

Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit

Astrid Epiney/Robert Mosters

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2006/2007, Zürich/Bern 2007, S. 101-130. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17, und 18 EGV)
 - I. Erfordernis ausreichender Existenzmittel und Voraussetzungen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (Rs. C-408/03, Kommission/Belgien)
 - II. „Wegzugsbeschränkungen“
- C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)
 - I. Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit
 - II. Arbeitnehmerbegriff und Rechte der Angehörigen
 - III. Steuerliche Aspekte
- D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EGV)
 - I. Reichweite Dienstleistungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten (Rs. C-452/04, Fidium Finanz AG)
 - II. Diplomanerkennung und Regelung der Berufsausübung
 - III. Kostenersatz für medizinische Dienstleistungen
 - IV. Anti-Doping-Regeln und Art. 49 EGV
 - V. Regelungen des Marktzugangs für Dienstleistungen
 - VI. Steuer- und abgabenrechtliche Aspekte
- E. Schlussbemerkung

A. Einleitung

Der folgende Beitrag¹ soll die wichtigsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2006 skizzieren und – soweit angebracht – eine kurze rechtliche Bewertung bieten, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Daran anschliessend sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es in der Regel um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens

¹ Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005 und 2005/2006 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Epiney/Egbuna-Joss/Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006 (SJER 2005/2006), 2006, 73 ff.*

(FZA)² geht. Denn soweit sich die neuen Urteile des EuGH auf gemeinschaftliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein³.

Thematisch und systematisch 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, so dass 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, insbesondere zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG, ausgespart.

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

I. Erfordernis ausreichender Existenzmittel und Voraussetzungen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (Rs. C-408/03, Kommission/Belgien)

1. Sachverhalt und Urteil

In der Rs. C-408/03⁴ stellte der EuGH – im Anschluss an seine Urteile *Baumbast*⁵ und *Zhu und Chen*⁶ – zwei Verstösse Belgiens gegen Art. 18 EGV sowie das einschlägige Sekundärrecht⁷ fest: Das Erfordernis der ausreichenden Existenzmittel

² Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff.

³ Gemäss Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der EG, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, ist laut Art. 16 Abs. 2 FZA die vor der Unterzeichnung des FZA am 21.6.1999 ergangene einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Zur Relevanz der „neuen“, also nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangenen Rechtsprechung des EuGH *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

⁴ EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647; EuZW 2006, 410.

⁵ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091.

⁶ EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925. Vgl. hierzu bereits *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (42 ff.); *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2006, 407 (411 f.).

⁷ Zur Anwendung kam im vorliegenden Fall RL 90/364 über das Aufenthaltsrecht, ABIEG 1990 Nr. L 180, 26. Zwar wird die RL 2004/38 (Freizügigkeitsrichtlinie, ABIEG 2004 Nr. L 158, 77) u.a. diese Richtlinie ablösen. Da aber auch die RL 2004/38 das

sei auch dann als erfüllt anzusehen, wenn weder der Betroffene selbst noch ein Familienmitglied, sondern ein hierzu nicht verpflichteter Dritter dem sich auf sein Freizügigkeitsrecht berufenden Unionsbürger diese Mittel zur Verfügung stellt. Denn auch in diesem Fall sei dem Interesse der Mitgliedstaaten an der Vermeidung der übermässigen Belastung der öffentlichen Finanzen Rechnung getragen, woran auch die fehlende Rechtspflicht zum Unterhalt nichts ändere, stelle doch der Wegfall ausreichender Existenzmittel stets ein latentes Risiko dar, auf das die Mitgliedstaaten denn auch mit der (verhältnismässigen) Einleitung aufenthaltsbeendender Massnahmen reagieren könnten. Damit sind die ausreichenden Existenzmittel immer dann als gegeben anzusehen, wenn der Unionsbürger faktisch von „irgendjemandem“ unterhalten wird. Weiter stelle es einen Verstoss gegen Art. 18 EGV dar, wenn das Versäumnis eines Unionsbürgers, die für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis erforderlichen Nachweise fristgerecht vorzulegen, ohne Weiteres zum Erlass einer Ausweisungsverfügung führt. Denn damit werde der „Wesensgehalt“ des gemeinschaftlichen Aufenthaltsrechts angetastet, und jedenfalls liege eine unverhältnismässige Massnahme vor, da der Betroffene die Umstände seines Versäumnisses nicht erläutern und nicht den Nachweis erbringen könne, dass er die Bedingungen für einen Aufenthalt erfüllt.

Während der erste Vertragsverstoss letztlich eine konsequente Anwendung der bereits in der Rechtsprechung *Zhu und Chen* formulierten Grundsätze darstellt, wirft der zweite Verstoss bzw. die Begründung des *EuGH* Fragen auf: So bleibt zunächst der Hinweis auf den „Wesensgehalt“ des Art. 18 EGV unklar, erfolgt dieser doch in engem Zusammenhang mit der Feststellung der Unverhältnismässigkeit der Massnahme. Vieles spricht daher dafür, im Falle einer Beeinträchtigung des „Wesensgehalts“ der Freizügigkeit – wobei der *EuGH* nicht erläutert, was er darunter versteht – nicht *a priori* auf die Unzulässigkeit der Beschränkung zu schliessen, sondern diesen Umstand (nur, aber immerhin) im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Weiter fragt es sich, ob der *EuGH* bei der Beurteilung der Konsequenzen der Versäumnis der Frist für das Vorlegen der erforderlichen Nachweise die an sich den Mitgliedstaaten zukommende Kompetenz, über das anwendbare Verwaltungsverfahren zu entscheiden, in die Betrachtungen einbezogen hat; ausdrücklich erwähnt er diesen Aspekt jedenfalls nicht, was letztlich nichts daran ändert, dass das Ergebnis des Urteils durchaus zutreffend erscheint: Denn jedenfalls ist auch hier zu beachten, dass die Mitgliedstaaten keine unverhältnismässigen Regelungen vorsehen dürfen, so dass Sanktionen (wie diejenige der Ausweisungsverfügung) nicht ausser Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen dürfen, zumal der Unionsbürger hierdurch von der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts abgehalten werden könnte.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Erfordernis der ausreichenden eigenen Mittel in paralleler Weise aufgreift, bleibt das Urteil auch in Zukunft aktuell. Ausführlich zur RL 2004/38 *Astrid Epiney/Andrea Faeh*, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, 2006, 49 (59 ff.).

Die vom EuGH entschiedenen Fragen können sich in ähnlicher Weise auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EG stellen. Nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA ist das Aufenthaltsrecht der Nichterwerbstätigen, die nicht auf Grund anderer Bestimmungen des Abkommens (z.B. als Familienangehörige) ein Aufenthaltsrecht haben, ebenfalls an die Bedingung ausreichender finanzieller Mittel geknüpft. Für die Auslegung dieser Vorschrift ist die bis zur Unterzeichnung des Abkommens am 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH zu den entsprechenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, hier insbesondere Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 der RL 90/364⁸, gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen⁹. Darüber hinaus können jedoch auch nach dem 21.6.1999 ergangene Urteile grundsätzlich für die Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens von Bedeutung sein¹⁰. Die Feststellung des EuGH, dass es genügt, wenn der Nichterwerbstätige tatsächlich über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, ohne dass eine rechtliche Verpflichtung des Unterstützenden besteht, dürfte auf das Abkommen übertragbar sein. Dafür spricht bereits, dass der EuGH seine Begründung im Wesentlichen auf den Wortlaut und den Zweck der Vorschrift sowie auf die vierte Begründungserwägung der Richtlinie, auf welche das Abkommen wiederum Bezug nimmt, stützt¹¹. Denn das im Gemeinschaftsrecht und im Rahmen des Abkommens verfolgte Ziel – Schutz der öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaates – ist identisch, und auch hinsichtlich der Erforderlichkeit der Massnahmen zu dessen Sicherstellung sind keine Unterschiede ersichtlich.

Dass die Versäumnis der Frist für die Vorlage der erforderlichen Unterlagen nicht automatisch zu einer Ausweisungsentscheidung führen darf, dürfte sich ebenfalls auf das FZA übertragen lassen. Das Abkommen gewährt, wie das Gemeinschaftsrecht, bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Aufenthalt. Dies zeigt sich auch in Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA, der Art. 3 der RL 90/364 nahezu wörtlich übernimmt, wonach das Aufenthaltsrecht so lange besteht, wie die Berechtigten die Bedingungen des Absatzes 1 (RL: Art. 1) erfüllen. Dabei fliesst das Aufenthaltsrecht in der EG nicht etwa nur aus Art. 18 Abs. 1 EGV, sondern „unmittelbar aus dem EG-Vertrag oder, je nach Sachlage, aus den zu seiner Durchführung ergangenen Bestimmungen“¹². Es steht einer Übertragung auf das

⁸ Entsprechende Vorschriften finden sich auch in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 der beiden übrigen in Art. 24 Anhang I FZA erwähnten Aufenthaltsrichtlinien, nämlich der Richtlinie 90/365/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABl. L 180 vom 13.7.1990, S. 28, sowie der Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. L 317, S. 59.

⁹ Vgl. allgemein zu den im Rahmen des Abkommens zu beachtenden Auslegungsgrundsätzen *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen, 2006, 57 (61 ff.).

¹⁰ Vgl. BGE 131 II 339. Zur Bedeutung der nach dem Stichtag ergangenen Rechtsprechung des EuGH im Einzelnen *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 3), 1 ff.

¹¹ EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rn. 37 und 39 ff. Vgl. zu den hier behandelten Fragen bereits die Ausführungen bei *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2005/2006, 73 (74 ff.); *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (44).

¹² EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rn. 62 unter Hinweis auf EuGH, Rs. 48/75, *Royer*, Slg. 1976, 497, Rn. 31.

FZA daher nicht entgegen, dass der EuGH in dem entschiedenen Fall Art. 18 EGV als Rechtsgrundlage für den Aufenthaltsanspruch zitiert¹³, da die Ausführungen für alle nach dem Gemeinschaftsrecht begründeten Aufenthaltsrechte gelten¹⁴. Dementsprechend ist auch im Rahmen des Abkommens eine Ausweisung nur rechtmässig, wenn sie verhältnismässig ist. Wegen der vergleichbaren Sach- und Interessenlage dürften sich auch bei den anzuwendenden Massstäben keine Unterschiede zur Rechtslage im Gemeinschaftsrecht ergeben.

II. „Wegzugsbeschränkungen“

1. Rs. C-406/04 (de Cuyper)

a) Urteil des EuGH

In der Rs. C-406/04¹⁵ stellte der EuGH fest, dass eine nationale Regelung, die die Gewährung von Arbeitslosenunterstützung davon abhängig macht, dass der Arbeitslose seinen ständigen Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat hat, mit dem in Art. 18 EGV gewährleisteten Freizügigkeitsrecht vereinbar sei: Zwar führe diese Regelung zu einer Beschränkung des Freizügigkeitsrechts, doch könne sie durch objektive Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden. Denn der zahlende Staat müsse die berufliche und familiäre Situation des Arbeitslosen überwachen können, da diese Umstände einen Einfluss auf die bewilligte Leistung bzw. die Höhe derselben entfalten könnten. Die Massnahme sei auch verhältnismässig, da die Effektivität der Überprüfung des Vorliegens der leistungsbegründenden Voraussetzungen bei unerwarteten Kontrollen am höchsten sei, so dass insbesondere die Vorlage von Bescheinigungen o.ä. nicht gleich effektiv sei.

Das Urteil ist insbesondere deshalb interessant, weil es – im Gegensatz zu zahlreichen anderen Urteilen des EuGH im Zusammenhang mit der Gewährung von Sozialleistungen¹⁶ – die in Frage stehende nationale Massnahme direkt am Massstab des Art. 18 EGV prüft und Art. 12 EGV nicht herangezogen wird. Die Implikationen des (überzeugenden) Ansatzes des EuGH sind denn auch weitgehend: Letztlich kann jegliche Beschränkung der Freizügigkeit nach Art. 18 EGV – die jedenfalls (auch) immer dann anzunehmen ist, wenn eine (soziale) Vergünstigung an den Wohnsitz im Inland anknüpft – am Massstab des Gemeinschaftsrechts geprüft werden, auch wenn keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gegeben ist; ebensowenig ist es im Rahmen des Art. 18 EGV – im Gegensatz zu Art. 12 EGV – notwendig nachzuweisen, dass der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffnet ist. Da die Beschränkung der Freizügigkeit im vorliegenden Fall eindeutig

¹³ EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rn. 64.

¹⁴ EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rn. 62-70.

¹⁵ EuGH, Rs. C-406/04, *de Cuyper*, Slg. 2006, I-6947; EuZW 2006, 500. Der EuGH ging in dem Urteil auch noch auf die Frage ein, ob die betreffende Leistung in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 falle, was er bejahte.

¹⁶ Vgl. zu dieser Rechtsprechung *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2005/2006, 73 (74 ff.); *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (45 ff.).

gegeben war, beantwortet das Urteil die Frage, ob sich das Vorliegen einer Beschränkung nach ähnlichen Massstäben beurteilt wie im Rahmen der Grundfreiheiten, nicht eindeutig. Die Formulierungen des EuGH legen ihre Bejahung aber nahe, so dass es entscheidend auf die Möglichkeit einer bestimmten Massnahme, freizügigkeitsbeschränkend zu wirken, ankommt¹⁷, wobei rein hypothetische Ereignisse nicht berücksichtigt werden sollten. Deutlich wird damit auch, dass es häufig auf die Rechtfertigung durch objektive Gründe des Allgemeininteresses ankommen wird. Das Urteil klärt aber die Frage der „Exportierbarkeit“ von Sozialleistungen nicht abschliessend, eine Problematik, die in engem Zusammenhang mit derjenigen nach der „nationalen Solidargemeinschaft“ und nach der „finanziellen Solidarität“ mit anderen Mitgliedstaaten verbunden sein dürfte, wobei der *EuGH* diese Konzepte zwar in anderen Urteilen angesprochen¹⁸, jedoch nicht wirklich einer inhaltlichen Klärung zugeführt hat¹⁹.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Inwieweit die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 i.V.m. 18 EGV auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar ist, ist bisher noch nicht durch die Gerichte geklärt worden. Zwar übernimmt das Abkommen das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches nicht, doch enthält Art. 2 FZA ebenso wie Art. 12 EGV ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das als Auffangtatbestand dann Anwendung findet, wenn die speziellen Diskriminierungsverbote des FZA (z.B. Art. 9 Anhang I FZA) nicht anwendbar sind²⁰. Während Art. 12 EGV Diskriminierungen „im Anwendungsbereich dieses Vertrages“, also des EGV, verbietet, betrifft Art. 2 FZA Diskriminierungen „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“. Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 EGV dürfte ein Fall der Anwendung des Abkommens vorliegen, wenn die anspruchstellende Person sich in einer Situation befindet, die durch das Abkommen geregelt ist²¹. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Person sich auf dem Territorium einer anderen Vertragspartei befindet und dabei von einem Aufenthaltsrecht nach

¹⁷ Offenbar ähnlich *Ferdinand Wollenschläger*, Anmerkung, EuZW 2006, 503 (504 f.), der diese Frage (auch) unter der Thematik Freiheits- oder Gleichheitsrecht diskutiert.

¹⁸ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

¹⁹ Zum Problemkreis auch *Wollenschläger*, EuZW 2006 (Fn. 17), 503 (505 f.).

²⁰ *Edgar Imhof*, Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht, in: Gächter (Hrsg.), Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, 2006, 87 (127 ff., insb. 136). Durch Art. 2 FZA werden sowohl das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV als auch das Verbot unterschiedlicher Behandlung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 39 Abs. 2 EGV für den Bereich des freien Personenverkehrs mit der Schweiz übernommen, BGE 129 I 399, E. 3.2.3.

²¹ EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195, Rn. 10; vgl. hierzu *Astrid Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EGV/EUV, Kommentar, 3. Aufl., 2006, Art. 12 EGV, Rn. 14 ff.; *Thorsten Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 17, Rn. 21 ff.; *Armin von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EGV/EUV, Art. 12 EGV, Rn. 24 ff.; *Ferdinand Wollenschläger*, Freizügigkeit ohne Markt, 2007, 212 ff.

dem Abkommen Gebrauch macht. Zu berücksichtigen sind jedoch spezielle Einschränkungen des Gleichbehandlungsanspruchs, die sich insbesondere in den Anhängen finden und einer Übertragung der EuGH-Rechtsprechung für den ausgeschlossenen Bereich entgegenstehen. Eine solche Einschränkung ist z.B. Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt.

Da die Arbeitslosenunterstützung in dem entschiedenen Falle vom sachlichen Anwendungsbereich des Art. 4 VO 1408/71 erfasst wurde, sind die Ausführungen des EuGH auf entsprechende Leistungen im Rahmen des FZA übertragbar gemäss Art. 8 FZA i.V.m. Anhang II, Abschnitt A, Nr. 1 FZA, der auf die VO 1408/71 Bezug nimmt. Auch nach dem Abkommen dürfte es daher zulässig sein, die Gewährung von Arbeitslosenunterstützung davon abhängig zu machen, dass der Arbeitslose seinen ständigen Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat hat. Denn das Argument, dass der zahlende Staat die berufliche und familiäre Situation des Arbeitslosen überwachen können müsse, da diese Umstände einen Einfluss auf die bewilligte Leistung bzw. die Höhe derselben entfalten könnten, und die Effektivität der Überprüfung des Vorliegens der leistungsbegründenden Voraussetzungen bei unerwarteten Kontrollen am höchsten sei, gilt für das FZA in gleicher Weise wie innerhalb der EG.

2. Rs. C-520/04 (Turpeinen)

a) Urteil des EuGH

In der Rs. C-520/04²² ging es um eine höhere Besteuerung von in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Ruhegehaltsempfängern im Vergleich zu solchen mit Wohnsitz im Inland. Der EuGH stellt hier zunächst fest, dass Art. 39 EGV nicht zum Zuge kommen könne, da die betreffende Person ihre gesamte Berufstätigkeit in dem Mitgliedstaat, dem sie angehört, ausübt und vom Recht zum Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat erst nach ihrem Eintritt in den Ruhestand und ohne jede Absicht, dort einer Beschäftigung im Lohn- und Gehaltsverhältnis nachzugehen, Gebrauch gemacht habe. Allerdings sei Art. 18 EGV einschlägig, denn die erwähnte steuerliche Regelung des Herkunftsstaates erschwere die Ausübung des Freizügigkeitsrechts, mache sie doch dessen Wahrnehmung weniger attraktiv. Sodann überträgt er seine bezüglich Art. 39, 43 EGV entwickelte Rechtsprechung, wonach bei der Besteuerung aufgrund der unterschiedlichen Situation zwar grundsätzlich zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden unterschieden werden kann, dies jedoch dann nicht möglich sei, wenn sich der gebietsfremde Steuerpflichtige objektiv in einer vergleichbaren Situation wie der gebietsansässige Steuerpflichtige befindet, was insbesondere dann der Fall sei, wenn der Gebietsfremde (nahezu) seine gesamten Einkünfte in dem steuererhebenden Staat erzielt²³, auf Art. 18 EGV.

²² EuGH, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, EWS 2006, 31.

²³ Vgl. EuGH, Rs. C-80/94, *Wielockx*, Slg. 1995, I-2493, Rn. 20.

Das Urteil ist ein weiteres Beispiel dafür, dass auch das den Unionsbürgern nach Art. 18 EGV zustehende Freizügigkeitsrecht Auswirkungen in allen Politikbereichen entfalten kann, inklusive denjenigen, die grundsätzlich in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verblieben sind. Weiter ist zu bemerken, dass der EuGH zwar einen Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung wie diejenige, die Staatsangehörigen des Mitgliedstaates zuteil wird, prüft²⁴, anders als in früheren Urteilen²⁵ aber – jedenfalls ausdrücklich – nicht Art. 12 EGV, sondern nur Art. 18 EGV als verletzte Vorschrift heranzieht. Daraus ist zu folgern, dass die Wirkungen des Art. 18 EGV über diejenigen des Art. 12 EGV insofern hinausgehen, als Art. 18 EGV auch in Fällen zum Zuge kommen kann, in denen keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da es sich in dem entschiedenen Fall um einen nichterwerbstätigen Unionsbürger handelt, der seine gesamte Berufstätigkeit in seinem Heimatstaat ausgeübt und erst nach seinem Eintritt in den Ruhestand von seinem gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrecht Gebrauch gemacht hat, käme im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ein Gleichbehandlungsanspruch nach Art. 9 Anhang I FZA nicht in Betracht, weil dieser nur auf Arbeitnehmer anwendbar ist. Der Betroffene könnte sich jedoch auf ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA berufen. Unabhängig von der Frage, ob dieser Artikel selbst ein Verbot von Beschränkungen oder Diskriminierungen enthält, kommt somit ein Anspruch des Ruheständlers auf Gleichbehandlung gemäss Art. 2 FZA in Betracht, da er sich als Berechtigter eines Aufenthaltsrechts aus dem Abkommen in einer Situation befindet, die durch das FZA geregelt ist. Zu berücksichtigen sind allerdings auch die Beschränkungen des Gleichbehandlungsanspruchs, welche nach Art. 21 FZA zulässig sind, etwa um die Steuerflucht zu verhindern²⁶. Dabei nimmt Art. 21 Abs. 2 FZA die Rechtsprechung des EuGH auf, wonach Gebietsansässige und Gebietsfremde sich in der Regel nicht in einer vergleichbaren Situation befinden²⁷. Damit stellt die Vorschrift jedoch nicht auf den Wohnsitz, sondern auf die Vergleichbarkeit der Situation ab. Hier dürfte die Feststellung des EuGH, dass sich ein gebietsfremder Steuerpflichtiger in einer Konstellation wie der des Ausgangsfall in derselben Situation befinde wie ein in diesem Staat Ansässiger, auf das Abkommen übertragbar sein. Denn die Schlussfolgerungen des EuGH ergeben sich weitgehend bereits aus dem Urteil in der Rechtssache *Wielockx*²⁸ aus dem Jahre 1995, welches gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei der Auslegung des FZA zu berücksichtigen ist.

²⁴ EuGH, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, Rn. 18-25.

²⁵ So z.B. die vom EuGH zitierten Urteile EuGH, Rs. C-184/9, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rn. 30 ff.; EuGH, Rs. C-224/98, *D'Hoop*, Slg. 2002, I-6191, insb. Rn. 21 und 25 ff.

²⁶ Art. 21 Abs. 3 FZA.

²⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-279/934, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225, Rn. 31.

²⁸ EuGH, Rs. C-80/94, *Wielockx*, Slg. 1995, I-2493, Rn. 20. Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, Rn. 28-31.

2. Rs. C-345/05 (Kommission/Portugal)

a) Urteil des EuGH

In der Rs. C-345/05²⁹ stand ebenfalls eine steuerrechtliche Regelung auf dem Prüfstand: Der EuGH hält fest, dass die Abhängigkeit einer Steuerbefreiung für Gewinne aus der entgeltlichen Veräußerung von Immobilien, die dem Steuerpflichtigen oder den Angehörigen seines Haushalts dauerhaft zu eigenen Wohnzwecken dienen sollen, von der Reinvestition der erzielten Gewinne in den Erwerb von im Inland gelegenen Immobilien, gegen Art. 18 EGV (und für Arbeitnehmer und Selbständige gegen Art. 39, 43 EGV) verstosse. Denn Art. 18 EGV (sowie Art. 39, 43 EGV) stünden auch solchen Regelungen entgegen, mit denen der Herkunftsstaat die freie Annahme und Ausübung einer Beschäftigung durch einen seiner Staatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat behindere. Die zur Debatte stehende Regelung wirke aber auf Steuerpflichtige, die sich im Ausland niederlassen wollen, zumindest abschreckend, behandle sie doch diejenigen Personen, die sich im Ausland niederlassen und dort eine Immobilie erwerben wollen, schlechter als diejenigen, die im Inland bleiben. Eine Rechtfertigung aus Gründen der Kohärenz des Steuersystems sei zwar grundsätzlich möglich, im konkreten Fall jedoch nicht gegeben, da es keinen Zusammenhang zwischen dem Vorteil, der dem im Inland verbleibenden Steuerpflichtigen gewährt wird, und seiner Besteuerung gebe. Auch das Argument, die Regelung diene der Sicherstellung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Wohnraum, greife nicht, da die Massnahme hierfür nicht erforderlich sei. Darüber hinaus hatte Portugal geltend gemacht, es finanziere mittelbar die Wohnungspolitik der anderen Mitgliedstaaten, wenn es auf die Voraussetzung der Reinvestition der Veräußerungsgewinne im Inland verzichten müsse. Der EuGH geht auf diese Argumentation letztlich nicht ein, sondern verwirft sie lediglich im Zusammenhang mit der nicht gegebenen Erforderlichkeit der Massnahme für die Sicherstellung des Rechts auf Wohnraum. Man wird hieraus schliessen können, dass der EuGH dieses Argument wohl nicht als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkennt, was im Einklang damit steht, dass sog. wirtschaftliche Gründe grundsätzlich nicht als Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können. Bemerkenswert ist ausserdem, dass der EuGH hinsichtlich der Verletzung des Art. 18 EGV im Wesentlichen lediglich auf seine Argumentation zu den Art. 39 und 43 EGV verweist³⁰, die einen Verstoß gegen das diesen zu entnehmende Beschränkungsverbot feststellte. Dies ist ein weiterer Hinweis darauf, dass Art. 18 EGV nach Auffassung des EuGH ebenfalls ein allgemeines Beschränkungsverbot umfasst, so dass Art. 18 EGV grundsätzlich alle Massnahmen verbietet, die die Ausübung des Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, behindern oder weniger attraktiv machen.

²⁹ EuGH, Rs. C-345/05, *Kommission/Portugal*, Slg. 2006, I-10633.

³⁰ EuGH, Rs. C-345/05, *Kommission/Portugal*, Slg. 2006, I-10633, Rn. 37.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Bei der Frage der Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf das Freizügigkeitsabkommen ist zunächst zu beachten, dass der EuGH in seiner Begründung auf das den Art. 18, 39 und 43 EGV zu entnehmende allgemeine Beschränkungsverbot abstellt. Eine Übertragung auf das Abkommen kommt daher zum einen in Betracht, wenn dieses ebenso wie das Gemeinschaftsrecht nicht nur diskriminierende Massnahmen, sondern auch sonstige Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte verbietet. Dass dies grundsätzlich möglich ist, ergibt sich zunächst daraus, dass der EuGH bereits vor der Unterzeichnung des FZA festgestellt hat, dass Art. 39 und 43 EGV als allgemeine Beschränkungsverbote zu verstehen sind, so dass diese Rechtsprechung gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist³¹. Hier könnte das in Art. 1 Abs. 2 Anhang I FZA geregelte Recht, das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien zu verlassen, ein solches Beschränkungsverbot enthalten. Damit wären alle Massnahmen rechtfertigungsbedürftig, die die Ausübung dieses Rechts verhindern oder weniger attraktiv machen. Ebenso könnte das Recht, sich in das Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu begeben und sich dort aufzuhalten, um einer Erwerbstätigkeit nachzugehen oder sich eine Beschäftigung zu suchen (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA), als allgemeines Beschränkungsverbot anzusehen sein.

Zum anderen ist eine parallele Entscheidung im Rahmen des Abkommens jedoch auch dann möglich, wenn der Sachverhalt nicht nur als Beschränkung, sondern auch als Diskriminierung zu werten ist. Gute Gründe sprechen dafür, dass hier eine indirekte Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit vorliegt, da von der streitigen portugiesischen Regelung Ausländer, die häufiger ins Ausland ziehen oder dort investieren dürften, tendenziell häufiger betroffen sein dürften als Inländer³².

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)

I. Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-119/04 (Kommission/Italien)

In der Rs. C-119/04³³ bestätigt der EuGH seine Rechtsprechung, wonach Italien dadurch gegen Art. 39 EGV verstossen habe, dass ehemaligen Fremdsprachenlektoren, die aus dem Ausland kommen, in Bezug auf die

³¹ Für Art. 39 EGV siehe EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 95 f.; für Art. 43 EGV EuGH, Rs. C-81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483, Rn. 16, bestätigt u.a. in EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 97.

³² Zum Konzept der indirekten Diskriminierung im FZA siehe auch BGE 131 V 82, E. 5.5; 131 V 209, E. 6.3; 131 V 390, E. 5.1 und *Silvia Bucher*, Das Freizügigkeitsabkommen im letztinstanzlichen Sozialversicherungsprozess, in: Gächter (Hrsg.), Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, 2006, 1 (19 f.).

³³ EuGH, Rs. C-119/04, *Kommission/Italien*, Slg. 2006, I-6885, EuZW 2006, 597.

Umwandlung ihres befristeten Arbeitsvertrags in einen unbefristeten Arbeitsvertrag nicht die gleichen Rechte (etwa hinsichtlich der Berechnung des Dienstalters oder sozialleistungsrechtlicher Ansprüche) eingeräumt wurden wie inländischen bzw. muttersprachlichen sprachwissenschaftlichen Mitarbeitern. Weiter betont der Gerichtshof, dass die Festlegung bzw. Wiederherstellung der Laufbahn der ehemaligen Lektoren unter Heranziehung der Vergütung von auf einer Teilzeitstelle fest angestellten Forschern als Bezugsgrösse und die Gewährung der Vergütung auf der Grundlage der geleisteten Arbeitsstunden, wobei eine Vollzeitbeschäftigung 500 Jahresunterrichtsstunden entspricht, an objektive Kriterien anknüpfe und insbesondere die Wahl der Laufbahn in die Zuständigkeit der nationalen Behörden falle. Italien sei gerade nicht verpflichtet, eine Kategorie von mit den ehemaligen Lektoren vergleichbaren Arbeitnehmern zu bestimmen.

Diese letzte Aussage überrascht insofern, als das „Ausgangsproblem“ ja gerade eine Ungleichbehandlung der Lektoren mit den muttersprachlichen sprachwissenschaftlichen Mitarbeitern betraf, so dass die Frage aufgeworfen wird, wie weit das Gleichbehandlungsgebot hier reicht. Das Urteil legt den Schluss nahe, dass der EuGH nur (aber immerhin) davon ausgeht, dass Art. 39 EGV eine Verpflichtung zu entnehmen ist, dass die ehemaligen Lektoren mit einem befristeten Arbeitsvertrag bei der Ersetzung dieses Vertrages durch einen unbefristeten Arbeitsvertrag alle seit der Erstanstellung erworbenen Rechte behalten müssen (inkl. Berücksichtigung des Dienstalters und Sozialversicherungsbeiträge), was eben gerade keine Aussage über die Einstufung in eine bestimmte Arbeitnehmerkategorie impliziert. Andererseits dürfte aber nicht ausgeschlossen sein, dass eine solche Unterscheidung verschiedener Kategorien ihrerseits (wieder) gegen Art. 39 EGV verstösst, was allerdings eine neue Rechtsfrage ist.

b) Rs. C-346/05 (Chateignier)

In der Rs. C-346/05³⁴ stellt der EuGH fest, dass Art. 39 Abs. 2 EGV und Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71 es den Mitgliedstaaten verbieten, als Voraussetzung für den Bezug von Leistungen bei Arbeitslosigkeit durch Angehörige anderer Mitgliedstaaten eine bestimmte Beschäftigungsdauer im Wohnsitzstaat zu verlangen, während eine solche Voraussetzung für die eigenen Staatsangehörigen nicht vorgeschrieben ist. Das Vorliegen einer Rechtfertigung prüfte der EuGH nicht, da entsprechende Gründe nicht geltend gemacht wurden. Sie wäre in diesem Fall auch schwergefallen, da es um eine formelle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ging, und es ist nicht ersichtlich, aus welchem sachlichen Grund eine solche Unterscheidung in Bezug auf die zur Debatte stehende Frage gerechtfertigt werden könnte.

c) Rs. C-371/04 (Kommission/Italien)

³⁴ EuGH, Rs. C-346/05, *Chateignier/Office national de l'emploi*, Slg. 2006, I-10951.

In der Rs. C-371/04³⁵ bestätigte und präziserte der EuGH seine Rechtsprechung bezüglich des Grundsatzes, wonach eine öffentliche Einrichtung eines Mitgliedstaats bei der Einstellung von Personal für Stellen, die nicht unter die Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV fallen, die früheren Berufstätigkeiten der Bewerber in der öffentlichen Verwaltung eines anderen Mitgliedstaates ebenso wie diejenige im eigenen Mitgliedstaat zu berücksichtigen hat (etwa in Bezug auf die Anerkennung der Berufserfahrung oder des Dienstalters). Dies gelte auch für die Berufserfahrung in einem Mitgliedstaat, in dem Stellen in der öffentlichen Verwaltung nicht nach Durchlaufen eines Auswahlverfahrens besetzt werden, da nicht alle Mitgliedstaaten ein solches Verfahren kennen. Im Ergebnis stellte der EuGH daher fest, dass Italien durch die Nichtberücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten in Ausübung einer vergleichbaren Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung erlangten Berufserfahrung und des dort erreichten Dienstalters gegen seine Verpflichtungen aus Art. 39 Abs. 2 EGV und Art. 7 Abs. 1 VO 1612/68 verstossen hatte.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Der EuGH wendet in dem letztgenannten Urteil im Wesentlichen die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung an, die gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei der Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen sind³⁶. Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens dürfte der Sachverhalt daher im Ergebnis gleich zu entscheiden sein, denn Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA übernimmt die Regelung des Art. 7 Abs. 1 VO 1612/68 und dem Art. 39 Abs. 2 EGV entspricht Art. 2 FZA, der somit ebenfalls Diskriminierungen der Arbeitnehmer auf Grund der Staatsangehörigkeit verbietet³⁷. Die Bereichsausnahme des Art. 10 Anhang I FZA, der eine Ausnahme von der Freizügigkeit für Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind, vorsieht, dürfte im Übrigen ebenso wie Art. 39 Abs. 4 EGV auszulegen sein. Zwar unterscheiden sich die beiden Vorschriften im Wortlaut, doch entspricht die Formulierung im Abkommen der zu Art. 39 Abs. 4 EGV ergangenen Rechtsprechung des EuGH, so dass es auch dem Ziel des Abkommens entsprechen dürfte, die beiden Vorschriften parallel auszulegen.

Auch die beiden anderen erörterten Urteile (Rs. C-119/04 und Rs. C-346/05) dürften auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens übertragbar sein, geht es doch um die rechtliche Tragweite des – wie gezeigt – im EG-Vertrag einerseits und im Freizügigkeitsabkommen andererseits letztlich parallel gelagerten Diskriminierungsverbots auf Grund der Staatsangehörigkeit, und es ist kein Grund ersichtlich, warum die entsprechenden Fragen im Rahmen des FZA anders zu entscheiden wären.

³⁵ EuGH, Rs. C-371/04, *Kommission/Italien*, Slg. 2006, I-10257; s. auch EuGH, Rs. C-205/04, *Kommission/Spanien*, Urt. v. 23.2.2006, Slg. 2006, I-31.

³⁶ Vgl. aus der bisherigen Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. C-419/92, *Scholz*, Slg. 1994, I-505; EuGH, Rs. C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, Slg. 1998, I-47; EuGH, Rs. C-187/96, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1998, I-1095.

³⁷ BGE 129 I 392, E. 3.2.3; *Imhof*, in: Das europäische Koordinationsrecht (Fn. 20), 87 (127 ff., insb. 136).

II. Arbeitnehmerbegriff und Rechte der Angehörigen

1. Rs. C-10/05 (Mattern)

a) Urteil des EuGH

Die Rs. C-10/05³⁸ betrifft die Definition des Begriffs des Arbeitnehmers sowie – daran anschliessend – die Tragweite des Art. 11 VO 1612/68, wonach der Ehegatte eines Arbeitnehmers ebenfalls im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates eine Tätigkeit als Arbeitnehmer ausüben darf. Der EuGH betont zunächst – in Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung –, dass ein Vorbereitungsdienst (im konkreten Fall ging es um ein Berufspraktikum als Krankenpflegerin) grundsätzlich eine echte und tatsächliche Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis darstellen könne, woran auch die begrenzte Höhe der Vergütung nichts ändere. Allerdings räume Art. 11 VO 1612/68 dem (aus einem Drittstaat stammenden) Ehegatten eines Arbeitnehmers nur das Recht ein, in dem Staat als Arbeitnehmer tätig zu sein, in dem auch der Ehegatte tätig ist (nicht hingegen in einem anderen EU-Staat, auch nicht in einem Nachbarstaat), da dieses Recht akzessorischer Natur sei und gerade kein originäres Freizügigkeitsrecht darstelle.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Es entspricht der früheren, vor dem Stichtag des 21.6.1999 ergangenen Rechtsprechung des EuGH, dass ein Vorbereitungsdienst oder ein Berufspraktikum eine echte und tatsächliche Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis darstellen kann, auch wenn die Tätigkeit nur in begrenzter Höhe vergütet wird, so dass dies gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens gilt³⁹.

Allerdings wurde Art. 11 VO 1612/68 nur in geänderter Fassung in das Abkommen übernommen. Gemäss Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA haben der Ehegatte und die Kinder einer Person mit Aufenthaltsrecht, die noch nicht 21 Jahre alt oder unterhaltsberechtig sind, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit das Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit. Voraussetzung ist also nicht wie in der Verordnung, dass der Berechtigte, von dem der Familienangehörige sein Recht ableitet, eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis oder eine selbständige Tätigkeit ausübt, sondern lediglich das Bestehen eines Aufenthaltsrechts, so dass sich etwa auch Nichterwerbstätige (Art. 6 FZA und Art. 24 Anhang I FZA) sowie Dienstleistungserbringer und -empfänger (Art. 5 Abs. 2 und 3 FZA) auf diese

³⁸ EuGH, Rs. C-10/05, *Mattern, Cikotic/Ministre du Travail et de l'Emploi*, Slg. 2006, I-3145, EuZW 2006, 437.

³⁹ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. 53/81, *Levin*, Slg. 1982, 1035, Rn. 16 f.; EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie Blum*, Slg. 1986, 2121, Rn. 16 ff. Sehr instruktiv zum Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des FZA ist auch das Urteil des Bundesgerichts betreffend eine Tätigkeit als Telefon-Verkäuferin auf der Basis eines Erfolgshonorars („télé-vendeuse“), BGE 131 II 339, E. 3-4.4.

Vorschrift berufen können. Wie bei Art. 11 VO 1612/68 setzt das Recht jedoch voraus, dass der originär Berechtigte, von dem der Familienangehörige sein Recht ableitet, tatsächlich von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat bzw. macht. Innerhalb der EG wird das Recht der Familienangehörigen auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit übrigens neu durch Art. 23 RL 2004/38⁴⁰ geregelt, die seit 1.5.2006 in Kraft, aber im Verhältnis zur Schweiz nicht beachtlich ist, so lange sie nicht durch die Vertragsparteien im Wege einer Änderung des Abkommens gemäss Art. 18 FZA übernommen wird.

Während sich der EuGH bei der Auslegung von Art. 11 VO 1612/68 auf den klaren Wortlaut der Vorschrift stützen konnte, wonach die Familienangehörigen das Recht haben, „im gesamten Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates irgendeine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis auszuüben“, bestimmt Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA lediglich, dass die Familienangehörigen „das Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit“ haben. Sowohl die systematische Stellung in Art. 3 Anhang I FZA, der im Wesentlichen die Pflichten des Aufenthaltsstaates regelt, als auch die vom Abkommen angestrebte Parallelität zur Rechtslage im Gemeinschaftsrecht⁴¹, sprechen jedoch für eine parallele Auslegung wie innerhalb der EG, so dass der Anspruch des Familienangehörigen auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit nur in dem Staat bestehen dürfte, demgegenüber der originär Berechtigte sein Aufenthaltsrecht ausübt.

2. Rs. C-137/04 (Rockler)

In der Rs. C-137/04⁴² ging es um den Anspruch einer schwedischen Staatsangehörigen, die nach einer gut einjährigen Beschäftigung bei der Europäischen Kommission wieder in ihrem Heimatstaat als Arbeitnehmerin beschäftigt wurde, auf den Bezug von „Elterngeld“ nach der Geburt ihrer Tochter. Dieses wurde ihr wegen der nicht genügend langen Versicherungsdauer (weder in Schweden noch in einem anderen Mitgliedstaat) verweigert; die Beschäftigung bei der Europäischen Kommission wurde nicht berücksichtigt. Der EuGH stellt zunächst fest, dass auch ein Beamter der Europäischen Gemeinschaften ein Wanderarbeitnehmer im Sinne des Vertrages sei; denn die Arbeitnehmereigenschaft gehe nicht dadurch verloren, dass man bei einer Internationalen Organisation arbeite, woran auch der Umstand nichts ändere, dass die Bedingungen von Einreise und Aufenthalt Gegenstand eines internationalen Übereinkommens sind. Da Art. 39 EGV auch nicht diskriminierende Beschränkungen verbiete, stelle diese Nichtberücksichtigung einen Eingriff in das durch Art. 39 EGV garantierte Recht auf Freizügigkeit dar. Die Nichtanrechnung der im Rahmen des Gemeinsamen Krankenfürsorgesystems der Europäischen Gemeinschaften zurückgelegte Beschäftigungszeiten sei nämlich geeignet, Staatsangehörige eines Mitgliedstaats

⁴⁰ Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie), ABl. 2004 Nr. L 158, 77.

⁴¹ Dieses Ziel findet seinen Niederschlag im Abkommen insbesondere in Art. 16 Abs. 1 und 2 FZA. Vgl. hierzu allgemein *Epiney/Mosters*, in: *Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen* (Fn. 9), 57 (61 ff.); *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 3), 1 ff.

⁴² EuGH, Rs. C-137/04, *Rockler*, Slg. 2006, I-1441; s. auch den parallel gelagerten Fall in EuGH, Rs. C-185/04, *Öberg*, Slg. 2006, I-1453.

davon abzuhalten, diesen Staat zu verlassen, um eine berufliche Tätigkeit bei einem EU-Organ auszuüben. Eine Rechtfertigung wegen einer zu hohen Belastung für die staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit wird vom EuGH abgelehnt, wobei nicht ganz klar wird, ob er diesen Rechtfertigungsgrund grundsätzlich ablehnt, da er einen „wirtschaftlichen Grund“ darstellt, oder ob die nicht nachgewiesene Verhältnismässigkeit der Massnahme ausschlaggebend ist. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass der EuGH grundsätzlich eine Rechtfertigung zur Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit für möglich erachtet⁴³ und bei nicht beitragspflichtigen Sozialleistungen im Zusammenhang mit Art. 18 EGV gar annimmt, der Staat dürfe als Voraussetzung für die Gewährung einer Sozialleistung einen gewissen Grad an Integration verlangen⁴⁴. Stellt man das Urteil in der Rs. C-137/04 in Verbindung zu der genannten Rechtsprechung, so liegt die Annahme nahe, dass jedenfalls bei beitragsabhängigen Sozialleistungen eine Beschränkung der Freizügigkeit höchstens ausnahmsweise durch die Erwägung der Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der sozialen Sicherheit gerechtfertigt werden kann.

D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EGV)

I. Reichweite der Dienstleistungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten (Rs. C-452/04, Fidium Finanz AG)

Grundlegende Fragen des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit und ihres Verhältnisses zu anderen Grundfreiheiten behandelt das Urteil in der Rs. C-452/04⁴⁵. Dieses betrifft die Vereinbarkeit der deutschen Regelung, wonach für die gewerbsmässige Kreditvergabe die Einrichtung einer Zweigstelle in Deutschland erforderlich war, mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV und / oder der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EGV. Dabei ging es konkret um die Tätigkeit eines schweizerischen Unternehmens, der Fidium Finanz AG.

Der EuGH hält zunächst fest, dass aus Art. 50 Abs. 1 EGV keine allgemeine Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit im Verhältnis zu anderen Grundfreiheiten abgeleitet werden könne. Vielmehr beziehe sich diese Bestimmung lediglich auf die Definition des Begriffs der Dienstleistung und bezwecke, dass keine wirtschaftliche Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten herausfalle. Damit dient die „Subsidiaritätsklausel“ lediglich dazu, den Tatbestand des Art. 49 EGV zu einer Art Auffangklausel auszuweiten, während ihr aber keine Aussage zum Verhältnis der Grundfreiheiten untereinander zu entnehmen ist. Sei neben der Dienstleistungsfreiheit noch eine andere Grundfreiheit betroffen, sei zu prüfen, ob eine der beiden Freiheiten hinter der anderen zurücktrete bzw. völlig zweitrangig und

⁴³ Vgl. EuGH, Rs. C-120/95, *Decker*, Slg. 1998, I-1831; 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-386/99, *Müller-Fauré*, Slg. 2003, I-4509.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-452/04, *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521, EuZW 2006, 689.

untergeordnet sei. Diesen Ansatz wendet der EuGH auch in Bezug auf das Verhältnis des Art. 49 zu Art. 28 EGV⁴⁶ und desjenigen zwischen Art. 43 und Art. 49 EGV an⁴⁷, so dass er wohl auf das Verhältnis aller Grundfreiheiten zueinander heranzuziehen ist. Im Umkehrschluss ist damit auch eine parallele Anwendbarkeit und Prüfung mehrerer Grundfreiheiten möglich, nämlich immer dann, wenn mehrere Grundfreiheiten gleichermassen betroffen sind bzw. keine hinter der anderen zurücktritt. In Bezug auf die konkret zur Debatte stehende Fallgestaltung hält der Gerichtshof sodann fest, dass die gewerbsmässige Kreditvergabe eine Dienstleistung sei, aber auch unter den freien Kapitalverkehr falle. Allerdings trete Art. 56 EGV hinter Art. 49 EGV zurück, da die Beschränkung des Art. 56 EGV eine zwangsläufige Folge der Beschränkung des Art. 49 EGV sei; dass der Zugang zum deutschen Finanzmarkt für in Drittstaaten ansässige Unternehmen erschwert wird, betreffe in erster Linie Art. 49 EGV. Dies ist insofern nachvollziehbar, als es bei Finanzdienstleistungen nicht primär um die grenzüberschreitende Bewegung von Kapital, sondern um die damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen geht und gerade deren Erbringung beschränkt wird⁴⁸. Auf Art. 49 EGV jedoch könnten sich in Drittstaaten ansässige Unternehmen nicht berufen, und das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG war auf den Ausgangsfall *ratione temporis* noch nicht anzuwenden⁴⁹.

Inzwischen ist das Freizügigkeitsabkommen zwar in Kraft getreten und anwendbar; auch liberalisiert es den freien Dienstleistungsverkehr zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten jedenfalls in Bezug auf Korrespondenzdienstleistungen, die passive Dienstleistungsfreiheit und die aktive Dienstleistungsfreiheit von kurzer Dauer, wobei diese Freiheiten letztlich parallel wie die entsprechenden Garantien im EG-Recht auszulegen sind⁵⁰. Nach Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA bleiben bestehende Bestimmungen in Bezug auf Finanzdienstleistungen, für die in einer Vertragspartei eine vorherige Genehmigung erforderlich ist, von dem Abkommen jedoch unberührt, so dass sich auch mit seinem Inkrafttreten nichts an der Zulässigkeit der zur Debatte stehenden deutschen Regelung in Bezug auf Dienstleistungserbringer aus Drittstaaten geändert hat. Damit könnte der Marktzugang für in der Schweiz ansässige Dienstleistungserbringer in diesem Bereich nur über den Abschluss eines weiteren (bilateralen) Abkommens erreicht werden.

⁴⁶ Erstmals ausdrücklich EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, EuZW 2006, 633. Zum Verhältnis von Art. 43 zu Art. 56 EGV (grundsätzlich mögliche parallele Anwendbarkeit) EuGH, Rs. C-374/04, *Test Claimants*, Urt. v. 12.12.2006; EuGH, Rs. C-446/04, *Test Claimants*, Urt. v. 12.12.2006. Den Urteilen sind weiter wegweisende Aussagen über die Gemeinschaftsrechtskonformität der Besteuerung von Dividenden zu entnehmen.

⁴⁸ I. Erg. ähnlich *Christoph Ohler*, Anmerkung, EuZW 2006, 691 (692).

⁴⁹ EuGH, Rs. C-452/04, *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521, Rn. 26.

⁵⁰ Ausführlich zur diesbezüglichen Tragweite des Abkommens bereits *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (65 ff.) und *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht, 2004/2005, 2005, 45 (59 ff.).

II. Diplomanerkennung und Regelung der Berufsausübung

1. Rs. C-506/04 (Wilson) und Rs. C-193/05 (Kommission/Luxemburg)

a) Urteil des EuGH

In der Rs. C-506/04⁵¹ stellte der EuGH fest, dass es gegen die RL 98/5⁵² verstosse, wenn die Berufsausübung als Rechtsanwalt von einer erfolgreichen Sprachprüfung abhängig gemacht wird. Denn eine derartige Regelung widerspreche dem Zweck der RL 98/5, da diese die Niederlassung und Berufstätigkeit von Anwälten gerade erleichtern solle. Im Übrigen nehme die RL 98/5 eine vollständige Harmonisierung der Voraussetzungen für die Ausübung der durch die Richtlinie geregelten Rechte vor, so dass es ausreichend sein müsse, dass der Rechtsanwalt in seinem Heimatstaat bei der zuständigen Kammer zugelassen ist⁵³. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Schutzes der Rechtspflege und / oder der Mandanten sei nicht möglich, da diesen Anliegen bereits Rechnung getragen werde, insbesondere durch die Standesregeln, die einen Anwalt verpflichteten, keine Fälle zu bearbeiten, für die er nicht über ausreichende Sprachkenntnisse verfüge⁵⁴.

In der ebenfalls die luxemburgischen Regeln über die anwaltliche Tätigkeit betreffenden Rs. C-193/05⁵⁵ stellte der EuGH darüber hinaus fest, dass die in Art. 5 Abs. 2, 3 RL 98/5 vorgesehenen Ausnahmen abschliessend seien. Dementsprechend dürfe der „europäische Rechtsanwalt“ im Übrigen den gleichen beruflichen Tätigkeiten nachgehen wie der unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaates praktizierende Rechtsanwalt, womit er auch Tätigkeiten der Domizilierung von Gesellschaften ausüben dürfe. Weiter sei die im luxemburgischen Recht vorgesehene Verpflichtung europäischer Rechtsanwälte, jährlich eine Bescheinigung über die Eintragung bei der zuständigen Stelle ihres Herkunftsstaates vorzulegen, eine „Formalität“, die offenkundig unverhältnismässig und somit unzulässig sei. Denn die Regelungen der RL 98/5 und die dort vorgesehenen Massnahmen ermöglichten es den Stellen des Aufnahmestaats, sich zu vergewissern, dass der europäische Rechtsanwalt die Voraussetzung der Eintragung bei der zuständigen Stelle des Herkunftsstaats ständig einhält.

⁵¹ EuGH, Rs. C-506/04, *Graham J. Wilson/Ordre des avocats du barreau du Luxembourg*, Slg. 2006, I-8613, EuZW 2006, 658.

⁵² Richtlinie 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl 1998 L 77, 36.

⁵³ EuGH, Rs. C-506/04, *Wilson*, Slg. 2006, I-8613, Rn. 66 ff.

⁵⁴ Weiter geht der EuGH noch auf die Auslegung des Gerichtsbegriffs in Art. 9 RL 98/5 ein: Bei einem Gericht im Sinne des Art. 9 müsse es sich um eine unabhängige Stelle handeln, die die Überprüfung der angegriffenen Entscheidung sicherzustellen vermag. Dies sei *in casu* bei einem mit Rechtsanwälten besetzten Organ nicht gegeben.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-193/05, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 2006, I-8673, EWS 2006, 454.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da die RL 98/5 gemäss Art. 9 FZA i.V.m. Anhang III, Abschnitt A, Nr. 4 FZA auch im Verhältnis Schweiz-EG Anwendung findet, lässt sich die Argumentation des EuGH – der im übrigen in beiden Urteilen lediglich die Richtlinie auslegt, ohne auf Vorschriften des gemeinschaftlichen Primärrechts, etwa die Dienstleistungsfreiheit, einzugehen – durchaus auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen. Die Vorgaben des EuGH sind damit in der Schweiz beachtlich, wovon insbesondere auch die Kantone betroffen sind.

2. Rs. C-506/04 (Rs. 221/05 (Mc Cauley Chemists))

a) Urteil des EuGH

Die Rs. C-221/05⁵⁶ betraf die Auslegung von Art. 2 RL 85/433 über die Anerkennung der Diplome für Apotheker⁵⁷. Der EuGH hält fest, dass diese Bestimmung die Mitgliedstaaten aufgrund ihres ausdrücklichen Vorbehalts in Absatz 2 gerade nicht verpflichtet, Inhaber von anzuerkennenden Diplomen auch zu erlauben, neue Apotheken zu gründen oder fortzuführen. Da unter „neuen Apotheken“ nach den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie solche zu verstehen sind, die vor weniger als drei Jahren eröffnet worden sind und es die Richtlinie den Mitgliedstaaten nicht vorschreibt, wie sie die Inhaber nationaler Diplome in Bezug auf die Gründung oder Fortführung neuer Apotheken behandeln sollen, ist offenbar nicht ausgeschlossen, dass „einheimische“ Apotheker neue Apotheken eröffnen können, solche aus anderen Mitgliedstaaten jedoch nicht. Aufgeworfen wird damit die vom EuGH nicht eigens behandelte Frage der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 43 EGV. Der EuGH dürfte allerdings davon ausgehen, dass Art. 43 EGV angesichts der Harmonisierung der Anerkennung der Fähigkeitsausweise für Apotheker, die offenbar als abschliessend angesehen wird, erst gar nicht zum Zuge kommen könne, ist doch grundsätzlich ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten insoweit ausgeschlossen, als die entsprechende Materie Gegenstand gemeinschaftlichen Sekundärrechts ist⁵⁸.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Auch dieses Urteil dürfte auf die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens übertragbar sein, denn die hier massgebliche Richtlinie 85/433 findet im Rahmen des Abkommens Anwendung gemäss Art. 9 FZA i.V.m. Anhang III, Abschnitt A, Nr. 16 FZA.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-221/05, *Mc Cauley Chemists*, Slg. 2006, I-6869.

⁵⁷ ABIEG 1985 Nr. L 253, 37.

⁵⁸ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa EuGH, Rs. C-324/99, *DaimlerChrysler*, Slg. 2001, I-9897; EuGH, Rs. C-210/03, *Swedish Match*, Slg. 2004, I-11893 (in Bezug auf den freien Warenverkehr).

3. Rs. C-451/03 (Calafiori)

a) Urteil des EuGH

In der Rs. C-451/03⁵⁹ ging es um die Frage des ausschliesslichen Rechts italienischer Steuerbeistandszentren, die Einkommensteuererklärung von Arbeitnehmern auszufüllen. Als ein Allgemeininteresse, das den mit dieser Massnahme einhergehenden Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könnte, erkennt der EuGH den Schutz der Dienstleistungsempfänger vor Schäden, die ihnen durch die Beratung durch Personen ohne die erforderlichen beruflichen oder persönlichen Qualifikationen entstehen könnten, an. Dabei dürfte nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch zu differenzieren sein: Gewisse Dienstleistungen, wie die Aushändigung einer Kopie der Steuererklärung und der Aufstellung über die geschuldete Steuer, die Übersendung der Steuererklärungen an die Finanzverwaltung sowie die Mitteilung des Ergebnisses der Steuererklärung an die abzugsverpflichteten Arbeitgeber, seien im Wesentlichen einfacher Art und erforderten keine besonderen beruflichen Qualifikationen. Dem stünden vielschichtigere Tätigkeiten gegenüber, wie etwa die Prüfung der Übereinstimmung der in der Steuererklärung gemachten Angaben mit ihren Anlagen. Bei letzteren könne die Ausübung Inhabern einer besonderen beruflichen Qualifikation vorbehalten werden. Allerdings müssten es die einschlägigen nationalen Regeln ermöglichen, den vorgesehenen Zweck zu erreichen, so dass sie die Gewähr bieten müssten, dass die für die jeweilige berufliche Tätigkeit zugelassenen Personen auch tatsächlich über die beruflichen Befähigungen zur Ausführung der ihnen vorbehaltenen Aufgaben verfügen.

Diese letzte Voraussetzung sei bei der Errichtung von italienischen Steuerbeistandszentren gerade nicht erfüllt, da die von diesen Zentren zu bezeichnenden Personen gerade nicht über die beruflichen Qualifikationen zur Ausübung der erwähnten komplexeren steuerberaterlichen Aufgaben verfügen müssten. Weiter beschränkten sich die Zentren darauf, rein administrative und zwischen den Sachverständigen und den Steuerpflichtigen vermittelnde Tätigkeiten auszuführen, ohne selbst unmittelbar an der beratenden Tätigkeit beteiligt zu sein.

Im Gegenschluss dürfte aus dem Urteil abzuleiten sein, dass Zulassungsprüfungen, die grundsätzlich Gewähr für besondere berufliche Befähigungen zur Ausführung der Steuerberatung bieten, mit Art. 43, 49 EGV in Einklang stehen (können). Denn unter dieser Voraussetzung ist das Erfordernis einer Prüfung – im Gegensatz zu der italienischen Regelung in dem vom EuGH entschiedenen Fall – nicht von vornherein zum Schutz der Verbraucher vor einer Beratung durch nicht ausreichend qualifizierte Dienstleistungserbringer ungeeignet. Voraussetzung dafür ist, dass in der Prüfung spezifische für die jeweilige (steuerberatende) Tätigkeit notwendige Fähigkeiten geprüft werden. Auch die Erforderlichkeit einer solchen Massnahme kann insgesamt angesichts des den Mitgliedstaaten hier einzuräumenden Gestaltungsspielraums und ihrer Kompetenz, das zu erreichende Schutzziel zu definieren, zu bejahen sein.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-451/03, *Calafiori*, Slg. 2006, I-2941, EWS 2006, 128.

Eine andere Frage hingegen ist die Vereinbarkeit solcher Regelungen mit der Berufsqualifikations- und der Dienstleistungsrichtlinie, die inzwischen erlassen wurden⁶⁰. Im Ergebnis dürfte sich aus Art. 5 RL 2005/36 nur (aber immerhin) ein Recht von im EU-Ausland niedergelassenen Steuerberatern, die diesen Beruf mindestens zwei Jahre während der vorhergehenden zehn Jahre ausgeübt haben, auf die Erbringung von Dienstleistungen als Steuerberater in einem anderen Mitgliedstaat ableiten lassen, wobei verlangt werden kann, dass diese Tätigkeiten unter der Berufsbezeichnung des Niederlassungsstaates ausgeübt werden. Diese Regelung dürfte im Verhältnis zu dem weitergehenden Art. 16 RL 2006/123 eine *lex specialis* darstellen, so dass bei Einschlägigkeit der Berufsqualifikationsrichtlinie auf diese, nicht auf die Dienstleistungsrichtlinie, abzustellen ist.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Soweit das Urteil die Zulässigkeit nationaler Regelungen betrifft, die den Zugang zu Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Steuerberatung und der Abgabe der Steuererklärung regeln, dürften die Erwägungen des EuGH auch im Rahmen des FZA Gültigkeit haben, da der EuGH im Wesentlichen lediglich die Grundsätze der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung anwendet⁶¹. Dementsprechend dürfte auch nach dem Abkommen für die steuerberatende Tätigkeit im engeren Sinne das erfolgreiche Ablegen einer Prüfung oder das Erbringen eines anderen geeigneten Qualifikationsnachweises in dem oben skizzierten Sinne, d.h. insbesondere unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, verlangt werden können. Demgegenüber sind die Anforderungen der Berufsqualifikationsrichtlinie und der Dienstleistungsrichtlinie bei der Anwendung des FZA nicht zu berücksichtigen, solange diese nicht in das Abkommen integriert werden.

4. Verb. Rs. C-94/04 und C-202/04 (Cipolla)

a) Urteil des EuGH

In den verb. Rs. C-94/04 und C-202/04⁶² stellt der EuGH fest, dass es eine Beschränkung des Art. 49 EGV darstelle, wenn ein Mitgliedstaat ein verbindliches Mindesthonorar für bestimmte rechtsanwaltliche Leistungen (nämlich solche, die einen Gerichtsbezug aufweisen) festlege und deren Erbringung zudem Rechtsanwälten vorbehalten. Denn diese Regelungen beschränkten die Auswahl für die Dienstleistungsempfänger und nähmen den Dienstleistungserbringern die Möglichkeit, durch das Anbieten geringerer Honorare wirksame Konkurrenz zu

⁶⁰ RL 2005/36 (Berufsqualifikationsrichtlinie), ABIEG 2005 Nr. L 255, 22; RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie), ABIEG 2006 Nr. L 376, 36.

⁶¹ Siehe insbesondere EuGH, Rs. C-451/03, *Calafiori*, Slg. 2006, I-2941, Rn. 37 f. m.w.N. Vgl. auch EuGH, Rs. C-76/90, *Säger*, Slg. 1991, I-4221.

⁶² EuGH, verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla/Portolese und Macrino u.a./Meloni*, EWS 2006, 25.

machen. Beide Massnahmen könnten jedoch grundsätzlich durch die Ziele des Verbraucherschutzes und der geordneten Rechtspflege gerechtfertigt werden (wobei es Sache des vorlegenden Gerichts sei zu prüfen, ob solche Regelungen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprächen). Damit dürfte der EuGH den Mitgliedstaaten in dem spezifischen Bereich der Rechtspflege auf der Rechtfertigungsebene einen nicht unerheblichen Gestaltungsspielraum einräumen.

b) Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Soweit Art. 49 EGV im Rahmen des FZA zum Zuge kommt⁶³, dürfte es auf die Reichweite der Dienstleistungsfreiheit übertragbar sein, da der EuGH letztlich die bereits seit längerem gefestigte Rechtsprechung aufnimmt und im Übrigen eher allgemeine Grundsätze formuliert und die Subsumtion – insbesondere in Bezug auf die Frage, ob dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprochen wird – den zuständigen mitgliedstaatlichen Gerichten überlässt.

III. Kostenersatz für medizinische Dienstleistungen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-343/04, Yvonne Watts)

In der Rs. C-372/04⁶⁴ führt der EuGH seine Rechtsprechung⁶⁵ zur Relevanz des freien Dienstleistungsverkehrs bei Behinderungen der Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Ausland – konkret ging es um die Verweigerung einer Genehmigung für eine Hüftoperation durch die britischen Behörden – fort. Nach einigen Ausführungen zum Sekundärrecht (VO 1408/71) betont der EuGH, dass Art. 49 EGV jedenfalls immer dann heranzuziehen sei, wenn sich ein Patient zu einer medizinischen Behandlung ins EU-Ausland begibt, unabhängig von der Funktionsweise des nationalen (Gesundheits-) Systems, auf dessen Leistungen diese Person Anspruch hat. Die aus einem Genehmigungserfordernis für Behandlungen im EU-Ausland resultierende Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs könne zwar aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls grundsätzlich gerechtfertigt werden, sofern es um die Beherrschung der Kosten für eine qualitativ hochwertige Krankenhausversorgung gehe. Allerdings entspreche die *in casu* zu beurteilende Regelung nicht den Vorgaben des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, da die Kriterien für die Erteilung oder Versagung der Genehmigung nicht festgelegt seien, so dass

⁶³ Zur Reichweite der Dienstleistungsfreiheit auf der Grundlage des FZA *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (65 ff.).

⁶⁴ EuGH, Rs. C-343/04, *Yvonne Watts*, Slg. 2006, I-4325. Vgl. zu dieser Thematik auch EuGH, Rs. C-466/04, *Acereda Herrera*, Slg. 2006, I-5341.

⁶⁵ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931; EuGH, Rs. C-368/98, *Vanbraekel*, Slg. 2001, I-5363; EuGH, Rs. C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-385/99, *Müller-Fauré*, Slg. 2003, I-4509. EuGH, Rs. C-326/00, *IKA*, Slg. 2003, I-1877; EuGH, Rs. C-56/01, *Inizan*, Slg. 2003, I-12403; EuGH, Rs. C-8/02, *Leichtle*, Slg. 2004, I-2641. Siehe zu dieser Rechtsprechung bereits *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2003, 85 (110 ff.).

dem Ermessen der nationalen Stellen keine Grenzen gesetzt seien. Weiter sei zu gewährleisten, dass die Genehmigung jedenfalls dann erteilt werde, wenn der sich aus Wartelisten im Heimatstaat ergebende Zeitraum im Einzelfall den zeitlichen Rahmen überschreitet, der unter Berücksichtigung der objektiven medizinischen Umstände vertretbar ist. Schliesslich äussert sich der Gerichtshof noch im Einzelnen zum Umfang der zu übernehmenden Kosten für eine im Ausland vorgenommene Behandlung, einschliesslich der Reise- und Unterhaltskosten.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ist die VO 1408/71 gemäss Art. 8 FZA i.V.m. Anhang II, Abschnitt A, Nr. 1 FZA anzuwenden, so dass die Ausführungen des EuGH zu der Verordnung und insbesondere zu deren hier vor allem relevanten Art. 22 auf das Abkommen übertragbar sind.

Inwieweit auch die Erwägungen des EuGH zu den Gewährleistungen des Art. 49 EGV für die Auslegung des FZA bedeutsam sind, hängt insbesondere davon ab, in welchem Umfang die Dienstleistungsfreiheit allgemein und im besonderen bei Heilbehandlungen im Ausland durch das Abkommen gewährt wird⁶⁶. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hat in einem Urteil hierzu entschieden, dass Art. 5 Abs. 3 FZA die passive Dienstleistungsfreiheit gewähre und die durch den EuGH seit der Rechtssache *Kohl*⁶⁷ festgestellte Pflicht zur Kostenerstattung somit auch im Rahmen des Abkommens grundsätzlich gelte⁶⁸. Wenn man diesem Ansatz folgt – wofür überzeugende Gründe sprechen⁶⁹ – wäre auch das Urteil in der Rs. C-343/04 im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens beachtlich, da es lediglich um eine Fortführung und Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung geht. Da der Fall nicht durch die Behörden an das Bundesgericht weitergezogen wurde, liegt bisher noch keine höchstgerichtliche Bestätigung dieses Entscheides vor. Das Bundesgericht hat die Frage in einem Urteil aus dem Jahre 2006 betreffend einen anderen Rechtsstreit als nicht entscheidungserheblich ausdrücklich offen gelassen⁷⁰.

IV. Anti-Doping-Regeln und Art. 49 EGV

⁶⁶ Vgl. zu dieser Thematik schon die Ausführungen bei *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (65 ff.); *Epiney*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht, 2004/2005 (Fn. 50), 45 (59 ff.).

⁶⁷ EuGH, Rs. C-158/96, *Kohl*, Slg. 1998, I-1931.

⁶⁸ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 19.2.2004, IV.2003.00221, E. 6.

⁶⁹ Vgl. schon *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (66 f.). Ausführlich auch *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode – Sind die Urteile Bosman, Kohl und Jauch bei der Auslegung zu berücksichtigen? -, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff.

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 1.6.2006, I 135/04, E. 5.6.

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-519/04 P, *Meca-Medina*)

In der Rs. C-519/04 P⁷¹ hob der EuGH das Urteil des EuG in der Rs. T-313/02⁷² auf, wonach Anti-Doping-Regeln nicht den wirtschaftlichen, sondern den sportlichen Aspekt von Sportwettkämpfen betreffen und daher nicht am Massstab der Grundfreiheiten zu prüfen seien. Der EuGH begründet dies mit der Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeiten, die die Anti-Doping-Regeln (insbesondere im Falle von Spielsperren) entfalteten⁷³. Damit ist auch die Zulässigkeit von Anti-Doping-Regeln unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung zu prüfen. In der Konsequenz dürfte aus dem Urteil abzuleiten sein, dass auch „rein sportlich“ begründete Beschränkungen grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erfasst sind, sie aber immer dann gerechtfertigt werden können, wenn sie ausschliesslich von sportlichem Interesse sind und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen. Dieser Ansatz ist schon deshalb überzeugend, weil bei der Prüfung eines Eingriffs in die Grundfreiheiten nicht auf die Zielsetzungen oder die Natur, sondern auf die Wirkungen der Massnahme abzustellen ist. Im Übrigen ist die Abgrenzung von „wirtschaftlichen“ und „sportlichen“ Beschränkungen – wie gerade das Beispiel der Anti-Doping-Regeln zeigt – kaum voraussehbar durchzuführen und auch rein „sportlichen“ Beschränkungen kann sehr wohl ein wirtschaftlicher Charakter zukommen. Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Massnahmen ist wiederum die (Verbands-)Autonomie der Sportverbände zu berücksichtigen, welche insbesondere bei reinen Spielregeln über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügen.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass die Ausübung des Sports insoweit unter das Gemeinschaftsrecht fällt, als sie zum Wirtschaftsleben im Sinne von Art. 2 EGV gehört, was sich insbesondere an den Auswirkungen der den Sport regelnden Massnahmen bemisst⁷⁴. Diesen Grundsatz, der gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei der Auslegung des Abkommens zu beachten ist, wendet der EuGH im Wesentlichen nur noch auf den konkreten Sachverhalt an, so dass derartige Doping-Vorschriften auch vom FZA erfasst werden dürften.

V. Regelungen des Marktzugangs für Dienstleistungen

⁷¹ EuGH, Rs. C-519/04 P, *Meca-Medina*, Slg. 2006, I-6991, EuZW 2006, 593.

⁷² EuG, Rs. T-313/02, *Meca-Medina*, Slg. 2004, II-3291.

⁷³ S. auch schon die in dieselbe Richtung gehende Kritik an der Entscheidung des EuG bei *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (64 f.).

⁷⁴ EuGH, Rs. C-36/74, *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405; EuGH, Rs. C-13/76, *Donà*, Slg. 1976, 1333, Rn. 12; EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 73. Siehe auch EuGH, verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg. 2000, I-2549, Rn. 41.

1. Zur Rechtsprechung des EuGH⁷⁵

a) Rs. C-257/05 (Kommission/Österreich)

In der Rs. C-257/05⁷⁶ ging es um eine österreichische Regelung, wonach nur Antragsteller mit Sitz in Österreich als sog. „Kesselprüfstellen“ – mit der Überprüfung von Dampfkesseln und Druckgeräten betraute Stellen – zugelassen werden können. Der EuGH stellte hier einen Verstoss gegen Art. 49 EGV fest. Denn das Erfordernis, dass ein Dienstleistungserbringer seine Betriebsniederlassung in dem Mitgliedstaat haben muss, in dem die Dienstleistung erbracht wird, stelle eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Diese könne auch nicht gerechtfertigt werden. Zwar stelle die Abwehr schwerer Personenschäden sicherlich ein Grundinteresse der Gesellschaft dar; jedoch könne eine Kesselprüfstelle nicht allein deshalb als eine schwere Gefahr für Personen angesehen werden, weil sie ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Da nämlich Kontrollen des Personals und der Ausstattung der betroffenen Stellen durch die österreichische Verwaltung durchaus möglich seien, auch wenn diese Stellen ihren Sitz nicht in Österreich haben, sei die Massnahme nicht erforderlich. Der faire Wettbewerb könne schon deshalb nicht als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden, weil die Regelung den freien Dienstleistungsverkehr seines Inhalts und seiner Bedeutung beraube, eine Formulierung, die die Frage aufwirft, ob der EuGH bei den Grundfreiheiten von einem „rechtfertigungsfesten“ Kerngehalt ausgeht. Im Übrigen könne der Schutz der inländischen Unternehmen allein Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen, da es sich dabei um einen wirtschaftlichen Grund handelt.

b) Rs. C-514/03 (Kommission/Spanien)

⁷⁵ S. zu Art. 49 EGV auch EuGH, Rs. C-242/05, *van de Coevering*, Slg. 2006, I-5843, wonach die Erhebung einer Registrierungsgebühr für im Ausland gemietete Kraftfahrzeuge in dem entschiedenen Fall gegen Art. 49 EGV verstiesse. Die streitige Regelung sah vor, dass eine in dem betreffenden Mitgliedstaat wohnende Person, die ein in einem anderen Mitgliedstaat registriertes Fahrzeug mietet, eine Registrierungsgebühr in voller Höhe zu entrichten hat, sobald sie das Fahrzeug auf den Strassen des erstgenannten Mitgliedstaats benutzt. Diese Gebühr ist zu entrichten, ohne dass die Dauer der Benutzung dieses Strassennetzes berücksichtigt wird und ohne dass diese Person ein Recht auf Befreiung oder Rückerstattung geltend machen kann, wenn das Fahrzeug weder dazu bestimmt ist, im Wesentlichen im erstgenannten Mitgliedstaat dauerhaft benutzt zu werden, noch tatsächlich in dieser Weise benutzt wird. Vgl. ausserdem EuGH, Rs. C-168/04, *Kommission/Österreich*, Slg. 2006, I-9041: Verstoss Österreichs gegen Art. 49 EGV, u.a., weil im Falle der Nichteinhaltung bestimmter Vorgaben für entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten eine automatische und ausnahmslose Versagung der Einreise- oder Aufenthaltserlaubnis vorgesehen ist, wodurch eine nachträgliche Legalisierung der Situation drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer, die rechtmässig – aber ohne Sichtvermerk – entsandt worden waren, nicht möglich ist. Vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-244/04, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2006, I-885. Zum zuletzt genannten Urteil bereits *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2005/2006, 73 (106 f.).

⁷⁶ EuGH, Rs. C-257/05, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 14.12.2006.

In der Rs. C-514/03⁷⁷ stellte der EuGH fest, dass Spanien durch eine Reihe von Regelungen betreffend die Tätigkeit ausländischer privater Sicherheitsunternehmen gegen Art. 43 und 49 EGV sowie teilweise gegen die RL 89/48 verstossen habe. Im Einzelnen wurden folgende Erfordernisse für gemeinschaftsrechtswidrig angesehen:

- Verpflichtung der Unternehmen, die Rechtsform einer juristischen Person anzunehmen;
- Verpflichtung, über ein bestimmtes Mindestkapital zu verfügen;
- Verpflichtung, bei einem spanischen Finanzinstitut eine Sicherheit zu stellen;
- Verpflichtung, eine Mindestzahl von Arbeitnehmern zu beschäftigen, soweit das betreffende Unternehmen seine Tätigkeiten auf anderen Gebieten als denen der Beförderung und Lieferung von Sprengstoffen ausübt;
- Verpflichtung der Angestellten, im Besitz einer besonderen behördlichen Erlaubnis zu sein.

c) **Rs. C-255/04 (Kommission/Frankreich)**

In der Rs. C-255/04⁷⁸ hält der EuGH zunächst fest, dass es gegen Art. 49 EGV verstosse, wenn die Erteilung einer Lizenz an Künstleragenturen, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, vom Bedarf an Künstlervermittlung abhängig gemacht wird. Auch die Aufstellung einer (widerlegbaren) Vermutung, dass Künstler, die in ihrem Herkunftsmitgliedstaat als niedergelassene Dienstleister anerkannt sind und dort gewöhnlich vergleichbare Dienstleistungen erbringen, als Arbeitnehmer tätig werden, sei mit Art. 49 EGV nicht vereinbar. Ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Art. 49 EGV – der als umfassendes Beschränkungsverbot auszulegen sei – liege schon deshalb vor, weil die Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft die Künstler bei der Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit behindern könne, da sie beweisen müssten, dass sie nicht als Arbeitnehmer tätig sind. Diese Beschränkung könne auch nicht gerechtfertigt werden. Zwar sei das Anliegen des sozialen Schutzes der Künstler – dessen Schutzniveau grundsätzlich durch die Mitgliedstaaten festzulegen sei – ein zwingender Grund des Allgemeininteresses. Die Garantie sozialer Sicherheit für Dienstleister sei jedoch Gegenstand einer Koordinierung auf Gemeinschaftsebene, was eine Rechtfertigung ausschliesse. Was das Ziel der Bekämpfung der Schwarzarbeit betrifft, so sei der Umstand, dass Künstler gewöhnlich nicht auf Dauer engagiert würden, für sich allein nicht ausreichend, um einen allgemeinen Verdacht auf Schwarzarbeit zu begründen.

Interessant an dem Urteil ist insbesondere, dass der EuGH bei der Prüfung der Rechtfertigung auf seine Rechtsprechung zum freien Warenverkehr verweist⁷⁹, ohne näher zu begründen, warum diese Grundsätze auch im Rahmen des Art. 49 EGV zum Zuge kommen sollen. Man wird hierin einen weiteren Anhaltspunkt für die (zumindest weitgehende) Konvergenz der Grundfreiheiten sehen können⁸⁰.

⁷⁷ EuGH, Rs. C-514/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2006, I-963.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-255/04, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2006, I-5251, EWS 2006, 323.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-255/04, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2006, I-5251, Rn. 43.

⁸⁰ Zur Konvergenz der Grundfreiheiten siehe *Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag*, Die Europäische Union, 7. Aufl. 2006, § 13, Rn. 83 ff. (m.w.N.).

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Inwieweit die letztgenannten Urteile auf vergleichbare Fälle im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens übertragbar sind, hängt insbesondere davon ab, in welchem Ausmass die Dienstleistungsfreiheit überhaupt durch das Abkommen gewährt wird. Da sich die Bestimmungen des Abkommens zur Dienstleistungsfreiheit, insbesondere Art. 5 FZA, an die Gewährleistungen des Gemeinschaftsrechts anlehnen, dürften sowohl die aktive als auch die passive Dienstleistungsfreiheit sowie das Recht zur Erbringung von Korrespondenzdienstleistungen vom Abkommen erfasst sein⁸¹. Dabei sind jedoch die im Abkommen geregelten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu beachten, insbesondere die Beschränkung der Aufenthaltsdauer der Dienstleistungserbringer auf 90 Tage jährlich und die Ausnahmen betreffend die Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen sowie den Bereich der nach dem Recht der Vertragsparteien genehmigungsbedürftigen Finanzdienstleistungen (Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA).

⁸¹ Siehe hierzu bereits die Ausführungen *supra* zu den Urteilen *Fidium Finanz* (D.I.) und *Watts* (D.III.) sowie ausführlich *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (65 ff.); *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht, 2004/2005 (Fn. 50), 45 (59 ff.).

VI. Steuer- und abgabenrechtliche Aspekte⁸²

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-433/04 (Kommission/Belgien)

In der Rs. C-433/04⁸³ geht es um eine belgische Regelung, die insbesondere die Bekämpfung der Steuerhinterziehung im Bauwesen bezweckt. Die Regelung verpflichtet die Auftraggeber zum einen, zugunsten der belgischen Behörden 15 % des in Rechnung gestellten Betrages einzubehalten, wenn der Auftragnehmer nicht in Belgien registriert ist. Zum anderen sieht sie vor, dass der Auftraggeber gesamtschuldnerisch für alle frühere Besteuerungszeiträume betreffenden Steuerschulden des Auftragnehmers in Höhe von 35 % des Preises der durchzuführenden Arbeiten mithaftet. Der EuGH stellt hier zunächst – ausgehend davon, dass Art. 49 EGV die Aufhebung aller Beschränkungen (auch der unterschiedslos geltenden) verlangt, die geeignet sind, die Tätigkeiten von

⁸² S. über die im Text genannten Urteile hinaus noch EuGH, Rs. C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen/Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel*, EuZW 2006, 513: Die Steuerbefreiung nach dem Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland – Niederlande dürfe von einer Freistellungsbescheinigung der zuständigen Steuerbehörde abhängig gemacht werden; Dienstleister und Leistungsempfänger müssten sich nicht in einen anderen Mitgliedstaat begeben, aber in einem Mitgliedstaat ansässig sein, und der Dienstleister müsse die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen; EuGH, Rs. C-410/04, *ANAV/Bari*, EWS 2006, 223, wo der EuGH festhält, dass Art. 12, 43, 49 EGV es grundsätzlich verlangen, dass öffentliche Dienstleistungskonzessionen (die nicht in den Anwendungsbereich des einschlägigen Sekundärrechts fallen) transparent ausgeschrieben werden, es sei denn, die konzessionserteilende öffentliche Stelle übt über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen aus und die Einrichtung ist für die erstgenannte Stelle tätig; EuGH, Rs. C-253/03, *CLT-UFA SA*, EuZW 2006, 312, wonach es mit Art. 43 EG unvereinbar ist, die Gewinne der Zweigniederlassung eines Unternehmens mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat mit einem höheren Steuersatz zu belasten als die Gewinne der Tochtergesellschaft eines solchen Unternehmens, das seine Gewinne voll an die Muttergesellschaft ausschüttet. In EuGH, Rs. C-453/04, *innovetif Limited*, EuZW 2006, 537, stellt der Gerichtshof fest, dass es mit Art. 43 EG vereinbar sei, wenn die Eintragung der Zweigniederlassung einer GmbH mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in das Handelsregister von der Zahlung eines Vorschusses auf die zu erwartenden Kosten der Veröffentlichung des Geschäftsgegenstands der Gesellschaft, wie er in ihrem Errichtungsakt niedergelegt ist, abhängig gemacht wird. Denn angesichts des Umstandes, dass damit die tatsächlichen Verwaltungskosten abgegolten werden, liege schon keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor; EuGH, Rs. C-471/04, *Finanzamt Offenbach/Keller*, EWS 2006, 123 (Unzulässigkeit der Beschränkung eines Abzugs als Folge der Nichtbesteuerung von Dividenden); EuGH, Rs. C-470/04, *N/Inspecteur van de Belastingdienst*, EWS 2006, 570 (das Erfordernis der Stellung von Sicherheiten als Voraussetzung einer Stundung von Steuern ohne Berücksichtigung von Wertminderungen stelle eine unverhältnismässige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit dar, die durch Freigabe nicht rückwirkend beseitigt werden könne); EuGH, Rs. C-170/05, *Denkavit*, EWS 2007, 19 (Unvereinbarkeit einer Quellensteuer nur auf Dividendenzahlung an eine gebietsfremde Muttergesellschaft mit Art. 43 EG).

⁸³ EuGH, Rs. C-433/04, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-10653.

Dienstleistenden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und dort rechtmässig ähnliche Dienstleistungen erbringen, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen – einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in Art. 49 EGV fest, da die genannten Regelungen die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit entweder für den Erbringer (bezüglich der Abzugspflicht) oder für den Auftraggeber (bezüglich der vorgesehenen Gesamtschuldnerschaft) weniger attraktiv machten. Zwar könnten die Bekämpfung der Steuerflucht und die Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. Eine allgemeine Annahme, dass es zu Steuerhinterziehungen oder -umgehungen kommen werde, sei jedoch nicht geeignet, eine steuerliche Massnahme, die die Ziele des EG-Vertrages beeinträchtige, zu rechtfertigen. Da es um eine allgemeine und präventive Anwendung der Abzugspflicht und der gesamtschuldnerischen Haftung auf alle Dienstleister, die weder in Belgien ansässig noch dort registriert sind, gehe, obwohl ein Teil von ihnen grundsätzlich nicht steuer- oder anderweitig abgabepflichtig sei, müsse im vorliegenden Fall eine Rechtfertigung ausscheiden. Die individuelle Lage der belasteten Dienstleister werde zudem nicht berücksichtigt, da die Massnahmen automatisch und bedingungslos anwendbar seien. Schliesslich seien weniger einschneidende Massnahmen möglich, so dass auch die Erforderlichkeit nicht gegeben sei.

b) Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes)

In der Rs. C-196/04⁸⁴ ging es um eine britische Regelung, wonach bei in Grossbritannien niedergelassenen (Mutter-) Gesellschaften, die eine ausländische Gesellschaft beherrschen, die von letzterer im EU-Ausland erzielten Gewinne in die Steuerbemessungsgrundlage einbezogen werden, wenn sie im EU-Ausland einem niedrigeren Besteuerungsniveau unterliegen. Der EuGH prüft diese Bestimmung ausschliesslich am Massstab des Art. 43 EGV, da die möglicherweise ebenfalls vorliegende Beschränkung der Art. 49, 56 EGV lediglich die unvermeidliche Konsequenz einer eventuellen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellten, so dass diese Grundfreiheiten nicht gesondert zu prüfen seien. Sodann hält der EuGH fest, dass der Umstand allein, dass sich eine Gesellschaft auf eine Grundfreiheit beruft, weil sie beabsichtigt, von der in einem anderen Mitgliedstaat vorteilhafteren Steuerrechtslage zu profitieren, keinen Missbrauch der Grundfreiheit darstelle, womit der EuGH nahtlos an das Urteil *Centros*⁸⁵ anschliesst. Einmal mehr drängt sich damit der Schluss auf, dass ein „Missbrauch“ der Grundfreiheiten nur dann vorliegen kann, wenn über das (mögliche) Vorliegen von deren tatbestandlichen Voraussetzungen getäuscht wird. Der EuGH bejaht sodann eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da die strittige Regelung dazu führe, dass die Gründung von Tochtergesellschaften in Staaten mit niedrigerem Steuerniveau behindert werde. Diese Beschränkung könne auch nicht durch das Anliegen, einen Steuerausfall zu vermeiden, gerechtfertigt werden, denn es handle sich hierbei weder um einen der in Art. 46 Abs. 1 EGV genannten Gründe noch um einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, womit der EuGH dieses Anliegen offenbar als wirtschaftlichen

⁸⁴ EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, EuZW 2006, 633.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459.

Grund ansieht. Eine Rechtfertigung komme jedoch dann in Betracht, wenn sich die die Niederlassungsfreiheit beschränkende nationale Massnahme spezifisch auf „künstliche Gestaltungen“ beziehe, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen. Da der Begriff der Niederlassung die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem bestimmten Staat mittels einer festen Einrichtung impliziere, sei eine Rechtfertigung nämlich dann möglich, wenn das spezifische Ziel der Beschränkung darin liegt, Verhaltensweisen zu verhindern, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird. Damit kommt eine Rechtfertigung nur bei „fiktiven Tochtergesellschaften“ in Betracht, wofür objektive Anhaltspunkte vorliegen müssen. Hingegen reiche allein eine steuerliche Motivation zur Gründung einer Tochtergesellschaft nicht aus. Erstaunlich an dieser Begründung des EuGH ist, dass er auf die Rechtfertigungsebene abstellt, denn im Falle rein fiktiver Tochtergesellschaften bzw. Zweigniederlassungen dürfte bereits der Tatbestand des Art. 43 EGV nicht gegeben sein. Im Übrigen handelte es sich in solchen Fällen tatsächlich um einen Missbrauch, da über das Vorliegen der tatsächlichen, im Rahmen des Art. 43 EGV relevanten Voraussetzungen getäuscht wird.

c) Rs. C-346/04 (Conijn)

In der Rs. C-346/04⁸⁶ stand die steuerliche Behandlung von Herrn Conijn, der in den Niederlanden wohnt und in Deutschland weniger als 90 % seiner Gesamteinkünfte erzielt, zur Debatte. Ihm wurde es – im Gegensatz zu gebietsansässigen und unbeschränkt Steuerpflichtigen – als beschränkt in Deutschland steuerpflichtige Person verwehrt, seine Steuerberatungsausgaben als mit seiner Tätigkeit in Deutschland zusammenhängende Betriebsausgaben von den Einkünften abzuziehen. In Anknüpfung an seine frühere Rechtsprechung⁸⁷ stellt der EuGH klar, dass eine derartige Regelung die Niederlassungsfreiheit beschränke, betreibe Herr Conijn in Deutschland doch einen Gewerbebetrieb und erziele daraus Einkünfte. Weiter sei angesichts der objektiven Unterschiede zwischen der Situation der Gebietsansässigen und derjenigen der Gebietsfremden (sowohl hinsichtlich der Einkunftsquelle als auch hinsichtlich der persönlichen Steuerkraft sowie der personen- und familienbezogenen Umstände) eine Unterscheidung zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden zwar grundsätzlich gerechtfertigt. Allerdings seien bezüglich der Abzugsmöglichkeit von Steuerberatungskosten keine Unterschiede zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden festzustellen, spiele doch bei beiden die von der deutschen Regierung geltend gemachte Komplexität des nationalen Steuerrechts eine vergleichbare Rolle, so dass sie sich in Bezug auf diese Frage in einer vergleichbaren

⁸⁶ EuGH, Rs. C-346/04, *Conijn/Finanzamt Hamburg-Nord*, Slg. 2006, I-6137, EWS 2006, 423.

⁸⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-422/01, *Skandia und Ramstedt*, Slg. 2003, I-6871; EuGH, Rs. C-80/94, *Wielockx*, Slg. 1995, I-2493; EuGH, Rs. C-385/00, *de Groot*, Slg. 2002, I-11819; EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225; EuGH, Rs. C-391/97, *Gwschind*, Slg. 1999, I-5451.

Situation befänden, zumal die Steuerberatungskosten in unmittelbarem Zusammenhang mit den in Deutschland erzielten Einkünften stünden und daher die Einkünfte aller Steuerpflichtigen (ob gebietsansässig oder nicht) in gleicher Weise belasteten.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da in allen drei erwähnten Urteilen letztlich an die frühere Rechtsprechung des EuGH angeknüpft wird und die Niederlassungsfreiheit im FZA im Wesentlichen parallel zu Art. 43 EGV ausgestaltet ist, ist von der grundsätzlichen Massgeblichkeit der Urteile auch im Rahmen des FZA auszugehen.

E. Schlussbemerkung

Der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2006 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz und die Auslegung des FZA illustriert – wie schon die vorangegangenen Berichte – die Komplexität dieses Abkommens, (auch) soweit die Implikationen der (neueren) Rechtsprechung des EuGH betroffen sind. Darüber hinaus wird gerade durch einige der in diesem Beitrag berücksichtigten Urteile deutlich, dass nicht nur der EG-Vertrag, sondern auch das Personenfreizügigkeitsabkommen in zahlreichen (und potentiell gar allen) Regelungsbereichen und Rechtsgebieten Auswirkungen entfalten kann, wie insbesondere die das „Wegzugsrecht“ betreffenden Fälle, aber auch einige steuerrechtliche Aspekte betreffende Urteile illustrieren. Die Herausforderung für die Rechtsanwender in der Schweiz besteht vor diesem Hintergrund gerade darin, in allen Bereichen eine gewisse „europarechtliche Sensibilität“ insofern zu entwickeln, als auch in *prima vista* nicht vom Freizügigkeitsabkommen betroffenen Gebieten danach gefragt werden muss, ob und inwieweit die betreffenden Regelungen die durch das Freizügigkeitsabkommen garantierten Rechte beeinträchtigen können.