

# Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen

*Astrid Epiney / Robert Mosters*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

*Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2008/2009, Zürich/Bern 2009, S. 53-88. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

## A. Einleitung

Im Folgenden soll ein Überblick über die wichtigsten Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2008 gegeben werden.<sup>1</sup> Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wesentlichen Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und – soweit angebracht – einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Darüber hinaus sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)<sup>2</sup> geht, das in der Schweiz die Rechtsstellung von Unionsbürgern massgeblich bestimmt. Soweit sich nämlich die neuen Urteile des EuGH auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein.<sup>3</sup> Jedenfalls müssen sie aber in der Schweiz zur

---

<sup>1</sup> Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen*, in: Epiney/Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (SJER 2007/2008), 2008, 55 ff. Die Zusammenfassungen und Bewertungen mancher Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der NVwZ 2009 veröffentlicht werden.

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

<sup>3</sup> Gemäss Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den

Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens ist zu analysieren.

Thematisch und systematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17, 18 EGV) betreffenden Urteilen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EGV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 43, 49 EGV (D.) zu unterscheiden. Dabei geht es nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu behandeln, so dass gerade keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden.<sup>4</sup>

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

### **I. Reichweite des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV)**

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

##### **a) Rs. C-164/07, *Wood***

In der Rs. C-164/07<sup>5</sup> ging es um den Ausschluss von in Frankreich niedergelassenen EU-Ausländern von der französischen Staatsbürgern zustehenden Opferhilfe im Falle einer im Ausland begangenen Straftat. Der *EuGH* stellte – angesichts des ebenfalls die Opferhilfe betreffenden Urteils in der Rs. C-186/87<sup>6</sup> wenig überraschend – die Unvereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 12 EG fest, da es sich um eine unmittelbare Diskriminierung handle, für die keine Rechtfertigung ersichtlich sei. Der klagende Brite, der seit 20 Jahren in Frankreich lebte und arbeitete, befand sich, da er von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch mache, in einer unter den EG-Vertrag fallenden Situation. Bemerkenswert ist insbesondere die sehr knappe Feststellung der für die Anwendbarkeit des Art. 12 EG vorausgesetzten Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages: Der Gerichtshof stellt darauf ab, dass die betroffene Person sich in Ausübung ihres Rechts auf Arbeitnehmerfreizügigkeit oder auf Niederlassung in Frankreich befinde, so dass diese Situation „unter den EG-

---

Rechtsakten der EG, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, ist laut Art. 16 Abs. 2 FZA die vor der Unterzeichnung des FZA am 21.6.1999 ergangene einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Zur Relevanz der „neuen“, also nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangenen Rechtsprechung des EuGH, *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

<sup>4</sup> Vgl. insoweit den Beitrag von *Xavier Oberson/Jean-Frédéric Maraia* (in diesem Band).

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-164/07, *Wood*, Urt. v. 5.6.2008.

<sup>6</sup> EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195.

Vertrag“ falle, womit sie sich auf Art. 12 I EG berufen könne. Im Gegensatz zu anderen Urteilen nimmt der Gerichtshof weder im Einzelnen auf den Inhalt der in Frage stehenden Regelung Bezug noch stellt er in irgendeiner Form eine Verbindung zwischen der zur Debatte stehenden Regelung (das Opferhilfegesetz) und der Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts her. Führt man diesen, bereits in früheren Urteilen<sup>7</sup> angedeuteten Ansatz konsequent zu Ende, so ist der Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 12 EG jedenfalls immer dann eröffnet, wenn sich ein EU-Ausländer in Ausübung seiner Freizügigkeitsrechte in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, womit als Folge das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit umfassend in Bezug auf alle Lebensbereiche (zumindest staatlichen Maßnahmen gegenüber und allenfalls abgesehen von bestimmten politischen Rechten) geltend gemacht werden kann, ohne dass es auf einen Bezug der fraglichen Regelungen zum Aufenthalt ankommt.

**b) Rs. C-353/06, *Grunkin***

Nach dem Urteil in der Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*)<sup>8</sup> stand in der Rs. C-353/06<sup>9</sup> zum zweiten Mal eine namensrechtliche Frage auf dem Prüfstand der Art. 12 und 18 EG. Im Ausgangsverfahren ging es – strukturell ähnlich wie in der Rs. C-148/02 – darum, dass eine deutsche Behörde die Eintragung eines Doppelnamens eines in Dänemark geborenen deutschen Kindes, dessen Name dort so registriert worden war, verweigerte. Nachdem der *EuGH* zunächst (sehr knapp und unter Verweis auf die Rs. C-148/02) die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages festgestellt hatte, schloss er auf die Unvereinbarkeit dieser Weigerung unter den im Ausgangsfall gegebenen Umständen mit Art. 18 EG (Art. 12 EG war mangels einer Diskriminierung nicht einschlägig): Die Verpflichtung, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, einen anderen Namen als den zu führen, der bereits im Geburts- und Wohnortstaat erteilt und eingetragen wurde, könne die Wahrnehmung und Ausübung des sich aus Art. 18 EG ergebenden Freizügigkeitsrechts behindern. Denn solche unterschiedlichen Familiennamen je nach Mitgliedstaat könnten beträchtliche Schwierigkeiten mit sich bringen, etwa in Bezug auf die rechtlichen Wirkungen von Urkunden und Schriftstücken, die jeweils auf unterschiedliche Namen ausgestellt sind. Eine Rechtfertigung aus objektiven Gründen, insbesondere die Anknüpfung der Bestimmung des Nachnamens ausschließlich an die Staatsangehörigkeit im Hinblick auf die Kontinuität und die Namenseinheit, scheidet mangels Verhältnismäßigkeit aus, zumal im konkreten Fall gerade diese Zielsetzung nicht erreicht werde und das deutsche IPR unter gewissen Umständen Ausnahmen von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit für die Bestimmung des Nachnamens vorsehe. Das Anliegen der Vermeidung zu langer

<sup>7</sup> S. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98, *d'Hoop*, Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613. Zu diesem Urteil bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85, 105 f.

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin u.a.*, Urt. v. 14.10.2008, EuZW 2008, 694.

Nachnamen diene letztlich der Verwaltungsvereinfachung und genüge nicht, eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit zu rechtfertigen. Das Urteil ist eine weitere Illustration für die große Bedeutung des Art. 18 EG auch in Bereichen, die *a priori* wenig mit gemeinschaftlichen Regelungen in Zusammenhang gebracht werden. Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass die Überprüfung der einschlägigen Gesetzgebung unabhängig vom Vorliegen einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfolgte. Bemerkenswert ist weiter, dass der Gerichtshof – strukturell ähnlich wie bei den Grundfreiheiten – Einschränkungen des sich aus Art. 18 EG ergebenden Freizügigkeitsrechts nicht nur aus den im Sekundärrecht formulierten Gründen, sondern auch aus sonstigen objektiven Gründen erlaubt, wenn die Rechtfertigung auch im konkreten Fall verneint wurde.

**c) Rs. C-158/07, Förster**

In der Rs. C-158/07<sup>10</sup> stellte der EuGH – in Anknüpfung an das Urteil in der Rs. C-209/03 (*Bidar*)<sup>11</sup> – fest, dass sich ein Studierender auf Art. 12 EG berufen könne, wenn er sich zu Studienzwecken in einen anderen Mitgliedstaat begibt. Denn dann habe er von seinem in Art. 18 EG verankerten Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht, so dass diese Situation in den Anwendungsbereich des Vertrages falle. Daher könne sich aus Art. 12 EG auch ein Teilhabeanspruch auf die Gewährung von Unterhaltsstipendien ergeben, woran der Umstand nichts ändere, dass das einschlägige Sekundärrecht einen solchen Anspruch nicht kennt. Allerdings könne ein Eingriff in Art. 12 EG durch das Anliegen der Vermeidung einer übermäßigen Belastung des betreffenden Mitgliedstaats, die Auswirkungen auf das gesamte Beihilfenniveau haben könnte, gerechtfertigt werden. Insofern sei es „legitim“, von den Studierenden einen gewissen Grad der Integration in die Gesellschaft des betreffenden Staates zu verlangen. Diese Integration könne insbesondere durch eine gewisse Aufenthaltsdauer als nachgewiesen angesehen werden, wobei ein fünfjähriger ununterbrochener Aufenthalt als erforderlich angesehen wird. Das Urteil wiederholt in weiten Teilen die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-209/03, klärt aber zumindest teilweise die sich auf der Rechtfertigungsebene stellenden Fragen. Denn der Zugang zu Unterhaltsbeihilfen darf in solchen Konstellationen von einer Mindestaufenthaltsdauer von fünf Jahren abhängig gemacht werden, da hiermit eine „Integrationsvermutung“ verbunden werden kann, wobei es überraschend ist, dass der Gerichtshof den Nachweis einer ausreichenden Integration vor Ablauf dieser fünf Jahre (ein doch recht langer Zeitraum, jedenfalls für Studierende) nicht als mildere Maßnahme ansehen dürfe bzw. die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet werden, einen solchen Nachweis zuzulassen. Der Hinweis auf die „Legitimität“ dieses Erfordernisses darf wohl so verstanden werden, dass damit ein sachlicher Grund für die vorgenommene Differenzierung angenommen wird, wenn auch die genaue dogmatische Einordnung dieses „Legitimitätskriteriums“ und sein Verhältnis zu dem eigentlichen Rechtfertigungsgrund (Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Stipendiensystems) etwas im Dunkeln bleibt.

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Urt. v. 18.11.2008.

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil in der Rechtssache *Wood* betreffend die Versagung der Opferhilfe an Ausländer bei Straftaten im Ausland stützt sich letztlich auf die spätestens seit der parallel gelagerten Fallgestaltung in der Rechtssache *Cowan* bekannte Rechtsprechung des EuGH, so dass die hier zur Anwendung gelangten Grundsätze auch bei der Auslegung des FZA gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachten sind. Je nach Art der begehrten Leistung und dem Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft bzw. der Qualifizierung als Selbständiger kommen in derartigen Fallkonstellationen Art. 9 oder 15 Anhang I oder (wie hier) Art. 2 FZA als Rechtsgrundlage für den Anspruch in Betracht. Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 EGV ist für die Anwendung von Art. 2 FZA darauf abzustellen, ob der Anspruchsteller sich in einer Situation befindet, die durch das Abkommen geregelt ist. Dies ist etwa der Fall, wenn er von einem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht, das ihm auf Grund des Abkommens zusteht.<sup>12</sup>

Da sich das Urteil in der Rechtssache *Grunkin* betreffend das Namensrecht nicht auf das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV (ggf. in Verbindung mit Art. 18 EGV) stützt (anders noch das Urteil in der Rs. *Garcia Avello*), sondern allein auf das Aufenthaltsrecht gem. Art. 18 EGV, stellt sich die Frage, ob sich derartige Ansprüche auch aus den Aufenthaltsrechten des Abkommens zu Gunsten der Arbeitnehmer (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 und Art. 6 Anhang I FZA), der Niederlassungsberechtigten (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 und Art. 12 Anhang I FZA) oder der Nichterwerbstätigen (Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA) ableiten lassen. Die Argumentation des EuGH stützt sich zum einen auf den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) der gewährten Aufenthaltsrechte und wendet somit einen bekannten Grundsatz der früheren Rechtsprechung auf eine freilich vor der Unterzeichnung des Abkommens noch nicht entschiedene Fallkonstellation an. Auch hatte der EuGH jedenfalls bezüglich der Aufenthaltsrechte der Arbeitnehmer und Selbständigen bereits entschieden, dass diese ein allgemeines Beschränkungsverbot enthalten, so dass alle Massnahmen, die die Ausübung der Freizügigkeit erschweren oder weniger attraktiv machen, einen Eingriff in die jeweilige Grundfreiheit darstellen und einer (verhältnismässigen) Rechtfertigung bedürfen.<sup>13</sup> Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA sind die Bestimmungen des FZA entsprechend der Rechtsprechung des EuGH und somit unter Berücksichtigung des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts auszulegen, so dass gute Gründe dafür sprechen, auch die neuere Rechtsprechung des EuGH, in der er die bisherigen Grundsätze lediglich auf neuere Fallgestaltungen anwendet, für das Abkommen zu übernehmen. Da auch der Aufenthaltsanspruch der Nichterwerbstätigen ein rechtlich durchsetzbarer und an klare Voraussetzungen geknüpfter Rechtsanspruch ist, der zudem schon vor der Unterzeichnung des Abkommens nicht nur in Art. 18 EGV,

<sup>12</sup> Ausführlicher hierzu bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: *Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2003, 2004, 85, 89 f.

<sup>13</sup> Zusammenfassend und mit eingehender Argumentation EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 93 ff.

sondern auch in den sekundärrechtlichen Gewährleistungen der Aufenthaltsrichtlinien begründet und ebenfalls nach dem Grundsatz des *effet utile* auszulegen war, dürfte auch für die Nichterwerbstätigen ein dem Gemeinschaftsrecht entsprechender Anspruch bestehen.

Bei der Diskriminierung im Zusammenhang mit der Gewährung von Unterhaltsstipendien für Studierende wie im Fall *Förster* sind wiederum die spezifischen Ausnahmeregelungen des Abkommens zu beachten.<sup>14</sup> Diese finden sich insbesondere in den Anhängen und stehen einer Übertragung der EuGH-Rechtsprechung für den jeweils ausgeschlossenen Bereich entgegen. Eine solche Einschränkung ist Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt. Nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung der Vorschrift dürften unter Unterhaltsbeihilfen soziale Leistungen zu verstehen sein, die speziell für Studierende vorgesehen sind und der Bestreitung des Lebensunterhaltes dienen sollen, was auch im Falle *Förster* zutreffen dürfte. Dabei dürfte es nicht darauf ankommen, ob diese etwa in der Form eines Stipendiums oder eines vergünstigten Darlehens gewährt werden. Bei solchen Leistungen besteht also anders als im Gemeinschaftsrecht kein Anspruch nach dem Abkommen. Die Ausnahmegesetzgebung gilt jedoch nicht im Falle von Studierenden, die auf Grund einer anderen Bestimmung des Abkommens über ein Aufenthaltsrecht verfügen, z.B. als Familienangehörige eines Wanderarbeitnehmers, denn Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA verweist ausdrücklich auf „die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“.

Die drei Urteile zeigen, dass auch die Entscheidungen, in denen sich der EuGH in seiner Begründung auf das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger gemäss Art. 18 EG und / oder das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV stützt, für die Auslegung des FZA relevant sein können, dass es aber andererseits einer genaueren Untersuchung der Argumentation des EuGH, der jeweiligen Sachverhalte und der Bestimmungen des Abkommens bedarf, um die genaue Relevanz dieser Urteile für das FZA feststellen zu können.

---

<sup>14</sup> Zu Fragen des Hochschulzugangs und von Studienbeihilfen sowie der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH siehe *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005-2006, 73, 74 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Epiney/Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (SJER 2007/2008), 2008, 55, 58 ff.

## II. Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen von Unionsbürgern (Rs. C-127/08, *Metock*)<sup>15</sup>

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

In der Rs. C-127/08<sup>16</sup> stellte der Gerichtshof in Bezug auf die Auslegung von Art. 3 I RL 2004/38 („Unionsbürgerrichtlinie“<sup>17</sup>) fest, dass das Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Ehegatten eines Unionsbürgers, der sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass sich dieser vor seiner Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat. Damit modifiziert der Gerichtshof seine Rechtsprechung in der Rs. C-109/01 (*Akrich*)<sup>18</sup> und präzisiert seine Aussagen in der Rs. C-1/05 (*Jia*)<sup>19</sup>. Bemerkenswert ist, dass der EuGH sein Ergebnis ausdrücklich in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung setzt und sich auf diejenigen Urteile beruft, in denen dieser Ansatz schon angelegt war bzw. angedeutet wurde, während eine ausdrückliche Abkehr vom Urteil *Akrich* erfolgt. Zur Begründung greift der Gerichtshof auf folgende Erwägungen zurück:

- Erstens mache keine Bestimmung der RL 2004/38 deren Anwendung in Bezug auf Familienangehörige von Unionsbürgern von der Voraussetzung abhängig, dass diese sich zuvor in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben. Insbesondere unterscheide die in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 enthaltene Definition der Familienangehörigen nicht danach, ob diese sich bereits rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hatten oder nicht. Auch die in Art. 5, 6 Abs. 2, 7 Abs. 2 RL 2004/38 garantierten Rechte von (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen auf Einreise und auf Aufenthalt nähmen keinen Bezug auf den Ort oder die Bedingungen ihres Aufenthalts vor der Einreise in den betreffenden Mitgliedstaat.
- Art. 5 Abs. 2 RL 2004/38 nehme im Übrigen – in Bezug auf die Einreise eines Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist – Bezug auf das Erfordernis eines Einreisevisums, falls die betreffende Person nicht über eine Aufenthaltskarte nach Art. 10 Abs. 1 RL 2004/38 verfügt. Da diese Aufenthaltskarte aber gerade den rechtmäßigen Aufenthalt einer solchen Person in der EU bescheinigt, zeige diese Bestimmung, dass die RL 2004/38 auch auf solche Familienmitglieder Anwendung finden müsse, die sich nicht bereits in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben.

<sup>15</sup> Die Erörterung dieses Urteils beruht auf den Ausführungen in *Astrid Epiney*, Von *Akrich* über *Jia* bis *Metock*: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug – gleichzeitig eine Anmerkung zu EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Urt. v. 25.7.2008, EuR 2008, 840 ff.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Urt. v. 25.7.2008, EuZW 2008, 577.

<sup>17</sup> RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-109/01, *Akrich*, Slg. 2003, I-9607. Dieses Urteil bezog sich allerdings auf Art. 10 VO 1612/68, der mit der RL 2004/38 aufgehoben wird.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-1/05, *Jia*, Slg. 2007, I-1.

- Im Übrigen sehe Art. 10 Abs. 2 RL 2004/38, der die von Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige von Unionsbürgern sind, für die Ausstellung einer Aufenthaltskarte vorzulegenden Dokumente abschließend aufzählt, kein Dokument vor, das den vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat belegt.
- Diese Auslegung sei auch mit der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten vereinbar:<sup>20</sup> Denn die Ausübung der Freiheiten der Unionsbürger würde „schwerwiegend behindert“, wenn diese im Aufnahmemitgliedstaat kein normales Familienleben führen dürften. Daher dürfe der Gemeinschaftsgesetzgeber ganz allgemein den Aufenthalt von Familienangehörigen von Unionsbürgern im Aufnahmemitgliedstaat regeln, sofern der Unionsbürger dadurch in seiner Freizügigkeit beeinträchtigt sein könnte, etwa weil ihn der fehlende Familiennachzug davon hätte abhalten könnten, von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen. Eine solche Gefahr bestehe auch dann, wenn sich die Familienangehörigen des Unionsbürgers nicht bereits rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhalten.
- Schließlich führte ein Abstellen auf das Erfordernis eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts auch dazu, dass die Frage des Familiennachzugs für Unionsbürger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, je nach Mitgliedstaat unterschiedlich ausgestaltet sei. Dies stehe aber mit dem Binnenmarktziel – dessen Grundgedanke dahin gehe, dass die Bedingungen, unter denen ein Unionsbürger in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und sich aufhalten darf, in allen Mitgliedstaaten gleich sind – nicht in Einklang.

Damit gibt der EuGH im Ergebnis – trotz gegenteiliger Beteuerungen in der Urteilsbegründung – den akzessorischen Charakter bzw. Hintergrund der Familiennachzugsregeln auf:<sup>21</sup> Diese kommen unabhängig davon zum Zuge, ob und inwieweit ein ggf. nicht möglicher Familiennachzug die Ausübung der Freizügigkeit durch Unionsbürger behindert oder erschweren könnte. Denn das Kriterium für die Anwendbarkeit der Familiennachzugsregeln – abgesehen von dem nach wie vor grundsätzlich notwendigen grenzüberschreitenden Bezug – ist allein das Vorliegen der Verwandtschaftsbeziehung. Wenn auch einzelne der Begründungserwägungen des Gerichtshofs nicht vollumfänglich zu überzeugen vermögen,<sup>22</sup> ist das Urteil doch insgesamt zu begrüßen, dies insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 8 EMRK: Da die Verweigerung des Familiennachzugs nämlich jedenfalls einen Eingriff in Art. 8 EMRK darstellt und ggf. auch gegen dieses Grundrecht verstoßen kann, spricht Vieles dafür, die Familiennachzugsbestimmungen der RL 2004/38 (im Zweifel) so auszulegen, dass dem relevanten Grundrecht eine größtmögliche Wirkung zukommt

<sup>20</sup> Anders in Bezug auf diesen Punkt GA *Geelhoed*, Schlussanträge zur Rs. C-1/05, *Jia*, Slg. 2007, I-1, Rn. 30 ff., 65 ff.

<sup>21</sup> Wobei allerdings auch in der früheren Rechtsprechung bereits gewisse Ansätze in diese Richtung zu verzeichnen waren. Vgl. EuGH, Rs. C-503/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2006, I-1097; EuGH, Rs. C-157/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2005, I-2911; EuGH, Rs. C-459/99, *MRAX*, Slg. 2002, I-6591.

<sup>22</sup> Vgl. ausführlich zu diesem Urteil *Epiney*, Von Akrich über *Jia* bis *Metock*: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug – gleichzeitig eine Anmerkung zu EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Urt. v. 25.7.2008, EuR 2008, 840 ff.

und sie die Mitgliedstaaten jedenfalls unmissverständlich dazu verpflichtet, eine grundrechtskonforme Umsetzung zu gewährleisten. Da die RL 2004/38 – wie der Gerichtshof zutreffend festhält – keinerlei Anhaltspunkte für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Familiennachzugsregeln erkennen lässt, sprechen die besseren Gründe dafür, diese Regeln unabhängig von einem vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt anzuwenden, denn auf diese Weise wird jedenfalls gewährleistet, dass im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen der RL 2004/38 eine Einreise zu gewähren ist, womit die Mitgliedstaaten insoweit jedenfalls zu einer grundrechtskonformen Umsetzung verpflichtet werden.

Dieser Begründungsansatz steht auch mit der gemeinschaftlichen Zuständigkeitsverteilung in Einklang, denn der maßgebliche Grund für die „uneingeschränkte“ Anwendung der Familiennachzugsregeln ist die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte bei der gemeinschaftlichen Rechtsetzung: Es ist unbestritten, dass der Familiennachzug von großer Bedeutung für die effektive Verwirklichung der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger ist, so dass deren Regelung auf die genannten Rechtsgrundlagen gestützt werden kann. Bei der Sekundärrechtsetzung hat der Gemeinschaftsgesetzgeber aber die Verwirklichung der Grundrechte zu beachten, so dass er die zu regelnden Sachverhalte so regeln muss, dass sie jedenfalls in Einklang mit den Grundrechten stehen. Nach der hier vertretenen Ansicht erstreckt sich die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers aber auch darauf, diejenigen eng mit der jeweiligen Materie im Zusammenhang stehenden Aspekte zu regeln, die für eine zweifelsfreie Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer grundrechtskonformen Umsetzung notwendig sind.<sup>23</sup> M.a.W. findet die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers ihre Grundlage im Anliegen einer möglichst klaren grundrechtskonformen Rechtsetzung.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Art. 3 Anhang I FZA nimmt Art. 10 VO 1612/68 – der zwar inzwischen durch die RL 2004/38 aufgehoben wurde, auf den sich aber noch das Urteil *Akrich* bezogen hatte – auf, so dass hier jedenfalls ein Rückgriff auf einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff vorliegt. Obwohl das Urteil *Akrich* nach der Unterzeichnung des Abkommens erlassen wurde, „übernahm“ das Bundesgericht in Bezug auf einen parallel gelagerten Fall den Ansatz des EuGH im Ergebnis vollumfänglich mit dem Hinweis darauf, dass keine stichhaltigen Gründe ersichtlich seien, diese Bestimmung des Freizügigkeitsabkommens in einem anderen Sinn anzuwenden.<sup>24</sup> In einem späteren Urteil<sup>25</sup> setzte sich das Bundesgericht dann mit der Frage auseinander, ob und inwieweit die Weiterentwicklung der EuGH-Rechtsprechung im Urteil *Jia* auch für die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens von Bedeutung ist. Dabei

<sup>23</sup> Vgl. zu diesem Aspekt bereits *Astrid Epiney*, Zur Reichweite der Grundrechtsbindung des Gemeinschaftsgesetzgebers, ZAR 2007, 61 ff.

<sup>24</sup> BGE 130 II 1. Zu diesem Urteil im Einzelnen *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: *Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivièrè* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85, 105 f.

<sup>25</sup> BG, 2C\_42/2007, Urt. V. 30.11.2007, BGE 134 II 10.

ging es im Ausgangsfall um einen libyschen Staatsangehörigen, dem bereits 1997 der vorläufige Aufenthalt in der Schweiz erlaubt worden war, der in der Folge aber mehrfach strafrechtlich verurteilt worden war. Er hatte im Jahr 2005 eine portugiesische Staatsangehörige mit einer Niederlassungsbewilligung für die Schweiz geheiratet und stellte nun, gestützt auf den Familiennachzug, ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Das Bundesgericht verneinte zunächst den rechtmäßigen Aufenthalt des Libyers, da er zwar in der Schweiz wohnhaft, jedoch aufgrund seiner Straftaten rechtskräftig ausgewiesen worden war. Anschließend referiert das Bundesgericht die Urteile *Akrich* und *Jia* des EuGH und kommt zum (vorläufigen) Schluss, dass im Ausgangssachverhalt die Anwendung der Regeln über den Familiennachzug wohl nicht in Betracht komme, auch in Anbetracht der Rechtsprechung in der Rs. *Jia*, da jedenfalls ein unrechtmäßiger Aufenthalt vorliege. Dabei hält das Gericht aber auch fest, dass die Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich sehr schwierig auszulegen sei, eine Feststellung, der man kaum widersprechen kann. Aber auch unabhängig von diesen Auslegungsproblemen gehe es hier um nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung, die für das Bundesgericht nicht verbindlich sei. Des Weiteren fügt das Bundesgericht in seiner Begründung an, dass, würde es seine Rechtsprechung des BGE 130 II 1 ändern, Schweizer Bürgerinnen und Bürger, die unter das seit dem 1. Januar 2008 in Kraft getretene Ausländergesetz<sup>26</sup> fallen, gegenüber den Unionsbürgern wiederum schlechter behandelt würden, was der Gesetzgeber mit der im Ausländergesetz vorgenommenen Änderung der Familiennachzugsregelung für Schweizerinnen und Schweizer gerade beseitigen wollte.

Angesichts dieser Entwicklungen wirft das Urteil des EuGH in der Rs. *Metock* die Frage auf, ob diese „Rechtsprechungswende“ nunmehr auch in der Schweiz in Bezug auf die Auslegung von Art. 3 Anhang I FZA „nachvollzogen“ werden müsste. Es dürfte nur eine Frage der Zeit sein, bis sich auch in Bezug auf die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens dem Bundesgericht (wieder) eine entsprechende Frage stellt. Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe für eine grundsätzliche Maßgeblichkeit auch der neueren Rechtsprechung des EuGH, soweit es um Begriffe aus dem Gemeinschaftsrecht geht, die in das Abkommen Eingang gefunden haben.<sup>27</sup> Diese Voraussetzung dürfte in Bezug auf die Frage der Anwendbarkeit der Familiennachzugsregelungen zu bejahen sein: Zwar bezieht sich das Urteil *Metock* auf die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) und auch die Unionsbürgerschaft hat als solche keinen Eingang in das Abkommen gefunden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Abkommen (teilweise und jedenfalls in Bezug auf gewisse Familienangehörige) Aufenthaltsrechte verankert, die vom Ansatz her parallel zu den entsprechenden Freizügigkeitsrechten von Unionsbürgern ausgestaltet sind; dann stehen aber jedenfalls die Tragweite und Effektivität der entsprechenden

<sup>26</sup> Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20.

<sup>27</sup> Vgl. ausführlich zur Thematik *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, Zürich 2006, 57 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

Freizügigkeitsrechte – im Gemeinschaftsrecht und im Abkommen – zur Debatte, so dass die diesbezüglichen Aussagen des Gerichtshofs durchaus auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden können. Denn unabhängig von der genauen Rechtsgrundlage der Freizügigkeitsrechte stellt sich die Frage nach ihrer inhaltlichen Tragweite und Effektivität – so ein Freizügigkeitsrecht einmal gewährt ist – im Gemeinschaftsrecht und im Personenfreizügigkeitsabkommen grundsätzlich parallel. Gleiches gilt für die Erwägungen in Bezug auf Art. 8 EMRK. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch der Wortlaut von Art. 10 VO 1612/68 nicht erkennen lässt, dass seine Anwendung von einem vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt der Familienangehörigen im Unionsgebiet abhängt. Insofern sollte also nach der hier vertretenen Ansicht in der Schweiz in Bezug auf die Auslegung des Art. 3 Anhang I FZA das Urteil *Metock* beachtet und „nachvollzogen“ werden, was eine Rechtsprechungsänderung implizierte.

Es ist jedoch fraglich, ob sich das Bundesgericht dieser Ansicht anschließt: Denn das Bundesgericht geht – wie erwähnt – weniger von einem Grundsatz der Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH auch für nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Urteile, denn von einem pragmatischen Ansatz aus, wonach von Fall zu Fall entschieden wird, ob ein Urteil oder ein Aspekt eines Urteils übernommen wird oder nicht, ohne dass letztlich klar wird, warum jeweils eine Ausrichtung an der Rechtsprechung des EuGH erfolgt oder nicht.<sup>28</sup> Da das Bundesgericht bereits ausdrücklich betonte, dass es an der Ausrichtung seiner Rechtsprechung am Urteil *Akrich* festzuhalten gedenke,<sup>29</sup> wäre es überraschend, wenn es nunmehr im Zuge des Urteils *Metock* – das sich zudem auf die RL 2004/38, die keinen Eingang in das Freizügigkeitsabkommen gefunden hat, bezieht – seine Rechtsprechung wieder modifizierte. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht regelmäßig betont, das Freizügigkeitsabkommen übernehme nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft, woraus offenbar abgeleitet wird, dass die Rechtsprechung des EuGH, die sich auf diese bezieht, im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens nicht relevant sei.<sup>30</sup> Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme nahe, dass das Bundesgericht die auf die Unionsbürgerrichtlinie gestützte Rechtsprechung *Metock* eher nicht bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens berücksichtigen wird.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass die besseren Gründe für eine Übernahme der Rechtsprechung des EuGH (auch) in der Rechtssache *Metock* sprechen. Neben den bereits angeführten Erwägungen erscheint insbesondere die „Zurückhaltung“ des

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Vgl. BG, 2C\_42/2007, Urt. v. 30.11.2007, BGE 134 II 10.

<sup>30</sup> Vgl. etwa die Ausführungen in BGE 130 III 113; BG, 2A.379/2003, Urt. v. 6.4.2004; BG, 2C\_33/2007, Urt. v. 14.3.2008.

Bundesgerichts in Bezug auf Urteile, die die Unionsbürgerschaft betreffen, sehr fragwürdig. Denn zwar übernimmt das Abkommen das Konzept der Unionsbürgerschaft nicht. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bestimmte den Unionsbürgern zustehende Rechte – nämlich die Freizügigkeitsrechte – auf die Beziehungen zur Schweiz bzw. schweizerische Staatsangehörige ausgedehnt werden. Insofern dürften also „Teilgelte“ der Unionsbürgerschaft durchaus Eingang in das Abkommen gefunden haben. Ganz allgemein zeigt gerade die Frage nach der (Nicht-) Übernahme des Urteils *Metock* auf, wie problematisch die pragmatische Haltung des Bundesgerichts in Bezug auf die Maßgeblichkeit der neueren EuGH-Rechtsprechung letztlich ist: Sie führt nämlich – abgesehen davon, dass sie schon (wie erwähnt) aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zu überzeugen vermag – zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, wird doch regelmäßig umstritten sein, ob eine neuere Rechtsprechung heranzuziehen ist oder nicht, so dass jeweils nur eine gerichtliche Auseinandersetzung Klarheit zu schaffen vermag.

### III. Art. 18 EGV als Ausreiseverbot

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-33/07, *Jipa*)

Die Frage der Vereinbarkeit eines mitgliedstaatlichen Ausreiseverbots mit Art. 18 EG und Art. 27 RL 2004/38 („Unionsbürgerrichtlinie“<sup>31</sup>) war Gegenstand der Rs. C-33/07<sup>32</sup>. Ein Rumäne war wegen illegalen Aufenthalts aus Belgien nach Rumänien zurückgeführt und dort später in Anwendung der einschlägigen rumänischen Regelungen mit einem Ausreiseverbot belegt worden. Nachdem der EuGH zunächst die grundsätzliche Einschlägigkeit des Art. 18 EG auch in Fällen, in denen ein Unionsbürger aus seinem eigenem Mitgliedstaat ausreisen will und sich daher gegen seinen eigenen Mitgliedstaat wendet, in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung festgestellt hatte, bejahte er die grundsätzliche Möglichkeit der Rechtfertigung eines solchen Ausreiseverbots aus Gründen der öffentlichen Ordnung (und Sicherheit), wobei allerdings das persönliche Verhalten des Betroffenen eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellen und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen gewährleistet sein müssten; es obliege dem nationalen Gericht, das Vorliegen dieser Voraussetzungen in Bezug auf den konkreten Sachverhalt festzustellen. Von Bedeutung sind aber die Hinweise, die der *Gerichtshof* diesbezüglich formuliert: So sei es dem Heimatstaat insbesondere verwehrt, ausschließlich auf von einem anderen Mitgliedstaat geltend gemachte Gründe abzustellen, gehe es doch beim Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit grundsätzlich um die Wahrung dieser Rechtsgüter in dem Staat, der sich auf diese Gründe beruft, wenn damit auch nicht ausgeschlossen sei, dass die von einem anderen Mitgliedstaat geltend gemachten Gründe im Rahmen einer Gesamtbeurteilung auch berücksichtigt werden. Weiter deutet der EuGH an, dass die Voraussetzungen für ein Ausreiseverbot im konkreten Fall offenbar nicht vorlägen, da offenbar allein die Ausreiseverfügung eines anderen

<sup>31</sup> ABl. 2004 L 158, 77.

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-33/07, *Jipa*, Urt. v. 10.7.2008.

Mitgliedstaats in der Vergangenheit das Ausreiseverbot begründete. Das Urteil überrascht weniger in Bezug auf seine grundsätzlichen Aussagen (die sich allesamt auf eine mittlerweile gefestigte Rechtsprechung stützen können), denn ob seiner recht weitgehenden Zurückhaltung. Es ist nämlich allenfalls in Ausnahmefällen vorstellbar, dass ein Ausreiseverbot die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Heimatstaat effektiv zu schützen vermag; dies ist aber notwendig, da eine Gefährdung der „eigenen“ öffentlichen Ordnung und Sicherheit notwendig ist, wie der EuGH zutreffend betont. Jedenfalls in einem Fall wie dem Ausgangssachverhalt waren diese Voraussetzungen wohl nicht gegeben, und es ist nicht ersichtlich, bei welcher „Sachverhaltsvariante“ sie denn vorgelegen haben könnten, so dass der EuGH in Bezug auf die gemeinschaftsrechtliche Bewertung der Maßnahme durchaus hätte deutlicher sein können.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da das Urteil lediglich die aus der früheren Rechtsprechung bekannten Grundsätze wiederholt und auch die zu ihrer Anwendung auf den konkreten Fall ergangenen Hinweise eine konsequente Konkretisierung dieser Grundsätze darstellen, lassen sich die Aussagen der Entscheidung auf das FZA übertragen.

Vor diesem Hintergrund wirft ein Urteil des Bundesgerichts<sup>33</sup> vom 18. Oktober 2007, in dem dieses den Anspruch eines britischen Staatsangehörigen auf Aufenthalt in der Schweiz verneinte, eine Reihe von Fragen auf. Das Freizügigkeitsabkommen komme schon deshalb nicht zur Anwendung, weil sich der Brite nicht in die Schweiz begeben habe, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, sondern um dem Vollzug einer in Grossbritannien rechtskräftig gegen ihn verhängten Gefängnisstrafe wegen Steuervergehen zu entgehen. Mit anderen Worten setzte die Anwendung des Abkommens gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts voraus, dass derjenige, der sich darauf beruft, nicht nur in den Aufnahmestaat einreisen, sondern auch, dass er frei aus seinem Heimatstaat ausreisen darf. Dagegen liess das Bundesgericht die Frage offen, ob eine Aufenthaltsbewilligung hätte verweigert werden dürfen, da eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in der Schweiz vorliege. Dieses dürfte auch kaum der Fall gewesen sein, da die betroffene Person angesichts ihres aktuellen Verhaltens wohl keine hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit in der Schweiz darstellte und die Aussicht auf eine drohende Ausweisung nur ein Grund mehr gewesen wäre, sich in der Schweiz gesetzeskonform zu verhalten. Das Bundesgericht führte letztlich – über die im Abkommen formulierten Voraussetzungen hinaus – eine zusätzliche Voraussetzung für ein Aufenthaltsrecht ein, nämlich das Recht, seinen Heimatstaat zu verlassen, dessen Vorliegen das Bundesgericht dann gleich auch noch selbst prüft. Es ist bereits sehr fraglich, ob dies mit den Grundregeln der Freizügigkeit im Gemeinschaftsrecht im Einklang steht, denn danach sind die tatbestandlichen Voraussetzungen (etwa die Arbeitnehmereigenschaft) für die Wahrnehmung der Freizügigkeit grundsätzlich abschliessend geregelt, und es ist nicht ersichtlich, auf

---

<sup>33</sup> BG, 2C\_223/2007, Urt. v. 18.10.2007, BGE 134 II 25. Siehe hierzu auch *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 227, 229 f.

welche rechtliche Begründung das Bundesgericht diese zusätzliche Voraussetzung stützt. Das Urteil des Bundesgerichts ist aber auch nicht mit der soeben dargestellten und gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachtenden Rechtsprechung des EuGH vereinbar, wonach es bei der Prüfung der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit grundsätzlich um die Wahrung dieser Rechtsgüter in dem Staat geht, der sich auf diese Gründe beruft. Dieses Ergebnis ist im Übrigen auch nicht deshalb bedenklich, weil es den Vollzug einer rechtskräftig in einem Vertragsstaat verhängten Freiheitsstrafe verunmöglichte. Vielmehr wären diese Fragen gegebenenfalls im Rahmen eines Auslieferungsverfahrens zu klären.

## **C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV)<sup>34</sup>**

### **I. Arbeitnehmerfreizügigkeit für Stipendiaten**

#### **1. Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-94/07, *Raccanelli*)**

In der Rs. C-94/07<sup>35</sup> ging es in erster Linie um die Arbeitnehmereigenschaft eines bei der Max-Planck-Gesellschaft (MPG) „angestellten“ Forschers, der im Rahmen eines Stipendienvertrags eine Promotion vorbereitet sowie die Frage, ob Art. 39 EG auch gegenüber der MPG als privatrechtlicher Verein geltend gemacht werden kann. In Bezug auf die erste Frage zieht sich der EuGH letztlich auf die Definition des Arbeitnehmerbegriffs zurück und betont, dass ein Stipendiat nur dann als Arbeitnehmer i.S.d. Art. 39 EG anzusehen sei, wenn er seine Tätigkeit während einer bestimmten Zeit nach der Weisung eines zur MPG gehörenden Instituts ausübt und als Gegenleistung hierfür eine Vergütung erhält. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, diese Frage in Bezug auf den konkreten Fall zu beurteilen. Entscheidend dürfte hier letztlich sein, inwieweit der Stipendiat wirklich weisungsabhängig ist, was jedenfalls dann zu verneinen ist, wenn er (lediglich) eine Dissertation verfassen soll, hierbei jedoch völlig frei ist und auch sonst keine Leistungen für die MPG zu erbringen hat. Wenn er hingegen z.B. in ein Forschungsteam eingebettet ist, im Rahmen desselben verschiedene Doktoranden unter genauer Anleitung des Dissertationsleiters bestimmte Fragen zu bearbeiten haben, dürfte die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen sein. Der zweite Aspekt des Urteils betrifft die Drittwirkung des Art. 39 EG, die der EuGH in Anknüpfung an die Rs. C-281/98<sup>36</sup> bejahte, wobei er diese wohl nur auf das Diskriminierungsverbot (nicht hingegen das

---

<sup>34</sup> S. über die im Text erwähnten Urteile hinaus noch EuGH, Rs. C-276/07, *Delay*, Urt. v. 15.5.2008, EuZW 2008, 375 (Bejahung einer Pflicht zur Anerkennung einer ab der ersten Einstellung als Austauschlektor erworbenen Rechte, wenn ein befristeter Arbeitsvertrag in dieser Stellung durch einen unbefristeten Arbeitsvertrag als muttersprachlicher sprachwissenschaftlicher Mitarbeiter ersetzt wird, soweit bei einem inländischen Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation eine solche Anerkennung erfolgt wäre).

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-94/07, *Andrea Raccanelli/Max-Planck-Gesellschaft*, Urt. v. 17.7.2008, EuZW 2008, 529.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

Beschränkungsverbot) bezieht, wie sich nicht nur aus den verwendeten Formulierungen, sondern auch aus dem Bezug zu Art. 12 EG ergibt. Das Urteil ist das erste Urteil nach der Rs. C-281/98, in dem der EuGH die unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EG (unabhängig von einem Kollektivverhalten) bejahte, so dass insofern nunmehr von einer gefestigten Rechtsprechung ausgegangen werden kann, was auch dadurch bestätigt wird, dass der EuGH seinen Ansatz in der Rs. C-94/07 kaum mehr begründete, sondern sich im Wesentlichen auf einen Verweis auf die bisherige Rechtsprechung beschränkt. Dies ist angesichts der Kritik, der sich die Anerkennung einer umfassenden Drittwirkung des Art. 39 EG ausgesetzt sah, zu bedauern, hätte der EuGH doch die Gelegenheit ergreifen können, neben dem nicht wirklich überzeugenden Hinweis auf Art. 141 EG noch weitere Elemente zur Stützung seines Ansatzes anzuführen, wie etwa die effektive Wirksamkeit des Art. 39 EG. Zudem hätte man sich im vorliegenden Fall fragen können, ob die MPG angesichts ihrer überwiegend staatlichen Finanzierung wirklich als Privater anzusehen ist.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Soweit das Urteil die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft betrifft, dürfte es auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar sein. Das Urteil stellt insoweit nur die Anwendung bereits bekannter Grundsätze auf eine neue Fallkonstellation dar.<sup>37</sup> Parallele Fallgestaltungen könnten sich z.B. bei Forschern ergeben, die durch den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF) gefördert werden (welcher übrigens als privatrechtliche Stiftung organisiert ist, so dass sich auch hier die Frage der Bindung Privater stellte).

Fraglich ist demgegenüber, ob auch die Aussagen des EuGH zur Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Rahmen der Anwendung des FZA zu berücksichtigen bzw. im Ergebnis zu übernehmen sind. Das Urteil stützt sich diesbezüglich in erster Linie auf das Urteil in der Rs. *Angonese*<sup>38</sup>, welches erst nach dem 21.6.1999 ergangen ist. Sofern es sich freilich – anders als hier – um kollektive Regelungen, z.B. von Sport- und Berufsverbänden oder durch Tarifverträge, handelt, ist auch im Rahmen des FZA von einer Drittwirkung auszugehen, da die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH bereits vor der Unterzeichnung des FZA ergangen war.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Vgl. die Nachweise in EuGH, Rs. C-94/07, *Andrea Raccanelli/Max-Planck-Gesellschaft*, Urt. v. 17.7.2008, EuZW 2008, 529, Rn. 33.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

<sup>39</sup> So auch Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Gerichtspräsidentin 2, Entscheid in Sachen CEP Cortaillod / Swiss Athletics betreffend einstweilige Verfügung, Urteil vom 13.6.2008; hierzu *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport. Anmerkung zu einem Entscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 13. Juni 2008, AJP 2008, 1233 ff. Ebenso für eine Drittwirkung in diesen Fällen mit ausführlicher Begründung *Vincent Martenet/Véronique Boillet*, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, SJER 2007/2008, 311, 327 ff. Aus der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs siehe etwa EuGH, Rs. 36/74, *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405, Rn. 30 ff.; EuGH, Rs. 13/76, *Donà*, Slg. 1976, 1333, Rn. 17/18; EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn.

Schwieriger zu entscheiden ist jedoch, inwieweit darüber hinaus auch in Bezug auf die Rechtsbeziehungen zwischen Individuen ohne kollektives Element von einer Drittwirkung auszugehen ist.

Ergänzend ist allerdings 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 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 FZA zwischen Privaten im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rs. *Angonese* bejaht werden kann. Gegen eine Übertragung spricht zum einen, dass der Gerichtshof in diesem Urteil erstmals für die Auslegung von Art. 39 EGV auf seine (ständige) Rechtsprechung zu Art. 141 EGV (Lohngleichheit von Mann und Frau) abstellte, 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. Ein solcher Zusammenhang zwischen Art. 39 und Art. 141 EGV findet sich jedoch nicht in der früheren Rechtsprechung des EuGH und kann auch nicht ohne weiteres als dessen (konsequente) Fortsetzung angesehen werden, sondern war jedenfalls hinsichtlich dieser Begründung kaum voraussehbar. Zum anderen gelten die grundsätzlichen Bedenken<sup>40</sup> gegen eine unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit, insbesondere vor dem Hintergrund der damit einhergehenden massiven Beeinträchtigung der Privatautonomie, auch im Rahmen des Abkommens, und es fragt sich somit, ob eine hinreichende Grundlage für die Bejahung der Drittwirkung (im Rahmen des Gemeinschaftsrechts wie des FZA) besteht. Dieses Argument, das generell für eine zurückhaltende Anwendung der *Angonese*-Rechtsprechung auf andere Sachverhalte spricht, wird jedoch dadurch geschwächt, dass der EuGH diese Rechtsprechung in dem vorliegenden Urteil bestätigt hat und somit davon auszugehen ist, dass es sich nicht um einen einmaligen „Ausrutscher“ handelt. Im Übrigen lässt sich die unmittelbare Drittwirkung ebenso auf Erwägungen der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts („*effet utile*“) stützen, wie dies der EuGH im Urteil *Angonese* ebenfalls getan hat. Dieser Grundsatz hat jedoch auch in der früheren Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten und zu Art. 12 EGV bereits eine entscheidende Rolle gespielt und ist somit auch im Rahmen des FZA zu berücksichtigen.

---

74 ff. oder betreffend Tarifverträge EuGH, Rs. C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetepoulou*, Slg. 1998, S. I-47, Rn. 12.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu etwa die sehr prononciert vorgetragene Kritik des Urteils bei *Rudolf Streinz/Stefan Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459 ff.

## **II. Gliedstaatliche Beschränkung des Anschlusses an eine Pflegeversicherung**

### **1. Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-212/06, *Communauté française*)**

Die Rs. C-212/06<sup>41</sup> betraf die Zulässigkeit der in Flandern geltenden Regelung, wonach eine sog. Pflegeversicherung ausschließlich solchen Personen zugänglich ist, die in Flandern oder Brüssel wohnen oder die in diesen Gebieten arbeiten, aber in einem anderen EU-Mitgliedstaat wohnen, während die in Wallonien wohnhaften Personen, die in Flandern oder Brüssel arbeiten, keinen Zugang zu dieser Versicherung haben. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass in Bezug auf die in Wallonien wohnhaften Personen, die nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, ein rein interner Sachverhalt vorliege. Soweit in Wallonien wohnhafte Personen jedoch von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben und / oder Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, liege ein grenzüberschreitender Bezug vor. Die streitige Regelung sei auch geeignet, die Freizügigkeit von Arbeitnehmern (oder Selbständigen) zu beschränken, da diese davon abgehalten werden könnten, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um sich in Belgien aufzuhalten, weil eine Wohnsitznahme in bestimmten Teilen Belgiens den Verlust der Möglichkeit des Anschlusses an die Pflegeversicherung mit sich bringen könnte. Der Umstand, dass die Regelung nur marginale Auswirkungen auf die Freizügigkeit haben könne, sei irrelevant, da die Grundfreiheiten grundlegende Bestimmungen für die Gemeinschaft darstellten und jede Beeinträchtigung dieser Freiheiten, auch wenn sie noch so unbedeutend sei, verboten sei. Eine Rechtfertigung für eine solche Beschränkung sei nicht ersichtlich; insbesondere sei die Aufteilung der Befugnisse innerhalb der föderalen Struktur Belgiens irrelevant, da die interne Rechtsordnung eines Staates nicht die Nichteinhaltung der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen rechtfertigen könne. Das von einer Großen Kammer erlassene Urteil ist aus rechtlicher Sicht in jeder Hinsicht überzeugend und vermag nicht zu überraschen; seine politischen Implikationen dürften jedoch nicht zu unterschätzen sein, zumal die formulierten Grundsätze auch auf andere „diskriminierende“ Regelungen von Gliedstaaten übertragbar sein können. Deutlich wird damit, dass das Gemeinschaftsrecht auch auf in der Anlage interne politische Auseinandersetzungen Einfluss nehmen kann, nämlich immer dann, wenn die Grundfreiheiten berührt sind, so dass auf diese Weise die Beachtung auch gewisser rechtsstaatlicher Grundsätze durchgesetzt werden kann.

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

Das Urteil und seine zentralen Aussagen stellen eine Bestätigung und konsequente Anwendung der vor der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangenen Rechtsprechung zur Personenfreizügigkeit dar und lassen sich daher auf das

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, Urt. v. 1.4.2008.

Freizügigkeitsabkommen übertragen. Ebenso wie das Gemeinschaftsrecht verbietet somit das Abkommen die Diskriminierung eigener Staatsangehöriger, wenn diese von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben (also nicht etwa nur innerhalb des eigenen Staates migriert sind), da dann ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Da die Schweiz als föderaler Staat ebenfalls eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen von Gemeinde zu Gemeinde oder Kanton zu Kanton aufweist, lassen sich parallele Anwendungsfälle auch in der Schweiz denken, in den sich auch eigene Staatsangehörige etwa auf die Diskriminierungsverbote des Abkommens berufen können.<sup>42</sup>

### III. Exportierbarkeit von „Leistungen bei Arbeitslosigkeit“

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-228/07, *Petersen*)

In der Rs. C-228/07<sup>43</sup> ging es um eine nationale Regelung, wonach eine Leistung bei Arbeitslosigkeit von der Bedingung abhängig gemacht wird, dass der Empfänger seinen Wohnort im Hoheitsgebiet des leistenden Mitgliedstaats hat, wodurch die Exportierbarkeit einer solchen Leistung in einen andern Mitgliedstaat ausgeschlossen wird. Der EuGH stellte fest, dass die in Frage stehende Leistung eine „Leistung bei Arbeitslosigkeit“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. g) VO 1408/71 darstelle und dass die im Ausgangsfall streitige Situation nicht durch die VO 1408/71 – die gerade kein gemeinsames System der sozialen Sicherheit schaffe, sondern lediglich die weiter bestehenden nationalen Systeme koordinieren soll – geregelt sei. Doch könne sich eine Person auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EGV berufen, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat als Arbeitnehmer tätig war, in der Folge aber arbeitslos wurde und dann eine „Leistung bei Arbeitslosigkeit“ beantragt. Denn bestimmte mit der Arbeitnehmereigenschaft zusammenhängende Rechte würden den Wanderarbeitnehmern auch dann gewährleistet, wenn diese nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis stehen, was bei Leistungen, deren Gewährung von einem Arbeitsverhältnis, das beendet wurde, abhängig ist und in innerem Zusammenhang mit der objektiven Arbeitnehmereigenschaft der Berechtigten steht, der Fall sei. Diese Voraussetzungen liegen bei der hier zur Debatte stehenden „Berufsunfähigkeitspension“ vor, da diese dem Arbeitslosen, der eine entgeltliche Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat ausgeübt hatte, ein Einkommen verschaffen solle. Somit leite sich eine derartige Leistung unmittelbar aus einem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 39 EGV ab, da sie mit dem Risiko der Arbeitslosigkeit und der Invalidität verbunden sei. Ein Wohnortersfordernis als Voraussetzung für den Bezug einer solchen Leistung stelle eine von Art. 39 EGV grundsätzlich verbotene mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Da Österreich keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses dargelegt habe, die ein solches Erfordernis rechtfertigen

<sup>42</sup> Vgl. zu der insoweit ähnlich gelagerten Problematik diskriminierender Museumseintritte bereits *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2003, 85, 91 f.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-228/07, *Petersen*, Urt. v. 11.9.2008.

könnten, sei ein Verstoß gegen Art. 39 EGV zu bejahen. Der Vollständigkeit halber weist der Gerichtshof aber darauf hin, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen solchen Grund darstellen könne, diese Gefährdung aber nachgewiesen werden müsse. Jedenfalls sei ein Wohnortfordernis unverhältnismäßig, wenn es – wie im Ausgangsverfahren – um eine Leistung gehe, die ohnedies nur für eine begrenzte Zeit (drei bis vier Monate) gezahlt werde, während derer nicht verlangt wird, dass die Begünstigten arbeitsfähig und / oder arbeitswillig sind oder dass sie dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen.

Das Urteil ist – insbesondere im Anschluss an die Rs. C-138/02<sup>44</sup> – ein weiteres Beispiel dafür, dass Art. 39 EGV auf eine Reihe von Konstellationen Anwendung finden kann, in denen die Arbeitnehmereigenschaft nicht (mehr) vorliegt. Dabei ist zu betonen, dass Art. 39 EGV allein keinen eigentlichen Anspruch auf die Gewährung staatlicher Leistungen zu vermitteln vermag, sondern dieser Bestimmung lediglich (aber immerhin) ein Anspruch auf diskriminierungsfreie Teilhabe an staatlichen Leistungen – so diese in „innerem Zusammenhang“ mit der Arbeitnehmereigenschaft des Berechtigten stehen – zu entnehmen ist.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Dem Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EGV, der keine wörtliche Entsprechung im Abkommen findet, entspricht Art. 2 FZA als Auffangnorm („allgemeines Diskriminierungsverbot“, entsprechend der Funktion des Art. 12 EGV im Gemeinschaftsrecht). Hier kommt ein Anspruch aus dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gem. Art. 2 FZA in Verbindung mit dem sich aus Art. 2 Abs. 2 Anhang I FZA ergebenden Recht der Arbeitssuche in den anderen Vertragsparteien in Betracht. Da es bei der Arbeitssuche um die Ausübung eines sich aus dem Abkommen ergebenden (Aufenthalts-)Rechts handelt, dürfte eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bei „Beihilfen zur Arbeitssuche“ bei ehemaligen Arbeitnehmern wie im Gemeinschaftsrecht wohl nicht zulässig sein.

## IV. Steuerliche Fragen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-527/06, *Renneberg*)

In der Rs. C-527/06<sup>45</sup> ging es um eine niederländische Regelung, wonach im Inland wohnende Personen gewisse Abzüge im Zusammenhang mit ihren im Ausland gelegenen Eigentumswohnungen geltend machen konnten, während diese Möglichkeit im Ausland wohnhaften, aber in den Niederlanden fast ihre gesamten

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703. Vgl. hierzu *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004-2005, 2005, 41, 50 ff.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-527/06, *Renneberg*, Urt. v. 16.10.2008, EuZW 2009, 50.

Einkünfte erzielenden und damit steuerpflichtigen Personen verweigert wurde. Der Gerichtshof stellte zunächst die Einschlägigkeit des Art. 39 EGV auch in Bezug auf im Ausland wohnende Niederländer fest, da es sich nicht um einen rein internen Sachverhalt handele. Denn jeder Unionsbürger, der in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Wohnstaat beschäftigt ist, falle unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit in den Anwendungsbereich des Art. 39 EGV. Die fragliche Regelung stelle auch eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar, da sie im Ausland wohnende Personen davon abhalten könnte, in den Niederlanden einer Beschäftigung nachzugehen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der unterschiedlichen Situation von in den Niederlanden ansässigen und gebietsfremden Personen komme – in Anknüpfung an die Rs. C-279/93<sup>46</sup> – dann nicht in Betracht, wenn kein objektiver Unterschied zwischen beiden Gruppen bestehe, was jedenfalls dann der Fall sei, wenn ein gebietsfremder Steuerpflichtiger in seinem Wohnsitzstaat keine nennenswerten Einkünfte habe, so dass die möglichen Vergünstigungen in keinem Staat geltend gemacht werden könnten.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil wendet im Wesentlichen lediglich bereits bekannte Grundsätze, insbesondere aus dem Leiturteil in der Rechtssache *Schumacker*<sup>47</sup>, auf einen neuen Sachverhalt an. Es lässt sich somit auf das FZA übertragen. Da es sich hier um einen Fall des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 39 Abs. 2 EGV geht, ist die anzuwendende Vorschrift der diesem entsprechende Art. 2 FZA.

---

<sup>46</sup> EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225.

## D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EGV)<sup>48</sup>

### I. Arbeitnehmerentsendung

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

##### a) Rs. C-346/06, *Rüffert*

In der Rs. C-346/06<sup>49</sup> stand eine Regelung des Landes Niedersachsen zur Debatte, wonach öffentliche Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich schriftlich verpflichten, den eingesetzten Arbeitnehmern mindestens das am Ausführungsort der Arbeiten tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen. Der Gerichtshof stellte die Unvereinbarkeit dieser Vorgabe mit der Richtlinie 96/71 („Entsenderichtlinie“<sup>50</sup>) fest, die er im Lichte der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV auslegte. Denn solche tarifvertraglichen Regelungen fielen nicht unter die in Art. 3 Abs. 1 lit. a)-g) RL 96/71 aufgeführten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, da diese nur durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge garantierte Arbeitsbedingungen erfassten. Genau diese Voraussetzung sei aber bei der in Frage stehenden Vorschrift nicht erfüllt, da der betreffende Tarifvertrag nur auf einen Teil der in seinem geographischen Anwendungsbereich entfalteten Bautätigkeit zur Anwendung komme: Denn zum einen seien die eine Bindungswirkung herbeiführenden Rechtsvorschriften nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar, und zum anderen sei der Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden. Daher könne ein solcher Lohnsatz nicht als Mindestlohnsatz im Sinne des Art. 3 I Uabs. 1 lit. c) RL 96/71 angesehen werden, den die Mitgliedstaaten bei einer aus einem anderen Mitgliedstaat kommenden grenzüberschreitenden Dienstleistung vorschreiben könnten. Weiter könne ein solcher Lohnsatz auch nicht als für die Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung im Sinne von Art. 3 Abs. 7 RL 96/71 angesehen werden, da diese Bestimmung nicht so ausgelegt werden könne, dass die Mitgliedstaaten die

<sup>48</sup> S. über die im Text erwähnten Urteile hinaus noch EuGH, Rs. C-330/07, *Jobra*, Urt. v. 4.12.2008 (eine nationale Regelung, wonach Unternehmen die Gewährung einer Investitionsprämie für die Anschaffung körperlicher Wirtschaftsgüter allein aus dem Grund versagt wird, dass die entgeltlich überlassenen Wirtschaftsgüter, für die diese Prämie geltend gemacht wird, überwiegend in anderen Mitgliedstaaten eingesetzt werden ist mit Art. 49 EG unvereinbar). In EuGH, Rs. C-389/05, *Kommission/Frankreich*, Urt. v. 17.7.2008, stellte der Gerichtshof die Unvereinbarkeit einer französischen Regelung, wonach bestimmten zugelassenen Stationen das ausschließliche Recht verliehen wird, die Dienstleistung der künstlichen Besamung von Rindern in einem bestimmten Gebiet zu erbringen, und die die Erteilung einer Lizenz als Besamungstechniker vom Abschluss eines Vertrages mit einer dieser Stationen abhängig macht, mit Art. 43 und 49 EG fest.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-346/06, *Rüffert/Land Niedersachsen*, Urt. v. 3.4.2008, EuZW 2008, 306.

<sup>50</sup> RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1996 L 18, 1.

Erbringung einer Dienstleistung davon abhängig machen könnten, dass besonders günstige Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Die Unzulässigkeit der in Frage stehenden Maßnahme werde im Übrigen durch einen Blick auf Art. 49 EGV bestätigt, da eine solche die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Maßnahme nicht durch Erwägungen des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden könne. Denn es gebe keinen Hinweis darauf, dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags, nicht aber im Rahmen eines privaten Auftragsverhältnisses eines solchen Schutzes bedürfe, womit offenbar die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme in Zweifel gezogen wird.

#### **b) Rs. C-319/06, *Kommission/Luxemburg***

In der Rs. C-319/06<sup>51</sup> ging es im Wesentlichen um Fragen der Auslegung der RL 96/71 („Entsenderichtlinie“<sup>52</sup>) und ihrer korrekten Umsetzung durch Luxemburg. Im Einzelnen hielt der Gerichtshof Folgendes fest:

- Die RL 96/71 solle insbesondere sicherstellen, dass die mitgliedstaatlichen Gesetze einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festlegen, das im Aufnahmestaat von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer dorthin entsenden. In diesem Sinn hätten die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1 Uabs. 1 RL 96/71 dafür zu sorgen, dass für entsandte Arbeitnehmer bezüglich der in dieser Bestimmung genannten Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird. Die Bestimmung nenne damit abschließend diejenigen Aspekte, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten den im Aufnahmemitgliedstaat geltenden Vorschriften Vorrang einräumen können. Darüber hinaus könnten die Mitgliedstaaten im Falle der Arbeitnehmerentsendung unter Einhaltung des EG-Vertrages auch die Einhaltung bestimmter Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung vorschreiben (Art. 3 Abs. 10 RL 96/71). Dabei müsse es sich allerdings um solche Vorschriften handeln, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats angesehen wird, dass ihre Beachtung für alle Personen, die sich im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats befinden und für jedes dort lokalisierte Rechtsverhältnis vorgeschrieben wird.

Diese Voraussetzungen seien jedenfalls dann nicht gegeben, wenn es sich um ein Erfordernis handelt, dem (insbesondere aufgrund einer anderen gemeinschaftlichen Richtlinie) bereits im Herkunftsstaat entsprochen wird, etwa dem Erfordernis eines schriftlichen Vertrags. Ebenso wenig falle die automatische Anpassung anderer Löhne als der von Art. 3 Abs. 1 Uabs. 1 lit. c) RL 96/71 erfassten Mindestlöhne (etwa die automatische Anpassung der Entlohnung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten) unter die

---

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, Urt. v. 19.6.2008.

<sup>52</sup> ABl. 1996 L 18, 1.

erwähnte Ausnahme, da Luxemburg in keiner Weise dargelegt habe, in welcher Weise die vorgesehene automatische Anpassung der Entlohnung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten tatsächlich zum sozialen Frieden beitragen könne und inwiefern den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werde. Auch könnten auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 10 RL 96/71 nicht allgemein die zwingenden Bestimmungen des nationalen Rechts auf dem Gebiet der Tarifverträge zu zwingenden Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung erklärt werden.

- Weiter sei die einschlägige luxemburgische Gesetzgebung über die für die Kontrolle der Arbeitnehmer entsendenden Unternehmen geltenden Modalitäten nicht mit Art. 49 EGV vereinbar. Denn das vorgesehene „Vorabanzeigeverfahren sei unklar ausgestaltet, insbesondere aufgrund der Pflicht „vor Aufnahme der Arbeit“ eine Reihe von Informationen zugänglich zu machen, da der Zeitraum, innerhalb dessen diese Pflicht zu erfüllen ist, denkbar unklar sei. Dies könne Unternehmen von der Wahrnehmung ihrer Dienstleistungsfreiheit abhalten, da die Nichteinhaltung dieser Vorgaben mit nicht unerheblichen Sanktionen verbunden sei.
- Schließlich sei auch die Verpflichtung der entsendenden Unternehmen, zum Zwecke der Hinterlegung der für Kontrollen durch die zuständigen nationalen Stellen notwendigen Unterlagen einen in Luxemburg ansässigen Ad-hoc-Vertreter zu bestellen, nicht mit Art. 49 EGV vereinbar. Denn diese Verpflichtung bringe einen zusätzlichen Verwaltungs- und Finanzaufwand mit sich, der nicht durch Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt werden könne. Es sei nicht nachgewiesen, dass allein die Aufbewahrung der fraglichen Unterlagen durch einen in Luxemburg ansässigen Vertreter den Behörden die ihr obliegenden Kontrollen gestatte,<sup>53</sup> zumal wenn im Aufnahmemitgliedstaat keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt sind.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

In beiden Fällen geht es um die Anwendung der Entsenderichtlinie<sup>54</sup>, auf die Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA Bezug nimmt. Diese ist somit im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des Abkommens anwendbar, die die Vorgaben der Richtlinie zu beachten haben und ihre einschlägige Gesetzgebung im Lichte der Vorgaben der

---

<sup>53</sup> S. insofern auch schon EuGH, verb. Rs. C-369/96, C-376/96, *Arblade*, Slg. 1999, I-8453.  
<sup>54</sup> RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1. Siehe zu dieser und allgemein zur Dienstleistungsfreiheit und zur Entsendung im Rahmen des FZA auch *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Epiney/Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (SJER 2007/2008), 2008, 55 (78 f.; 82 f.); *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, 2009, *passim*, sowie den Beitrag von *Christa Tobler und Daniel Maritz* in diesem Band.

Richtlinie und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH auslegen und anwenden müssen. Der schweizerische Gesetzgeber erliess im Rahmen der Anpassung des nationalen Rechts an das Freizügigkeitsabkommen sowie der „flankierenden Massnahmen“ das Entsendegesetz (EntsG)<sup>55</sup> und die dazugehörige Entsendeverordnung (EntsV)<sup>56</sup>. Diese Rechtsakte sollen (entsprechend der Umsetzungsgesetzgebung in den EU-Mitgliedstaaten) die nach Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA zu beachtenden Vorgaben der RL 96/71 in die schweizerische Rechtsordnung umsetzen. Soweit die Urteile nur die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung bestätigen und auf neue Sachverhalte anwenden, sind die Aussagen des EuGH auf die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens übertragbar und gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei dessen Auslegung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie im Lichte der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV. Dafür kommt es nicht darauf an, inwieweit das Abkommen die Dienstleistungsfreiheit als solche ebenfalls übernommen hat. Entscheidend ist vielmehr, dass der EuGH die Richtlinie (wie auch sonst bei Bestimmungen des Sekundärrechts) auch vor der Unterzeichnung des Abkommens bereits unter Berücksichtigung des Art. 49 EGV ausgelegt hat, so dass dies von der gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigenden Rechtsprechung umfasst wird. Soweit der EuGH jedoch die Massnahmen nicht am Massstab der Richtlinie, sondern direkt an Art. 49 EGV prüft, ist zunächst zu fragen, inwieweit die Dienstleistungsfreiheit als solche überhaupt durch das Abkommen übernommen wurde.<sup>57</sup>

## II. Diplomanerkennung

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

#### a) Rs. C-197/06, *van Leuken*

In der Rs. C-197/06<sup>58</sup> ging es um die Auslegung der RL 89/48 (allgemeine Hochschulankennungsrichtlinie<sup>59</sup>) betreffend den Fall eines in den Niederlanden

<sup>55</sup> Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.20.

<sup>56</sup> Verordnung des Bundesrates über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.201.

<sup>57</sup> Siehe dazu näher *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: *Epiney/Civitella* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (SJER 2007/2008), 2008, 55 (78 f.; 82 f.); *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, *Freiburger Schriften zum Europarecht* Nr. 8, 2009, *passim*, sowie den Beitrag von *Christa Tobler und Daniel Maritz* in diesem Band.

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-197/06, *Confederatie van Immobielien-Beroepen van België/Willem van Leuken*, Urt. v. 17.4.2008, EuZW 2008, 414.

<sup>59</sup> RL 89/48 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1989 L 19, 16. Diese

ansässigen Immobilienmaklers, der seine Tätigkeiten auch in Belgien ausübt. Die belgischen Behörden werfen ihm vor, einige dieser Tätigkeiten seien nach belgischem Recht Teil des reglementierten Berufs des Immobilienmaklers und könnten daher nur nach Erteilung einer Genehmigung, die das Bestehen einer juristischen Eignungsprüfung voraussetze, ausgeübt werden. Der EuGH erachtete dies als unvereinbar mit Art. 3, 4 RL 89/48, da der Beruf des Immobilienmaklers bereits deshalb offenbar keine genaue Kenntnis des nationalen Rechts verlange, weil er auch Personen offen stehe, die keine signifikante juristische Ausbildung genossen haben (wie etwa Bauingenieuren oder technischen Ingenieuren), so dass die nach Art. 4 RL 89/48 grundsätzlich möglichen Ausgleichsmaßnahmen dem Antragsteller die Wahl zwischen einem Anpassungslehrgang und einer Eignungsprüfung lassen müssten. Nur bei Berufen, die eine genaue Kenntnis des nationalen Rechts erfordern, könne die Behörde einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung vorschreiben. Im Übrigen müssten die vorgesehenen Ausgleichsmaßnahmen jedenfalls dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, was insofern nicht gegeben war, als der betreffende Immobilienmakler nicht (mehr) an den rechtlichen Aspekten der von ihm betreuten Transaktionen beteiligt war.

#### **b) Rs. C-136/07, *Kommission/Spanien***

In der Rs. C-136/07<sup>60</sup> ging es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Spanien, das keine Vorschriften zur Anerkennung von „Diplomen“ für Fluglotsen erlassen hatte, im Wesentlichen um die Auslegung des Begriffs des reglementierten Berufs und des Diploms im Sinne der RL 89/48<sup>61</sup> und der RL 92/51<sup>62</sup>. Der Gerichtshof betonte auf der Grundlage der Feststellung, dass dieser Begriff ein gemeinschaftsrechtlicher sei, dass ein Beruf immer dann als reglementiert anzusehen sei, wenn der Zugang zu der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder deren Ausübung ausdrücklich Personen vorbehalten wird, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, und diejenigen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, der Zugang zu dieser Tätigkeit versagt ist.<sup>63</sup> Gerade dies sei aber in Spanien in Bezug auf den Beruf des Fluglotsen der Fall, denn für den Zugang dieser Tätigkeit werde nach den

---

Richtlinie wurde inzwischen durch die RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22, abgelöst. Sie trat gemäss ihrem Art. 64 am 20.10.2005 in Kraft und musste durch die Mitgliedstaaten laut Art. 63 bis zum 20.10.2007 umgesetzt werden. In Bezug auf die in der Rs. C-197/06 aufgeworfene Frage dürften sich durch die neue Richtlinie jedoch keine Änderungen ergeben.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. C-136/07, *Kommission/Spanien*, Urt. v. 16.10.2008. S. insofern auch EuGH, Rs. C-39/07, *Kommission/Frankreich*, Urt. v. 8.5.2008, in dem der Gerichtshof feststellte, dass auch der Beruf des Krankenhausapothekers in Spanien einen reglementierten Beruf darstelle, da seine Ausübung ein Hochschuldiplom (ein Fachapothekerdiplom) voraussetze; im Übrigen sei die RL 89/48 vollumfänglich auch im Gesundheitswesen anzuwenden.

<sup>61</sup> RL 89/48 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1989 L 19, 16.

<sup>62</sup> RL 92/51 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise, ABl. 1992 L 209, 25. Auch diese Richtlinie wurde durch die RL 2005/36 abgelöst.

<sup>63</sup> In diesem Sinn schon EuGH, Rs. C-313/01, *Morgenbesser*, Slg. 2003, I-13467, Rn. 49.

einschlägigen spanischen Rechtsvorschriften insbesondere ein beruflicher Befähigungsnachweis verlangt, mit dem bescheinigt wird, dass sein Inhaber erfolgreich eine Grundausbildung absolviert hat und neben weiteren Voraussetzungen einen Hochschulabschluss besitzt. Ferner bedürfe es einer Lizenz, eines Praktikums sowie verschiedener „Erlaubnisse“, die zur Erfüllung genau festgelegter Aufgaben berechtigen. Der Umstand, dass es in Spanien keine mit einem einzigen Diplom abgeschlossene Ausbildung gebe, die den Zugang zur Tätigkeit des Fluglotsen ermögliche, ändere an der Einstufung dieses Berufs als reglementierter Beruf nichts, zumal eine der Voraussetzungen des Zugangs zu diesem Beruf der Besitz eines Diploms im Sinne der RL 89/48 ist. Aus dieser Tatsache folge, dass die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats nach Art. 3 RL 92/51 einem Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats den Zugang zu diesem Beruf oder dessen Ausübung unter denselben Voraussetzungen wie bei Inländern nicht wegen mangelnder Qualifikation verweigern kann, sofern die übrigen in diesem Artikel aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Eine dieser Voraussetzungen sei der Besitz eines Diploms im Sinne der RL 92/51, ein Begriff, der weiter sei als derjenige der RL 89/48, da er insbesondere nicht ein mindestens dreijähriges Studium an einer Hochschule voraussetze. Da Spanien die Anerkennung der „Diplome“ von Fluglotsen nicht geregelt habe, sei die Vertragsverletzungsklage begründet. Daran ändere auch die „Ortsbezogenheit“ bestimmter Qualifikationen nichts; diese könne allenfalls (bei wesentlichen Unterschieden) „Ausgleichsmaßnahmen“ (vgl. Art. 4 RL 89/48, Art. 4 RL 92/51) rechtfertigen.

**c) Rs. C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri***

Der Rs. C-311/06<sup>64</sup> lag die Situation eines italienischen Staatsangehörigen zugrunde, der Inhaber eines von der Universität Turin erteilten Studienabschlusszeugnisses als Maschinenbauingenieur war. Er liess diesen Abschluss mit dem entsprechenden spanischen Abschluss durch die zuständige spanische Behörde homologisieren und war somit befugt, in Spanien den reglementierten Beruf des Maschinenbauingenieurs auszuüben. Auf dieser Grundlage wurde er in Italien in das Ingenieurverzeichnis eingetragen, wogegen der *Consiglio Nazionale degli Ingegneri* Einsprache erhob. Dieser argumentierte, dass der spanische Befähigungsausweis nicht nach der RL 89/48<sup>65</sup> hätte anerkannt werden dürfen, da diese Anerkennung letztlich eine „Umgehung“ des in Italien eigentlich vorgesehenen Staatsexamens, das in Italien Voraussetzung für die Zulassung zum Ingenieurberuf ist, zur Folge habe. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass – obwohl der Anwendungsbereich der RL 89/48 grundsätzlich eröffnet sei – eine Homologationsbescheinigung eines Mitgliedstaats, der weder eine Prüfung noch eine in diesem Staat erworbene Berufserfahrung zugrunde liegt, nicht als Diplom im Sinne des Art. 1 lit. a) Abs. 2 RL 89/48 anzusehen sei, das anerkannt werden müsse. Denn die RL 89/48 bezwecke die Beseitigung der Hindernisse für die Ausübung eines Berufs in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, der den Befähigungsnachweis über die betreffenden beruflichen Qualifikationen ausgestellt hat. Daher könne ein Befähigungsnachweis

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, Urt. v. 29.1.2008.

<sup>65</sup> ABl. 1989 L 19, 16.

zur Bescheinigung beruflicher Qualifikationen nicht einem „Diplom“ im Sinne der RL 89/48 gleichgestellt werden, ohne dass die Qualifikationen ganz oder teilweise im Rahmen des Bildungssystems des Mitgliedstaats, in dem der fragliche Befähigungsnachweis ausgestellt worden ist, erworben werden. Eine andere Sicht führe letztlich dazu, dass demjenigen, der an sich in einem Mitgliedstaat nicht die Voraussetzungen für den Zugang zu einem reglementierten Beruf erfüllt, dieser Zugang gleichwohl ermöglicht werde, ohne dass er eine zusätzliche Qualifikation oder Berufserfahrung erworben habe. Diese Argumentation des EuGH überzeugt im Ergebnis und in der Begründung. Man wird im Umkehrschluss aus diesem Urteil ableiten können, dass in dem Fall, in dem der Betroffene in dem Staat, der die Homologationsbescheinigung ausgestellt hat, berufstätig war, eine Anerkennung des Befähigungsnachweises durch die Richtlinie geboten ist. Damit stellt sich die Frage, wie lange diese Berufstätigkeit dauern muss. Vieles spricht dafür, dass sie es zumindest ermöglichen muss, eine „zusätzliche Qualifikation“ zu erlangen, so dass jedenfalls ganz unbedeutende Zeiträume ausser Betracht bleiben müssen.

#### **d) Rs. C-286/06, *Kommission/Spanien***

Die Rs. C-286/06<sup>66</sup> betraf ebenfalls das Zusammenspiel verschiedener nationaler Ausbildungsgänge mit der in der RL 89/48 vorgesehenen Diplomanerkennung. Anlass für dieses Vertragsverletzungsverfahren waren offenbar mehrere Fälle, in denen eine italienische Universität aufgrund eines Rahmenübereinkommens mit der Universität Alicante in Spanien bestimmte von dieser ausgestellte Diplome als mit dem italienischen Universitätsdiplom eines „ingegnere civile“ gleichwertig anerkannte. Die Beschwerdeführer, welche in Spanien studiert hatten, legten daraufhin in Italien das Staatsexamen ab, das ihnen die Befähigung zur Ausübung des Ingenieurberufs verlieh und sie berechtigt, in Italien den Beruf eines „ingegnere civile“ auszuüben. Anschließend beantragten sie bei der zuständigen spanischen Behörde, ihre in Italien erworbenen beruflichen Qualifikationen anzuerkennen, um in Spanien den Beruf eines „ingeniero de caminos, canales y puertos“ auszuüben zu können. Dies wurde unter Hinweis darauf abgelehnt, dass die Beschwerdeführer ihre gesamte Universitätsausbildung in Spanien absolviert hätten, so dass die RL 89/48 nicht anwendbar sei. Der EuGH kam zu einem anderen Schluss: Die Betroffenen seien zweifellos Inhaber von Diplomen im Sinne der RL 89/48, die den Zugang zu einem reglementierten Beruf regelten, so dass sie nach Art. 3 RL 89/48 vorbehaltlich etwaiger Ausgleichsmaßnahmen berechtigt seien, in Spanien den Beruf auszuüben, den sie aufgrund dieser Diplome in Italien ausüben dürfen. Der RL 89/48 lasse sich keine Bedingung entnehmen, wonach die Betroffenen ihre Ausbildung ganz oder teilweise in einem anderen Mitgliedstaat als dem Königreich Spanien hätten absolvieren müssen. Entscheidend sei nämlich, dass der Antragsteller befugt sei, einen reglementierten Beruf in einem Mitgliedstaat auszuüben, und ein Diplom werde nicht aufgrund des „Wertes“ anerkannt, der der damit bescheinigten Ausbildung innewohnt, sondern weil es in dem Mitgliedstaat, in dem es ausgestellt

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-286/06, *Kommission/Spanien*, Urt. v. 23.10.2008. In EuGH, Rs. C-151/07, *Chatzithanasis*, Urt. v. 4.12.2008, überträgt der EuGH wesentliche Aussagen dieses Urteils auf die RL 92/51.

oder anerkannt worden ist, den Zugang zu einem reglementierten Beruf eröffnet. Die Richtlinie stelle also im Kern eine Vermutung auf, wonach die Qualifikationen eines Antragstellers, der zur Ausübung eines reglementierten Berufs in einem Mitgliedstaat befugt ist, für die Ausübung desselben Berufs in den anderen Mitgliedstaaten ausreichen. Auch könne keinesfalls von einem Missbrauch der durch das Gemeinschaftsrecht eingeräumten Rechte die Rede sein, da es die RL 89/48 gerade ermöglichen solle, dass die Angehörigen eines Mitgliedstaats, die befugt sind, einen reglementierten Beruf in einem Mitgliedstaat auszuüben, Zugang zu diesem Beruf in anderen Mitgliedstaaten erhalten. Daher stehe es den Unionsbürgern frei, für die Ausübung eines reglementierten Berufs den von ihnen bevorzugten Mitgliedstaat zu wählen. Dieses Recht ergebe sich im Übrigen bereits aus den Grundfreiheiten.

Weiter hält der Gerichtshof fest, dass ein in einem anderen Mitgliedstaat ausgestelltes Diplom seinem Inhaber nach der RL 89/48 (ggf. nach Anordnung von Ausgleichsmaßnahmen) die gleichen beruflichen Qualifikationen wie das gleichwertige spanische Diplom verleihe, so dass seinem Inhaber dieselben Aufstiegsmöglichkeiten wie einem Inhaber eines spanischen Diploms offenstehen müssten. Dies gelte unabhängig von einer Homologation des Befähigungsnachweises durch nationale Stellen.

#### e) **Rs. C-274/05, *Kommission/Griechenland***

In der Rs. C-274/05<sup>67</sup> ging es ebenfalls um verschiedene Fragen der Auslegung der RL 89/48:

- Zunächst war zu entscheiden, ob die systematische Weigerung Griechenlands (das selbst seine Hochschulbildung ausschliesslich öffentlichen Einrichtungen vorbehält), ausländische Diplome anzuerkennen, die am Ende privater Ausbildungsgänge von den zuständigen Behörden anderer Mitgliedstaaten ausgestellt wurden, mit der RL 89/48 vereinbar ist. Der EuGH verneinte dies. Denn für die Entscheidung über die Anwendbarkeit der RL 89/48 komme es massgeblich darauf an, ob der Antragsteller befugt sei, einen reglementierten Beruf in einem Mitgliedstaat auszuüben. Unterschiede in der Ausbildung könnten daher allenfalls Ausgleichsmaßnahmen nach Art. 4 RL 89/47 rechtfertigen. Aus dem Wesen dieser Regelung folge, dass es allein Sache der zuständigen nationalen Stellen sei, die einen Zugang zu reglementierten Berufen eröffnende Diplome ausstellen, anhand der im Rahmen ihres Berufsausbildungssystems geltenden Normen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Ausstellung dieser Diplome erfüllt sind. Dies gelte auch für die Frage der Einordnung einer Bildungseinrichtung als „Universität oder Hochschule“ oder eine „andere Bildungseinrichtung mit gleichwertigem Niveau“ (vgl. Art. 1 lit. a) Abs. 1 RL 89/48).
- Zweitens wurde ein Verstoss gegen den in Art. 4 und 10 RL 89/48 festgelegten Grundsatz der Wahlfreiheit des Antragstellers zwischen einem Anpassungslehrgang und einer Eignungsprüfung (bei den ggf. angeordneten

---

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-274/05, *Kommission/Griechenland*, Urt. v. 23.10.2008. In EuGH, Rs. C-151/07, *Chatzithanasis*, Urt. v. 4.12.2008, überträgt der EuGH wesentliche Aussagen dieses Urteils auf die RL 92/51.

Ausgleichsmassnahmen) festgestellt, da die vorgesehenen Ausnahmen von der Wahlfreiheit auch andere als juristische Berufe erfassten.

- Drittens räume das griechische Recht der zuständigen nationalen Behörde die Befugnis ein, tatsächliche Gegebenheiten zu prüfen, die aufgrund von Bescheinigungen, die von den zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaats ausgestellt worden sind, bereits endgültig feststehen. Diese Regelung sei mit Art. 8 Abs. 1 RL 89/48 unvereinbar.
- Viertens werde gegen die RL 89/48 verstossen, indem Inhabern von Diplomen im Sinne der RL 89/48 im Hinblick auf die Einstufung in einen höheren Dienstrang oder eine höhere Gehaltsstufe nicht dieselbe Behandlung zuteil werde wie Inhabern nationaler Diplome.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das FZA hat die bis zum Tag der Unterzeichnung des Abkommens geltenden Diplomanerkennungsrichtlinien der EG übernommen, so dass diese auch im Verhältnis zur Schweiz zur Anwendung gelangen.<sup>68</sup> Die hier besprochenen Urteile zur Diplomanerkennung entsprechen im Wesentlichen der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des FZA, so dass in parallel gelagerten Fällen nach dem Abkommen ebenso zu entscheiden wäre. So entspricht etwa die Definition des (reglementierten) Berufs, welche der EuGH in der Rs. *Kommission/Spanien* vornimmt, der bisherigen Rechtsprechung. Im Fall *Consiglio Nazionale degli Ingegneri* und in der Rs. 286/06 (*Kommission/Spanien*) stellten sich zwar neue Fragen insbesondere zur „Anerkennung der Anerkennung“, die so noch nicht entschieden worden waren, so dass es denkbar wäre, dass diese nicht im Rahmen des Abkommens zu „übernehmen“ wären. Der EuGH stützt seine Entscheidungen jedoch auf eine v.a. an Sinn und Zweck der Richtlinien orientierte Auslegung, die im Wesentlichen die in der früheren Rechtsprechung entwickelten Grundsätze anwendet und als eine konsequente Weiterführung der vor der Unterzeichnung ergangenen Rechtsprechung anzusehen ist. Dies gilt ebenso für die Rs. *Kommission/Griechenland*. Bei Berücksichtigung der alten Rechtsprechung dürfte es daher kaum möglich sein, nach dem Abkommen zu anderen Auslegungsergebnissen zu kommen.

Die neue Berufsankennungsrichtlinie 2005/36 soll demnächst auch in das Freizügigkeitsabkommen übernommen werden und wie im Gemeinschaftsrecht die entsprechenden Richtlinien, auf die Anhang III FZA verweist, ablösen.<sup>69</sup> Gemäss Art. 18 FZA genügt zu der erforderlichen Anpassung des Anhangs III ein Beschluss des Gemischten Ausschusses, ohne dass die Änderung einer Ratifikation durch die

<sup>68</sup> Siehe ausführlich zur Diplomanerkennung im FZA und zur einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts den Aufsatz von *Nina Gammethaler* in diesem Band.

<sup>69</sup> Vgl. die Erklärung des Bundesrates vom 16. Juni 2008, in der dieser eine zügige Übernahme der Richtlinie in das FZA befürwortet. Die Inkraftsetzung werde demnach auf spätestens Anfang 2010 angestrebt. Medienmitteilung des Bundesrates vom 18. Juni 2008, einzusehen unter <http://www.bbt.admin.ch/aktuell/medien/00483/00594/index.html?lang=de&msg-id=19399> (zuletzt besucht am 11.07.2009).

Vertragsparteien entsprechend den innerstaatlichen (bzw. innergemeinschaftlichen) Verfahren bedarf. Auch nach einer Übernahme der neuen Richtlinie würden die wesentlichen Aussagen des Gerichtshofs allerdings auch in deren Rahmen Gültigkeit behalten, da die entsprechenden Vorschriften auch durch die neue Richtlinie übernommen wurden.

### **III. Besondere Bescheinigungen für Angehörige bestimmter Mitgliedstaaten**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-161/07, *Kommission/Österreich*)**

In der Rs. C-161/07<sup>70</sup> ging es um eine österreichische Regelung, wonach die Staatsangehörigen der zum 1.5.2004 beigetretenen neuen Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Zyperns und Maltas) nur dann eine Eintragung von Gesellschaften ins Handelsregister als Gesellschafter einer Personengesellschaft oder Minderheitsgesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung erwirken konnten, wenn sie eine Bescheinigung über die Feststellung ihrer Selbständigkeit durch den Arbeitsmarktservice oder einen „Befreiungsschein“ vorlegten. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass diese Verwaltungsformalität eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstelle. Denn sie obliege nur den Angehörigen der erwähnten (neuen) Mitgliedstaaten, nicht hingegen Inländern oder Angehörigen anderer Mitgliedstaaten. Dieses Erfordernis könne auch nicht gerechtfertigt werden durch das Anliegen, mögliche Missbräuche der Niederlassungsfreiheit durch „Scheinselbständige“ – die die für die Arbeitnehmerfreizügigkeit geltenden und in den Beitrittsakten vorgesehenen Übergangsregeln umgehen wollen – zu verhindern. Denn zum einen habe Österreich sich nur allgemein auf die Gefahr einer solchen Umgehung berufen, ohne Tatsachen darzulegen, dass die Möglichkeit eines solchen Verstoßes eine tatsächliche und hinreichend schwere Beeinträchtigung sei, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Im Übrigen sei die Maßnahme jedenfalls nicht erforderlich, da mildere Mittel zur Verfügung stünden, insbesondere regelmäßige Verwaltungskontrollen und regelmäßige Informationspflichten der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer.

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

Sofern die Bestimmungen in den Beitrittsverträgen mit den im Jahre 2004 beigetretenen mittel- und osteuropäischen Staaten betroffen sind, finden sich weitgehend parallele Vorschriften und insbesondere Übergangsfristen im Protokoll zum Freizügigkeitsabkommen von 2004<sup>71</sup>. Da diese den Regelungen in den

<sup>70</sup> EuGH, Rs. C-161/07, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 22.12.2008.

<sup>71</sup> Protokoll vom 26. Oktober 2004 zu dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern,

Beitrittsakten nachgebildet wurden, erscheint es wünschenswert und sachgerecht, dass diese auch möglichst gleich ausgelegt werden. Dies dürfte jedenfalls am ehesten dem Sinn und Zweck des Protokolls von 2004 entsprechen, soweit sich die Vertragsparteien gerade für eine Anlehnung an die Beitrittsverträge und nicht für die Schaffung davon abweichender Regelungen entschieden haben. Abgesehen von den im Protokoll von 2004 vorgesehenen Ausnahmen können sich niederlassungswillige Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten auf Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und hinsichtlich des Anspruchs auf Gleichbehandlung auf Art. 15 Anhang I FZA berufen, selbständige Grenzgänger auf Art. 2 Abs. 1, Art. 13 und Art. 15 Anhang I FZA.<sup>72</sup> Diese Vorschriften entsprechen der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV und sind daher unter Berücksichtigung der zu dieser ergangenen Rechtsprechung des EuGH gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auszulegen. Da die vom EuGH getroffenen Feststellungen im Wesentlichen lediglich als Anwendung bereits vor der Unterzeichnung bekannter Grundsätze der Rechtsprechung anzusehen sind, dürften sie auch für die Auslegung des Abkommens gelten. Im Übrigen dürften die Ausführungen des EuGH zur Erforderlichkeit der Regelung im Falle Österreichs, welches mit mehreren neuen Mitgliedstaaten eine gemeinsame Grenze hat, *a fortiori* auch auf die Schweiz anwendbar sein.

## IV. Werbeverbot für chirurgische Dienstleistungen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-500/06, *Corporación Dermoestética*)

In der Rs. C-500/06<sup>73</sup> hält der EuGH fest, dass ein Werbeverbot für von Privaten angebotene medizinisch-chirurgische Behandlungen über landesweite Fernsehsender gegen Art. 43, 49 EG verstoße, wenn eine solche Werbung unter bestimmten Bedingungen über lokale Fernsehsender erlaubt ist, da damit eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes ausscheide. Interessant ist an dem Urteil insbesondere, dass der Gerichtshof nicht prüft, ob es sich bei dieser Werbemaßnahme um eine „Dienstleistungs- oder Niederlassungsmodalität“ handelt, was im Falle einer Übertragung des Grundgedankens der „Keck“-Rechtsprechung<sup>74</sup> auf Art. 43, 49 EG nahe gelegen hätte. Vielmehr stellt er die Einschlägigkeit der Art. 43, 49 EG allein aufgrund der Behinderung dieser Freiheiten fest, da ein Verbot der Werbung über nationale Fernsehsender ein ernsthaftes Hindernis für die Ausübung der Tätigkeit der betroffenen Unternehmen in dem jeweiligen Mitgliedstaat darstelle. Damit bleibt

---

der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik als Vertragsparteien infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union (nachstehend „Protokoll von 2004“ genannt), AS 2006 995. Das Protokoll ist am 1. April 2006 in Kraft getreten.

<sup>72</sup> Der EuGH hat in dem Urteil Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*, Urt. v. 22.12.2008 ausdrücklich anerkannt, dass sich auch selbständige Grenzgänger im Sinne des Art. 13 Anhang I FZA auf das Diskriminierungsverbot des Art. 15 Anhang I FZA berufen können. Zu diesem Urteil siehe unten V.

<sup>73</sup> EuGH, Rs. C-500/06, *Corporación Dermoestética*, Urt. v. 17.7.2008, EuZW 2008, 505.

<sup>74</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, Slg. 1993, I-6097.

auch weiterhin die Frage offen, ob der Grundgedanke der „Keck“-Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten zu übertragen ist.<sup>75</sup> Im konkreten Fall wäre die Heranziehung der „Keck“-Rechtsprechung jedoch wohl schon daran gescheitert, dass die „Bevorzugung“ der lokalen Fernsehsender auch eine Bevorzugung lokaler Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen nach sich ziehen dürfte, womit eine Diskriminierung zu bejahren ist.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da das Urteil im Wesentlichen bereits bekannte Grundsätze aus der früheren Rechtsprechung anwendet, sind die Aussagen grundsätzlich auf das FZA übertragbar. Dies gilt jedenfalls, soweit das Niederlassungsrecht natürlicher Personen betroffen ist. Das Abkommen gewährt die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 Anhang I FZA. Dabei geniessen die Erwerbstätigen berufliche und geographische Mobilität (Art. 14 Anhang I) und Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 15 Anhang I). Gemäss Art. 16 Anhang I kann das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, wenn diese dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Da diese Vorschrift den Art. 45, 55 EGV nachgebildet ist, ist die einschlägige Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung zu berücksichtigen. Das gleiche gilt für die Rechtfertigung, wobei diesbezüglich die von der Rechtsprechung zu Art. 46, 55 EGV und zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls entwickelten Massstäbe heranzuziehen sind. In der Sache stehen die behandelten Urteile in einer Linie mit der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung, so dass das Abkommen diesbezüglich gleich auszulegen sein dürfte.

Im Übrigen kommt es darauf an, inwieweit das Abkommen die Niederlassungsfreiheit juristischer Personen bzw. die Dienstleistungsfreiheit überhaupt umfasst.<sup>76</sup> Gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA und Art. 18 Anhang I FZA können sich die nach dem Recht eines Mitgliedstaats der EG oder der Schweiz gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Gebiet einer Vertragspartei haben, zwar auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Demgegenüber spricht Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA der das Niederlassungsrecht regelt, nämlich insbesondere das Recht, sich „im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei aufzuhalten und dort eine Erwerbstätigkeit

<sup>75</sup> In anderen Urteilen sind zumindest gewisse Ansätze in diese Richtung erkennbar, vgl. EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141; EuGH, Rs. C-190/98, *Graf*, Slg. 2000, I-493; EuGH, verb. Rs. C-544/03, 545/03, *Mobistar*, Slg. 2005, I-7723.

<sup>76</sup> Zu der Frage, inwieweit die Dienstleistungsfreiheit als solche überhaupt durch das Abkommen übernommen wurde, siehe oben und ausführlicher *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Epiney/Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 (SJER 2007/2008), 2008, 55, 78 f.; 82 f.; *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, 2009, *passim*, sowie den Beitrag von *Christa Tobler und Daniel Maritz* in diesem Band.

auszuüben“, nur von den Staatsangehörigen der Vertragsparteien. Ausserdem legt der die Niederlassungsfreiheit betreffende Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA lediglich fest, dass Staatsangehörige der Vertragsparteien, die sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen wollen, Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung haben. Insbesondere aus der letzten Bestimmung wird denn auch in der Literatur häufig abgeleitet, dass das Abkommen nur die Freizügigkeit der natürlichen Personen regle, während die juristischen Personen nicht erfasst sind<sup>77</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ausländischen juristischen Personen jedoch zumindest im Umfang der durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte auch eine Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV zuzugestehen<sup>78</sup>. In dem dort konkret entschiedenen Fall ging es jedoch nur um die Dienstleistungsfreiheit, so dass sich das Bundesgericht zum Umfang der im Abkommen gewährten Niederlassungsfreiheit nicht äussern musste. Wenn man mit der geschilderten Auffassung davon ausgeht, dass das Freizügigkeitsabkommen wohl nur die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen, nicht aber juristischer Personen regelt, sind die diesbezüglichen Feststellungen des EuGH nicht auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und den EU-Staaten übertragbar.

## **V. Gleichbehandlung auch für selbständige Grenzgänger im Rahmen des FZA**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*)**

In der Rs. C-13/08<sup>79</sup> hatte sich der EuGH erstmals zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz zu äussern, wobei er jedoch keine grundsätzlichen Aussagen zu seiner Auslegung im Verhältnis zu den das Gemeinschaftsrecht beherrschenden Auslegungsmethoden formulieren musste. In der Sache ging es um die Frage, ob eine Art Vorrangregelung für deutsche Bauern bei der Verpachtung von landwirtschaftlichem Boden mit dem Abkommen (speziell mit Art. 15 Anhang I FZA) im Einklang steht, wobei diese Vorrangregelung nur Grenzgängern, also in der Schweiz wohnhaften Bauern, entgegengesetzt werden konnte.

Nach der einschlägigen deutschen Gesetzgebung müssen Landpachtverträge der zuständigen Behörde angezeigt werden. Diese kann den Vertragsschluss

<sup>77</sup> So etwa *Peter Gasser*, Grundsätzliche Charakteristik des Abkommens über die Freizügigkeit der Personen, inklusive Arbeitslosenversicherung, in: *Felder/Kaddous* (Hrsg.), *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen)*, 2001, 269, 283; *Dieter W. Grossen/Claire de Palézieux*, Abkommen über die Freizügigkeit, in: *Thürer/Weber/Zäch* (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, 2002, 87, 121; relativierend dagegen *René Schreiber/Roger Jaun*, EuGH-Urteil zur Wegzugsbesteuerung eine Chance für die Schweiz? Niederlassungsfreiheit höher gewichtet als Besteuerung stiller Reserven, ST 2004, 769, 772, 776, Fn. 26.

<sup>78</sup> BGE 131 I 223 E.1.1.

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*, Urt. v. 22.12.2008.

insbesondere dann beanstanden, wenn die Verpachtung eine „ungesunde“ Verteilung der Bodennutzung bedeutet. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn landwirtschaftliche Grundstücke durch die Verpachtung an Nichtlandwirte der Nutzung durch Landwirte entzogen werden, die diese Flächen dringend zur Schaffung und Erhaltung leistungs- und wettbewerbsfähiger Betriebe benötigen und zur Anpachtung in der Lage sind. Nach ständiger Rechtsprechung der deutschen Gerichte widerspricht es den Maßnahmen zur Verbesserung der deutschen Agrarstruktur, wenn landwirtschaftliche Grundstücke durch Verpachtung an Schweizer Landwirte, deren Betriebsstätten in der Schweiz liegen, der Nutzung durch deutsche Vollerwerbslandwirte entzogen würden, die diese Grundstücke dringend zur Schaffung und Erhaltung leistungs- und wettbewerbsfähiger Betriebe benötigten. Im Sinne der gesetzlichen Regelung sind diese Schweizer Landwirte deshalb als außerhalb der deutschen Agrarstruktur stehend und mithin wie Nichtlandwirte zu behandeln. Herr Stamm, ein Schweizer Landwirt mit Betriebssitz in der Schweiz, schloss mit Frau Hauser, die ihren Wohnsitz in Deutschland hat, einen Landpachtvertrag über in Deutschland gelegenes Ackerland. Das Landwirtschaftsamt beanstandete den Pachtvertrag und forderte die Beteiligten auf, ihn unverzüglich aufzuheben, wogegen Herr Stamm Klage erhob. Fraglich war nun, ob die erwähnte ständige Rechtsprechung der deutschen Gerichte mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 15 Anhang I FZA vereinbar ist. Dies hängt wiederum davon ab, ob Art. 15 Anhang I FZA nur für „Selbständige“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 oder auch für „selbständige Grenzgänger“ im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Anhang I FZA (wie Herrn Stamm im Ausgangsfall) gilt.

Der Gerichtshof bejahte die Anwendbarkeit auch auf selbständige Grenzgänger aus überzeugenden Gründen, wobei er sich in der Argumentation auf eine sorgfältige grammatikalische, teleologische und vor allem systematische Auslegung insbesondere des Kapitels III von Anhang I FZA stützte. Weder der Wortlaut noch der Aufbau lieferten einen Anhaltspunkt dafür, dass Art. 14-16 Anhang I nicht auf selbständige Grenzgänger anwendbar sein sollten.<sup>80</sup> Zu dem gleichen Ergebnis kommt der EuGH in einer „Strukturanalyse“ der – gleich aufgebauten – Kapitel II („Arbeitnehmer“) und III („Selbständige“) des Anhangs I<sup>81</sup> sowie in einer an den allgemeinen Zielsetzungen des FZA<sup>82</sup> (u.a. Einräumung eines Rechts auf Niederlassung als Selbständiger, Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer) orientierten teleologischen Auslegung der Art. 12, 13 und 15 des Anhangs I.<sup>83</sup> Schließlich sehe auch Kapitel IV („Erwerb von Immobilien“) des Anhangs I und dort insbesondere Art. 25 Abs. 3 Anhang I, vor, dass ein Grenzgänger hinsichtlich des Erwerbs einer für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit dienenden Immobilie die gleichen Rechte habe wie Inländer. Diese Bestimmung gelte zwar nicht für Landpachtverträge, doch könne es nicht die Absicht der Vertragsparteien gewesen sein, solche Verträge schlechter zu stellen als den – in der Regel umfangreichere dingliche Rechte verschaffenden – Immobilienerwerb.

<sup>80</sup> EuGH, Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*, Urt. v. 22.12.2008, Rn. 29 ff.

<sup>81</sup> EuGH, Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*, Urt. v. 22.12.2008, Rn. 41 ff.

<sup>82</sup> Vgl. Art. 1 lit. a) und d) FZA.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*, Urt. v. 22.12.2008, Rn. 44 ff.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da sich die Auslegung des EuGH auf eine sorgfältige und überzeugende Argumentation stützt, kann erwartet werden, dass die schweizerischen Gerichte der Auslegung der hier relevanten Vorschriften folgen dürften. Nur am Rande sei noch vermerkt, dass bei der Auslegung (vor allem bilateraler) völkerrechtlicher Abkommen auch der Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit berücksichtigt werden kann, wie dies z.B. in der Frage der unmittelbaren Wirkung von Bestimmungen des Freihandelsabkommens Schweiz – EWG von 1972 der Fall war.<sup>84</sup> Sollte das Bundesgericht dem EuGH oder dieser dem Bundesgericht einmal nicht folgen, so könnte dies auch zu einer Änderung der vormaligen Rechtsprechung führen.

## E. Schlussbemerkung

Auch der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2008 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz im Rahmen der Auslegung des FZA vermag (einmal mehr) die kaum zu unterschätzende Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren, obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA an sich nur eine Berücksichtigungspflicht der bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung formuliert. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass – von Ausnahmen abgesehen – die weiterentwickelte Rechtsprechung des EuGH insoweit vollumfänglich für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, als dessen Anwendungsbereich eröffnet ist. Insoweit geht es also im Bereich der Personenfreizügigkeit um eine „Teilintegration“ in den bestehenden und – trotz des grundsätzlich statischen Charakters des Abkommens – weiterentwickelten *acquis communautaire*.<sup>85</sup> Dieser Ansatz trägt auch der Zielsetzung des Abkommens, eine möglichst weitgehende Parallelität der die Personenfreizügigkeit betreffenden Regelungen zwischen EU-Mitgliedstaaten untereinander und im Verhältnis zur Schweiz herzustellen, am besten Rechnung.

Gleichwohl ist aber nicht zu verkennen – und hierfür ist aus dem Berichtszeitraum die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Nachzugsrechts von Familienangehörigen (von *Akrich* zu *Metock*) ein gutes Beispiel –, dass es immer

---

<sup>84</sup> In der OMO-Sunlight-Entscheidung vom 25.1.1979 (BGE 105 II 49) hatte das Bundesgericht einer zentralen Bestimmung des Freihandelsabkommens Schweiz – EWG von 1972 die direkte Wirkung versagt, woraufhin der EuGH seinerseits in dem etwas später ergangenen Polydor-Urteil das Freihandelsabkommen unter Hinweis auf die fehlende Gegenseitigkeit entsprechend restriktiv auslegte, EuGH, Rs. 270/80, *Polydor*, Slg. 1982, 329, insb. Rn. 20. Siehe hierzu eingehend *Olivier Jacot-Guillarmod*, *Le juge national face au droit européen*, 1993, 130 ff.; ausserdem auch den Aufsatz von *Thomas Cottier und Nicolas Diebold* in diesem Band.

<sup>85</sup> Vgl. zu diesem Aspekt *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 3), 1 ff.; *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, *Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht*, in: *Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht*, 2006, 77, 101 ff., 177 ff.

wieder Fallgestaltungen geben wird, in denen es denkbar oder gar wahrscheinlich erscheint, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung von der Rechtsprechung des EuGH abweicht. Die Frage aber, unter welchen Voraussetzungen das Bundesgericht davon ausgehen wird, dass bestimmte Rechtsprechungsentwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH nicht oder nur teilweise zu übernehmen sind, ist nach wie vor dogmatisch wenig geklärt. Daher wird es immer wieder – und mit der Zeit wohl häufiger – vorkommen, dass in Bezug auf die genaue Relevanz der neueren Rechtsprechung des EuGH eine (möglicherweise bedeutende) Rechtsunsicherheit besteht.<sup>86</sup> Es bleibt daher zu hoffen, dass die gemeinschaftlichen Konzepte – die Eingang in das Freizügigkeitsabkommen gefunden haben – auch in der Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte und insbesondere des Bundesgerichts in gebührender Weise und im Einklang mit den Zielsetzungen des Abkommens (verstärkt) herangezogen werden.

---

<sup>86</sup> Zu diesem Aspekt bereits *Epiney/Meier/Mosters*, in: Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 85), 77, 185 ff.; spezifisch mit Bezug zur Rechtsprechung des Bundesgerichts auch *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht, 207/2008, 2008, 227 (insbesondere 247 f.).