

Die Religionsfreiheit und das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EG: zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die Religionsfreiheit und das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EG: zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, in: Astrid Epiney/René Pahud de Mortanges/Khalil Beydoun (Hrsg.), Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz / Religions et migration en droit européen et implications pour la Suisse, Zürich 2009, S. 63-92. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

- A. Problemstellung
- B. Das Personenfreizügigkeitsabkommen und seine Auslegung – ein Überblick
- C. Zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit
 - I. Ausgangsfälle
 - II. Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – allgemeine Grundsätze
 - III. Insbesondere: zum Anwendungsbereich des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA)
- D. Zusammenfassung

A. Problemstellung

* Die Verfasserin dank Herrn Rechtsassessor Robert Mosters, LL.M., Lektor, und Dr. Constanze Semmelmann, Oberassistentin, beide am Institut für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg, für die Anregungen und Diskussionen im Hinblick auf die Erstellung des Textes.

Die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten haben am 21. Juni 1999 mit der Schweiz ein Abkommen über die Personenfreizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA) unterzeichnet, das am 1. Juni 2002 in Kraft getreten ist.¹ Das Abkommen – dessen zentrale Bestimmungen, insbesondere die Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsange-

¹ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl. 2002 L 114, 6; BBl 1999, 7027 ff.; SR 0.142.112.681. Vgl. zu dem Abkommen aus der Literatur etwa *Sebastian Benesch*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, 2007; *Walter Kälin*, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 ff.; *Martin Nyffenegger*, Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter besonderer Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts, 2001, 79 ff.; *Steve Peers*, The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: overview and Analysis, European Journal of Migration and Law 2000, 127 ff.; *Edgar Imhof*, Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit, SZS/RSAS 2000, 22 ff.; *Matthias Kilian*, Das Abkommen über den freien Personenverkehr zwischen der Europäischen Union und der Schweiz. Neue Betätigungsmöglichkeiten für Europas Rechtsanwälte, ZEuP 2000, 601 ff.; *Bettina Kahil-Wolff/Robert Mosters*, Struktur und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz/EG, in: René Schaffhauser/Christian Schürer (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, 2001, 12 ff.; *Walter Kälin*, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 2002, 11 ff.; *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 45 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: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, 2006, 57 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

hörigkeit, unmittelbar anwendbar sind² – enthält unter Bezugnahme und letztlich „Übernahme“ wesentlicher Elemente der gemeinschaftlichen Regelungen im Bereich der Personenfreizügigkeit u.a. ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, das in verschiedenen Bereichen – Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit und als allgemeines Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – zum Zuge kommt. Aufgeworfen wird damit u.a. die Frage, ob und inwieweit eine Unterscheidung nach der religiösen Zugehörigkeit eine (materielle) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen kann, die nach dem Abkommen verboten ist.

Diese bislang soweit ersichtlich in Rechtsprechung und Literatur noch nicht diskutierte Frage³ ist auch und gerade vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass zwar Art. 8 Abs. 2 BV (sowie Art. 9, 14 EMRK) ausdrücklich ein Verbot der Diskriminierung u.a. aus Gründen der religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung enthält, diese Bestimmung jedoch grundsätzlich keine Drittwirkung entfaltet, dies im Gegensatz zur noch zu erörternden⁴ Rechtslage im Rahmen des Freizügigkeitsabkom-

² Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 2 FZA nur 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. *Stephan Breitenmoser/Michael Isler*, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 (1009); *Kälin*, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG (Fn. 1), 11 (18 f.); *Vincent Martenet/Véronique Boillet*, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 2008, 311 (327 ff.). A.A. ohne nähere Begründung und ohne Bezugnahme auf die Rechtsprechung *Kerstin Odendahl*, Originäre Rechte von Drittstaatsangehörigen auf Zugang zu den Hochschulen in der EG?, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, 347 (367).

³ Bemerkenswert ist zudem, dass auch im europäischen Gemeinschaftsrecht die Frage, ob und inwieweit Unterscheidungen aufgrund der Religion oder der religiösen Überzeugung Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen können, bislang – soweit ersichtlich – noch nicht erörtert worden ist und jedenfalls noch nicht Gegenstand eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs war.

⁴ Unten C.I.3.

mens. Insofern kann also die hier zu untersuchende Frage von grosser praktischer Bedeutung sein, führt doch die Bejahung des Vorliegens einer (nicht gerechtfertigten) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dazu, dass sich die Betroffenen zumindest gegenüber kollektiv handelnden Privaten auf diese Bestimmung berufen können. Weiter könnte das Freizügigkeitsabkommen vor dem Hintergrund von Bedeutung sein, dass das Bundesgericht Bundesgesetze anzuwenden hat, auch wenn sie (möglicherweise) verfassungswidrig sind (Art. 191 BV), völkerrechtlichen Verträgen hingegen grundsätzlich ein Vorrang gegenüber nationalem Recht aller Stufen zukommt.⁵ Und schliesslich ist schon an dieser Stelle⁶ darauf hinzuweisen, dass bei Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens der Rechtsprechung des EuGH eine herausragende Bedeutung zukommt; die durch diese entwickelten Grundsätze können aber durchaus – etwa in Bezug auf den Diskriminierungsbegriff – eine andere Auslegung nahe legen als die Anwendung des Art. 8 Abs. 2 BV oder der Art. 9, 14 EMRK.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden – auf der Grundlage eines Überblicks über das Personenfreizügigkeitsabkommen und die für seine Auslegung massgeblichen Grundsätze (B.) – der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen ein Anknüpfen an die religiöse Überzeugung eine durch das Freizügigkeitsabkommen verbotene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt (C.). Der Beitrag endet mit einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung (D.).

⁵ Wobei die Einzelheiten hier aber sehr umstritten sind, insbesondere in denjenigen Fällen, in denen der Bundesgesetzgeber „bewusst“ gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstossen will (sog. „Schubert-Rechtsprechung“, vgl. BGE 99 Ib 39); ein solcher „bewusster Verstoss“ gegen Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens durch den Bundesgesetzgeber ist bislang jedoch nicht zu erkennen und wird wohl auch in Zukunft kaum eintreten. Vgl. im Einzelnen zur Stellung des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung *Daniel Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, 2005, 79 ff.; *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBL. 1994, 537 ff.; *Alberto Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000, 33 ff.

⁶ Vgl. noch unten B.

B. Das Personenfreizügigkeitsabkommen und seine Auslegung – ein Überblick

Ziel des Freizügigkeitsabkommens (FZA) ist die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“ (Präambel des Abkommens). Vor diesem Hintergrund dehnt das Abkommen in der Sache die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit weitgehend auf die Schweiz und ihre Staatsangehörigen aus.⁷ Darüber hinaus geniessen auch Nichterwerbstätige Freizügigkeit entsprechend den (im Wesentlichen sekundärrechtlichen) Gewährleistungen im Gemeinschaftsrecht. Dagegen wird die Dienstleistungsfreiheit nur partiell übernommen, indem lediglich die Erbringung kurzfristiger Dienstleistungen liberalisiert wird. Das Konzept der Unionsbürgerschaft und die mit dieser verbundenen Rechte haben keinen Eingang in das Abkommen gefunden, dies im Gegensatz zum allgemeinen Diskriminierungsverbot, das analog in Art. 2 FZA aufgegriffen wird.⁸

Grundsätzlich wird damit im Verhältnis zur Schweiz die entsprechende Rechtslage in der EU auf der Grundlage von Rechtsetzung und Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung übernommen, so dass – auf der Grundlage der Heranziehung der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze (handelt es sich doch bei dem Abkommen um einen völkerrechtlichen Vertrag) – vor dem Hintergrund des Inhalts und des Ziels und Zwecks des Abkommens, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele

⁷ Vgl. zur Auslegung solcher Abkommen EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291, wo der EuGH allgemein formuliert, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des Vertrages, wobei der EuGH insbesondere auf die übereinstimmenden Zielsetzungen abstellt. Allgemein sehr instruktiv zur Auslegung von Abkommen der EG mit Drittstaaten, die Teile des *acquis communautaire* aufgreifen, *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 2006, 1 ff.

⁸ Vgl. im Einzelnen zur Reichweite der Parallelität der Auslegung von Art. 12 EGV einerseits und Art. 2 FZA andererseits noch unten C.II.

Rechtsslage (in Bezug auf die erfassten Bereiche) wie im Rahmen der Europäischen Union sicherzustellen, von einem Grundsatz der parallelen Auslegung der abkommensrechtlichen Bestimmungen, die auf den *acquis communautaire* bzw. Teile desselben zurückgreifen, mit den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen auszugehen ist.⁹ Spezifisch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen ist, bestimmt Art. 16 Abs. 2 FZA, dass die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des Abkommens zwingend zu berücksichtigen ist, soweit im Abkommen „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ herangezogen werden. Was die Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens betrifft, so kann der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die „Auswirkungen dieser Rechtsprechung“ feststellen, eine Bestimmung, die bislang noch nicht zur Anwendung gekommen ist. Allerdings sprechen auch ganz allgemein gute Gründe (insbesondere die Zielsetzung des Abkommens, eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtsslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sicherzustellen) dafür, die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile des EuGH grundsätzlich auch bei der Auslegung des Abkommens – immer soweit dieses auf entsprechende Begriffe des Gemeinschaftsrechts zurückgreift – zu berücksichtigen und zu beachten.¹⁰

Auch das Bundesgericht – der EuGH hatte sich noch nicht zur Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens zu äussern – geht davon aus, dass die neuere Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen sein kann, wobei jedoch die genaue dogmatische Grundlegung und damit auch die genauen Voraussetzungen dieser Berücksichtigung etwas im Unklaren bleiben. Vielmehr zeichnet sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts durch eine sehr pragmatische Herangehensweise aus, so dass

⁹ Vgl. ausführlich hierzu *Epiney/Mosters*, in: Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ (Fn. 1), 57 ff.; *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 1), 1 ff.; s. auch die in eine ähnliche Richtung gehenden Ausführungen von *Martenet/Boillet*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (Fn. 2), 311 (327 ff.).

¹⁰ Vgl. mit ausführlicher Begründung die Nachweise in Fn. 9.

gewisse Aspekte der neueren Rechtsprechung übernommen werden, gewisse andere Aspekte jedoch nicht, ohne dass die diesbezüglichen Gründe immer klar werden.¹¹ Immerhin sind auch nach dem Ansatz des Bundesgerichts die neueren Urteile jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn sie eine frühere, vor der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigen. Aber auch darüber hinaus dürfte das Bundesgericht tendenziell dazu neigen, zumindest dann auch die neuere Rechtsprechung zu berücksichtigen, wenn sie auf der Linie der bisherigen liegt und keine besonderen Gründe gegen ihre Übertragung auf das Abkommen sprechen.

Für die in diesem Beitrag erörterte Fragestellung der Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 2 FZA sowie in den spezifischen Diskriminierungsverboten (etwa betreffend die Arbeitnehmerfreizügigkeit) bedeuten diese Grundsätze, dass jedenfalls der Tatbestand des Vorliegens einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie die Frage nach der Rechtfertigung im Freizügigkeitsabkommen parallel zur Rechtslage im Gemeinschaftsrecht ausgestaltet sind.¹²

C. Zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

¹¹ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BG, 2A247/2006, Urt. v. 3.8.2006; BG, 2A.39/2006, Urt. v. 31.5.2006; BG, 2A.315/2005, Urt. v. 18.10.2005; BG, 2A.475/2004, Urt. v. 25.5.2005; BG, 2A.89/2006, Urt. v. 5.5.2006; BG, 2A.131/2005, Urt. v. 14.9.2005. Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005*, 2005, 141 ff.; *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008*, 2008, 227 ff.

¹² Dies dürfte im Grundsatz unbestritten sein; Unsicherheiten könnten allenfalls in Bezug auf den Anwendungsbereich des Art. 2 FZA gegeben sein. Hierzu unten C.II.

Das Freizügigkeitsabkommen enthält in mehreren Bestimmungen Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Zu erwähnen sind zunächst die bereichsspezifischen Diskriminierungsverbote in Art. 9 Anhang I FZA in Bezug auf die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer hinsichtlich aller Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, in Art. 15 Anhang I FZA für den Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit sowie in Art. 19 Anhang I FZA in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen. Art. 2 FZA schliesslich enthält ein bereichsübergreifendes Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“.

Auch wenn diese Bestimmungen jeweils in verschiedenen Bereichen zur Anwendung kommen, so weisen ihre tatbestandlichen Merkmale doch eine Reihe von Gemeinsamkeiten auf, die für alle im Abkommen enthaltenen Diskriminierungsverbote erörtert werden können (II.). Daran anschliessend sei noch spezifisch auf die Frage des Anwendungsbereichs des Art. 2 FZA eingegangen (III.). Dabei sollen die sich stellenden Rechtsfragen jeweils anhand einiger praktischer Beispielfälle von Unterscheidungen aufgrund der Religionszugehörigkeit illustriert werden bzw. die noch darzulegenden allgemeinen Grundsätze sollen auf ausgewählte Beispielfälle angewandt werden, die eingangs (I.) vorgestellt werden.

Jedenfalls ist für die Anwendung des Abkommens vorausgesetzt, dass ein grenzüberschreitender Bezug besteht, so dass die Rechte des Abkommens nur unter dieser Voraussetzung zum Tragen kommen können. Allerdings legt der EuGH bei der Frage, ob ein solcher grenzüberschreitender Bezug vorliegt, (mittlerweile) denkbar niedrige Massstäbe an, so dass es auf der Grundlage der Rechtsprechung ausreicht, dass irgendein Element des Ausgangssachverhalts – wie etwa (allein) die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats – einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist.¹³ 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 Abkom-

¹³ EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421; EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279; EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4139; EuGH, verb. Rs. C-51/96 und 191/97 (Deliège), Slg. 2000, 2549. Vgl. auch die überzeugende Analyse der jüngeren Rechtsprechung bei *Andreas Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008, 107 ff.

mens mit der Rechtslage in der EU sowie der grundsätzlichen Massgeblichkeit auch der späteren Rechtsprechung des EuGH¹⁴ – 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.¹⁵

I. Ausgangsfälle

Im Folgenden sollen kurz einige mögliche praktische Fallgestaltungen vorgestellt werden, in denen eine (unmittelbare oder mittelbare) Differenzierung nach der religiösen Zugehörigkeit im Konflikt mit dem im Freizügigkeitsabkommen enthaltenen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit geraten könnte. Diese Anwendungsfälle sollen dann jeweils bei der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Diskriminierungsverbote wieder aufgegriffen werden, um die Einschlägigkeit derselben zu prüfen bzw. zu illustrieren.

Fall 1: Evangelisch-reformierte Lehrer

Im Kanton X wird während der obligatorischen Schulzeit Religionsunterricht erteilt, wobei einerseits katholischer, andererseits evangelischer Unterricht angeboten wird. Der Religionsunterricht wird von den jeweiligen Kirchen getragen und finanziert. Die einschlägigen Rechtsgrundlagen der evangelisch-reformierten Landeskirche sehen u.a. vor, dass für den evangelischen Unterricht nur Lehrpersonen angestellt werden können, die eine entsprechende Ausbildung in reformierter Theologie absolviert haben. Denn es sei für den Unterricht unabdinglich, nicht „allgemein“ protestantische, sondern spezifisch reformierte Theologie studiert zu haben. Aus diesem Grund wurde eine Stellenbewerberin aus Deutschland, in dem die evangelisch-lutherische Kirche dominiert, für die Besetzung einer Stelle als Religionslehrerin von Vornherein nicht in Betracht gezogen.

¹⁴ S.o. B.

¹⁵ BG, 2C_375/2007, Urt. V. 8.11.2997; BG, 2C_625/2007, Urt. v. 2.4.2008. Zu diesen Urteilen *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 11), 227 (231 f.).

Fall 2: Kein Kopftuch in der Schule

In einem kantonalen Reglement ist vorgesehen, dass Lehrpersonen nicht mit einem islamischen Kopftuch unterrichten dürfen; gerechtfertigt wird diese Regelung in erster Linie mit der religiösen Neutralität des Staates und der Schule, die in dem betreffenden Kanton in der Verfassung verankert ist.

Fall 3: Kein Kopftuch bei der Arbeit

Arbeitgeber X verlangt von seinen weiblichen Angestellten, dass sie nicht mit einem islamischen Kopftuch am Arbeitsplatz erscheinen.

Fall 4: Konfessionelle Ferienlager

Im Kanton X bietet eine kirchlich gebundene Jugendorganisation Ferienlager für Kinder und Jugendliche an. Da die Nachfrage für diese Ferienlager bei weitem die verfügbaren Plätze überschreitet, beschliesst die Jugendorganisation mit Billigung der zuständigen kirchlichen Instanzen und Geldgeber, vorzugsweise Kinder der entsprechenden christlichen Konfession zu den Ferienlagern zuzulassen.

Fall 5: Vorzugszugang zum Gymnasium

Im katholisch geprägten Kanton X gibt es vier Gymnasien; eines dieser Gymnasien wird von einem katholischen Orden geführt. Durch eine Vereinbarung mit dem Kanton fungiert aber auch dieses Gymnasium als öffentliche Schule und wird staatlich (mit-) finanziert. In der erwähnten Vereinbarung ist eine Bestimmung enthalten, die es dem Gymnasium ermöglicht, im Falle von zu vielen Bewerbern im Verhältnis zu den Kapazitäten des Gymnasiums die Schüler katholischer Konfession bevorzugt aufzunehmen.

II. Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – allgemeine Grundsätze

Wird nach der Tragweite eines im Freizügigkeitsabkommen niedergelegten Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit gefragt, so ist zunächst die materielle Einschlägigkeit der entsprechenden Bestimmung zu prüfen, also etwa in Bezug auf das für Arbeitnehmer

geltende spezielle Diskriminierungsverbot des Art. 9 Anhang I FZA die Frage nach dem Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft und der Betroffenheit der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.¹⁶ Kann diese Frage bejaht werden, stellen sich in Bezug auf die im vorliegenden Beitrag im Zentrum des Interesses stehenden Problemkreise insbesondere drei Fragen: diejenige nach dem Vorliegen einer (materiellen) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Falle der Anknüpfung einer Unterscheidung an die Religion oder die religiösen bzw. weltanschaulichen Überzeugungen (1.), die Frage nach der möglichen Rechtfertigung einer solchen Unterscheidung (2.) sowie diejenige nach den durch die Diskriminierungsverbote Verpflichteten (3.).

In Bezug auf die tatbestandliche Einschlägigkeit der Bestimmungen des Abkommens handelt es sich bei den Ausgangsfällen 1 (Evangelisch-reformierte Lehrer), 2 und 3 (Kopftuchregelungen) klar um solche, die – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Personenfreizügigkeitsabkommens – unter dem Gesichtspunkt des Art. 9 Anhang I FZA zu prüfen wären. In den Fällen 4 (Konfessionelle Ferienlager) und 5 (Vorzugszugang zum Gymnasium) hingegen ist keine spezifische Bestimmung des Abkommens einschlägig; allerdings könnte Art. 2 FZA zum Zuge kommen.¹⁷

1. Das Abstellen auf religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen als Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Art. 2 FZA sowie die erwähnten spezifischen Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit stehen sowohl formellen als auch materiellen Diskriminierungen entgegen. Dabei knüpfen erstere 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.¹⁸ Typische Beispiele sind hier der Rückgriff auf

¹⁶ In Bezug auf Art. 2 FZA vgl. unten C.II.

¹⁷ Hierzu unten C.II.

¹⁸ Vgl. zu diesem Grundsatz im Gemeinschaftsrecht etwa *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 8. Aufl., 2008, § 10, Rn. 6; *Astrid Epiney*, in: Christian

den Wohnsitz¹⁹ oder den Ausbildungsort²⁰, wobei eine (materielle) Diskriminierung auch dann vorliegen kann, wenn es um eine regionale Regelung geht, durch die neben Ausländern auch andere Inländer benachteiligt werden.²¹ Es dürfte unbestritten sein, dass auch Art. 2 FZA und die spezifischen Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit neben formellen auch materiellen Diskriminierungen – nur letztere kommen im Falle des Abstellens auf die Religion oder religiöse bzw. weltanschauliche Ansichten in Betracht – entgegenstehen.²²

In Bezug auf die Frage, unter welchen (genauen) Voraussetzungen eine materielle Diskriminierung vorliegt, finden sich – soweit die Thematik überhaupt aufgegriffen wird – zwar unterschiedliche Ansätze.²³ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfte aber – auch wenn vereinzelte Urteile eine „quantitative“ Sichtweise nahe legen könnten²⁴ – insgesamt von einer typisierenden Betrachtungsweise ausgehen, die – ohne dies ausdrücklich zu problematisieren – letztlich darauf abstellt, ob eine Regelung typischerweise eher Ausländer benachteiligt.²⁵ Jedenfalls beschränkt sich der Gerichtshof bei der Prüfung der Frage, ob eine bestimmte Regelung eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt, regelmässig auf die Analyse der zur Debat-

Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV – EGV. Kommentar, 3. Aufl., 2007, Art. 12 EGV, Rn. 11 ff., mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 13.

²⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191.

²¹ Vgl. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721; ; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637.

²² Vgl. etwa *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 1), 45 (65 ff.). S. so auch BG, Urteil 2P.305/2002, Urt. v. 27.11.2003.

²³ Vgl. die Zusammenfassung des Streitstandes bei *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 18), Rn. 12, m.w.N.

²⁴ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-175/88 (Biehl), Slg. 1990, I-1779, Rn. 14; s. auch EuGH, Rs. 33/88, Slg. 1989 (Allué), 1591, Rn. 12; EuGH, Rs. C-331/9, C-332/91 (Allué), Slg. 1993, I-4309, Rn. 12; EuGH, Rs. C-272/92 (Spotti), Slg. 1993, I-5185, Rn. 18.

²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-350/97 (Pastoors), Slg. 1997, I-285, Rn. 17; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 13; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 31; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637, Rn. 31.

te stehenden Regelungen, ohne statistische Erhebungen über die genaue Anzahl der (nachteilig) Betroffenen der einen oder anderen Staatsangehörigkeit zu verlangen. Dieser Ansatz erscheint auch überzeugend: Da eine irgendwie geartete Quantifizierung der betroffenen Personen naturgemäss sehr schwierig ist und im Übrigen die Gefahr rein zufälliger Entscheidungen mit sich brächte,²⁶ erscheint es sachdienlich, bei der Erueirung des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung entscheidend darauf abzustellen, ob die entsprechende Regelung die Gefahr mit sich bringt, dass Angehörige eines bestimmten Mitgliedstaates bevorzugt (oder benachteiligt) werden, was in der Regel jedenfalls dann der Fall ist, wenn ein besonderer Bezug zu einem Mitgliedstaat bzw. der Region, in der die entsprechende Regelung gilt, vorliegt.²⁷ M.a.W. ist nicht ein irgendwie geartetes quantitatives Kriterium, sondern die inhaltliche Tragweite einer Regelung ausschlaggebend: Diese muss so ausgestaltet sein, dass Personen einer bestimmten Staatsangehörigkeit das betreffende Kriterium grundsätzlich leichter erfüllen können, was in der Regel aufgrund eines besonderen Bezugs des gewählten Kriteriums zu einem Mitgliedstaat der Fall ist.

Vor diesem Hintergrund kann denn auch die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das Abstellen auf die Religionszugehörigkeit eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen kann, beantwortet werden, wobei klarzustellen ist, dass sich – soweit ersichtlich – der EuGH noch nicht zu dieser Frage auszusprechen hatte. Entscheidend muss nach dem Gesagten sein, ob das Abstellen auf die Religionszugehörigkeit – wobei dieses auch indirekt erfolgen kann, ins-

²⁶ Müssen nun 60, 70, 80 oder 90 % der Betroffenen Aus- bzw. Inländer sein? Zumindest missverständlich daher EuGH, Rs. C-129/92 (Owens), Slg. 1994, I-117, Rn. 16; *Michael Holoubek*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 12 EGV, Rn. 41; *Rudolf Streinz*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/EGV. Kommentar, Art. 12, Rn. 49, wonach quantitative Elemente ausschlaggebend seien, wobei jedenfalls der EuGH aber nicht den Nachweis einer bestimmten quantitativen „Betroffenheit“ verlangt.

²⁷ Ausführlich *Astrid Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, 105 ff. S. auch die Definition der materiellen Diskriminierung in Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54 (Gleichbehandlungsrichtlinie), ABl. 2006 L 204, 23, wo in Bezug auf das Vorliegen einer (materiellen) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darauf abgestellt wird, dass das gewählte Kriterium die Gefahr einer Benachteiligung eines Geschlechts impliziert.

besondere indem an gewisse Verhaltensregeln für bestimmte Religionen angeknüpft wird – die Gefahr mit sich bringt, dass Angehörige anderer EU-/EFTA-Staaten²⁸ benachteiligt bzw. Schweizer Bürger bevorzugt werden.

Wirft man zunächst einen Blick auf die Situation in der Europäischen Union, so ist als Ausgangspunkt festzuhalten, dass das Anknüpfen an die Religionszugehörigkeit zumindest unter gewissen Voraussetzungen eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen kann, nämlich jedenfalls immer dann, wenn ein Mitgliedstaat von einer bestimmten Konfession geprägt ist und Personen anderer Konfessionen benachteiligt sind. Als Beispiel mag man an die skandinavischen Staaten (als protestantisch geprägte Staaten) oder an Irland oder Polen (als katholisch geprägte Staaten) denken. In diesen Konstellationen besteht nämlich die Gefahr (ähnlich wie beim Abstellen auf den Wohnsitz), dass durch eine die „einheimische“ Konfession bevorzugende Regelung im Wesentlichen EU-Ausländer benachteiligt werden. An diesem Schluss ändert auch der Umstand nichts, dass andere Ausländer (nämlich diejenigen, die ebenfalls katholisch bzw. protestantisch sind) auch unter die vorteilhafte Regelung fallen. Insofern kann das (direkte oder indirekte) Abstellen auf die Religionszugehörigkeit also durchaus zu einer materiellen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit führen.

Wendet man diese Grundsätze auf die Situation in der Schweiz an, so können diese Voraussetzungen durchaus in den konfessionell geprägten Kantonen gegeben sein. So dürfte die Regelung im Fall 5 („Vorzugszugang zum Gymnasium“) die Gefahr mit sich bringen, dass in erster Linie Einheimische und damit Schweizer Bürger bevorzugt werden, ist der Kanton doch katholisch geprägt. Ebenso ist es im Fall 4 („Konfessionelle Ferienlager“) möglich, dass eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt, unter der Voraussetzung einer entsprechenden konfessionellen Prägung der entsprechenden Region. Weiter liegt im Fall 1 („Evangelisch-reformierte Lehrer“) insofern eine mate-

²⁸ Das Freizügigkeitsabkommen begünstigt (neben Schweizern) nur Unionsbürger (vgl. schon Art. 1 FZA) sowie aufgrund eines Abkommens zur Änderung des EFTA-Übereinkommens (SR 0.632.31) Bürger der EFTA-Staaten. Im Folgenden wird jeweils nur auf die Unionsbürger Bezug genommen, womit aber die Staatsangehörigen der EFTA-Staaten jeweils mit angesprochen werden.

rielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor, als der Calvinismus im Wesentlichen in der Schweiz verbreitet ist und eine theologische Ausbildung mit spezifisch reformierter Ausrichtung im Wesentlichen in der Schweiz angeboten wird, so dass die Regelung die Gefahr in sich birgt, in erster Linie Ausländer zu benachteiligen.

Deutlich wird damit aber auch, dass das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung immer dann fraglich ist, wenn zwar auf eine bestimmte konfessionelle Zugehörigkeit Bezug genommen wird bzw. diese als Unterscheidungskriterium herangezogen wird, in dem entsprechenden Kanton jedoch keine klare konfessionelle Prägung besteht, was heute aufgrund der Bevölkerungsentwicklung in zahlreichen Kantonen (inzwischen) der Fall ist, wobei hier immer auch zu berücksichtigen ist, dass nur die Personen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit zu berücksichtigen sind und in vielen Kantonen diejenigen Personen, die nicht der „traditionellen“ Religion angehören, Ausländer sind.

Da die „dominanten“ Religionszugehörigkeiten von Schweizer Bürgern und Bürgerinnen aber jedenfalls die römisch-katholische Kirche oder die reformierte bzw. protestantische Kirchen sind und auch die Gesellschafts- und Rechtsordnung in einigen Bereichen von christlichen Traditionen bzw. Grundsätzen determiniert ist, könnte darüber hinaus fraglich sein, ob und inwieweit Vorgaben, die sich eher an christlichen Traditionen orientieren bzw. gegen Vorschriften anderer Religionen verstossen, oder auch das direkte Abstellen auf die Religionszugehörigkeit, die Mitglieder anderer Religionsgemeinschaften benachteiligen, materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen. Aus den Ausgangsfällen ist an die Fälle 2 und 3, die ein Verbot des Kopftuchtragens vorsehen, zu denken.²⁹ Dem Vorliegen einer materiellen Diskriminierung in solchen Fallgestaltungen steht jedenfalls nicht entgegen, dass neben Ausländern auch gewisse eigene Staatsangehörige – nämlich hier Schweizer und Schweizerinnen der betreffenden Religionsgemeinschaft – benachteiligt sind, da nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs allein ausschlaggebend ist, ob eine Regelung die Gefahr mit sich bringt, dass vornehmlich EU-Ausländer benachteiligt sind, so dass

²⁹ Zur Frage, ob und inwieweit auch Private durch das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verpflichtet sind, noch unten C.I.3.

es unschädlich ist, dass daneben auch gewisse eigene Staatsangehörige betroffen sind.³⁰

Fraglich könnte aber in unserem Zusammenhang sein, ob solche Unterscheidungen zwischen Personen christlicher Religionszugehörigkeit oder Tradition und gewissen anderen Religionen (in den Beispielsfällen der Islam) tatsächlich die Gefahr der Benachteiligung von EU-Ausländern mit sich bringen, da die EU-Mitgliedstaaten (jedenfalls bis jetzt) ebenfalls im Wesentlichen einer christlichen Tradition verbunden sind. Vor diesem Hintergrund könnte die Annahme nahe liegen, dass es im Falle des (direkten oder indirekten) Abstellens auf die Religion in solchen Fällen eben nicht um eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit geht, wäre doch die Mehrheit der Unionsbürger – die ebenfalls keinem anderen als dem christlichen Glauben anhängt – gerade nicht von einer solchen Unterscheidung betroffen.

Diese Argumentation dürfte jedoch die vom EuGH entwickelten Voraussetzungen des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung verkennen: Für den Gerichtshof dürfte nämlich – wie erwähnt³¹ – entscheidend sein, dass ein Unterscheidungskriterium die Gefahr mit sich bringt, dass eher EU-Ausländer benachteiligt werden bzw. eher Inländer bevorzugt werden. Nun ist es zwar so, dass auch manche Schweizer und Schweizerinnen Andersgläubige sind, sie jedoch klar die Minderheit bilden, so dass eine Benachteiligung von Andersgläubigen sicherlich typischerweise Schweizerinnen und Schweizer nicht trifft, diese also „bevorzugt“ sind. Die eigentliche Frage geht damit dahin, ob umgekehrt typischerweise EU-Ausländer benachteiligt sind. Zwar könnte diese Frage angesichts der christlich-abendländischen Tradition der EU- und EFTA-Mitgliedstaaten auf den ersten Blick verneint werden, sind die EU-Ausländer doch gerade nicht „typischerweise“ andersgläubig. Dieser Ansatz berücksichtigt jedoch nicht den Umstand, dass es für das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung bereits ausreicht, dass EU-Ausländer das betreffende benachteiligende Kriterium grundsätzlich leichter erfüllen als Schweizer und Schweizerinnen. Diese Frage dürfte

³⁰ Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 14.

³¹ S. bereits oben im Text.

aber angesichts des insgesamt sehr hohen Anteils an Andersgläubigen zumindest in einigen Mitgliedstaaten – hinzuweisen ist hier insbesondere auf die Staaten mit ehemals grossen Kolonialgebieten wie Frankreich, Grossbritannien und Belgien – grundsätzlich zu bejahen sein. Denn in diesen Staaten leben – auch aufgrund der teilweise erleichterten Einbürgerung – recht viele Andersgläubige, während diese unter Schweizer Bürgern und Bürgerinnen doch erheblich seltener sind. Vor diesem Hintergrund dürfte ein Abstellen auf die Religion im hier erörterten Sinn der Benachteiligung von Personen nicht christlicher Religionen grundsätzlich die Gefahr mit sich bringen, dass sich diese Regel in erster Linie zu Lasten von Unionsbürgern und Unionsbürgerinnen auswirkt, was für das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung – angesichts des nicht notwendigen quantitativen Elements – ausreichend ist.

2. Zur Rechtfertigung

Wird das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bejaht, ist also m.a.W. der Tatbestand des jeweiligen Diskriminierungsverbotes gegeben, bleibt (jedenfalls bei materiellen Diskriminierungen³²) noch die Frage der Rechtfertigung zu prüfen. Dabei kommen als Rechtfertigungsgründe neben den ausdrücklich im Abkommen aufgeführten Gründen insbesondere zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls – worunter sog. wirtschaftliche Gründe, bei denen es um die Wirtschaftslenkung oder die Verfolgung sonstiger wirtschaftspolitischer Anliegen geht, nicht zu subsumieren sind³³ – in Frage; soweit Private verpflichtet werden,³⁴ können auch (sonstige) sachliche Gründe einschlägig sein. Weiter muss die Massnahme – d.h. das Abstellen auf die Religionszugehörigkeit bzw. die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – den Anforderungen der Verhältnismässigkeit ge-

³² Zur Frage, ob und inwieweit eine Rechtfertigung bei formellen Diskriminierungen (auch) in Betracht kommt, m.w.N. *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 18), Rn. 37 ff.

³³ Vgl. nur 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.

³⁴ Hierzu noch unten C.II.3.

nügen, wobei insbesondere die Geeignetheit und die Erforderlichkeit von Bedeutung sind.

Selbstredend kann die Frage der Rechtfertigung nicht pauschal für alle Differenzierungen aus Gründen der Religionszugehörigkeit bzw. unter Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit beantwortet werden, geht es hier doch jeweils um verschiedene Anliegen und verschiedene Situationen, die im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung entsprechend zu berücksichtigen sind. Gleichwohl können aber in allgemeiner Form und unter Bezugnahme auf die oben erwähnten Beispielfälle verschiedene (nicht abschliessend zu verstehende) Kategorien von (möglichen) Rechtfertigungsgründen unterschieden werden:

- Zunächst ist es denkbar, dass – insbesondere im Arbeitsverhältnis – bestimmte religiös motivierte Verhaltensweisen nicht mit der Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben vereinbar sind oder gar die Gesundheit bzw. Sicherheit des Arbeitnehmers / der Arbeitnehmerin gefährden. Hier ist jeweils genau zu prüfen, ob die getroffene Massnahme den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes genügt. Besonders genau sind in diesem Zusammenhang solche Vorgaben zu prüfen, die letztlich keine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ (vgl. Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78³⁵) darstellen, sondern die (lediglich) für die konkrete Wahrnehmung der entsprechenden Aufgabe erforderlich sind bzw. sein können. So ist es etwa denkbar, dass das Tragen eines islamischen Kopftuchs (vgl. auch Fall 3) im Verkauf umsatzmindernd wirken kann, so dass sich die Frage stellt, ob auch eine solche Erwägung als Rechtfertigungsgrund statthaft sein kann. Nach der hier vertretenen Ansicht können auch solche „weicheren“ Gründe eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit grundsätzlich rechtfertigen, kann es doch aus der Sicht des Arbeitsgebers durchaus um einen sachlichen Grund gehen. Allerdings ist jeweils aber sowohl die Berechtigung des Anliegens an sich als auch die Verhältnismässigkeit im Einzelnen zu prüfen.

³⁵ RL 2000/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303, 16.

- Weiter – wobei diese Fragen zum Teil inzwischen auch spezifisch im Sekundärrecht geregelt sind³⁶ – kann in Bezug auf die Tätigkeit innerhalb von Kirchen oder anderen Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, die Anstellung nur von Personen mit der jeweiligen Überzeugung und / oder einer bestimmten Ausbildung vorgesehen werden, dies im Hinblick auf die „glaubwürdige“ und fachkompetente Ausübung der jeweiligen Tätigkeit. Allerdings – und insofern wohl über die sekundärrechtlichen Vorgaben hinausgehend³⁷ – ist auch die Verhältnismässigkeit der Regelung im Einzelnen zu prüfen, und zwar in Anknüpfung an die Erfordernisse der ausgeübten Tätigkeit. So ist es in Bezug auf Fall 1 („Evangelisch-reformierte Lehrer“) sehr zweifelhaft, ob die angeführten Gründe ausreichen: Denn für die Erteilung eines konfessionell geprägten protestantischen Religionsunterrichts sind zwar Kenntnisse der protestantischen Theologie unverzichtbar; höchst fraglich ist jedoch, ob das Erfordernis einer spezifisch reformierten Ausbildung erforderlich ist.
- Als spezifisch öffentliche Interessen kommen die religiöse Neutralität des Staates bzw. seiner Einrichtungen (z.B. Schulen), der Schutz von Grundrechten anderer, der staatliche Erziehungsauftrag oder die Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Frage.³⁸ Da nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung auch ggf. beeinträchtigten Grundrech-

³⁶ Vgl. RL 2000/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303, 16. Zu dieser Richtlinie den Beitrag von *Constanze Semmelmann* (in diesem Band).

³⁷ Vgl. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78, wonach massgeblich auf den „Ethos“ der Organisation abgestellt wird, während es im Rahmen des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit tatsächlich um eine Mittel-Zweck-Relation in Bezug auf das Erfordernis des jeweiligen Glaubens bzw. der sonstigen Anforderung für die Ausübung der fraglichen Tätigkeit ankommt.

³⁸ Vgl. hierzu ausführlich im Zusammenhang mit dem „Kopftuchverbot“ *Astrid Epiney/Roberts Mosters/Dominique Gross*, Islamisches Kopftuch und religiöse Neutralität an der öffentlichen Schule, in: René Pahud de Mortanges/Erwin Tanner (Hrsg.), *Muslime und schweizerische Rechtsordnung*, 2002, 129 (135 ff.).

ten Rechnung zu tragen ist,³⁹ ist insbesondere in solchen Fallgestaltungen jeweils im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung zu beachten, dass der regelmässig vorliegende Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit ebenfalls gerechtfertigt werden kann. Insofern kann und ist auch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 9 EMRK einzubeziehen.

- Fraglich könnte sein, ob auch das schlichte Anliegen, Personen einer bestimmten religiösen Gruppe zu bevorzugen bzw. zu benachteiligen, einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann, wie etwa im Fall der Reservierung einer Leistung für Angehörige einer bestimmten Gruppe (vgl. Fälle 4 und 5, konfessionelle Ferienlager und Vorzugszugang zum Gymnasium). Jedenfalls soweit der Staat agiert, ist ein solcher Rechtfertigungsgrund von vornherein in Anbetracht des Art. 9 EMRK ausgeschlossen.⁴⁰ Aber auch bei Privaten dürfte das Anliegen der Bevorzugung bestimmter Glaubensrichtungen keinen zulässigen Rechtfertigungsgrund darstellen: Denn sobald auf der Grundlage der erörterten Kriterien im Falle des Anknüpfens an eine bestimmte Glaubensrichtung eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bejaht wird, kann gerade das die Diskriminierung selbst begründende Kriterium als solches keinen Rechtfertigungsgrund darstellen; letztlich ginge es hier also um einen Selbstzweck. Hinzuweisen ist jedoch der Vollständigkeit halber auf den Umstand, dass es andere Gründe für die Bevorzugung von

³⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2004, I-9609; EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659.

⁴⁰ Im europäischen Gemeinschaftsrecht sind die durch das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten eröffneten Rechtfertigungsmöglichkeiten im „Lichte der Grundrechte“ auszulegen und zu prüfen, so dass die gemeinschaftlichen Grundrechte insoweit auch für die Mitgliedstaaten zum Zuge kommen. Vgl. etwa EuGH, Rs. C-368/95 (Famila Presse), Slg. 1997, I-3709; EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659; EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2004, I-9609. Es ist jedoch fraglich, ob diese Rechtsprechung auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, dürften doch die gemeinschaftlichen Grundrechte grundsätzlich nicht zu dem „Integrationsprogramm“ des Abkommens gehören, wenn sie auch als Teil der Rechtfertigungsprüfung zum Zuge kommen. Jedenfalls ist in der Schweiz aber Art. 9 EMRK unabhängig von der Antwort auf diese Frage zu beachten.

Personen bestimmter Glaubensrichtungen geben mag, so etwa der Umstand, dass die Personen, die von der Leistung profitieren, zur Deckung ihrer Kosten einen Beitrag leisten. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang jedoch erwähnt, dass ein solcher Zusammenhang unmittelbar sein muss; eine lediglich allgemeine Beitragspflicht o.ä. genügt nicht.⁴¹ Insofern sind also Bevorzugungen für Angehörige bestimmter Konfessionen grundsätzlich keiner Rechtfertigung zugänglich. Deutlich wird damit auch, wie bedeutsam die Frage nach der Drittwirkung ist.

3. Adressaten des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit („Drittwirkung“)

Die Diskriminierungsverbote des Freizügigkeitsabkommens verpflichten jedenfalls den Staat und alle staatlichen Organe. Dabei wird jegliches staatliche Verhalten erfasst, so dass dieser etwa auch bei Vereinbarungen über den Zugang zu als öffentliche Schulen fungierenden Privatschulen (vgl. Fall 5) gebunden ist. Fraglich ist jedoch, ob und inwieweit darüber hinaus auch Private verpflichtet werden.⁴²

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.⁴³ 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

⁴¹ Vgl. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

⁴² Vgl. umfassend zur Problematik mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung jüngst *Martenet/Boillet*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (Fn. 2), 311 ff.

⁴³ Vgl. 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.

Einzelnen ein solches „Machtgefälle“ besteht, dass sich die Einzelnen einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit kaum zu entziehen vermögen.⁴⁴ Für diesen Ansatz spricht im Übrigen, dass der Gerichtshof selbst bei in Verträgen mit Drittstaaten enthaltenen Diskriminierungsverboten von einer Drittwirkung in Bezug auf kollektive Regelungen (zur Debatte standen solche von Sportverbänden) ausgeht.⁴⁵ Ausgehend von dieser Rechtsprechung des EuGH und dem erörterten⁴⁶ Grundsatz der parallelen Auslegung von Abkommen und EG-Vertrag, soweit ersteres auf gemeinschaftsrechtliche Konzepte zurückgreift, 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.⁴⁷ Dabei dürfte in Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs – die immer Fallgestaltungen betraf, bei denen ganze Gruppen von Personen allein aufgrund einer bestimmten Tätigkeit der betreffenden Regelung unterworfen waren – eine solche kollektive Wirkung von Regelungen nur dann anzunehmen sein, wenn man sich diesen aufgrund der vergleichsweise starken Verhandlungsposition eines der Vertragspartner, der in der Lage ist,

⁴⁴ Vgl. im Einzelnen m.w.N. *Epiney*, Art. 12 EGV (Fn. 18), Rn. 22, 26; s. auch *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport, AJP 2008, 1233 (1234, 1337 f.), bezugnehmend auf ein ebenfalls in diese Richtung gehendes unterinstanzliches Urteil aus dem Kanton Bern. Ausführlich zur Drittwirkungsproblematik etwa *Philipp Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2007, *passim*; *Ted Oliver Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten – Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, 2000, *passim*; *Rasso Graber*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2002, *passim*; *Kara Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten – zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, 2005, *passim*.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-438/00 (Kolpak), Slg. 2003, I-4135; EuGH, Rs. C-265/03 (Simutenkov), Slg. 2005, I-2579.

⁴⁶ Oben B.

⁴⁷ Vgl. ebenso mit ausführlicher Begründung *Martenet/Boillet*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (Fn. 2), 311 (327 ff.). Diese weisen insbesondere darauf hin, dass der Grundsatz des *effet utile* auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Anwendung finde (330 f.).

dem anderen Vertragspartner seine Bedingungen „aufzuzwingen“, kaum entziehen kann. Diese Voraussetzungen werden in der Regel dann vorliegen, wenn die entsprechenden Vertragsinhalte nicht individuell verhandelt werden, sondern auf „typisierte“ Klauseln zurückgegriffen wird. In Bezug auf die oben beispielhaft aufgeführten Fälle dürften diese Voraussetzungen etwa bei konfessionell geführten Sommerlagern für Kinder und Jugendliche (vgl. Fall 4) nicht erfüllt sein, da es hier zahlreiche andere Angebote gibt, so dass das erwähnte grundsätzlich notwendige „Machtgefälle“ zwischen den (potentiellen) Vertragspartnern nicht ersichtlich ist. Hingegen sind Kirchen grundsätzlich als solche kollektiv handelnden Organismen anzusehen, zumal sie in der Schweiz auch häufig noch die Vorteile einer staatlichen Anerkennung geniessen. Denn die Ausübung zahlreicher Berufe – etwa derjenige des Religionslehrers (vgl. Fall 1) – ist im Wesentlichen im kirchlichen Rahmen möglich, so dass sich die Betroffenen – wollen sie den entsprechenden Beruf ausüben – diesem Arbeitgeber kaum entziehen können. Aber auch in Bezug auf andere Angestellte sind die Kirchen jedenfalls in Bezug auf kollektiv für alle Angestellten gehende Vertragsklauseln an das Diskriminierungsverbot gebunden, geht es doch auch bei solchen Regelungen um kollektiv anwendbare Vertragsklauseln.⁴⁸

Fraglich könnte jedoch sein, ob darüber hinaus auch in Bezug auf die Rechtsbeziehungen zwischen Individuen ohne kollektives Element von einer solchen Drittwirkung auszugehen ist. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Art. 9 Abs. 4-6 Anhang I FZA für bestimmte Bereiche der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eine solche umfassende unmittelbare Wirkung vorsehen. Im Einzelnen ist danach in Bezug auf Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen, die den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen betreffen, das Diskriminierungsverbot umfassend zu beachten (Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA). Ebenso ist das Diskriminierungsverbot

⁴⁸ Im Übrigen ordnet in solchen Fällen Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA sowieso eine direkte Drittwirkung an, vgl. noch sogleich im Text, so dass es für den Beispielfall gar nicht auf das Vorliegen einer kollektiven Regelung ankommt. Die Frage danach, ob Kirchen grundsätzlich „kollektiv“ handeln (können), kann aber z.B. im Zusammenhang mit nicht das Arbeitsverhältnis betreffenden Regelungen relevant sein.

aus Gründen der Staatsangehörigkeit umfassend in Bezug auf die Gewerkschaftszugehörigkeit sowie den Zugang zu einer Wohnung anzuwenden (Art. 9 Abs. 5, 6 FZA).

Darüber hinaus ist es jedoch fraglich, ob eine unmittelbare Wirkung der Diskriminierungsverbote des Abkommens zwischen Privaten bejaht werden kann. Zwar sprach sich der Gerichtshof in der Rs. *Angonese*⁴⁹ in Bezug auf das sich aus Art. 39 EGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) ergebende Diskriminierungsverbot für eine solche umfassende unmittelbare Drittwirkung aus. Trotz der nach der hier vertretenen Ansicht aus dem Freizügigkeitsabkommen ableitbaren grundsätzlichen Pflicht zur Beachtung (auch) von nach dem Datum der Unterzeichnung erlassenen Urteilen des Gerichtshofs⁵⁰ sprechen in Bezug auf dieses konkrete Urteil die besseren Gründe gegen seine Massgeblichkeit im Rahmen von Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens:⁵¹ Denn einmal stellt der Gerichtshof in seiner Argumentation massgeblich auf Art. 141 EGV (Lohngleichheit von Mann und Frau) ab, dem ebenfalls unmittelbare Wirkung zwischen Privaten zukomme, so dass kein Grund bestehe, eine solche in Bezug auf das Diskriminierungsverbot des Art. 39 EGV zu verneinen. Das Freizügigkeitsabkommen enthält aber keine Art. 141 EGV entsprechende Bestimmung, so dass das für die Bejahung der Drittwirkung des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV massgebliche Argument keinen Niederschlag im Abkommen findet. Damit aber fragt es sich, ob auch im Rahmen des Abkommens – angesichts der Bedenken gegen eine unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit, insbesondere vor dem Hintergrund der damit einhergehenden massiven Beeinträchtigung der Privatautonomie – eine hinreichende Grundlage für die Bejahung der Drittwirkung bestünde. Zum anderen und daran anschliessend handelt es sich hier um eine Rechtsprechung, die sich gerade nicht auf der Linie der

⁴⁹ EuGH, Rs. C-281/98 (*Angonese*), Slg. 2000, I-4161.

⁵⁰ S.o. B.

⁵¹ Abgesehen von den auch auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts bestehenden Bedenken gegen die in dem Urteil postulierte unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV. Vgl. hierzu etwa die (harsche) Kritik des Urteils bei *Rudolf Streinz/Stefan Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459 ff.

bisherigen Rechtsprechung befindet, kaum voraussehbar war und sich im Übrigen – wegen der nicht erfolgten Aufnahme einer Art. 141 EGV entsprechenden Bestimmung in das Freizügigkeitsabkommen – kaum in das Abkommen einbetten dürfte, so dass die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der grundsätzlichen Pflicht zur Beachtung auch neuerer Urteile des EuGH greifen dürften. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Diskriminierungsverbote des Abkommens keine unmittelbare Drittwirkung in Beziehungen Privater, die keinen kollektiven Charakter aufweisen, entfalten, wenn auch diese Frage noch einer ausdrücklichen Klärung durch die Rechtsprechung bedarf. Zu erinnern ist aber daran, dass Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA ausdrücklich eine unmittelbare Drittwirkung für den Bereich der Arbeitsverträge vorsieht, womit weite Teile der in der Rs. *Angonese* formulierten Grundsätze letztlich im Abkommen kodifiziert werden.⁵²

II. Insbesondere: zum Anwendungsbereich des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA)

Der Tatbestand des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 2 FZA setzt voraus, dass die Diskriminierung „bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ erfolgt.

Von Bedeutung ist in unserem Zusammenhang insbesondere die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Reichweite des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV⁵³ auf Art. 2 FZA „über-

⁵² Vgl. insoweit auch *Martenet/Boillet*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (Fn. 2), 311 (334 f.).

⁵³ Vgl. EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. C-43/95 (Data Delecta), Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-65/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2004, I-6427; EuGH, verb. Rs. C-92/92, C-326/92 (Phil Collins), Slg. 1993, I-5145; 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.

tragen“ werden kann. Nach dieser Rechtsprechung fallen all diejenigen Regelungen in den Anwendungsbereich des Vertrages, die Implikationen für die Ausübung der Grundfreiheiten entfalten, so etwa auch Studiengebühren für Hochschulen, bereiten letztere doch auf die Berufsausübung vor, so dass ein enger Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit gegeben ist. Zudem schliesst der EuGH im Wesentlichen aus dem sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrecht sowie aus den einschlägigen Aufenthaltsrichtlinien, dass letztlich all diejenigen nationalen Regelungen, die die Aufenthaltsbedingungen betreffen bzw. in untrennbarem Zusammenhang mit dem Aufenthalt stehen (wie etwa auch eine Reihe sozialer Leistungen), in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen. M.a.W. ist der Anwendungsbereich des Vertrages immer schon dann eröffnet, wenn sich eine Person in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befindet, worunter auch die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat fällt. Der Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich dann aus Art. 12 EG, während die Berufung auf Art. 18 EGV – der das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger formuliert – für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages von Bedeutung ist.⁵⁴

Versucht man vor diesem Hintergrund eine Präzisierung der einschlägigen Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA, so ist zu unterscheiden:

- Soweit die Rechtsprechung darauf abstellt, dass die effektive Verwirklichung der Grundfreiheiten betroffen ist, fällt sie unter Art. 16 Abs. 2 FZA. Denn auch das Personenfreizügigkeitsabkommen verfolgt ja gerade diese Zielsetzungen, und zwar letztlich auf derselben Grundlage wie der EG-Vertrag, so dass – wie bereits erwähnt – eine parallele Rechtslage angestrebt wird.
- Das Freizügigkeitsabkommen übernimmt jedoch gerade nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft. Vielmehr beschränkt sich das Abkommen auf die Garantie der wirtschaftlichen Grundfreiheiten so-

⁵⁴ Vgl. ausführlich zu dieser Rechtsprechung und zu den durch sie aufgeworfenen Fragen *Astrid Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV – einige Gedanken zu den Implikationen der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger -, in: *Astrid Epiney/Marcel Haag/Andreas Heinemann* (Hrsg.), FS Roland Bieber, 2007, 661 ff.

wie der Freizügigkeit Nichterwerbstätiger und Familienangehöriger unter genau umschriebenen Voraussetzungen. Daher könnte eine Rechtsprechung, die massgeblich und ausschliesslich auf die Unionsbürgerschaft zur Umschreibung des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV abstellt, im Rahmen des Abkommens nicht herangezogen werden.

Zu beachten ist jedoch, dass eine genauere Analyse der einschlägigen Rechtsprechung zur Bedeutung und Tragweite der in Art. 18 EGV gewährleisteten Freizügigkeit für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Sinne des Art. 12 EGV zeigt, dass es letztlich massgeblich nicht um die Unionsbürgerschaft als solche, sondern um die Frage der Reichweite und Bedeutung der den Unionsbürgern zustehenden Freizügigkeitsrechte geht. Entsprechende Freizügigkeitsrechte sind aber auch – wenn auch nicht in Anknüpfung an die Unionsbürgerschaft – im Freizügigkeitsabkommen verankert. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich insoweit auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant, als es um die Reichweite der Freizügigkeitsrechte und ihre Tragweite für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vertrages geht: Denn diese Fragestellung bzw. diese Grundsätze sind im Abkommen – wenn auch auf anderer Rechtsgrundlage – letztlich parallel wie im Rahmen des EG-Vertrages ausgestaltet.⁵⁵ Daher ist die EuGH-Rechtsprechung in dem Ausmass einschlägig, in dem sie sich auf die Tragweite des im EG-Vertrag für Unionsbürger gewährten Freizügigkeitsrechts bezieht, findet dieses doch im Wesentlichen seine Entsprechung in den im Anhang I FZA garantierten Freiheiten. Hieran ändert dann auch der Umstand nichts, dass zusätzlich oder ergänzend auf das Konzept der Unionsbürgerschaft Bezug genommen wird.⁵⁶

⁵⁵ In diese Richtung wohl auch *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.).

⁵⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091. Dieses Urteil erging allerdings erst am 17.9.2002, also nach der Unterzeichnung des Abkommens.

Insgesamt ist damit – in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH – der Anwendungsbereich des Abkommens immer schon dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann. Damit ist die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH so auszulegen, dass Art. 2 FZA alle Diskriminierungen verbietet, die die Wahrnehmung der im Abkommen (einschliesslich seiner Anhänge) gewährleisteten Rechte behindern bzw. mit diesen im Zusammenhang stehen. Dazu genügt es bereits, dass sich die betreffende Person rechtmässig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält und somit von ihrem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Insofern können also auch Regelungen der sozialen Sicherheit⁵⁷ oder das Namensrecht betreffende Bestimmungen⁵⁸ in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, wobei der Hintergrund nicht in der Wahrnehmung der sich aus der nicht im Abkommen aufgenommenen Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte, sondern in der Inanspruchnahme der sich aus dem Abkommen ergebenden Freizügigkeitsrechte zu sehen ist. Insofern kann also bei der Auslegung des Art. 2 FZA an die im Rahmen des Art. 12 EGV massgeblichen Grundsätze angeknüpft werden.⁵⁹

⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191.

⁵⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613. Vgl. Hierzu *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85 (89 f.).

⁵⁹ Vgl. mit ausführlicher Begründung auch schon *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 1), 45 (65 ff.); beziehend auf die einzelnen Urteile des EuGH und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003 (Fn. 57), 85 (89 f.); *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, 41 (42 ff.); *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006 2006, 73 (79 ff.); *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizü-

Für die in diesem Beitrag im Zentrum stehende Frage bedeutet dieser Ansatz, dass Anknüpfungen an die Religionszugehörigkeit, die materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen, in der Regel von Art. 2 FZA erfasst werden, da es kaum vorstellbar ist, dass die entsprechenden Regelungen nicht in einem (engen) Zusammenhang mit dem Aufenthalt stehen. Auf dieser Grundlage dürfte die Regelung des Vorzugszugangs zum Gymnasium (Fall 5) von Art. 2 FZA erfasst sein; gleiches gilt für den Zugang zu Ferienlagern (vgl. Fall 4, wobei hier jedoch die Einschlägigkeit des Abkommens mangels unmittelbarer Drittwirkung zwischen Privaten bei nicht kollektiven Regelungen zu verneinen ist⁶⁰).

D. Zusammenfassung

Die Überlegungen in diesem Beitrag konnten aufzeigen, dass zwar nicht alle Anknüpfungen an die religiöse Zugehörigkeit einer Person oder ihre religiösen bzw. weltanschaulichen Überzeugungen gleichzeitig auch (materielle) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen, dass aber auf der anderen Seite doch einige Fallgestaltungen denkbar sind, in denen der Tatbestand einer der Diskriminierungsverbote des Freizügigkeitsabkommens erfüllt ist. Daher ist jeweils auch bei solchen Massnahmen, die auf den ersten Blick keinen Bezug zum Freizügigkeitsabkommen aufweisen bzw. bei denen es vordergründig lediglich um Differenzierungen nach Religion und / oder Konfession geht, jeweils im Einzelnen nach den aufgezeigten Kriterien zu prüfen, ob in einer solchen Unterscheidung eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit liegt. Im Falle der Bejahung dieser Frage wird häufig die Rechtfertigung entscheidend sein, in deren Rahmen wiederum Art. 9 EMRK zu berücksichtigen ist. Insofern ist also durchaus mit letztlich ähnlichen Ergebnissen zu rechnen wie im Falle der Anwendung des Art. 9 EMRK. Soweit also der Staat agiert, dürfte die Anwendung des Frei-

gigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, 2007, 101 (106 f.).

⁶⁰ S.o. C.I.3.

zügigkeitsabkommens in der Regel nicht zu anderen Ergebnissen führen wie diejenige des Art. 9 EMRK, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass der Prüfungsmaßstab bei der Anwendung von Personenfreizügigkeitsrechten enger sein kann als im Rahmen des Art. 9 EMRK.

Allerdings kommt dem Abkommen in all denjenigen Konstellationen eine grosse Bedeutung zu, in denen nicht der Staat, sondern kollektiv handelnde Private im Sinne der Rechtsprechung des EuGH – zu denen eben auch Kirchen zu zählen sein dürften – agieren: Diese sind umfassend an die Diskriminierungsverbote des Freizügigkeitsabkommens gebunden, wobei neben den spezifischen Diskriminierungsverboten auch das allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA), dessen Anwendungsbereich denkbar weit ist, zu beachten ist.

Unklar ist derzeit noch, ob die Diskriminierungsverbote des Abkommens auch in allen Beziehungen zwischen Privaten – also auch in solchen, die nicht kollektiver Natur sind – zur Anwendung kommen. Die besseren Gründe dürften – trotz der in eine andere Richtung gehenden Rechtsprechung des EuGH – gegen eine solch umfassende Drittwirkung sprechen.

Als Schlussfolgerung ist jedenfalls festzuhalten, dass das Freizügigkeitsabkommen im Zuge der Heranziehung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in (mindestens) dreierlei Hinsicht eine weitergehende Bedeutung entfaltet, als eine isolierte Betrachtung Formulierungen des Abkommens auf den ersten Blick erkennen lässt:

- Erstens können zahlreiche Regelungen, die scheinbar an andere Kriterien als die Staatsangehörigkeit anknüpfen, gleichwohl am Massstab des Abkommens zu überprüfen sein, ist diesem doch auch ein Verbot materieller Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu entnehmen.
- Zweitens erstreckt sich der Anwendungsbereich des „allgemeinen“ Diskriminierungsverbots des Art. 2 FZA auf all diejenigen Massnahmen, die in einem engen Zusammenhang mit dem (rechtmässigen) Aufenthalt eines Unionsbürgers stehen, so dass auch Bereiche, die scheinbar nicht vom Abkommen erfasst werden, am Massstab dieser Bestimmung zu messen sein können.
- Drittens schliesslich werden auch kollektiv handelnde Private durch die abkommensrechtlichen Diskriminierungsverbote verpflichtet; in

Bezug auf weite Aspekte des Arbeitsverhältnisses besteht gar eine umfassende Drittwirkung.

Die Implikationen des Abkommens für weite Bereiche des schweizerischen Rechts – unter Einschluss des Religionsrechts – dürften daher kaum zu überschätzen sein, und es bleibt zu hoffen, dass diesen bedeutenden Aspekten möglichst weitgehend im Vorfeld gerichtlicher Auseinandersetzungen Aufmerksamkeit geschenkt wird.