

Die Einwanderungs- und Asylpolitik der Schweiz: ausgewählte völker-, europa- und staatsrechtliche Aspekte

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die Einwanderungs- und Asylpolitik der Schweiz: ausgewählte völker-, europa- und staatsrechtliche Aspekte, in: Hilpold, Peter/Perathoner, Christoph (Hrsg.), Immigration und Integration. Völkerrechtliche und europarechtliche Antworten auf eine zentrale Herausforderung der Zeit, Frankfurt 2010, S. 113-152. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Die Einwanderungs- und Asylpolitik der Schweiz ist selbstredend – wie in anderen Staaten auch – vor dem Hintergrund der einschlägigen völker- und europarechtlichen Vorgaben zu sehen, die innerstaatlich ausgehend von den staatsrechtlichen Grundsätzen zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht zum Zuge kommen. Etwas verkompliziert wird die Lage in der Schweiz allerdings dadurch, dass (mittlerweile) weite Teile des sog. Ausländerrechts durch das „bilaterale“ Personenfreizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EG (und ihren Mitgliedstaaten) geregelt sind. Dieses Abkommen ist eng an die gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsbestimmungen angelehnt bzw. übernimmt diese teilweise, was hoch komplexe rechtliche Fragen aufwirft.

Ziel des vorliegenden Beitrags ist es vor diesem Hintergrund, einerseits einen Überblick über die einschlägigen völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der schweizerischen Einwanderungs- und Asylpolitik zu geben (II.), andererseits das in verschiedener Hinsicht bedeutungsvolle Personenfreizügigkeitsabkommen näher zu analysieren (III.). Der Beitrag endet mit einer kurzen Schlussbetrachtung zur internationalen Verflechtung der Schweiz in diesem Bereich (IV.).

II. Zu den völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der schweizerischen Einwanderungs- und Asylpolitik und ihren Rechtswirkungen in der Schweiz

1. Völkerrechtliche Regelungen

Hinsichtlich der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen für die schweizerische Asyl- und Einwanderungspolitik ist zwischen dem Asylrecht (a) und den (sonstigen) die Einwanderung betreffenden Vorgaben (b) zu unterscheiden.

a) Im Bereich des Asylrechts

Im Bereich des Asylrechts sind auch in der Schweiz zunächst die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)¹ und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)² von zentraler Bedeutung. Es ist selbstredend nicht möglich, in diesem Beitrag diese Rechtsakte auch nur annähernd erschöpfend zu behandeln; vielmehr geht es hier nur (aber immerhin) darum, kurz auf die für die Rechtslage in der Schweiz wesentlichen Punkte hinzuweisen und ggf. den Bezug zum einschlägigen nationalen Recht herzustellen (aa), bb). Weiter sei kurz auf das bilaterale Abkommen über den Dublin-Besitzstand der Schweiz mit der EG hingewiesen und in diesem Zusammenhang auf das Verhältnis des schweizerischen Asylrechts zu dem einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand Bezug genommen (cc).

aa) Zur Genfer Flüchtlingskonvention

Die GFK stellt – mit ihrem Protokoll aus dem Jahr 1967³ – die Grundlage des internationalen Flüchtlingsschutzes dar. Dabei verankert sie kein „Recht auf Asylgewährung“. Vielmehr definiert sie eine Reihe anderer Verpflichtungen, die die Staaten in Bezug auf Flüchtlinge im Sinne der Genfer Konvention zu beachten haben, allerdings eben unter Ausschluss der Verpflichtung zur Asylgewährung. Insofern ist der Flüchtlingsbegriff im Sinne der Konvention also für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Konvention und damit die Einschlägigkeit der in der Konvention verankerten Pflichten maßgeblich, nicht hingegen für die Frage der (innerstaatlichen) Anerkennung als Flüchtling. Nichtsdestotrotz entfaltet der Flüchtlingsbegriff der Konvention mittelbar Implikationen für die Voraussetzungen der Asylgewährung in den nationalen und supranationalen Rechtsordnungen, da diese häufig in der einen oder anderen Weise auf den Flüchtlingsbegriff der Konvention zurückgreifen, was auch vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass für Flüchtlinge im Sinne der Konvention das *non refoulement*-Gebot gilt, so dass es nahe liegt, bei der Regelung der Voraussetzungen der Asylgewährung zumindest an die in der Konvention verankerten Grundsätze bezüglich des Flüchtlingsbegriffs – der bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Aufenthalt im Ausland, Bruch der Beziehungen zum Heimatstaat, „begründete“ Flucht vor Verfolgung aus

¹ Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.30.

² Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

³ Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.301.

bestimmten Verfolgungsgründen, Nichtvorliegen von Erlöschens- oder Ausschlussgründen) gegeben ist⁴ – anzuknüpfen.

Diese Schlussfolgerung drängt sich in der Schweiz umso mehr auf, als sich der Flüchtlingsbegriff des schweizerischen Asylgesetzes (AsylG) an die entsprechende Umschreibung in Art. 1A Abs. 2 GFK anlehnt, so dass – abgesehen von punktuellen Erweiterungen – zwischen den Legaldefinitionen von Art. 1A Abs. 2 GFK und Art. 3 AsylG weitgehende inhaltliche Übereinstimmung besteht⁵ und die GFK somit bei der Auslegung von Art. 3 AsylG zu beachten ist. Insgesamt dürfte sich denn auch die Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in der Schweiz in dem durch die GFK vorgegebenen Rahmen bewegen. Auch ansonsten ist nicht ersichtlich, dass das schweizerische Asylrecht gegen die Vorgaben der GFK verstieße⁶.

bb) Zur Relevanz der EMRK

Die EMRK ist im Bereich des Asylrechts insbesondere in zweierlei Hinsicht von Bedeutung:

- Das Folterverbot nach Art. 3 EMRK kommt auch im Rahmen von Auslieferungen, Ausweisungen und Kettenabschiebungen zum Zuge⁷: So darf ein Ausländer nicht in ein Land ausgewiesen oder zurückgeschafft werden, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen, dass der Ausländer in diesem Land einem tatsächlichen Risiko einer Art. 3 zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt wäre⁸. Dabei muss diese

⁴ Auf diesen soll hier jedoch nicht im Einzelnen eingegangen werden, vgl. hierzu umfassend *James C. Hathaway*, *The Rights of Refugees Under International Law*, 2005, *passim*; *Guy Goodwin-Gill/Jane McAdam*, *The Refugee in International Law*, 2007, *passim*; s. ansonsten den Überblick bei *Walter Kälin/Jörg Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., 2008, 565 ff.

⁵ Vgl. nur *Samuel Werenfels*, *Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht*, 1987, 60 ff.; *Walter Kälin*, *Grundriss des Asylverfahrens*, 1990, 28; *Walter Schäppi*, *Politische Verfolgung im Kontext eines Bürgerkrieges – Anmerkungen zur schweizerischen Entscheidungspraxis*, *ASYL* 1992/2, 51 f.; *EMARK* 2006 Nr. 32 E. 8.2.

⁶ Zur Frage der „Papierlosenbestimmung“ (noch unten II.1.a)cc).

⁷ Vgl. *EGMR*, *Soering* gg. *Vereinigtes Königreich*, Serie A 161 Nr. 14038/88, deutsche Übersetzung in: *EuGRZ* 1989, 314 ff.; *EGMR*, *T.I.* gg. *das Vereinigte Königreich*, *Reports* 2000-III, deutsche Übersetzung (Auszüge) in: *NVwZ* 2001, 301 ff. Aus der Literatur etwa *Christoph Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2005, 139; *Hans-Georg Maassen*, *Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht*, 1997, 106 f.; ausführlich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung *Walter Kälin*, *Das menschenrechtliche Verbot der Rückschiebung und seine Bedeutung für das Flüchtlingsrecht*, *ASYL* 1997/1, 3 ff.; *Martina Caroni*, *Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes*, in: *Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005*, 2005, 191 ff.; *Martina Caroni*, *Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes*, in: *Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006*, 2006, 187 ff.; zum internationalen Fallrecht *Jörg Künzli/Christina Hausammann*, *Ausgewählte Entscheide des UNO-Menschenrechtsausschusses und des UNO-Ausschusses gegen die Folter*, in: *Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen*, *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005*, 2005, 217 ff.

⁸ Vgl. *EGMR*, *Soering* gg. *Vereinigtes Königreich*, Serie A 161, Nr. 14038/88, deutsche Übersetzung in: *EuGRZ* 1989, 314 (319), Ziff. 91; *EGMR*, *Cruz Varas u.a. gg. Schweden*, Serie A 201, Nr. 15576/89, Ziff. 75; *EGMR*, *Vilvarajah u.a. gg. Vereinigtes Königreich*, Serie A 215, Nr. 13163/87, 13164/87, 13164/87; 13447/87, 13448/87, Ziff. 107; *EGMR*, *Chahal* gg. *Vereinigtes Königreich*, *Reports* 1996-V,

Behandlung nicht zwingend dem jeweiligen Staat zuzurechnen sein; alleiniger Anknüpfungspunkt ist vielmehr die objektive Gefahr einer menschenrechtswidrigen Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK⁹. Die trotz des Bestehens einer solchen Gefahr erfolgende Auslieferung, Ausweisung oder Abschiebung ist als Verletzung der eigenen Konventionsverpflichtungen des jeweiligen Vertragsstaates anzusehen.

Im Gegensatz zum *Refoulement*-Verbot nach Art. 33 GFK, das gemäß Art. 33 Abs. 2 GFK aus Gründen der inneren Sicherheit des Aufenthaltslandes eingeschränkt werden kann, gilt der Schutz des Art. 3 EMRK absolut. Eingriffe in die Garantie des Art. 3 EMRK können daher auch nicht aus Gründen des Schutzes der Allgemeinheit oder der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt werden¹⁰.

- Art. 13 EMRK¹¹ gewährt jeder Person, deren Konventionsgarantien verletzt worden sind bzw. sein könnten, das Recht auf eine wirksame Beschwerde vor einer innerstaatlichen Instanz. Dabei reicht es für die Einschlägigkeit des Art. 13 EMRK aus, dass die betroffene Person mit vertretbaren Gründen die Behauptung aufstellt, sie sei in einem von der EMRK garantierten Rechte verletzt worden oder von einer solchen Verletzung unmittelbar bedroht. Ein *arguable claim* ist somit notwendige, aber auch hinreichende Voraussetzung, um sich auf die Garantie des Art. 13 zu berufen¹², während eine bereits erfolgte Feststellung der Verletzung einer Konventionsgarantie nicht vorausgesetzt ist.

Die auf der Grundlage von Art. 13 EMRK zu eröffnende innerstaatliche Beschwerde muss wirksam sein. Dies impliziert eine hinreichende Prüfungsbefugnis der Beschwerde durch die zuständige Behörde¹³. Geht es um eine Ausweisungsanordnung, die möglicherweise Art. 3 EMRK verletzen könnte, ist die Beschwerde nur dann als wirksam anzusehen, wenn die Beschwerdeinstanz auch die Möglichkeit hat, die angeordnete Ausweisungsmaßnahme vorläufig auszusetzen¹⁴.

Die Beschwerdeinstanz muss kein Gericht sein, so dass eine hinreichend unabhängige Verwaltungsinstitution ausreicht. Allerdings darf es sich nicht um dieselbe Behörde handeln, gegen die Beschwerde geführt wird¹⁵. Weiter ist Art. 13 EMRK kein Recht auf einen Instanzenzug zu entnehmen.

Im Zusammenhang mit der Regelung des Asylverfahrens impliziert Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 3 EMRK, dass in Fällen von angeordneten Ausweisungen in einen Staat, in

Ziff. 97, 107; EGMR, T.I. gg. Vereinigtes Königreich, Reports 2000-III, Ziff. 1, deutsche Übersetzung (Auszüge) in: NVwZ 2001, 301 ff.

⁹ EKMR, Altun gg. BRD, 10308/83, YB 1983, 164; EGMR, Chahal gg. Vereinigtes Königreich, Reports 1996-V; EGMR, Ahmed gg. Österreich, Reports 1996-VI; EGMR, H.L.R. gg. Frankreich, Reports 1997-III. *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 4), 550 f.; *Kälin*, ASYL 1997/1 (Fn. 7), 3 (4).

¹⁰ EGMR, Ahmed gg. Österreich, Reports 1996-VI, Ziff. 41 und 46; EGMR, Chahal gg. Vereinigtes Königreich, Reports 1996-V, Ziff. 107; *Kälin*, ASYL 1997/1 (Fn. 7), 3 (4).

¹¹ Die umfassenden Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK sind nur im Rahmen von Strafverfahren oder Streitigkeiten über zivilrechtliche Streitigkeiten anwendbar. Für das Asylverfahren sind sie daher nicht maßgebend. Vgl. *Walter Kälin*, Die Bedeutung der Menschenrechte für das Migrationsrecht, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 75 (81).

¹² *Arthur Haefliger/Frank Schürmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz – Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 1999, 333; *Kälin*, ASYL 1997/1 (Fn. 7), 3 (7).

¹³ Vgl. *Haefliger/Schürmann*, EMRK (Fn. 12), 337.

¹⁴ EGMR, Jabari gg. Türkei, Reports 2000-VIII, Ziff. 44 und 50.

¹⁵ Vgl. nur *Anne Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, 141, m.w.N.

dem (direkt oder indirekt) eine Verletzung des Folterverbotes droht oder drohen könnte, eine Einzelfallprüfung nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein darf, was insbesondere im Rahmen von Bestimmungen über sichere Herkunfts- oder Drittstaaten von Bedeutung ist. Die Festlegung sicherer Drittstaaten¹⁶ im Sinne einer (unwiderlegbaren) rechtlichen Fiktion ist damit unzulässig, ebenso wie die Formulierung abstrakter abschließender Kriterien zur Feststellung, ob ein vertretbarer Anspruch besteht, ist die Vertretbarkeit doch im Einzelfall zu bestimmen¹⁷.

cc) Zum bilateralen Abkommen Schweiz – EG über die Übernahme des „Dublin-Besitzstandes“

Das sog. Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA) bezweckt die Einbindung der Schweiz in den sog. „Dublin-Besitzstand“, indem die Schweiz verpflichtet wird, diesen Besitzstand (einschließlich allfälliger zukünftiger Änderungen und Ergänzungen, Art. 1 Abs. 3 DAA) umzusetzen und im Verkehr mit den EU-Mitgliedstaaten¹⁸ anzuwenden.

Der Dublin-Besitzstand umfasst gemäß Art. 1 DAA die Dublin-Verordnung¹⁹, die Eurodac-Verordnung²⁰ sowie die diesbezüglichen Durchführungsverordnungen²¹.

Deutlich wird damit, dass die Schweiz auf diese Weise zwar in den gemeinschaftlichen Besitzstand betreffend die Regelung der Zuständigkeit für die Behandlung eines Asylgesuchs eingebunden ist, die materiell-rechtlichen gemeinschaftlichen Vorgaben im Bereich des Asylrechts – wobei die RL 2004/83 (Qualifikationsrichtlinie)²² und die RL 2005/85 (Verfahrensrichtlinie)²³ von besonderer Bedeutung sind – aber nicht beachten muss. In Anbetracht des Wortlauts des DAA und der dort vorgesehenen ausdrücklichen Beschränkung des zu übernehmenden Besitzstandes auf den „Dublin-Besitzstand“ kann aus dem Abkommen nämlich keine weitere rechtliche Bindung der Schweiz an sonstige gemeinschaftsrechtliche

¹⁶ Ob eine solche Liste sicherer Drittstaaten auf Gesetzes- oder Verfassungsstufe, in einem völkerrechtlichen Abkommen oder in einem supranationalen Rechtsakt verabschiedet wurde, ist dabei nicht von Bedeutung.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen *Walter Kälin*, Das Urteil des Deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996 über die Drittstaatenregelung, ASYL 1996/3, 78 ff.; *Reinhard Marx*, Kommentar zum Asylverfahrensgesetz, 2003, 405, Rz. 117. S. auch EGMR, *Jabari gg. Türkei*, Reports 2000-VIII.

¹⁸ Zur Sonderstellung von Großbritannien und Dänemark s. Art. 11 DAA.

¹⁹ VO 343/2003 über die Bestimmung des für die Behandlung eines Asylantrages zuständigen Mitgliedstaates, ABl. 2003 L 50, 1

²⁰ VO 2725/2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, ABl. 2000 L 316, 1.

²¹ VO 1560/2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003, ABl. 2003 L 222, 3; VO 407/2002 zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 2725/2000, ABl. 2002 L 62, 1.

²² RL 2004/83 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Personen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. 2004 L 304, 12 ff.

²³ RL 2005/85 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. 2005 L 326, 13.

Vorschriften im Bereich des Asylrechts abgeleitet werden. Für diesen Ansatz spricht auch ein Vergleich mit den übrigen Bilateralen Verträgen, in denen der Besitzstand teilweise erheblich ausführlicher umschrieben wird. An dieser „rechtlichen Unbeachtlichkeit“ des nicht den erwähnten Dublin-Besitzstand betreffenden gemeinschaftlichen Besitzstandes für die Schweiz vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass es selbstverständlich gewisse Wechselwirkungen zwischen der Zuständigkeit eines Staates zur Behandlung eines Asylgesuchs einerseits und der Ausgestaltung der Anerkennung als Flüchtling und auch der Ausgestaltung des Asylverfahrens gibt.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass der teilweise Einbezug der Schweiz in den gemeinschaftlichen Besitzstand (aufgrund der Verpflichtung zur Beachtung des Dublin-Besitzstandes) – über den ohnehin bestehenden faktischen Einfluss des gemeinschaftlichen Asylrechts aufgrund der geographischen Lage der Schweiz und ihrer wirtschaftlichen und politischen Verbundenheit mit der Europäischen Union hinaus – dazu führen dürfte, dass auch sonstige Bereiche des nationalen Asylrechts vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Vorgaben zu sehen sind und der Abschluss des Dubliner Assoziierungsabkommens für die Schweiz eine gewisse Tendenz der Anpassung an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben mit sich bringen dürfte. Vor diesem Hintergrund erstaunt es denn auch nicht, dass das schweizerische Asylrecht in weiten Teilen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht: Ein Vergleich der wichtigsten Anforderungen der RL 2004/83 und der RL 2005/85 mit dem geltenden schweizerischen Recht fördert denn auch nur wenige ins Gewicht fallende „Inkompatibilitäten“ zu Tage, wobei zwischen konzeptionellen Unterschieden (1) und sonstigen Abweichungen des Asylrechts in der Schweiz von den Vorgaben der RL 2004/83 und der RL 2005/85 unterschieden werden kann (2). Gesondert sei darüber hinaus auf die Rechtsfigur der „Nichteintretensentscheide“ eingegangen (3)²⁴.

(1) Konzeptionelle Abweichungen des schweizerischen Asylrechts

Nur ausnahmsweise kann eine tatsächliche konzeptionelle Unvereinbarkeit der in der Schweiz geltenden Regelungen im Verhältnis zu den Vorgaben der RL 2004/83 und der RL 2005/85 festgestellt werden:

- Am bedeutendsten ist hier sicherlich der Umstand, dass es in der Schweiz keinen eigentlichen Status des internationalen Schutzes, wie in der RL 2004/83 für gewisse Personen, die nicht die Voraussetzungen des Flüchtlingsbegriffs erfüllen, gefordert ist.

²⁴ Die folgenden Ausführungen zum Vergleich des europäischen mit dem schweizerischen Asylrecht beruhen auf folgender Untersuchung: *Astrid EPiney/BernhardWaldmann/Andrea Egbuna-Joss/Magnus Oeschger*, Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht, ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 4, *passim*.

- Hinzuweisen ist aber auch etwa darauf, dass das schweizerische Asylgesetz den Einbezug subjektiver Nachfluchtgründe nur unzureichend regelt. Art. 5 Abs. 2 RL 2004/83 erfordert nämlich allgemein den Einbezug auch subjektiver Nachfluchtgründe, woran auch die „Reserve“ des Art. 5 Abs. 3 RL 2004/83 für Folgeanträge nichts ändert. Art. 54 AsylG steht der Asylgewährung für Personen, die erst durch ihre Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise Flüchtlinge wurden, jedoch grundsätzlich entgegen.
- Weiter sei auf die Rechtsstellung von aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe aufgenommenen Flüchtlingen in der Schweiz hingewiesen: Diese gelten in der Schweiz zwar gegenüber den Behörden als Flüchtlinge (Art. 59 AsylG), werden aber lediglich vorläufig aufgenommen (Art. 83 Abs. 8 AuG), so dass ihnen in Bezug auf ihren Aufenthaltsstatus gegenüber Personen, denen Asyl gewährt wurde, Nachteile erwachsen. Die RL 2004/83 sieht jedoch keinen „schlechteren“ Status von Flüchtlingen aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe vor, so dass diesbezüglich eine Divergenz besteht²⁵.
- Eine Divergenz lässt sich auch im Zusammenhang mit einer allfälligen internen Fluchtalternative feststellen: Da Art. 8 RL 2004/83 es den Mitgliedstaaten aufgibt, im Falle der Berücksichtigung der internen Fluchtalternative bereits bei der Frage, ob die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird, auch die „persönlichen Umstände“ und damit die sozio-ökonomische Situation des Antragstellers zu berücksichtigen, dürfte die Rechtslage und Praxis in der Schweiz, wonach diese Aspekte nur im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung der vorläufigen Aufnahme berücksichtigt werden, nicht mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang stehen. Vielmehr wären die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling entsprechend zu ergänzen.
- Weiter dürfte die Regelung der „Asylunwürdigkeit“ in Art. 53 AsylG teilweise nicht mit den Vorgaben insbesondere von Art. 14 Abs. 4, 5 RL 2004/83 vereinbar sein: Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/83 stellt nämlich (auch für die Verweigerung der Rechtsstellung als Flüchtling) darauf ab, dass jemand eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt wurde, während Art. 53 AsylG im Hinblick auf die erfassten Straftaten (es wird allgemein auf Verbrechen abgestellt) weiter gefasst ist; zudem verlangt Art. 53 AsylG – ebenfalls im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/83 – gerade keine rechtskräftige Verurteilung. Vielmehr genügt gemäß ständiger Praxis ein Geständnis oder eine klare Aktenlage oder Anklageerhebung²⁶.

²⁵ Vgl. beispielsweise die unterschiedlichen Vorschriften über den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit: Gemäß Art. 26 RL 2004/83 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, einer Person unmittelbar nach der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu gestatten, während es im Ermessen der schweizerischen Behörden steht, vorläufig aufgenommenen Personen eine Arbeitsbewilligung zu erteilen (Art. 85 Abs. 6 AuG).

²⁶ Weitgehend parallele Erwägungen lassen sich für den Widerrufsgrund des Art. 63 Abs. 2 AsylG – der ebenfalls auf besonders verwerfliche strafbare Handlungen abstellt – anstellen.

(2) Sonstige Abweichungen des schweizerischen Asylrechts

Einige Bestimmungen des schweizerischen Rechts wären – falls die Schweiz EU-Mitglied wäre – nicht mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (auf der Grundlage der durch den EuGH formulierten relativ strengen Anforderungen an die Umsetzung²⁷) vereinbar, ohne dass damit jedoch eine ins Gewicht fallende wirkliche konzeptionelle und / oder bedeutende Rechtsdivergenz einherginge:

- Hingewiesen sei hier z.B. auf die Regelung in Art. 7 Abs. 1 AsylG, wonach der Gesuchsteller das Vorhandensein der die Flüchtlingseigenschaft begründenden Tatsachen „glaubhaft“ machen muss. Diese Bestimmung dürfte – auch unter Berücksichtigung der Präzisierungen dieser Voraussetzung durch die ARK – insofern nicht mit Art. 4 Abs. 5 RL 2004/83 in Einklang stehen, als dort abschließende und kumulativ zu verstehende Voraussetzungen formuliert werden, bei deren Vorliegen die Aussagen des Antragstellers gerade keines Nachweises bedürfen. Nicht unter diesen Voraussetzungen figuriert die „Glaubhaftmachung“; vielmehr reichen näher in der Bestimmung umschriebene Bemühungen, Plausibilität und die generelle Glaubwürdigkeit des Antragstellers aus; eine Art „Beweislast“ – wenn auch mit Beweismasserleichterung – dürfte hiermit gerade nicht in Einklang stehen. Zudem kann es dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 5 der RL 2004/83 folgend nicht entscheidend sein, ob die Behörde von der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ des Vorhandenseins der einschlägigen Voraussetzungen ausgeht, sondern ob eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit „objektiv“ vorliegt, was gerichtlich überprüft werden kann.

Vor diesem Hintergrund würde wohl das vom schweizerischen Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 AsylG gewählte Konzept der „Glaubhaftmachung“ bzw. dessen Formulierung mit dem vom EuGH in ständiger Rechtsprechung herangezogenen Erfordernis einer klaren Umsetzung von Richtlinien nicht im Einklang stehen. Allerdings ist zu beachten, dass Konzept und Handhabung des Glaubhaftmachens im Schweizerischen Recht im Ergebnis durchaus richtlinienkonform sein dürften, so dass insofern und insoweit keine Divergenz vorliegt.

Ähnliches gilt für die Anforderung von Art. 4 Abs. 4 RL 2004/83 – wonach in den Fällen, in denen der Antragsteller in der Vergangenheit bereits einer Verfolgung ausgesetzt war, i.Erg. eine Art „Beweislastumkehr“ vorzusehen ist: Diese dürfte im schweizerischen Asylgesetz keinen bzw. unzureichenden Niederschlag gefunden haben, wenn man die strengen Vorgaben des EuGH in Bezug auf die Klarheit der Umsetzung zugrunde legt. Allerdings kennt die schweizerische Praxis ebenfalls die Regelvermutung, dass aufgrund bereits erlittener ernsthafter Nachteile auf begründete Furcht vor

²⁷ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-441/02 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 27.4.2006: nicht hinreichend klare Umsetzung der RL 64/221 in § 12 I AufenthG/EWG, da nur in Bezug auf EU-Ausländer mit unbefristeter Aufenthaltserlaubnis klargestellt wird, dass diese nur aus „schwerwiegenden“ Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden dürfen, womit unklar sei, wie mit EU-Ausländern mit nur befristeter Aufenthaltserlaubnis verfahren werden kann. Aus der Literatur zum Problembereich etwa m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung *Astrid Epiney/Andreas Felder*, Überprüfung internationaler wasserwirtschaftlicher Übereinkommen im Hinblick auf die Implementierung der Wasserrahmenrichtlinie, 2002, 19 ff.; *Konrad Westbomke*, Die Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Recht, EurUP 2004, 122 ff.

zukünftiger Verfolgung geschlossen werden kann, so dass auch hier im Ergebnis und der praktischen Anwendung wohl keine Divergenz bestehen dürfte.

- Unproblematisch ist die (schweizerische) Rechtsprechung in Bezug auf das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen der Verfolgung im Heimat- oder Herkunftsstaat und der Flucht²⁸ nur insoweit, als dieses Erfordernis lediglich als Indiz für das Vorhandensein einer begründeten Furcht zur Anwendung kommt und als auch bei mangelndem Kausalzusammenhang geprüft wird, ob allenfalls (objektive oder subjektive) Nachfluchtgründe vorliegen. Als gesondertes und zusätzliches Prüfungskriterium würde ansonsten diese Rechtsprechung weder mit den Vorgaben der GFK noch mit denjenigen der RL 2004/83 in Einklang stehen: Letztere stellt nämlich nur (und insofern in abschließender Weise) auf das Bestehen einer Verfolgung(sgefahr) ab. Daher ist im Sinne des „Schutzansatzes“ entscheidend, ob der betroffenen Person eine Verfolgung im Heimat- oder Herkunftsstaat droht, wofür es unerheblich sein muss, was der (zunächst) primäre Grund der Ausreise war.
- Die im schweizerischen Recht vorgesehenen grundsätzlichen Fristen zur Behandlung eines Asylgesuchs stehen mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Einklang; im Gegensatz zur Regelung in Art. 23 Abs. 2 RL 2005/85 besteht aber – soweit ersichtlich – zumindest keine ausdrückliche Pflicht der Behörde, den Asylbewerber über eine allfällige Verzögerung sowie den Zeitrahmen, innerhalb desselben er mit einer Entscheidung rechnen kann, zu informieren.

Weiter kann in diesem Zusammenhang auf das „Flughafenverfahren“ (Art. 22, 23 AsylG) hingewiesen werden: Dieses dürfte zwar grundsätzlich mit dem Bleiberecht vereinbar sein, da der Asylsuchende ja auch während des Flughafenverfahrens im Land verbleiben darf, selbst wenn er als eigentlich „nicht eingereist“ angesehen wird. Bedenken könnten sich jedoch in Bezug auf Art. 18 RL 2005/85 ergeben, wonach eine Person nicht allein deshalb in Gewahrsam genommen werden darf, weil sie Asylbewerber ist. Denn in gewissen Fällen (Vorliegen von Nichteintretensgründen oder offensichtlicher Unbegründetheit) wird die Einreise verweigert und die Person wird letztlich im Flughafen oder in einem Ausschaffungsgefängnis in Gewahrsam genommen, so dass die Person allein deshalb in Gewahrsam genommen werden könnte, weil sie Asylbewerber ist. Allerdings dient die Ingewahrsamnahme in diesen Fällen der Verhinderung der illegalen Einreise, so dass argumentiert werden könnte, es gehe gerade nicht um eine Ingewahrsamnahme allein aufgrund der Eigenschaft als Asylbewerber. Gleichwohl ist die schweizerische Regelung nicht unproblematisch, da ein gewisser Automatismus besteht, werden die jeweiligen Personen doch unabhängig vom Vorliegen eines konkreten, in ihrem individuellen Verhalten beruhenden Verdachts aufgrund ihrer Eigenschaft als Asylbewerber in Gewahrsam genommen. Hieran ändert auch der Umstand nicht, dass diese Personen nach nationalem Recht als nicht in die Schweiz eingereist betrachtet werden. Hinzuweisen ist allerdings auf den Umstand, dass Art. 35 Abs. 2 RL 2005/85 die Beibehaltung besonderer Verfahren an der Grenze (und damit auch im Transitbereich eines Flughafens) ermöglicht, die einige Garantien des Kapitels II RL 2005/85 (darunter auch Art. 18) nicht beachten, so dass insofern eine „echte“ Unvereinbarkeit mit den Anforderungen der Richtlinie wohl zu verneinen ist. Grundsätzlich haben jedoch auch solche besonderen Verfahren nach Maßgabe der Grundsätze und Garantien des Kapitels II RL 2005/85 zu erfolgen (Art. 35 Abs. 1 RL 2005/85), womit der Charakter von Art. 35 Abs. 2 RL 2005/85 als „Überangsregelung“ deutlich wird.

(3) Zur Problematik der „Nichteintretensentscheide“

²⁸ Vgl. EMARK 1996, Nr. 30.

Grundsätzliche Fragen wirft darüber hinaus sowohl die Konstruktion der „Nichteintretensentscheide“ an sich als auch die konkrete Ausgestaltung der Nichteintretensgründe auf, wobei vorweg zu betonen ist, dass das System der Nichteintretensentscheide durchaus mit der Richtlinie vereinbar ist, obwohl diese „Nichteintretensgründe“ an sich nicht kennt. Denn letztlich impliziert das Nichteintreten auf ein Gesuch, dass die Flüchtlingseigenschaft materiell nicht geprüft wird, womit ein Nichteintretensentscheid dieselben Merkmale wie ein „unzulässiger Antrag“ nach Art. 25 RL 2005/85 aufweist.

Problematisch sind allerdings die im AsylG vorgesehenen Nichteintretensgründe: Denn Art. 25 RL 2005/85 umschreibt abschließend diejenigen Gründe, die zu einer Unzulässigkeitsentscheidung führen können, und Art. 32 Abs. 2 AsylG sieht eine Reihe von Gründen vor, die nicht in Art. 25 RL 2005/85 figurieren.

- Von Bedeutung sind dabei zunächst Art. 32 Abs. 2 lit. b, c AsylG, wonach auf ein Gesuch nicht eingetreten wird, wenn über die Identität getäuscht wird oder die Mitwirkungspflicht schuldhaft und grob verletzt wird, ohne dass es eine „Schutzklausel“ gibt. Diese Bestimmungen dürften nicht mit dem sich aus den RL 2004/83 und RL 2005/85 ergebenden „Recht auf Asyl“ (unter bestimmten Voraussetzungen) und dem Recht auf Prüfung eines Antrags – es sei denn, dieser könne nach Art. 25 RL 2005/85 für unzulässig erklärt werden – in Einklang stehen.

Hinzu kommt, dass in diesen Fällen auf eine persönliche Anhörung des Gesuchstellers verzichtet werden darf; die entsprechenden Tatbestände lassen sich jedoch nicht unter die Ausnahmen von der Anhörungspflicht in Art. 12 Abs. 2 RL 2005/85 subsumieren.

- Fraglich ist, ob auch Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG, wonach auf Gesuche von Personen ohne Papiere nicht eingetreten wird, mit den erwähnten Vorgaben der RL 2005/83 unvereinbar ist, da hier nach Art. 32 Abs. 3 lit. a-c AsylG gleichwohl Ausnahmen (sog. „Schutzklauseln“) vorgesehen sind, bei deren Bejahung eine materielle Prüfung gleichwohl möglich ist. Jedoch ändern auch diese Schutzklauseln nichts daran, dass die „Papierlosigkeit“ ein Nichteintretensgrund ist, und – es sei denn, die Voraussetzungen der relativ eng formulierten „Schutzklausel“ liegen vor – eben keine materielle Prüfung in einem ordentlichen Verfahren erfolgt, so dass insofern ein „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ formuliert wird, das mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht in Einklang stehen dürfte.

Losgelöst von dieser Frage nach der Vereinbarkeit der (Ausgestaltung der) Nichteintretensgründe mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sollte nach der hier vertretenen Ansicht die Konstruktion der Nichteintretensentscheide bzw. die Nichteintretensgründe grundsätzlich reflektiert werden: Denn diese erfassen sowohl eigentliche Unzulässigkeitsgründe – in denen sich eine materielle Prüfung des Antrags tatsächlich erübrigt – als auch Situationen, in denen es letztlich um eine offensichtliche

Unbegründetheit des Antrags geht bzw. gehen kann, so dass die derzeitige Ausgestaltung der Nichteintretensgründe letztlich verschiedene Problemstellungen miteinander vermengt. Vor diesem Hintergrund könnte sich eine Unterscheidung zwischen solchen Tatbeständen, bei denen es um eigentliche Unzulässigkeitsgründe geht – die dann auch Nichteintretensgründe genannt werden können – und die sich dadurch auszeichnen, dass sich eine Prüfung der Flüchtlingseigenschaft von vornherein erübrigt, und solchen, bei denen eine offensichtliche Unbegründetheit (und damit die Heranziehung eines beschleunigten Verfahrens) zur Debatte steht bzw. stehen kann, aufdrängen.

Bei ersteren ist die Bejahung der Flüchtlingseigenschaft von vornherein ausgeschlossen, insbesondere weil die betreffende Person in einem anderen Staat Schutz suchen kann oder weil ein anderer Staat zuständig ist. Bei allen anderen Gründen geht es an sich um besonders klare Fälle (offensichtliche Unbegründetheit), die in einem beschleunigten Verfahren erledigt werden können. Dies gilt auch für die in Art. 32 Abs. 2 lit. a-c AsylG aufgeführten Gründe, die zudem teilweise auch aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht unproblematisch sind (wenn auch die Rechtsprechung eine gewisse Konkretisierung erlaubt): Denn eine Verletzung der Mitwirkungspflicht, ein Verheimlichen oder ein Täuschen über die Identität wird bzw. würde in der Regel für den Gesuchsteller sowieso insofern negative Folgen (eine Ablehnung des Gesuchs) nach sich ziehen, als es ihm obliegt, die Verfolgung oder Gefährdung glaubhaft zu machen oder zu beweisen und ein derartiges Verhalten der Glaubwürdigkeit des Antragstellers in der Regel nicht förderlich ist. Was die „Papierlosigkeit“ angeht, so ist sie ganz grundsätzlich problematisch, da auch „Papierlose“ Flüchtlinge sein können²⁹ und der Umstand, dass jemand keine Papiere hat, nicht zwingend auf seine fehlende Glaubwürdigkeit schließen lässt. Teilweise wird hier daher gar ein Verstoß dieser Bestimmung gegen die völkerrechtlichen Vorgaben geltend gemacht³⁰, und sie dürfte jedenfalls nicht den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entsprechen.

Zudem ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass Art. 32 Abs. 3 lit. b AsylG als Voraussetzung für ein Eintreten auf das Gesuch eines „Papierlosen“ verlangt, dass die Flüchtlingseigenschaft „festgestellt“ wird. Offenbar soll es also nicht genügen, dass die Flüchtlingseigenschaft „glaubhaft“ gemacht wird (vgl. Art. 7 Abs. 1 AsylG), was widersprüchlich ist. Möglicherweise ist diese Formulierung in Art. 32 Abs. 3 lit. b AsylG ein Redaktionsversehen³¹; jedenfalls ist aber auf die Anforderung von Art. 4 Abs. 5 RL 2004/83 hinzuweisen, wonach beim Vorliegen abschließend und kumulativ zu verstehender Voraussetzungen die Aussagen des Antragstellers gerade keines Nachweises bedürfen und daher die Flüchtlingseigenschaft in diesen Fällen auch ohne einen vollen Beweis anzunehmen ist. Hiermit dürfte zumindest die Formulierung des Art. 32 Abs. 3 lit. b AsylG nicht in Einklang stehen.

b) Im Bereich des Einwanderungsrechts

²⁹ Bzw. – im Gegenteil – sich die „Papierlosigkeit“ häufig auf die Flüchtlingseigenschaft zurückführen lässt, vgl. *Walter Kälin*, Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Vorschlägen des BFF für „Zusätzliche Maßnahmen im Rahmen der Teilrevision des Asylgesetzes“, Gutachten zuhanden des UNHCR (Verbindungsbüro für die Schweiz), Jusletter vom 2.8.2004, Rz. 12.

³⁰ Vgl. *Kälin*, Rechtsfragen (Fn. 29); a.A. *Kay Hailbronner*, Stellungnahme zu Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 Asylgesetz, Jusletter vom 15.5.2006. Die Frage des Verstoßes gegen die GFK wird davon abhängen, wie die „Schutzklausel“ des Art. 32 Abs. 3 AsylG gehandhabt wird: Wird sie in jeder Beziehung im Einklang mit der GFK ausgelegt und angewandt (was insbesondere bedeutet, dass in all den Fällen, in denen das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft auch nur möglich erscheint, von einem Nichteintretensentscheid abgesehen wird), dürfte ihre Vereinbarkeit mit den völkerrechtlichen Vorgaben zu bejahen sein, was nichts daran ändert, dass die in dieser Beziehung teilweise höchst unklaren Formulierungen zu bedauern sind und sie durchaus das Risiko einer nicht völkerrechtskonformen Entscheidung erhöhen. Im Übrigen ist noch an Art. 3 EMRK zu erinnern, dessen Schutzbereich weiter ist als derjenige des Art. 33 GFK und bei dessen Einschlägigkeit jedenfalls keine Abschiebung erfolgen darf. Das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 EMRK muss daher immer zusätzlich geprüft werden, auch wenn es in Art. 32 AsylG nicht ausdrücklich erwähnt ist. Problematisch sind hier jedoch ggf. die kurzen Fristen, vgl. hierzu *Kälin*, Rechtsfragen (Fn. 29).

³¹ So *Kälin*, Rechtsfragen (Fn. 29).

In Bezug auf die Frage der Einwanderung folgt aus der territorialen Souveränität der Staaten, dass diese die Aufenthalts- und Niederlassungsberechtigung von Ausländern grundsätzlich frei regeln können. Allerdings setzt das Völkerrecht auch hier gewisse Schranken, wobei im Wesentlichen zwei Kategorien unterschieden werden können:

- Einerseits haben die Staaten bei der Entscheidung über Aufenthalt und / oder Niederlassung von Ausländern die menschenrechtlichen Garantien zu beachten. So kann sich etwa aus Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Einreise zwecks Familienvereinigung ergeben³². Weiter sind bei ausländerrechtlichen Entscheidungen die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote zu beachten, so dass etwa nach der Rasse differenzierende Regelungen über den Aufenthalt von Ausländern mit menschenrechtlichen Garantien in Konflikt geraten können, wobei jedenfalls bei Art. 14 EMRK zu beachten ist, dass diese Bestimmung nur ein akzessorisches Diskriminierungsverbot verankert.
- Andererseits können sich die Staaten in bi- oder multilateralen Verträgen zur Gewährung der Personenfreizügigkeit verpflichten. Ein für die Schweiz besonders bedeutendes Beispiel ist das nachfolgend³³ noch näher zu analysierende Personenfreizügigkeitsabkommen.

2. Rechtswirkungen in der Schweiz

Aufgrund der monistischen Tradition der schweizerischen Verfassungsordnung³⁴ erlangen völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch innerstaatlich Verbindlichkeit, so dass sie (als völkerrechtliche Verträge) Geltung beanspruchen und anzuwenden sind. Im Übrigen geht das Bundesgericht von einem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts vor dem nationalen Recht aus³⁵, der sich letztlich – wenn das Bundesgericht dies auch nicht ausdrücklich in dieser Form problematisiert – aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben dürfte³⁶.

Auf dieser Grundlage sind solche völkervertragsrechtlichen Bestimmungen, die Einzelnen Rechte einräumen sollen, hinreichend bestimmt sind und Pflichten für die rechtsanwendenden Behörden begründen, unmittelbar anwendbar, so dass Einzelne sich (auch vor Gericht) darauf berufen können³⁷. Daher sind die in unserem Zusammenhang relevanten und erwähnten

³² EGMR, Gül/Switzerland, Rep. 1996-I.

³³ Unten III.

³⁴ Die auf das 19. Jahrhundert zurückgeht. Vgl. hierzu und zum Folgenden mit Nachweisen aus der Rechtsprechung und der Praxis der Behörden *Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli*, Völkerrecht. Eine Einführung, 2. Aufl, 2006, 96 ff.

³⁵ BGE 125 II 417 Erw. 4d, m.w.N.

³⁶ Ausführlich hierzu bereits *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips - Ein Beitrag zu der Stellung des Völkerrechts im Verhältnis zum schweizerischen Recht -, ZBl 1994, 537 ff.

³⁷ Vgl. z.B. BGE 124 III 90; aus der jüngeren Literatur mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I 137

völkerrechtlichen Vorgaben – soweit sie die Frage des Rechts von Ausländern auf Aufenthalt und Niederlassung betreffen – regelmäßig unmittelbar anwendbar, so dass sich die Einzelnen auf die entsprechenden Garantien berufen können. Vor diesem Hintergrund überrascht es auch nicht, dass Individualrechte einräumenden völkerrechtlichen Vorgaben in der Schweiz eine verhältnismäßig hohe Bedeutung zukommt und die Gerichte, insbesondere das Bundesgericht, in Bezug auf Auslegung und Tragweite dieser völkerrechtlichen Vorgaben in der Schweiz eine bedeutende Rolle spielen.

III. Insbesondere: das Personenfreizügigkeitsabkommen

Das am 21. Juni 1999 unterzeichnete³⁸ Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten³⁹ (FZA)⁴⁰ ist als eines von sieben sog. sektoriellen Abkommen⁴¹ am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Das Abkommen soll die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen (...) verwirklichen“⁴². Deutlich wird damit schon an dieser Stelle, dass sich das Abkommen inhaltlich eng an die primär- und sekundärrechtlichen Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts in diesem Bereich anlehnt bzw. sie im Ergebnis weitgehend übernimmt, so dass im Bereich der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten ein Rechtsregime errichtet werden soll, das (weitgehend) parallel zu der Rechtslage in der Europäischen Union ausgestaltet ist. Aufgrund des besonderen Charakters des europäischen Gemeinschaftsrechts, der Komplexität der gemeinschaftlichen Regelungen über die Personenfreizügigkeit – die etwa auch Bereiche umfassen bzw. berühren, die im Freizügigkeitsabkommen nicht ausdrücklich verankert sind, wie insbesondere die Unionsbürgerschaft – sowie der Dynamik der Rechtsentwicklung in der EU sowohl auf der Ebene der Rechtsetzung als auch der Rechtsprechung wirkt die konkrete Umsetzung und Verwirklichung dieser Zielsetzung in dem Abkommen aber vielschichtige Probleme auf.

ff. S. auch die instruktive Monographie von *Daniel Wüger*, Die direkte Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen, 2005.

³⁸ Zu den vorangegangenen langjährigen Verhandlungen *Bettina Kahil-Wolff*, Suisse – Europe, Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales, 1995, 9 ff.

³⁹ Neben der Schweiz und der EG sind auch deren Mitgliedstaaten Partei des Abkommens, so dass es sich entgegen der verbreiteten umgangssprachlichen Bezeichnung nicht um ein bilaterales, sondern um ein multilaterales Abkommen handelt. Vgl. insofern auch *Stephan Breitenmoser/Michael Isler*, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 (1005).

⁴⁰ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BB1 1999, 7027 ff.; AB1 2002 L 114, 6 ff.

⁴¹ Die anderen Abkommen betreffen die Bereiche Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen; für die Texte aller Abkommen siehe BB1 1999, 6489 ff.; AB1 2002 L 114, 1 ff.

⁴² Vgl. Präambel des FZA.

Nachfolgend soll einerseits ein Überblick über Inhalt und rechtliche Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens gegeben werden (1.), andererseits sollen aber auch ausgewählte Probleme der im Abkommen gewährleisteten Rechte bzw. ihrer Reichweite kurz erörtert werden (2.). Dabei beruhen die folgenden Ausführungen teilweise auf bereits früher durchgeführten Untersuchungen⁴³.

Die rechtliche Tragweite der Bestimmungen des Abkommens ist notwendigerweise durch Auslegung zu bestimmen, so dass die hier einschlägigen Grundsätze letztlich den Ausgangspunkt der nachfolgenden Erörterungen darstellen. Dabei unterliegt das Abkommen als völkerrechtlicher Vertrag den einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsregeln, die in Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)⁴⁴ niedergelegt sind und darüber hinaus Völkergewohnheitsrecht formulieren⁴⁵. Die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge sind danach Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext (s. auch Art. 31 Abs. 2, 3 WVK) sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages; daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 WVK). Angewandt auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist zunächst von Bedeutung, dass das Abkommen in weiten Teilen auf Begriffe oder Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift, wobei teilweise wörtlich gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen im Abkommen übernommen werden, teilweise direkt auf gemeinschaftliches Sekundärrecht verwiesen wird und teilweise sinngemäß dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Garantien formuliert werden. Aus diesem Rückgriff auf dem Gemeinschaftsrecht entsprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen ergibt sich aber nicht zwingend, dass die jeweiligen Bestimmungen parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind⁴⁶; vielmehr verbietet sich eine „automatische Übertragung“ der im Gemeinschaftsrecht heranzuziehenden Auslegung schon deshalb, weil das Gemeinschaftsrecht auf der Grundlage seiner verfassungsähnlichen Struktur und seiner spezifischen Zielsetzungen von besonderen Grundsätzen geprägt ist, die auch und gerade Rückwirkungen auf seine Auslegung entfalten können, ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Gemeinschaftsrechts zwingend aufgegeben wird. Ein Grundsatz der „parallelen Auslegung“ gewisser völkervertraglicher Regelungen im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht kann sich jedoch aus der Anwendung der erwähnten völkerrechtlichen

⁴³ Vgl. insbesondere *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.; *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, Bern 2005, 45 ff.

⁴⁴ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

⁴⁵ Vgl. nur *Wolfgang Graf Vitzthum*, in: *Wolfgang Graf Vitzthum* (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., 2007, 57.

⁴⁶ Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Gemeinschaftsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind. Vgl. etwa EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395. S. auch EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 15 ff.

Auslegungsgrundsätze (Art. 31 ff. WVK) ergeben, insbesondere aus dem Gebot, die Verträge seien unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstandes auszulegen. So können gewisse im Gemeinschaftsrecht anwendbare Auslegungsprinzipien auf völkervertragliche Verträge anzuwenden sein, wenn diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Garantien⁴⁷. Insbesondere lässt sich aus der Rechtsprechung⁴⁸ der Grundsatz ableiten, dass in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen sind⁴⁹.

Angesichts des Umstandes, dass weite Teile des Abkommens wörtlich oder sinngemäß auf gemeinschaftsrechtliche Garantien zurückgreifen und diese damit in das Abkommen einfließen, der im Abkommen (insbesondere der Präambel⁵⁰ sowie Art. 16 Abs. 1 FZA⁵¹ und Art. 16 Abs. 2 FZA⁵²) zum Ausdruck kommenden Zielsetzung, im Verhältnis zur Schweiz für die erfassten Bereiche grundsätzlich eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen, drängt sich der Schluss auf, dass für einen Teil des *acquis communautaire* eine

⁴⁷ So i. Erg. auch EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.; EuGH, Rs. C-469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4533. Aus der Literatur etwa *Andrea Ott*, Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (Acquis communautaire), EuZW 2000, 293 (294 f., 297).

⁴⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291. S. auch im Ansatz ähnliche Ausführungen in EuGH, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), Slg. 2004, I-10895.

⁴⁹ Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die parallele Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ganz konsistent erscheint und der EuGH bei (scheinbar?) vergleichbaren Fallgestaltungen gelegentlich eine „Übertragung“ der gemeinschaftlichen Grundsätze vornimmt, diese gelegentlich aber auch ablehnt. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 22; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 55; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszcuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 52; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), Slg. 2001, I-6557, Rn. 55 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615, Rn. 37; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625, Rn. 26 (für eine parallele Auslegung). Zu dieser Rechtsprechung instruktiv *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten – Grundsätze, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 1 ff.

⁵⁰ In der betont wird, dass die Vertragsparteien bestrebt sind, die Personenfreizügigkeit zwischen ihnen „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“.

⁵¹ Wonach die Vertragsparteien „alle erforderlichen Maßnahmen treffen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden“.

⁵² Nach dieser Bestimmung ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen. Dieses Prinzip ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die EG bestrebt war, einheitliche Regeln wie in der Gemeinschaft zu verankern und deren innere Entwicklung sowie die Autonomie der gemeinschaftlichen Rechtsordnung nicht gefährdet werden sollte. Zu diesen Aspekten EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, S. I-6079, Rn. 47; EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, S. I-2821, Rn. 17 ff. S. auch *Daniel Felder*, in: Luzius Mader (Hrsg.), Runder Tisch: Die bilateralen sektoriellen Verhandlungen, LeGes (Gesetzgebung heute) 1999, 91.

(völkervertragsrechtlich verankerte) Ausweitung des Anwendungsbereichs desselben auf die Beziehungen zur Schweiz erreicht werden soll⁵³. Damit können die besonderen Auslegungsgrundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts, wie etwa der Grundsatz des *effet utile*, zwar nicht als solche im Rahmen des Abkommens herangezogen werden, handelt es sich doch um einen völkerrechtlichen Vertrag, der eben nach anderen Regeln auszulegen ist als das Gemeinschaftsrecht selbst⁵⁴. Allerdings finden diese genuin gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze insoweit mittelbar Eingang in die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, als diesem selbst – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze für völkerrechtliche Verträge – zu entnehmen ist, dass sich die Tragweite seiner Bestimmungen grundsätzlich an diejenige des Gemeinschaftsrechts anlehnen soll. Vor diesem Hintergrund kann der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäß, grundsätzlich in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift⁵⁵, und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Gemeinschaftsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.

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

1. Das Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick

⁵³ Zu zurückhaltend und letztlich unklar daher *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 39), 1003 (1011), die ausschließlich auf Art. 16 Abs. 2 FZA abstellen. I. Erg. wie hier wohl *Thomas Cottier/Erik Evtimov*, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, 77 (107 ff.), wobei die von diesen Autoren vorgenommene Differenzierung zwischen der Auslegung in der EU und in der Schweiz insofern nicht zu überzeugen vermag, als doch in jedem Fall die Grundsätze der WVK heranzuziehen sind.

⁵⁴ Zur Frage der Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Rechtsprechung des EuGH m.w.N. *Astrid Epiney/Andreas Felder*, Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVglRWiss 2001, 425 (426 f.).

⁵⁵ Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 Erw. 6.2 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichts dürften hier aber tendenziell zu zurückhaltend sein, so wenn das Bundesgericht meint, es würden insofern teilweise andere Ziele verfolgt, als es nur um eine partielle Beteiligung an den betroffenen Grundfreiheiten gehe (Erw. 6.2). Abgesehen von dem Umstand, dass nicht wirklich ersichtlich ist, wie die (nicht) erfassten Teile zu präzisieren sein sollen, ist dieser Ansatz jedenfalls in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit kaum überzeugend, geht es hier doch offenbar um eine parallele Ausgestaltung der Rechtsregime; hieran ändert auch der Umstand nichts, dass es in der EU zusätzlich die Unionsbürgerschaft gibt.

a) Materielle Aspekte

Das Freizügigkeitsabkommen besteht aus folgenden Teilen⁵⁶:

- Ein insgesamt 25 Artikel umfassender, relativ kurzer Haupttext enthält neben den Zielsetzungen die grundsätzlichen Prinzipien und Rechte der erfassten Personen (so u.a. auch das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 2 FZA), einige allgemeine Bestimmungen (so die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit in Art. 10 FZA) und institutionelle Regelungen sowie die bei völkerrechtlichen Verträgen üblichen Schlussbestimmungen.
- Anhang I enthält detaillierte Regelungen über die Freizügigkeit, wobei zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (letztere wird nur in engen Grenzen gewährt) sowie der Freizügigkeit von Nichterwerbstätigen und Familienangehörigen zu unterscheiden ist. Die Bestimmungen des Anhangs sind größtenteils – aber nicht durchgehend – sekundärrechtlichen Regelungen nachgebildet, ohne dass diese jedoch ausdrücklich als „Referenz“ erwähnt werden, was im Falle der Weiterentwicklung des gemeinschaftlichen Sekundärrechts im Hinblick auf die durch das Abkommen angestrebte Parallelität der Rechtslage Schwierigkeiten aufwerfen wird bzw. aufwirft, da die RL 2004/38⁵⁷ bereits einige der dem Anhang I als „Vorbild“ dienenden Rechtsakte abgelöst hat.
- Anhang II betrifft die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, wobei im Wesentlichen auf die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften verwiesen wird und die Schweiz sich verpflichtet, eine „gleichwertige“ Rechtslage sicherzustellen.

⁵⁶ Vgl. zum Personenfreizügigkeitsabkommen *Dieter W. Grossen/Claire de Palézieux*, Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, 2002, 87 ff.; *Dieter W. Grossen/Claire de Palézieux*, *Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten*, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EG*, Handbuch, Zürich 2007, 135 ff.; *Edgar Imhof*, *Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit*, SZS/RSAS 2000, 22 ff.; *Steve Peers*, *The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: overview and Analysis*, *European Journal of Migration and Law* 2000, 127 ff.; *Olivier Mach*, *Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse*, SJ 2002, 325 (331 ff.); *Matthias Kilian*, *Das Abkommen über den freien Personenverkehr zwischen der Europäischen Union und der Schweiz. Neue Betätigungsmöglichkeiten für Europas Rechtsanwälte*, ZEuP 2000, 601 ff.; *Walter Kälin*, *Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen*, ZAR 2002, 123 ff.; *Martin Nyffenegger*, *Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter besonderer Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen*, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, 2001, 79 ff.; *Walter Kälin*, *Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG*, 2002, 11 ff.; *Edgar Imhof*, *Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode*, ZESAR 2007, 155 ff. 217 ff. S. auch schon die Ausführungen bei *Epiney*, *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005* (Fn. 43), 45 ff., an die sich die folgende Erörterung des Abkommens anlehnen.

⁵⁷ 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.

- Anhang III entspricht strukturell Anhang II und enthält Regelungen über die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen beruflichen Befähigungsausweisen.

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

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

b) Institutionelle Aspekte und „Einbindung“ der Rechtsprechung des EuGH

aa) Gemischter Ausschuss

Entsprechend dem „klassischen“ völkerrechtlichen Ansatz des Abkommens⁵⁸ ist für die Verwaltung und ordnungsgemäße Anwendung des Abkommens ein Gemischter Ausschuss – der aus Vertretern der Vertragsparteien besteht – zuständig. Dieser tritt bei Bedarf, jedoch mindestens einmal jährlich, zusammen und entscheidet einvernehmlich (Art. 14 FZA)⁵⁹. Dem Gemischten Ausschuss kommen insbesondere folgende Kompetenzen zu:

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

In Bezug auf den zuletzt genannten Aspekt spricht – auch und gerade angesichts der Kompetenz des Gemischten Ausschusses zur Modifikation der Anhänge II und II FZA – vieles dafür, dass der Gemischte Ausschuss auf der Grundlage des Art. 16 Abs. 2 S. 3 FZA feststellen kann, dass ein neues Urteil des EuGH in Zukunft zwingend zu beachten ist und damit in der Sache der „alten“ Rechtsprechung gleichgestellt ist⁶⁰; soweit ersichtlich, wurde bislang jedoch noch kein solcher Beschluss gefasst.

⁵⁸ Materiell dürfte das Abkommen aber letztlich insofern einen „Integrationsvertrag“ darstellen, als weite Teile des einschlägigen *acquis communautaire* übernommen werden. Hierzu *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 (72 f.).

⁵⁹ Zu den in den sektoriellen Abkommen vorgesehenen Gemischten Ausschüssen allgemein siehe *Tobias Jaag*, Institutionen und Verfahren, in: *Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch* (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz - EG*, 2002, 39 ff.; *Tobias Jaag/Magda Zihlmann*, Institutionen und Verfahren, in: *Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals* (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Handbuch, 2007, 65 ff.

⁶⁰ Ausführlich *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 43), 1 (22 f.).

bb) Rolle der Rechtsprechung des EuGH

Nach Art. 16 Abs. 2 FZA ist die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens (21.6.1999) zu berücksichtigen. M.a.W. besteht eine Rechtspflicht, die von dieser Bestimmung erfasste Rechtsprechung bei der Auslegung des Abkommens zugrunde zu legen⁶¹. Neben der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Rückgriff auf einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff vorliegt (die letztlich die Problematik der „Reichweite“ der parallelen Auslegung von Gemeinschaftsrecht und Abkommen betrifft⁶²), wirft die Bestimmung insbesondere die Frage auf, wie „neue“ und „alte“ Rechtsprechung voneinander abzugrenzen sind und welche Bedeutung der „neuen“ Rechtsprechung zukommt, dies auch vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Verwirklichung einer „Parallelität der Rechtsregime“⁶³. Im Ergebnis⁶⁴ kann – vor dem Hintergrund der durch das Abkommen angestrebten Parallelität von Gemeinschaftsrecht und Abkommen – die genaue Tragweite des Art. 16 Abs. 2 FZA wie folgt präzisiert werden:

- Eine „neue“ Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA liegt nicht schon immer dann vor, wenn das Urteil nach dem 21.6.1999 ergangen ist. Denn die Rechtsprechung greift häufig bereits entschiedene Grundsätze wieder auf, so dass neue Urteile nicht zwingend neue Entwicklungen implizieren und daher gewisse „neue“ Urteile „alten“ Urteilen im Ergebnis gleichzustellen und damit zu beachten sind.
- Für die Abgrenzung zwischen „neuer“ und „alter“ Rechtsprechung können insbesondere folgende Fallgruppen unterschieden werden:
 - Klar eine „neue“ Rechtsprechung liegt vor, wenn eine bislang noch nicht entschiedene Rechtsfrage betroffen ist.
 - Greift ein Urteil nur bereits bekannte Grundsätze auf, wiederholt sie und wendet sie auf einen im Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung parallelen Fall (nochmals) an, so liegt in der Sache eine „alte“ Rechtsprechung vor, die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachten ist. Denn trotz des Datums solcher Urteile geht es letztlich um die vor dem erwähnten Stichtag bereits bestehende Rechtsprechung, so dass ein Abweichen von solchen Urteilen nicht mit den sich aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ergebenden Verpflichtungen in Einklang stehen dürfte.

⁶¹ Im Grundsatz ebenso *Thomas Cottier/Daniel Dzamko/Erik Evtimov*, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 357 (381 ff.). S. auch BGE 2A.246/2003, Erw. 6.2. Weiter aus der Rechtsprechung die weitgehend nicht problematisierte Anlehnung an bzw. Übernahme der Rechtsprechung des EuGH in BGE 128 I 280 Erw. 3; BGE 129 II 249 Erw. 4.2; BGE 129 II 215, Erw. 7.2 ff.; BGE 129 II 215 Erw. 7.1 ff.; BGE 130 II 113 Erw. 8; BGE 130 II 176 Erw. 3.

⁶² Einige diesbezügliche Aspekte werden noch erörtert werden, s.u. III.2.

⁶³ S.o. III., am Anfang.

⁶⁴ Vgl. ausführlich *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 43), 1 (15 ff.).

- Werden hingegen bekannte Grundsätze auf eine bislang noch nicht entschiedene, im Verhältnis zur Rechtsprechung vor dem 21.6.1999 neue und anders gelagerte Fallgestaltung angewandt, dürfte in der Regel eine „neue“ Rechtsprechung vorliegen.
- Auch diejenigen Urteile, die bereits vor dem 21.6.1999 formulierte Grundsätze präzisieren und/oder weiterentwickeln, dürften zwar in der Regel eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA darstellen. Je enger allerdings die Anknüpfung an die bereits bekannten Grundsätze ausfällt und je zwingender die neu gezogenen Schlussfolgerungen oder Anwendungen angesichts der bereits „gesicherten“ Rechtsprechung sind, desto eher kommt es in Betracht, diese Urteile als Konkretisierungen „alter“ Rechtsprechung zu sehen. Deutlich wird damit auch, dass die Grenzen hier notwendigerweise teilweise fließend sind.
- Soweit es nach diesen Grundsätzen um eine neue Rechtsprechung geht, dürfte in Anknüpfung an die Zielsetzungen des Abkommens, auch längerfristig eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen, eine „beschränkte Bindungswirkung“ der neuen Rechtsprechung des EuGH anzunehmen sein⁶⁵, die allerdings nur dann greift, wenn sich die neuen Urteile in die Entwicklung der bisherigen Rechtsprechung einbetten. Insofern spricht Vieles für eine grundsätzliche Pflicht zur Beachtung der neuen Urteile in dem Sinn, dass zunächst eine Vermutung ihrer Beachtlichkeit auch für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens besteht; diese kann aber auch durch sich aus Charakter und Inhalt des Abkommens ergebende Gründe widerlegt werden. Solche Gründe können insbesondere – angesichts des Art. 16 Abs. 2 FZA – dann anzunehmen sein, wenn die Rechtsprechung des EuGH den Aussagegehalt der Begriffe und Konzepte in nicht voraussehbarer Weise modifizierte oder wenn gegen die Übernahme der Rechtsprechung gewichtige, sich aus Struktur und/oder Inhalt des Abkommens selbst ergebende Gründe sprechen.

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass die (schweizerische) Rechtsprechung häufig auch auf nach dem 21.6.1999 gefällte Urteile des EuGH Bezug nimmt und sich an sie anlehnt, ohne die Frage der Bindungswirkung im Einzelnen zu problematisieren⁶⁶. Insofern dürfte die Rechtsprechung jedenfalls teilweise und im Ergebnis von dem hier vertretenen Ansatz ausgehen.

⁶⁵ Für eine ausführliche Begründung dieses Ansatzes *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 43), 1. (23 ff.). S. im Übrigen die Bemerkung bei *Juliane Kokott*, Die Schweiz und Europa – unter besonderer Berücksichtigung der Personenfreizügigkeit, FS Helmut Steinberger, 2005, 771 (788), die Nichtbeachtung späterer (also nach dem 21.6.1999 ergangener) Rechtsprechung widerspreche jedenfalls Sinn und Zweck des Abkommens über die Freizügigkeit.

⁶⁶ Vgl. Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003, BGE 130 II 1. Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003, BGE 130 II 137. S. auch die Formulierung in BGE 130 II 113 Erw. 5.2. S. auch Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil v. 19.2.2004, IV.2003.00221, E. 6. S. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen bei *Kokott*, FS Steinberger (Fn. 65), 771 (788 ff.), die anhand von Beispielen darlegt, dass jedenfalls das Bundesgericht gegenüber der EuGH-Rechtsprechung generell offen ist und diese im Zweifel „übernimmt“. S. auch die Zusammenfassung der schweizerischen Rechtsprechung bei *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 141 ff.; *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum

2. Die einzelnen Rechte – ausgewählte Aspekte

a) Arbeitnehmer und Niederlassungswillige

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sowie der Niederlassungswilligen ist in Art. 4, 7 FZA sowie in Art. 6-11 (Arbeitnehmer) und Art. 12-16 (Selbständige) Anhang I FZA verankert. Daneben sind Art. 1-5 Anhang I FZA einige allgemeine Bestimmungen zu entnehmen. Obwohl diese Bestimmungen die Formulierungen in Art. 39 ff. EGV nicht wörtlich aufgreifen, erfolgt im Ergebnis eine weitgehende Anlehnung an die einschlägigen primär- und sekundärrechtlichen Bestimmungen. Auch ist die grundsätzliche Rechtsstellung der Arbeitnehmer und Selbständigen im Wesentlichen parallel geregelt. Im Einzelnen ist insbesondere auf folgende Rechte hinzuweisen⁶⁷:

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

Gesondert erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Drittwirkung im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit: Art. 9 Abs. 4 Anhang I sieht vor, dass alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen (oder sonstigen Kollektivvereinbarungen) betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung sowie alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig sind, soweit sie diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Damit sind – auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH – auch materiell diskriminierende Regelungen erfasst und im Ergebnis dürfte die (umstrittene) Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkung des Art. 39 EGV⁶⁸ auch im Rahmen des Abkommens zum Zuge kommen, dies weniger wegen der Beachtlichkeit der Rechtsprechung, ist das einschlägige Urteil doch nach dem „Stichdatum“ ergangen, denn aufgrund der ausdrücklichen Formulierung im Abkommen⁶⁹.

Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, Bern 2008, 227 ff.

⁶⁷ Wobei die Übergangsbestimmungen in Art. 10 FZA hier nicht berücksichtigt werden.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4161.

⁶⁹ Vgl. ausführlich zur Drittwirkung der im Personenfreizügigkeitsabkommen gewährleisteten Grundfreiheiten *Vincent Martenet/Véronique Boillet*, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 2008, 311 ff.

- Die Arbeitnehmer und Selbständigen haben ein Recht auf berufliche und geographische Mobilität, so dass sie sich im Staatsgebiet des Aufnahmestaates frei bewegen und den Beruf ihrer Wahl ausüben können (Art. 7 lit. b), Art. 8, 14 Anhang I FZA).
- Nach Beendigung der (selbständigen oder unselbständigen) Erwerbstätigkeit besteht ein Recht auf Verbleib im Aufnahmestaat, wobei das Verbleiberecht gemäß den Vorgaben sekundärrechtlicher Bestimmungen ausgestaltet ist (Art. 7 lit. c), Art. 4 Anhang I FZA).
- Familienangehörigen der Arbeitnehmer oder der Selbständigen (unter Einschluss von Drittstaatsangehörigen) steht ein Aufenthaltsrecht zu (Art. 7 lit. d), Art. 3 Anhang I FZA), das in den einschlägigen Bestimmungen entsprechend der Rechtslage in der Gemeinschaft ausgestaltet ist, wobei nun in der EG aber neu die bereits erwähnte RL 2004/38⁷⁰ zum Zuge kommt, so dass hier keine vollumfängliche Parallelität mehr besteht.

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

Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung bzw. die Ausübung hoheitlicher Befugnisse können – wie im EG-Vertrag – vom Anwendungsbereich des Abkommens ausgenommen werden bzw. den Arbeitnehmern oder Selbständigen kann das Recht auf Zugang zu diesen Beschäftigungen verweigert werden (Art. 10, 16 Anhang I FZA).

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

Im Hinblick auf den Bezug dieser Regelungen im Personenfreizügigkeitsabkommen zu denjenigen im EG-Vertrag fallen zwei, auf den ersten Blick widersprüchliche Aspekte auf: Einerseits wird in weiten Teilen sinngemäß oder häufig auch wörtlich auf die einschlägigen primär- oder sekundärrechtlichen Regelungen im Gemeinschaftsrecht zurückgegriffen. Andererseits weicht die Regelungssystematik vom EG-Vertrag ab. So gibt es insbesondere keine allgemeine Garantie der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder der Niederlassungsfreiheit entsprechend den Art. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 EGV. Damit stellt sich mit aller Brisanz die bereits angesprochene Frage, ob und inwieweit von einer parallelen Auslegung der Garantien im Personenfreizügigkeitsabkommen im Verhältnis zu denjenigen im Gemeinschaftsrecht auszugehen ist. Diese Frage kann selbstverständlich nur in Bezug auf die sich jeweils konkret stellende Rechtsfrage beantwortet werden.

In Anknüpfung an die erwähnten Auslegungsgrundsätze des Abkommens⁷¹ ist aber grundsätzlich davon auszugehen, dass die Rechtslage in Bezug auf die den Arbeitnehmern und den Selbständigen eingeräumten Rechte im EG-Vertrag einerseits und im Abkommen

⁷⁰ Fn. 57.

⁷¹ S.o. III., am Anfang.

andererseits parallel auszulegen sind⁷², so dass etwa der Begriff des Arbeitnehmers oder des Selbständigen, die Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen der gewährleisteten Rechte (einschließlich der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls) sowie die Auslegung des Diskriminierungsverbots im Abkommen parallel zur Rechtslage im EG-Vertrag ausgestaltet sind. Weiter – auch wenn dies nicht eindeutig aus dem Abkommen hervorgeht – dürften auch die im FZA garantierte Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit ebenso wie im Rahmen des EG-Vertrages nicht nur als Diskriminierungs-, sondern auch als Beschränkungsverbote auszulegen sein⁷³, dürfte doch nur diese Auslegung die Zielsetzung des Abkommens, die Schweiz für den Bereich der Personenfreizügigkeit in den Rechtsraum der EG zu „integrieren“, zu verwirklichen sein. Denn der gegenteilige Ansatz implizierte, dass aus den gemeinschaftsrechtlichen Garantien ein Teil – nämlich das Diskriminierungsverbot – herausgenommen würde und im Verhältnis zur Schweiz angewandt würde, während ein anderer Teil – nämlich das Beschränkungsverbot – ausgeklammert würde, ganz abgesehen davon, dass die Abgrenzung zwischen materiellen Diskriminierungen und Beschränkungen teilweise nur sehr schwer durchführbar ist und auch vom EuGH nicht immer vorgenommen wird.

Rechtlich verankert ist ein solches Beschränkungsverbot in Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA – der im Zusammenhang mit Art. 3, 4, 7 FZA auszulegen ist. Diese Bestimmung nimmt – wenn auch nicht wörtlich, so doch sinngemäß – die in Art. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 EGV verankerten Grundsätze der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit auf; insbesondere stellt sie schon ihrem Wortlaut nach nicht auf das Vorliegen einer Diskriminierung ab, so dass sie vor dem Hintergrund der erörterten Auslegungsgrundsätze des Abkommens allgemein – d.h. unabhängig vom Vorliegen einer Diskriminierung – Beschränkungen der Freizügigkeit bzw. der Niederlassung entgegenstehen dürfte. Insofern stellt sie also die „Parallelvorschrift“ zu Art. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 S. 1 EGV dar. Gegen diesen Ansatz kann auch nicht geltend gemacht werden, dass damit die Bedeutung des Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA überbewertet werde, da sich die einzelnen Rechte letztlich erst aus den spezifischen Bestimmungen (über berufliche und geographische Mobilität, Diskriminierungen usw.) ergäben. Denn angesichts der Regelung im Gemeinschaftsrecht – bei der zutreffenderweise mehrheitlich davon ausgegangen wird, dass Art. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 EGV das allgemeine Beschränkungsverbot verankern, während insbesondere Art. 39 Abs. 2, 3 EGV lediglich spezifische Rechte hervorheben⁷⁴ – spricht vieles dafür, das systematische Verhältnis des Art. 2 Anhang I FZA zu den spezifischen Bestimmungen über die Rechte der

⁷² S. etwa die Darstellung unter dem Gesichtspunkt der „Parallelität der Konzepte“ bei *Ansgar Fehrenbacher*, Freier Personenverkehr zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft – Änderungen durch das bilaterale Abkommen zur Personenfreizügigkeit, NVwZ 2002, 1344 ff.; s. auch *Ansgar Fehrenbacher*, Personenfreizügigkeit zwischen den EG-Mitgliedstaaten und der Schweiz, ZAR 2002, 278 (279 ff.).

⁷³ Vgl. hierzu auch schon *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 43), 1 (9 ff.). I. Erg. wie hier *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 39), 1003 (1011); in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit *Daniel Maritz*, Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, 2001, 331 (342 ff.). Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang jedoch bemerkt, dass die Reichweite des Beschränkungsverbots im Gemeinschaftsrecht umstritten ist. Insbesondere wird teilweise vertreten, dass dieses nur auf Berufszugangsregelungen, nicht hingegen in Bezug auf Berufsausübungsregelungen Anwendung finde, womit letztlich auch die Problematik der Übertragung der im Bereich der Warenverkehrsfreiheit ergangenen sog. „Keck-Rechtsprechung“ (EuGH, Rs. C-267, 268/91 (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097) angesprochen wird. Zur Problematik *Wölker/Grill*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die EU und Vertrag zur Gründung der EG, Kommentar, 6. Aufl., 2003, Art. 39, Rn. 19 ff.; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Kommentar, Art. 39 EGV, Rn. 167 ff.

⁷⁴ Vgl. *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 8. Aufl., 2009, § 11, Rn. 94 ff.; wohl auch *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Kommentar, Art. 39 EGV, Rn. 164 ff.

Arbeitnehmer und Selbständigen parallel auszulegen. Jedenfalls zeigt die Regelungssystematik im Gemeinschaftsrecht, dass dem keine grundsätzlichen Einwände entgegenstehen.

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

Der Gerichtshof bejahte diese Frage i.Erg. in der Rs. C-138/02⁷⁵, in der es im Wesentlichen um die Frage ging, ob einem irischen Staatsangehörigen, der allerdings nie in Irland gelebt hatte, in einem anderen Mitgliedstaat – hier Großbritannien – ein Recht auf „Beihilfe für Arbeitssuchende“ zusteht, während er in diesem Land auf Arbeitssuche ist. Der EuGH hielt insbesondere Folgendes fest:

- Der Kläger im Ausgangsfall sei nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Titels II des Ersten Teils der VO 1612/68⁷⁶ anzusehen. Dieser erfasse nur solche Arbeitnehmer, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, nicht hingegen Arbeitnehmer, die sich – wie im vorliegenden Fall – erstmals in einem Mitgliedstaat auf Arbeitssuche begeben.
- Art. 39 EG stelle (auch) eine Ausprägung des Diskriminierungsverbots nach Art. 12 EGV dar, so dass der Anwendungsbereich des Art. 39 EGV im Lichte des Art. 12 EGV auszulegen sei. In Bezug auf letzteren ergebe sich aber aus der Rechtsprechung⁷⁷, dass die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung in ihren Anwendungsbereich falle. Daher könne angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der diesbezüglichen Rechtsprechung in Bezug auf Art. 12 EGV eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, nicht (mehr⁷⁸) vom Anwendungsbereich des Art. 39 EGV ausgenommen werden, so dass in Bezug auf solche finanziellen Leistungen aus Art. 39 EGV ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit abzuleiten sei. Im Ausgangsfall liege eine solche Diskriminierung vor, da die in Frage stehende Sozialleistung lediglich Personen mit ihrem gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich gewährt werde und diese Voraussetzung von Inländern „leichter“ erfüllt werden könne als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.
- Ein solches Erfordernis könne aber aus objektiven Gründen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt werden. Ein legitimes Anliegen sei die Sicherstellung einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Leistungsempfänger und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt. Ein Wohnortfordernis sei zur Erreichung dieser Zielsetzung zwar grundsätzlich geeignet, jedoch sei auch der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten, dem insbesondere zu entnehmen sei, dass die Anwendung des Wohnortfordernisses auf klaren und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müsse; auch sei das Erfordernis einer Mindestaufenthaltsdauer nur soweit zulässig, als es notwendig ist, damit die Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf Arbeitssuche auf dem entsprechenden Arbeitsmarkt ist.

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

⁷⁵ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703.

⁷⁶ VO (EWG) 1612/68 v. 15.10.1968, ABl. 1968, L 257, 2. Dieser Teil der VO sieht insbesondere auch das Recht auf gleiche soziale und steuerliche Vergünstigungen wie diejenigen, die inländischen Arbeitnehmern zustehen, vor.

⁷⁷ S. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

⁷⁸ S. unter Bezugnahme auf die VO 1612/68: EuGH, Rs. 316/85 (CPAS de Courcelles), Slg. 1987, 2811.

von einer Diskriminierung zum Zuge kommendes) Leistungsrecht des Einzelnen auf Unterstützung irgendwelcher Art abgeleitet werden kann. Nicht beantwortet hat der EuGH die Frage, ob die vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV auch Drittwirkung entfaltet und damit gegen Private geltend gemacht werden kann⁷⁹.

Das Urteil stellt, soweit der Anwendungsbereich des Art. 39 EGV unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zu Art. 12 EGV weiter gefasst wird, eine Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung dar und fällt insofern wohl grundsätzlich nicht unter die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu „berücksichtigende“ Rechtsprechung des EuGH⁸⁰, zumal auch das insoweit relevante Urteil zu Art. 12 EGV in der Rechtssache *Grzelczyk* erst nach dem Stichtag ergangen ist⁸¹. Ausgehend jedoch von dem Grundsatz, dass auch die spätere Rechtsprechung grundsätzlich relevant sein kann⁸², dürfte jedoch auch dieses Urteil im Ergebnis bei der Auslegung und Anwendung des FZA zu beachten sein: Denn Art. 2 Abs. 1 FZA gewährt allgemein das Recht, im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei eine Erwerbstätigkeit auszuüben (unter Einschluss des Rechts auf Arbeitssuche in anderen Vertragsstaaten), und Art. 2 FZA⁸³ ist ein allgemeines Diskriminierungsverbot bei der Anwendung des Abkommens zu entnehmen. Da die Systematik dieser Bestimmungen dem Verhältnis von Art. 39 und Art. 12 EGV ähnelt und es bei der Arbeitssuche um die Ausübung eines sich aus dem Abkommen ergebenden (Aufenthalts-) Rechts geht, dürfte hieraus ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die Gewährung von „Beihilfen zur Arbeitssuche“ abzuleiten sein, entsprechend dem Urteil in der Rs. *Collins*.

Dass der EuGH auch auf die Unionsbürgerschaft Bezug nimmt, dürfte dem insofern nicht entgegen stehen, als er auf einen bestimmten Aspekt der mit dieser verbundenen Rechte, nämlich die Freizügigkeit, abstellt, der aber gerade in dem Personenfreizügigkeitsabkommen übernommen wurde. Schließlich sei darauf hingewiesen, dass Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 letzter Satz Anhang I FZA zwar klarstellt, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden können, was aber nichts daran ändert, dass ihnen andere soziale Leistungen zur Erleichterung der Arbeitssuche zustehen können.

b) Dienstleistungserbringer

Die Dienstleistungsfreiheit wird in Art. 5, Art. 17-23 Anhang I FZA gewährleistet, wobei jedoch insofern eine Besonderheit im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht und damit eine klare Abweichung vom gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand zu beachten ist, als ein Dienstleistungserbringer nur für höchstens 90 Tage im Jahr Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat erbringen darf; das Gemeinschaftsrecht kennt eine solche Grenze nicht.

⁷⁹ Im Fall *Angonese* geht der EuGH offenbar in Bezug auf Diskriminierungen von einer umfassenden Drittwirkung aus. Vgl. EuGH, Rs. C-281/98 (*Angonese*), Slg. 2000, I-4139.

⁸⁰ Vgl. aber auch den differenzierenden Ansatz in Bezug auf die Tragweite des Art. 16 Abs. 2 FZA oben III.1.b)bb).

⁸¹ EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193.

⁸² S. insoweit auch BGE 130 II 1, E. 3.6.1. Bestätigt durch BGE 130 II 137, E. 4.3.

⁸³ Zu dieser Bestimmung noch sogleich unten III.2.d).

Im Einzelnen sind folgende, im Abkommen gewährleistete Rechte im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit hervorzuheben:

- Einem Dienstleistungserbringer – der eine natürliche oder juristische Person sein kann – steht das Recht zu, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen, sofern deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet (Art. 5 Abs. 1, Art. 17, 21 Anhang I).
- Dem Dienstleistungserbringer und den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern steht für die Dauer der Erbringung der Dienstleistung ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat zur Erbringung der Dienstleistung zu.
- Art. 19 Anhang I FZA formuliert ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinsichtlich der Dienstleistungserbringung im Verhältnis zu eigenen Staatsangehörigen.
- In Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen von „entsandten Arbeitnehmern“ wird auf die „Entsenderichtlinie“ (RL 96/71/EG⁸⁴) verwiesen.
- Tätigkeiten, die die Ausübung hoheitlicher Befugnisse beinhalten, sind von der Anwendung der die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Bestimmungen des Anhangs ausgenommen (Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA).
- Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich und kann damit gerechtfertigt werden (Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA), wobei – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist.
- Dienstleistungsempfänger – wobei hier nur natürliche Personen erfasst sind – können sich beliebig lange zum Empfang einer Dienstleistung in einen anderen Vertragsstaat begeben (Art. 5 Abs. 3, Art. 23 FZA).

Damit erfolgt bei der Regelung der Dienstleistungsfreiheit eine weit weniger klare Anlehnung an die gemeinschaftlichen Garantien als im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit; daraus kann jedoch sicherlich nicht geschlossen werden, dass die gemeinschaftlichen Begriffe keine Rolle spielten, ist doch auch in diesem Rahmen die bereits erwähnte Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtslage wie im Gemeinschaftsrecht sicherzustellen⁸⁵, zu beachten, so dass Abweichungen vom Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nur dort anzunehmen sind, wo sie klar zum Ausdruck kommen. Daher ist die Frage nach Abweichungen vom gemeinschaftlichen System differenziert zu betrachten:

- Grundsätzlich dürften – im Anschluss an die Begrifflichkeiten im Vertrag sowie die dort eingeräumten Rechte im Verhältnis zur Rechtslage im Gemeinschaftsrecht – die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze sehr wohl maßgeblich und damit zu beachten sein⁸⁶.

⁸⁴ ABl. 1997 L 18, 1.

⁸⁵ S.o. III., am Anfang.

⁸⁶ Mit ausführlicher Begründung in dieselbe Richtung *Imhof*, ZESAR 2007 (Fn. 56), 155 ff., 217 ff.

Dies gilt zunächst für den Begriff der Dienstleistung⁸⁷: Hier fehlen für einen vom Gemeinschaftsrecht abweichenden Ansatz jegliche Anhaltspunkte im Abkommen, so dass Art. 16 Abs. 2 FZA⁸⁸ uneingeschränkt zum Zuge kommt. Daran anschließend ist – ebenso wie im Gemeinschaftsrecht – sowohl die passive⁸⁹ als auch die aktive Dienstleistungsfreiheit gewährleistet, und darüber hinaus werden auch sog. „Korrespondenzdienstleistungen“ – die keinen Aufenthalt in einem anderen Staat implizieren – von dem Abkommen erfasst⁹⁰.

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

Aus parallelen Gründen wie im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit ist die im Abkommen gewährleistete Dienstleistungsfreiheit nicht nur als Diskriminierungs-, sondern auch als Beschränkungsverbot auszulegen, das sich aus Art. 5 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 17 lit. a), b) Anhang I FZA ergibt.

Ebenso kommt der Grundsatz der parallelen Auslegung in Bezug auf die Frage, wann die Ausübung hoheitlicher Befugnisse vorliegt, und die Anforderungen an die Rechtfertigung von Beschränkungen zum Zuge.

Weiter ist die passive Dienstleistungsfreiheit im Anschluss an den Wortlaut des Abkommens (Art. 5 Abs. 3, 23 Anhang I FZA) umfassend gewährleistet und unterliegt weder sektoriellen noch zeitlichen Beschränkungen. Von Bedeutung ist dies insbesondere für medizinische Dienstleistungen, deren Bezug durch einen Angehörigen eines Vertragsstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates unter die Garantie des Art. 5 Abs. 3 FZA fällt⁹¹.

⁸⁷ Ausdrücklich etwa *Ulrich Petersen/Ralf Nagel*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, DAngVers 3/02, 81 (86); *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU* (Fn. 73), 331 (335).

⁸⁸ Zu dieser Bestimmung oben III.1.b)bb).

⁸⁹ So auch ausdrücklich in Bezug auf medizinische Dienstleistungen *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 39), 1003 (1012).

⁹⁰ Ebenso *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU* (Fn. 73), 331 (336 ff.).

⁹¹ So auch *Maritz*, in: *Bilaterale Abkommen Schweiz – EU* (Fn. 73), 331 (343 f.); *Grossen/Palézieux*, in: *Bilaterale Verträge* (Fn. 56), 87 (126). S. auch Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil v. 19.2.2004, IV.2003.00221, E. 6, in dem das Gericht letztlich umfassend auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH – s. insbesondere EuGH, Rs. C-158/96 (Kohl), Slg. 1998 I-1931; EuGH, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-385/99 (Müller-Fauré), Slg. 2003 I-4509 – zur Erstattungsfähigkeit der Kosten für im Ausland wahrgenommene medizinische Dienstleistungen Bezug nimmt, wohlgermerkt, ohne im Einzelnen zwischen „neuer“ und „alter“ Rechtsprechung zu unterscheiden. A.A. allerdings – ohne überzeugende Begründung – BGE 133V 624, insbesondere Erw. 4.3.3 ff.

- Eine eindeutige Abweichung besteht hingegen in der „90-Tage-Regel“, wonach ein Dienstleistungserbringer nur insoweit Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei erbringen darf, als deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Jahr nicht überschreitet. Im Ergebnis⁹² spricht Vieles dafür, diese 90-Tage-Regel nur auf die aktive Dienstleistungserbringung, nicht hingegen auf Korrespondenzdienstleistungen, zu beziehen und in Bezug auf die Berechnung der 90 Tage auf die Gesamtheit der von einem Unternehmen oder einer Person erbrachten Dienstleistungen abzustellen.

c) Nicht erwerbstätige Personen

Entsprechend den EG-Aufenthaltsrichtlinien 90/364⁹³ (allgemeines Aufenthaltsrecht), 90/365⁹⁴ (Rentner) und 93/96⁹⁵ (Studenten) genießen auch Nichterwerbstätige ein Aufenthaltsrecht, wenn sie den Nachweis umfassenden Krankenversicherungsschutzes und ausreichender finanzieller Mittel erbringen (Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA). Im Zuge des Inkrafttretens der RL 2004/38⁹⁶ in der Gemeinschaft – die die sekundärrechtlichen Gewährleistungen des Aufenthaltsrechts grundlegend revidiert – bestehen in diesem Bereich jedoch heute gewisse Divergenzen mit der Rechtslage auf der Grundlage des Personenfreizügigkeitsabkommens, wenn auch die Grundsätze in Bezug auf die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts von Nichterwerbstätigen in der neuen Richtlinie übernommen werden⁹⁷.

d) Zum allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 2 FZA)

Art. 2 FZA ist ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für Staatsangehörige einer Vertragspartei, „die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten (...) bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I, II und III“ zu entnehmen. Diese Bestimmung – die in der Schweiz jedenfalls unmittelbar anwendbar ist⁹⁸ – lehnt sich ersichtlich an Art. 12 EGV an, wenn sie auch in der Formulierung

⁹² Ausführlich hierzu *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 43), 45 (60 ff.).

⁹³ ABl 1990 L 180, S. 26

⁹⁴ ABl 1990 L 180, S. 28.

⁹⁵ ABl 1993 L 317, S. 59.

⁹⁶ Fn. 57.

⁹⁷ Zu dieser *Kay Hailbronner*, Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, 259 ff.

⁹⁸ BG, Urteil v. 12.9.2003, 2A.607/2002, Erw. 3.3, BGE 129 I 392, Erw. 3.2.3; *Grossen/Palézieux*, in: Bilaterale Verträge (Fn. 56), 87 (107); *Stephan Breitenmoser*, Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des Europäischen Gemeinschaftsrecht auf Nicht-EU-Staaten, in: Scherrer/Del Fabro (Hrsg.), Freizügigkeit im europäischen Sport, 2002, 59 (68 ff.); *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 39), 1003 (1009); *Yvo Hangartner*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, 257 (259 f.); *Kälin*, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG (Fn. 56), 11 (18 f.).

etwas differiert⁹⁹. Vor diesem Hintergrund fragt es sich, ob Art. 2 FZA im Ergebnis parallel wie Art. 12 EGV auszulegen ist, so dass insbesondere¹⁰⁰ die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vertrages¹⁰¹ sinngemäß auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens zum Zuge käme.

Nach dieser Rechtsprechung fallen all diejenigen Regelungen in den Anwendungsbereich des Vertrages, die Implikationen für die Ausübung der Grundfreiheiten entfalten, so etwa auch Studiengebühren für Hochschulen, bereiten letztere doch auf die Berufsausübung vor, so dass ein enger Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit gegeben ist. Zudem schließt der EuGH im Wesentlichen aus dem sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrecht sowie aus den einschlägigen Aufenthaltsrichtlinien, dass letztlich all diejenigen nationalen Regelungen, die die Aufenthaltsbedingungen betreffen bzw. in untrennbarem Zusammenhang mit dem Aufenthalt stehen (wie etwa auch eine Reihe sozialer Leistungen), in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen. M.a.W. ist der Anwendungsbereich des Vertrages immer schon dann eröffnet, wenn sich eine Person in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befindet, worunter auch die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat fällt. Der Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich dann aus Art. 12 EG, während die Berufung auf Art. 18 EGV – der das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger formuliert – für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages von Bedeutung ist¹⁰².

Im Ergebnis¹⁰³ sprechen die besseren Gründe – insbesondere der weitgehend parallele Wortlaut beider Vorschriften (die etwas anderen Formulierungen dürften auf die unterschiedlichen Regelungstechniken zurückzuführen sein), ihre parallele Funktion im Gesamtzusammenhang der Regelungswerke (Formulierung einer Art „Leitmotiv“) sowie die praktische Wirksamkeit des Art. 2 FZA im Sinne einer Gewährleistung einer effektiven Wirksamkeit dieser Bestimmung neben den sektoriellen Garantien – für eine Anlehnung der Auslegung des Art. 2 FZA an die im Rahmen des Art. 12 EGV zum Zuge kommenden Grundsätze¹⁰⁴. Daher stellt Art. 2 FZA insgesamt – parallel zu Art. 12 EGV – eine Art

⁹⁹ Art. 12 EGV spricht insbesondere vom Verbot der Diskriminierung im Anwendungsbereich des Vertrages, während Art. 2 FZA auf die Anwendung des Abkommens abstellt.

¹⁰⁰ Andere Aspekte der Bestimmungen sind weniger problematisch. So dürfte es etwa unumstritten sein, dass der Begriff der Diskriminierung in Anlehnung an die Rechtsprechung des Gerichtshofs auszulegen ist.

¹⁰¹ Vgl. EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. C-43/95 (Data Delecta), Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello/Belgien), Slg. 2003, I-11613; s. auch EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091. Zur Problematik etwa *Klaus-Dieter Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, 2057 ff.; *Anastasia Iliopoulou/Helen Toner*, A new approach to discrimination against free movers? D’Hoop v Office National de l’Emploi, ELR 2003, 389 ff.; *Astrid Epiney*, The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship, ELJ 2007, 611 ff.

¹⁰² Ausführlich zu diesem Problemkreis *Astrid Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Artikel 12 EGV, FS Roland Bieber, 2007, 661 ff.

¹⁰³ Vgl. ausführlich *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 43), 45 (65 ff.); *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport, AJP 2008, 1233 (1234 ff.); *Astrid Epiney*, Ausländerklauseln im Amateursport – ausgewählte rechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 5, 2008, 11 ff.

¹⁰⁴ Auch in der Literatur finden sich gelegentlich Stellungnahmen, wonach Art. 2 FZA parallel zu Art. 12 EGV auszulegen sei, ohne dass das Problem jedoch – soweit ersichtlich – vertieft erörtert wird. Vgl. für eine „Übertragung“ der im Rahmen des Art. 12 EGV anwendbaren Grundsätze auf Art. 2 FZA etwa *Kälin*, ZAR 2002 (Fn. 56), 123 (124 f.), der davon spricht, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV für den Bereich des freien Personenverkehrs mit der Schweiz übernommen werde. Auch das Bundesgericht spricht davon, dass Art. 2 FZA „weitgehend“ Art. 12 EGV entspreche, wobei die Formulierung im Einzelnen aber eher unklar ist, vgl. BG, Urteil 2P.305/2002, Urteil vom 27.11.2003, Erw. 3.2.2. S. aber auch *Imhof*, SZS/RSAS 2000 (Fn. 56), 22 (24), der aus der unterschiedlichen

Auffangtatbestand dar, der (soweit seine Voraussetzungen gegeben sind) auch und gerade dann greifen kann, wenn die spezielleren Diskriminierungsverbote in den Anhängen nicht einschlägig sind¹⁰⁵. Damit dürfte diese Bestimmung insbesondere in zwei grundsätzlich voneinander zu unterscheidenden Konstellationen zum Zuge kommen:

- Bei Regelungen, die die effektive Verwirklichung der im Abkommen gewährleisteten (Grund-) Freiheiten betreffen, ist der Anwendungsbereich des Abkommens eröffnet und Art. 2 FZA kommt zum Zuge. Denn auch das Personenfreizügigkeitsabkommen verfolgt ja gerade die Zielsetzungen der effektiven Verwirklichung dieser Freiheiten, und zwar letztlich auf derselben Grundlage wie der EG-Vertrag, so dass – wie bereits erwähnt¹⁰⁶ – eine parallele Rechtslage angestrebt wird.

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

Aber auch verschiedene verfahrensrechtliche Regelungen können auf dieser Grundlage an Art. 2 FZA zu messen sein. So erleichtert nach der Rechtsprechung des EuGH die Möglichkeit, mit den Behörden anderer Mitgliedstaaten in einer bestimmten Sprache zu kommunizieren, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit (und des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger)¹⁰⁷. Ebenso weise die Gewährung einer staatlichen Entschädigung zur Wiedergutmachung von (u.a.) Touristen zugefügten Schäden einen untrennbaren Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit auf¹⁰⁸.

- Sodann kommt Art. 2 FZA immer dann zum Zuge, wenn eine Person von ihrem Aufenthaltsrecht aus dem Abkommen Gebrauch macht, womit nämlich der Anwendungsbereich von Art. 2 FZA eröffnet ist¹⁰⁹. M.a.W.: Der Anwendungsbereich des Abkommens ist immer schon dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann (z.B. auch ein Tourist auf die passive Dienstleistungsfreiheit¹¹⁰). Damit ist die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I, II

Formulierung in Art. 2 FZA einerseits und in Art. 12 EGV andererseits nicht näher präzisiertere Unterschiede ableiten will.

¹⁰⁵ Ebenso etwa *Bettina Kahil-Wolff/Robert Mosters*, Struktur und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz/EG, in: René Schaffhauser/Christian Schürer (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, 2001, 12 f.

¹⁰⁶ Oben III., am Anfang.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637, Rn. 15 ff.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195, Rn. 17.

¹⁰⁹ S. auch schon *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 43), 1 (12 ff.).

¹¹⁰ Vgl. z.B. die Fälle betreffend diskriminierende Eintritte in staatliche Museen, EuGH, Rs. C-45/93 (Kommission/Spanien), Slg. 1994, I-911, Ziff. 9 f.; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Ziff. 12, 28.

und III“ auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH so auszulegen, dass Art. 2 FZA alle Diskriminierungen verbietet, die die Wahrnehmung der im Abkommen (einschließlich seiner Anhänge) gewährleisteten Rechte behindern, negativ beeinflussen oder die sonst wie nachteilige Rückwirkungen auf die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts entfalten. Dazu genügt es bereits, dass sich die betreffende Person rechtmäßig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält und somit von ihrem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Insofern können also auch Regelungen der sozialen Sicherheit¹¹¹ oder das Namensrecht betreffende Bestimmungen¹¹² in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, wobei der Hintergrund nicht in der Wahrnehmung der sich aus der – nicht in das Abkommen aufgenommenen – Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte, sondern in der Inanspruchnahme der sich aus dem Abkommen ergebenden Freizügigkeitsrechte zu sehen ist¹¹³.

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

IV. Schluss

Insgesamt konnte die im vorliegenden Beitrag erfolgte Erörterung der völker- und europarechtlichen Vorgaben für das schweizerische Asyl- und Einwanderungsrecht nicht nur aufzeigen, dass – auch im Anschluss an die monistische Rechtsordnung der Schweiz – die einschlägigen vertragsrechtlichen Vorgaben in der Schweiz eine bedeutende Rolle spielen; vielmehr ist darüber hinaus eine weitgehende Angleichung des schweizerischen Rechts an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu beobachten. Dies gilt nicht nur für diejenigen Bereiche (Stichwort Personenfreizügigkeit), in denen die Schweiz entsprechende vertragliche Bindungen eingegangen ist, sondern auch für diejenigen, in denen dies nicht der Fall ist, wie in weiten Teilen des Asylrechts. Die internationale Verflechtung der Schweiz, insbesondere mit der Europäischen Union, ist auch in diesem Bereich bedeutend.

¹¹¹ Vgl. EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191.

¹¹² Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613.

¹¹³ A.A. aber wohl *Breitenmoser/Isler*, AJP 2002 (Fn. 39), 1003 (1011 f.), die m.E. etwas zu pauschal offenbar Urteile, die auf die Unionsbürgerschaft Bezug nehmen, für im Rahmen des FZA nicht relevant halten. Nicht berücksichtigt wird damit aber, dass es ja nicht um die Übertragung des Konzepts der Unionsbürgerschaft geht, sondern um die Frage des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots, das an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts geknüpft wird. Dieser letzte Aspekt kann und muss aber auf das FZA übertragen werden, soweit eben der nach diesem Abkommen rechtmäßige Aufenthalt zur Debatte steht, der den Anwendungsbereich des Abkommens und damit des Diskriminierungsverbots nach Art. 2 FZA eröffnet.

Angesichts der aufgezeigten Rechtswirkungen des Personenfreizügigkeitsabkommens wurde zudem deutlich, dass der „bilaterale Weg“ in den erfassten Bereichen letztlich zu ähnlichen Ergebnissen wie ein Beitritt führen kann, wobei aber auch zu bemerken ist, dass – und dies dürften die Ausführungen illustriert haben – die Konstruktion gerade des bilateralen Personenfreizügigkeitsabkommens in Bezug auf die rechtliche Tragweite der einzelnen Verpflichtungen bzw. Garantien und damit die Rechtssicherheit etliche Probleme aufwirft, die häufig erst durch entsprechende gerichtliche Entscheidungen entschieden werden können. Insofern wird dürfte ein Beitritt zur Europäischen Union jedenfalls mehr Rechtssicherheit und Rechtsschutz für den Einzelnen bedeuten, was bei der Beantwortung der Frage, ob ein EU-Beitritt „unter dem Strich“ im Vergleich zu dem „bilateralen Weg“ mehr Vor- oder mehr Nachteile bedeutete¹¹⁴, (stärker) berücksichtigt werden sollte.

¹¹⁴ Vgl. hierzu auch die ausführlich Analyse bei *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht / Les cantons entre adhésion à l'UE et „voie bilatérale“: appréciation d'options sélectionnées de politique européenne du point de vue juridique, in: Konferenz der Kantonsregierungen / Conférence des gouvernements cantonaux (Hrsg. / éd.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht / Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale: réflexions et besoin de réformes du point de vue des cantons. Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“ / Rapports d'experts commandés par le groupe de travail „Europe – Réformes des cantons“, 2006, 77 ff.