeinert man dieses Urteil, so kann Art. 39 Abs. 4 EGV also immer dann nicht herangezogen werden, wenn die Ausübung hoheitlicher Gewalt nur sporadisch stattfindet und nur einen sehr geringen Teil der Tätigkeit ausmacht.

Offen bleibt aber auf der Grundlage des Urteils, wie die Fälle zu beurteilen wären, in denen zwar eine regelmässige Ausübung hoheitlicher Gewalt zu bejahen ist, diese aber nur einen sehr geringen Teil der Tätigkeit des jeweiligen Amtsinhabers ausmacht. Die Erwägungen des Gerichtshofs deuten eher darauf hin, dass in einem solchen Fall die Ausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV wieder greifen würde, da im Falle der regelmässigen Ausübung von Hoheitsrechten das Interesse des Staates, dass nur ihm besonderes verbundene Bürger solche Aufgaben wahrnehmen können sollen, wieder greifen könnte.

## **2. Bezug zur Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens**

Die Ausführungen des Gerichtshofs können bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens – das parallel zu Art. 39 IV EGV formulierte Bestimmungen enthält (Art. 10 Anhang I FZA; vgl. aber auch Art. 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA bzgl. Nieder-

---

<sup>35</sup> EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-405/01 (*Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* ./ Administración del Estado).



lassungs- und Dienstleistungsfreiheit) – berücksichtigt werden<sup>36</sup>. Zwar lässt sich die Argumentation nicht zwingend aus der vor dem Stichtag des 21.6.1999 ergangenen Rechtsprechung ableiten, sodass sie für die Schweiz nicht verbindlich im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA sein dürfte; sie lässt sich mit der bisherigen Rechtsprechung aber andererseits gut vereinbaren. Insbesondere hat der EuGH auch früher schon geprüft, ob neben der Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des Beschäftigten zum Staat erforderlich ist, sodass die neue Rechtsprechung als Konkretisierung dieses Merkmals der Erforderlichkeit betrachtet werden kann<sup>37</sup>.

## **IV. Zur Reichweite gewisser „Begleitrechte“ der Arbeitnehmer**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

In der Rs. C-413/01 (*Ninni-Orasche*)<sup>38</sup> ging es um einen Rechtsstreit zwischen der italienischen Staatsangehörigen Ninni-Orasche und dem österreichischen Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst über dessen Ablehnung eines Antrags von Frau Ninni-Orasche auf eine Studienbeihilfe nach den Bestimmungen des Studienförderungsgesetzes. Im Gegensatz zur Rs. 39/96 (*Lair*)<sup>39</sup> – in der es ebenfalls in Bezug auf eine solche Studienbeihilfe um die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV ging, die der EuGH im Ergebnis abgelehnt hatte – beantragte die Beschwerdeführerin die Studienbeihilfe auf der Grundlage des Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 – wonach Wanderarbeitnehmer die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen geniessen wie inländische Arbeitnehmer. Damit fragte es sich, ob Frau Ninni-Orasche als Arbeitnehmerin im Sinne des Art. 39 EGV anzusehen war und ob und inwieweit Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 auch nach Beendigung der eigentlichen Arbeitnehmertätigkeit noch anwendbar ist.

Der EuGH knüpfte in seinem Urteil zunächst an seine ständige Rechtsprechung in Bezug auf die weite Auslegung des nach objektiven Kriterien zu bestimmenden Begriffs des Arbeitnehmers an:<sup>40</sup> Danach ist ein Arbeitnehmer, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Der blosse Umstand, dass eine unselbstän-

<sup>36</sup> Dies betrifft natürlich nicht in erster Linie die schweizerische Handelsflotte. Zu dieser, die mit rund 20 Einheiten und ca. 800.000 t Tragfähigkeit etwa auf dem 60. Rang der Welthandelsflotte steht, siehe übrigens das Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschifffahrtsgesetz) vom 23. September 1953, SR 747.30.

<sup>37</sup> Vgl. nur Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 39 EGV, Rn. 215; 222 f. („Tendenz angelegt“) (Stand: Mai 2001); Franzen, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 39 EGV, Rn. 149, jeweils m.w.N.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 6.11.2003, Rs. C-413/01 (*Ninni-Orasche*).

<sup>39</sup> EuGH, Rs. 39/86 (*Lair*), Slg. 1988, 3161.

<sup>40</sup> Vgl. u.a. EuGH, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121 (*Lawrie Blum*); Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205 (*Brown*).

dige Tätigkeit nur von kurzer Dauer sei, könne als solcher nicht dazu führen, dass diese Tätigkeit vom Anwendungsbereich des Art. 39 ausgeschlossen werde. Allerdings könne als Arbeitnehmer nur angesehen werden, wer eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübe; Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang hätten, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellten, blieben ausser Betracht<sup>41</sup>. Dies zu überprüfen, sei Aufgabe des vorlegenden Gerichts. Allerdings dürften Umstände, die sich auf das Verhalten des Betreffenden vor und nach der Beschäftigungszeit bezögen, nicht berücksichtigt werden.

In Bezug auf die Anwendbarkeit des Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 erinnerte der EuGH daran, dass ein Wanderarbeitnehmer, der im Aufnahmemitgliedstaat nach Ausübung einer Berufstätigkeit ein Hochschulstudium aufgenommen habe, das zu einem berufsqualifizierenden Abschluss führe, weiterhin als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 anzusehen sei und sich damit auf diese Bestimmung berufen könne, sofern eine Kontinuität zwischen der früheren Berufstätigkeit und dem durchgeführten Studium bestehe. Die Erfüllung dieser Bedingung könne jedoch in dem Fall nicht verlangt werden, in dem der Arbeitnehmer unfreiwillig arbeitslos geworden ist und der sich zu einer beruflichen Umschulung gezwungen sieht<sup>42</sup>. Diese Feststellung dürfe aber nicht dazu führen, dass sich ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates nur in der Absicht in einen anderen Mitgliedstaat begeben, dort nach einer sehr kurzen Berufstätigkeit eine Förderung für Studenten in Anspruch zu nehmen. Ein solcher „Missbrauch“ sei durch die in Rede stehenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen nicht gedeckt.<sup>43</sup> Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, die erforderlichen tatsächlichen Prüfungen vorzunehmen. Allerdings müsse dieses berücksichtigen, dass bei befristeten Verträgen nicht ausgeschlossen werden dürfe, dass nach Vertragsablauf der entsprechende Arbeitnehmer unfreiwillig arbeitslos sei. Es sei nämlich nicht selten, dass Arbeitnehmer keinerlei Einfluss auf die Dauer und Art des mit dem Arbeitgeber zu schliessenden Arbeitsvertrages habe. Ohne dem vorlegenden Gericht seine Kompetenz hinsichtlich der Überprüfung der tatsächlichen Sachlage abzusprechen, deutete der EuGH in seinen weiteren Ausführungen an, dass im konkreten Fall offenbar vieles dafür spreche, dass kein solcher Missbrauchsfall vorliege.

## **2. Bezug zur Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens**

Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens lassen sich sowohl die Ausführungen zur Arbeitnehmereigenschaft allgemein als auch diejenigen zu Art. 7 Abs. 2 der VO Nr. 1612/68 gemachten Ausführungen des EuGH (s. den gleichlautenden Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA) heranziehen; der EuGH wendet nämlich letztlich nur bereits in der Rechtsprechung vor dem 21.6.1999 formulierte Grundsätze an bzw. präzisiert diese.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035 (Levin); EuGH, Rs. C-337/97, Slg. 1999, I-3289 (Meeusen).

<sup>42</sup> EuGH, Rs. 39/86, Slg. 1988, 3161, Rn. 39 (Lair).

<sup>43</sup> EuGH, Rs. 39/86, Slg. 1988, 3161 (Lair).

Fraglich könnte in diesem Zusammenhang jedoch die Tragweite des Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA sein: „Dieses Abkommen regelt weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden.“ Unabhängig von der Frage, was genau unter „Zugang zur Ausbildung“ zu verstehen ist<sup>44</sup>, dürften jedenfalls Studierende, die als Arbeitnehmer im Sinne des Abkommens anzusehen sind, nicht zu den „unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ gehören mit der Folge, dass die vom EuGH entwickelten Grundsätze vollumfänglich in der Schweiz zu beachten sind. Im Übrigen betrifft die Ausnahme auch nicht diejenigen Studierenden, die nach dem Abkommen ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige haben.

## **V. Rechte von Familienangehörigen der Wanderarbeitnehmer**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

#### **a) Nachzugsrecht von Ehegatten (Rs. C-109/01, *Akrich*)**

In der Rs. C-109/01<sup>45</sup> ging es um Grundfragen der Auslegung von Art. 10 VO 1612/68<sup>46</sup>, der das Recht der Ehegatten und bestimmter naher Verwandter eines Arbeitnehmers enthält, im Staatsgebiet des Aufenthalts des Arbeitnehmers Wohnsitz zu nehmen. Anlass zu dem Urteil gab die Situation eines Drittausländers, der mit einer britischen Staatsangehörigen verheiratet war, allerdings wegen verschiedener Vergehen aus dem Vereinigten Königreich ausgewiesen worden war. Nachdem die Eheleute einige Monate in Irland gelebt hatten, wollten sie wieder nach Grossbritannien zurückkehren, und der Ehemann beantragte den Widerruf seiner Ausweisungsverfügung, da ihm als Ehegatten einer britischen Staatsangehörigen aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 ein Aufenthaltsrecht in Grossbritannien zustehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt, mit dem Argument, die britische Ehefrau habe nur zum Schein während kurzer Zeit (sechs Monaten) eine Stelle in Irland angenommen, um letztlich die britischen Bestimmungen über das Aufenthaltsrecht von Drittausländern zu umgehen.

Der EuGH geht in der Sache davon aus, dass sich im vorliegenden Fall kein Recht aus Art. 10 VO 1612/68 auf Einreise des Ehegatten ableiten lasse, wobei folgende Erwägungen von Bedeutung sind:

- Die VO 1612/68 betreffe von vornherein nur die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft; ihr könnten hingegen keine Hinweise darauf entnommen werden,

---

<sup>44</sup> Konkret geht es hier darum, ob hierunter neben den für die Zulassung zu einer Hochschule erforderlichen Qualifikationen auch die Studien- oder Semestergebühren erfasst sind oder nicht.

<sup>45</sup> EuGH, Urteil vom 23.9.2003, Rs. C-109/01 (*Akrich*).

<sup>46</sup> VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

welche Rechte ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger im Hinblick auf den Zugang zum Unionsgebiet hat. Daher müsse sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, in den der Unionsbürger abwandern wolle, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 VO 1612/68 zu kommen. Begeben sich dagegen ein in einem Mitgliedstaat ansässiger Unionsbürger, der mit einem zum Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat nicht berechtigten Drittstaatsangehörigen verheiratet sei, in einen anderen Mitgliedstaat, um dort eine unselbständige Berufstätigkeit auszuüben, so könne in dem Umstand, dass seinem Ehegatten aus Art. 10 der VO kein Recht erwachse, sich mit ihm in diesem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, keine ungünstigere Behandlung liegen als die, die dem Ehepaar zuteil wurde, bevor dieser Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nahm. Gleiches gelte, wenn der mit einem Drittstaatsangehörigen verheiratete Unionsbürger in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger er ist, zurückkehre. Die Situation sei damit also nicht vergleichbar mit der Lage im von den Klägern als Präzedenzfall angeführten Urteil *Singh*.<sup>47</sup>

Der EuGH verneint hier also – im Gegensatz zum GA *Geelhoed* – bereits die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 10 VO 1612/68, was im Grundsatz schon deshalb überzeugt, weil sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die im Hinblick auf ihre tatsächliche Verwirklichung erlassenen sekundärrechtlichen Vorschriften tatsächlich nur auf Bewegungen innerhalb der Union, nicht hingegen in die Union beziehen. Dieser letzte Punkt betrifft die Freizügigkeit von Drittausländern, die nicht von Art. 39 ff. EGV erfasst ist. Führt man diesen Gedanken zu Ende, so wäre – was der EuGH aber im Ausgangsfall nicht zu entscheiden hatte – Art. 10 VO 1612/68 aber jedenfalls dann einschlägig, wenn der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittausländer sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhält, auch wenn er in demjenigen Mitgliedstaat, in dem die Eheleute sich niederlassen wollen, ausgewiesen ist. Das Nachzugsrecht (das allerdings auch aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit eingeschränkt werden kann) verdrängt also immer dann das Einreiserecht eines Mitgliedstaates, wenn sich der Drittstaatsangehörige bereits rechtmässig in einem (anderen) Mitgliedstaat aufhält.

- Weiterhin komme es im Fall der tatsächlichen Ausübung der Freizügigkeitsrechte des Vertrages nicht darauf an, in welcher Absicht dies geschehen sei, sofern der entsprechende Arbeitnehmer im anderen Mitgliedstaat tatsächlich eine echte Tätigkeit ausübe oder ausüben wolle. Die Ausübung dieser Rechte stelle jedenfalls keinen Missbrauch dar – selbst dann nicht, wenn der eine Ehegatte, zu dem Zeitpunkt, in dem sich das Ehepaar in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen habe, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger der Arbeitnehmer ist, kein Aufenthaltsrecht hatte. Ein solcher Missbrauch läge jedoch vor, wenn die Vergünstigungen des Gemeinschaftsrechts für Wanderarbeitnehmer und ihre Ehegatten im Rahmen von Scheinehen geltend gemacht würden, die zur Umgehung der für Drittstaatsangehörige geltenden Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen geschlossen würden.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-370/90, Slg. 1992, I-4265 (*Singh*).

Diese Präzisierung des „Missbrauchstatbestandes“ ist überzeugend, kann die Ausübung eines gewährten Rechts – gerade der Grundfreiheiten, die unabhängig von persönlichen Beweggründen garantiert werden (sollen) – als solche doch grundsätzlich keinen Missbrauch darstellen, ganz abgesehen davon, dass über „Absichten“ häufig nur spekuliert werden kann. Verallgemeinert man den Ansatz des EuGH, so kann festgehalten werden, dass eine Ausübung der sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte grundsätzlich keinen Missbrauch derselben darstellen kann, wobei die Motive dieser Ausübung gerade unbeachtlich sind. Vielmehr kann ein „Missbrauch“ nur dann in Frage kommen, wenn über das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der sich aus den Grundfreiheiten ergebenden Rechte getäuscht wird, wie das Beispiel der „Scheinehe“ zeigt. Dann aber geht es an sich nicht um einen Missbrauch der gewährten Rechte, sondern um das Fehlen der tatbestandlichen Voraussetzungen derselben.

- Selbst im Falle der Nichteinschlägigkeit des Art. 10 VO 1612/68 müsse aber Art. 8 der EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) „berücksichtigt“ werden. Die Verweigerung der Einreise eines nahen Verwandten könne nämlich gegen Art. 8 EMRK verstossen, wenn sie nicht den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK genüge, also wenn sie nicht „gesetzlich vorgesehen“, von einem oder mehreren in Hinblick auf diesen Absatz berechtigten Zielen getragen und „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sei, d.h. durch ein „zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt“ sei und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel stehe, das mit ihm verfolgt werde. Die Grenzen dessen, was „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sei, wenn der Ehegatte rechtsbrüchig geworden sei, seien vom EGMR bereits hinreichend herausgearbeitet worden<sup>48</sup>.

Die dogmatische Verankerung dieser vom EuGH betonten Pflicht zur Beachtung des Art. 8 EMRK ergibt sich allerdings nicht wirklich aus dem Urteil. Vieles spricht dafür, hierin keinen Bezug auf die bei der Beschränkung der Grundfreiheiten zu beachtenden Schranken<sup>49</sup>, sondern nur einen Hinweis auf die sich für die Mitgliedstaaten aus der EMRK ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtung zu sehen: Denn wenn sich der Drittstaatsangehörige unrechtmässig im Unionsgebiet aufhält bzw. noch gar nicht im Unionsgebiet ist, kann die Verweigerung seines Aufenthaltsrechts nach dem Urteil des EuGH gerade keine Behinderung der Freizügigkeit seines Ehegatten im Unionsgebiet bedeuten, da er ja in keinem Mitgliedstaat aufenthaltsberechtigt ist.

## **b) Verbleiberecht von Familienangehörigen (Rs. C-257/00, *Givane*)**

In der Rs. C-25/00<sup>50</sup> ging es um einen Rechtsstreit zwischen der indischen Staatsangehörigen *Nani Givane* und ihren Kindern, die Familienangehörige eines verstorbenen portugiesischen Arbeitnehmers sind, und dem *Secretary of State for the Home*

<sup>48</sup> EGMR, Urteile *Boultif/Schweiz*, *Receuil des arrêts et décisions* 2001-IX, §§ 46 bis 56, und *Amrollahi/Dänemark* vom 11.7.2002 (noch unveröffentlicht), §§ 33 bis 44.

<sup>49</sup> Bei denen eben auch Grundrechte eine Rolle spielen können. Vgl. nur EuGH, Rs. C-60/00 (*Carpenter*), Slg. 2002, I-6279, Rn. 42.

<sup>50</sup> EuGH, Urteil vom 9.1.2003, Rs. C-257/00 (*Givane*).

*Department* über die Auslegung von Art. 3 Abs. 2 der VO Nr. 1251/70<sup>51</sup>, nachdem dieser es abgelehnt hatte, den Klägern eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis für Grossbritannien zu gewähren, da der Ehemann und Familienvater nicht für mindestens zwei Jahre unmittelbar vor seinem Tod seinen ständigen Aufenthalt in England gehabt habe.

Im Zentrum des Urteils stand die Frage, ob eine solche Bedingung mit Art. 3 VO 1251/70 – der nach dem Tod des Arbeitnehmers eigene Rechte der Angehörigen begründet und ein grundsätzliches Aufenthaltsrecht verankert – in Einklang steht. Die grammatikalsche Auslegung ergebe kein eindeutiges Ergebnis, weil die verschiedenen Sprachfassungen der VO, denen grundsätzlich der gleiche Wert beizumessen sei<sup>52</sup>, einen unterschiedlichen Gehalt hätten. Teilweise sei ihnen zu entnehmen, dass der Zweijahreszeitraum des ständigen Aufenthaltes des Arbeitnehmers bis zum Tod des Arbeitnehmers andauern müsse; teilweise sei eine zeitliche Verknüpfung zwischen dem ständigen Aufenthalt von zwei Jahren und dem Zeitpunkt des Todes des Arbeitnehmers nicht vorgeschrieben. Demnach sei die Bestimmung zusätzlich in ihrem Kontext und nach Sinn und Zweck auszulegen. Dabei erweise sich, dass die Auslegung, wonach der Zweijahreszeitraum dem Tod des Arbeitnehmers unmittelbar vorausgehen müsse, durch den Sinn und Zweck des Art. 3 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 der VO gestützt werde. Diese Auslegung sei auch insgesamt mit den Zielen des Art. 39 EGV und der VO 1251/70 vereinbar. Es liege zwar im Interesse des Arbeitnehmers und seiner Familie, dass seine Familienangehörigen im Fall seines frühzeitigen Todes grundsätzlich das Recht hätten, im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates zu verbleiben; die Ausübung des Aufenthaltsrechts unterliege jedoch den im EG-Vertrag und den zu dessen Durchführung erlassenen Bestimmungen vorgesehenen Beschränkungen und Voraussetzungen. Die Zweijahresfrist solle eine substantielle Verbindung zwischen dem Mitgliedstaat und dem Arbeitnehmer und seiner Familie sowie ein bestimmtes Mass der Integration dieser Personen in die betreffende Gesellschaft sicherstellen. Die Verordnung solle zudem für Rechtssicherheit sorgen; daher seien auch weitere, nicht ausdrücklich im Wortlaut enthaltene Tatbestandsmerkmale abzulehnen. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber gewollt, dass auch vom Zeitpunkt des Todes des Arbeitnehmers weiter entfernt liegende Aufenthaltszeiten berücksichtigt werden könnten, so wäre es sachgerecht gewesen, in die VO ausdrücklich eine entsprechende zeitliche Begrenzung sowie weitere Voraussetzungen aufzunehmen.

## **2. Bezug zur Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens**

Beide Urteile des EuGH lassen sich grundsätzlich „zwanglos“ auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen, das inhaltsgleiche Bestimmungen kennt: In Bezug auf das Bleiberecht (Rs. C-257/00, *Givane*) verweist Art. 4 Abs. 2 FZA unmittelbar auf VO EWG Nr. 1251/70, sodass auch deren Art. 3 Abs. 2 Anwendung findet. In Bezug

<sup>51</sup> VO 1251/70/EWG der Kommission vom 29.6.1970, ABl. 1970 L 142, 24.

<sup>52</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-2996/95, Slg. 1998, I-1605 Rn. 36 (EMU Tabac).



auf die Rs. C-109/01 (*Akrich*) ist auf Art. 3 Anhang I zu verweisen, der Art. 10 VO 1612/68 letztlich aufnimmt.

Interessanterweise wurde das Urteil des EuGH in der Rs. C-109(01 (*Akrich*) inzwischen auch bereits vom schweizerischen Bundesgericht zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens herangezogen. In einer Entscheidung vom 4.11.2003<sup>53</sup> verneinte die II. öffentlichrechtliche Abteilung ein Nachzugsrecht unter Berufung auf das Urteil *Akrich*. In dem Fall hatten ein italienischer Staatsangehöriger und seine slowakische Ehefrau einen Antrag auf Familiennachzug für den sechzehnjährigen Sohn der Ehefrau gestellt, der ebenfalls die slowakische Staatsangehörigkeit hatte und bis dahin bei den Grosseltern in der Slowakei wohnte. Das Bundesgericht verneinte einen Anspruch auf Familiennachzug aus Art. 3 Anhang I FZA mit der Begründung, dass der Sohn sich nicht rechtmässig in einem Vertragsstaat des Freizügigkeitsabkommens aufgehalten habe. Das Bundesgericht schliesst sich bei der Auslegung des Nachzugsrechts gemäss FZA der Argumentation des EuGH an, obwohl es selbst darlegt, dass die massgebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in weiten Teilen der Verwaltungspraxis einschliesslich der Europäischen Kommission sowie des IMES bis zur EuGH-Entscheidung überwiegend anders ausgelegt wurde (Erw. 3.6.3)<sup>54</sup>.

Dies bedeutet freilich noch nicht, dass die Entscheidung *Akrich* in der Sache nicht doch eine Fortführung der bisherigen Rechtsprechung darstellt mit der Folge, dass Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA heranzuziehen wäre. Hierfür könnte jedenfalls sprechen, dass die Systematik des Art. 39 EGV soweit ersichtlich schon immer so aufgefasst wurde, dass nur die Personenfreizügigkeit innerhalb der Union betroffen ist und dass insbesondere die Voraussetzungen der Einreise von Drittausländern in das Unionsgebiet jedenfalls nicht von den Freizügigkeitsbestimmungen erfasst werden. Allerdings zöge dieser Ansatz letztlich die Konsequenz nach sich, dass eine neue Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA erst dann anzunehmen sein könnte, wenn sie sich keinesfalls aus der bisherigen Rechtsprechung ableiten liesse bzw. zu dieser gar im Widerspruch stünde, während die ausdrückliche Entscheidung bislang noch ungeklärter Fragen grundsätzlich jedenfalls dann keine neuen Entscheidungen darstellten, wenn sie möglicherweise aus der bisherigen Rechtsprechung ableitbar gewesen wären. Damit werden aber auch die Bedenken gegen eine solche Sicht deutlich: In der Regel wird auch die Anwendung an sich bekannter Grundsätze auf neue Fallgestaltungen nicht ganz klar sein, und Hintergrund des Art. 16 Abs. 2 FZA ist es ja gerade, bei solchen „unklaren Fallgestaltungen“ die Schweiz nicht zur „Übernahme“ neuer Rechtsprechung zu verpflichten. Daher spricht vieles dafür, jedenfalls dann von einer „neuen Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA auszugehen, wenn die entsprechende Rechtsfrage noch nicht Gegenstand von EuGH-Urteilen war und damit die Antwort auf diese nicht als eine „Anwendung“ bereits entschiedener Grundsätze angesehen werden kann.

<sup>53</sup> Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003 (BGE-Publikation vorgesehen). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003 (BGE-Publikation vorgesehen).

<sup>54</sup> Da die Frage nicht entscheidungserheblich ist, lässt das Bundesgericht im Übrigen ausdrücklich offen, ob das Urteil des EuGH in der Rs. Baumbast (EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091) zur Auslegung des Abkommens herangezogen werden kann, ob also als Familienangehörige im Sinne des FZA auch Nachkommen nur eines Ehepartners gelten (Erw. 3.5).

Wie auch immer man diese Frage (allgemein und im konkreten Fall) aber auch beantworten mag: Das Urteil des Bundesgerichts zeigt jedenfalls, dass die nach dem Stichtag 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung in der Regel heranzuziehen sein wird und berücksichtigt werden kann, auch wenn sie der früher überwiegend vertretenen Auffassung nicht entspricht und daher im Einzelfall zu überraschenden Ergebnissen führen mag. Dies dürfte im Übrigen auch dann gelten, wenn der EuGH offene Auslegungsfragen nicht wie hier restriktiver, sondern freizügigkeitsfreundlicher entscheidet als die bis dahin überwiegende Auffassung<sup>55</sup>. Darüber hinaus zeigt sich an diesem Beispiel auch die Relativität des Stichtages für die Übernahme der EuGH-Rechtsprechung in Art. 16 Abs. 2 FZA. Dies dürfte wiederum der Zielsetzung des Abkommens entsprechen, denn die Stichtagsregelung hatte lediglich den Zweck, einen Zwang der Schweiz zur automatischen Übernahme von EG-Recht zu verhindern, während es nach den Zweckbestimmungen des Abkommens (vgl. insb. Präambel und Art. 1 FZA) um die Herstellung der Freizügigkeit zwischen den Parteien auf der Grundlage der Rechtslage in der EU und somit um eine zumindest latent dynamische Zielsetzung geht.

Im Übrigen stellt jedenfalls das Urteil in der Rs. C-257/00 (*Givane*) ein „neues Urteil“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA dar, denn es greift eine Rechtsfrage auf, die bislang nicht gelöst worden war. Auswirkungen auf die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens sind aber nach dem Gesagten gleichwohl zu erwarten.

Schliesslich sei in diesem Zusammenhang auf eine das Bleiberecht nach dem Abkommen betreffende Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts hingewiesen: In einem Urteil vom 19. Dezember 2003<sup>56</sup> entschied das Bundesgericht, dass der ausländische Ehegatte eines in der Schweiz niedergelassenen EG-Angehörigen grundsätzlich auch nach einer Trennung ein Bleiberecht habe. Der Fall betrifft eine Brasilianerin, die einen in der Schweiz wohnhaften Italiener geheiratet hatte, später aber getrennt von ihm lebte. Entsprechend der Rechtslage bei Ehegatten von Schweizer Bürgern kann der Ehegatte eines EG-Angehörigen grundsätzlich noch so lange eine Aufenthaltsbewilligung beanspruchen, wie die Ehe formell besteht. Das Gericht begründet dies damit, dass eine Schlechterstellung gegenüber den Ehegatten von Schweizer Bürgern gegen das Diskriminierungsverbot des Abkommens verstosse. Eine Grenze bilde in beiden Fällen jedoch das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs. Ein solcher sei dann zu bejahen, wenn die Berufung auf die Ehe einzig dem Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung diene und nicht die geringste Hoffnung bestehe, dass die Ehegatten wieder zusammenkämen. Im konkreten Fall musste die Vorinstanz noch prüfen, ob ein solcher Rechtsmissbrauch vorlag.

## **D) Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EG)**

<sup>55</sup> So etwa im Falle der soeben behandelten Urteile EuGH, Rs. C-405/01 vom 30.9.2003 (*Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*) und EuGH, Rs. C-47/02 (*Anker*), Slg. 2002, I-7091.

<sup>56</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 19.12.2003, 2A.246/2003 (BGE-Publikation vorgesehen).

Die im Berichtszeitraum erlassenen Urteile in den Bereichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit betreffen im Wesentlichen fünf Bereiche: Anforderungen im Hinblick auf die (Modalitäten der) Erbringung von Dienstleistungen (I.), Kostenerersatz für im EU-Ausland erhaltene medizinische Dienstleistungen (II.), Anerkennung von Diplomen (III.), Zulässigkeit von Lotterien bzw. Wetten (IV.) sowie die an Zweigniederlassungen gestellte Niederlassungsanforderungen (V.).

## **I. Anforderungen im Hinblick auf die Erbringung von Dienstleistungen**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

#### **a) Eintragung in die Handwerksrolle (Rs. C-215/01, Schnitzer)**

In der Rs. C-251/01<sup>57</sup> ging es um ein portugiesisches Unternehmen, das in Deutschland Arbeiten ausführte, die dem Stuckateur-Handwerk zuzuordnen waren, ohne jedoch – wie nach der deutschen Rechtsordnung gefordert – in der Handwerksrolle eingetragen zu sein. In Portugal erfüllte das Unternehmen jedoch alle Voraussetzungen für eine derartige gewerbliche Tätigkeit, sodass sich die Frage nach der Zulässigkeit dieser Beschränkung der Tätigkeit des Unternehmens stellte.

Der EuGH hielt zunächst – in Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung – fest, dass eine vorübergehende Tätigkeit und damit eine Dienstleistung (und keine Niederlassung) auch dann vorliegen könne, wenn ein in einem Mitgliedstaat niedergelassener Wirtschaftsteilnehmer gleiche oder ähnliche Dienstleistungen wiederholt oder mehr oder weniger regelmässig in einem anderen Mitgliedstaat erbringt; ausschlaggebend sei bei einer solchen Fallgestaltung, dass er in dem „Aufnahmemitgliedstaat“ nicht über eine Infrastruktur verfügt, die es ihm erlauben würde, in stabiler und kontinuierlicher Weise einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. In Bezug auf das Erfordernis einer Eintragung in die Handwerksrolle stellte der EuGH – in Anknüpfung an seine vorangegangene Rechtsprechung im Fall *Corsten*<sup>58</sup> – eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit fest, die nur durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses und unter Beachtung des Prinzips der Verhältnismässigkeit gerechtfertigt sein können. Als solche zwingenden Gründe kämen hier die Sicherung der Qualität von durchgeführten handwerklichen Arbeiten und der Schutz der Abnehmer vor Schäden in Betracht. Das Aufnahmeland dürfe durch seine Verfahren die Ausübung des Rechts einer in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Person, ihre Dienstleistungen im erstgenannten Staat zu erbringen, jedoch weder verzögern, noch erschweren, nachdem die Voraussetzungen für die Aufnahme der entsprechenden Tätigkeit<sup>59</sup> be-

<sup>57</sup> EuGH, Urteil vom 11.12.2003, Rs. C-251/01 (Schnitzer).

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-58/98, Slg. 2000, I-7919 (Corsten).

<sup>59</sup> Vgl. RL 64/427/EWG vom 7.7.1964, ABl. 1964, Nr. 117, 1863.

reits geprüft und festgestellt worden seien. Sonst sei ein Verstoß gegen Art. 49 EG gegeben, was sowohl für einmalige, als auch für wiederkehrende Dienstleistungen gelte. Damit dürfte das allgemeine Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle nicht mit den Anforderungen des Art. 49 EGV in Einklang stehen.

**b) Gebührenregelung für Rechtsanwälte (Rs. C-289/02, Amok Verlags GmbH)**

Der Rs. C-289/02<sup>60</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nachdem in einem Rechtsstreit zwischen *Amok und A&R* die letztere obsiegt hatte, verlangte sie vom *AMOK* die Kosten für ihren österreichischen Rechtsanwalt nach über der deutschen Gebührenordnung (BRAGO) liegenden österreichischen Gebührensätzen sowie die Kosten für einen deutschen Rechtsanwalt, der in Einvernehmen mit dem österreichischen Anwalt gemäß § 28 EuRAG gehandelt hatte. Der Gerichtshof hatte nun zu entscheiden, ob der in ständiger Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, dass in einem solchen Fall nur die Kosten erstattet werden, die bei Einschaltung eines in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwalts entstanden wären, mit Art. 49 und 12 EGV zu vereinbaren ist, wobei der EuGH nur Art. 49 EGV heranzog, da diese Bestimmung eine *lex specialis* sei und Art. 12 EGV daher nur anwendbar sei, wenn der Vertrag kein besonderes Diskriminierungsverbot vorsehe.

Der EuGH führte in Bezug auf Art. 49 EGV aus, dass eine Rechtsprechung, nach der neben den Kosten eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalts nicht auch noch die Kosten eines bei den angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts, der im Einvernehmen mit dem ausländischen Rechtsanwalt handelt, erstattet werden können, die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen weniger attraktiv machen könne. Die Bestellung eines bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Anwalts entziehe sich im Übrigen dem Willen der Parteien, weil sie in Ausführung von Art. 5 RL 77/249/EWG<sup>61</sup> statfinde. Dies führe nicht dazu, dass die Mehrkosten für die Heranziehung eines bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts automatisch und unabhängig vom Obsiegen im Rechtsstreit der Partei auferlegt werden müssten, die einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt herangezogen habe. Vielmehr seien diese Kosten für eine angemessene Vertretung notwendig. Die fragliche Regelung könne auch nicht durch Erfordernisse der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege gerechtfertigt werden; die Kosten für einen am angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt seien zudem völlig vorhersehbar. Folglich liege ein Verstoß gegen Art. 49 EGV vor.

**c) Anforderungen an Patentanwälte (Rs. C-131/01, Kommission ./ Italien)**

<sup>60</sup> EuGH, Urteil vom 11.12.2003, Rs. C-289/02 (*Amok Verlags GmbH*).

<sup>61</sup> RL 77/249/EWG vom 22.3.1977, ABl. 1977, L 78, 17.

In der Rs. C-131/01<sup>62</sup> ging es um die Zulässigkeit einer italienischen Regelung, wonach in anderen Mitgliedstaaten zugelassene Patentanwälte vor dem italienischen Patentamt Dienstleistungen nur erbringen können, wenn sie in das italienische Patentanwaltsverzeichnis eingetragen sind und einen Wohnsitz oder eine berufliche Niederlassung in Italien haben.

Angesichts der vorübergehenden Natur der Leistung von Patentanwälten erachtete der EuGH – in Anknüpfung an seine Rechtsprechung<sup>63</sup> – die Dienstleistungsfreiheit für einschlägig. Zwar umfasse die Tätigkeit eines Patentanwalts eine Reihe von Aufgaben, die sich über längere Zeit erstreckten; doch bringe dies nicht zwangsläufig eine stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben des Aufnahmestaates mit sich, was für die Einschlägigkeit des Art. 43 EGV vorausgesetzt sei. Weiter stelle das Erfordernis der Eintragung in das Verzeichnis der Patentanwälte eine Beschränkung im Sinne des Art. 49 EGV – der neben einem Diskriminierungs- auch ein umfassendes Beschränkungsverbot enthalte – dar. Diese könne auch nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses (in Betracht kamen hier die Gewährleistung der Qualität der von den Patentanwälten geleisteten Dienste und der Schutz der Empfänger solcher Dienste) gerechtfertigt werden, da den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nicht Genüge getan wird: Zum einen unterscheide die Voraussetzung der Eintragung der Patentanwälte in das italienische Verzeichnis der Patentanwälte nicht zwischen Erbringern von Dienstleistungen, deren berufliche Fähigkeiten und Eignung im Herkunftsmitgliedstaat geprüft worden sind, und solchen, die sich keiner solchen Prüfung unterzogen haben, sodass die Regelung schon nicht geeignet sei. Zum anderen seien auch weniger einschneidende Massnahmen denkbar. Aber auch das Wohnsitzerfordernis bzw. das Erfordernis einer beruflichen Niederlassung – das ebenfalls eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle – lasse sich nicht rechtfertigen, da sie nicht erforderlich zur Erreichung der angestrebten Ziele des Allgemeinwohls (örtliche Zuständigkeit des Gerichts im Falle einer Beschwerde in Bezug auf ein in Italien erteiltes Patent und die Gewährleistung des ordnungsgemässen Ablaufs des Verfahrens) seien.

## **2. Bezug zur Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens**

Soweit das Freizügigkeitsabkommen auch die Dienstleistungsfreiheit verankert – was nach Art. 5 i.V.m. Art. 17 ff. Anhang I nur für solche Dienstleistungen der Fall ist, deren tatsächliche Dauer insgesamt 90 Kalendertage im Jahr nicht überschreitet – können die in den beiden Urteilen erörterten Grundsätze auch für die Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens von Bedeutung sein.

Weiter dürfte davon auszugehen sein, dass bei der Rs. C-251/01 (*Schnitzer*) nur eine „Fortschreibung“ der bisherigen Rechtsprechung vorliegt: Denn bereits vor dem Urteil *Corten* (2000) waren die vom EuGH angewandten Grundsätze bekannt, sodass sowohl das Urteil *Corten* als auch die vorliegende Rechtssache letztlich (nur) eine

<sup>62</sup> EuGH, Urteil vom 13.2.2003, Rs. C-131/01 (Kommission ./ Italien).

<sup>63</sup> EuGH, Rs. 55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 25, 27 (Gebhard).

Anwendung auf einen neuen Fall bedeutet. Auswirkungen dürften diese Grundsätze insbesondere in all denjenigen Bereichen entfalten, in denen die Erbringung von Dienstleistungen bestimmten Anforderungen unterliegt; hier sind dann entsprechend die vom EuGH entwickelten Grundsätze heranzuziehen, was jedenfalls mittelbar auch Auswirkungen auf die Auslegung des Binnenmarktgesetzes entfalten kann. Gleiches gilt letztlich für die Rs. C-131/01 (*Kommission ./. Italien*), die in Bezug auf die Eintragung im Patentanwaltsverzeichnis ähnlich gelagert ist wie der Fall *Schnitzer*; sie führt letztlich die Rechtsprechung *Gebhard* fort und wendet diese an, sodass sie – soweit die Dienstleistungsfreiheit im Personenfreizügigkeitsabkommen verankert ist – in der Sache vollumfänglich für die Schweiz bei der Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens relevant ist.

Hingegen dürfte in der Rs. C-289/02 (*Amok Verlags GmbH*) eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA vorliegen, da der in dem Urteil angesprochene Aspekt der Gebührenregelung so noch nicht entschieden worden war.

## II. Kostenersatz für medizinische Dienstleistungen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

Im Anschluss an die Rs. C-368/98<sup>64</sup> und C-157/99<sup>65</sup> hatte sich der EuGH in der Rs. C-385/99 (*Müller-Fauré*)<sup>66</sup> erneut mit der Frage des Ersatzes der Kosten für in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch genommene medizinische Leistungen durch die Krankenkassen der Patienten zu befassen. Der EuGH präziserte in diesem Urteil seine Rechtsprechung zu diesem Problemkreis, wobei in erster Linie auf folgende, vom EuGH vorgenommene Unterscheidung hinzuweisen ist:

- Das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung einer im Ausland erfolgenden Behandlung durch die Krankenkasse als Voraussetzung für die Kostenerstattung der Behandlung stelle zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, könne aber grundsätzlich bei Krankenhausbehandlungen durch das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit sowie – damit in engem Zusammenhang stehend – durch das Bestreben, eine rationelle, ausgewogene und gut zugängliche medizinische Versorgung zu gewährleisten, gerechtfertigt werden. Allerdings sei dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit nur dann Rechnung getragen, wenn die Gründe, die zur Verweigerung der Genehmigung führen können, auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, eine leicht zugängliche Verfahrensregelung besteht und eine zügige und objektive Bearbeitung des Antrags gewährleistet ist. Eine Versagung der Genehmigung sei unter diesem Gesichtswinkel nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar,

<sup>64</sup> EuGH, Slg. 2001, I-5363.

<sup>65</sup> EuGH, Slg. 2001, I-5473.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-385/99 (*Müller-Fauré ./. Onderlinge Waarborgmaatschappij*), Urteil vom 13.5.2003. S. auch in Bezug auf Krankenhausbehandlungen EuGH, Rs. C-56/01 (*Inizan ./. Caisse primaire d'assurance maladie*), Urteil vom 23.10.2003.



wenn eine gleichwertige Behandlung rechtzeitig in einer Einrichtung erlangt werden könne, mit der die Krankenkasse eine Vereinbarung geschlossen hat. Bestehen jedoch Wartelisten im Inland, auf die der Patient unabhängig von seinem Gesundheitszustand gesetzt wird, sei eine Rechtfertigung auszuschliessen, da es hier in erster Linie um wirtschaftliche Erwägungen gehe.

- Grundsätzlich anders sei die Situation bei der Konsultation von frei praktizierenden Ärzten gelagert: Hier sei nicht ersichtlich, dass die „Bewegungsströme“ in andere Mitgliedstaaten von derart grossem Ausmass seien, dass das finanzielle Gleichgewicht bei der medizinischen Versorgung gefährdet wäre, sodass eine Rechtfertigung des Erfordernisses der vorherigen Genehmigung ausscheide. Eine Deckungspflicht durch die Krankenkasse bestehe aber (selbstverständlich) nur insoweit, als das Krankenversicherungssystem des Mitgliedstaats eine solche grundsätzlich gewährleistet. Etwas anderes gelte auch nicht im Falle des speziellen Systems in den Niederlanden, wo die Kosten für eine Behandlung direkt vom Staat bezahlt werden, so dass es um eine Art Sachleistungssystem geht. Denn einmal liege auch in diesem Fall eine Dienstleistung des Arztes am Patienten vor; zum anderen sei nicht ersichtlich, warum dieses Systems durch einen Wegfall der Genehmigungspflicht in Frage gestellt würde. Insbesondere könnten die auch für inländische Behandlungen aufgestellten Bedingungen und Leistungsgrenzen beachtet werden und es stehe dem Mitgliedstaat frei, Erstattungsfreibeträge nach objektiven und transparenten Kriterien festzulegen.

Das Urteil bedeutet einen weiteren Schritt auf dem Weg zur grenzüberschreitenden Liberalisierung der ärztlichen Dienstleistungen und gewährt letztlich jedem Patienten das Recht, sich im Ausland ausserhalb eines Krankenhauses ärztlich behandeln zu lassen und die Kosten hierfür in der ihm nach dem nationalen System zustehenden Höhe von seiner Krankenkasse erstattet zu bekommen. Der im Urteil *Kohl*<sup>67</sup> bereits in Bezug auf ein System, das auf dem Kostenerstattungsprinzip beruht, anerkannte Grundsatz wird im vorliegenden Urteil nämlich auf ein dem Sachleistungsgrundsatz folgendes System übertragen, sodass ihm nunmehr allgemeine Anwendung zukommen dürfte. Ob und inwieweit hierdurch ein gewisser Wettbewerb der nationalen Gesundheitssysteme gefördert wird, bleibt wohl abzuwarten.

## **2. Bezug zur Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens**

Da der EuGH die sich im vorliegenden Fall stellende Frage in Bezug auf ein nach dem Sachleistungsgrundsatz funktionierendes System noch nicht beantwortet hatte und es sich gerade nicht um eine sich zwingend aus der bisherigen Rechtsprechung ergebenden Grundsatz handeln dürfte, liegt hier wohl eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA vor, die im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens als solche nicht verbindlich ist. Allerdings ist zu erwarten, dass die dem Urteil zu entnehmenden Grundsätze auch nachhaltige Bedeutung für das schweizerische Versicherungssystem entfaltet: Denn einmal geht es bei ärztlichen Dienstleistungen häu-

---

<sup>67</sup> EuGH, Slg. 1998, I-1931.

fig um solche, die 90 Tage im Jahr nicht überschreiten, und zum anderen reiht sich das Urteil durchaus folgerichtig in die bisherige Rechtsprechung ein, sodass zu erwarten ist, dass sich schweizerische Gerichte ggf. an diesen Grundsätzen orientieren werden.

### **III. Anerkennung von Diplomen**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

##### **a) Anerkennung von Hochschuldiplomen (Rs. C-153/02, Neri)**

In der Rechtssache C-153/02<sup>68</sup> stand die Frage zur Debatte, ob die italienische Praxis, wonach von einer Universität eines anderen Mitgliedstaates ausgestellte Diplome in Italien nicht anerkannt werden, wenn der Unterricht zur Vorbereitung auf die betreffenden Diplome in Italien von einer italienischen Bildungseinrichtung gemäss einer Vereinbarung zwischen dieser Einrichtung und der Universität erteilt worden ist, mit Art. 43 EGV in Einklang steht.

Zunächst stellte der EuGH fest, dass die entgeltliche Durchführung von Hochschulunterricht unter die Niederlassungsfreiheit fällt, wenn sie von Angehörigen eines Mitgliedstaates in stabiler und kontinuierlicher Weise von einer Haupt- oder Neben-niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt wird<sup>69</sup>. Weiter liege in der mangelnden Anerkennung von Diplomen eine Behinderung der Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit der entsprechenden Hochschule und somit eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da die Nichtanerkennung potenzielle Studierende vom Besuch der Bildungseinrichtungen abhalten könne. Eine Rechtfertigung komme nicht in Betracht. Denn zwar sei das Ziel, einen hohen Standard der Hochschulausbildung sicherzustellen, legitim; allerdings sei die Verhältnismässigkeit zu verneinen: Hinsichtlich der Geeignetheit wies der EuGH auf die nach italienischem Recht bestehende Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen italienischen Universitäten und anderen italienischen Hochschulen hin; bezüglich der Erforderlichkeit mahnte er an, dass die Regelung jegliche Möglichkeit einer Überprüfung der ausgestellten Diplome durch nationale Stellen ausschliesse. Im Ergebnis bejahte er damit eine Verletzung des Art. 43 EGV.

##### **b) Zugang zum Rechtsanwaltspraktikum (Rs. C-313/01, Morgenbeser)**

<sup>68</sup> EuGH, Urteil vom 13.11.2003, Rs. C-153/02 (Neri).

<sup>69</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-439/99, Slg. 2002, I-305 Rn. 21 (Kommission ./ Italien).

Der Rs. C-313/01<sup>70</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: Frau Morgenbesser, französische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Italien, hatte in Frankreich das Diplom einer „maîtrise en droit“ erworben, was sie aber nicht zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufs befähigte. Sie beantragte in Italien die Eintragung in das Register der „praticanti“. Dies wurde ihr mit der Begründung, Voraussetzung für die Eintragung sei ein von einer italienischen Universität verliehenes oder bestätigtes Diplom der Rechtswissenschaften, verweigert. Frau Morgenbesser machte daher einen Verstoss gegen die RL 89/48, hilfsweise einen Verstoss gegen Art. 43 EGV (Niederlassungsfreiheit), geltend.

Der EuGH prüfte zunächst die Anwendbarkeit der Richtlinien 98/5 über den Rechtsanwaltsberuf und 89/48 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome. Beides lehnte der Gerichtshof ab: RL 98/5 sei nicht anwendbar, weil sie nur den voll qualifizierten Rechtsanwalt betreffe. RL 89/48 gelte nur für sog. „reglementierte Berufe“, wobei die Tätigkeit als „praticante-patrocinante“ diese Voraussetzung gerade nicht erfülle, da er von dem Beruf des „avvocato“ nicht zu trennen sei.

Weiterhin führte der Gerichtshof aus, dass je nach Art der Vergütung der Tätigkeit als „praticante“ sowohl Art. 39 als auch Art. 43 EGV einschlägig sein könne. Unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung<sup>71</sup> stellte er eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit fest, wenn nach den nationalen Vorschriften die von dem Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten unberücksichtigt blieben. Daher müsse die Berücksichtigung des Diploms des Betroffenen im Rahmen einer Gesamtbeurteilung der akademischen und beruflichen Ausbildung erfolgen, die dieser geltend machen könne. Führe diese vergleichende Prüfung zu der Feststellung, dass die durch das ausländische Diplom bescheinigten Kenntnisse und Fähigkeiten den nach den nationalen Rechtsvorschriften verlangten entsprächen, so habe der Mitgliedstaat anzuerkennen, dass dieses Diplom die in diesen Vorschriften aufgestellten Voraussetzungen erfülle.

Demnach verwehre das Gemeinschaftsrecht es den Behörden eines Mitgliedstaates, den Inhaber eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Diploms der Rechtswissenschaft nur deshalb nicht in das Register der Personen, die die für eine Zulassung als Rechtsanwalt erforderliche praktische Ausbildungszeit absolvieren, einzutragen, weil es sich nicht um ein von einer Universität des erstgenannten Staates verliehenes, bestätigtes oder als gleichwertig anerkanntes Diplom der Rechtswissenschaft handele.

## **2. Bezug zur Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens**

Im Hinblick auf die Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens ist zunächst zu bemerken, dass auch die allgemeine Anerkennungsrichtli-

<sup>70</sup> EuGH, Urteil vom 13.11.2003, Rs. C-313/01 (Morgenbesser).

<sup>71</sup> EuGH, Rs. C-234/97, Slg. 1999, I-4773 (Fernández de Bobadilla), Rn. 33; EuGH, Rs. C-340/89, Slg. 1991, I-2357 (Vlassopoulou), Rn. 15 und 20.

nie 89/48 sowie die EG-Diplomanerkennungsrichtlinien 77/249 und 98/5 betreffend die Rechtsberufe Anwendung finden<sup>72</sup>. Diese waren aber in den erwähnten Urteilen nicht entscheidungserheblich.

Das Freizügigkeitsabkommen enthält aber den im EG-Vertrag enthaltenen Bestimmungen „nachgebildete“ Rechte auf Niederlassung (Art. 12 i.V.m. Art. 15 Anhang I FZA) und Freizügigkeit (Art. 2, 6, 8, 9 Anhang I FZA). Insofern sind also die vom EuGH in beiden Urteilen entwickelten Grundsätze durchaus für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens von Bedeutung. Dabei dürfte die Rs. C-313/01 (*Morgenbesser*) die bereits vor dem 21.6.1999 bestehende Rechtsprechung vollumfänglich aufgreifen, ohne neue Elemente hinzuzufügen und ohne dass wirklich neue und bis dahin nicht entschiedene Rechtsfragen zur Debatte gestanden hätten. Daher ist dieses Urteil („indirekt“) als für die Schweiz verbindlich im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA anzusehen. Hingegen hat der EuGH in der Rs. C-153/02 (*Neri*) wohl eine neue Rechtsfrage entschieden, wenn auch in Anwendung bereits bekannter Grundsätze, sodass die dem Urteil zu entnehmenden Grundsätze als solche nicht verbindlich im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA sein dürften. Angesichts des nahtlosen Anknüpfens an die bisherige Rechtsprechung spricht allerdings vieles dafür, ggf. die Schlussfolgerungen des Urteils für die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens zu „übernehmen“<sup>73</sup>.

#### IV. Zulässigkeit von Wetten

In der Rs. C-243/01<sup>74</sup> stand eine italienische Regelung, die das Sammeln, die Annahme, die Bestellung und die Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, bestimmten konzessionierten Unternehmen (wobei nur bestimmte inländische Unternehmen solche Genehmigungen erhalten) vorbehält, zur Debatte.

Der EuGH stellte zunächst eine Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit fest, wobei bemerkenswert ist, dass er bei der Prüfung der Niederlassungsfreiheit ausschliesslich darauf abstellt, dass die betreffende Regelung „Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit“ enthalten. Daraus lässt sich wohl schliessen, dass der EuGH davon ausgehen dürfte, dass auch Art. 43 EG – parallel zur Tragweite der Art. 28, 39 und 49 EG – ein Beschränkungsverbot darstellt, jedenfalls soweit der Zugang zum inländischen Markt betroffen ist<sup>75</sup>. In Bezug auf die Rechtfertigung

<sup>72</sup> Anhang III FZA, Abschnitt A., A. Allgemeine Regelungen, Nr. 1, B. Rechtsberufe, Nr. 3 und 4.

<sup>73</sup> In dem vom EuGH entschiedenen Fall spricht im Übrigen einiges dafür, dass die italienische Regelung indirekt diskriminierend war oder jedenfalls so angewandt wurde, indem für inländische Universitäten offenbar günstigere Ausnahmeregelungen getroffen wurden, vgl. EuGH, Urteil vom 13.11.2003 in der Rs. C-153/02 (*Neri*), Rn. 47.

<sup>74</sup> EuGH, Rs. C-243/01 (*Piergiorgio Gambelli*). S. auch EuGH, Urteil vom 13.11.2003, Rs. C-42/02 (*Lindman*), wo der EuGH die festhielt, dass die finnische Regelung, wonach Gewinne aus Lotterien im Ausland im Gegensatz zu Gewinnen aus in Finnland veranstalteten Lotterien gewissen Steuern unterliegen, nicht mit Art. 49 EGV vereinbar sei.

<sup>75</sup> S. insoweit auch EuGH, Rs. C-167/01 (*Kamer van Koophandel/Inspire Art Ltd*), Urteil vom 30.9.2003.

verweist der EuGH zunächst auf seine Rechtsprechung zu Fragen der Zulässigkeit von Lotterieveranstaltungen<sup>76</sup>, um im Ergebnis festzuhalten, dass es Sache des nationalen Gerichts sei, zu prüfen, ob die Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (hier insbesondere die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen und die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einher gehen, womit auch Aspekte des Verbraucherschutzes und der Betrugsbekämpfung betroffen sind) tatsächlich geeignet und erforderlich sind, die Verwirklichung dieser Ziele zu gewährleisten.

Den Hinweisen, die der EuGH dem nationalen Gericht gibt und die es bei dieser Prüfung zu beachten hat, sind aber einige Vorgaben zu entnehmen: So müssten die getroffenen Massnahmen „kohärent und systematisch“ zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen. Ferner seien die Beschränkungen in nicht diskriminierender Weise anzuwenden, und es sei die Verhältnismässigkeit derjenigen Regelung, wonach die Verhängung einer Strafe gegen jede einzelne Person, die über das Internet von Italien aus mit in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Buchmachern Wetten durchführt, im Einzelnen zu untersuchen. Schliesslich sei die Erforderlichkeit des Ausschlusses derjenigen Kapitalgesellschaften, die in anderen Mitgliedstaaten über Konzessionen verfügen, von diesem Markt aus Gründen der Betrugsbekämpfung genau zu prüfen, gebe es doch andere Mittel, dieses Ziel zu erreichen.

Bemerkenswert an diesem Urteil ist, dass der EuGH die Frage der Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahmen nicht definitiv selbst beantwortet, obwohl die Faktenlage offenbar recht genau bekannt war. Aufgeworfen wird damit einmal mehr die Frage, nach welchen Kriterien der Gerichtshof diese Entscheidung den nationalen Gerichten überlässt oder sie selbst trifft. Jedenfalls erscheint es schwierig, in der Rechtsprechung hier eine klare Linie zu erkennen.

Weiter – und in einem gewissen Kontrast zu dieser dem mitgliedstaatlichen Gericht eingeräumten Kompetenz – legen die Hinweise des EuGH die Annahme nahe, dass er von der Unzulässigkeit der in Frage stehenden Beschränkungen ausgeht, insbesondere aufgrund des Umstandes, dass die italienische Regierung ansonsten Wetttätigkeiten wegen der zu erwartenden Einnahmen für die Staatskasse „fördert“. Verallgemeinert man diesen Ansatz des Gerichtshofs, so sind Beschränkungen der Durchführung von Gewinnspielen nur unter der Voraussetzung mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar, dass die entsprechenden Beschränkungen tatsächlich „flächendeckend“ Anwendung finden.

Dieses Urteil dürfte letztlich die bereits in der Rechtsprechung angelegten Grundsätze (nur) präzisieren, sodass es grundsätzlich unter die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachtenden EuGH-Urteile fallen dürfte.

## V. Anforderungen an Zweigniederlassungen

---

<sup>76</sup> S. insbesondere EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 (Schindler); EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 (Läärä u.a.).

In der Rechtssache C-161/01<sup>77</sup> ging es um einen Rechtsstreit zwischen der niederländischen Industrie- und Handelskammer Amsterdam und der Gesellschaft englischen Rechts Inspire Art Ltd wegen der nach dem niederländischen „Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen“ (WFBV), also dem Gesetz über formal ausländische Gesellschaften, bestehenden Verpflichtung der niederländischen Zweigniederlassung der Inspire Art, ihre Eintragung im niederländischen Handelsregister mit dem Zusatz „formal ausländische Gesellschaft“ versehen zu lassen und diese Bezeichnung im Rechtsverkehr zu führen. Weiter wurde die Zweigniederlassung einer Reihe von Vorschriften unterworfen, die in den Niederlanden für die Gründung solcher Gesellschaften zur Anwendung kommen, insbesondere betreffend das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer.

Der EuGH hatte sich hier insbesondere die Frage zu stellen, ob und inwieweit die Anwendung der niederländischen Vorschriften über die Gründung von Gesellschaften gegen Art. 43 EGV verstossen. Dabei wandte der Gerichtshof letztlich die bereits im Urteil *Centros*<sup>78</sup> entwickelten Grundsätze auf die vorliegende Fallgestaltung an, wobei folgende Aspekte hervorzuheben sind:

- Für die Anwendung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit sei es ohne Bedeutung, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich in einem zweiten niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschliesslich ausgeübt werden soll. Der Umstand, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur gegründet wurde, um in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, stelle demnach keinen Missbrauch dar, auch nicht, wenn die betreffende Gesellschaft ihre Tätigkeiten hauptsächlich oder ausschliesslich in diesem zweiten Staat ausübe. Gesellschaften hätten damit das Recht, ihre Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat zu bestimmen. Art. 43 und 48 EG seien damit uneingeschränkt anwendbar.
- Das WFBV behindere auch die Ausübung der Niederlassungsfreiheit, da seine Regelungen die entsprechenden Gesellschaften dazu verpflichteten, die Vorschriften des Niederlassungsstaates über das Stammkapital und die Haftung der Geschäftsführer zu beachten. Insofern geht der EuGH also von einem in Art. 43 EG normierten umfassenden allgemeinen Beschränkungsverbot aus.
- Hinsichtlich der Rechtfertigung dieser Beschränkung überprüft der Gerichtshof sowohl die in Art. 46 EGV genannten Gründe, als auch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, wendet also dasselbe „Prüfungsschema“ wie im Rahmen des Art. 39 EGV an. Zu Art. 46 EGV stellte er fest, dass die niederländische Regierung keinerlei der dort genannten Gründe angeführt habe. Es blieben daher nur die zwingenden Allgemeininteressen, wobei der Gerichtshof die vorgebrachten Gründe des Gläubigerschutzes, der Bekämpfung der missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit, der Erhaltung der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen für im Ergebnis nicht einschlägig erachtet, da die Inspire Art nicht als niederländische Gesellschaft auftrete, diese nicht in missbräuchlicher Weise die Niederlassungsfreiheit ausübe und in Bezug auf die anderen Rechtfertigungsgründe die Massnahme unverhält-

<sup>77</sup> EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-161/01 (Kamer van Koophandel ./ Inspire Art).

<sup>78</sup> EuGH, Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459. S. auch EuGH, Rs. 208/00, Slg. 2002, I-9919 (*Überseering*).



nismässig sei. Im Übrigen sei zu beachten, dass es gerade Ziel der Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit sei, die Gründung von Zweigniederlassungen zu ermöglichen, sodass vorgebrachte Rechtfertigungsgründe nicht dazu führen dürften, diese Freiheit „auszuhebeln“.

Das Urteil des Gerichtshofs stellt letztlich – jedenfalls soweit die Auslegung von Art. 43 EGV betroffen ist – eine Anwendung und Bestätigung des Urteils *Centros*<sup>79</sup> dar, das vor dem 21.6.1999 ergangen ist, sodass es vollumfänglich auch bei der Auslegung der im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens gewährleisteten Niederlassungsfreiheit zu beachten ist.

## E) Schluss

Insgesamt konnten die im vorliegenden Beitrag herausgegriffenen Urteile des EuGH die Bedeutung der Rechtsprechung für die Anwendung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens verdeutlichen:

- Soweit es um Urteile geht, die (nur) die Rechtsprechung des Gerichtshofs vor dem 21.6.1999 bestätigen und anwenden, sind sie im Ergebnis bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu beachten: Denn trotz des Datums ihres Erlasses geht es letztlich um die vor dem erwähnten Stichdatum bereits bestehende Rechtsprechung, sodass ein Abweichen von diesen Urteilen kaum mit den Verpflichtungen aus Art. 16 Abs. 2 FZA in Einklang stehen dürfte.
- Diejenigen Urteile, die bereits vor dem 21.6.1999 formulierte Grundsätze präzisieren und/oder weiterentwickeln, dürften zwar in der Regel eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA darstellen, sodass sie als solche nicht im Rechtssinn für die Schweiz „verbindlich“ sind. Je enger allerdings die Anknüpfung an die bereits bekannten Grundsätze ausfällt und je zwingender die neu gezogenen Schlussfolgerungen oder Anwendungen angesichts der bereits „gesicherten“ Rechtsprechung sind, desto eher kommt in Betracht, diese Urteile jedenfalls in der Sache zu beachten, wenn sie nicht gar als „alte Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA anzusehen sind.
- Aber auch bei Urteilen, die eine neue, bislang nicht angesprochene oder nicht geklärte Rechtsfrage aufwerfen und beantworten, dürfte im Zweifel eine „Übernahme“ der Rechtsprechung nahe liegen: Denn Sinn und Zweck des Abkommens zielen ja gerade auf eine parallele Rechtsentwicklung; diese aber kann natürlich am effektivsten dadurch erreicht werden, dass sich die schweizerische Rechtspraxis grundsätzlich an der Rechtsprechung des EuGH orientiert, es sei denn, dem stünden sich aus dem Abkommen ergebende gewichtige Gründe entgegen. Dieser „Grundsatz der Orientierung“ lässt sich m.a.W. aus dem Ziel des Abkommens, parallele Rechtsregime in der EU und der Schweiz sicherzustellen, ableiten.

<sup>79</sup> EuGH, Rs. 212/97, Slg. 1999, I-1459 (*Centros*).

Insgesamt vermag diese ausserordentlich grosse Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH auch zu verdeutlichen, dass es sich beim Freizügigkeitsabkommen zwar aus formaler Sicht um einen „statischen“ Vertrag und gerade keinen „Integrationsvertrag“ – der eine echte Teilnahme am Integrationsprozess selbst implizierte – handelt; allerdings führt die Auslegung der Zielsetzungen des Vertrages verbunden mit der Bedeutung der Rechtsprechung und Rechtsentwicklung letztlich dazu, dass in der Sache eine dynamische Entwicklung eingeleitet wird und es daher wohl zutreffender ist, von einem „Teilintegrationsvertrag“ mit hybridem Charakter zu sprechen.