

Zur Vereinbarkeit diskriminierender Studiengebühren mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Vereinbarkeit diskriminierender Studiengebühren mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, FS Kay Hailbronner, Heidelberg 2013, S. 401-412. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

In der EU waren diskriminierende Studiengebühren schon früh Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH, wobei der Gerichtshof von der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge und damit der Anwendbarkeit des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ausgeht, eine Rechtfertigung aber nicht grundsätzlich ausschließt, wenn er ihr auch gewisse (durchaus mitunter eher enge) Grenzen setzt.¹

Das sog. Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU (FZA)² enthält in Art. 2 FZA eine schon in Bezug auf den Wortlaut stark an Art. 18 AEUV angelehnte Bestimmung, so dass sich vor diesem Hintergrund die Frage aufdrängt, ob die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Bezug auf diskriminierende Studiengebühren auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens herangezogen werden kann. Zweifel hieran könnten nicht nur

¹ Vgl. grundlegend EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593; s. sodann etwa EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), Urt. v. 13.4.2010. Zur Rechtsprechung des Gerichtshofs auch noch unten II.

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

aufgrund der hierfür vorausgesetzten „parallelen Auslegung“ derjenigen Abkommensbestimmungen, die unionsrechtliche Regelungen „übernehmen“, bestehen, sondern auch wegen des Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA, der die Anwendbarkeit des Abkommens in Bezug auf Studiengebühren ausschließen könnte.

Im Folgenden soll – auf der Grundlage der Skizzierung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH (II.) – dieser Problematik näher nachgegangen werden, wobei nach dem Gesagten die Parallelität der Auslegung von Art. 2 FZA und Art. 18 AEUV einerseits und die Reichweite des „Vorbehalts“ in Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA andererseits im Zentrum des Interesses stehen (III.). Der Beitrag schließt mit einer kurzen Schlussbetrachtung (IV.).³

Die Thematik ist durchaus nicht nur von akademischem Interesse: Sowohl in der Schweiz als auch zumindest in einigen EU-Mitgliedstaaten (so in Großbritannien) gelten für Ausländer (unter Einschluss von Unionsbürgern) bzw. für Nicht-Unionsbürger (unter Einschluss von Schweizern) jedenfalls an einigen Hochschulen höhere Studiengebühren, wobei als Differenzierungskriterium in der Regel nicht die Nationalität als solche, sondern der Wohnsitz der Studierenden zum Zeitpunkt der Aufnahme des Studiums, kurz davor oder zum Zeitpunkt der Erlangung der Hochschulreife gewählt wird. Nach dem Kenntnisstand der Verfasserin waren derartige Differenzierungen jedoch noch nicht Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.

II. Zur Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Vereinbarkeit diskriminierender Studiengebühren mit Art. 18 AEUV

Ausgehend vom Urteil *Gravier*⁴ – das durch eine Reihe weiterer Urteile bestätigt wurde⁵ – entspricht es nunmehr ständiger Rechtsprechung, dass

³ Auch der Jubliar setzte sich schon früh mit den komplexen Fragen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, auch und gerade im Verhältnis zum EU-Recht, auseinander, vgl. *Kay Hailbronner*, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, *EuZ* 2003, 48 ff.

⁴ EuGH, Rs. 293/83 (*Gravier*), Slg. 1985, 593.

⁵ S. insbesondere EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-65/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2004, I-6242; EuGH, Rs. C-73/08 (*Bressol*), Urt. v. 13.4.2010.

der Zugang zur Hochschulausbildung in den Anwendungsbereich der Verträge fällt, wobei dies sowohl in Bezug auf die für den Zugang zu erfüllenden Voraussetzungen als auch die Ausgestaltung der anfallenden Gebühren gilt. Daher ist in Bezug auf solche Regelungen der Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV eröffnet, und (formelle oder materielle) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind verboten, es sei denn, diese könnten durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden.

Differenzieren Studiengebühren formell oder materiell nach der Nationalität (wobei letzteres etwa beim Abstellen auf den Wohnsitz zum Zeitpunkt der Erlangung der Hochschulreife oder vor Aufnahme des Studiums gegeben ist), ist daher die Frage der Rechtfertigung einer solchen Differenzierung entscheidend. In diesem Zusammenhang kann auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs bezüglich der Rechtfertigung von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit beim Zugang zu staatlichen Leistungen zurückgegriffen werden.⁶ Im Ergebnis lassen sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu dieser Frage folgende Grundsätze ableiten:⁷

- Dass für einen Mitgliedstaat die Abschaffung einer Diskriminierung eine gewisse finanzielle Belastung darstellt, vermag für sich allein keinen Rechtfertigungsgrund darzustellen. Insbesondere reicht der allgemeine Hinweis auf die Finanzierung einer Leistung durch Steuern nicht aus. Der Gerichtshof greift hier teilweise auf den denkbar unscharfen Begriff der „gewissen finanziellen Solidarität“ der Mitgliedstaaten zurück. Nach der Rechtsprechung sind bloße fi-

⁶ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573; EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947; EuGH, verb. Rs. C-11/06, C-12/06 (Morgan), Slg. 2007, I-9161; EuGH, Rs. C-164/07 (Wood), Slg. 2008, I-4143; EuGH, Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507; EuGH, Rs. C-103/08 (Gottwald), Slg. 2009, I-9117; EuGH, Rs. C-503/09 (Stewart), Urt. v. 21.7.2011; EuGH, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Urt. v. 4.10.2012.

⁷ Vgl. insoweit auch schon *Astrid Epiney*, Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und Zugang zur Förderung durch Forschungsförderungsorganisationen, FS Marco Borghi, 2011, 131 ff., worauf die folgenden Ausführungen teilweise zurückgreifen.

nanzielle Erwägungen aber auch allgemein als wirtschaftliche Gründe anzusehen, die Beschränkungen der Grundfreiheiten und des Art. 18 Abs. 1 AEUV von vornherein nicht zu rechtfertigen vermögen bzw. als Rechtfertigungsgründe ausscheiden. Darum bedürfte es des Rückgriffs auf die sog. finanzielle Solidarität der Mitgliedstaaten letztlich nicht.

- Auf der anderen Seite ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, zu große finanzielle Belastungen, die das gesamte Niveau der gewährten finanziellen Leistungen beeinflussen könnten, zu vermeiden. Hiermit wird letztlich der in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit medizinischen Dienstleistungen entwickelte Rechtfertigungsgrund des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit aufgegriffen. Die Mitgliedstaaten können daher den Kreis der Berechtigten einschränken, wobei dies nach sachlichen Kriterien erfolgen muss, die aber durchaus materiell nach der Staatsangehörigkeit diskriminieren können.
- Als solch ein sachliches Kriterium wird – im Gegensatz zur Staatsangehörigkeit im formellen Sinn, die als solche einen Ausschluss von einer finanziellen Leistung keinesfalls zu begründen vermag – eine gewisse Integration der Leistungsberechtigten in den bzw. eine Verbundenheit derselben mit dem betreffenden Mitgliedstaat anerkannt. M.a.W. geht der EuGH im Ergebnis davon aus, dass die Mitgliedstaaten denjenigen Personen, die eine gewisse Verbundenheit mit dem jeweiligen Mitgliedstaat aufweisen, weitergehende Leistungen gewähren können als sonstigen Personen. Dabei bleibt die genaue dogmatische Konstruktion dieses „Verbundenheitserfordernisses“ etwas im Dunkeln: Insbesondere fragt es sich, ob dieses einen eigenen Rechtfertigungsgrund darstellt oder ob es im Zusammenhang mit einem (anderen) zwingenden Grund des Allgemein-

wohls (z.B. der Wahrung des finanziellen Gleichgewichts und damit der Funktionsfähigkeit bestimmter Leistungssysteme oder der Förderung der Mobilität und der Integration Behinderter) einen sachlichen Grund für eine Differenzierung bzw. eine (materielle) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt. Die besseren Gründe dürften für die zuletzt genannte Ansicht sprechen, ist es doch nur schwer nachvollziehbar, warum in einem Binnenmarkt die „Verbundenheit“ einer Person mit einem bestimmten Mitgliedstaat einen „Selbstzweck“ darstellen kann. M.a.W. werden die Kriterien, die die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems für die Versagung eines Anspruchs auf eine finanzielle Leistung heranziehen können, entsprechend beschränkt. Auch die Rechtsprechung des EuGH kann zumindest in diese Richtung ausgelegt werden, da der Gerichtshof im Zusammenhang mit dem „Verbundenheitserfordernis“ immer auch auf (andere) Rechtfertigungsgründe Bezug nimmt, wobei sich sein Hinweis darauf, dass es „legitim“ sei, den Zugang zu Leistungen aufgrund einer gewissen Verbundenheit zum Staat einzuschränken, nicht durch seine dogmatische Klarheit auszeichnet.

- Bei der Konkretisierung derjenigen Kriterien, aufgrund derer die Mitgliedstaaten von einer Verbundenheit des Antragstellers mit dem jeweiligen Mitgliedstaat ausgehen dürfen, steht ihnen nach der Rechtsprechung ein gewisser Gestaltungsspielraum zu. Jedoch darf das gewählte Kriterium nicht zu pauschal formuliert sein und muss insbesondere für die tatsächliche und effektive Verbundenheit des Antragstellers mit dem jeweiligen Mitgliedstaat relevant sein, womit letztlich Verhältnismäßigkeitserwägungen heranzuziehen sind.
- Diese schließen jedoch die Heranziehung gewisser typisierender Kriterien nicht von Vornherein aus. So sind etwa Wohnsitzerfor-

dernisse bzw. Anforderungen an einen ständigen Aufenthalt während einer gewissen Dauer in dem betreffenden Mitgliedstaat grundsätzlich geeignet, eine gewisse Verbundenheit mit dem betreffenden Mitgliedstaat nachzuweisen.

- Allerdings muss im Falle des Rückgriffs auf solche typisierenden Kriterien jeder Einzelfall im Hinblick auf den grundsätzlich verfolgten Zweck der Regelung analysiert werden: Notwendig ist jedenfalls, dass in Bezug auf die konkrete Regelung und ihre Zielsetzung das gewählte Kriterium grundsätzlich relevant und repräsentativ ist, um die Verbundenheit mit dem betreffenden Mitgliedstaat nachzuweisen. Dies bedeutet auf der anderen Seite auch, dass zu pauschale bzw. nicht auf die konkrete Regelungsmaterie zugeschnittene typisierende Kriterien (die im Hinblick auf den Nachweis einer Verbundenheit zu dem jeweiligen Mitgliedstaat in Bezug auf die konkrete Regelung zu allgemein und „einseitig“ sind) den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit eben gerade nicht entsprechen, sind sie doch für den Grad der Integration bzw. der Verbundenheit gerade nicht zwingend aussagekräftig. Insbesondere darf es das gewählte Kriterium ebenfalls mit dem betreffenden Mitgliedstaat „verbundenen“ Personen aus anderen Mitgliedstaaten nicht letztlich verunmöglichen, ihre „Verbundenheit“ mit dem „leistenden“ Mitgliedstaat nachzuweisen.

In einem neueren Urteil⁸ erachtete der Gerichtshof die Beschränkung von Fahrpreisermäßigungen auf Studierende, deren Eltern österreichische Familienbeihilfen beziehen (während sonstige Studierende keine Ermäßigungen erhalten), für mit Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 20, 21 AEUV unvereinbar, da die in den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV fallende, materiell diskriminierende Regelung nicht durch objektive Erwägungen gerechtfertigt werden könne: Zwar könne das Erfordernis des Bestehens eines tatsächlichen Zusammenhangs mit dem Aufnahmemitgliedstaat grundsätzlich einem berechtigten Zweck dienen; jedoch dürfe hier kein Gesichtspunkt ausschließlich berücksichtigt wer-

⁸ EuGH, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Urt. v. 4.10.2012.

den, der nicht zwangsläufig für den tatsächlichen und effektiven Grad der Verbundenheit der betroffenen Person repräsentativ ist. Im Übrigen dürfe der verlangte Bezug des Antragstellers zu dem jeweiligen Mitgliedstaat nicht einheitlich für alle Leistungen bestimmt werden, sondern sei anhand der Merkmale der in Frage stehenden Leistung zu ermitteln, insbesondere ihrer Art und der mit ihr verfolgten Zwecke, wobei letztere nach Maßgabe ihrer Ergebnisse und nicht ihrer Struktur oder formalen Einstufung zu prüfen seien. Die Verbundenheit eines Studierenden mit dem betreffenden Mitgliedstaat in Bezug auf eine Fahrpreisermäßigung lasse sich aber besonders wirksam dadurch belegen, dass der Studierende an einer Hochschule zum Studium eingeschrieben ist.⁹

Man wird aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs schließen können, dass als Voraussetzung für eine Begünstigung verlangt werden kann, dass die Empfänger der entsprechenden Leistungen einen gewissen Grad der Integration in die Gesellschaft des betreffenden Staates aufweisen. Diese Verbundenheit kann grundsätzlich durch eine gewisse Mindestaufenthaltsdauer in dem betreffenden Staat, ggf. aber auch auf andere Weise, nachgewiesen werden.¹⁰ Diese Grundsätze können auch auf abgestufte Studiengebühren angewandt werden, geht es doch auch hier letztlich um staatliche Leistungen bzw. (im Vergleich) Vergünstigungen. Damit wären also durchaus gewisse Differenzierungen bzw. materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit bei Studiengebühren möglich; jedoch müssten die maßgeblichen Gründe hierfür (z.B. solche finanzieller Art oder die Funktionsfähigkeit bzw. Kapazitätsgrenzen der Universitäten) präzisiert werden, so dass die genauen Kriterien wohl differenzierter ausfallen müssten als die bislang im Vordergrund stehenden, und zudem ist dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen. Im Übrigen kann man m.E. aus dem erwähnten neueren Urteil des Gerichtshofs in Bezug auf Fahrpreisermäßigungen für Studierende jedoch nicht ableiten,

⁹ Im Übrigen verneinte der Gerichtshof die Einschlägigkeit des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38, wonach kein Anspruch auf Studienbeihilfen besteht. Denn diese Bestimmung sei als Ausnahme vom allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz eng auszulegen, so dass Fahrpreisermäßigungen keine Studienbeihilfen darstellten, eine Auslegung, die sich auch aus dem Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung ergebe.

¹⁰ Zum letzten Punkt jüngst EuGH, Rs. C-503/09 (Stewart), Urt. v. 21.7.2011. Vgl. ausführlich zur Thematik im Zusammenhang mit dem Zugang zu Leistungen der Forschungsförderung *Astrid Epiney*, Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und Zugang zur Förderung durch Forschungs-förderungsorganisationen, FS Marco Borghi, Zürich 2011, 131 ff.

dass die Verbundenheit von Studierenden mit dem Aufnahmestaat grundsätzlich bereits durch die Aufnahme des Studiums in demselben belegt werden könne, denn eine Fahrpreisermäßigung für Studierende stellt eine andere Art von Leistung da als eine vergünstigte Studiengebühr.

III. Zur Reichweite des Art. 2 FZA im Zusammenhang mit diskriminierenden Studiengebühren

1. Zur Parallelität der Auslegung von Art. 18 AEUV und Art. 2 FZA¹¹

Die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist – da es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden zu beantworten. Ausgehend von der Zielsetzung des Abkommens, die Schweiz in die in der Union gewährleistete Personenfreizügigkeit einzubinden (vgl. auch die Präambel des FZA), übernimmt das Abkommen letztlich in weiten Teilen im Verhältnis zur Schweiz die entsprechende Rechtslage in der EU auf der Grundlage von Rechtsetzung und Rechtsprechung zum Zeitpunkt seiner Unterzeichnung, so dass vor dem Hintergrund des Inhalts und des Ziels und Zwecks des Abkommens, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage (in Bezug auf die erfassten Bereiche) wie im Rahmen der Europäischen Union sicherzustellen, von einem Grundsatz der parallelen Auslegung derjenigen abkommensrechtlichen Bestimmungen, die auf den unionsrechtli-

¹¹ S. die folgenden Erwägungen teilweise auch schon bei *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 2012, 81 (84 ff.).

chen Besitzstand bzw. Teile desselben zurückgreifen,¹² mit den entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen auszugehen ist.¹³

Spezifisch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen ist, bestimmt Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA, dass die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des Abkommens zwingend zu berücksichtigen ist, soweit im Abkommen „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ herangezogen werden. Was die Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens betrifft, so kann der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die „Auswirkungen dieser Rechtsprechung“ feststellen (Art. 16 Abs. 2 S. 3 FZA), eine Bestimmung, die bislang noch nicht zur Anwendung gekommen ist. Allerdings sprechen auch ganz allgemein gute Gründe (insbesondere die Zielsetzung des Abkommens, eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sicherzustellen) dafür, die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile des EuGH grundsätzlich auch bei der Auslegung des Abkommens – immer soweit dieses auf entsprechende Begriffe des Unionsrechts zurückgreift – zu berücksichtigen und zu beachten.¹⁴ Dabei vermögen diese Erwägungen – im Gegensatz zur Rechtsprechung, die vor der Unterzeichnung des Abkom-

¹² Wobei die Frage, ob und inwieweit ein solcher Rückgriff des Abkommens auf unionsrechtliche Vorgaben zu bejahen ist, mitunter schwierig zu beantworten sein kann.

¹³ Vgl. ausführlich und mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, 2012, *passim*.

¹⁴ Vgl. mit ausführlicher Begründung schon *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.; s. letztlich ähnlich *Florence Aubry-Girardin*, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: *Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, 2011, 29 ff.; *Bettina Kahil-Wolff*, L'application et l'interprétation de l'ALCP: le cas de la sécurité sociale, in: *Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, 2011, 49 ff.

mens ergangen und jedenfalls zu beachten ist – keine „absolute“ und bedingungslose „Nachvollzugspflicht“ zu begründen; vielmehr geht es nur (aber immerhin) um eine grundsätzliche Pflicht zur Beachtung der neuen Urteile in dem Sinn, dass zunächst eine Vermutung ihrer Beachtlichkeit auch für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens spricht.¹⁵

Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung wurde allerdings vom EuGH in seiner bisherigen, eher spärlichen Rechtsprechung noch nicht als solcher formuliert; allerdings lässt sie ebensowenig das Gegenteil erkennen, wenn auch zuzugeben ist, dass die Formulierungen des Gerichtshofs eher zurückhaltend formuliert und die Schlussfolgerungen im Übrigen sehr knapp begründet sind¹⁶. Das Schweizerische Bundesgericht hingegen – dessen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen mittlerweile recht reichhaltig ist – knüpft bei der Auslegung von dem Unionsrecht entnommenen Begriffen und Konzepten regelmässig an die Rechtslage im EU-Recht an. Dabei berücksichtigt das Gericht nicht nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs vor der Unterzeichnung des Abkommens, sondern erachtet grundsätzlich auch diejenige nach der Unterzeichnung als relevant.¹⁷

Wendet man diese Grundsätze auf Art. 2 FZA an, so dürften die besseren Gründe dafür sprechen, dass Art. 2 FZA grundsätzlich im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA an Art. 18 AEUV anknüpft und daher die diesbezügliche Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich auch im Rahmen des Art. 2 FZA heranzuziehen ist.¹⁸ Schon der Wortlaut der beiden Bestimmungen ist weitgehend parallel ausgestaltet, so dass im Abkommen klar zum Ausdruck hätte kommen müssen, dass keine Anknüpfung an Art. 18 AEUV erfolgen sollte. Sodann dürfte Art. 2 FZA im Gesamtzusammenhang des Abkommens eine ähnliche Funktion wie Art. 18 AEUV im AEUV zukommen: Es geht letztlich um die Formulierung des „Leitmotivs“ des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus Gründen der

¹⁵ Vgl. im Einzelnen hierzu *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 13), 169 ff.

¹⁶ S. insbesondere EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Urt. v. 15.7.2010; EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Urt. v. 6.10.2011. Vgl. im Einzelnen zur Rechtsprechung des EuGH ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 12), 160 ff.

¹⁷ Vgl. insbesondere das Grundsatzurteil in BGE 136 II 5.

¹⁸ Vgl. im Einzelnen *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 13), 221 ff. (m.w.N.).

Staatsangehörigkeit, der sicherstellen soll, dass im Anwendungsbereich des Abkommens bzw. der Verträge keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfolgt, auch wenn die durch den Vertrag oder das Abkommen gewährleisteten Rechte nicht unmittelbar beeinträchtigt sind. Schließlich spricht auch der *effet utile* des Art. 2 FZA für den hier vertretenen Ansatz: Denn leitete man aus der Formulierung, das Diskriminierungsverbot sei (nur) „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen“ anwendbar, ab, dass eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nur dann vom Abkommen verboten ist, wenn dies (auch) in den Anhängen vorgesehen ist, käme Art. 2 FZA keine eigenständige Bedeutung zu, sind die Diskriminierungsverbote doch bereits in den Anhängen verankert.¹⁹

Diese grundsätzliche Bejahung des Rückgriffs auf unionsrechtliche Begriffe bzw. Konzepte in Art. 2 FZA bedeutet jedoch nicht, dass alle Aspekte der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV „automatisch“ auch im Rahmen des Art. 2 FZA zum Zuge kommen können bzw. dass Art. 2 FZA vollumfänglich an Art. 18 AEUV im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA anknüpft. Vielmehr ist zu unterscheiden:

- Soweit die grundsätzlichen Konzepte des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zur Debatte stehen, ist davon auszugehen, dass vollumfänglich an die diesbezüglichen unionsrechtlichen Konzepte angeknüpft werden soll, sind doch keine Gründe für eine Abweichung ersichtlich. Dies gilt für das grundsätzliche Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs, des Konzepts der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (insbesondere die Erfassung formeller und materieller Diskriminie-

¹⁹ Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht in diese Richtung, vgl. z.B. BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005, E. 3.3. Ebenso BG, 2C_42/2007, E. 3.6; BG, 2A.7/2004, E. 3.3, 5.1; BGE 131 V 209; BGE 129 I 392, E. 3.2; sehr klar auch Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Urt. v. 13.6.2008 (CEP Cortaillod/Swiss Athletics). Hingegen lassen sich der Rechtsprechung des EuGH keine klaren Aussagen zu dieser Frage entnehmen.

rungen), die Adressaten des Diskriminierungsverbots sowie die Rechtfertigungsdogmatik.

- Soweit es jedoch um die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Abkommens geht, sind im Verhältnis zum Unionsrecht schon deshalb Unterschiede zu gewärtigen, weil das Abkommen selbstredend einen wesentlich beschränkteren Anwendungsbereich aufweist. Insofern ist der Anwendungsbereich des Abkommens nur insoweit in Anlehnung an die Rechtslage in der Union zu bestimmen, als tatsächlich Parallelitäten zu verzeichnen sind. Dies ist insoweit der Fall, als es um die Anwendbarkeit des Art. 2 FZA im Zusammenhang mit der effektiven Verwirklichung der Grundfreiheiten geht (soweit diese vom Abkommen erfasst werden). Weiter kommt Art. 2 FZA immer dann zum Zug, wenn eine Person von ihrem Aufenthaltsrecht aus dem Abkommen Gebrauch macht, womit der Anwendungsbereich des Art. 2 FZA eröffnet ist.

Geht man von dem hier vertretenen Ansatz aus, so ist die Rechtsprechung des EuGH zu diskriminierenden Studiengebühren auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant, ist doch der Anwendungsbereich des Abkommens jedenfalls wegen des Rechts auf Freizügigkeit der Betroffenen sowie wegen des engen Bezugs der Hochschulausbildung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne der Gravier-Rechtsprechung des Gerichtshofs eröffnet.

2. *Zur Reichweite des Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA*²⁰

Allerdings könnte die Anwendbarkeit des Abkommens auf Studiengebühren aufgrund des Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA ausgeschlossen sein. Da-

²⁰

S. die folgenden Erwägungen teilweise auch schon bei *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Fn. 11), 81 (93 ff.).

nach regelt das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen“ für Studierende. Entscheidend ist somit, was unter dem Begriff „Zugang zur Ausbildung“ zu verstehen ist. M.E. dürften hierunter nur die erforderlichen Qualifikationen (wie bestimmte Schulabschlüsse, die Anforderung eines bestimmten Notendurchschnitts bei den hochschulqualifizierenden Abschlüssen sowie ganz allgemein dem *numerus clausus* zuzurechnende Systeme) zu verstehen sein, nicht jedoch die Studiengebühren.²¹ Hierfür sprechen mehrere Gründe:

- Die Systematik dieser Ausnahmebestimmung legt es nahe, dass es einerseits um gewisse finanzielle Leistungen und Aspekte, die vom Abkommen ausgeschlossen werden sollen, und andererseits um den eigentlichen Zugang zur Ausbildung geht. Die Unterhaltsbeihilfen – worunter wohl soziale Leistungen zu verstehen sind, die speziell für Studierende vorgesehen sind und der Bestreitung des Lebensunterhalts dienen sollen – decken den zuerst genannten Aspekt ab, ohne freilich die Studiengebühren, die sicherlich keine solchen Unterhaltsbeihilfen darstellen, zu erfassen. Der qualitative Aspekt ist durch die Formulierung „Zugang zur Ausbildung“ erfasst; angesichts des Umstands, dass der finanzielle Aspekt bereits durch die Unterhaltsbeihilfen abgedeckt wird, liegt es nahe, hierunter – wie erwähnt – nur die fachlichen Qualifikationsanforderungen zu verstehen, so dass etwa das Erfordernis, auch im Herkunftsstaat einen Studienplatz zu haben, erfasst wäre.²² Hätten mit dem Begriff „Zu-

²¹ A.A. jedoch die Rektorenkonferenz, die das Abkommen in Bezug auf die Frage der Studiengebühren für unanwendbar hält. Vgl. Tagesanzeiger v. 2.8.2011 sowie den Expertenbericht vom 16.12.2010, zugänglich unter www.edudoc.ch/record/99184, insbesondere S. 13 f.

²² Vgl. die Konstellation in EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, wo es um die Vereinbarkeit einer österreichischen Regelung, wonach nicht in Österreich ausgestellte Reifezeugnisse nur dann in Österreich zum Hochschulzugang berechtigten, wenn gleichzeitig eine entsprechende Studienberechtigung im Ausland bzw. Herkunftsland (d.h. der Nachweis der tatsächlichen Zugangsmöglichkeit zur gewählten Studienrichtung, etwa die Erfüllung einer *numerus clausus*-Regelung) vorgelegt wurde. Diese Regelung verstieß nach Ansicht des EuGH gegen Art. 18 AEUV, vgl. hierzu *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Per-

gang zur Ausbildung“ auch Regelungen finanzieller Art im Zusammenhang mit dem Studium an einer Hochschule erfasst werden sollen (wie Studiengebühren), hätte dies angesichts der Erfassung des finanziellen Aspekts bereits durch den daneben verwendeten Begriff der „Unterhaltsbeihilfen“ wohl klarer zum Ausdruck kommen müssen, da derartige Regelungen nicht eigentlich den Zugang beschränken oder ausschließen, sondern letztlich eine Zugangsmodalität darstellen, die grundsätzlich von jedermann erfüllt werden kann.

- Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Pflicht zur Leistung bestimmter finanzieller Beiträge während des Hochschulstudiums zwar durchaus mittelbar und faktisch insofern auf den „Zugang zur Ausbildung“ auswirken kann, als es bestimmten Personen aus finanziellen Gründen schwerer fallen kann, ein Studium aufzunehmen. Dies ist aber bei den Unterhaltsbeihilfen, die ausdrücklich daneben erwähnt sind, nicht anders, im Gegenteil: Fehlende Unterhaltsbeihilfen können bei der doch sehr bescheidenen Höhe von Studiengebühren an öffentlichen Hochschulen in den meisten Staaten Europas den „Zugang zur Ausbildung“ in diesem Sinn viel stärker beeinträchtigen als letztere. Wären also vom Begriff des „Zugangs zur Ausbildung“ alle auch nur mittelbaren und faktischen Hindernisse erfasst, so wäre die eigene Erwähnung der Unterhaltsbeihilfen nicht notwendig gewesen.
- Sodann regeln Studiengebühren von ihrer Regelungsstruktur her (wie bereits angedeutet) nicht den Zugang zu einer Ausbildung an sich bzw. die Voraussetzungen ihrer Aufnahme, sondern die Frage, unter welchen Bedingungen sie absolviert werden kann. So ist die

sonenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, 73 (77 ff.).

Entscheidung über die Zulassung zu einem Studium eine grundsätzliche, die einmalig vor der Aufnahme desselben in der Regel in einem besonderen Verfahren gefällt wird. Hingegen betrifft die Pflicht zur Leistung von Studiengebühren die Frage, unter welchen Bedingungen eine Person nach erfolgter Zulassung zum Studium berechtigt ist. Die Studiengebühren sind denn auch regelmässig während des gesamten Studiums zu zahlen, so dass es hier letztlich nicht um den eigentlichen Zugang zu der Bildungseinrichtung bzw. dem Studiengang, sondern die Modalitäten der Absolvierung der Ausbildung geht. Diese Unterschiede sprechen dagegen, beide Regelungsarten unter dem Oberbegriff „Zugang zur Ausbildung“ gleich zu behandeln.

- Schließlich spricht für den hier vertretenen Ansatz der Umstand, dass es bei Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA um eine Ausnahme von den grundsätzlich durch das Abkommen gewährten Freizügigkeitsrechten geht. Solche Ausnahmen sind aber nach der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit den Bereichsausnahmen (vgl. Art. 45 Abs. 4, 51 AEUV) sowie den Rechtfertigungsgründen (vgl. Art. 45 Abs. 3, 52 AEUV) eng auszulegen,²³ ein Ansatz, der vom Bundesgericht in Bezug auf die entsprechenden Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens grundsätzlich übernommen wurde.²⁴ Studierende haben nach Art. 24 Abs. 4 S. 1 Anhang I FZA unter bestimmten Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei, so dass ihnen insoweit ein Aufenthaltsrecht eingeräumt wird und sie gerade nicht

²³ EuGH, Rs. 152/73 (Sotgiu), Slg. 1974, 153, Rn. 4; EuGH, Rs. C-405/01 (Colegio de oficiales de la marina mercante Espanola), Slg. 2003, I-10391, Rn. 38; EuGH, Rs. C-54/08 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 24.5.2011; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), Slg. 2002, I-10981; EuGH, Rs. C-430/10 (Gaydarov), Urt. v. 17.11.2011.

²⁴ BGE 129 II 215, Erw. 7.2; BGE 130 II 176, Erw. 3.4.1.

– wie offenbar von der Rektorenkonferenz vertreten²⁵ – implizit vom Geltungsbereich des Abkommens ausgeschlossen sind. Insofern stellt Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA eine Einschränkung dieses grundsätzlichen Freizügigkeitsrechts dar, die nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen des Abkommens eben eng auszulegen ist.

Gegen den hier vertretenen Ansatz kann auch nicht geltend gemacht werden, dass er nicht den Sinn und Zweck des Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA – der darin bestehe, die politisch heikle Frage des befürchteten Zustroms von Studierenden aus dem EU-Raum an die Schweizer Hochschulen vom Freizügigkeitsabkommen auszunehmen – berücksichtige und dass die Anerkennung von ausländischen Abschlüssen als Zugangsvoraussetzung zum Hochschulstudium von anderen völkerrechtlichen Vereinbarungen, wie dem sog. Lissabonner Abkommen, erfasst seien:²⁶ Denn die historische Auslegung vermag den hier dargelegten systematischen Aspekt sowie den Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen nicht zu entkräften, hat sie doch keinen Niederschlag im Abkommen gefunden, ganz abgesehen davon, dass es – soweit ersichtlich – keine öffentlich zugänglichen Materialien zu den Abkommen gibt, die zu belegen vermögen, dass tatsächlich beide Vertragspartner von einem derartigen Ansatz ausgegangen wären. Der Hinweis auf die sonstigen völkerrechtlichen Abkommen geht insofern an der Sache vorbei, als es beim Zugang zur Ausbildung nicht in erster Linie um die Anerkennung von ausländischen Abschlüssen, sondern auch und gerade um sonstige qualitative Anforderungen (wie z.B. den Numerus clausus in verschiedenen Formen) geht, wie auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs anschaulich illustriert.

²⁵ Vgl. Fn. 21.

²⁶ So aber *Bernhard Ehrenzeller*, Studiengebührenerhöhung an der Universität St. Gallen aus rechtlicher Perspektive, Festgabe für Ulrich Cavelti, 2012, 100 (124 ff.).

Damit fallen Studiengebühren nach der hier vertretenen Ansicht nicht unter die Ausnahme des Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, und ihre Differenzierung nach der Nationalität der Studierenden bzw. ihrem Wohnort vor Aufnahme des Studiums oder dem Wohnort ihrer Eltern stellt grundsätzlich eine durch das Abkommen verbotene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar, die allerdings nach dem Stand der Rechtsprechung²⁷ einer Rechtfertigung zugänglich ist, wobei die derzeit im Vordergrund stehenden sehr pauschalen Differenzierungen den Anforderungen der Rechtsprechung wohl nicht Rechnung tragen dürften.²⁸

IV. Schluss

Die Ausführungen haben insgesamt aufgezeigt, dass das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (insoweit durchaus mit der Relevanz des Art. 18 AEUV vergleichbar) auch in Konstellationen zum Zuge kommen kann, bei denen es auf den ersten Blick nicht einschlägig ist. Gleichzeitig ist die Frage der Anwendbarkeit des Abkommens auf Studiengebühren aber auch ein beredtes Beispiel dafür, welche Auslegungsschwierigkeiten das Abkommen mit sich bringt: Das Abkommen führt zu einer teilweisen „Integration“ der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand; damit einher geht eine enge Anlehnung zahlreicher Bestimmungen des Abkommens an entsprechende unionsrechtliche Regelungen. Gleichwohl handelt es sich jedoch um ein völkerrechtliches Abkommen, das nach

²⁷ Hierzu oben II.

²⁸ Der Klarheit halber sei noch darauf hingewiesen, dass sich das hier angesprochene Problem nur in Bezug auf Studierende stellt, die nicht aufgrund einer anderen Bestimmung des Freizügigkeitsabkommens einen Anspruch auf nicht diskriminierende Behandlung haben. Besonders relevant ist hier Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, wonach einem Arbeitnehmer und seinen Familienangehörigen die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen zu gewähren sind wie inländischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen; gleiches gilt nach Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA für Selbständige und ihre Familienangehörigen.

völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen ist, wenn auch auf diesem Weg unionsrechtliche Grundsätze Eingang in die Abkommensauslegung finden können. Ob und inwieweit in Bezug auf eine bestimmte Frage die Rechtsprechung des EuGH auch in Bezug auf die entsprechenden Abkommensbestimmungen vollumfänglich zum Zuge kommt, kann mitunter schwierig zu entscheiden sein und ist nicht immer vorhersehbar. Hinzu kommen – wie Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA – besondere Vorbehalte bzw. Bereichsausnahmen, deren Auslegung ebenfalls nicht immer klar ist. Insofern impliziert das Abkommen eine gewisse Rechtsunsicherheit, und zahlreiche Fragen können erst durch die Beschreitung des Rechtsweges einer Klärung zugeführt werden. Die Frage nach der Vereinbarkeit diskriminierender Studiengebühren mit dem Freizügigkeitsabkommen illustriert diese Problematik bestens.