

Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit - Überblick und ausgewählte Aspekte

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, Bern 2005, S. 45-74. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Am 21. Juni 1999 wurde das Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten¹ (FZA)² nach langjährigen Verhandlungen³ unterzeichnet; es ist als eines von sieben sog. sektoriellen Abkommen⁴ am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Erklärtes Ziel des auf Wunsch der EG ausgehandelten Abkommens ist es, die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“⁵. Deutlich wird damit schon an dieser Stelle, dass sich das Abkommen inhaltlich eng an die primär- und sekundärrechtlichen Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts in diesem Bereich⁶ anlehnt und es im Ergebnis weitgehend übernimmt. Daran anschließend sei schon hier darauf hingewiesen, dass das Ziel des Abkommens auch und gerade dahin geht, im Bereich der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten ein Rechtsregime zu verwirklichen, das parallel zu der Rechtslage in der Europäischen Union ausgestaltet ist. Vor dem Hintergrund

* Herrn Rechtsassessor Robert Mosters, LL.M., Lektor am Institut für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg sei herzlich für die Unterstützung bei der Materialsuche und die kritische Durchsicht des Textes gedankt.

¹ Neben der Schweiz und der EG sind auch deren Mitgliedstaaten Partei des Abkommens, so dass es sich entgegen der verbreiteten umgangssprachlichen Bezeichnung nicht um ein bilaterales, sondern um ein multilaterales Abkommen handelt. Vgl. insofern auch *Stephan Breitenmoser/Michael Isler*, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 (1005).

² Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff.; ABIEG L 114 vom 30.4.2002, S. 6 ff.

³ Zu diesen *Bettina Kahil-Wolff*, Suisse – Europe, Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales, 1995, 9 ff.

⁴ Die anderen Abkommen betreffen die Bereiche Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen; für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABIEG L 114 vom 30.4.2002, S. 1 ff.

⁵ Vgl. Präambel des FZA.

⁶ Zu den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen in diesem Bereich m.w.N. *Astrid Epiney*, § 14, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 6. Aufl., 2005.

des besonderen Charakters des europäischen Gemeinschaftsrechts, der Komplexität der gemeinschaftlichen Regelungen über die Personenfreizügigkeit – die etwa auch Bereiche umfassen bzw. berühren, die im Freizügigkeitsabkommen nicht ausdrücklich verankert sind, wie insbesondere die Unionsbürgerschaft – sowie der Dynamik der Rechtsentwicklung in der EU sowohl auf der Ebene der Rechtsetzung als auch der Rechtsprechung wirft die konkrete Umsetzung und Verwirklichung dieser Zielsetzung in dem Abkommen aber vielschichtige Probleme auf.

Im vorliegenden Beitrag sollen einerseits ein Überblick über Inhalt und rechtliche Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens gegeben werden, andererseits aber auch ausgewählte Probleme der im Abkommen gewährleisteten Rechte bzw. ihrer Reichweite erörtert werden (III.), dies vor dem Hintergrund der bei der Auslegung des Abkommens heranzuziehenden Grundsätze (II.). Der Beitrag endet mit einer kurzen Schlussbemerkung zum Charakter des Personenfreizügigkeitsabkommens (IV.).

II. Zu den bei der Auslegung des FZA anwendbaren Grundsätzen

Das Personenfreizügigkeitsabkommen stellt einen völkerrechtlichen Vertrag dar. Als solcher unterliegt er den einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsregeln, die in Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)⁷ niedergelegt sind und darüber hinaus Völkergewohnheitsrecht formulieren⁸. Nach der Grundregel des Art. 31 WVK ist ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“⁹. Die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge sind damit Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext (s. auch Art. 31 Abs. 2, 3 WVK) sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages; daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 WVK). Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann – sind somit recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen, nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann. Insofern dürften sie eine hohe Flexibilität aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages

⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111 (im Folgenden: WVK).

⁸ Vgl. nur *Wolfgang Graf Vitzthum*, in: *Wolfgang Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl., 2004, S. 60.

⁹ *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: *Astrid Epiney/Florence Riviére* (Hrsg.), *Die Auslegung von Integrationsverträgen* (im Erscheinen), 5, weist zutreffend darauf hin, dass diese Formulierung am Ende wenig geglückt ist und man statt von „Ziel und Zweck“ eher von „Gegenstand und Zweck“ sprechen solle.

letztlich seinen Spezifitäten (etwa hinsichtlich Zielsetzung, Inhalt oder auch Zusammenhang mit anderen Verträgen) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen dürfte.

Versucht man vor diesem Hintergrund die bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens maßgeblichen Grundsätze zu formulieren, so ist der Ausgangspunkt zunächst, dass das Abkommen in weiten Teilen auf Begriffe oder Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift, wobei teilweise wörtlich gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen im Abkommen übernommen werden, teilweise direkt auf gemeinschaftliches Sekundärrecht verwiesen wird und teilweise sinngemäß dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Garantien formuliert werden. Aus diesem Rückgriff auf dem Gemeinschaftsrecht entsprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen ergibt sich aber nicht zwingend, dass die jeweiligen Bestimmungen parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind¹⁰; vielmehr verbietet sich eine „automatische Übertragung“ der im Gemeinschaftsrecht heranzuziehenden Auslegung schon deshalb, weil das Gemeinschaftsrecht auf der Grundlage seiner verfassungsähnlichen Struktur und seiner spezifischen Zielsetzungen von besonderen Grundsätzen geprägt ist, die auch und gerade Rückwirkungen auf seine Auslegung entfalten können¹¹, ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Gemeinschaftsrechts zwingend aufgegeben wird. Ein Grundsatz der „parallelen Auslegung“ gewisser völkervertraglicher Regelungen im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht kann sich jedoch aus der Anwendung der erwähnten völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze (Art. 31 ff. WVK) ergeben, insbesondere aus dem Gebot, die Verträge seien unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstandes auszulegen. So können gewisse im Gemeinschaftsrecht anwendbare Auslegungsprinzipien auf völkervertragliche Verträge anzuwenden sein, wenn diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Garantien¹².

Im Urteil *Metalsa* formulierte der EuGH diese Grundsätze wie folgt:

„Insgesamt ergibt sich (...), dass die Übertragung der Auslegung einer Vertragsbestimmung auf eine vergleichbar, ähnlich oder übereinstimmend gefasste Bestimmung eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft und einem Drittland insbesondere davon abhängt, welchen Zweck diese Bestimmungen in dem ihnen je eigenen Rahmen verfolgen; insoweit kommt dem Vergleich von Zweck und Kontext des Abkommens mit denjenigen des Vertrages [hier wird auf den EG-Vertrag Bezug genommen] erhebliche Bedeutung zu. Ein

¹⁰ Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Gemeinschaftsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind. Vgl. etwa EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395. S. auch EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 15 ff.

¹¹ Zur Auslegung im Gemeinschaftsrecht *Rüdiger Voß*, Von richtlinienkonformer zur völkerrechtskonformen Auslegung im EG-Recht: Internationale Dimensionen einer normhierarchiegerechten Interpretationsmaxime, ZEuS 1999, 313 ff.; *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, 1997, passim; *Carsten Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft, 1998, passim; *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 6. Aufl., 2005, § 9, Rn. 16 ff.

¹² So denn i. Erg. auch EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11; EuGH, Rs. C-469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4533. Aus der Literatur etwa *Andrea Ott*, Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (Acquis communautaire), EuZW 2000, 293 (294 f., 297).

völkerrechtlicher Vertrag ist nämlich nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Lichte seiner Ziele auszulegen.¹³

In einem neuen Urteil¹⁴ führt der EuGH aus, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des EG-Vertrages. Hieran änderten auch ggf. gegenüber dem Gemeinschaftsrecht abweichende Formulierungen in einem solchen Abkommen nichts. Zur Begründung verweist der Gerichtshof insbesondere auf die Zielsetzungen der Übereinkommen, die mit denjenigen des Vertrages in den erfassten Bereichen übereinstimmen. Verallgemeinert man diesen Ansatz, so sind in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen¹⁵.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund das Freizügigkeitsabkommen, so dürften für die Formulierung allgemeiner Auslegungsgrundsätze des Abkommens – jedenfalls sind aber die jeweiligen konkreten Bestimmungen, ihre Stellung im Gesamtsystem des Abkommens sowie der Zusammenhang mit gemeinschaftsrechtlichen Garantien zu betrachten, so dass immer auch eine Auslegung der einzelnen Bestimmung notwendig ist – drei Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

- Wie bereits bemerkt, greifen weite Teile des Abkommens wörtlich oder sinngemäß auf gemeinschaftsrechtliche Garantien zurück und lassen diese in das Abkommen einfließen.
- In der Präambel wird betont, dass die Vertragsparteien bestrebt sind, die Personenfreizügigkeit zwischen ihnen „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“, und nach Art. 16 Abs. 1 FZA 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“.
- Nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die

¹³ EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.

¹⁴ EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Urteil vom 16.9.2004, noch nicht in amtlicher Slg. S. auch im Ansatz ähnliche Ausführungen in EuGH, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), Urteil vom 11.11.2004, noch nicht in amtlicher Slg.

¹⁵ Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die parallele Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ganz konsistent erscheint und der EuGH bei (scheinbar?) vergleichbaren Fallgestaltungen gelegentlich eine „Übertragung“ der gemeinschaftlichen Grundsätze vornimmt, diese gelegentlich aber auch ablehnt. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 22; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 55; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszcuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 52; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), Slg. 2001, I-6557, Rn. 55 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615, Rn. 37; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625, Rn. 26 (für eine parallele Auslegung). Zu dieser Rechtsprechung instruktiv Klein, in: Auslegung von Integrationsverträgen (Fn. 9), 16 ff.

„einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen.

Dieses Prinzip ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die EG bestrebt war, einheitliche Regeln wie in der Gemeinschaft zu verankern und deren innere Entwicklung sowie die Autonomie der gemeinschaftlichen Rechtsordnung nicht gefährdet werden sollte¹⁶.

Man wird aus der Gesamtheit dieser Bestimmungen ableiten können, dass die Zielsetzung des Abkommens dahin geht, im Verhältnis zur Schweiz für die erfassten Bereiche grundsätzlich eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen¹⁷. M.a.W. soll offenbar für einen Teil des *acquis communautaire* eine (völkervertragsrechtlich verankerte) Ausweitung des Anwendungsbereichs desselben auf die Beziehungen zur Schweiz erreicht werden. Damit können zwar die besonderen Auslegungsgrundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts¹⁸ wie etwa der Grundsatz des *effet utile*, nicht als solche im Rahmen des Abkommens herangezogen werden, handelt es sich doch um einen völkerrechtlichen Vertrag, der eben nach anderen Regeln auszulegen ist als das Gemeinschaftsrecht selbst¹⁹. Allerdings finden diese genuin gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze insoweit mittelbar Eingang in die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, als diesem selbst zu entnehmen ist, dass sich die Tragweite seiner Bestimmungen grundsätzlich an diejenige des Gemeinschaftsrechts anlehnen soll. Ausgehend von diesem Befund kann der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäß, grundsätzlich in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – 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 Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. 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 Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift²⁰, und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter

¹⁶ Zu diesen Aspekten EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, S. I-6079, Rn. 47; EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, S. I-2821, Rn. 17 ff. S. auch *Daniel Felder* in: Luzius Mader (Hrsg.), *Runder Tisch: Die bilateralen sektoriellen Verhandlungen*, LeGes (Gesetzgebung heute) 1999, 91.

¹⁷ Zu zurückhaltend und letztlich unklar daher *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 1), 1003 (1011), die ausschließlich auf Art. 16 Abs. 2 FZA abstellen. I. Erg. wie hier wohl *Thomas Cottier/Erik Evtimov*, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, 77 (107 ff.), wobei die von diesen Autoren vorgenommene Differenzierung zwischen der Auslegung in der EU und in der Schweiz insofern nicht zu überzeugen vermag, als doch in jedem Fall die Grundsätze der WVK heranzuziehen sind.

¹⁸ S. hierzu die Nachweise in Fn. 11.

¹⁹ Zur Frage der Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Rechtsprechung des EuGH m.w.N. *Astrid Epiney/Andreas Felder*, *Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung*, ZVglRWiss 2001, 425 (426 f.).

²⁰ Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 Erw. 6.2 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichts dürften hier aber tendenziell zu zurückhaltend sein, so wenn das Bundesgericht meint, es würden insofern teilweise andere Ziele verfolgt, als es nur um eine partielle Beteiligung an den betroffenen Grundfreiheiten gehe (Erw. 6.2). Abgesehen von dem Umstand, dass nicht wirklich

dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Gemeinschaftsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.

Die Herausforderung bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist damit letztlich die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit tatsächlich auf gemeinschaftliche Grundsätze zurückgegriffen wird und inwieweit – daran anschließend – das Abkommen echte eigenständige Lösungen verankert. Damit wird dann auch die Frage aufgeworfen, welche Teile des *acquis communautaire* übernommen werden, eine Frage, die sich sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht stellt. Bei der nachfolgenden Erörterung der rechtlichen Garantien des Abkommens soll dieser Problematik in Bezug auf einige m.E. besonders bedeutsame Aspekte nachgegangen werden.

III. Das Personenfreizügigkeitsabkommen

1. Überblick

Das Freizügigkeitsabkommen besteht aus folgenden Teilen²¹:

- Ein insgesamt 25 Artikel umfassender, relativ kurzer Haupttext enthält neben den Zielsetzungen die grundsätzlichen Prinzipien und Rechte der erfassten Personen (so u.a. auch das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 2 FZA), einige allgemeine Bestimmungen (so die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit in Art. 10 FZA) und institutionelle Regelungen sowie die bei völkerrechtlichen Verträgen üblichen Schlussbestimmungen.

Ziel des Freizügigkeitsabkommens ist die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG, wie erwähnt, „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“.²² Dieses Ziel wird in Art. 1 Abkommen näher konkretisiert:

ersichtlich ist, wie die (nicht) erfassten Teile zu präzisieren sein sollen, ist dieser Ansatz jedenfalls in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit kaum überzeugend, geht es hier doch offenbar um eine parallele Ausgestaltung der Rechtsregime; hieran ändert auch der Umstand nichts, dass es in der EU zusätzlich die Unionsbürgerschaft gibt.

²¹ Vgl. zum Personenfreizügigkeitsabkommen *Dieter W. Grossen/Claire de Palézieux*, Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thüer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, 2002, 87 ff.; *Edgar Imhof*, Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit, SZS/RSAS 2000, 22 ff.; *Steve Peers*, The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: overview and Analysis, *European Journal of Migration and Law* 2000, 127 ff.; *Olivier Mach*, Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse, *SJ* 2002, 325 (331 ff.); *Matthias Kilian*, Das Abkommen über den freien Personenverkehr zwischen der Europäischen Union und der Schweiz. Neue Betätigungsmöglichkeiten für Europas Rechtsanwälte, *ZEuP* 2000, 601 ff.; *Walter Kälin*, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, *ZAR* 2002, 123 ff.; *Martin Nyffenegger*, Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter besonderer Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, 2001, 79 ff.; *Walter Kälin*, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG*, 2002, 11 ff.

²² Präambel des Freizügigkeitsabkommens.

- a) Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien;
 - b) Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen;
 - c) Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien für Personen, die im Aufnahmestaat keine Erwerbstätigkeit ausüben;
 - d) Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer.
- Entsprechend den Zielen a) und d) dehnt das Abkommen die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) weitgehend auf die Schweiz und ihre Staatsangehörigen aus. Darüber hinaus genießen auch Nichterwerbstätige Freizügigkeit entsprechend den (im Wesentlichen sekundärrechtlichen) Gewährleistungen im Gemeinschaftsrecht (lit. c)). Dagegen wird die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) nur partiell übernommen, indem lediglich die Erbringung kurzfristiger Dienstleistungen liberalisiert wird (lit. d), wobei diese Aussage aber für die passive Dienstleistungsfreiheit zu relativieren ist²³.
- Anhang I enthält detaillierte Regelungen über die Freizügigkeit, wobei zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (letztere wird nur in engen Grenzen gewährt) sowie der Freizügigkeit von Nichterwerbstätigen und Familienangehörigen zu unterscheiden ist. Die Bestimmungen des Anhangs sind größtenteils – aber nicht durchgehend – sekundärrechtlichen Regelungen nachgebildet.
 - Anhang II betrifft die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, wobei im Wesentlichen auf die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften verwiesen wird und die Schweiz sich verpflichtet, eine „gleichwertige“ Rechtslage sicherzustellen.
 - Anhang III entspricht strukturell Anhang II und enthält Regelungen über die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen beruflichen Befähigungsausweisen.

Dazu kommen noch drei Protokolle, die ebenfalls Bestandteil des Abkommens sind (Art. 15 FZA), sowie eine Schlussakte mit gemeinsamen und einseitigen Erklärungen der Vertragsparteien, welche bei der Auslegung des Abkommens zu berücksichtigen sind (Art. 31 Abs. 2 lit. a), b) VVK).

Begünstigt werden grundsätzlich nur Staatsangehörige der Schweiz und der EG-Mitgliedstaaten; Drittstaatsangehörige können jedoch als Familienangehörige oder entsandte Arbeitnehmer vom persönlichen Anwendungsbereich des Abkommens erfasst sein.

2. Die einzelnen Rechte – ausgewählte Aspekte

a) Arbeitnehmer und Niederlassungswillige

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sowie der Niederlassungswilligen ist in Art. 4, 7 FZA sowie in Art. 6-11 (Arbeitnehmer) und Art. 12-16 (Selbständige) Anhang I FZA verankert. Daneben sind Art. 1-5 Anhang I FZA einige allgemeine Bestimmungen zu entnehmen. Diese Artikel greifen zwar nicht die Formulierungen in Art. 39 ff. EGV auf; jedoch erfolgt im Ergebnis eine weitgehende Anlehnung an die einschlägigen primär- und sekundärrechtlichen

²³ Vgl. noch unten III.2.b).

Bestimmungen. Weiter ist die grundsätzliche Rechtsstellung der Arbeitnehmer und Selbständigen im Wesentlichen parallel geregelt. Im Einzelnen ist insbesondere auf folgende Rechte hinzuweisen²⁴:

- Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit ist für Arbeitnehmer und Selbständige gewährleistet (Art. 4, Art. 2 Anhang I FZA). Eingeschlossen ist damit das Recht, sich in das Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu begeben und dort eine Beschäftigung zu suchen (grundsätzlich bis zu sechs Monaten, Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA).
- Inländergleichbehandlung: Art. 7 lit. a), Art. 9, 15 Anhang I FZA gewähren den Arbeitnehmern und Selbständigen ein Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit, ihre Ausübung sowie hinsichtlich der Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Damit wird also ein umfassendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Bezug auf alle mit einer Erwerbstätigkeit verbundenen Bereiche, einschließlich der „Rahmenbedingungen“ verankert.

Gesondert erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Drittwirkung im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit: Art. 9 Abs. 4 Anhang I sieht vor, dass alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen (oder sonstigen Kollektivvereinbarungen) betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung sowie alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig sind, soweit sie diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Damit sind – auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH – auch materiell diskriminierende Regelungen erfasst.

- Berufliche und geographische Mobilität: Die Arbeitnehmer und Selbständigen haben das Recht, sich im Staatsgebiet des Aufnahmestaates frei zu bewegen und den Beruf ihrer Wahl auszuüben (Art. 7 lit. b), Art. 8, 14 Anhang I FZA).
- Nach Beendigung der (selbständigen oder unselbständigen) Erwerbstätigkeit besteht ein Recht auf Verbleib im Aufnahmestaat, wobei das Verbleiberecht gemäß den Vorgaben sekundärrechtlicher Bestimmungen ausgestaltet ist (Art. 7 lit. c), Art. 4 Anhang I FZA).
- Den Familienangehörigen der Arbeitnehmer oder der Selbständigen (unter Einschluss von Drittstaatsangehörigen) steht ein Aufenthaltsrecht zu (Art. 7 lit. d), Art. 3 Anhang I FZA), das in den einschlägigen Bestimmungen entsprechend der Rechtslage in der Gemeinschaft ausgestaltet ist.

Darüber hinaus sind im Anhang noch einige Modalitäten und Präzisierungen verankert, insbesondere in Bezug auf die im Zusammenhang mit einem Aufenthalt zu erfüllenden Formalitäten (Art. 6, 12 Anhang I), die Grenzgänger (Art. 7, 13 Anhang I) sowie in Bezug auf die notwendigen, aber auch ausreichenden Dokumente für die Einreise (Art. 1 Anhang I FZA).

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass – wie im EG-Vertrag – Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung bzw. die Ausübung hoheitlicher Befugnisse vom Anwendungsbereich des Abkommens ausgenommen werden dürfen bzw. den Arbeitnehmern oder Selbständigen das

²⁴ Wobei die Übergangsbestimmungen in Art. 10 FZA hier nicht berücksichtigt werden.

Recht auf Zugang zu diesen Beschäftigungen verweigert werden kann (Art. 10, 16 Anhang I FZA).

Art. 5 Anhang I FZA sieht vor, dass die aufgrund des Abkommens eingeräumten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden können, wobei die Formulierung dieser Bestimmung wörtlich mit derjenigen in Art. 46 EGV übereinstimmt.

Versucht man nun, diese Regelungen im Personenfreizügigkeitsabkommen in Beziehung zur Regelung im EG-Vertrag zu setzen, so fallen zwei, auf den ersten Blick widersprüchliche Aspekte auf:

- Einerseits wird in weiten Teilen sinngemäß oder häufig auch wörtlich auf die einschlägigen primär- oder sekundärrechtlichen Regelungen im Gemeinschaftsrecht zurückgegriffen.
- Andererseits jedoch weicht die Regelungssystematik vom EG-Vertrag ab. So fällt insbesondere auf, dass es eigentlich keine allgemeine Garantie der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder der Niederlassungsfreiheit entsprechend den Art. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 EGV²⁵ gibt.

Aufgeworfen wird damit die Frage, ob und inwieweit von einer parallelen Auslegung der Garantien im Personenfreizügigkeitsabkommen im Verhältnis zu denjenigen im Gemeinschaftsrecht auszugehen ist. Diese Frage kann selbstverständlich nur in Bezug auf das sich jeweils konkret stellende Problem beantwortet werden. Gleichwohl kann aber festgehalten werden, dass in Anknüpfung an die entwickelten Auslegungsgrundsätze des Abkommens²⁶ grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Rechtslage in Bezug auf die den Arbeitnehmern und den Selbständigen eingeräumten Rechte im EG-Vertrag einerseits und im Abkommen andererseits parallel ausgestaltet ist²⁷. Dies gilt zweifellos etwa für den Begriff des Arbeitnehmers oder des Selbständigen, die Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen der gewährleisteten Rechte (einschließlich der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls) sowie die Auslegung des Diskriminierungsverbots.

Andere Bedeutungsinhalte sind aber etwas weniger offensichtlich, so insbesondere die Auslegung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit nicht nur als Diskriminierungs-, sondern auch als Beschränkungsverbote, wobei aber auch hier im Ergebnis eine parallele Auslegung wie im Gemeinschaftsrecht zugrundegelegt ist²⁸: Denn –

²⁵ Art. 39 Abs. 1: „Innerhalb der Gemeinschaft ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.“ Art. 43 Abs. 1 S. 1 EGV: „Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.“

²⁶ S.o. II.

²⁷ S. etwa die Darstellung unter dem Gesichtspunkt der „Parallelität der Konzepte“ bei *Ansgar Fehrenbacher*, Freier Personenverkehr zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft – Änderungen durch das bilaterale Abkommen zur Personenfreizügigkeit, NVwZ 2002, 1344 ff.; s. auch *Ansgar Fehrenbacher*, Personenfreizügigkeit zwischen den EG-Mitgliedstaaten und der Schweiz, ZAR 2002, 278 (279 ff.).

²⁸ Vgl. hierzu auch schon *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 (9 ff.). I. Erg. wie hier

wie bereits erwähnt²⁹ – im Abkommen geht es ja gerade darum, die Schweiz für den Bereich der Personenfreizügigkeit in den Rechtsraum der EG zu „integrieren“. Sowohl die Präambel des Abkommens als auch Art. 16 FZA lassen klar erkennen, dass das in der EU bestehende Regime der Personenfreizügigkeit auf die Schweiz ausgedehnt werden soll. Dieses Ziel könnte aber gerade nicht erreicht werden, wenn man aus den gemeinschaftsrechtlichen Garantien einen Teil – nämlich das Diskriminierungsverbot – herausnimmt und es im Verhältnis zur Schweiz anwendet, während ein anderer Teil – nämlich das Beschränkungsverbot – ausgeklammert wird. Die Zielsetzung des Abkommens würde letztlich vereitelt, wenn man hier eine entsprechende Unterscheidung trafe. Daher kommt hier der oben entwickelte Grundsatz³⁰ zum Zuge, dass Abweichungen vom in der Gemeinschaft geltenden Rechtsregime ausdrücklich im Abkommen zum Ausdruck kommen müssen, während ansonsten von einer Parallelität der Konzepte und der Maßgeblichkeit der einschlägigen Rechtsprechung nach Art. 16 Abs. 2 FZA³¹ auszugehen ist.

Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, in welcher Bestimmung des Abkommens nun genau ein solches Beschränkungsverbot verankert ist. Die Bestimmungen des Haupttexts des Abkommens allein dürften Arbeitnehmern und Selbständigen als solche keine Rechtsposition verleihen, da jeweils (vgl. Art. 3, 4, 7 FZA) klar formuliert wird, dass die entsprechenden Rechte sich letztlich erst in Anwendung des Anhangs I ergeben, so dass diese Bestimmungen des Haupttexts auf Anhang I verweisen³²; dies bedeutet freilich nicht, dass die Artikel des Haupttexts rechtlich bedeutungslos wären, sondern nur (aber immerhin), dass sie lediglich gemeinsam mit den Garantien des Anhangs I FZA zum Zuge kommen können, die ihrerseits im Lichte der Artikel des Abkommens auszulegen sind. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA formuliert allgemein das Recht der Staatsangehörigen der Vertragsparteien, in einem anderen Vertragsstaat eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Diese Bestimmung nimmt – wenn auch nicht wörtlich, so doch sinngemäß – die in Art. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 EGV verankerten Grundsätze der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit auf; insbesondere stellt sie schon ihrem Wortlaut nach nicht auf das Vorliegen einer Diskriminierung ab, so dass sie vor dem Hintergrund der erörterten Auslegungsgrundsätze des Abkommens allgemein – d.h.

Breitenmoser/Isler, AJP 2002 (Fn. 1), 1003 (1011); in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit *Daniel Maritz*, Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, 2001, 331 (342 ff.). Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang jedoch bemerkt, dass die Reichweite des Beschränkungsverbots im Gemeinschaftsrecht umstritten ist. Insbesondere wird teilweise vertreten, dass dieses nur auf Berufszugangsregelungen, nicht hingegen in Bezug auf Berufsausübungsregelungen Anwendung finde, womit letztlich auch die Problematik der Übertragung der im Bereich der Warenverkehrsfreiheit ergangenen sog. „Keck-Rechtsprechung“ (EuGH, Rs. C-267, 268/91 (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097) angesprochen wird. Zur Problematik *Winfried Brechmann*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 39, Rn. 48 ff.; *Wölker/Grill*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die EU und Vertrag zur Gründung der EG, Kommentar, 6. Aufl., 2003, Art. 39, Rn. 19 ff.; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Kommentar, Art. 39 EGV, Rn. 167 ff.

²⁹ Oben II.

³⁰ S.o. II.

³¹ Hierzu noch unten III.3.b).

³² Im Gegensatz zu Art. 5 FZA, vgl. hierzu noch sogleich unten III.2.b).

unabhängig vom Vorliegen einer Diskriminierung – Beschränkungen der Freizügigkeit bzw. der Niederlassung entgegenstehen dürfte. Insofern stellt sie also die „Parallelvorschrift“ zu Art. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 S. 1 EGV dar. Gegen diesen Ansatz kann auch nicht geltend gemacht werden, dass damit die Bedeutung des Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA überbewertet werde, da sich die einzelnen Rechte letztlich erst aus den spezifischen Bestimmungen (über berufliche und geographische Mobilität, Diskriminierungen usw.) ergäben. Denn angesichts der Regelung im Gemeinschaftsrecht – bei der zutreffenderweise mehrheitlich davon ausgegangen wird, dass Art. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 EGV das allgemeine Beschränkungsverbot verankern, während insbesondere Art. 39 Abs. 2, 3 EGV lediglich spezifische Rechte hervorheben³³ – spricht vieles dafür, das systematische Verhältnis des Art. 2 Anhang I FZA zu den spezifischen Bestimmungen über die Rechte der Arbeitnehmer und Selbständigen parallel auszulegen. Jedenfalls zeigt die Regelungssystematik im Gemeinschaftsrecht, dass dem keine grundsätzlichen Einwände entgegenstehen.

Ein weiteres Problem wird im Zusammenhang mit der jüngsten Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die inhaltliche Tragweite der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgeworfen, nämlich die Frage, ob bei Sozialleistungen für Arbeitssuchende, die diese bei ihrer Stellensuche unterstützen sollen, das sich aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit ergebende Diskriminierungsverbot Anwendung findet.

Der Gerichtshof bejahte diese Frage i.Erg. in der Rs. C-138/02³⁴, in der es im Wesentlichen um die Frage ging, ob einem irischen Staatsangehörigen, der allerdings nie in Irland gelebt hatte, in einem anderen Mitgliedstaat – hier Großbritannien – ein Recht auf „Beihilfe für Arbeitssuchende“ zusteht, während er in diesem Land auf Arbeitssuche ist. Der EuGH hielt insbesondere Folgendes fest:

- Der Kläger im Ausgangsfall sei nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Titels II des Ersten Teils der VO 1612/68³⁵ anzusehen. Dieser erfasse nur solche Arbeitnehmer, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, nicht hingegen Arbeitnehmer, die sich – wie im vorliegenden Fall – erstmals in einem Mitgliedstaat auf Arbeitssuche begeben.
- Art. 39 EG stelle (auch) eine Ausprägung des Diskriminierungsverbots nach Art. 12 EGV dar, so dass der Anwendungsbereich des Art. 39 EGV im Lichte des Art. 12 EGV auszulegen sei. In Bezug auf letzteren ergebe sich aber aus der Rechtsprechung³⁶, dass die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung in ihren Anwendungsbereich falle. Daher könne angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der diesbezüglichen Rechtsprechung in Bezug auf Art. 12 EGV eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, nicht (mehr³⁷) vom Anwendungsbereich des Art. 39 EGV ausgenommen werden, so dass in Bezug auf solche finanziellen Leistungen aus Art. 39 EGV ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit abzuleiten sei. Im Ausgangsfall liege eine solche Diskriminierung vor, da die in Frage stehende Sozialleistung lediglich Personen mit ihrem gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich gewährt werde und diese Voraussetzung von Inländern „leichter“ erfüllt werden könne als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.
- Ein solches Erfordernis könne aber aus objektiven Gründen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt werden. Ein legitimes Anliegen sei die Sicherstellung einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Leistungsempfänger und dem betroffenen räumlichen

³³ Vgl. *Epiney*, in: EU (Fn. 6), § 14, Rn. 27 ff.; wohl auch *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Kommentar, Art. 39 EGV, Rn. 164 ff.

³⁴ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703.

³⁵ VO (EWG) 1612/68 v. 15.10.1968, ABl. 1968, L 257, 2. Dieser Teil der VO sieht insbesondere auch das Recht auf gleiche soziale und steuerliche Vergünstigungen wie diejenigen, die inländischen Arbeitnehmern zustehen, vor.

³⁶ S. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

³⁷ S. unter Bezugnahme auf die VO 1612/68: EuGH, Rs. 316/85 (CPAS de Courcelles), Slg. 1987, 2811.

Arbeitsmarkt. Ein Wohnortfordernis sei zur Erreichung dieser Zielsetzung zwar grundsätzlich geeignet, jedoch sei auch der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten, dem insbesondere zu entnehmen sei, dass die Anwendung des Wohnortfordernisses auf klaren und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müsse; auch sei das Erfordernis einer Mindestaufenthaltsdauer nur soweit zulässig, als es notwendig ist, damit die Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf Arbeitssuche auf dem entsprechenden Arbeitsmarkt ist.

Das Urteil des EuGH ist u.a. insofern von nicht zu unterschätzender Bedeutung, als es den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV auf finanzielle Zuwendungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern (sollen), ausweitet. Führt man den vom EuGH entwickelten Gedanken konsequent zu Ende, erfasst das Diskriminierungsverbot des Art. 39 EGV alle Maßnahmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern (sollen), worunter nicht nur direkte finanzielle Leistungen, sondern auch sonstige Maßnahmen (etwa die Hilfestellung bei der beruflichen Eingliederung, Weiterbildungsangebote oder Beschäftigungsprogramme) fallen können. In Bezug auf die tatbestandliche Reichweite des Art. 39 EGV legt die Begründung des EuGH nahe, dass diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 39 EGV nur für das Diskriminierungsverbot, nicht hingegen für das dieser Bestimmung ebenfalls zu entnehmende Beschränkungsverbot gilt, da der EuGH maßgeblich auf seine Rechtsprechung zu Art. 12 EG Bezug nimmt. Damit dürfte der EuGH davon ausgehen, dass in Bezug auf direkt den Zugang zum Arbeitsmarkt betreffende Regeln (auch) ein Beschränkungsverbot zur Anwendung kommt, in Bezug auf den Zugang nur beeinflussende „Begleitumstände“ hingegen (nur) ein Diskriminierungsverbot. Es liegt auf der Hand, dass die Abgrenzung aber auch große Schwierigkeiten bereiten kann, wobei immerhin darauf hinzuweisen ist, dass aus Art. 39 EGV jedenfalls kein allgemeines (unabhängig von einer Diskriminierung zum Zuge kommendes) Leistungsrecht des Einzelnen auf Unterstützung irgendwelcher Art abgeleitet werden kann. Nicht beantwortet hat der EuGH die Frage, ob die vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV auch Drittwirkung entfaltet und damit gegen Private geltend gemacht werden kann³⁸.

Das Urteil stellt, soweit der Anwendungsbereich des Art. 39 EGV unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zu Art. 12 EGV weiter gefasst wird, eine Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung dar und fällt insofern wohl grundsätzlich nicht unter die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu „berücksichtigende“ Rechtsprechung des EuGH³⁹. Dies gilt umso mehr, als auch das insoweit maßgebliche Urteil zu Art. 12 EGV in der Rechtssache *Grzelczyk* erst nach dem Stichtag ergangen ist⁴⁰. Dies schließt jedoch nicht aus, dass eine Auslegung des Abkommens zum gleichen Ergebnis kommen kann⁴¹. So könnte aus dem allgemeinen Recht, im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei eine Erwerbstätigkeit auszuüben (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA) in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA)⁴² in Verbindung mit dem sich aus Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA ergebenden Recht der Arbeitssuche in den anderen Vertragsparteien abgeleitet werden, dass bei „Beihilfen zur Arbeitssuche“ keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zulässig ist, geht es doch bei einer solchen Suche um die Ausübung eines sich aus dem Abkommen ergebenden (Aufenthalts-) Rechts. Dass der EuGH auch auf die Unionsbürgerschaft Bezug nimmt, dürfte dem insofern nicht entgegen stehen, als er auf einen bestimmten Aspekt der mit dieser verbundenen Rechte, nämlich die Freizügigkeit, abstellt, der aber gerade in dem Personenfreizügigkeitsabkommen übernommen wurde. Schließlich sei darauf hingewiesen, dass Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 letzter Satz Anhang I FZA zwar klarstellt, dass

³⁸ Im Fall *Angonese* geht der EuGH offenbar in Bezug auf Diskriminierungen von einer umfassenden Drittwirkung aus. Vgl. EuGH, Rs. C-281/98 (*Angonese*), Slg. 2000, I-4139.

³⁹ Vgl. aber auch den differenzierenden Ansatz in Bezug auf die Tragweite des Art. 16 Abs. 2 FZA unten III.3.b).

⁴⁰ EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193.

⁴¹ Vgl. BGE 130 II 1, E. 3.6.1. Bestätigt durch BGE 130 II 137, E. 4.3.

⁴² Hierzu noch unten III.2.d).

Angehörige anderer Mitgliedstaaten von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden können, was aber nichts daran ändert, dass ihnen andere soziale Leistungen zur Erleichterung der Arbeitssuche zustehen können.

b) Dienstleistungserbringer

Art. 5, Art. 17-23 Anhang I FZA garantieren die Dienstleistungsfreiheit, wobei jedoch insofern eine Besonderheit im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht zu beachten ist, als ein Dienstleistungserbringer nur für höchstens 90 Tage im Jahr Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat erbringen darf; das Gemeinschaftsrecht kennt eine solche Grenze nicht. Im Einzelnen sind folgende, im Abkommen gewährleistete Rechte im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit hervorzuheben:

- Einem Dienstleistungserbringer – der eine natürliche oder juristische Person sein kann – steht das Recht zu, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen, sofern deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet (Art. 5 Abs. 1, Art. 17, 21 Anhang I).
- Dem Dienstleistungserbringer und den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern steht für die Dauer der Erbringung der Dienstleistung ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat zur Erbringung der Dienstleistung zu.
- Art. 19 Anhang I FZA formuliert ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinsichtlich der Dienstleistungserbringung im Verhältnis zu eigenen Staatsangehörigen.
- In Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen von „entsandten Arbeitnehmern“ wird auf die „Entsenderichtlinie“ (RL 96/71/EG⁴³) verwiesen.
- Tätigkeiten, die die Ausübung hoheitlicher Befugnisse beinhalten, sind von der Anwendung der die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Bestimmungen des Anhangs ausgenommen (Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA).
- Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich und kann damit gerechtfertigt werden (Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA), wobei – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist.
- Dienstleistungsempfänger – wobei hier nur natürliche Personen erfasst sind – können sich beliebig lange zum Empfang einer Dienstleistung in einen anderen Vertragsstaat begeben (Art. 5 Abs. 3, Art. 23 FZA).

Weiter regeln Art. 20, 23 Anhang I FZA noch Fragen der Aufenthaltserlaubnis für den Dienstleistungserbringer und seine Arbeitnehmer.

⁴³ ABl. 1997 L 18, 1.

Auffallend ist bei der Regelung der Dienstleistungsfreiheit, dass eine weit weniger klare Anlehnung an die gemeinschaftlichen Garantien erfolgt als im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit; allerdings kann daraus sicher nicht geschlossen werden, dass die gemeinschaftlichen Begriffe keine Rolle spielten, ist doch auch in diesem Rahmen die bereits erwähnte Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtslage wie im Gemeinschaftsrecht sicherzustellen⁴⁴, zu beachten, so dass Abweichungen vom Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nur dort anzunehmen sind, wo sie klar zum Ausdruck kommen. Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, den Text des Abkommens im Einzelnen im Hinblick auf die Beantwortung der Frage nach Abweichungen von der Garantie der Dienstleistungsfreiheit in der Gemeinschaft zu analysieren:

- Zunächst dürfte der Begriff der Dienstleistung im Abkommen ebenso wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sein⁴⁵; für einen anderen Ansatz fehlen jegliche Anhaltspunkte und ausserdem dürfte sich dies bereits positiv schon aus Art. 16 Abs. 2 FZA⁴⁶ ergeben. Gleiches gilt für die Frage, wann die Ausübung hoheitlicher Befugnisse vorliegt, und für die Anforderungen an die Rechtfertigung von Beschränkungen.
- Weiter – und daran anschließend – ergibt sich aus dem Abkommen sowie aus der parallelen Definition der Dienstleistung, dass – ebenso wie im Gemeinschaftsrecht – sowohl die passive⁴⁷ als auch die aktive Dienstleistungsfreiheit erfasst sind und darüber hinaus auch die sog. „Korrespondenzdienstleistungen“ – die keinen Aufenthalt in einem anderen Staat implizieren – unter das Abkommen fallen⁴⁸.

Hierfür finden sich bereits im Text des Abkommens verschiedene Anhaltspunkte: So spricht Art. 19 Anhang I FZA allgemein davon, dass der Dienstleistungserbringer seine Tätigkeit unter Beachtung der 90-Tage-Regel in einem anderen Vertragsstaat „ausüben“ kann. Art. 5 Abs. 1 FZA räumt Dienstleistungserbringern das Recht ein, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen (unter Einhaltung der 90-Tage-Regel), und Art. 5 Abs. 2 FZA spricht von einem „Aufenthaltsrecht“ des Dienstleistungserbringers, nicht einer Pflicht, sich auf das Territorium der anderen Vertragspartei zu begeben. Insgesamt legen diese Formulierungen allesamt den Schluss nahe, dass die Dienstleistungen als solche liberalisiert werden sollen, unabhängig von einem Aufenthalt des Dienstleistungserbringers in einer anderen Vertragspartei.

- Die passive Dienstleistungsfreiheit ist im Anschluss an den Wortlaut des Abkommens (Art. 5 Abs. 3, 23 Anhang I FZA) umfassend gewährleistet und unterliegt weder sektoriellen noch zeitlichen Beschränkungen. Für diesen Ansatz spricht auch, dass damit parallele Garantien wie im Gemeinschaftsrecht zugrunde gelegt werden, sind dem Abkommen doch gerade keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass in Bezug auf diesen Aspekt eine abweichende Regelung vorgesehen ist. Von Bedeutung ist dies

⁴⁴ S.o. II.

⁴⁵ Ausdrücklich etwa *Ulrich Petersen/Ralf Nagel*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, DAngVers 3/02, 81 (86); *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU* (Fn. 28), 331 (335).

⁴⁶ Zu dieser Bestimmung noch unten III.3.b).

⁴⁷ So auch ausdrücklich in Bezug auf medizinische Dienstleistungen *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 1), 1003 (1012).

⁴⁸ Ebenso *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU* (Fn. 28), 331 (336 ff.).

insbesondere für medizinische Dienstleistungen, deren Bezug durch einen Angehörigen eines Vertragsstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates unter die Garantie des Art. 5 Abs. 3 FZA fällt⁴⁹.

In diesem Zusammenhang ist auf ein am 19.2.2004 ergangenes Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich⁵⁰ hinzuweisen, das die Kostenerstattung für im Ausland erbrachte medizinische Dienstleistungen im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Kohll*, *Smits und Peerbooms* sowie *Müller-Fauré*⁵¹ betrifft. Das Gericht betonte, dass Art. 5 Abs. 3 FZA die passive Dienstleistungsfreiheit umfassend – also ohne sektorielle oder zeitliche Beschränkungen – gewährleiste, worunter auch die Inanspruchnahme medizinisch-therapeutischer Massnahmen falle. Nur am Rande sei hier bemerkt, dass das Sozialversicherungsgericht hier vollumfänglich auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Erstattungsfähigkeit solcher Kosten abstellt, ohne letztlich im Einzelnen zu prüfen, ob es sich um eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA handelt⁵².

- Eine eindeutige Abweichung besteht jedoch in der bereits erwähnten „90-Tage-Regel“. Deren genaue Tragweite wirft jedoch mindestens zwei Fragen auf:
 - Zunächst ist der Anwendungsbereich der 90-Tage-Regel unklar, wobei es im Kern darum geht, ob sich die 90 Tage nur auf die aktive Dienstleistungserbringung (wofür sie bestimmt gelten) oder darüber hinaus auch auf die Korrespondenzdienstleistungen beziehen. Letzteres implizierte, dass auch Korrespondenzdienstleistungen nicht länger als 90 Tage dauern dürften, obwohl sich der Dienstleistungserbringer zur Erbringung seiner Dienstleistung nicht in einen anderen Mitgliedstaat begibt. Der Text der Art. 5 Abs. 1, 17 lit. a) Anhang I FZA ist nicht klar, wird dort doch von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage im Jahr nicht überschreitet, gesprochen. Allerdings legen Art. 17 ff. Anhang I FZA die Annahme nahe, dass bei Korrespondenzdienstleistungen die 90-Tage-Regel nicht gilt, denn bei der Regelung der Ausgestaltung bzw. Durchführung dieser Beschränkung wird immer wieder Bezug auf einen Aufenthalt von höchstens 90 Tagen genommen (insbesondere Art. 20 Abs. 1, 2 Anhang I). Auch dürfte der Hintergrund der 90-Tage-Regel die Beschränkung der Aufenthaltsdauer der Dienstleistungserbringer bzw. seiner Angestellten gewesen sein, wofür auch spricht, dass diese für die Berechnung (auf die sogleich noch zurückzukommen sein wird) der 90 Tage ausschlaggebend ist, so dass die Dienstleistung insgesamt (d.h. inkl. Vorbereitung „zu Hause“) durchaus länger als 90 Tage dauern kann. Insgesamt liegt damit die Annahme nahe, dass die 90-Tage-Regel für Korrespondenzdienstleistungen nicht zur Anwendung kommt, so dass diese

⁴⁹ So auch *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU* (Fn. 28), 331 (343 f.); *Grossen/Palézieux*, in: *Bilaterale Verträge* (Fn. 21), 87 (126).

⁵⁰ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil v. 19.2.2004, IV.2003.00221, E. 6.

⁵¹ EuGH, Rs. C-158/96 (*Kohll*), Slg. 1998 I-1931; EuGH, Rs. C-157/99 (*Smits und Peerbooms*), Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-385/99 (*Müller-Fauré*), Slg. 2003 I-4509. Zu einigen Aspekten dieser Rechtsprechung auch schon *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85 (110 ff.).

⁵² Hierzu auch noch unten III.3.b).

- vollständig liberalisiert sind. Hinzuweisen ist jedoch auf Art. 22 Abs. 3 Anhang I, wonach die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Vertragsparteien in Bezug auf bestimmte Dienstleistungen (insbesondere Finanzdienstleistungen, für die eine vorherige Genehmigung erforderlich ist und deren Erbringer einer behördlichen Aufsicht unterliegt) unberührt bleiben, so dass diese gerade nicht liberalisiert sind.
- Sodann ist aus der Regelung im Abkommen nicht ersichtlich, wie genau die Länge der Dienstleistung zu bestimmen ist bzw. was genau die Berechnungsgrundlage ist. Dabei ist die Situation immer dann klar, wenn es sich um eine einzige Dienstleistung durch einen einzigen Dienstleistungserbringer handelt, wie etwa eine bestimmte Dienstleistung bei einem Hausbau. Ebenso ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 Anhang I, dass bei „unterbrochenen“ Dienstleistungen – also mehrere Leistungen im Rahmen eines Vertrages – die Dauer der verschiedenen Einzelleistungen zusammen zu zählen ist. Unklar ist die Situation aber bei der Erbringung von Dienstleistungen durch Unternehmen, die an eine Vielzahl von Dienstleistungsempfängern jeweils einzelne, an sich getrennte Dienstleistungen erbringen, die jede für sich genommen die 90 Tage im Jahr nicht überschreiten, zusammen genommen jedoch schon. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die 90 Tage sich auf jede einzelne Dienstleistung oder auf die Gesamtheit der von einem Dienstleistungsunternehmen in anderen Vertragsstaaten erbrachten Leistungen beziehen. Relevant wird dies etwa im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Informatikunternehmen oder Versicherungen, die eine Vielzahl von Kunden haben. Der Text der Art. 5 Abs. 1, Art. 17 und 21 Anhang I FZA stellt zwar auf die Dauer der Dienstleistungen ab; allerdings wird in Art. 5 Abs. 1 FZA auf die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Dienstleistungserbringer, deren Dauer insgesamt 90 Tage nicht überschreitet, Bezug genommen, und der die Berechnung definierende Art. 21 Anhang I FZA spricht von ununterbrochenen oder „aufeinanderfolgenden“ Dienstleistungen, was für das Abstellen auf die Dauer aller Dienstleistungen spricht. Weiter ist zu beachten, dass die 90-Tage-Regel offensichtlich vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass man die Dienstleistungen nur beschränkt liberalisieren wollte; stellte man nun auf die Dauer jeder einzelnen Dienstleistung ab, so wäre die Erbringung von Dienstleistungen letztlich kaum beschränkt. Daher spricht vieles dafür, dass die 90 Tage Bezug auf die Gesamtheit der von einem Unternehmen oder einer Person erbrachten Dienstleistungen nehmen.
 - In diesem Rahmen ist aber auch bei der Dienstleistungsfreiheit aus parallelen Erwägungen wie in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit davon auszugehen, dass sie nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern auch ein Beschränkungsverbot beinhaltet⁵³. Grundlage für dieses Verbot sind

⁵³ Ebenso *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU* (Fn. 28), 331 (342 ff.).

Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 lit. a), b) Anhang I FZA für den Dienstleistungserbringer und Art. 5 Abs. 3 FZA für den Dienstleistungsempfänger. In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit spricht nämlich einiges dafür, die Rechte bereits in Art. 5 FZA selbst, und nicht erst im Anhang, verankert zu sehen, da diese Bestimmung – insoweit im Gegensatz zu Art. 4, 7 FZA in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit – bereits eine Reihe konkreter Rechte formuliert. Für diesen Ansatz spricht auch, dass Art. 5 Abs. 1-3 FZA die jeweils eingeräumten Rechte klar formuliert. Auch Art. 5 Abs. 4 FZA, wonach die in diesem Artikel genannten Rechte „gemäss den Bestimmungen der Anhänge I, II und III eingeräumt“ werden, steht dem wohl nicht entgegen. Diese auch in den Art. 2-9 FZA regelmäßig wiederkehrende Verweisung auf die Anhänge bedeutet nämlich nicht zwingend, dass sich die Rechte erst aus dem Anhang ergeben, sondern kann auch lediglich ein Verweis auf die im Anhang formulierten Bedingungen darstellen.

Insgesamt zeigt damit eine nähere Betrachtung der im Abkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit, dass diese schon viel weiter liberalisiert ist, als häufig auf den ersten Blick angenommen wird. „Einschränkungen“ im Vergleich zu der Situation in der EU ergeben sich aber in Bezug auf die Gesamtdauer der von einem Unternehmen erbrachten Dienstleistungen, wobei sich diese Beschränkung nur auf die aktive Dienstleistungserbringung mit Aufenthalt in einem anderen Staat, nicht jedoch auf Korrespondenzdienstleistungen, beziehen dürfte, so dass letztere ebenfalls vollständig liberalisiert sind, was etwa für Versicherungen von großer Bedeutung ist; allerdings ist die Ausnahme des Art. 22 Abs. 3 FZA zu beachten, so dass die Finanzdienstleistungen weitgehend nicht liberalisiert sind. Die passive Dienstleistungsfreiheit ist im Abkommen vollumfänglich – parallel zu der Situation im Gemeinschaftsrecht – verankert, so dass die Dienstleistungsfreiheit im Bereich der medizinischen Leistungen regelmäßig zum Zuge kommen dürfte. Insofern ist es also nicht zutreffend, davon auszugehen, dass das Abkommen lediglich Einreise- und Aufenthaltsrechte gewährleistet, sondern es enthält – unter Vorbehalt der nicht in jeder Beziehung klaren „90-Tage-Regel“ – die umfassende Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit.

c) Nicht erwerbstätige Personen

Entsprechend den EG-Aufenthaltsrichtlinien 90/364⁵⁴ (allgemeines Aufenthaltsrecht), 90/365⁵⁵ (Rentner) und 93/96⁵⁶ (Studenten) genießen auch Nichterwerbstätige ein

⁵⁴ ABIEG 1990 Nr. L 180, S. 26

⁵⁵ ABIEG 1990 Nr. L 180, S. 28.

⁵⁶ ABIEG 1993 Nr. L 317, S. 59. Die sekundärrechtlichen Gewährleistungen des Aufenthaltsrechts wurden 2004 durch den Erlass der RL 2004/38/EG vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. 2004 L 158, 77) grundlegend revidiert, wobei jedoch die hier zur Debatte stehenden Aspekte im Ergebnis

Aufenthaltsrecht, wenn sie den Nachweis umfassenden Krankenversicherungsschutzes und ausreichender finanzieller Mittel erbringen (Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA).

d) Zum allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 2 FZA)

Art. 2 FZA ist ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für Staatsangehörige einer Vertragspartei, „die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten (...) bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I, II und III“ zu entnehmen. Diese Bestimmung – die in der Schweiz jedenfalls unmittelbar anwendbar ist⁵⁷ – lehnt sich ersichtlich an Art. 12 EGV an, wenn sie auch in der Formulierung etwas differiert: Art. 12 EGV spricht insbesondere vom Verbot der Diskriminierung im Anwendungsbereich des Vertrages, während Art. 2 FZA auf die Anwendung des Abkommens abstellt. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob Art. 2 FZA im Ergebnis parallel wie Art. 12 EGV auszulegen ist, so dass insbesondere⁵⁸ die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vertrages⁵⁹ sinngemäß auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens zum Zuge käme.

Nach dieser Rechtsprechung fallen all diejenigen Regelungen in den Anwendungsbereich des Vertrages, die Implikationen für die Ausübung der Grundfreiheiten entfalten, so etwa auch Studiengebühren für Hochschulen, bereiten letztere doch auf die Berufsausübung vor, so dass ein enger Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit gegeben ist. Zudem schließt der EuGH im Wesentlichen aus dem sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrecht sowie aus den einschlägigen Aufenthaltsrichtlinien, dass letztlich all diejenigen nationalen Regelungen, die die Aufenthaltsbedingungen betreffen bzw. in untrennbarem Zusammenhang mit dem Aufenthalt stehen (wie etwa auch eine Reihe sozialer Leistungen), in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen. M.a.W. ist der

auch Eingang in die neue Richtlinie gefunden haben. Zu dieser *Kay Hailbronner*, Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, 259 ff.

⁵⁷ BG, Urteil v. 12.9.2003, 2A.607/2002, Erw. 3.3, BGE 129 I 392, Erw. 3.2.3; *Grossen/Palézieux*, in: *Bilaterale Verträge* (Fn. 21), 87 (107); *Stephan Breitenmoser*, Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des Europäischen Gemeinschaftsrecht auf Nicht-EU-Staaten, in: Scherrer/Del Fabro (Hrsg.), *Freizügigkeit im europäischen Sport*, 2002, 59 (68 ff.); *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 1), 1003 (1009); *Yvo Hangartner*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, 257 (259 f.); *Kälin*, in: *Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG* (Fn. 21), 11 (18 f.).

⁵⁸ Andere Aspekte der Bestimmungen sind weniger problematisch. So dürfte es etwa unumstritten sein, dass der Begriff der Diskriminierung in Anlehnung an die Rechtsprechung des Gerichtshofs auszulegen ist.

⁵⁹ Vgl. EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. C-43/95 (Data Delecta), Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello/Belgien), Urteil vom 2.10.2003; s. auch EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091. Zur Problematik etwa *Klaus-Dieter Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2057 ff.; *Anastasia Iliopoulou/Helen Toner*, A new approach to discrimination against free movers? D'Hoop v Office National de l'Emploi, ELR 2003, S. 389 ff.

Anwendungsbereich des Vertrages immer schon dann eröffnet, wenn sich eine Person in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befindet, worunter auch die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat fällt. Der Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich dann aus Art. 12 EG, während die Berufung auf Art. 18 EGV – der das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger formuliert – für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages von Bedeutung ist.

Für eine Anlehnung der Auslegung des Art. 2 FZA an die im Rahmen des Art. 12 EGV zum Zuge kommenden Grundsätze sprechen verschiedene Gründe⁶⁰:

- Zunächst zeigt schon der Wortlaut des Art. 2 FZA im Vergleich zu Art. 12 EGV, dass es hier offensichtlich um eine parallel ausgestaltete Garantie gehen soll.
- Weiter sind im Abkommen keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Auslegung des Art. 2 FZA nach anderen Grundsätzen als diejenige des Art. 12 EGV erfolgen soll, so dass nach den oben erläuterten Grundsätzen⁶¹ sinngemäß auf die Rechtslage in der Gemeinschaftsrechtsordnung zurückzugreifen ist. Gegen diesen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, dass Art. 2 FZA auf die Anwendung des Abkommens gemäß den Anhängen Bezug nimmt. Denn diese Formulierung – die sich übrigens durch die Art. 2-9 FZA durchzieht – spiegelt lediglich die Regelungstechnik des Abkommens wieder, das die Grundsätze (und teilweise auch Rechte) im Abkommen selbst formuliert, während die genaue Ausgestaltung, die Voraussetzungen und Modalitäten dann in den Anhängen geregelt sind. Daher dürfte der von Art. 12 EGV abweichenden Formulierung in Art. 2 FZA („bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I, II und III“, während Art. 12 EGV vom „Anwendungsbereich“ des Vertrages spricht) keine rechtliche Bedeutung zukommen.
- Sodann dürfte Art. 2 FZA im Gesamtzusammenhang des Abkommens eine ähnliche Funktion wie Art. 12 EGV im EG-Vertrag zukommen: Es geht letztlich um die Formulierung des „Leitmotivs“ des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, der sicherstellen soll, dass im Anwendungsbereich des Abkommens bzw. des Vertrages keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfolgt, auch wenn die durch den Vertrag oder das Abkommen gewährleisteten Rechte nicht unmittelbar beeinträchtigt sind. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Grundsatz nicht auch im Abkommen zum Zuge kommen soll, wenn er doch parallel wie im Vertrag verankert ist.

⁶⁰ Auch in der Literatur finden sich gelegentlich Stellungnahmen, wonach Art. 2 FZA parallel zu Art. 12 EGV auszulegen sei, ohne dass das Problem jedoch – soweit ersichtlich – vertieft erörtert wird. Vgl. für eine „Übertragung“ der im Rahmen des Art. 12 EGV anwendbaren Grundsätze auf Art. 2 FZA etwa *Kälin*, ZAR 2002 (Fn. 21), 123 (124 f.), der davon spricht, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV für den Bereich des freien Personenverkehrs mit der Schweiz übernommen werde. Auch das Bundesgericht spricht davon, dass Art. 2 FZA „weitgehend“ Art. 12 EGV entspreche, wobei die Formulierung im Einzelnen aber eher unklar ist, vgl. BG, Urteil 2P.305/2002, Urteil vom 27.11.2003, Erw. 3.2.2. S. aber auch *Imhof*, SZS/RSAS 2000 (Fn. 21), 22 (24), der aus der unterschiedlichen Formulierung in Art. 2 FZA einerseits und in Art. 12 EGV andererseits nicht näher präzierte Unterschiede ableiten will.

⁶¹ Oben II.

- Schließlich spricht auch der *effet utile* des Art. 2 FZA für den hier vertretenen Ansatz: Denn leitete man aus der Formulierung, das Diskriminierungsverbot sei (nur) „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen“ ab, das es nur zusammen mit bereits in den Anhängen gewährleisteten Rechten zum Zuge käme (was im Wesentlichen die Alternative zu der hier vertretenen Auffassung darstellte), käme Art. 2 FZA keine eigenständige Bedeutung zu, sind die Diskriminierungsverbote doch bereits in den Anhängen verankert.

Daher stellt Art. 2 FZA – parallel zu Art. 12 EGV – eine Art Auffangtatbestand dar, der (soweit seine Voraussetzungen gegeben sind) auch und gerade dann greifen kann, wenn die spezielleren Diskriminierungsverbote in den Anhängen nicht einschlägig sind⁶². Versucht man vor diesem Hintergrund eine sinngemäße Übertragung der im Gemeinschaftsrecht zum Zuge kommenden Auslegung des Anwendungsbereichs des Art. 2 FZA, so dürfte diese Bestimmung insbesondere in zwei grundsätzlich voneinander zu unterscheidenden Konstellationen zum Zuge kommen:

- Soweit es um Regelungen geht, die die effektive Verwirklichung der im Abkommen gewährleisteten (Grund-) Freiheiten betreffen, ist der Anwendungsbereich des Abkommens eröffnet und Art. 2 FZA kommt zum Zuge. Denn auch das Personenfreizügigkeitsabkommen verfolgt ja gerade die Zielsetzungen der effektiven Verwirklichung dieser Freiheiten, und zwar letztlich auf derselben Grundlage wie der EG-Vertrag, so dass – wie bereits erwähnt⁶³ – eine parallele Rechtslage angestrebt wird.

Daher ist insbesondere die sog. „Gravier-Rechtsprechung“, wonach Studiengebühren in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages fallen, auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens relevant; hieran ändert auch Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen“ für Studierende regelt. Nach der hier vertretenen Ansicht ist unter Zugang nämlich nur die Frage der „sachlichen“ Voraussetzungen des (Hoch-) Schulzugangs, also insbesondere die erforderlichen Qualifikationen (wie bestimmte Schulabschlüsse), zu verstehen; ein allgemeiner Ausschluss der materiellen Zugangsvoraussetzungen bzw. Studienmodalitäten (also unter Einbezug der Studiengebühren) hätte m.E. deutlicher im Abkommen zum Ausdruck kommen müssen, auch und gerade angesichts der gefestigten Gravier-Rechtsprechung. Studiengebühren betreffen nämlich wohl eher Modalitäten als den Zugang zur Ausbildung selbst. Zuzugeben ist allerdings, dass dieser Artikel nicht ganz klar ist, beziehen sich doch die „Unterhaltsbeihilfen“ klar auf finanzielle Aspekte.

Aber auch verschiedene verfahrensrechtliche Regelungen können auf dieser Grundlage an Art. 2 FZA zu messen sein. So erleichtert nach der Rechtsprechung des EuGH die Möglichkeit, mit den Behörden anderer Mitgliedstaaten in einer bestimmten Sprache zu kommunizieren, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit (und des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger)⁶⁴. Ebenso weise die Gewährung einer staatlichen Entschädigung zur Wiedergutmachung von (u.a.) Touristen zugefügten Schäden einen untrennbaren Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit auf⁶⁵.

⁶² Ebenso etwa Bettina Kahil-Wolff/Robert Mosters, Struktur und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz/EG, in: René Schaffhauser/Christian Schürer (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, 2001, 12 f.

⁶³ Oben II.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637, Rn. 15 ff. (Bickel und Franz).

⁶⁵ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, 195, Rn. 17 (Cowan).

- Weiter kommt Art. 2 FZA immer dann zum Zuge, wenn eine Person von ihrem Aufenthaltsrecht aus dem Abkommen Gebrauch macht, womit nämlich der Anwendungsbereich von Art. 2 FZA eröffnet ist⁶⁶. M.a.W.: Der Anwendungsbereich des Abkommens ist immer schon dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann (z.B. auch ein Tourist auf die passive Dienstleistungsfreiheit⁶⁷). Damit ist die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I, II und III“ auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH so auszulegen, dass Art. 2 FZA alle Diskriminierungen verbietet, die die Wahrnehmung der im Abkommen (einschließlich seiner Anhänge) gewährleisteten Rechte behindern, negativ beeinflussen oder die sonst wie nachteilige Rückwirkungen auf die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts entfalten. Dazu genügt es bereits, dass sich die betreffende Person rechtmäßig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält und somit von ihrem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Insofern können also auch Regelungen der sozialen Sicherheit⁶⁸ oder das Namensrecht betreffende Bestimmungen⁶⁹ in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, wobei der Hintergrund nicht in der Wahrnehmung der sich aus der – nicht in das Abkommen aufgenommenen – Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte, sondern in der Inanspruchnahme der sich aus dem Abkommen ergebenden Freizügigkeitsrechte zu sehen ist⁷⁰.

Deutlich wird damit, dass das FZA zwar das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches nicht übernimmt; jedoch werden einzelne Rechte der Unionsbürger – insbesondere Freizügigkeit und Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit – in dem Abkommen aufgegriffen. Dann aber liegt es nahe, diejenigen Aspekte der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, die sich auf diese „übernommenen“ Rechte beziehen, auch im Rahmen des Assoziierungsabkommens zu berücksichtigen. Hierfür spricht gerade im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht auch, dass diese Rechte auch durch sekundärrechtliche Vorschriften – auf die das Abkommen Bezug nimmt – gewährleistet werden.

⁶⁶ S. auch schon *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 29), 1 (12 ff.).

⁶⁷ Vgl. z.B. die Fälle betreffend diskriminierende Eintritte in staatliche Museen, EuGH, Rs. C-45/93 (Kommission/Spanien), Slg. 1994, I-911, Ziff. 9 f.; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Ziff. 12, 28.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191.

⁶⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Urteil vom 2.10.2003.

⁷⁰ A.A. aber wohl *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 1), 1003 (1011 f.), die m.E. etwas zu pauschal offenbar Urteile, die auf die Unionsbürgerschaft Bezug nehmen, für im Rahmen des FZA nicht relevant halten. Nicht berücksichtigt wird damit aber, dass es ja nicht um die Übertragung des Konzepts der Unionsbürgerschaft geht, sondern um die Frage des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots, das an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts geknüpft wird. Dieser letzte Aspekt kann und muss aber auf das FZA übertragen werden, soweit eben der nach diesem Abkommen rechtmäßige Aufenthalt zur Debatte steht, der den Anwendungsbereich des Abkommens und damit des Diskriminierungsverbots nach Art. 2 FZA eröffnet.

3. Institutionelle Aspekte und „Einbindung“ der Rechtsprechung des EuGH

a) Gemischter Ausschuss

Für die Verwaltung und ordnungsgemäße Anwendung des Abkommens ist ein Gemischter Ausschuss – der aus Vertretern der Vertragsparteien besteht – zuständig, der bei Bedarf, jedoch mindestens einmal jährlich zusammentritt und einvernehmlich entscheidet (Art. 14 FZA)⁷¹. Dem Gemischten Ausschuss kommen insbesondere folgende Kompetenzen zu:

- Informationsaustausch und Konsultationen (Art. 14 Abs. 3, 17 FZA);
- Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien (Art. 19 FZA);
- Modifikation der Anhänge II und III (Art. 18 FZA);
- Entscheidung über die Auswirkungen der nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen EuGH-Rechtsprechung (Art. 16 Abs. 2 FZA).

In Bezug auf den zuletzt genannten Aspekt spricht – auch und gerade angesichts der Kompetenz des Gemischten Ausschusses zur Modifikation der Anhänge II und II FZA – vieles dafür, dass der Gemischte Ausschuss auf der Grundlage des Art. 16 Abs. 2 S. 3 FZA feststellen kann, dass ein neues Urteil des EuGH in Zukunft zwingend zu beachten ist und damit in der Sache der „alten“ Rechtsprechung gleichgestellt ist⁷².

b) Rolle der Rechtsprechung des EuGH

Nach Art. 16 Abs. 2 FZA ist die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens (21.6.1999) zu berücksichtigen. M.a.W. besteht eine Rechtspflicht, die von dieser Bestimmung erfasste Rechtsprechung bei der Auslegung des Abkommens zugrunde zu legen⁷³. Neben der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Rückgriff auf einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff vorliegt (die letztlich die Frage der bereits unter verschiedenen Gesichtspunkten angesprochenen parallelen Auslegung von Gemeinschaftsrecht und Abkommen betrifft), wirft die Bestimmung insbesondere die Frage auf, wie „neue“ und „alte“ Rechtsprechung voneinander abzugrenzen sind und welche

⁷¹ Zu den in den sektoriellen Abkommen vorgesehenen Gemischten Ausschüssen allgemein siehe *Tobias Jaag*, Institutionen und Verfahren, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz - EG*, 2002, 39 ff.

⁷² Ausführlich *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 29), 1 (22 f.).

⁷³ Im Grundsatz ebenso *Thomas Cottier/Daniel Dzamko/Erik Evtimov*, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2003, 2004, 357 (381 ff.). S. auch BGE 2A.246/2003, Erw. 6.2. Weiter aus der Rechtsprechung die weitgehend nicht problematisierte Anlehnung an bzw. Übernahme der Rechtsprechung des EuGH in BGE 128 I 280 Erw. 3; BGE 129 II 249 Erw. 4.2; BGE 129 II 215, Erw. 7.2 ff.; BGE 129 II 215 Erw. 7.1 ff.; BGE 130 II 113 Erw. 8; BGE 130 II 176 Erw. 3.

Bedeutung der „neuen“ Rechtsprechung zukommt, dies auch vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Verwirklichung einer „Parallelität der Rechtsregime“⁷⁴. Da diese Problematik bereits anderweitig ausführlich erörtert worden ist⁷⁵, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf eine thesenartige Zusammenfassung des hier vertretenen Ansatzes:

- Nicht jede nach dem 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung ist eine „neue“ Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA. Denn die Rechtsprechung greift häufig bereits entschiedene Grundsätze wieder auf, so dass neue Urteile nicht zwingend neue Entwicklungen implizieren und daher gewisse „neue“ Urteile „alten“ Urteilen im Ergebnis gleichzustellen und damit zu beachten sind.
- Im Einzelnen können für die Abgrenzung zwischen „neuer“ und „alter“ Rechtsprechung folgende Fallgruppen entwickelt werden:
 - Greift ein Urteil nur bereits bekannte Grundsätze auf, wiederholt sie und wendet sie auf einen im Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung parallelen Fall (nochmals) an, so liegt in der Sache eine „alte“ Rechtsprechung vor, die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachten ist. Denn trotz des Datums solcher Urteile geht es letztlich um die vor dem erwähnten Stichtag bereits bestehende Rechtsprechung, so dass ein Abweichen von solchen Urteilen nicht mit den sich aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ergebenden Verpflichtungen in Einklang stehen dürfte.
 - 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.
 - Auch 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. 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 es in Betracht, diese Urteile als Konkretisierungen „alter“ Rechtsprechung zu sehen. Deutlich wird damit auch, dass die Grenzen hier notwendigerweise teilweise fließend sind.
- Weiter dürfte in Anknüpfung an die Zielsetzungen des Abkommens, auch längerfristig eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen, eine „beschränkte Bindungswirkung“ der neuen Rechtsprechung des EuGH anzunehmen sein⁷⁶, die allerdings nur dann greift, wenn sich die neuen Urteile in die Entwicklung der

⁷⁴ Oben II.

⁷⁵ *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 29), 1. (15 ff.).

⁷⁶ Für eine ausführliche Begründung dieses Ansatzes *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 29), 1. (23 ff.). S. im Übrigen die Bemerkung bei *Juliane Kokott*, Die Schweiz und Europa – unter besonderer Berücksichtigung der Personenfreizügigkeit, FS Helmut Steinberger, 200, 771 (788), die Nichtbeachtung späterer (also nach dem 21.6.2005 ergangener) Rechtsprechung widerspreche jedenfalls Sinn und Zweck des Abkommens über die Freizügigkeit.

bisherigen Rechtsprechung einbetten. Daher kann von einer grundsätzlichen Pflicht zur Beachtung der neuen Urteile in dem Sinn gesprochen werden, dass zunächst eine Vermutung ihrer Beachtlichkeit auch für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens spricht; diese kann aber auch durch sich aus Charakter und Inhalt des Abkommens ergebende Gründe widerlegt werden. Solche Gründe können insbesondere – angesichts des Art. 16 Abs. 2 FZA – dann anzunehmen sein, wenn die Rechtsprechung des EuGH den Charakter der Begriffe und Konzepte in nicht voraussehbarer Weise modifizierte oder wenn gegen die Übernahme der Rechtsprechung gewichtige, sich aus Struktur und/oder Inhalt des Abkommens selbst ergebende Gründe sprechen.

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass die (schweizerische) Rechtsprechung häufig auch auf nach dem 21.6.1999 gefällte Urteile des EuGH Bezug nimmt und sich an sie anlehnt, ohne die Frage der Bindungswirkung im Einzelnen zu problematisieren⁷⁷. Insofern dürfte die Rechtsprechung jedenfalls teilweise und im Ergebnis von dem hier vertretenen Ansatz ausgehen.

IV. Schluss

Die Erörterung der rechtlichen Tragweite einiger wesentlicher Bestimmungen bzw. Garantien des Personenfreizügigkeitsabkommens verdeutlicht zum einen die kaum zu überschätzenden Implikationen des Abkommens: Letztlich erfolgt hier eine „Teilintegration“ in die Gemeinschaftsrechtsordnung, die durch den sog. „statischen Charakter“ des Abkommens nur unwesentlich relativiert wird, ist doch zu erwarten, dass Rechtsprechung und Rechtsetzung im Bereich des Personenfreizügigkeitsabkommens im Ergebnis übernommen werden, wobei nach der hier vertretenen Ansicht sogar eine grundsätzliche Rechtspflicht zur Übernahme auch der späteren EuGH-Rechtsprechung besteht⁷⁸. Selbst wenn man dieser Ansicht aber nicht folgt, so ist doch nicht zu verkennen, dass jedenfalls faktisch von einem derartigen „Nachvollzug“ auszugehen ist, wie auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigen dürfte.

Damit dürfte das Abkommen insgesamt – trotz seiner auf den ersten Blick „traditionellen“ Ausgestaltung als völkerrechtlicher Vertrag, der statische Verpflichtungen formuliert – einen „Integrationsvertrag“ darstellen, der zu einer grundsätzlich dynamischen Teilnahme der

⁷⁷ Vgl. Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003, BGE 130 II 1. Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003, BGE 130 II 137. S. auch die Formulierung in BGE 130 II 113 Erw. 5.2. S. auch Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil v. 19.2.2004, IV.2003.00221, E. 6. S. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen bei *Kokott*, FS Steinberger (Fn. 76), 771 (788 ff.), die anhand von Beispielen darlegt, dass jedenfalls das Bundesgericht gegenüber der EuGH-Rechtsprechung generell offen ist und diese im Zweifel „übernimmt“. S. auch noch die Zusammenfassung der schweizerischen Rechtsprechung bei *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in diesem Band.

⁷⁸ Ausführlich *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 29), 1 (23 ff.).

Schweiz an dem relevanten Teil des *acquis communautaire* führt⁷⁹. Deutlich wird damit auch, dass der „bilaterale Weg“ in den erfassten Bereichen letztlich zu ähnlichen Ergebnissen wie ein Beitritt führen kann, wobei aber auch zu bemerken ist, dass – und dies dürften die Ausführungen illustriert haben – die Konstruktion gerade des bilateralen Personenfreizügigkeitsabkommens in Bezug auf die rechtliche Tragweite der einzelnen Verpflichtungen bzw. Garantien und damit die Rechtssicherheit etliche Probleme aufwirft, die häufig erst durch entsprechende gerichtliche Entscheidungen entschieden werden können.

⁷⁹ S. in diesem Zusammenhang auch die jedoch sehr polemisch formulierte und daher letztlich irreführende Aussage von *Hangartner*, AJP 2003 (Fn. 57), 257: „Das Abkommen ist Teil des partiellen de facto-Beitritts der Schweiz zur Europäischen Union.“