

Inländervorrang und Freizügigkeitsabkommen

Zu den Schranken des FZA für die sog. Inländervorränge bei der Anstellung

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Daniela Nüesch, Inländervorrang und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2018, 6-21. Es ist möglich, dass die in der AJP publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

ASTRID EPINEY*/DANIELA NÜESCH**

In der Schweiz sind in den letzten Jahren verschiedene (teilweise auch realisierte) Bestrebungen zu verzeichnen, in Bezug auf die Rekrutierung von Arbeitnehmern einen sog. Inländervorrang einzuführen. Ein solcher Inländervorrang kann sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Der Beitrag skizziert einerseits die diesbezüglich relevanten Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens und zeigt andererseits – beziehend auf die aktuellen Diskussionen – die sich hier aus dem Abkommen ergebenden Schranken auf. Dabei kommt er zum Ergebnis, dass ein «harter» Inländervorrang bei der Einstellung grundsätzlich nicht mit dem Abkommen vereinbar ist; hingegen können im Vorfeld der Einstellung angesiedelte «weichere» Massnahmen so ausgestaltet werden, dass sie den Vorgaben des Abkommens genügen, wobei jedoch einerseits sehr enge Schranken zu beachten sind und andererseits einige Fragen gerichtlich noch nicht geklärt sind.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einleitung..... | 2 |
| II. | Zur Auslegung des FZA und zur Tragweite der Diskriminierungsverbote..... | 3 |
| | A. Zur Auslegung des FZA..... | 3 |
| | B. Zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit..... | 6 |
| III. | Zu derzeit bestehenden Regelungen bzw. Vorstössen..... | 14 |
| | A. Auf Bundesebene: die Umsetzung des Art. 121a BV und die Volksinitiative «Zuerst Arbeit für Inländer»..... | 14 |
| | B. Auf Ebene der Kantone..... | 17 |
| | C. Synthese: zu den grundsätzlichen «Modellen» des Inländervorrangs..... | 21 |
| IV. | Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle des «Inländervorrangs» mit dem FZA..... | 22 |
| | A. Grundsätze..... | 22 |
| | B. Insbesondere: zur Rechtfertigung materieller Diskriminierungen..... | 23 |
| | 1. Förderung der Einstellung..... | 24 |
| | 2. Vermittelbarkeit von Arbeitssuchenden..... | 28 |

* ASTRID EPINEY, Prof. Dr. iur., LL.M., Professorin für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht und Rektorin der Universität.

** DANIELA NÜESCH, MLaw, Diplomassistentin, Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue.

| | |
|--|----|
| 3. Finanzielles Gleichgewicht eines Systems sozialer Sicherheit..... | 29 |
| V. Fazit..... | 29 |

I. Einleitung

Insbesondere seit dem Inkrafttreten des Art. 121a BV – der auf die sog. «Masseinwanderungsinitiative» zurückgeht – sowie im Zuge der im Vorfeld der Abstimmung stattfindenden Diskussionen sind in der Schweiz diverse Bestrebungen zu beobachten, über verschiedene Instrumente einen gewissen Vorrang von Inländern bzw. in der Schweiz (oder in dem jeweiligen Kanton) niedergelassenen Personen beim Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewährleisten oder zumindest anzustreben. Dabei kann es sowohl um den privaten Arbeitsmarkt als auch um Stellen bei der öffentlichen Verwaltung gehen. Da es sich bei solchen Vorhaben oder auch Vorgaben in der Regel um (zumindest materiell) diskriminierende Regelungen handelt, besteht hier *a priori* ein beachtliches Konfliktpotential mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens¹, welches in verschiedenen Bestimmungen den Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert.² Zumindest in der politischen Diskussion um solche «Vorrangregelungen» für Inländer wird jedoch die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen mitunter vernachlässigt bzw. nicht näher oder nur oberflächlich diskutiert.

Dies soll zum Anlass genommen, auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung der Frage nach den Schranken, die sich aus dem Freizügigkeitsabkommen für einen Inländervorrang ergeben können, nachzugehen. Ausgehend von den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätzen, ihrer Relevanz für die hier in erster Linie in Frage stehenden Diskriminierungsverbote des Abkommens und einer Skizzierung der rechtlichen Tragweite derselben (II.) sollen nachfolgend zunächst einige u.E. bedeutende derzeit bestehende Regelungen bzw. Vorstösse zusammengestellt werden (III.), um anschliessend nach ihrer Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens zu fragen (IV.). Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Fazit (V.).

¹ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681); ABl. 2002 L 114, 6. Da die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft getreten ist (Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV), ist sie seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages am 1. Dezember 2009 statt der EG Vertragspartei des FZA.

² Vgl. umfassend zu diesem Verbot bereits VÉRONIQUE BOILLET, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010; s. sodann ASTRID EPINEY/GAËTAN BLASER, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Volume III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), 2014, art. 2 ALCP.

II. Zur Auslegung des FZA und zur Tragweite der Diskriminierungsverbote

A. Zur Auslegung des FZA

Die Frage nach den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätzen³ 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 unionsrechtlichen Besitzstand bzw. Teile desselben zurückgreifen,⁴ mit den entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen auszugehen ist.⁵

³ Vgl. ausführlich und mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens bereits 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*.

⁴ Wobei die Frage, ob und inwieweit ein solcher Rückgriff des Abkommens auf unionsrechtliche Vorgaben zu bejahen ist, mitunter schwierig zu beantworten sein kann.

⁵ Vgl. mit ausführlicher Begründung schon EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), insbes. 169 ff.; ASTRID EPINEY/GAËTAN BLASER, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Volume III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), 2014, art. 1 ALCP, Rn. 5 ff.; ebenso die wohl ganz herrschende Lehre, vgl. etwa FRANCESCO MAIANI, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; MATTHIAS OESCH, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; MATTHIAS OESCH, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; THOMAS COTTIER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; BENEDIKT PIRKER, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 ff.; VÉRONIQUE BOILLET/VONCENT MARTENET, La mise en oeuvre de l'interdiction de discrimination au sens de l'ALCP. Principes, enjeux et illustrations à l'aide de l'imposition à la source, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2010/2011, 2011, 321 ff.; MICHAEL MAYER, Die Übernahme europäischen Rechts

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.⁶ Dabei vermögen diese Erwägungen – im Gegensatz zur Rechtsprechung, die vor der Unterzeichnung des Abkommens 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.⁷

Auch die Rechtsprechung geht von einem derartigen Grundsatz der parallelen Auslegung aus und erstreckt diesen Ansatz auch auf die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile des EuGH, so dass sie auch diese späteren Urteile grundsätzlich als für die Auslegung des Abkommens

durch die Schweiz. Besteht ein Bedürfnis nach grösserer Homogenität in der Auslegung?, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, 2015, 347 (358 ff.); MICHAEL HAHN, Die Kündigung des FZA als Voraussetzung für die Einführung von Kontingenten in Umsetzung des Art. 121a BV – Zugleich Anmerkung zum Entscheid des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 26. November 2015, 2C_716/2014 (BGE 142 II 35), in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, 2016, 457 (461 ff., 467 ff.).

⁶ 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.

⁷ Vgl. im Einzelnen hierzu EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 169 ff.

(soweit dieses auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreift) relevant erachtet. So knüpft das Bundesgericht – dessen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen mittlerweile recht reichhaltig ist – bei der Auslegung von dem Unionsrecht entnommenen Begriffen und Konzepten regelmässig und sehr konsequent 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.⁸ Auch der EuGH geht (jedenfalls mittlerweile) von einem Grundsatz der parallelen Auslegung des Abkommens im Verhältnis zum Unionsrecht aus, dies soweit das Abkommen unionsrechtliche Begriffe übernimmt, und zieht für die Auslegung des Abkommens regelmässig auch nach seiner Unterzeichnung ergangene Urteile heran.⁹

Soweit es um Regelungen geht, welche die Anstellung oder den Zugang zur Beschäftigung betreffen, wird in aller Regel die Freizügigkeit von Arbeitnehmern in Frage stehen. Diese ist in Art. 4 FZA i.V.m. Art. 6 ff. Anhang I FZA geregelt. In unserem Zusammenhang ist insbesondere Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA von Bedeutung: Nach dieser Bestimmung darf ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. Damit statuiert diese Bestimmung ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit u.a. für den Zugang zur Beschäftigung. Dieser Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist im EU-Recht in Bezug auf alle Grundfreiheiten verankert und seit langem in der Rechtsprechung anerkannt.¹⁰ Vor dem Hintergrund der erwähnten Zielsetzung des Abkommens und der Massgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung von Begriffen des Abkommens, die dem Unionsrecht entsprechen, ist daher davon auszugehen, dass hier tatsächlich eine Anknüpfung an die entsprechende unionsrechtliche Konzeption erfolgen sollte, so dass die Tragweite dieser Bestimmung in Anlehnung an die entsprechenden Grundsätze des Unionsrechts zu bestimmen ist.

Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht in diese Richtung, wenn es das in Art. 2 FZA verankerte allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit – das in Art. 9 Abs. 1

⁸ Vgl. insbesondere das Grundsatzurteil in BGE 136 II 5; s. sodann z.B. BGE 142 II 35; BGer, 2C_284/2016, Urt. v. 17.1.2017. S. ansonsten zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen die regelmässigen (in der Regel zweijährlichen) Rechtsprechungsübersichten im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt ASTRID EPINEY/DANIELA NÜESCH, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 2016, 303 ff.

⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf) ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

¹⁰ Vgl. nur die Nachweise bei ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Europarecht II. Die Grundfreiheiten des AEUV, 3. Aufl., 2012, 71 ff., 107 ff., 137 ff. (in Bezug auf die Personenverkehrsfreiheiten).

Anhang I FZA für den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit spezifiziert wird – in Anlehnung an Art. 18 AEUV (dem Art. 2 FZA sichtlich nachgebildet ist) auslegt.¹¹ Insbesondere sieht das Bundesgericht auch materielle oder indirekte Diskriminierungen als von Art. 2 FZA erfasst an¹² und legt Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA in Anlehnung an die im EU-Recht verankerten Diskriminierungsverbote aus.¹³ Die Rechtsprechung des EuGH legt ebenfalls diesen Ansatz zugrunde, dies sogar ausdrücklich in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit: So hielt er in der Rs. C-478/15¹⁴ fest, das Abkommen gewährleiste in Art. 2 FZA und Art. 9 Anhang I FZA den Grundsatz der Gleichbehandlung, bei dem es sich um einen unionsrechtlichen Begriff handle, so dass die diesbezüglichen Grundsätze des Unionsrechts insoweit (d.h. soweit es um Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Bezug auf Arbeitnehmer geht) auch im Rahmen des Abkommens relevant und bei der Auslegung des Art. 2 FZA und des Art. 9 Anhang I FZA heranzuziehen seien.

Schliesslich wird auch in der Literatur – soweit ersichtlich einhellig – die Ansicht vertreten, der Diskriminierungsbegriff im Freizügigkeitsabkommen entspreche demjenigen des Unionsrechts, so dass die im Abkommen verankerten Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit parallel wie die entsprechenden Bestimmungen des EU-Rechts auszulegen seien.¹⁵

Damit ist im Ergebnis davon auszugehen, dass das in Art. 2 FZA, Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA verankerte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – jedenfalls, soweit es um Arbeitnehmer und den Zugang zum Arbeitsmarkt geht – an die Vorgaben des Unionsrechts anknüpft bzw. diese übernimmt, dies mit der Folge, dass sich die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen grundsätzlich an diejenige der parallelen Regelungen im Unionsrecht anzulehnen hat.

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

¹¹ Vgl. besonders deutlich BGE 136 II 241, E. 12: „Le principe de non-discrimination de l’art. 2 ALCP correspondant à l’art. 12 TCE (...), il convient de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice (...)“. S. auch BGer, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005, E. 3.3; BGE 134 II 10, E. 3.6; BGer, 2C_21/2010, Urt. v. 23.11.2010; s. sodann BGE 129 I 399 E. 3.2.3, wonach Art. 2 FZA neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV auch das Verbot unterschiedlicher Behandlung im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 Abs. 2 AEUV für das Verhältnis Schweiz – EU übernehme.

¹² BGer, 2C_53/2010, Urt. v. 21.3.2011; BGer, 2C_21/2010, Urt. v. 23.11.2010; BGE 130 I 26.

¹³ Vgl. BGer, 4A_593/2009, Urt. v. 5.3.2010; BGer, 4A_505/2009, Urt. v. 5.3.2010; BGE 140 II 167; s. auch Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Urt. v. 31.1.2012.

¹⁴ EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EUC:2016:705.

¹⁵ Vgl. ausführlich und m.w.N. BOILLET, L’interdiction de discrimination (Fn. 2), insbes. 99 ff.; s. auch, ebenfalls m.w.N., EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 226 ff.

Die vorstehenden Ausführungen konnten verdeutlichen, dass der insbesondere in Art. 2 FZA, Art. 9 Abs. 1 FZA verankerte Grundsatz der Nichtdiskriminierung an die Vorgaben des Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowie das «Leitmotiv» des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (welches in Art. 18 AEUV figuriert) anknüpft, dies jedenfalls, soweit der Zugang zum Arbeitsmarkt betroffen ist. Insofern ist bei der Frage nach der Tragweite dieser Bestimmungen des Abkommens umfassend an die Rechtslage in der Union anzuknüpfen, so wie sich diese auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH darstellt, dies übrigens grundsätzlich auch, soweit nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Urteile des EuGH in Frage stehen. Daher seien im Folgenden die diesbezüglichen Grundsätze des Unionsrechts skizziert.

Massstab für die Prüfung der Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Regelungen, welche eine Diskriminierung von Arbeitnehmern aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach sich ziehen könnten, ist grundsätzlich Art. 45 Abs. 2 AEUV; Art. 18 AEUV findet nur «unbeschadet besonderer Bestimmungen» Anwendung, so dass er im Falle der Einschlägigkeit der Personenverkehrsfreiheiten nicht heranzuziehen ist.¹⁶ Art. 45 Abs. 2 AEUV behandelt die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer und verbietet insbesondere Diskriminierungen hinsichtlich der Beschäftigung, Entlohnung und sonstiger Arbeitsbedingungen. Für den Zugang zum Arbeitsmarkt sind darüber hinaus in der VO 492/2011¹⁷ spezifische Bestimmungen vorgesehen, welche die Arbeitnehmer vor Diskriminierungen bei der Anstellung schützen sollen.¹⁸

Nicht in den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen Beschäftigungen für den Bereich der öffentlichen Verwaltung,¹⁹ so dass in Bezug auf diese kein diskriminierungsfreier Zugang zu gewähren ist. Dabei ist der Begriff der öffentlichen Verwaltung eng auszulegen und erfasst nur solche Tätigkeiten, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse

¹⁶ Vgl. insoweit unter anderem ASTRID EPINEY, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 12. Aufl., Baden-Baden 2016, § 10, Rn. 5; § 11, Rn. 94.

¹⁷ Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union Text von Bedeutung für den EWR, ABl. 2011 L 141, 1.

¹⁸ Weiterführend zu Inhalt und Tragweite der VO 492/2011 z.B. WINFRIED BRECHMANN, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl., München 2016, Art. 45 AEUV, Rn. 58 f.; VIKTOR KREUSCHNITZ, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Bd. 1, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 45 AEUV, Rn. 63 f.

¹⁹ Siehe insoweit Art. 45 Abs. 4 AEUV. Nicht betroffen sind dagegen die Bereiche der Entlohnung und sonstiger Arbeitsbedingungen, hierzu EuGH, Rs. 152/73 (Sotgiu), ECLI:EU:C:1974:13, Rn. 4. Im Freizügigkeitsabkommen wird diese Beschränkung des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 10 Anhang I FZA aufgegriffen.

und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates und / oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind.²⁰ So wird z.B. die Justiz- und Polizeiverwaltung generell erfasst, während z.B. Lehrtätigkeiten regelmässig nicht darunter fallen;²¹ Gleiches gilt für den juristischen Vorbereitungsdienst, sind die Referendare doch nach den Weisungen und unter der Aufsicht eines Ausbilders tätig, so dass der hoheitliche Charakter ihrer Tätigkeiten zu verneinen ist.²²

Die Prüfung der Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Massnahme mit Art. 45 AEUV erfolgt dabei – soweit der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet ist (was beim Zugang von Unionsbürgern zum Arbeitsmarkt, es sei denn, es gehe um die öffentliche Verwaltung oder es liege kein grenzüberschreitender Bezug vor,²³ grundsätzlich zu bejahen ist) – in zwei Schritten: In einem ersten Schritt prüft der Gerichtshof, ob die Massnahme eine rechtlich verbotene Diskriminierung darstellt, und in einem zweiten Schritt geht er der Frage nach, ob die diskriminierende Massnahme allenfalls gerechtfertigt werden kann, eine Herangehensweise, die nach dem Gesagten auch im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 Anhang FZA zum Zuge kommen muss.

Vor diesem Hintergrund kann die Tragweite des Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA wie folgt präzisiert werden:

²⁰ Siehe z.B. EuGH Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), ECLI:EU:C:1980:297, Rn. 10 f.; EuGH, Rs. C-290/94 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:1996:265, Rn. 2; EuGH, Rs. C-270/13 (Haralambidis), ECLI:EU:C:2014:2185, Rn. 44.

²¹ EuGH, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 26 ff.; EuGH, Rs. 33/88 (Allué), ECLI:EU:C:1989:222, Rn. 6 ff.

²² EuGH, Rs. C-345/08 (Pesla), ECLI:EU:C:2009:771. Ggf. müssen daher EU-Ausländer als Angestellte für Tätigkeiten eingestellt werden, für die ein Mitgliedstaat seine eigenen Angehörigen nur im Beamtenverhältnis beschäftigt, vgl. EuGH, Rs. 307/84 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:1986:222, Rn. 11 ff.; i. Erg. auch EuGH, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum), ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 26 ff., oder EU-Ausländern muss der Zugang zum Beamtenstatus gewährt werden.

²³ Der Gerichtshof verlangt grundsätzlich einen grenzüberschreitenden Bezug als Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts, vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652; EuGH, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), ECLI:EU:C:2015:386; EuGH, verb. Rs. C-458/14, C-67/15 (Promoimpresa et al.), ECLI:EU:C:2016:558. Hierzu näher, m.w.N. ASTRID EPINEY, Doppelbürgerschaft und Familiennachzug: zum Anwendungsbereich des FZA. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_284/2016 vom 17. Januar 2017, AJP 2017, 752 ff.

- Die Bestimmung erfasst – soweit ihr Anwendungsbereich eröffnet ist – sowohl direkte bzw. formelle als auch indirekte bzw. materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit:²⁴ Erstere liegen vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung direkt auf dem Kriterium der Staatsangehörigkeit beruht. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn gewisse Arbeitsstellen inländischen Arbeitskräften vorbehalten werden bzw. für die Einstellung ausländischer Staatsangehöriger strengere Vorgaben gelten.²⁵ Allgemeiner formuliert sind Regelungen dann als direkt bzw. unmittelbar diskriminierend anzusehen, wenn sie den Zugang zum Arbeitsmarkt aufgrund der Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer beschränken.²⁶ Eine indirekte bzw. materielle Diskriminierung liegt vor, wenn zwar auf ein anderes Kriterium abgestellt wird, jedoch im Ergebnis gleichwohl eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bewirkt“ wird, weil typischerweise Angehörige eines bestimmten Mitgliedstaates bevorzugt (oder benachteiligt) werden bzw., m.a.W., wenn Vorschriften Bedingungen enthalten, die von inländischen Personen wesentlich leichter erfüllt werden können als von ausländischen Personen.²⁷ Dabei verlangt der Gerichtshof in diesem Zusammenhang keine statistischen Nachweise, sondern stellt darauf ab, dass das gewählte Kriterium die Gefahr mit sich bringt, dass in erster Linie oder in besonderem Masse EU-Ausländer benachteiligt werden. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn das Unterscheidungskriterium einen besonderen Bezug zu einem Mitgliedstaat aufweist, wie z.B. Wohnsitz²⁸ oder

²⁴ Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. 152/73 (Sotgiu), ECLI:EU:C:1974:13, Rn. 11; EuGH, Rs. C-175/88 (Biehl), ECLI:EU:C:1990:186, Rn. 13; EuGH, Rs. C-367/11 (Prete), ECLI:EU:C:2012:668, Rn. 29. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts z.B. BGE 140 II 167.

²⁵ EuGH, Rs. 147/86 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:1988:150, Rn. 19; EuGH, Rs. C-123/94 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:1995:165, Rn. 5; EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 116 ff.

²⁶ So – zumindest teilweise – etwa die Volksinitiative «Zuerst Arbeit für Inländer» und die im Wallis lancierte Initiative «Le Valais d’abord», hierzu unten III.

²⁷ Für die EuGH-Rechtsprechung in Bezug auf Arbeitnehmer z.B. EuGH, Rs. C-237/94 (O’Flynn), ECLI:EU:C:1996:206, Rn. 18; EuGH, Rs. C-57/96 (Meints), ECLI:EU:C:1997:564, Rn. 45; EuGH, Rs. C-35/97 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:1998:431, Rn. 38 f.; EuGH, Rs. C-195/98 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), ECLI:EU:C:2000:655, Rn. 39 f.

²⁸ EuGH, Rs. 249/83 (Hoeckx), ECLI:EU:C:1985:139, Rn. 25; EuGH, Rs. C-278/94 (Kommission/Belgien), ECLI:EU:C:1996:321, Rn. 29; Rs. C-35/97 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:1998:431, Rn. 37 ff.; EuGH, Rs. C-337/97 (Meeusen), ECLI:EU:C:1999:284, Rn. 21 ff.; EuGH, Rs. C-162/99 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2001:35, Rn. 21, 34.

Ausbildungsort.²⁹ Damit kann das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung bereits allein durch die Analyse der betreffenden Vorschrift oder Massnahme festgestellt werden, ohne dass empirische Nachweise notwendig sind. Irrelevant ist im Übrigen, ob die Benachteiligung jegliche ausländische Personen oder nur Staatsangehörige gewisser Länder betrifft.³⁰ Ebensowenig ist relevant, ob neben Ausländern auch gewisse andere Inländer benachteiligt sind, wie dies typischerweise bei regionalen Rechtsakten der Fall sein kann.³¹ Eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Ansässigkeit in einem bestimmten inländischen Gebiet – z.B. einem Kanton bzw. der gesamten Schweiz – zieht daher eine Diskriminierung ausländischer Personen nach sich.³² Vorstellbar ist eine indirekte Diskriminierung aber auch für den Fall, dass Vorteile an andere inländische Gegebenheiten gebunden sind, z.B. die Registrierung bei einer internen Stelle der Arbeitslosenversicherung oder -vermittlung.³³

²⁹ Beim Abstellen auf diese Kriterien geht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vom Vorliegen einer materiellen Diskriminierung aus, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2003:30; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), ECLI:EU:C:2002:432; im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-172/11 (Erny), ECLI:EU:C:2012:399, wo der Gerichtshof hervorhebt, dass eine materielle Diskriminierung voraussetze, dass sich die betreffende Massnahme „ihrem Wesen nach“ eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann, so dass die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt. Aus dem Bereich des Gesundheitswesens EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), ECLI:EU:C:2010:181: Hier ging es um eine belgische Quotenregelung für die Einschreibung für bestimmte Studiengänge im Gesundheitswesen, wonach höchstens 30 % der Eingeschriebenen aus „Nichtansässigen“ bestehen dürfen, wobei ein (potentieller) Student nur dann als ansässig gilt, wenn er seinen Hauptwohnsitz in Belgien hat und sich ständig in Belgien aufhalten darf. Ein EU-Ausländer erwirbt ein solches Ansässigkeitsrecht nach der einschlägigen Regelung in der Regel erst nach fünf Jahren ununterbrochenen Aufenthalts in Belgien. Der Gerichtshof stellte das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung fest, da das gewählte Unterscheidungskriterium der Ansässigkeit in Belgien die Gefahr mit sich bringe, dass EU-Ausländer besonders benachteiligt sind, werde ein solches Erfordernis von Inländern doch in der Regel leichter erfüllt als von EU-Ausländern. Zum Ganzen, m.w.N., ASTRID EPINEY, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl., 2016, Art. 18 AEUV, Rn. 12 ff.

³⁰ EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296, Rn. 41. Vgl. auch EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), ECLI:EU:C:1998:563, insb. Rn. 20 ff.

³¹ Aus der Rechtsprechung des EuGH z.B. EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), ECLI:EU:C:1998:563; EuGH, Rs. C-322/13 (Rüffer), ECLI:EU:C:2014:189; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2003:30.

³² Für ein Beispiel der Anknüpfung an den Wohnsitz siehe die Verfassungsänderungen der Tessiner Kantonsverfassung infolge der Annahme der Volksinitiative „prima i nostri“, hierzu unten III.B.

³³ Vgl. insoweit namentlich die bundesweite Regelung zur Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative sowie die Vorrangregelung des Kantons Genf, hierzu unten III.

- Jedoch kann eine (formelle oder materielle)³⁴ Diskriminierung gerechtfertigt werden, wobei sowohl geschriebene Rechtfertigungsgründe (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, vgl. für die Arbeitnehmerfreizügigkeit Art. 45 Abs. 3 AEUV sowie Art. 5 Anhang I FZA in Bezug auf die durch das Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Rechte)³⁵ als auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe (die sog. zwingenden Gründe des Allgemeinwohls)³⁶ anerkannt sind.³⁷ Bei letzteren handelt es sich letztlich um alle öffentlichen Interessen (wobei solche wirtschaftlicher Art nicht statthaft sind).³⁸ Der EuGH hat z.B. folgende Anliegen als zwingende Gründe des Allgemeinwohls anerkannt: die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der System sozialer Sicherheit,³⁹ die „Einheitlichkeit des nationalen Bildungssystems“,⁴⁰ die Qualität der medizinischen

³⁴ Fraglich war lange Zeit, ob auch offene bzw. unmittelbare Diskriminierungen einer Rechtfertigung zugänglich sind, wobei der EuGH dies in neuerer Zeit zu bejahen scheint, vgl. EuGH, Rs. C-524/06 (Huber), ECLI:EU:C:2008:724, Rn. 37; EuGH, Rs. C-123/08 (Wolzenburg), ECLI:EU:C:2009:616, Rn. 64 ff. Eingehender hierzu EPINEY, in: Calliess/Ruffert (Fn. 29), Art. 18 AEUV, Rn. 38 ff.

³⁵ Die Begriffe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit stellen autonome Begriffe des EU-Rechts dar und sind als solche eng auszulegen (s. grundlegend EuGH, Rs. 41/74 (van Duyn), ECLI:EU:C:1974:133, Rn. 19), wobei den Mitgliedstaaten durchaus ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommt. Für die Auslegung enthalten Art. 27 ff. RL 2004/38 (RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie), ABl. 2004 L 158, 77) gewisse Präzisierungen.

³⁶ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-19/92 (Kraus), ECLI:EU:C:1993:125, Rn. 32.

³⁷ Der EuGH geht übrigens klar davon aus, dass materielle Diskriminierungen im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können und knüpft dabei an seine Rechtsprechung zu Art. 45 AEUV an, vgl. EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705. Ebenso die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. z.B. BGE 140 II 167.

³⁸ Hierunter sind solche Gründe zu verstehen, die letztlich auf die Wirtschaftslenkung oder die Verfolgung sonstiger wirtschaftspolitischer Anliegen, wie etwa den Schutz bestimmter Unternehmen oder Berufszweige, abzielen. Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), ECLI:EU:C:1995:84; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikou), ECLI:EU:C:1997:282; EuGH, Rs. C-114/97 (Kommission/Spanien), ECLI:EU:C:1998:519, Rn. 42; EuGH, Rs. C-355/98 (Kommission/Belgien), ECLI:EU:C:2000:113, Rn. 29; EuGH, Rs. C-628/11 (International Jet Management), ECLI:EU:C:2014:171, Rn. 70; EuGH, Rs. C-385/12 (Hervis Sport), ECLI:EU:C:2014:47.

³⁹ EuGH, Rs. C-173/09 (Elchinov), ECLI:EU:C:2010:581.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2005:427.

Versorgung,⁴¹ die Einstellung möglichst geeigneter Arbeitnehmer,⁴² die Beherrschung oder Förderung bzw. Bewahrung der Nationalsprache,⁴³ aber auch die Förderung der Einstellung, die Verringerung der Arbeitslosigkeit sowie den Schutz des Arbeitsmarktes.⁴⁴ Eine Einschränkung des Zugangs zu einer Beschäftigung ist überdies auch aufgrund des besonderen Charakters der Tätigkeit möglich. Angenommen hat der Gerichtshof dies insbesondere bei der Auswahl der Spieler für die Nationalmannschaft, deren besonderer Repräsentationscharakter Grund für den Ausschluss ausländischer Spieler sein kann.⁴⁵ Zwar stellen rein fiskalische Gründe wirtschaftliche Gründe dar, die eine Diskriminierung nicht zu rechtfertigen vermögen. Nicht wirtschaftlicher Natur sind die Gründe jedoch dann, wenn es um das finanzielle Gleichgewicht eines nationalen Systems – etwa des Sozialversicherungssystems oder eines Teils desselben – als Ganzes geht.⁴⁶ Für das Aufkommen für Kosten der Arbeitslosenversicherung an sich dürfte daher keine Rechtfertigung möglich sein, wohingegen beim Schutz des nationalen Systems als Ganzes dies durchaus in Betracht zu ziehen ist.⁴⁷ Bei der Annahme eines solchen Grundes bzw. des Vorliegens einer Gefährdung des betreffenden Interesses ist allerdings eine gewisse Zurückhaltung geboten. Die Mitgliedstaaten sind bei öffentlichen Kosten bis zu einem gewissen Grad zu einer solidarischen Mitfinanzierung verpflichtet, so dass leichte finanzielle Überbelastungen nicht massgeblich sein können. Vielmehr muss eine Gefährdung von einer gewissen Schwere bestehen, die im Einzelfall auch nachgewiesen werden muss.⁴⁸

⁴¹ EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), ECLI:EU:C:2010:181.

⁴² EuGH, Rs. C-285/01 (Burbaud), ECLI:EU:C:2003:432, Rn. 66. S. auch EuGH, Rs. 33/88 (Allué), ECLI:EU:C:1989:222, Rn. 13, 15.

⁴³ S. illustrativ hierzu EuGH, Rs. C-379/87 (Groener), ECLI:EU:C:1989:197, Rn. 19 ff. (kritisch zu diesem Urteil: KREUSCHNITZ, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 45 AEUV, Rn. 68). Zu weiteren Urteilen hinsichtlich des Spracherfordernisses EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), ECLI:EU:C:1998:563, Rn. 31; EuGH, Rs. C-281/98 (An-gonese), ECLI:EU:C:2000:296, Rn. 30 ff.; EuGH, Rs. C-202/11 (Las), ECLI:EU:C:2013:239, Rn. 30 ff.; vgl. insoweit auch die Regelung des Art. 3 Abs. 1 VO 492/2011 (Fn. 17).

⁴⁴ EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16, insb. Rn. 38 ff.

⁴⁵ S. namentlich EuGH, Rs. 13/76 (Dona/Mantero), ECLI:EU:C:1976:115, Rn. 14/16; EuGH, Rs. C-415/93 (Bos-man), ECLI:EU:C:1995:463.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-173/09 (Elchinov), ECLI:EU:C:2010:581.

⁴⁷ Siehe EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16, Rn. 42. Vgl. auch EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), ECLI:EU:C:1998:167, Rn. 39 (zur Warenverkehrsfreiheit) sowie EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), ECLI:EU:C:1998:171, Rn. 41 (zur Dienstleistungsfreiheit).

⁴⁸ Vgl. insoweit die Rechtsprechung für den Gesundheitsbereich EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), ECLI:EU:C:1998:171, insb. Rn. 41 f.; zurückhaltender äussert sich der EuGH für das Vorliegen solcher Gründe im

- Selbst wenn ein Rechtfertigungsgrund bejaht werden kann, muss die Massnahme noch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen, so dass sie und damit gerade die Differenzierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit geeignet zur Erreichung des angestrebten Ziels sein und hierfür auch das mildeste Mittel – bezogen auf den Eingriff und damit die Diskriminierung – darstellen muss.⁴⁹ Die Verhältnismässigkeit i.e.S. spielt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine geringere Rolle.⁵⁰

Darüber hinaus ist umstritten (und die Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage noch nicht geäussert)⁵¹, ob dem Freizügigkeitsabkommen auch – entsprechend der Rechtslage in der EU⁵² – im Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten ein Beschränkungsverbot zu entnehmen ist mit der Folge, dass nicht nur nach der Staatsangehörigkeit differenzierende Massnahmen, sondern allgemein Beschränkungen verboten sind (unter dem Vorbehalt der Rechtfertigung). Es ist hier nicht der Ort, diese Frage umfassend zu erörtern. Festzuhalten ist aber, dass im Ergebnis die besseren Gründe für den Ansatz sprechen, dass auch das Freizügigkeitsabkommen ein Beschränkungsverbot verankert.⁵³ Zwar ergibt sich

kulturellen Bereich (im Fall von Museumseintrittspreisen) EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:2003:30, Rn. 18 ff.

⁴⁹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-118/75 (Watson und Belman), ECLI:EU:C:1976:106, Rn. 21/22; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:1989:204, Rn. 20; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), ECLI:EU:C:2002:712, Rn. 43; EuGH, Rs. C-527/06 (Renneberg), ECLI:EU:C:2008:566, Rn. 81. Zur Erforderlichkeit im Besonderen EuGH, Rs. C-231/83 (Cullet), ECLI:EU:C:1985:29, Rn. 33.

⁵⁰ Zum Ganzen, m.w.N., EPINEY, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU (Fn. 16), § 10, Rn. 15 ff.

⁵¹ Weder diejenige des EuGH noch diejenige des Bundesgerichts. In BGE 130 I 26 wurde der damals zur Debatte stehende Zulassungsstopp von Ärzten lediglich unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung geprüft. Allerdings lehnt sich der EuGH in EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011:643, sehr stark an die Prüfung der Grundfreiheiten an, was für die Geltung eines Beschränkungsverbots auch im Rahmen des Abkommens sprechen könnte. Vgl. hierzu ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012, 2012, 51 (93 f.).

⁵² Vgl. zur Rechtslage in der EU nur EPINEY/MOSTERS, Europarecht II (Fn. 10), 86 ff., 122 ff., 139 ff. (in Bezug auf die Personenverkehrsfreiheiten), m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁵³ Vgl. ausführlich, m.w.N., EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 206 ff., in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit. S. ähnlich etwa BOILLET, L'interdiction de discrimination (Fn. 2), 89 ff.; ALVARO BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010, Rn. 70 ff.; CHANTAL DELLI, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, 2009, 291 ff.; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 (9 ff.); EDGAR IMHOF, Das Freizügigkeitsabkommen

dies nicht ganz klar aus der Formulierung der einschlägigen Bestimmungen des Abkommens. Der Wortlaut des Abkommens kann aber schon deshalb kein entscheidendes Argument sein, weil auch derjenige der entsprechenden Bestimmungen des AEUV weder ausdrücklich ein Beschränkungsverbot verankert noch auf der Rechtfertigungsebene die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses erwähnt. Vielmehr ergeben sich diese Grundsätze aus einer gefestigten Rechtsprechung, deren Linien übrigens bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens hinreichend klar waren. Dann aber dürfte das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage sowie die sich daraus ergebende Pflicht, bei der Auslegung derjenigen Bestimmungen, die an Unionsrecht anknüpfen, diese in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH auszulegen, für die „Übernahme“ der genannten Elemente der Rechtsprechung des EuGH auch im Rahmen der Auslegung des Abkommens sprechen. Der Wortlaut des Abkommens steht einer solchen Auslegung nicht entgegen bzw. kann für die hier vertretene Auslegung fruchtbar gemacht werden: So nimmt Art. 2 Abs. 1 FZA allgemein auf das Recht, auf dem Territorium einer anderen Vertragspartei eine Erwerbstätigkeit auszuüben, Bezug, so dass in dieser Bestimmung die Verankerung des Beschränkungsverbots gesehen werden könnte, während Art. 9, 15 Abs. 2 FZA (die auf den Grundsatz der Gleichbehandlung abstellen) letztlich beispielhaft jedenfalls von dem Recht auf Erwerbstätigkeit erfasste Aspekte verankern. Konsequenterweise impliziert die Erfassung von Beschränkungen (und übrigens auch schon von materiellen Diskriminierungen) aber dann auch, dass eine Rechtfertigung aus Gründen, die über die ausdrücklich in Art. 5 Anhang I FZA genannten hinausgehen, möglich sein muss.

III. Zu derzeit bestehenden Regelungen bzw. Vorstössen

Massnahmen oder Bestrebungen, welche in der einen oder anderen Form einen «Inländervorrang» anstreben, sind sowohl auf Bundes- als auch auf Kantonsebene zu verzeichnen. Nachfolgend sollen einige dieser (bereits geltenden) Regelungen oder (sich noch in Planung befindlichen) Vorstösse kurz skizziert werden, wobei zwischen der Bundesebene (A.) und der Kantonsebene (B.) unterschieden wird, bevor in einer Synthese (C.) eine Systematisierung erfolgt.

A. Auf Bundesebene: die Umsetzung des Art. 121a BV und die Volksinitiative «Zuerst Arbeit für Inländer»

EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode: Ist das Beschränkungsverbot in seinem Rahmen anwendbar?, ZESAR 2008, 425 ff.

Auf Bundesebene ist zunächst auf die viel diskutierte⁵⁴ und umstrittene⁵⁵ Umsetzung des Art. 121a BV (der auf die sog. Masseneinwanderungsinitiative zurückgeht)⁵⁶ hinzuweisen. Diese mündete Ende 2016 in eine Änderung des schweizerischen Ausländergesetzes, deren Anliegen hauptsächlich darin besteht, registrierte stellensuchende Personen im Fall einer überdurchschnittlichen Arbeitslosigkeit in ihrer Berufsgruppe, dem Tätigkeitsbereich oder der Wirtschaftsregion zusätzlich zu unterstützen. Die Unterstützung soll dabei in zeitlich befristeten Massnahmen bestehen.⁵⁷ Konkret sind bei Vorliegen einer überdurchschnittlichen Arbeitslosquote – namentlich bei einer Überschreitung des voraussichtlichen Schwellenwerts von 5 %⁵⁸ – betroffene Arbeitgeber verpflichtet, offene Stellen der öffentlichen Arbeitsvermittlung zu melden. Eingegangene Meldungen sind dabei nur für Mitarbeitende und gemeldete

⁵⁴ Siehe unter anderem ASTRID EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Jusletter vom 2.6.2014; PETER UEBERSAX, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter vom 14.4.2014; VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, La «préférence indigène light» et sa compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, 2017, 61 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?, ZBl 2016, 588 ff.; CHRISTA TOBLER, Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU, Jusletter vom 16. Februar 2015; HAHN, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016 (Fn. 5), 457 ff. S. insoweit auch zur Umsetzungsproblematik von Volksinitiativen im Allgemeinen BERNHARD WALDMANN, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, LeGes 2015, 521 ff.

⁵⁵ Vgl. insbesondere die heftigen Diskussionen im Rahmen der parlamentarischen Debatten, hierzu die Wortprotokolle einsehbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=38167>> (zuletzt besucht am 31.10.2017). Siehe auch – aus rechtlicher Sicht – die Hinweise in Fn. 54.

⁵⁶ Zur Chronologie der Umsetzung SIMON GEMPERLI, Europapolitik im Zeitraffer, NZZ vom 6.4.2017 (online einsehbar unter: <<https://www.nzz.ch/schweiz/umsetzung-der-masseneinwanderungsinitiative-europapolitik-im-zeitraffer-ld.131381>>) sowie die Angaben auf der Webseite des SEM zur «Umsetzung des Verfassungsartikels zur Zuwanderung» (abrufbar unter: <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/themen/fza_schweiz-eu-efta/umsetzung_vb_zuwanderung.html>, beide Webseiten zuletzt besucht am 31.10.2017). Eingehender dazu auch EVA MARIA BELSER/FABRIZIO E. CRAMERI, Das schweizerische Ringen um die Steuerung der Zuwanderung – Von der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative und anderen Gratwanderungen, in: Rudolf Hrbek/Martin Große Hüttmann (Hrsg.), Hoffnung Europa – Die EU als Raum und Ziel von Migration, Baden-Baden 2017, 113 ff., 124 ff.; BOILLET/MAIANI, Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017 (Fn. 54), 61 ff.

⁵⁷ Art. 21a Abs. 2 AuG (noch nicht in Kraft). Zum Schlussabstimmungstext BBl 2016, 8917.

⁵⁸ Art. 53a Abs. 1 E-AVV (einsehbar unter: <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2017/2017-06-280.html>>), derzeitiger Stand: Ablauf der Vernehmlassung am 6.9.2017 (s. insoweit <<https://www.sem.ad>

Stellensuchende ersichtlich.⁵⁹ In der Folge stellt die öffentliche Arbeitsvermittlung dem Arbeitgeber Dossiers mit passenden Kandidaturen zu,⁶⁰ wobei der Arbeitgeber geeignete Kandidaten einzuladen und die Resultate – insbesondere bei einer nicht erfolgten Einstellung der vorgeschlagenen Kandidaten⁶¹ – der Arbeitsvermittlung zu melden hat.⁶² Eine überdurchschnittliche Arbeitslosenquote kann überdies auch zur Einführung einer Stellenmeldepflicht und dem Ergreifen anderweitiger Massnahmen führen.⁶³ Die gesetzlichen Änderungen bringen mit sich, dass registrierte Stellensuchende insofern eine vorrangige Behandlung geniessen, als sie über offene Stellen vorgängig informiert werden und für eine bestimmte Zeit – voraussichtlich mindestens fünf Tage⁶⁴ – exklusiven Zugang zu diesen Informationen haben.

Diese Umsetzung des Art. 121a BV wurde teilweise als nicht genügend angesehen, worauf wohl die am 18. Mai 2017 eingereichte Volksinitiative «Zuerst Arbeit für Inländer» zurückgeht.⁶⁵ Gemäss dem Wortlaut dieser Initiative sollen bei der Überschreitung einer Arbeitslosenquote von 3.2% nur noch Personen eingestellt werden dürfen, welche die im neu vorgesehenen Art. 121b Abs. 2 BV genannten Kriterien erfüllen, wobei es sich dabei um in der Schweiz wohnhafte Personen handelt, die eines der weiteren in der Bestimmung genannten Kriterien (insbesondere schweizerische Staatsangehörigkeit, (teilweise) in der Schweiz absolvierte Ausbildung, Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung oder ein Nettoeinkommen von einer gewissen Höhe) erfüllen.⁶⁶ Im Unterschied zu den ausführenden Gesetzesbestimmungen zu Art. 121a BV soll bereits ein Schwellenwert von 3.2 % massgeblich sein. Inhaltlich bezieht sich die Initiative überdies nicht auf die Vermittlung inländischer Arbeitskräfte, sondern sie betrifft die eigentliche Einstellung von Personen. Zudem wird vorgeschrieben, dass die Weiterbildung und Umschulung

[min.ch/sem/de/home/themen/fza_schweiz-eu-efta/umsetzung_vb_zuwanderung.html](http://www.snb.ch/de/home/themen/fza_schweiz-eu-efta/umsetzung_vb_zuwanderung.html)>, beide Webseiten zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁵⁹ Art. 21a Abs. 3 AuG (Fn. 57). Für den Zugang zu den Informationen s. auch Art. 53b Abs. 6 E-AVV und zu den Ausnahmen von den Meldepflichten Art. 53d E-AVV (Fn. 58).

⁶⁰ Gemäss Art. 53c Abs. 1 E-AVV (Fn. 58) muss die Zusendung innerhalb von drei Arbeitstagen seit Eingang der Meldung über die offene Stelle erfolgen.

⁶¹ Vgl. Art. 21a Abs. 5 AuG *e contrario* (Fn. 57). Weiterführend zu den Fällen, in denen eine Meldepflicht besteht Art. 53c Abs. 2 E-AVV (Fn. 58).

⁶² Art. 21a Abs. 4 AuG (Fn. 57).

⁶³ Art. 21a Abs. 7 und 8 AuG (Fn. 57).

⁶⁴ Art. 53b Abs. 5 und 6 E-AVV (Fn. 58).

⁶⁵ Zur Einreichung der Initiative und zum Initiativtext BBl 2017 3933. Zu den Gründen für die Lancierung der Initiative siehe die Webseite des Initiativkomitees <<http://www.zafi.ch>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁶⁶ Art. 121b Abs. 1 und 2 E-BV.

inländischer Arbeitskräfte prioritär zu fördern ist und in gewissen Fällen auch Kontingente festgelegt werden können.⁶⁷ In den Übergangsbestimmungen wird zudem festgelegt, dass Massnahmen sofort nach Annahme der Volksinitiative ergriffen werden müssten und das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU gegebenenfalls gekündigt werden müsste.⁶⁸ Im Ergebnis enthält der Initiativtext im Vergleich zur Regelung zur Umsetzung des Art. 121a BV für ausländische Arbeitskräfte deutlich einschneidendere Massnahmen zur Beschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Ob die Initiative tatsächlich zustande kommt, wird sich nach Ablauf der 18-monatigen Frist zur Unterschriftensammlung zeigen.⁶⁹

B. Auf Ebene der Kantone

Die rechtlichen Änderungen und Vorstösse auf kantonaler Ebene sind grösstenteils ebenfalls vor dem Hintergrund des Inkrafttretens des Art. 121a BV bzw. der dieser vorangegangenen Diskussionen zu sehen.⁷⁰ Anlass hierfür war – wie auch schon für die erwähnte Volksinitiative «*Zuerst Arbeit für Inländer*» – mitunter auch die Umsetzung des Art. 121a BV, die teilweise als unbefriedigend angesehen wurde und deshalb (zumindest) die Prüfung kantonaler Lösungen auslöste.⁷¹ Diese Bestrebungen bzw. Regelungen in den Kantonen können überblicksartig wie folgt skizziert werden:⁷²

- Im Tessin wurde am 1. Juli 2014 die Volksinitiative „prima i nostri“ eingereicht, und ihre Annahme im September 2016 führte zu einer Reihe von Verfassungsänderungen.⁷³ In der Kantons-

⁶⁷ Art. 121b Abs. 3 und 4 E-BV.

⁶⁸ Art. 197 Ziff. 12 Abs. 1 und 2 E-BV.

⁶⁹ Zur Fristvorgabe Art. 139 Abs. 1 BV.

⁷⁰ Ausnahme dürfte der Kanton Genf sein, wo die Einführung des Inländervorrangs auf das Jahr 2012 zurückzuführen ist. Hierzu sogleich im Text.

⁷¹ JAN HUDEC, SVP will Inländervorrang im Kanton, NZZ vom 10.1.2017, online einsehbar unter: <<https://www.nzz.ch/zuerich/zuwanderungsinitiative-svp-will-inlaendervorrang-im-kanton-ld.139092>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁷² Für eine Übersicht siehe auch SIMON GEMPERLI, Inländervorrang «ultralight» im Tessin, NZZ vom 16.8.2017, online einsehbar unter: <<https://www.nzz.ch/schweiz/prima-i-nostri-inlaendervorrang-ultralight-im-tessin-ld.1311143>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁷³ Zu Initiativtext und Einreichung der Initiative Foglio ufficiale 53/2014, 5536. Zu Gültigkeit der Initiative GIOVANNI BIAGGINI, Zur Frage der Gültigkeit der Volksinitiative «Prima i nostri!», Rechtsgutachten im Auftrag des Kantons Tessin (abrufbar unter: <http://www4.ti.ch/fileadmin/CAN/IP_Prima_nostri_Parere_Prof_Biaggini_20150415.pdf>, zuletzt besucht am 31.10.2017). Zur deutschen Fassung sowie den einzelnen Änderungen der Initiative Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf, BBl 2017 5849, 5852 ff.

- verfassung ist nunmehr insbesondere vorgesehen, dass im Kanton wohnhafte Personen mit gleichen Qualifikationen wie Ausländer gegenüber letzteren vorzuziehen sind und erstere nicht wegen billigeren Arbeitskräften aus dem Ausland entlassen werden dürfen.⁷⁴ Der Bundesrat qualifizierte die neu eingeführten Verfassungsbestimmungen als Zielnormen, die grundsätzlich – trotz des sehr beschränkten Spielraums – bundesrechtskonform umgesetzt werden könnten.⁷⁵ Der definitive parlamentarische Beschluss zur Gewährleistung der Kantonsverfassung steht noch aus.
- Der Kanton *Genf* kennt bereits seit dem Jahr 2012 eine Regelung hinsichtlich der Beschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt für ausländische Personen. Massgeblich sind dabei verschiedene kantonale Richtlinien (genauer gesagt die *directives de recrutement*⁷⁶), die für die Anstellung von Personen durch öffentliche und staatlich subventionierte Arbeitgeber ein spezifisches Einstellungsverfahren vorsehen. Der Ablauf des Verfahrens – teilweise vergleichbar mit demjenigen der bundesweiten Regelungen zur Umsetzung des Art. 121a BV⁷⁷ – gestaltet sich dabei wie folgt: Vor der Ausschreibung einer offenen Stelle müssen die Arbeitgeber diese dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) mitteilen, wobei diese Mitteilung mindestens 10 Tage vor anderweitiger Veröffentlichung erfolgen muss. Das RAV kann für die Besetzung der Stelle bis zu fünf Kandidaten vorschlagen, die im Rahmen des Einstellungsverfahrens mitzubersichtigen sind.⁷⁸ Vorgeschrieben wird dem Arbeitgeber, dass bei gleicher Qualifikation die Kandidaten des RAV bei der Anstellung vorzuziehen sind. Auch Frauen haben für Kaderstellen ein solches «Vorrangsrecht». Nach Beurteilung der vorgeschlagenen Kandidaten muss der Arbeitgeber dem RAV eine

⁷⁴ Siehe namentlich Art. 14 Abs. 1 lit. b und j KV-TI. Siehe insoweit auch Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf, BBl 2017 5849, 5852 ff. Verwirrend scheint, dass bei der Tessiner Regelung der Vorrang der im Kanton wohnhaften Personen in lit. b als Vorrang der Schweizer bezeichnet wird. Es kann daher fraglich sein, ob der Wohnsitz und/oder die Staatsangehörigkeit massgeblich sein sollen. Vgl. insoweit die Präsentation von CHRISTA TOBLER, „Wie viel Inländervorrang erträgt die Personenfreizügigkeit? Schweizerische Varianten im Fokus“, 6, einsehbar unter: <https://ius.unibas.ch/uploads/publics/43934/0_Inla__ndervorrang_V04.pptx.pdf> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁷⁵ Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf BBl 2017 5849, 5854 ff.

⁷⁶ Abrufbar unter: <<https://www.ge.ch/recruter-candidat-inscrit-au-chomage/directives-recrutement>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁷⁷ Hierzu III.A.

⁷⁸ Gemäss den kantonalen Richtlinien kann die Liste des RAV zwar – insbesondere aufgrund unpassender Profile der vorgeschlagenen Kandidaten – in Abstimmung mit dem RAV angepasst werden, allerdings müssen die Kandidaten der definitiven Auswahl dann auch zu einem persönlichen Gespräch eingeladen werden (vgl. den Wortlaut „Les candidats assignés par l’OCE sont obligatoirement reçus par le recruteur“).

schriftliche Begründung seiner Einschätzung zukommen lassen, dies insbesondere bei allfälliger Ablehnung der Kandidaten.⁷⁹ Derzeit gibt es Bestrebungen, diese derzeit nur für den öffentlichen Sektor geltenden Vorgaben auf den privaten Sektor auszuweiten. Zu diesem Zweck hat die kantonale SVP am 11. Oktober 2016 eine Initiative eingereicht, welche den Inländervorrang in der Genfer Kantonsverfassung verankern will.⁸⁰ Gleichentags reichte auch das *Mouvement citoyens genevois* (MCG) eine entsprechende Initiative ein.⁸¹ Grundsätzlich verfolgen die beiden Initiativen dieselben Ziele, weisen aber Unterschiede in der konkreten Formulierung auf. Beide Initiativen sind derzeit beim kantonalen Parlament hängig.⁸²

- In weiteren Kantonen sind derzeit diverse Vorstösse bzw. gesetzgeberische Pläne im Hinblick auf die Einführung eines Inländervorrangs zu verzeichnen. Im Kanton *Zürich* beruht ein in diese Richtung gehendes Vorhaben auf einer von SVP-Kantonsrat *Gregor Rutz* eingereichten Einzelinitiative, die – ähnlich wie das Genfer Modell – Stellenmeldepflichten von öffentlichen sowie öffentlich subventionierten Einrichtungen gegenüber den Arbeitsvermittlungszentren sowie einen

⁷⁹ Zum Einstellungsverfahren s. insbesondere die beiden Richtlinien (namentlich die *Procédure de recrutement au sein de l'Etat de Genève – Collaboration avec l'Office cantonal de l'emploi* sowie die *Procédure de recrutement au sein des institutions de droit public et des entités subventionnées – collaboration avec l'Office cantonal de l'emploi*) und die dazugehörigen Anhänge (Webseite in Fn. 76).

⁸⁰ Projet de loi constitutionnelle modifiant la constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE) (A 2 00) (Genève d'abord !), PL 11981 (abrufbar unter: <<http://ge.ch/grandconseil/search?search=11981>>, zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁸¹ Projet de loi constitutionnelle modifiant la constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE) (A 2 00) (Pour une politique de préférence nationale selon le principe «les nôtres avant les autres»), PL 11982 (abrufbar unter: <<http://ge.ch/grandconseil/search?search=11982>>). Vgl. insoweit auch die bereits im Jahr 2013 lancierte Initiative des MCG «Luttons efficacement contre le chômage. Priorité aux demandeurs d'emplois résidents», die aufgrund der ungenügenden Anzahl an Unterschriften im Januar 2014 zurückgezogen werden musste. Weiterführend hierzu die Übersicht unter <http://www.ge.ch/legislation/initiatives/f/in_table.html> (beide Webseiten zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁸² Siehe insoweit Art. 56 ff. BV-GE. Für eine Übersicht über das Verfahren kantonomer Initiativen im Kanton Genf <<https://www.ge.ch/legislation/initiatives/f/procedure.html>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

Vorrang inländischer Arbeitskräfte im Fall gleicher Qualifikationen bei der Anstellung beinhaltet.⁸³ Die Initiative wurde am 22. Mai 2017 mit den 60 nötigen Stimmen vom Grossen Rat unterstützt, so dass der Regierungsrat nun einen Antrag auszuarbeiten hat.⁸⁴ Im *Wallis* hat die kantonale SVP im Februar 2017 eine Initiative mit dem Titel „Le Valais d’abord“ lanciert, um den Vorrang inländischer Arbeitskräfte – genauer genommen Schweizer Staatsangehöriger sowie ausländischer Staatsangehöriger mit Arbeitsbewilligung – vor ausländischen Arbeitssuchenden zu gewährleisten, wobei dies insbesondere im Fall gleicher Qualifikationen gelten soll und hierfür ebenfalls ein spezifisches Einstellungsverfahren vorgesehen ist.⁸⁵ Im Frühjahr 2017 wurden überdies in verschiedenen Schweizer Kantonen, insbesondere *Basel-Stadt*, *Aargau* und *Zürich* Unterschriften für Petitionen gesammelt, die die Übernahme des Genfer Modells zum Ziel haben.⁸⁶ Auch in weiteren Kantonen, namentlich *Jura*, *Obwalden* und *Aargau*, ist eine grundsätzliche Befürwortung der Einführung eines Inländervorrangs zu beobachten.⁸⁷

- In anderen Kantonen wiederum sind rechtliche Vorhaben zur Einführung eines Inländervorrangs ins Stocken geraten oder bereits gescheitert. Im Kanton *St. Gallen* ist die SVP-Fraktion mit einer Motion zur „Umsetzung des Verfassungsartikels 121a zur Steuerung der Zuwanderung“, die eine Kontingentierung und Festlegung von Höchstzahlen für den Aufenthalt ausländischer Personen

⁸³ Einzelinitiative 24/2017 Massnahmen zur Steuerung der Zuwanderung, einsehbar unter <<http://www.kantonsrat.zh.ch/Geschaeft/Geschaeft.aspx?GeschaeftID=190cd55f-1fb6-4b54-bf21-f412dedcc0a7>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁸⁴ Siehe zu verfahrensrechtlichen Aspekten Art. 31 BV-ZH. Zum Resultat der Abstimmung s. den Hinweis in Fn. 83.

⁸⁵ Initiativtext abrufbar unter: <<http://www.udc-valais.ch/wp-content/uploads/2017/02/IP-Valais-dabord.pdf>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁸⁶ Für weiterführende Informationen <<http://avenir50plus.ch/petition-fuer-inlaender-zuerst/>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁸⁷ Siehe den Grundsatzentscheid der kantonalen SVP des Jura vom 21. Oktober 2016, hierzu: <<http://udc-ju.ch/fr/index.php/actualites/actualites-udc-jura/80-communique-assemblee-du-21-octobre-2016>>. Zu den weiteren Kantonen «Die SVP will Inländervorrang kantonal umsetzen», tagesanzeiger vom 28.9.2016, online abrufbar unter: <<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Die-SVP-will-Inlaendervorrang-kantonal-umsetzen/story/11829024>>. Ein anderer Ansatz wird dagegen im Kanton Waadt verfolgt, wo die Einstellung inländischer Arbeitskräfte über die Steuern favorisiert werden soll. Vgl. hierzu die Berichterstattung bei CAROLINE ZUERCHER, «L’UDC valaisanne veut une préférence indigène», einsehbar unter : <<https://www.tdg.ch/suisse/udc-valaisanne-veut-preference-indigene/story/10010215>> (sämtliche Webseiten zuletzt besucht am 31.10.2017).

forderte, im Kantonsrat im April 2017 gescheitert.⁸⁸ Auf die anschliessend eingereichte Motion zur Schaffung eines Inländervorrangs für kantonale Stellen ist der Kantonsrat auf Antrag des Regierungsrats nicht eingetreten.⁸⁹ Nicht durchzusetzen vermochte sich die SVP auch im Kanton *Neuenburg*, wo eine entsprechende Initiative aufgrund der ungenügenden Anzahl an Unterschriften noch während laufender Frist zurückgezogen werden musste.⁹⁰

- Keine Absichten für die Einführung eines Inländervorrangs sind schliesslich in den Kantonen *Zug*, *Schwyz*, *Schaffhausen*, *Thurgau* und *Appenzell Innerrhoden* zu verzeichnen.⁹¹

C. Synthese: zu den grundsätzlichen «Modellen» des Inländervorrangs

Die Skizzierung der verschiedenen Regelungen bzw. Bestrebungen zum Inländervorrang auf Bundes- und Kantonsebene lässt erkennen, dass derzeit im Wesentlichen zwei grundsätzliche Regelungstypen unterschieden werden können, die freilich auch miteinander kombinierbar sind:⁹²

- Die erste Kategorie bezieht sich auf die eigentliche Einstellung: Bestimmte Personengruppen (wobei die genauen Kriterien hier differieren)⁹³ sind zumindest bei gleicher Qualifikation vorran-

⁸⁸ Weiterführend zur Motion 42.16.13 zur Umsetzung des Verfassungsartikels 121a zur Steuerung der Zuwanderung <https://www.ratsinfo.sg.ch/content/ris/home/geschaefte/geschaefte_suche.geschaeftdetail.html?geschaefid=298B3C21-4741-40CC-BEDC-AF22805E4548&ziel=1> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁸⁹ Weiterführend zur Motion 42.17.05 zum Inländervorrang für kantonale Stellen <https://www.ratsinfo.sg.ch/content/ris/home/geschaefte/geschaefte_nach_art.geschaeftdetail.html?geschaefid=F14828A7-76FC-4E7E-AC0F-D1008ADB4DC&ziel=1> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁹⁰ Siehe insoweit «L’initiative ‘Les nôtres avant les autres’ retirée», Tribune de Genève vom 26.07.2017, online einsehbar unter: <<https://www.tdg.ch/suisse/suisse-romandeinitiative-retiree/story/17662134>>. Weiterführend zur Initiative <<http://www.udc-ne.ch/initiative-cantonale-pour-la-preference-indigene.html>> (beide Webseiten zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁹¹ Siehe insoweit DÉSIÉE POMPER/BETTINA ZANNI, Inländervorrang bald in weiteren Kantonen?, 20minuten vom 28.9.2016, online einsehbar unter: <<http://www.20min.ch/schweiz/news/story/Inlaendervorrang-bald-in-weiteren-Kantonen--20679524>> (zuletzt besucht am 31.10.2017).

⁹² Zur Kombination der beiden Regelungsarten siehe die Vorrangregelung im Kanton Genf sowie die Initiativen in den Kantonen Zürich und Wallis (III.B.).

⁹³ S. noch sogleich im Text.

gig zu berücksichtigen. Ggf. wird damit den aus dem Ausland kommenden, nicht erfassten Personen trotz entsprechender (gleichwertiger) Qualifikation der Zugang zu einer Beschäftigung verunmöglicht.⁹⁴

- Die zweite Kategorie von Vorgaben bezieht sich nicht auf die Einstellung als solche, sondern die vorausgehende Phase der Vermittlung. Dabei handelt es sich um verfahrensrechtliche Regelungen, die bewirken, dass gewissen (inländischen) Personen insofern ein Informationsvorsprung verschafft wird, als sie – im Vergleich zu anderen (ausländischen) Personen – vorgängig über eine offene Stelle informiert werden.⁹⁵

Bei der Frage, welche Personen nun genau bevorzugt werden und damit welches Unterscheidungskriterium verwendet wird, sind ebenfalls unterschiedliche Modelle zu verzeichnen. Zurückgegriffen wird – ggf. auch in Kombination – im Wesentlichen auf folgende Kriterien: Registrierung beim RAV, Wohnsitz oder Schweizer Staatsangehörigkeit.⁹⁶

IV. Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle des «Inländervorrangs» mit dem FZA

Es kann vorliegend nicht darum gehen, jede einzelne der zuvor⁹⁷ skizzierten Regelungen oder Bestrebungen am Massstab des Freizügigkeitsabkommens zu prüfen. Vielmehr soll – ausgehend von den grundsätzlich festzustellenden «Modellen»⁹⁸ – danach gefragt werden, ob einerseits eine vorrangige Berücksichtigung bei der Einstellung, andererseits ein «Informationsvorsprung» für gewisse Personen mit dem Abkommen in Einklang stehen kann bzw. in eine derartige Richtung gehende Regelungen so ausgestaltet werden können, dass sie den Vorgaben des Abkommens Rechnung tragen.

A. Grundsätze

⁹⁴ Vgl. insoweit die Regelungen der Kantone Tessin und Genf sowie die Initiativen in den Kantonen Zürich und Wallis (III.B.).

⁹⁵ S. hierzu insbesondere die bundesweite Regelung zur Umsetzung des Art. 121a BV (III.A.) sowie die Regelungen und Initiativen der Kantone Genf, Zürich und Wallis (III.B.).

⁹⁶ Für den ersten Fall vgl. die Regelung zur Umsetzung des Art. 121a BV (III.A.) sowie die Regelung des Kantons Genf (III.B.); für den zweiten Fall siehe die Verfassungsbestimmungen des Kantons Tessins (III.B.) und für den dritten Fall die Volksinitiative «Zuerst Arbeit für Inländer» (III.A.) sowie die Initiative im Kanton Wallis (III.B.).

⁹⁷ III.A., B.

⁹⁸ Oben III.C.

Ausgangspunkt der Erwägungen ist dabei, dass alle bestehenden oder in Erwägung gezogenen Unterscheidungskriterien zumindest eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen: Denn das Abstellen auf die Registrierung bei einem RAV oder den Wohnsitz in der Schweiz impliziert die Gefahr, dass in erster Linie Schweizer diese Voraussetzung erfüllen und damit Unionsbürger benachteiligt werden, da davon auszugehen ist, dass insbesondere Schweizer ein derartiges Erfordernis erfüllen.⁹⁹ Regelungen, die auf den Wohnsitz, den Ausbildungsort oder sonstige Kriterien mit einem direkten Bezug zu dem betreffenden Mitgliedstaat abstellen, werden denn auch vom Gerichtshof regelmässig als materielle Diskriminierungen angesehen,¹⁰⁰ wobei keine statistischen Nachweise verlangt werden.

Damit ist in Bezug auf die hier zur Debatte stehenden (geplanten) Regelungen entscheidend, ob sie gerechtfertigt werden könnten.

Eine solche Rechtfertigungsmöglichkeit ist von vornherein für diejenigen Regelungen, welche formell auf die Staatsangehörigkeit abstellen, zu verneinen: Denn die Rechtsprechung des Gerichtshofs geht davon aus, dass formelle Diskriminierungen nur durch die geschriebenen Rechtfertigungsgründe (also die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, vgl. Art. 45 Abs. 3 AEUV sowie Art. 10 Anhang I FZA) gerechtfertigt werden können;¹⁰¹ angesichts der engen Auslegung dieser Rechtfertigungsgründe¹⁰² ist jedoch nicht ersichtlich, dass einer dieser Gründe für Regelungen des Inländervorrangs, wie sie derzeit in der Schweiz praktiziert oder angestrebt werden, einschlägig sein könnte.

Soweit hingegen auf andere Kriterien als die Staatsangehörigkeit selbst (konkret den Wohnsitz oder die Registrierung beim RAV) zurückgegriffen wird, ist eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls *a priori* denkbar, was nachfolgend näher zu analysieren ist.

B. Insbesondere: zur Rechtfertigung materieller Diskriminierungen

Stellt ein Inländervorrang auf den Wohnsitz oder die Registrierung beim RAV ab, handelt es sich – wie erwähnt – um eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die grundsätzlich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann. In Betracht kommen

⁹⁹ Eingehend und mit ausführlicher Begründung sowie Bezugnahme auf die Voraussetzungen der Registrierung bei den RAV BOILLET/MAIANI, Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017 (Fn. 54), 61 (68 ff.).

¹⁰⁰ S.o. II.B.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-474/12 (Schiebel), ECLI:EU:C:2014:2096; s. auch schon EuGH, Rs. C-10/90 (Masgio), ECLI:EU:C:1991:107, Rn. 24; EuGH, Rs. C-311/97 (Royal Bank of Scotland), ECLI:EU:C:1999:216.

¹⁰² EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), ECLI:EU:C:1999:6.

hier im Wesentlichen zwei Rechtfertigungsgründe: die Förderung der Einstellung und damit die Verringerung der (inländischen) Arbeitslosigkeit (1.), die Vermittelbarkeit von Stellenbewerbern bzw. Arbeitssuchenden (2.) und schliesslich das finanzielle Gleichgewicht der Systeme sozialer Sicherheit (3.).

1. Förderung der Einstellung

Der Gerichtshof hat die Vermittlung von Arbeitnehmern und damit die Förderung der Einstellung als legitime Ziele der Sozialpolitik und damit als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls anerkannt.¹⁰³ Der Gerichtshof nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf die nationale Arbeitsmarktpolitik, welche die Vermittlung von Arbeitnehmern verbessern und damit die Arbeitslosigkeit verringern soll; zudem weist er darauf hin, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, ihre beschäftigungspolitischen Ziele zu verfolgen und ihnen hierbei ein weiter Gestaltungsspielraum einzuräumen sei.¹⁰⁴ Diese Anliegen – die letztlich die Bekämpfung der (inländischen) Arbeitslosigkeit zum Ziel haben – könnten daher *a priori* einen Rechtfertigungsgrund für die skizzierten Modelle des Inländervorrangs darstellen. Denn man wird die Rechtsprechung des Gerichtshofs so auslegen dürfen, dass er die Förderung der Einstellung und die Verringerung der Arbeitslosigkeit nicht als wirtschaftlichen Grund, sondern als legitimes Ziel der Sozialpolitik (bei deren Definition den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum eingeräumt wird) ansieht. Da es bei der Förderung der Einstellung letztlich nur um die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Inland gehen kann, hätte dieses Anliegen auf den ersten Blick auch als protektionistisch und damit als wirtschaftlicher Grund qualifiziert werden können. Ein solcher Schluss berücksichtigt jedoch nicht, dass die Staaten von vornherein nur im Rahmen ihrer Kompetenzen sozialpolitische Ziele verfolgen dürfen, und soweit es um die Arbeitsmarktpolitik geht, kann sich die nationale Beschäftigungspolitik eben nur auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats beziehen.

Zu beachten ist allerdings, dass auch den Erfordernissen der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werden muss, so dass die Massnahme insbesondere zur Verfolgung des angestrebten Ziels geeignet und das mildeste Mittel darstellen, also erforderlich sein muss. Im Rahmen der Geeignetheit prüft der Gerichtshof einerseits, ob dargetan ist, dass vernünftigerweise die Annahme begründet ist, dass die gewählten Mittel auch tatsächlich zur Verwirklichung des Ziels geeignet sind oder sein können (was übrigens auch impliziert, dass eine Gefährdung des jeweiligen Schutzguts dargelegt werden muss; reine Behauptungen vermögen nicht zu genügen); andererseits wird im Rahmen der Geeignetheit regelmässig auch nach der Kohärenz einer Massnahme gefragt,¹⁰⁵ die somit insbesondere im Hinblick auf die Verfolgung des angestrebten Ziels geeignete bzw. plausible Unterscheidungen treffen muss.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16, insb. Rn. 38 ff.

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16, insb. Rn. 38 f.

¹⁰⁵ S. z.B. EuGH, Rs. C-61/12 (Kommission/Litauen), ECLI:EU:C:2014:172.

Im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass eine Massnahme, welche zur „Negierung“ der Freizügigkeit (die es den Unionsbürgern garantieren solle, eine Tätigkeit als Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ausüben zu können) führe, keinesfalls als erforderlich angesehen werden könne.¹⁰⁶ Eine solche Negierung dürfte auch dann vorliegen, wenn das Ziel selbst der betreffenden mitgliedstaatlichen Massnahme mit dem Grundgedanken der Arbeitnehmerfreizügigkeit – ein diskriminierungsfreier Zugang zum Arbeitsmarkt der anderen Mitgliedstaaten – nicht in Einklang steht, indem die betreffende Massnahme zielgerichtet bestimmte Personen lediglich aufgrund der Staatsangehörigkeit benachteiligt, ohne dass andere Gründe für die fragliche Massnahme ersichtlich sind. M.a.W. und bezugnehmend auf das vom Gerichtshof als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls anerkannte Anliegen der Förderung der Einstellung bzw. die Vermittlung von Arbeitskräften und damit die Verringerung der (inländischen) Arbeitslosigkeit darf die Massnahme dieses Ziel nicht gerade und nur dadurch verwirklichen wollen, dass Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten benachteiligt werden; vielmehr muss für die (materielle) Diskriminierung und damit die betreffende Unterscheidung ein weiterer, über die eigentliche Benachteiligung der EU-Ausländer hinausgehender sachlicher Grund auszumachen sein. Jeder andere Ansatz stellte den Grundgedanken selbst der Freizügigkeit, der ja gerade dahin geht, einen diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewährleisten, in Frage, da der Rechtfertigungsgrund (Verringerung der inländischen Arbeitslosigkeit) *per se* eine Diskriminierung erlaubte bzw. gar verlangte, ohne dass darüber hinaus ein weiteres Anliegen bzw. ein sachlicher Grund für die Differenzierung bestünde. Das Anliegen der Verringerung der Arbeitslosigkeit vermag somit keinesfalls als solche eine zielgerichtete Benachteiligung von EU-Ausländern zu begründen.¹⁰⁷

Analysiert man vor diesem Hintergrund die verschiedenen, hier zur Debatte stehenden Regelungen bzw. Vorhaben, so ist zunächst festzuhalten, dass auf die Einstellung selbst bezogene Massnahmen – also

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16, Rn. 44.

¹⁰⁷ S. insoweit auch die Formulierung des EuGH in EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16, Rn. 44: «Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Organisation des Arbeitsmarkts (...) unter bestimmten Umständen und bei Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtfertigen kann, geht eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige jedenfalls über das zur Erreichung der verfolgten Ziele Erforderliche hinaus. Solche Ziele können es nicht rechtfertigen, dass den in andere Mitgliedstaaten vermittelten Arbeitsuchenden systematisch Vermittlungsgutscheine verweigert werden. Eine solche Massnahme kommt nämlich der Negierung der in Art. 39 EG verankerten Arbeitnehmerfreizügigkeit gleich, mit der den Arbeitnehmern und den Arbeitsuchenden der Gemeinschaft das Recht garantiert werden soll, eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzunehmen und auszuüben.»

insbesondere solche, wonach (bei gleicher Eignung) prioritär Personen mit Wohnsitz in dem betreffenden Gebiet oder in der Schweiz und / oder beim RAV eingeschriebene Personen zu berücksichtigen sind – grundsätzlich kaum zu rechtfertigen sind: Denn derartige Regelungen führen dazu, dass das Recht selbst auf Freizügigkeit in Frage gestellt würde, könnte bzw. dürfte ein Bewerber doch allein wegen fehlenden Wohnsitzes im Inland bzw. wegen fehlender Registrierung beim RAV nicht eingestellt werden. Dies läuft jedoch dem Grundsatz selbst der Freizügigkeit zuwider bzw. stellte sie als solche vollumfänglich zur Disposition. Im Übrigen dürfte jedenfalls ein alleiniges Abstellen auf den Wohnsitz nicht kohärent sein, würden doch nicht nur Arbeitslose, sondern möglicherweise auch arbeitstätige Personen bevorzugt, so dass eine solche Vorrangregelung nicht zwingend einen Rückgang der Arbeitslosigkeit zur Folge hätte.

Soweit es hingegen (lediglich) um die Vermittlung von Arbeitskräften sowie um gewisse verfahrensrechtliche Anforderungen geht (etwa um die Gewährung eines «Informationsvorsprungs» von im Inland wohnenden oder beim RAV eingeschriebenen Personen oder um gewisse Auflagen an den Arbeitgeber, z.B. soweit Begründungen für die Einstellungsentscheidung betroffen sind), könnte eine Rechtfertigung hingegen grundsätzlich in Betracht kommen. Allerdings ist hier die Verhältnismässigkeit im Einzelnen zu prüfen. Diesbezüglich kann – ausgehend von der skizzierten Rechtsprechung des EuGH, welche sich allerdings bislang kaum mit dieser Frage befasst hat (ist doch, soweit ersichtlich, nur ein Urteil zu verzeichnen, das den Rechtfertigungsgrund der Verringerung der Arbeitslosigkeit als solchen in einer in vorliegendem Zusammenhang relevanten Konstellation aufgreift, wobei es jedoch um eine anders gelagerte Massnahme ging)¹⁰⁸ – grundsätzlich (wobei abschliessende Aussagen zur Verhältnismässigkeit nur auf der Grundlage einer Prüfung des Einzelfalls bzw. der konkreten Regelung möglich sind) folgendes festgehalten werden:

- Für die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Massnahme ist ihr sachlicher Anwendungsbereich von entscheidender Bedeutung: Wenn jegliche – öffentliche und private – Arbeitsverhältnisse und sämtliche Wirtschaftssektoren betroffen sind, so erscheint die Massnahme weniger zielgerichtet, als wenn sie sich nur auf Bereiche bezieht, die tatsächlich von einer starken Arbeitslosigkeit betroffen sind.
- Weiter muss die Massnahme kohärent sein, so dass wohl kaum auf den Wohnsitz, sondern eher auf die Einschreibung beim RAV bzw. die Arbeitslosigkeit abzustellen ist. Denn wenn das Anliegen eine Verringerung der Arbeitslosigkeit bzw. die Vermittlung von Arbeitssuchenden ist,

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16. In anderen Urteilen wies der EuGH aber durchaus auch darauf hin, dass die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls darstelle, wobei es jedoch um gänzlich andere Fallgestaltungen ging. Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-341/05 (Laval), ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 105.

muss das Unterscheidungskriterium gerade hieran anknüpfen, was beim Wohnsitz nicht der Fall wäre (da hier auch bereits Arbeitstätige begünstigt würden).

- Im Rahmen der Erforderlichkeit fragt es sich sodann, ob die Massnahme auch bei einer eher tiefen Arbeitslosenquote greifen soll und welche Quote im Einzelfall massgeblich sein soll, wobei hier davon auszugehen ist, dass ein gewisser Gestaltungsspielraum besteht.
- Schliesslich darf die betreffende Massnahme keine Negierung der Freizügigkeit nach sich ziehen, ein Aspekt, dem vorliegend eine zentrale Bedeutung zukommt. Diese Anforderung impliziert zunächst, dass die Massnahme nicht so ausgestaltet werden darf, dass *per se* und ausschliesslich auf die Staatsangehörigkeit abgestellt wird bzw. die Benachteiligung der ausländischen Arbeitssuchenden sozusagen der «Selbstzweck» der Massnahme ist. Denn ein solcher Ansatz implizierte – wie skizziert – eine Negierung des Freizügigkeitsrechts selbst, dessen Essenz ja gerade im Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs besteht. Daher kann ein «Inländervorrang» nur unter der Voraussetzung mit den Vorgaben des Unionsrechts und des Freizügigkeitsabkommens in Einklang stehen, dass er nicht ausschliesslich auf Inländer beschränkt ist, sondern eine gewisse Offenheit für EU-Ausländer impliziert, so dass die Massnahme nicht zielgerichtet EU-Ausländer ausschliesst bzw. benachteiligt. Gerade dies wäre aber etwa bei einer Massnahme, die ausschliesslich auf den Wohnsitz abstellt und im Inland wohnhaften Personen z.B. einen gewissen Informationsvorsprung oder eine gewisse sonstige Vorzugsbehandlung einräumt, der Fall. Dies gilt auch dann, wenn der Wohnsitz insofern (auch) ausschlaggebend ist, als nur im Falle inländischen Wohnsitzes eine Einschreibung beim RAV erfolgen kann und diesen Personen dann gewisse Vorteile zukommen bzw. zugestanden werden oder einzuräumen sind. Denn auch hier ist – über das Ziel der Inländerbevorzugung hinaus – kein sachlicher Grund für die Differenzierung zu erkennen, und der alleinige Zweck der «Inländerbevorzugung» vermag nach dem Gesagten aufgrund der mit ihm einhergehenden Negierung der Freizügigkeit die entsprechende (materielle) Diskriminierung nicht zu rechtfertigen.¹⁰⁹

A priori nicht ausgeschlossen erscheint eine Rechtfertigung jedoch dann, wenn der Zweck der Massnahme so präzisiert wird, dass es um die Vermittlung von Arbeitssuchenden bzw. die Verringerung der Arbeitslosigkeit geht, in diesem Zusammenhang an die Einschreibung beim RAV angeknüpft wird (da diese Einschreibung ein gut vertretbares und verlässliches Zeichen dafür ist, dass es um Arbeitssuchende und damit die Zielgruppe geht) und – wobei dies entscheidend ist – eine solche Einschreibung auch für Arbeitssuchende aus dem Ausland zumindest unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. Glaubhaftmachung der Arbeitssuche in der Schweiz und / oder eine

¹⁰⁹ S. insoweit ähnlich auch BOILLET/MAIANI, Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017 (Fn. 54), 61 (74 f.).

gewisse insbesondere räumliche Nähe zum schweizerischen Arbeitsmarkt und / oder die Arbeitslosigkeit im Wohnsitzstaat) und ggf. mit anderen Modalitäten (z.B. kein Recht auf Arbeitslosenunterstützung) möglich ist. Denn diesfalls würde einerseits zielgerichtet auf Arbeitssuchende abgestellt und EU-Ausländer würden nicht gerade wegen des Wohnsitzes bzw. der fehlenden Einschreibung beim RAV benachteiligt; andererseits könnten bestimmte Beschränkungen der Einschreibungsmöglichkeiten beim RAV durchaus gerechtfertigt werden, da hier ja auch die Vermittlungsfähigkeit der Betroffenen in Frage steht, so dass der sachliche Grund für die Unterscheidung letztlich in der tatsächlichen Verbindung zwischen der betreffenden Person und dem räumlichen Arbeitsmarkt zu sehen ist, eine Verbindung, die mit Blick auf das Ziel der Massnahme – die Vermittlung von Stellensuchenden – sachgerecht und kohärent erscheint. Für diesen Ansatz könnte auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs sprechen: Dieser hat aus Art. 45 AEUV zwar ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer Sozialleistung abgeleitet, der die Eingliederung in den Arbeitsmarkt erleichtern soll, gleichzeitig aber auf die Möglichkeit hingewiesen, dass dieses Recht durch das Anliegen beschränkt werden könne, eine tatsächliche Verbindung zwischen der betreffenden Person und dem betreffenden räumlichen Arbeitsmarkt sicherzustellen.¹¹⁰ *A priori* spricht nichts dagegen, diesen Ansatz auch für sonstige Leistungen bzw. Massnahmen im Hinblick auf eine Eingliederung in den Arbeitsmarkt zu übertragen.

Zu beachten ist weiter und jedenfalls, dass die betreffende Massnahme (z.B. der zeitliche Vorsprung) andere Stellensuchende in ihrem Zugangsrecht nicht übermässig beeinträchtigen darf¹¹¹ und die Verfahrensregelungen für die Arbeitgeber nicht solch hohe Hürden implizieren, dass sie von vornherein von der Anstellung ausländischer Bewerber abgehalten werden.

2. Vermittelbarkeit von Arbeitssuchenden

Als weiterer Rechtfertigungsgrund kommt die Vermittelbarkeit von Arbeitssuchenden in Betracht, dies allerdings wohl nur für Massnahmen, die auf die Registrierung beim RAV abstellen. So könnte argumentiert werden, der «Informationsvorsprung» der beim RAV registrierten Personen sei im Hinblick auf das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Arbeitsmarkt und dem Arbeitssuchenden begründet. Der Gerichtshof anerkannte die Sicherstellung einer tatsächlichen Verbindung zwischen einem Leistungsempfänger und dem räumlichen Arbeitsmarkt denn auch als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls.¹¹²

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), ECLI:EU:C:2004:172; EuGH, Rs. C-376/11 (Prete), ECLI:EU:C:2012:668.

¹¹¹ Eine übermässige Einschränkung dürfte insbesondere dann vorliegen, wenn der Informationsvorsprung anderen Stellensuchenden den Zugang zu einer Beschäftigung faktisch verunmöglicht.

¹¹² EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), ECLI:EU:C:2004:172; EuGH, Rs. C-376/11 (Prete), ECLI:EU:C:2012:668.

Im Ergebnis vermag ein solcher Rechtfertigungsgrund aber vorliegend als solcher¹¹³ von vornherein nicht zu greifen: Denn in der Rechtsprechung des Gerichtshofs wurde er jeweils im Hinblick auf eine bestimmte Leistung zugunsten eines Arbeitssuchenden herangezogen; hierum geht es aber vorliegend gerade nicht, sondern zur Debatte steht eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur nur selektiven Information bzw. Ausschreibung einer Stelle.

3. Finanzielles Gleichgewicht eines Systems sozialer Sicherheit

Schliesslich könnte man noch in Erwägung ziehen, Inländervorränge durch die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts von Systemen sozialer Sicherheit – ein in ständiger Rechtsprechung anerkannter zwingender Grund des Allgemeinwohls¹¹⁴ – zu rechtfertigen. So könnte insbesondere das finanzielle Gleichgewicht der Arbeitslosenversicherung tangiert sein. Allerdings muss tatsächlich eine Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des nationalen Systems glaubhaft dargelegt werden, wobei eine hohe Arbeitslosenquote und eine grosse finanzielle Belastung Hinweise dafür sein könnten. Diesem Erfordernis dürfte in unserem Zusammenhang kaum Rechnung getragen werden, zumal der Gerichtshof an die Darlegungslast der Mitgliedstaaten eher hohe Anforderungen stellt.

V. Fazit

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass jedenfalls formelle Diskriminierungen sowie ein direkt auf die Einstellung bezogener Inländervorrang (der eine materielle Diskriminierung darstellt) grundsätzlich nicht mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens in Einklang stehen werden.

Soweit es hingegen um Vorgaben geht, die lediglich gewisse verfahrensrechtliche Anforderungen beinhalten oder / und einen «Informationsvorsprung» (gewisser) inländischer Arbeitssuchender vorsehen, handelt es sich zwar grundsätzlich auch um materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit; jedoch kommt eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Förderung von Einstellungen grundsätzlich in Betracht, dies jedoch nur in sehr engen Grenzen. So darf wohl nicht auf den Wohnsitz als solchen, sondern lediglich auf die Registrierung beim RAV und / oder die Arbeitslosigkeit abgestellt werden. Im Einzelnen zu prüfen wäre aber jedenfalls die Verhältnismässigkeit der Massnahme, wobei die Rechtsprechung bei solchen «arbeitsmarktschützenden» Massnahmen einen eher strengen Massstab

¹¹³ Hingegen kann dieses Anliegen im Zusammenhang mit der Förderung der Einstellung von Arbeitssuchenden durchaus von Bedeutung sein, hierzu soeben IV.B.1.

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-228/07 (Petersen), ECLI:EU:C:2008:494; EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16; EuGH, Rs. C-269/07 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2009:527.

an die Prüfung der Verhältnismässigkeit anlegt und darüber hinaus insbesondere zu beachten ist, dass sie keinesfalls zu einer eigentlichen Negierung des Freizügigkeitsrechts führen darf. Daher darf ein «Inländervorrang» keinesfalls insofern einen «Selbstzweck» darstellen, als es ausschliesslich und *per se* um die Bevorzugung von Inländern geht; vielmehr muss die gewählte Unterscheidung differenzierter ausfallen und es insbesondere ermöglichen, dass auch arbeitssuchende EU-Ausländer – zumindest unter gewissen Voraussetzungen – einbezogen werden. In diesem Sinn ist also vor dem Hintergrund der Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens ein gewisses Augenmass bei der Einführung von «Inländervorrängen» anzulegen.