

Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

***Astrid Epiney*, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 2009, S. 25-32. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

I. Einleitung

Das am 21. Juni 1999 unterzeichnete und am 1. Juni 2002¹ in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen (FZA)² bezweckt die Einführung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU. Inhaltlich lehnt sich das Abkommen eng an die Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts³ an und übernimmt diese in weiten Teilen. Diese „Übernahme“ erfolgt einerseits durch die Bezugnahme auf Sekundärrechtsakte in den Anhängen II und III des Abkommens (betreffend die soziale Sicherheit und die Diplomanerkennung), andererseits durch die weitgehende Anlehnung abkommensrechtlicher Bestimmungen an solche des Gemeinschaftsrechts, wie insbesondere im Anhang I des Abkommens, der die Personenfreizügigkeitsrechte im Einzelnen umschreibt. Soweit auf die zuletzt genannte Technik zurückgegriffen wird, stellen sich teilweise komplexe Auslegungsfragen, denn es kann durchaus fraglich sein, ob und insbesondere inwieweit solche Bestimmungen auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe und Konzepte Bezug nehmen und die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen ist.

Im Folgenden soll – aufbauend auf bereits durchgeführte Untersuchungen⁴ – ein Beitrag zu den bei der Beantwortung der skizzierten Fragen heranzuziehenden Grundsätzen und

¹ Mit sechs weiteren Abkommen (über Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen). Für die Texte der Abkommen BBl 1999, 6489 ff.; ABi 2002 L 114, 1 ff.

² Allgemein zum Freizügigkeitsabkommen die Nachweise bei *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport, *AJP* 2008, 1233, Fn. 1, 2.

³ Zu diesen m.w.N. *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union, 8. A., 2008, § 11, Rn. 78 ff.

⁴ Vgl. *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2004/2005, 2005, 45 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, *ZBJV* 2005, 1 ff.; *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“*. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, 2006, 57 ff.

Kriterien geleistet werden, dies einerseits durch eine Skizzierung der bei der Auslegung des Abkommens zu beachtenden Grundsätze (II.), andererseits mit ihrer Konkretisierung in Bezug auf das in Art. 2 FZA verankerte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (III.). Das Herausgreifen dieser Bestimmung ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass seine Tragweite angesichts der Rechtsprechung des EuGH zu dem in Art. 12 EGV enthaltenen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit zumindest potentiell sehr weit geht, was in der Rechtsprechung bislang nur ansatzweise zum Ausdruck gekommen ist,⁵ so dass die Bedeutung dieser Bestimmung insgesamt wohl unterschätzt wird.

II. Zu den Grundsätzen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens

Als völkerrechtlicher Vertrag ist das Personenfreizügigkeitsabkommen nach den einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätzen⁶ auszulegen.⁷ Danach impliziert der Umstand allein, dass das Abkommen in weiten Teilen auf Begriffe oder Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift, nicht zwingend einen Grundsatz der parallelen Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des FZA mit denjenigen des Gemeinschaftsrechts, können sich doch ihr Kontext und ihre Zielsetzungen unterscheiden.⁸ Allerdings sind im Gemeinschaftsrecht anwendbare Auslegungsprinzipien auf völkervertragsrechtliche Bestimmungen zu übertragen, wenn und insoweit diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Garantien.⁹ Vor diesem Hintergrund 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

⁵ Vgl. noch die Bezugnahme auf die Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichts unter III.

⁶ Art. 31 ff. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

⁷ Ausführlich hierzu bereits *Epiney/Mosters* (Fn. 4), 57 (61 ff.).

⁸ Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Gemeinschaftsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind. 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 I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 15 ff.; 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.

⁹ So denn i. Erg. auch EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.; EuGH, Rs. C-469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4533; s. auch 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. Ausführlich hierzu *Astrid Epiney*, Steuern, Europa und die Schweiz, in: Franz Jäger (Hrsg.), Steuerwettbewerb: Die Schweiz im Visier der EU, 2008, 75 ff.; zur Rechtsprechung des EuGH *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: *Epiney/Rivière* (Hrsg.), Auslegung von „Integrationsverträgen“, 2006, 1 (16 ff.).

auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen.

In Bezug auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens dürften auf dieser Grundlage drei Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

- Weite Teile des Abkommens greifen wörtlich oder sinngemäss auf gemeinschaftsrechtliche Garantien zurück.¹⁰
- Nach der Präambel sind die Vertragsparteien bestrebt, 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 „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen.¹¹ Damit wird zwischen „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung unterschieden, und nur erstere ist zwingend im Falle des Rückgriffs auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe zu berücksichtigen. Eine „neue“ Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA dürfte jedoch auch bei nach dem 21.6.1999 erlassenen Urteilen nur dann vorliegen, wenn tatsächlich eine bislang nicht entschiedene Rechtsfrage Gegenstand des jeweiligen Urteils ist (oder auch, wenn eine bisherige Rechtsprechung modifiziert wird), nicht hingegen bei Urteilen, die eine bereits bestehende Rechtsprechung lediglich bestätigen und auf parallele Fallgestaltungen anwenden, so dass sie nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachten sind. Aber auch darüber hinaus schliesst es Art. 16 Abs. 2 FZA nicht aus, dass eine „Anlehnung“ an eine neue Rechtsprechung erfolgt, kann diese doch durchaus Anhaltspunkte für die Auslegung auch des Freizügigkeitsabkommens liefern. So dürfte das Bundesgericht dazu neigen, auch die neue Rechtsprechung des EuGH im Zweifel zu übernehmen;¹² allerdings legt das Gericht einen eher pragmatischen Ansatz zugrunde und lässt die genaue dogmatische Fundierung einer solchen Übernahme letztlich offen, so dass es schwer vorzusehen ist, ob das Gericht in einem konkreten Fall eine neue Rechtsprechung nun übernehmen wird oder nicht.¹³ Dabei dürfte die Zielsetzung des Abkommens, eine

¹⁰ S. schon oben I.

¹¹ Zur Auslegung des Art. 16 Abs. 2 FZA *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 4), 1 ff.

¹² S. etwa BGE 130 II 1; BGE 130 II 137. S. auch die Formulierung in BGE 130 II 113, Erw. 5.2.

¹³ Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 2008, 227 ff.; *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – eine Übersicht, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 141 ff.

parallele Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht einerseits und im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens andererseits sicherzustellen, es nahe legen, dass auch die neuere Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu berücksichtigen ist, soweit und solange nicht gewichtige, im Abkommen selbst angelegte Gründe dagegen sprechen.¹⁴

Man wird aus der Gesamtheit dieser Bestimmungen – unabhängig davon, wie man nun genau Art. 16 Abs. 2 FZA auslegt – 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 sicherzustellen, so dass das Abkommen gleichwertige Rechte und Pflichten wie im Gemeinschaftsrecht einräumen soll.¹⁵ M.a.W. soll für einen Teil des *acquis communautaire* eine (völkervertragsrechtlich verankerte) Ausweitung des Anwendungsbereichs desselben auf die Beziehungen zur Schweiz erreicht werden. Vor diesem Hintergrund kann in Anwendung der skizzierten (völkerrechtlichen) Auslegungsprinzipien der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen, in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind.¹⁶ Die Herausforderung bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist damit letztlich die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit tatsächlich auf gemeinschaftliche Grundsätze bzw. Konzepte 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. Diese Problematik ist nachfolgend für Art. 2 FZA zu erörtern.

¹⁴ Ausführlich *Epiney/Mosters* (Fn. 4), 57 ff.; *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 4), 1 ff. So nunmehr auch ausdrücklich Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Gerichtspräsidentin 2, Entscheid in Sachen CEP Cortailod / Swiss Athletics betreffend einstweilige Verfügung, Ur. v. 13.6.2008. Hierzu die Anmerkung von *Epiney*, AJP 2008 (Fn. 2), 1233 ff.

¹⁵ Ähnlich wie hier wohl auch *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff. 217 ff.; *Hanspeter Mock/Fabrice Filliez*, Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, SZIER 2006, 237 ff.

¹⁶ Vgl. insoweit auch 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 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. S. aber auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, in der das Gericht ausführlich und vollumfänglich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zurückgreift. Vgl. etwa BG, 2A.247/2006, Ur. v. 3.8.2006; BG, 2A.39/2006, Ur. v. 31.5.2006; BG, 2A.361/2005, Ur. v. 5.12.2005.

III. Zur Tragweite des Art. 2 FZA

A. Zur Parallelität von Art. 2 FZA und Art. 12 EGV

Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert“ werden. Diese Bestimmung ähnelt sehr Art. 12 EGV, wonach unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrags „in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“ ist. Damit legt also bereits der sehr eng an Art. 12 EGV angelehnte Wortlaut des Art. 2 FZA nahe, dass diese Bestimmung an Art. 12 EGV anknüpft und somit ein Rückgriff auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe zu bejahen ist, woran auch die eher geringfügigen Formulierungsabweichungen zwischen beiden Bestimmungen nichts zu ändern vermögen, da sie wesentlich durch den Kontext des Vertrages einerseits und des Abkommens andererseits geprägt sind. Ausgehend von dem oben¹⁷ entwickelten „Grundsatz der parallelen Auslegung“ bei solchen Konstellationen hat sich die Auslegung des Art. 2 FZA und damit seine rechtliche Tragweite vor diesem Hintergrund grundsätzlich an diejenige des Art. 12 FZA anzulehnen,¹⁸ zumal aus dem Abkommen auch keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass Art. 2 FZA grundsätzlich anders als Art. 12 EGV auszulegen sein soll.

Dieser Ansatz wird durch die Stellung des Art. 2 FZA im Kontext des Abkommens bestätigt: Während spezifische Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in einzelnen Abkommensbestimmungen für bestimmte „Kategorien“ von Personen formuliert werden (so z.B. in Art. 9 Anhang I FZA in Bezug auf Arbeitnehmer, in Art. 15 Anhang I FZA in Bezug auf Selbständige oder in Art. 19 FZA für Dienstleistungserbringer), ist Art. 2 FZA darüber hinaus ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu entnehmen. Offenbar soll also bei der Anwendung des Abkommens bzw. in seinem Anwendungsbereich – parallel zur Situation im EG-Vertrag – sichergestellt werden, dass auch dann nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert wird, wenn die durch das Abkommen gewährleisteten Rechte nicht unmittelbar beeinträchtigt sind, sondern es um

¹⁷

II.

¹⁸

In diese Richtung bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 4), 45 (65 ff.). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte inzwischen auch in diese Richtung gehen, wenn sie auch nicht immer ganz klar ist. Vgl. für eine Parallelität wohl BGE 131 V 209; BG 129 I 392, Erw. 3.2; sehr deutlich auch Gerichtskreis VIII Bern-Laupen (Fn. 14), Erw. 34 ff.; s. aber auch BG 2P.305/2002, Urt. v. 27.11.2003, wo das Gericht zwar festhält, Art. 2 FZA entspreche „weitgehend“ Art. 12 EGV, der Anwendungsbereich des Art. 2 FZA aber weniger weit als derjenige des Art. 12 EGV gehe, denn Art. 2 FZA beziehe sich einzig auf die vom Abkommen erfassten Gegenstände, während unterschiedliche Behandlungen, die sich aufgrund anderer Rechtsbereiche ergeben, nicht erfasst seien. Unklar bleibt hier insbesondere, was mit diesen unterschiedlichen Gegenständen genau gemeint ist; auch vermisst man eine klare dogmatische Begründung für die behaupteten Unterschiede.

sonstige Massnahmen im Zusammenhang mit der Anwendung des Abkommens geht. Im Übrigen kann auch nur diese Auslegung sicherstellen, dass Art. 2 FZA im Verhältnis zu den spezifischen Diskriminierungsverboten eine eigenständige Bedeutung zukommt. Damit kann Art. 2 FZA gerade dann relevant werden, wenn kein spezifisches Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit greift.¹⁹

Dieser Grundsatz ist noch in Bezug auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale des FZA zu präzisieren, wobei jeweils auch zu berücksichtigen ist, ob und inwieweit die Konzepte, auf die der EuGH bei der Auslegung des Art. 12 EGV²⁰ zurückgreift, auch Eingang in das Abkommen über die Personenfreizügigkeit gefunden haben, eine Analyse, die Gegenstand des folgenden Abschnitts ist.

B. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 2 FZA

1. Anwendbarkeit

Art. 2 FZA – der unmittelbar anwendbar ist mit der Folge, dass sich die Rechtsunterworfenen gegenüber Behörden und Gerichten unmittelbar auf diese Bestimmung berufen können²¹ – ist (wie auch die Freizügigkeitsbestimmungen des Abkommens im Allgemeinen) nur im Falle des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Bezugs anwendbar.²² Nach der Rechtsprechung des EuGH sind an diese Anforderung jedoch keine hohen Massstäbe anzulegen, so dass es danach ausreicht, dass irgendein Element des Ausgangssachverhalts – wie etwa (allein) die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats – einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist.²³ Zwar wurde dieser sehr weite Ansatz in der Rechtsprechung im Wesentlichen nach der Unterzeichnung des Abkommens entwickelt; jedoch ist kein Grund ersichtlich, warum hier – unter Heranziehung des Grundsatzes einer parallelen Auslegung des Abkommens mit der

¹⁹ So auch BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005, Erw. 3.3, wo das Bundesgericht betont, dass Art. 2 FZA insofern eine eigenständige Bedeutung zukomme, als diese Bestimmung „revêt (...) une portée générale“, so dass sie auch dann von Bedeutung sei, wenn das Abkommen ansonsten kein Diskriminierungsverbot verankert. Ebenso BG 2C_42/2007, Erw. 3.6; BG, 2A.7/2004, Erw. 3.3, 5.1.

²⁰ Zur Auslegung des Art. 12 EGV im EG-Recht zusammenfassend mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Astrid Epiney*, Art. 12 EGV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV. Kommentar, 3. Aufl., 2007.

²¹ BG, Urteil v. 12.9.2003, 2A.607/2002, Erw. 3.3; BGE 129 II 257, Erw. 3.3; BGE 129 I 392, Erw. 3.2.3; BG, 129 II 249, Erw. 3.3; *Vincent Martenet/Véronique Boillet*, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 2008, 311 (327 ff.).

²² Vgl. insoweit ebenso BGE 129 II 249, Erw. 3 ff.; BGE 130 II 137, Erw. 3.1 ff.; BG, 2A.768/2006, Erw. 3.3; BG, 2A.351/2006, Erw. 2.3; BG 2A.659/2005, Erw. 6.1; BG 2P.224/2006, Erw. 3.3.

²³ EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279. Vgl. auch die überzeugende Analyse der jüngeren Rechtsprechung bei *Andreas Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008, 107 ff.

Rechtslage in der EU sowie der grundsätzlichen Massgeblichkeit auch der späteren Rechtsprechung des EuGH²⁴ – in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen ein anderer Ansatz zum Zuge kommen sollte. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht in diese Richtung, wendet sie doch das Freizügigkeitsabkommen auch auf Unionsbürger an, die in der Schweiz geboren wurden und immer dort gelebt hatten.²⁵

2. Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Art. 2 FZA setzt zunächst das Vorliegen einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit voraus, ein Tatbestandsmerkmal, bei dem in jeder Beziehung und unproblematisch an die Rechtslage im Gemeinschaftsrecht angeknüpft werden kann.

Eine „Diskriminierung“ kann von vornherein nur unter der Voraussetzung vorliegen, dass die unterschiedliche Behandlung auf menschliches bzw. hoheitliches Verhalten zurückgeht, so dass hiervon unabhängige Differenzierungen nicht erfasst werden.²⁶ Weiter können Unterschiede verschiedener Rechtsordnungen keine Diskriminierung darstellen,²⁷ da solche Differenzen nicht auf das Verhalten desselben Hoheitsträgers zurückzuführen sind. Abweichungen zwischen verschiedenen Rechtsordnungen stellen letztlich eine Konsequenz der den jeweiligen Hoheitsträgern zustehenden Kompetenzen dar.

Art. 2 FZA steht lediglich Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, nicht solchen aus anderen Gründen (wie z.B. Rasse oder Religion), entgegen. Allerdings erfasst Art. 2 FZA sowohl formelle als auch materielle Diskriminierungen: Erstere knüpfen ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit an, während letztere auf ein anderes Unterscheidungskriterium als das der Staatsangehörigkeit zurückgreifen, im Ergebnis jedoch auch eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bewirken“, weil typischerweise oder im Wesentlichen Angehörige eines bestimmten Mitgliedstaates bevorzugt (bzw. benachteiligt) werden und damit die Gefahr einer entsprechenden Benachteiligung bzw. Bevorzugung bestimmter Staatsangehöriger einhergeht.²⁸ Typische Beispiele hierfür sind der Rückgriff auf den Wohnsitz²⁹ oder den Ausbildungsort³⁰, wobei eine (materielle)

²⁴ S.o. II.

²⁵ BG, 2C_375/2007, Ur. V. 8.11.2997; BG, 2C_625/2007, Ur. v. 2.4.2008. Zu diesen Urteilen *Epiney/Civitella* (Fn. 13), 227 (231 f.).

²⁶ EuGH, Rs. 52/79 (Débauve), Slg. 1980, 836 in Bezug auf Unterschiede des geographischen Standorts von Fernsehsendern.

²⁷ EuGH, Rs. 155/80 (Oebel), Slg. 1981, 1993, Rn. 7 f.; EuGH, Rs. C-177/94 (Perfili), Slg. 1996, I-161, Rn. 17.

²⁸ Zu diesem Grundsatz im EG-Recht *Astrid Epiney*, in: Die Europäische Union (Fn. 3), § 10, Rn. 6; *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 20), Rn. 11 ff., mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

²⁹ EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

³⁰ EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191. Zur genauen dogmatischen Struktur der Rechtsfigur der materiellen Diskriminierung *Epiney*, Art. 12 (Fn. 20), Rn. 11 ff.

Diskriminierung auch dann vorliegen kann, wenn es um eine regionale Regelung geht, durch die neben Ausländern auch andere Inländer benachteiligt werden.³¹

Der Grundsatz des Einbezugs materieller Diskriminierungen in den Tatbestand des Art. 2 FZA (und übrigens in denjenigen der spezifischen Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit) dürfte unbestritten sein.³² Bemerkenswert ist allerdings, dass die Rechtsprechung teilweise den Begriff der materiellen Diskriminierung verkennen dürfte, wobei in erster Linie auf zwei Urteile³³ hingewiesen sei:

- In einem Urteil vom 27.11.2003³⁴ – in dem es u.a. um die Vereinbarkeit des sog. „Zulassungstups für Ärzte“ mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen ging – verneinte das Bundesgericht das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung in Bezug auf die Ausgestaltung der Modalitäten der Inkraftsetzung der Zulassungsverordnung: Denn zwar seien Personen, die vor dem Inkrafttreten der Verordnung ein Gesuch um eine Berufsausübungsbewilligung eingereicht haben, von der Verordnung nicht erfasst; dies treffe aber Schweizer und Unionsbürger in gleicher Weise, wobei für die Einreichung eines solchen Antrags rund ein Monat zur Verfügung stand. Denn auch die Unionsbürger hätten sich bei den heute zur Verfügung stehenden Informationskanälen sachgerecht informieren und ein Gesuch einreichen können, woran der Umstand nichts ändere, dass sie möglicherweise noch über keine Gewissheit hinsichtlich der Anerkennung ihres Diploms verfügten. Ohne die Informationsmöglichkeiten vom Ausland aus abstreiten zu wollen, erscheint diese Argumentation schwer nachvollziehbar: Denn für Unionsbürger ohne Kenntnis der schweizerischen Rechtsordnung dürfte es wesentlich schwieriger sein, sich innerhalb eines Monats Klarheit über die Bedingungen und Umstände einer Praxiseröffnung in der Schweiz zu verschaffen, zumal die Zulassungsfrage in diesem Zeitraum kaum geklärt werden konnte und EU-Ausländer wohl eine Tendenz haben könnten, von einem Gesuch abzusehen, solange die Frage der Zulassung nicht geklärt ist. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass sich die Modalitäten der Regelung (im Wesentlichen die ausgesprochen kurze Frist) für Unionsbürger typischerweise einschränkender auswirkten als für Schweizer bzw. in der Schweiz Niedergelassene.
- In einem Urteil vom 11.8.2008³⁵ dürfte das Bundesgericht den Begriff der materiellen Diskriminierung verkannt haben: In Bezug auf die Frage, ob die unterschiedliche

³¹ EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637.

³² *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 4), 45 (65 ff.); *Yvo Hangartner*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, 257 (263). BG, Urteil 2P.305/2002, Urt. v. 27.11.2003; Eidgenössisches Versicherungsgericht, H 16/04, Urt. v. 14.7.2005, Erw. 5.2 ff.

³³ Zum erstgenannten Urteil bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 13), 141 (152 f.).

³⁴ BG, Urt. 2P.305/2002, Urt. v. 27.11.2003. S. auch BG 2P.134/2003, Urt. v. 6.9.2004.

³⁵ BG, 5A_374/2008, Urt. v. 11.8.2008.

Behandlung von AHV-Renten einerseits und einer vergleichbaren Altersrente aus Österreich andererseits im Rahmen der Anwendung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts gegen Art. 2 FZA verstösst, verneinte das Gericht lapidar die Einschlägigkeit dieser Bestimmung, da die unterschiedliche Behandlung nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit erfolge, würden doch alle Personen mit einer österreichischen Altersrente gleich behandelt. Das Bundesgericht prüfte hier noch nicht einmal das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung, obwohl diese im konkreten Fall auf der Grundlage der gefestigten und ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs klar zu bejahen gewesen wäre, zieht eine betreibungsrechtliche Bevorzugung der AHV doch die Gefahr nach sich, dass in erster Linie Inländer bevorzugt werden. Insoweit ist dieses Unterscheidungskriterium mit demjenigen nach dem Wohnsitz – das nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit begründet³⁶ – in jeder Beziehung vergleichbar.

3. „Bei der Anwendung des Abkommens“

Art. 2 FZA kann immer dann eine eigenständige Bedeutung zukommen, wenn keine spezifischen Diskriminierungsverbote greifen,³⁷ wobei die Diskriminierung „bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ erfolgen muss. In Anknüpfung an den entwickelten Grundsatz der parallelen Auslegung des Art. 2 FZA mit Art. 12 EGV³⁸ ist die damit vorausgesetzte Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens in Anknüpfung an die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu bestimmen. Diese geht davon aus, dass der Anwendungsbereich des Vertrages dann eröffnet ist, wenn die betreffende Regelung Auswirkungen auf die Wahrnehmung der sich aus den Grundfreiheiten ergebenden Rechte entfalten kann und / oder im Zusammenhang mit einem rechtmässigen Aufenthalt eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat stehen.³⁹

Diese Rechtsprechung ist im Ergebnis auf die Auslegung des Art. 2 FZA übertragbar, auch wenn das Abkommen das Konzept der Unionsbürgerschaft nicht übernimmt.⁴⁰ Denn

³⁶ Vgl. Fn. 30, 31.

³⁷ Oben III.A.

³⁸ II.

³⁹ EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593; 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-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-65/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2004, I-6427; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, 7573; EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613. Ausführlich hierzu m.w.N. *Astrid Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV – einige Gedanken zu den Implikationen der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger -, FS Roland Bieber, 2007, 661 ff.

⁴⁰ Ausführlich *Epiney*, AJP 2008 (Fn. 2), 1233 (1235 ff.).

entscheidend ist der Umstand, dass der EuGH auf den Zusammenhang mit vertraglich gewährleisteten (Freizügigkeits-) Rechten Bezug nimmt. Solche sind aber auch im Abkommen – parallel zum EG-Vertrag – verankert, so dass die Rechtsprechung insoweit heranzuziehen ist, als ein Zusammenhang mit den abkommensrechtlich gewährleisteten Rechten zur Debatte steht.⁴¹ Damit erfasst Art. 2 FZA all diejenigen Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die die Wahrnehmung der im Abkommen gewährleisteten Rechte behindern bzw. mit diesen im Zusammenhang stehen. Ausreichend ist dabei auch ein nur indirekter oder potentieller Bezug. Insofern können also auch Regelungen in Bereichen, die an sich nicht vom Personenfreizügigkeitsabkommen erfasst werden, am Massstab des Art. 2 FZA überprüft werden, wie etwa solche auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit⁴² oder der Opferhilfe⁴³. Dieser Ansatz – der aus der Rechtsprechung des EuGH abgeleitet werden kann – dürfte (auch) aus der Logik der Gewährleistung der Freizügigkeit im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit folgen: Denn haben die Freizügigkeitsbegünstigten nämlich einmal von ihrem diesbezüglichen Recht Gebrauch gemacht und sich rechtmässig in einem anderen Vertragsstaat niedergelassen, geht das Anliegen des die Freizügigkeitsrechte flankierenden Art. 2 FZA eben dahin, dass die Begünstigten in allen mit ihrem Aufenthalt im Zusammenhang stehenden Belangen ebenso wie die eigenen Staatsangehörigen zu behandeln sind, würde doch ansonsten das Recht auf Freizügigkeit *ad absurdum* geführt.

Der Gerichtskreis VIII Bern-Laupen⁴⁴ hat diese Sichtweise bestätigt und in Bezug auf Ausländerklauseln im Amateursport festgehalten, Art. 2 FZA erstrecke sich auf alle Lebensumstände, die mit dem Aufenthalt verbunden sind, worunter auch sportliche Aktivitäten fielen, seien diese doch für viele Menschen wesentlicher Teil ihrer Freizeitgestaltung und stünden daher in einem engen Zusammenhang mit dem Aufenthalt. Legt man diesen Ansatz zugrunde, so hätte auch die Verweigerung der Einräumung einer Fischereiberechtigung an einen Unionsbürger mit der Begründung, dieser verfüge nicht über die nach der kantonalen Fischereiverordnung hierfür erforderliche Niederlassungsbewilligung, am Massstab des Art. 2 FZA geprüft werden müssen, geht es doch auch hier um den Zugang zu einer für gewisse Personen attraktiven Freizeitgestaltung. Das Bundesgericht prüfte in dem entsprechenden Urteil⁴⁵ die kantonale Regelung jedoch nicht am Massstab des Art. 2 FZA, was möglicherweise auch mit den einschlägigen prozessrechtlichen Voraussetzungen zusammenhing. In einem Urteil aus dem Jahr 2005 hingegen dürfte das Bundesgericht grundsätzlich davon ausgehen, dass Art. 2 FZA auch auf „Begleitumstände“ des Aufenthalts des Unionsbürgers anwendbar ist, wenn es feststellt, dass

⁴¹ I.Erg. ähnlich *Michel Montini*, Libre circulation des personnes et transcription des noms étrangers. Implications de l'arrêt *Garcia Avello* pour la Suisse, FS Heinrich Koller, 2006, 453 (471 f.).

⁴² EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

⁴³ EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195.

⁴⁴ Fn. 14.

⁴⁵ BG, 2P.142/2003, Urt. v. 7.11.2003.

der Familiennachzug eines Unionsbürgers jedenfalls nicht ungünstiger ausgestaltet sein dürfe als derjenige für Schweizer Bürger.⁴⁶

4. Adressaten des Diskriminierungsverbots

Art. 2 FZA verpflichtet jedenfalls die Vertragsparteien, also die Europäische Gemeinschaft, die EU-Mitgliedstaaten und die Schweiz. Fraglich ist jedoch, ob und inwieweit darüber hinaus auch Private verpflichtet werden.⁴⁷

Der EuGH hatte sich in Bezug auf Art. 12 EGV noch nicht zu dieser Frage zu äussern; hinsichtlich der Art. 39, 49 (Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit) geht er hingegen klar von einer Drittwirkung jedenfalls in Bezug auf kollektive Regelungen aus.⁴⁸

Die Gründe für diese Rechtsprechung – insbesondere Effektivität der Grundfreiheiten und beherrschende Stellung von Verbänden bzw. faktische Bindung solcher Kollektivregelungen – dürften auf Art. 12 EGV übertragbar sein, so dass auch diese Bestimmung jedenfalls in Bezug auf kollektive Regelwerke Drittwirkung entfaltet. M.a.W. dürften Private jedenfalls immer dann an Art. 12, 39, 49 EGV gebunden sein, wenn zwischen den Privaten ein solches „Machtgefälle“ besteht, dass sich die Einzelnen der entsprechenden Regelung kaum zu entziehen vermögen.⁴⁹ Ausgehend von dieser Rechtsprechung des EuGH und dem Grundsatz der „parallelen Auslegung von Abkommen und EG-Vertrag“⁵⁰ spricht Vieles dafür, auch bei den Diskriminierungsverboten des Freizügigkeitsabkommens zumindest von einer begrenzten Drittwirkung in dem Sinn auszugehen, dass kollektive Regelungen (etwa durch Tarifverträge oder Verbände) erfasst werden,⁵¹ dies auch in Bezug auf Art. 2 FZA.⁵²

Darüber hinaus sprechen die besseren Gründe gegen eine umfassende Drittwirkung zumindest des Art. 2 FZA in Bezug auf die Rechtsbeziehungen zwischen Individuen ohne kollektives Element. Denn das einzige diesbezügliche Urteil des EuGH (Rs. *Angonese*⁵³) bezieht sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, und dieser Aspekt wird im Abkommen durch

⁴⁶ BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005. S. auch BGE 130 II 176; BG, 2A.196/2004.

⁴⁷ Umfassend zur Problematik *Martenet/Boillet* (Fn. 21), 311 ff.

⁴⁸ EuGH, Rs. 36/74 (Walrave und Koch), Slg. 1974, 1405; EuGH, Rs. C-415/03 (Bosman), Slg. 1995, I-4921; EuGH, Rs. C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2681.

⁴⁹ S. auch schon *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 20), Rn. 22, 26; s. auch *Epiney*, AJP 2008 (Fn. 2), 1233 (1234, 1337 f.). In diese Richtung auch EuGH, Rs. C-438/00 (Kolpak), Slg. 2003, I-4135; EuGH, Rs. C-265/03 (Simutenkov), Slg. 2005, I-2579 (Drittwirkung von in Verträgen mit Drittstaaten enthaltenen Diskriminierungsverboten in Bezug auf kollektive Regelungen).

⁵⁰ Oben II.

⁵¹ Ebenso mit ausführlicher Begründung *Martenet/Boillet* (Fn. 21), 311 (327 ff.).

⁵² Ebenso Gerichtskreis VIII Bern-Laupen (Fn. 14), in Bezug auf ein Wettkampfregelement eines Sportverbandes.

⁵³ EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4161.

Art. 9 Abs. 4-6 Anhang I FZA geregelt,⁵⁴ so dass sich aus der Rechtsprechung des EuGH keine Anhaltspunkte für eine solche unmittelbare Drittwirkung ableiten lassen.

5. Rechtfertigung

Nach der Rechtsprechung des EuGH können zumindest materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit durch zwingende Interessen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden,⁵⁵ ein Grundsatz, der auf Art. 2 FZA zu übertragen ist.

Als zwingende Interessen des Allgemeinwohls kommen nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs alle öffentlichen Interessen mit Ausnahme solcher wirtschaftlicher Natur – bei denen es um die Wirtschaftslenkung oder die Verfolgung sonstiger wirtschaftspolitischer Anliegen geht,⁵⁶ wobei auch Massnahmen zur Kostendeckung öffentlicher Einrichtungen erfasst sind⁵⁷ – in Frage; soweit Private verpflichtet werden, können auch (sonstige) sachliche Gründe einschlägig sein. Weiter muss die Massnahme den Anforderungen der Verhältnismässigkeit, wobei insbesondere die Geeignetheit und die Erforderlichkeit von Bedeutung sind, genügen.

IV. Schluss

Ausgehend von den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen des Personenfreizügigkeitsabkommens sind Bedeutung und Implikationen des Art. 2 FZA somit kaum zu überschätzen: Das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist in zahlreichen Bereichen, die auf den ersten Blick nicht im Zusammenhang mit dem Abkommen stehen, wie etwa der Amateursport,⁵⁸ heranzuziehen. Wird in der Schweiz (formell oder materiell) zwischen Unionsbürgern und Schweizern unterschieden (sei dies nun durch den Staat oder durch kollektiv handelnde Verbände), ist daher jeweils sehr sorgfältig

⁵⁴ Diese Bestimmungen sehen ausdrücklich eine unmittelbare Drittwirkung für den Bereich der Arbeitsverträge vor, womit weite Teile der in der Rs. *Angonese* formulierten Grundsätze bereits im Abkommen enthalten sind. Vgl. *Martenet/Boillet* (Fn. 21), 311 (334 f.).

⁵⁵ EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637. Zur Rechtfertigungsmöglichkeit bei formellen Diskriminierungen *Epiney*, Art. 12 (Fn. 20), Rn. 37 ff.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563, Rn. 36; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), Slg. 1997, I-3091, Rn. 22 f.

⁵⁷ So dass etwa Vergünstigungen für in einer bestimmten Region wohnhafte Personen nicht mit dem Argument des Steueraufkommens gerechtfertigt werden können, vgl. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721. Eine Rechtfertigung kommt aber für den Fall, dass bestimmte Personen, die von der Leistung profitieren, zur Deckung ihrer Kosten einen Beitrag leisten, in Betracht. Ein solcher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung muss aber unmittelbar sein; eine lediglich allgemeine Steuerpflicht o.ä. genügt nicht

⁵⁸ Hierzu ausführlich *Epiney*, AJP 2008 (Fn. 2), 1233 ff.

die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 2 FZA zu prüfen. Nur am Rande sei dabei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass hiermit eine ins Gewicht fallende Differenzierung zwischen zwei „Kategorien“ von Ausländern – Unionsbürger und Drittstaatsangehörige – einhergeht, die allerdings auch im neuen Ausländergesetz⁵⁹ im Zusammenspiel mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen angelegt ist.⁶⁰ Schliesslich konnten die Ausführungen auch verdeutlichen, wie bedeutsam eine sorgfältige Analyse der Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf die Eruierung der genauen Tragweite des Freizügigkeitsabkommens ist,⁶¹ ein Aspekt, dem in der schweizerischen Rechtsprechung nicht immer hinreichend Rechnung getragen wird.

⁵⁹ SR 142.20.

⁶⁰ Ausführlich hierzu *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Die rechtliche Stellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz – ein Vergleich ausgewählter Aspekte, *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2007/2008, 2008, 3 ff.

⁶¹ Vgl. hierzu die jährlichen Übersichten über die Rechtsprechung des EuGH zum freien Personenverkehr und ihre Würdigung auch im Hinblick auf ihre Relevanz für das Personenfreizügigkeitsabkommen im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht (seit 2003). S. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2006/2007, 2007, 101 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2007/2008, 2008, 55 ff.