

Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2017 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU

Astrid Epiney/Robert Mosters

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2017 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2017/2018, Zürich/Bern 2018, S. 55-84. Es ist möglich, dass die publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV)
 - I. Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige
 - II. Ausweisung eines Unionsbürgers
 - III. Freizügigkeit der Unionsbürger
 - IV. Namensrecht
 - V. Exkurs: zur Tragweite des Sekundärrechts
- C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)
 - I. Wahlrecht zu Wahlen der Arbeitnehmervertretung
 - II. Zugang zu staatlichen Leistungen
- D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 56 AEUV)
 - I. Verkehrsdienstleistungen: *Über* auf dem Prüfstand des EuGH
 - II. Diplomanerkennung
 - III. Werbeverbote
 - IV. „Wegzugsbeschränkungen“
 - V. Sonstige Beschränkungen
- E. Schlussbemerkung

A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten¹ Urteile des Europäischen Gerichtshofs im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2017

¹ Es geht also nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu behandeln, so dass keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und

geben.² Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wichtigsten Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, ggf. in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und – soweit angebracht – einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Darüber hinaus sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)³ geht, das in der Schweiz die Rechtsstellung von Unionsbürgern massgeblich bestimmt. Soweit sich nämlich die neuen Urteile des EuGH auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein. Auch geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁴ insoweit davon aus, dass auch die neuere Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des FZA zu beachten ist. So muss die Rechtsprechung in der Schweiz jedenfalls zur Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens sind zu analysieren.

Thematisch und systematisch ist dabei zu unterscheiden zwischen den Urteilen, die das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV) betreffen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 49 und 56 AEUV (D.). Weiter soll – vor einer kurzen Schlussbemerkung (F.) – auf die Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen selbst eingegangen werden (E.).

abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden. **Siehe zu diesen auch den Beitrag von Oberson in diesem Band.**

² Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht seit 2003 an; vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2016 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, 2017, 69. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger der im Folgenden besprochenen Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der NVwZ 2018 veröffentlicht.

³ 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.

⁴ Grundlegend BGE 136 II 5; s. sodann z.B. BGE 142 II 35; jüngst BG, 2C_284/2016, Urteil vom 20. Januar 2017; BG, 2C_743/2017 vom 25. Januar 2018. Zu den Grundsätzen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens *Astrid Epiney*, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum Nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26.11.2015, Jusletter vom 14. März 2016; *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl 2015, 295; ausführlich 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*.

B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV)

I. Abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) *Rs. C-133/15, Chavez-Vilchez*

In der Rs. C-133/15⁵ hatte sich der Gerichtshof erneut mit der Frage nach dem Aufenthaltsrecht eines sorgeberechtigten Drittstaatsangehörigen für einen minderjährigen Unionsbürger zu befassen.⁶ Konkret ging es um die genauen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein drittstaatsangehöriger Elternteil eines Kindes, das Unionsbürger ist und für das er sorgt sowie sorgeberechtigt ist, ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Mitgliedstaat zusteht, weil das Kind ansonsten gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen (womit die Wahrnehmung des Kernbestands seiner aus Art. 20 AEUV folgenden Rechte verhindert würde). Der Gerichtshof hält in diesem Zusammenhang fest, es müssten alle Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls berücksichtigt werden, so insbesondere das Alter des Kindes, seine körperliche und emotionale Entwicklung, der Grad seiner affektiven Beziehung zu seinen Eltern und das Risiko, das mit der Trennung des Kindes von seinem drittstaatsangehörigen Elternteil für das innere Gleichgewicht des ersteren einherginge. Nicht zulässig sei daher, ein Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils allein deshalb zu verweigern, weil der andere Elternteil, der Unionsbürger ist, in der Lage und bereit ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrzunehmen, auch wenn dies einen ebenfalls zu berücksichtigenden Gesichtspunkt darstelle. Der Drittstaatsangehörige dürfe aber verpflichtet werden, diejenigen Informationen beizubringen, anhand derer festgestellt werden kann, dass die Versagung seines Aufenthaltsrechts dem Kind die Möglichkeit nähme, den Kernbestand der aus dem Unionsbürgerstatus tatsächlich folgenden Rechte wahrzunehmen. Auf dieser Grundlage obliege es allerdings den Behörden, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen, um im Lichte aller Umstände des Einzelfalls diese Frage zu beantworten. Denn ansonsten könne eine derartige Beweislastregel die praktische Wirksamkeit des Art. 20 AEUV beeinträchtigen.

Das Urteil liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung und präzisiert bis dahin noch nicht klar beantwortete Fragen. Man wird aus den Erwägungen des Gerichtshofs ableiten können, dass für die Frage nach einem abgeleiteten Aufenthaltsrecht für Sorgeberechtigte minderjähriger Unionsbürger grundsätzlich eine umfassende Einzelfallprüfung stattzufinden hat und „Automatismen“ bzw. das Herausgreifen abschliessend und im Voraus festgelegter einzelner Kriterien nicht mit dem Unionsrecht in Einklang stehen. Gleichzeitig führt das Bestehen einer zumutbaren

⁵ EuGH, Rs. C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354 (Chavez-Vilchez).

⁶ S. insoweit zuletzt bereits EuGH, Rs. C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674 (CS); EuGH, Rs. C-154/14, ECLI:EU:C:2016:675 (Rendón Marín). Zu diesen Urteilen *Epiney/Mosters*, SJER 2016/2017 (Fn. 2), 81 ff. Grundlegend in Bezug auf den Kernbestand der Unionsbürgerrechte EuGH, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 (Ruiz Zambrano); s. sodann EuGH, Rs. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734 (Dereci).

„Alternativlösung“ für das Kind aber auch dazu, dass ein Aufenthaltsrecht verweigert werden darf. Eine solche Alternativlösung kann allerdings, zumindest grundsätzlich und vor dem Hintergrund des Rechts auf Achtung des Familienlebens, wohl nur dann vorliegen, wenn das Verbleiben im Unionsgebiet beim anderen Elternteil, der wohl ebenfalls sorgeberechtigt sein muss, möglich ist. Nicht zu verkennen ist schliesslich auch, dass das Abstellen auf den Einzelfall durchaus gewisse Unwägbarkeiten mit sich bringen kann und den Behörden notwendigerweise ein gewisser Spielraum einzuräumen ist.

b) *Rs. C-165/16, Lounes*

In der Rs. C-165/16⁷ ging es um die Frage, ob einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers auch dann ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zusteht, wenn der Unionsbürger sich zwar zunächst in Ausübung seines Freizügigkeitsrechts in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat, dann aber dessen Staatsangehörigkeit zusätzlich zu seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit erwirbt. Im Ausgangsfall hatte eine spanische Staatsangehörige nach Studium und Erwerbstätigkeit in Grossbritannien durch Einbürgerung zusätzlich noch die britische Staatsangehörigkeit erworben, bevor sie einen algerischen Staatsangehörigen ehelichte. Der Gerichtshof verneinte zwar die Anwendbarkeit der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38 (Unionsbügerrichtlinie), da diese nur den Aufenthalt der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen in einem anderen als demjenigen Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, regle. Jedoch stehe dem drittstaatsangehörigen Familienmitglied des Unionsbürgers in einer solchen Konstellation ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aufgrund des Art. 21 Abs. 1 AEUV zu. Denn diese Bestimmung erfasse auch das Recht eines Unionsbürgers, durch Zusammenleben mit seinen Angehörigen im Aufnahmemitgliedstaat ein normales Familienleben führen zu dürfen. Dies gelte auch, wenn der Unionsbürger die Staatsangehörigkeit dieses Staates zusätzlich zu seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit erworben hat. Denn die gegenteilige Auffassung liefe darauf hinaus, den Unionsbürger (der ja ursprünglich von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat) genauso zu behandeln wie einen Unionsbürger, bei dem dies nicht der Fall war. Weiter stehe es im Widerspruch zu dem in Art. 21 Abs. 1 AEUV zum Ausdruck gekommenen Gedanken der schrittweisen gesellschaftlichen Integration, wenn ein Unionsbürger, der von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, allein deshalb das Recht, ein normales Familienleben zu führen, verlöre, weil er sich einbürgern liesse. In Bezug auf die Voraussetzungen des Familiennachzugs verweist der Gerichtshof insofern auf die RL 2004/38, als er festhält, dass diese nicht strenger sein dürfen als diejenigen, welche die Richtlinie vorsieht, womit letztere im Ergebnis (analog) anwendbar bzw. massgeblich ist.

Entscheidend war für den Gerichtshof offenbar, dass der nachziehende Unionsbürger ursprünglich in klassischer Weise sein Freizügigkeitsrecht ausgeübt hat und erst anschliessend die Staatsangehörigkeit (auch) des Aufenthaltsstaats erlangte. Diese Situation ist von derjenigen zu unterscheiden, in denen ein Doppelbürger

⁷ EuGH, Rs. C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862 (Lounes).

sich nie (dauerhaft) grenzüberschreitend bewegt hat.⁸ Man wird aus dem Urteil ableiten können, dass die betroffenen Personen in solchen Situationen nicht allein wegen des Erwerbs der zusätzlichen Staatsangehörigkeit schlechter gestellt werden dürfen, soweit der Familiennachzug betroffen ist. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Erwerb der zusätzlichen Staatsangehörigkeit vor dem Knüpfen der Familienbande (Heirat) im Aufenthaltsstaat erfolgt war, so dass auch in solchen Fällen allein die vorherige Ausübung des Freizügigkeitsrechts als Unionsbürger mit der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats entscheidend sein dürfte. Insofern schränkt das Urteil den Anwendungsbereich des in der Rs. C-456/12⁹ entwickelten Grundsatzes ein, wonach im Falle der Rückkehr eines Unionsbürgers in „seinen“ Mitgliedstaat drittstaatsangehörigen Familienangehörigen nur dann ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukommt, wenn der vorherige Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmestaat auf eine gewisse Dauer angelegt war und sich das Familienleben bereits dort entwickelt oder gefestigt hat. Der EuGH geht somit insoweit von einer gewissen Akzessorietät in dem Sinn aus, dass ein fehlender Familiennachzug die Effektivität des Freizügigkeitsrechts beeinträchtigt. Vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass der Gerichtshof nicht wirklich präzisiert, ob und inwieweit die in der Rs. C-456/12 entwickelten Grundsätze noch Geltung beanspruchen (obwohl er auf dieses Urteil durchaus Bezug nimmt), was letztlich implizierte, dass Doppelbürger in Bezug auf den Familiennachzug unterschiedlich gestellt werden dürften, je nachdem, wann genau sie die zusätzliche Staatsbürgerschaft erlangt haben und in welcher Eigenschaft sie wann von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Ob dies wirklich sinnvoll ist, mag bezweifelt werden, da es letztlich um das Recht auf das Führen eines „normalen“ Familienlebens geht. Das Erfordernis der Akzessorietät zum Freizügigkeitsrecht in dem Sinn, dass dieses durch einen nicht ermöglichten Familiennachzug beeinträchtigt sein muss, erscheint daher wenig sinnvoll. Im Übrigen impliziert der Ansatz des Gerichtshofs in der Rs. C-456/12, dass allein aufgrund einer zusätzlichen Staatsangehörigkeit andere Voraussetzungen für die Geltendmachung des Familiennachzugs zum Zuge kommen sollen, während der Gerichtshof diesem Ansatz in dem hier angezeigten Urteil offenbar skeptisch gegenübersteht. Insgesamt spricht u.E. Vieles (und nicht zuletzt auch das angezeigte Urteil) dafür, dass Doppelbürger nicht allein aufgrund ihrer Doppelbürgerschaft in Bezug auf den Familiennachzug schlechter gestellt werden sollten, so dass im Falle der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte durch Unionsbürger und damit des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Bezugs die Familiennachzugsrechte umfassend und unabhängig vom Vorliegen einer Doppelbürgerschaft zum Zuge kommen müssen.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Sofern die Rechtsprechung des EuGH auf die Unionsbürgerschaft und die aus dieser resultierenden Rechte abstellt, ist zunächst zu beachten, dass das Personenfrei-

⁸ Wie die Konstellation in EuGH, Rs. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 (McCarthy). Vgl. hierzu Robert Mosters, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-434/09, McCarthy, Urteil vom 5. Mai 2011, ASYL 2011, 33.

⁹ EuGH, Rs. C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 (O und B).

z ügigkeitsabkommen Schweiz–EU das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches gerade nicht übernommen hat. Doch finden einzelne Rechte, die den Unionsbürgern im Unionsrecht zustehen, eine mehr oder weniger genau entsprechende Parallele im FZA, bei deren Auslegung eine Berücksichtigung der EuGH-Urteile in Betracht kommt. In der Rs. *Chavez-Vilchez* stellt der Gerichtshof darauf ab, dass die Versagung eines Aufenthaltsrechts die Wahrnehmung des Kernbestands der aus Art. 20 AEUV folgenden Rechte verhindern würde. Da diese Vorschrift keine Entsprechung im FZA findet, ist das Urteil insoweit nicht auf die Rechtslage nach dem Abkommen übertragbar.¹⁰ Die Ausführungen des EuGH können jedoch in anderen Konstellationen von Bedeutung sein, in denen es ebenfalls um ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht drittstaatsangehöriger Sorgeberechtigter von minderjährigen Unionsbürgern geht. Entsprechend der Situation in der Rs. *Zhu und Chen*,¹¹ in der sich das Kind auf das allgemeine Aufenthaltsrecht der Unionsbürger gemäss Art. 21 AEUV berufen konnte, ist dies insbesondere der Fall, wenn der Minderjährige über ein Aufenthaltsrecht als Nichterwerbstätiger gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA verfügt, zu dessen Ausübung es auf die Anwesenheit seines bzw. seiner Erziehungsberechtigten angewiesen ist.¹² Auch im Rahmen des FZA dürfte daher gelten, dass bei der Entscheidung über das Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils alle Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls berücksichtigt werden müssen. Ebenso dürfte es nicht zulässig sein, das Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils allein deshalb zu verweigern, weil der andere Elternteil, der Unionsbürger ist, in der Lage und bereit ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrzunehmen.

Die Ausführungen des Gerichtshofs in der Rs. *Lounes* sind, soweit sie sich auf die Unionsbürgerrichtlinie beziehen, zunächst nicht auf das FZA übertragbar, da die erst nach Unterzeichnung des Abkommens erlassene Richtlinie nicht von den Vertragsparteien in das Abkommen übernommen wurde. Im Verhältnis zur Schweiz bestehen jedoch Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen gemäss Art. 3 Anhang I FZA. Nachzugsberechtigt ist gemäss Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA eine „Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat“. Die Vorschrift regelt somit nicht ausdrücklich, inwieweit sich auch Doppelbürger auf die Regelung berufen können. Das Bundesgericht hat hierzu jedoch bereits entschieden, dass die Familiennachzugsbestimmung von Art. 3 Anhang I FZA auch auf Personen anwendbar ist, die neben der schweizerischen auch über die Staatsangehörigkeit einer anderen Vertragspartei verfügen.¹³

¹⁰ Siehe hierzu *Robert Mosters*, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-34/09, Ruiz Zambrano, Urteil vom 8. März 2011, ASYL 2011, 31, 33.

¹¹ EuGH, Rs. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 (*Zhu und Chen*).

¹² Vgl. BGE 135 II 265; 142 II 35 E. 5 und BGer, 2C_743/2017 vom 15. Januar 2018, die jeweils auf die EuGH-Rechtsprechung Bezug nehmen.

¹³ BGE 135 II 369 E. 2.

II. Ausweisung eines Unionsbürgers

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) *Rs. C-193/16, E*

Art. 27 Abs. 1 RL 2004/38 erlaubt es den Mitgliedstaaten, das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen insbesondere aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zu beschränken, wobei diese Ausnahme eng auszulegen ist. Nach Art. 27 Abs. 2 Uabs. 2 RL 2004/38 müssen solche aufenthaltsbeschränkende Massnahmen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen und ausschliesslich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abstellen. Nicht zu berücksichtigen – so der Gerichtshof in der *Rs. C-193/16*¹⁴ – sei jedoch, dass sich eine Person in Haft befindet. Dieser Umstand weise keinen Bezug zum persönlichen Verhalten der Person im Sinne der genannten Bestimmung auf, so dass eine Ausweisungsverfügung auch verhängt werden könne, wenn eine Person sich zum Zeitpunkt ihres Erlasses ohne Aussicht auf baldige Entlassung in Haft befindet.

M.a.W. steht also der Umstand, dass jemand in Haft ist und daher grundsätzlich keine Straftaten begehen kann, der Annahme, dass diese Person gleichwohl eine tatsächliche und gegenwärtige Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates berührt, nicht entgegen.

b) *Rs. C-184/16, Petrea*

Auch in der *Rs. C-184/16*¹⁵ standen verschiedene Aspekte der Beschränkung des Aufenthaltsrechts für Unionsbürger zur Debatte, dies im Zusammenhang mit einem Unionsbürger, gegen den in einem anderen Mitgliedstaat wegen diverser Delikte ein mehrjähriges Aufenthaltsverbot verhängt worden war. Der Betroffene setzte sich jedoch über diese hinweg und reiste wieder ein, wobei er auch eine Aufenthaltserlaubnis beantragte. Diese wurde ihm zwar zunächst gewährt, später jedoch wieder zurückgenommen und die Ausweisung verfügt, nachdem die Behörde die Existenz des fortbestehenden Aufenthaltsverbots bemerkt hatte. Der Gerichtshof hielt in Antwort auf die entsprechenden Vorlagefragen des nationalen Gerichts folgendes fest:

- Es sei mit der RL 2004/38 vereinbar, wenn ein Aufenthaltstitel (dem sowieso nur ein deklaratorischer Charakter zukomme) allein wegen des Fortbestehens eines Aufenthaltsverbots zurückgenommen wird. Die Behörde sei dabei auch nicht verpflichtet zu prüfen, ob der Betreffende immer noch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle, wie sich (implizit) aus Art. 32 RL 2004/38 ergebe. Dieser eröffnet die Möglichkeit, eine Überprüfung eines Aufenthaltsverbots zu beantragen, wobei der Betroffene jedoch nicht berechtigt ist, während dieser Prüfung in den betreffenden Mitgliedstaat einzureisen.
- Da es den Mitgliedstaaten obliegt, die zuständigen Behörden und das Verfahren für eine Ausweisung von Unionsbürgern zu bestimmen, stehe es mit dem Uni-

¹⁴ EuGH, *Rs. C-193/16*, ECLI:EU:C:2017:542 (E).

¹⁵ EuGH, *Rs. C-184/16*, ECLI:EU:C:2017:684 (Petrea).

onsrecht in Einklang, wenn eine Rückkehrentscheidung gegen einen Unionsbürger von denselben Behörden und nach demselben Verfahren wie eine Rückkehrentscheidung gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen gemäss Art. 6 Abs. 1 RL 2008/115¹⁶ erlassen wird, soweit die sich aus der RL 2004/38 ergebenden Garantien beachtet werden.

- Sodann laufe es dem Unionsrecht keineswegs zuwider, dass im Rahmen eines Rechtsbehelfs gegen eine Ausweisung wegen des Verstosses gegen ein Aufenthaltsverbot nicht die Rechtswidrigkeit des (ursprünglichen) Aufenthaltsverbots eingewandt werden kann, das im Zuge des Ablaufs der Beschwerdefrist oder der Abweisung einer dagegen erhobenen Beschwerde rechtskräftig geworden ist. Denn ein solcher Ausschluss diene letztlich der Rechtssicherheit. Allerdings müsse der Betroffene tatsächlich über die Möglichkeit verfügt haben, das ursprüngliche Aufenthaltsverbot fristgerecht anzufechten und sich auf die RL 2004/38 zu berufen.
- Schliesslich müsse dafür gesorgt werden, dass ein von einer Ausweisung betroffener Unionsbürger Inhalt und Wirkung einer solchen Entscheidung wirklich versteht. Nicht gefordert sei jedoch nach dem Wortlaut der Bestimmung und in Anbetracht der Entstehungsgeschichte, dass ihm die Entscheidung, selbst wenn er keinen entsprechenden Antrag gestellt hat, in einer Sprache mitgeteilt wird, die er versteht oder bei der vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass er sie versteht.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das FZA übernimmt im Wesentlichen das zur Zeit der Unterzeichnung bestehende Freizügigkeitsrecht der EU und verweist auf die zu dieser Zeit bestehenden einschlägigen Verordnungen und Richtlinien, übernimmt jedoch nicht die erst später erlassene Richtlinie 2004/38. Da die Richtlinie das bis dahin bestehende Unionsrecht teils lediglich konsolidiert, teils aber auch weiterentwickelt hat, kommt es für die Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf das FZA darauf an, ob sich für die einzelne relevante Vorschrift eine Entsprechung im Abkommen findet. Der in der Rs. *E* herangezogene Art. 27 RL 2004/38 übernimmt im Wesentlichen den Inhalt von Art. 3 RL 64/221, auf den Art. 5 Anhang I FZA verweist, sowie die einschlägige Rechtsprechung des EuGH, die bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangen war und somit gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist.¹⁷ Da die Ausführungen des Gerichtshofs in der Rs. *E* im Wesentlichen die vor der Unterzeichnung des FZA in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze fortführen und lediglich auf eine neue Fragestellung anwenden, dürften diese ebenso im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zur Anwendung kommen.

Auch die Ausführungen in der Rechtssache *Petrea* lassen sich im Ergebnis weitgehend auf das FZA übertragen. So hat insbesondere die Aufenthaltsbewilligung

¹⁶ RL 2008/115 zur Rückführung von Drittstaatsangehörigen mit illegalem Aufenthalt, ABl. 2008 L 348, 98.

¹⁷ Vgl. u.a. EuGH, Rs. 30/77, ECLI:EU:C:1977:172 (Bouchereau), Rn. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115/81 und 116/81, ECLI:EU:C:1982:183 (Adoui und Cornuaille), Rn. 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96, ECLI:EU:C:1999:6 (Calfa), Rn. 23 ff.

auch nach dem Abkommen lediglich eine deklaratorische Bedeutung.¹⁸ Desweiteren enthält bereits die RL 64/221 eine Reihe von Verfahrensvorschriften, die denjenigen der RL 2004/38 grossteils entsprechen, so dass auch die diesbezüglichen Aussagen des Gerichtshofs grundsätzlich auf das FZA übertragbar sind.

III. Freizügigkeit der Unionsbürger

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-9/16, A

Nach Art. 21 AEUV geniessen die Unionsbürger Freizügigkeit, und der sog. Schengener Grenzkodex (VO 399/2016)¹⁹ sieht u.a. vor, dass keine Grenzkontrollen an den Binnengrenzen durchgeführt werden dürfen, wobei jedoch Kontrollen im Umfeld der Grenzen zulässig sind bzw. sein können. Die Abgrenzung zwischen Grenzkontrollen und sonstigen Kontrollen im Grenzgebiet ist nicht immer einfach zu ziehen, und in der Rs. C-9/16²⁰ hatte sich der Gerichtshof erneut²¹ zu dieser Frage zu äussern. Er bestätigte seine Rechtsprechung, wonach verdachtsunabhängige Kontrollen im Grenzgebiet grundsätzlich nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sind, es sei denn, der gesetzliche Rahmen stelle tatsächlich sicher, dass solche Kontrollen so durchgeführt werden, dass sie nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen entfalten können. In Zügen und auf Bahnanlagen dürfe jede Person einer Identitätskontrolle unterzogen werden, sofern diese Kontrollen auf Lageerkenntnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung beruhen und ihre Durchführung im nationalen Recht Konkretisierungen und Einschränkungen unterliegt, welche die Intensität, die Häufigkeit und die Selektivität der Kontrollen bestimmen. Ob die genannten Voraussetzungen erfüllt seien, habe das nationale Gericht zu prüfen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelung der konkreten Durchführung derartiger Kontrollen – welche für ihre (Un-)Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Vorgaben entscheidend sind – offenbar nicht in einem Gesetz im formellen oder materiellen Sinn figurieren muss, sondern eine Präzisierung durch Verwaltungsverordnungen ausreichen dürfte. Im Übrigen ist es wohl fraglich, ob der für jedes hoheitliche Handeln massgebliche Verhältnismässigkeitsgrundsatz als solcher eine hinreichende Konkretisierung zu vermitteln vermag.²²

¹⁸ BGE 136 II 329 E 2 und 3; BGE 141 II 1 E 2.2.1.

¹⁹ VO 399/2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2016 L 77, 1.

²⁰ EuGH, Rs. C-9/16, ECLI:EU:C:2017:483 (A).

²¹ S. bereits EuGH, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli); EuGH, Rs. C-278/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:508 (Adil).

²² S. ansonsten noch EuGH, Rs. C-473/15, ECLI:EU:C:2017:633 (Schotthöfer und Steiner), wo der Gerichtshof – im Anschluss an EuGH, Rs. C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 (Petruhhin) – festhält, Art. 19 Abs. 2 GRCh stehe der Auslieferung eines Unionsbürgers, der sich in Ausübung seiner Freizügigkeitsrechte in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, an einen Drittstaat entgegen, falls ihm dort die Todesstrafe droht.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Der Schengener Grenzkodex gilt als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands für die Schweiz gemäss Notenaustausch vom 4. Mai 2016.²³ Die Ausführungen des EuGH lassen sich daher auf die Schweiz übertragen.

IV. Namensrecht

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-541/15, Freitag*

In der Rs. C-541/15²⁴ hatte sich der Gerichtshof erneut zu einer namensrechtlichen Regelung zu äussern und hielt fest, ein in einem anderen Mitgliedstaat von einem Doppelbürger dort erworbener Familienname sei anzuerkennen, auch wenn der Name nicht während eines gewöhnlichen Aufenthalts in dem anderen Mitgliedstaat erworben wurde. Denn eine derartige Regelung könne die Freizügigkeit des Unionsbürgers beeinträchtigen, gehe mit ihr doch die Gefahr einher, dass Unsicherheiten über die Identität der Person oder den Wahrheitsgehalt von Urkunden entstehen.

Interessant ist an dem Urteil, dass der EuGH sehr knapp einen grenzüberschreitenden Sachverhalt bzw. einen Bezug zum Unionsrecht allein deshalb bejaht, weil eine Person neben der Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates auch diejenige eines anderen Mitgliedstaats besitzt, da es ausreiche, wenn sich eine Person, die Angehörige eines Mitgliedstaats ist, rechtmässig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält. Nicht weiter geprüft wurde, ob der Betreffende sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hatte. Dieser Ansatz liegt auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu namensrechtlichen Regelungen, steht jedoch in einem gewissen Kontrast zu denjenigen Urteilen, in denen der Gerichtshof die Anwendbarkeit nicht nur der RL 2004/38, sondern auch des Art. 21 AEUV auf Doppelbürger verneinte, wenn eine Person nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatte (es sei denn, der Kernbestand der Unionsbürgerschaft sei berührt).²⁵ Der Hintergrund für diese Unterscheidung ist wohl darin zu sehen, dass solche namensrechtlichen Regelungen potentiell immer eine Beschränkung der Freizügigkeit der Unionsbürger darstellen können, worauf der Gerichtshof in dem angezeigten Urteil auch hinweist, dies jedoch nicht im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Bezugs zum Unionsrecht (für den – wie erwähnt – allein die Staatsbürgerschaft auch eines anderen Mitgliedstaats als ausreichend erachtet wurde), sondern bei der Prüfung des Vorliegens einer Beschränkung des in Art. 21 AEUV gewährleisteten Rechts.

²³ Notenaustausch vom 4. Mai 2016 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex; SR 0.362.380.067).

²⁴ EuGH, Rs. C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432 (Freitag).

²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 (McCarthy); EuGH, Rs. C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734 (Dereci).

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

In der Rs. *Freitag* prüft der Gerichtshof die Zulässigkeit der namensrechtlichen Regelung am Massstab von Art. 21 AEUV, der ein allgemeines Aufenthaltsrecht der Unionsbürger auf dem Territorium der anderen Mitgliedstaaten vorsieht. Auch wenn das FZA das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches nicht übernimmt, gewährt es doch Aufenthaltsrechte, die denjenigen in Art. 21 AEUV und den Grundfreiheiten des AEUV entsprechen, etwa Art. 2 Abs. 1, Art. 4 und Art. 6 Anhang I FZA (Arbeitnehmer), Art. 2 Abs. 1, Art. 4 und Art. 12 Anhang I FZA (Niederlassungsberechtigte) sowie Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA (Nichterwerbstätige). Diese Aufenthaltsrechte können durch Namensregelungen ebenso beeinträchtigt werden wie die Rechte der Unionsbürger aus Art. 21 AEUV. Da der Gerichtshof jedenfalls bezüglich der Aufenthaltsrechte der Arbeitnehmer und Selbständigen bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens entschieden hatte, dass diese ein allgemeines Beschränkungsverbot enthalten,²⁶ dürfte deren Einschränkung durch namensrechtliche Regelungen gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens einer verhältnismässigen Rechtfertigung bedürfen. Damit lassen sich auch die Ausführungen zum Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts auf das FZA übertragen, da hierfür ebenfalls auf das Vorliegen einer Beschränkung der Freizügigkeit abzustellen ist. Somit können sich Doppelbürger in der Schweiz auch dann auf das FZA und die einschlägige EuGH-Rechtsprechung berufen, wenn sie ansonsten nicht von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben.

V. Exkurs: zur Tragweite des Sekundärrechts

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH*

a) *RL 2004/114*

In der Rs. C-544/15²⁷ ging es um die Verweigerung eines Visums zu Studienzwecken aus Gründen der öffentlichen Sicherheit. Das Urteil betraf eine iranische Staatsangehörige, die von einer deutschen Universität eine Stipendienzusage für ein Doktorat erhalten hatte. Die Studentin hatte zuvor ein Studium der Informationstechnologien an einer Universität absolviert, welche auf Grund ihres Engagements für die iranische Regierung im militärischen Bereich von restriktiven Massnahmen der EU betroffen ist. Die deutschen Behörden verweigerten die Ausstellung eines Visums, da die Gefahr bestehe, dass die Studentin die im Studium erlangten Kenntnisse nach ihrer Rückkehr in den Iran missbräuchlich verwenden könnte. Die RL 2004/114²⁸ – die durch die RL 2016/801 abgelöst wird, welche die

²⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (Bosman), Rn. 93 ff.

²⁷ EuGH, Rs. C-544/15, ECLI:EU:C:2017:255 (Fahimian).

²⁸ Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst, ABl. 2004 L 375, 12. Aufgehoben mit Ablauf des 23. Mai 2018 durch Art. 41 RL (EU) 2016/801 vom 11. Mai 2016 über Einreise- und Aufenthaltsbedingungen von Drittstaatsangehörigen zu bestimmten Zwecken, ABl. 2016 L 132, 21.

RL 2004/114 und die RL 2005/71 neu fasst – regelt die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung einer Ausbildung oder eines Freiwilligendienstes. Gemäss der Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, bei Vorliegen der in der Richtlinie abschliessend aufgeführten Voraussetzungen Studierenden einen Aufenthaltstitel zu erteilen (Art. 12 RL 2004/114).²⁹ Art. 6 Abs. 1 RL 2004/114 (Art. 7 Abs. 1 und 6 RL 2016/801) erlaubt es den Mitgliedstaaten jedoch, die Erteilung des Aufenthaltstitels zu verweigern, falls der Betreffende eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit des Aufenthaltsstaates darstellt. Der Gerichtshof hielt in Bezug auf die Auslegung der letztgenannten Bestimmung fest, die Mitgliedstaaten verfügten bei der Feststellung des Vorliegens einer solchen Gefahr über einen weiten Beurteilungsspielraum und dürften die Erteilung eines Aufenthaltstitels daher z.B. auch bereits dann verweigern, wenn nach Einschätzung der zuständigen Behörden die Gefahr bestehe, dass der Betreffende während des geplanten Forschungs- und Studienaufenthalts Kenntnisse erwürbe, die so verwendet werden könnten, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit entstehe. Hintergrund dieses Ansatzes ist die Auslegung des Begriffs der Gefahr für die öffentliche Sicherheit: Der Gerichtshof hebt hervor, im Rahmen der RL 2004/114 müsse – im Gegensatz zur RL 2004/38 (die denselben Begriff in Bezug auf die Einschränkung von Freizügigkeitsrechten der Unionsbürger verwendet) – nicht ausschliesslich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abgestellt werden. Vielmehr dürften weitere Kriterien, wie etwa der mögliche berufliche Werdegang des Betroffenen, berücksichtigt werden, so dass die Verweigerung eines Aufenthaltstitels auch dann rechtmässig sein könne, wenn der Betreffende nur eine „potenzielle“ Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstelle. Da die diesbezüglichen Einschätzungen mit komplexen Bewertungen verbunden seien, die sich u.a. auf eine Beurteilung der Persönlichkeit der jeweiligen Person, ihre Integration sowie die politische, soziale und wirtschaftliche Lage sowohl im Aufnahme- als auch im Herkunftsstaat (in dem die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in Zukunft stattfinden könne) beziehen, stehe den zuständigen nationalen Behörden bei den diesbezüglichen Prognosen und Würdigungen ein weiter Beurteilungsspielraum zu, so dass die gerichtliche Kontrolle hier entsprechend begrenzt sei und sich auf die Prüfung offenkundiger Fehler und die Einhaltung der Verfahrensgarantien beschränken dürfe.

Der Ansatz des Gerichtshofs impliziert, dass die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Aufenthaltsrechte einer Person eingeschränkt werden können, im Zuge der „differenzierten“ Auslegung des Begriffs der Gefahr für die öffentliche Sicherheit bei Unionsbürgern einerseits und Drittstaatsangehörigen (die nicht als Familienangehörige von Unionsbürgern von der RL 2004/38 erfasst sind) andererseits unterschiedlich ausfallen und den Mitgliedstaaten in Bezug auf letztere nicht nur ein denkbar weiter Spielraum eingeräumt wird, sondern auch von der Massgeblichkeit allein des persönlichen Verhaltens Abstand genommen wird. Es ist anzunehmen, dass die Erwägungen des Gerichtshofs auch bei anderen Sekundärrechtsakten, die Aufenthaltsrechte von (nicht privilegierten) Drittstaatsangehörigen verankern, zum Zuge kommen (wie z.B. im Rahmen des Visakodexes). Hintergrund für diese Differenzierung dürfte letztlich der Umstand sein, dass Unionsbürger ein

²⁹ S. insoweit schon EuGH, Rs. C-491/13, ECLI:EU:C:2014:2187 (Ben Alaya).

primärrechtlich garantiertes Freizügigkeitsrecht haben, während dies bei Drittstaatsangehörigen nicht der Fall ist, was auch im Zusammenhang mit der Frage nach der Vereinbarkeit einer solchen Unterscheidung mit dem Gleichheitssatz relevant ist. Hinzu kommt, dass das Sekundärrecht die Einreisevoraussetzungen für die Ersteinreise von Drittstaatsangehörigen für längere Aufenthalte sowie die hierfür einschlägigen Voraussetzungen bislang nur sehr punktuell regelt, so dass diese Fragen ansonsten in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind. Immerhin ist zu beachten, dass es auch im Rahmen der Anwendung der RL 2004/114 um die Durchführung von Unionsrecht im Sinn von Art. 51 Abs. 1 GRCh geht, so dass die Mitgliedstaaten die Unionsgrundrechte zu beachten haben, was etwa bei familiären Bindungen zu bereits in dem betreffenden Mitgliedstaat aufhaltigen Personen relevant sein kann; aber auch Art. 14 (Recht auf Bildung) und Art. 15 (Berufsfreiheit) sind in diesem Zusammenhang zu beachten. Auch wenn der Ansatz des Gerichtshofs mit diesen Grundrechten in Einklang stehen dürfte, überrascht, dass er diesen Aspekt nicht problematisierte.³⁰

b) RL 2003/109

Auch in der Rs. C-636/16³¹ ging es um die Möglichkeit der Einschränkung des Aufenthaltsrechts von Drittstaatsangehörigen, nämlich eines auf der Grundlage der RL 2003/109³² (bzw. der nationalen Umsetzungsgesetzgebung) langfristig Aufenthaltsberechtigten, der wegen diverser Straftaten zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Der Gerichtshof hielt in diesem Zusammenhang fest, ein durch die RL 2003/109 „geschützter“ Drittstaatsangehöriger dürfe nur ausgewiesen werden, wenn er eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit darstelle und die Entscheidung unter Berücksichtigung diverser Gesichtspunkte sowie aufgrund einer Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes erfolge. Eine „automatische“ Ausweisung allein aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung stehe nicht mit diesen Vorgaben in Einklang.

Im Gegensatz zur RL 2004/114 bzw. zur RL 2016/801, welche Gegenstand der ebenfalls angezeigten Rs. C-544/15 waren, kommen damit im Rahmen der RL 2003/109 letztlich parallele Grundsätze wie in Bezug auf Unionsbürger zum Zuge. Diese Differenzierung ist schon im unterschiedlichen Wortlaut der Rechtsakte angelegt (nimmt die RL 2003/109 doch ausdrücklich auf eine hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit Bezug). Sie er-

³⁰ S. sodann noch EuGH, Rs. C-652/15, ECLI:EU:C:2017:239 (Tekdemir), in dem der EuGH in Bezug auf den im Rahmen des Assoziationsabkommens der EU mit der Türkei gefassten Beschluss 1/80 betonte, ein Eingriff in das in Art. 13 des Beschlusses gewährleistete Recht (die Bestimmung verbietet neue Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts) könne durch das Anliegen der wirksamen Steuerung der Migrationsströme, was einen zwingenden Grund des Allgemeinwohls darstelle, gerechtfertigt werden, wobei die Bezugnahme des Gerichtshofs auf die Einwanderungspolitik bestätigt, dass dieser Ansatz nur in Bezug auf Drittstaatsangehörige Bestand haben kann. Die konkrete (deutsche) Regelung wurde im Übrigen als unverhältnismässig eingestuft, wobei der EuGH einen eher strengen Prüfungsmassstab anlegte.

³¹ EuGH, Rs. C-636/16, ECLI:EU:C:2017:949 (Lopez Pastuzano).

³² RL 2003/109 über die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2003 L 16, 44.

scheint auch angesichts der Zielsetzung der RL 2003/109, die Integration der langfristig Aufenthaltsberechtigten zu erleichtern, zwingend, ganz abgesehen davon, dass es im Zusammenhang mit der RL 2004/114 um den „Erstzugang“ ging.

c) *RL 2004/38*

In der Rs. C-442/16³³ stellte der Gerichtshof klar (unter Hinweis auf die verschiedenen sprachlichen Fassungen sowie Ziel und Systematik der Bestimmung), dass Art. 7 Abs. 3 lit. b RL 2004/38 – wonach die Erwerbstätigeneigenschaft erhalten bleibt, wenn die betreffende Person sich nach mehr als einjähriger Beschäftigung dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt – auch auf Selbständige anwendbar ist, die ihre Tätigkeit wegen eines ordnungsgemäss bestätigten Mangels an Arbeit, der auf von ihrem Willen unabhängigen Gründen beruhte, aufgegeben und sich dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung gestellt haben. Der Fall betraf einen rumänischen Staatsangehörigen, der etwa vier Jahre lang als selbständiger Stuckateur in Irland tätig war, seine Tätigkeit aber dann wegen eines auf dem Rückgang der Konjunktur beruhenden Mangels an Arbeit aufgab.

Dabei legen es die Ausführungen des Gerichtshofs nahe, dass die Situation des Selbständigen mit derjenigen eines (unfreiwillig) entlassenen Arbeitnehmers vergleichbar sein muss, so dass eine Geschäftsaufgabe aus anderen Gründen als wirtschaftlichen Erwägungen wohl nicht geltend gemacht werden könnte. Hingegen ist nicht gefordert (ebensowenig wie bei einem Arbeitnehmer), dass der Betreffende „unverschuldet“ seine Tätigkeit aufgeben musste, so dass z.B. auch Selbständige, die „schlecht wirtschaften“, in den Genuss des Art. 7 Abs. 3 lit. b RL 2004/38 kommen können.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Da die „Studierendenrichtlinie“ 2004/114/EG im FZA nicht übernommen wird, lassen sich die Erläuterungen des Gerichtshofs in der Rs. C-544/15 nicht auf das Abkommen übertragen. Auch die Ausführungen zum Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit lassen sich nicht auf das FZA anwenden, da der EuGH diesbezüglich deutlich zwischen den Anforderungen im Rahmen der Richtlinie und den unionsrechtlichen Regelungen betreffend die Rechtsstellung von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen unterscheidet.

Auch die RL 2003/109 über die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen hat keinen Eingang in das Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU gefunden, so dass die diesbezüglichen Erwägungen des Gerichtshofs in der Rs. C-636/16 grundsätzlich ebenfalls nicht auf das Abkommen übertragbar sind. Da die an eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung anzulegenden Massstäbe bei dieser Richtlinie jedoch weitgehend denjenigen entsprechen, die im Unionsrecht für Unionsbürger und deren Familienangehörigen gelten, werden sie im Ergebnis auch weitgehend mit denen im FZA entsprechen.

In der Rs. C-442/16 schliesslich wendet der EuGH insbesondere die Vorschriften der Unionsbügerrichtlinie 2004/38 an, welche ebenfalls keinen Eingang in das FZA gefunden hat. Das Abkommen enthält jedoch Vorschriften, die mit Art. 7

³³ EuGH, Rs. C-442/16, ECLI:EU:C:2017:1004 (Gusa).

Abs. 3 lit. b RL 2004/38 zwar nicht wörtlich übereinstimmen, diesem jedoch inhaltlich zumindest teilweise entsprechen. So darf dem Arbeitnehmer nach Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA eine gültige Aufenthaltsbewilligung nicht allein deshalb entzogen werden, da er keine Beschäftigung mehr hat, weil er infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig oder unfreiwillig arbeitslos geworden ist, sofern dies vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäss bestätigt wird. Demgegenüber kann die Aufenthaltserlaubnis bei Selbständigen gemäss Art. 12 Abs. 6 Anhang I FZA nicht allein deshalb entzogen werden, weil sie auf Grund einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit oder Unfall keine Erwerbstätigkeit mehr ausüben. Anders als bei Arbeitnehmern und anders als in der Unionsbürgerrichtlinie, die selbständig und unselbständig Erwerbstätige in Art. 7 gemeinsam regelt, fehlt hier also der Hinweis auf die unfreiwillige Arbeitslosigkeit. Da es sich auch um ein Urteil handelt, das eine neue, in der bisherigen Rechtsprechung noch nicht behandelte Rechtsfrage zum Gegenstand hat, ist nicht ohne Weiteres von seiner Übertragbarkeit auf das FZA auszugehen. Dafür spricht auch, dass der Gerichtshof einerseits mit dem Wortlaut der Richtlinienbestimmung argumentiert, wobei er die verschiedenen, nicht völlig deckungsgleichen Sprachfassungen heranzieht. Auch weist er ausdrücklich darauf hin, dass mit der Unionsbürgerrichtlinie der Ansatz der früheren Richtlinien, die u.a. Arbeitnehmer und Selbständige getrennt behandelten, überwunden werden solle, während das FZA noch auf den Unterscheidungen der alten Richtlinien beruht. Daher dürfte das Urteil im Ergebnis nicht auf das FZA übertragbar sein. Andererseits argumentiert der Gerichtshof hier auch teleologisch, dass es sich letztlich um die gleiche Zielsetzung bei Arbeitnehmern und Selbständigen handle. Insofern ist durchaus denkbar, dass die Rechtsprechung auch im Rahmen des FZA zumindest zum Ergebnis einer teilweisen Annäherung von Arbeitnehmenden und Selbständigen in diesem Bereich gelangen wird.

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)

I. Wahlrecht zu Wahlen der Arbeitnehmervertretung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-566/15, *Erzberger*

Eine nationale Regelung, die vorsieht, dass Arbeitnehmer im Falle eines Stellenwechsels zu einer Tochtergesellschaft ihres (bisherigen) Arbeitgebers in einen anderen Mitgliedstaat das Wahlrecht zu Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Mutterkonzern verlieren, steht – so der EuGH in der Rs. C-566/15³⁴ – mit Art. 45 AEUV³⁵ in Einklang. Soweit die Arbeitnehmenden im Ausland betroffen sind, die

³⁴ EuGH, Rs. C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562 (*Erzberger*).

³⁵ Das nationale Gericht hatte zwar auch nach der Auslegung von Art. 18 AEUV in diesem Zusammenhang gefragt; der Gerichtshof stellte jedoch (erneut, vgl. etwa schon EuGH, Rs. C-472/12, ECLI:EU:C:2014:2139 [*Schiebel*]) klar, dass Art. 18 AEUV eigenständig nur dann zur Anwendung kommt, wenn kein besonderes Diskriminierungsverbot einschlägig ist. Da Art. 45 Abs. 2 AEUV aber zugunsten der Arbeitnehmer ein besonderes Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für den Bereich der Arbeitsbedingungen vorsehe, sei Art. 18 AEUV vorliegend nicht heranzuziehen.

nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, fehle es bereits am grenzüberschreitenden Bezug. In Bezug auf Personen, die ihren Herkunftsmitgliedstaat verlassen, um sich zur Ausübung einer Tätigkeit in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben und sich dort aufzuhalten, sei dieses Recht von Art. 45 AEUV erfasst. Diese Bestimmung stehe jeder nationalen Massnahme entgegen, die geeignet ist, die Ausübung der Freizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Allerdings garantiere das Primärrecht den Arbeitnehmern nicht, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat in sozialer Hinsicht in jeder Beziehung neutral sei, da ein solcher Umzug aufgrund der Unterschiede zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Betroffenen je nach Einzelfall Vor- oder Nachteile mit sich bringen könne. Daher könne ein Arbeitnehmer nicht verlangen, im Aufnahmemitgliedstaat dieselben Arbeitsbedingungen zu haben wie im Herkunftsstaat. Es sei den Mitgliedstaaten nämlich unbenommen, mangels Harmonisierungs- oder Koordinierungsmassnahmen auf Unionsebene in dem betreffenden Bereich die Anknüpfungskriterien des Anwendungsbereichs ihrer Rechtsvorschriften zu bestimmen, wobei sie allerdings die unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten haben (so dass diese objektiv und nicht-diskriminierend sein müssten). Insofern stehe es dem Unionsrecht nicht entgegen, wenn ein Mitgliedstaat vorsieht, dass gewisse die Arbeitnehmervertretung betreffende Vorschriften nur auf Arbeitnehmer inländischer Betriebe Anwendung finden, wobei andere Mitgliedstaaten andere Anknüpfungspunkte vorsehen könnten. Falls nun ein Arbeitnehmer im Zuge des Stellenantritts in einem anderen Mitgliedstaat seine Mitentscheidungsbefugnisse im Ursprungsstaat verliert, stelle dies nur die Folge der „legitimen Entscheidung“ desselben dar, die Anwendung der nationalen Vorschriften in diesem Bereich auf bei einem inländischen Unternehmen tätige Personen zu beschränken.

Das Urteil ist weniger wegen des Ergebnisses denn wegen seiner Begründung bemerkenswert: Der Gerichtshof prüft erst gar nicht, ob die betreffende Regelung eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen könnte, sondern folgert allein aus dem Umstand, dass sich der hier relevante Nachteil für den Arbeitnehmer aus den unterschiedlichen Systemen und Rechtsvorschriften im Bereich der Mitbestimmung ergebe, dass er mit dem Unionsrecht vereinbar sei, soweit das Anknüpfungskriterium objektiv und nicht-diskriminierend ist, wovon der Gerichtshof *in casu* offenbar ausging (auch wenn er dies nicht im Einzelnen belegt). Beschränkungen der Grundfreiheiten resultieren jedoch sehr häufig (nur) aus den Unterschieden nationaler Rechtsordnungen, was den EuGH in anderen Fallgestaltungen nicht davon abhält, festzustellen, dass eine bestimmte Regelung die Grundfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen kann. Daher stellt sich vorliegend die Frage, warum der Gerichtshof nicht die tatbestandliche Einschlägigkeit zumindest prüfte, sondern sie von vornherein verneinte, dies übrigens mit einer Begründung, welche an die soziale Sicherheit erinnert (auch hier kann die Wahrnehmung der Freizügigkeit Nachteile mit sich bringen, ohne dass die betreffenden Regelungen am Massstab des Unionsrechts gemessen werden können). Aus dogmatischer Sicht stellt sich m.a.W. die Frage, unter welchen Voraussetzungen lediglich ein (nicht am Massstab der Grundfreiheiten zu prüfender) Unterschied zwischen Systemen und Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten anzunehmen ist bzw. wann das Vorliegen einer Beschränkung (und ggf. der Rechtfertigung) zu prüfen ist. Vieles könnte

im Gefolge dieses Urteils dafür sprechen, dass bei die Arbeitsbedingungen betreffenden Regelungen, die aus der Natur der Sache eine „Wegzugs- oder Hinzugsbeschränkung“ implizieren können, *per se* keine Beschränkung der Freizügigkeit vorliegen kann (sofern die Regelungen nicht-diskriminierend ausgestaltet sind), da diese die inhärenten Modalitäten der Tätigkeit betreffen, welche mehr oder weniger attraktiv sein können, und eine Prüfung solcher Regelungen am Massstab des Vertrages letztlich die diesbezüglichen Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten aushebelte.

Darüber hinaus ist noch interessant, dass der Gerichtshof ungeachtet der Kontrolle der Mutter- über die Tochtergesellschaft einen grenzüberschreitenden Bezug allein aufgrund des Wechsels des Arbeitnehmers in einen anderen Mitgliedstaat bejaht. Man wird hieraus schliessen können, dass wohl auch im Falle des Stellenwechsels innerhalb desselben Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt. Dieser Schluss wird durch den allgemeinen Bezug des Gerichtshofs auf die Tragweite des Art. 45 AEUV (der den Unionsangehörigen das Recht verleihe, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um sich zur Ausübung einer Tätigkeit in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben und dort aufzuhalten) bestätigt.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das Urteil behandelt eine so zuvor noch nicht entschiedene Rechtsfrage, doch dürfte die Auslegung der entsprechenden Vorschriften des FZA zum gleichen Ergebnis kommen. Dem Diskriminierungsverbot des Art. 45 Abs. 2 AEUV entspricht im Abkommen, das kein diesem entsprechendes spezielles Diskriminierungsverbot zu Gunsten der Arbeitnehmenden enthält, das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA. Auch die Argumentation des EuGH, dass sich der hier relevante Nachteil für den Arbeitnehmer aus den unterschiedlichen Systemen und Rechtsvorschriften in den jeweiligen Mitgliedstaaten ergebe, ist auf das Abkommen übertragbar. Ebenso wie im Unionsrecht dürfte diese Argumentation allerdings auf bestimmte Konstellationen beschränkt bleiben, in denen es darum geht, Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten zu beachten, während in der Regel zu prüfen ist, ob die fragliche Massnahme die Grundfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen kann mit der Folge, dass sie einer Rechtfertigung bedarf. Schliesslich dürfte auch die Feststellung, dass auch im Falle des Stellenwechsels innerhalb desselben Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt, auf das FZA übertragbar sein.

II. Zugang zu staatlichen Leistungen

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH*

a) *Rs. C-419/16, Simma Federspiel*

In der Rs. C-419/16³⁶ stand eine nationale Regelung zur Debatte, wonach die Gewährung eines Stipendiums zur Finanzierung einer Facharztausbildung in einem

³⁶ EuGH, Rs. C-419/16, ECLI:EU:C:2017:997 (Simma Federspiel).

anderen Mitgliedstaat davon abhängig gemacht wird, dass der begünstigte Arzt nach dem Abschluss seiner Facharztausbildung für eine gewisse Zeit im erstgenannten Mitgliedstaat beruflich tätig ist; erfüllt er diese Vorgabe nicht, muss er bis zu 70% des erhaltenen Stipendiums zuzüglich Zinsen zurückzahlen. Der Gerichtshof stellte – nach der Verneinung der Einschlägigkeit des möglicherweise relevanten Sekundärrechts – fest, eine solche Regelung sei geeignet, die Betroffenen davon abzuhalten, von ihrem Recht auf Freizügigkeit (Art. 45 AEUV)³⁷ Gebrauch zu machen. Denn die bedeutenden finanziellen Konsequenzen (im Ausgangssachverhalt eine Rückzahlungspflicht von über 100'000 EUR) könnten sie davon abhalten, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten oder sich dort niederzulassen. Jedoch könne eine solche Massnahme grundsätzlich durch das Anliegen, eine qualitativ hochwertige, ausgewogene und allen zugängliche fachärztliche Betreuung der Bevölkerung zu gewährleisten, gerechtfertigt werden. Denn Ziel der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung sei die Schaffung zusätzlicher Stellen für die Facharztausbildung, und sie erlaube es somit, die Zahl der Fachärzte auf dem Arbeitsmarkt zu erhöhen. Indem die Ärzte, die das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Stipendium erhalten haben, verpflichtet werden, nach dem Abschluss ihrer Facharztausbildung ihre berufliche Tätigkeit für eine gewisse Zeit in der betreffenden Provinz (die autonome Provinz Bozen) auszuüben, trage die Regelung dazu bei, die Nachfrage nach Fachärzten in dieser Provinz zu decken. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht Rechnung getragen werde (wobei der Gerichtshof auch auf den weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten und ihre Zuständigkeit, das Gesundheitsschutzniveau festzulegen, hinweist). Es drängten sich auch keine mildernden Massnahmen auf, dies insbesondere angesichts der konkreten Ausgestaltung der Regelung (die Pflicht, in der Autonomen Provinz Bozen zu arbeiten, ist auf fünf Jahre innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren nach dem Erwerb der Spezialisierung beschränkt und kommt nur zum Tragen, falls für den betreffenden Arzt in dieser Provinz eine Facharztstelle verfügbar ist und ihm zu gegebener Zeit angeboten wird) sowie der spezifischen Bedürfnisse der Provinz Bozen (eine ausreichende Versorgung mit Fachärzten in beiden Amtssprachen).

Das Urteil ist ein weiteres Beispiel für den eher weiten Gestaltungsspielraum, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitspolitik einräumt. Gleichzeitig weist der EuGH aber auch auf die Spezifitäten des Ausgangssachverhalts bzw. der nationalen Regelung hin, welche im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung offenbar für ausschlaggebend angesehen wurden, womit dann auch wieder die Grenzen des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums deutlich werden. Daher kann aus dem Urteil nicht abgeleitet werden, dass eine derartige Regelung in Bezug auf das gesamte Staatsgebiet ebenfalls den Anforderungen der Verhältnismässigkeit entspreche.

b) Rs. C-496/15, Eschenrenner

Gewährt ein Mitgliedstaat im Falle der Zahlungsunfähigkeit eines Arbeitgebers den betroffenen Arbeitnehmern sog. Insolvenzgeld, so ist es mit Art. 45 AEUV und

³⁷ Oder auf freie Niederlassung (Art. 49 AEUV).

Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011³⁸ vereinbar, falls bei einem nicht in diesem Mitgliedstaat ansässigen Grenzgänger das Insolvenzgeld um denjenigen Betrag gekürzt wird, der der Lohnsteuer in diesem Staat entspricht. Dies gilt auch, falls dieser Abzug dazu führt, dass das Insolvenzgeld unter den Betrag des bisherigen Nettoarbeitsentgelts des Grenzgängers fällt, während das Gebietsansässigen zustehende Insolvenzgeld im Ergebnis dem bisherigen Nettoarbeitsentgelt entspricht. Denn – so der EuGH in der Rs. C-496/15³⁹ – es handle sich hier um den Ausfluss der Befugnis des betreffenden Mitgliedstaats, das Insolvenzgeld zu besteuern, und der Unterschied zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden in Bezug auf die Frage, ob das bisherige Nettoarbeitsentgelt erreicht wird, rühre allein daher, dass der Steuersatz im Wohnsitzstaat (der während der Aktivzeit zum Zuge kam) niedriger war als im Beschäftigungsstaat, so dass es letztlich um zufallsbedingte Unterschiede gehe. Man wird dem noch hinzufügen können, dass diese Differenzen letztlich eine zwingende Konsequenz der Zuständigkeit zur Besteuerung der entsprechenden Einkünfte bzw. Zahlungen darstellen.⁴⁰

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Die Ausführungen des EuGH in der Rs. *Simma Federspiel* lassen sich grundsätzlich auf das FZA übertragen. Studienabsolventen der Medizin oder anderer Fächer, die nach dem Studium in einen anderen Staat ziehen und dort als Arbeitnehmende oder Selbständige tätig sein wollen, können sich auf die Aufenthaltsrechte der Art. 2 Abs. 1 bzw. 12 Abs. 1 Anhang I FZA berufen. Diese enthalten wie die Parallelvorschriften im Unionsrecht ein Beschränkungsverbot,⁴¹ so dass eine Pflicht zur Rückzahlung von Ausbildungskosten einer Rechtfertigung bedarf, die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügt. Die vom Gerichtshof in der vorliegenden Rechtsache angeführten Erwägungen, insbesondere zum weiten Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes, stellen letztlich die Anwendung bereits in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des FZA etablierter Grundsätze dar, deren Berücksichtigung gemäss Art. 16 FZA dazu führen dürfte, dass die Auslegung des FZA bei einer entsprechenden Regelung zum gleichen Ergebnis käme.

In der Rs. *Eschenrenner* wiederum geht es um einen Anspruch auf Gleichbehandlung, der auf Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 gestützt wird. Diesen entsprechen im Freizügigkeitsabkommen Art. 2 FZA bzw. Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, welcher ebenso wie Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 der alten Vorschrift des Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 nahezu wörtlich nachgebildet ist und wie dieser Diskriminierungen bzgl. sozialer und steuerlicher Vergünstigungen verbie-

³⁸ VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

³⁹ EuGH, Rs. C-496/15, ECLI:EU:C:2017:152 (*Eschenrenner*).

⁴⁰ S. weiter noch EuGH, Rs. C-420/15, ECLI:EU:C:2017:408 (U.), wo der EuGH feststellte, Art. 45 AEUV stehe einer nationalen Regelung entgegen, die Wanderarbeitnehmer verpflichtet, in ihrem Heimatstaat zugelassene Kraftfahrzeuge, die auch hauptsächlich in diesem benutzt werden, im Aufnahmemitgliedstaat zuzulassen.

⁴¹ Vgl. EuGH, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*), Rz. 93 ff.

tet. Da der EuGH in seiner Argumentation lediglich seine bereits vor der Unterzeichnung des FZA etablierte Rechtsprechung auf eine neue Fallkonstellation anwendet, ist das Urteil im Ergebnis ebenfalls auf das FZA übertragbar.

D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 56 AEUV)

I. Verkehrsdienstleistungen: *Uber* auf dem Prüfstand des EuGH

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-434/15, *Elite Taxi*

Art. 58 AEUV schliesst Verkehrsdienstleistungen vom Anwendungsbereich des Kapitels über Dienstleistungen aus, mit der Folge, dass die Liberalisierung auf diesem Gebiet über sekundärrechtliche Regelungen erfolgen muss und die primärrechtlich garantierte und unmittelbar anwendbare Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) nicht geltend gemacht werden kann. In der Rs. C-434/15⁴² stellte der Gerichtshof fest, Verkehrsvermittlungsdienste wie *Uber* (die mittels einer *Smartphone*-Applikation eine Verbindung zwischen nicht berufsmässigen Fahrern mit eigenem Fahrzeug und zahlenden Personen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich durchführen wollen, herstellen) seien als mit einer Verkehrsdienstleistung untrennbar verbunden anzusehen und daher als Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 AEUV einzustufen, so dass sie vom Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV (aber auch der RL 2006/123⁴³ und der RL 2000/31⁴⁴) ausgenommen seien. Zwar unterscheide sich der Vermittlungsdienst von der eigentlichen Verkehrsdienstleistung (der Beförderung); jedoch gebe der Vermittlungsdienst gleichzeitig ein Angebot zur Erbringung der Verkehrsdienstleistung ab, und die Durchführung der Verkehrsdienstleistung selbst sei ohne den Vermittlungsdienst nicht möglich. Im Übrigen beeinflusse ein Unternehmen wie *Uber* massgeblich die Bedingungen, unter denen die Fahrer ihre Leistungen erbringen. So setze *Uber* mindestens den Höchstpreis für eine Fahrt fest, erhebe den Preis beim Kunden und überweise danach einen Teil davon an den nicht berufsmässigen Fahrer. Weiter übe *Uber* eine gewisse Kontrolle über die Qualität der Fahrzeuge und deren Fahrer aus, die ggf. zum Ausschluss führen könnten. Insofern sei der Vermittlungsdienst als integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht, anzusehen und daher nicht als Dienst der Informationsgesellschaft im Sinne von Art. 1 Nr. 2 RL 98/34, auf den Art. 2 lit. a RL 2000/31 verweist, sondern als Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. d RL 2006/123 zu qualifizieren.

Damit knüpft der Gerichtshof an andere Urteile an, in denen er bereits Dienstleistungen, die „naturgemäss“ mit einer körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mit einem Verkehrsmittel

⁴² EuGH, Rs. C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (*Elite Taxi*).

⁴³ RL 2006/123 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, 36.

⁴⁴ RL 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr, ABl. 2000 L 178, 1.

verbunden sind, als Verkehrsdienstleistung erachtet hat.⁴⁵ Dass der Gerichtshof den Schwerpunkt der einheitlichen Dienstleistung im Verkehrssektor sieht (und nicht im elektronischen Geschäftsverkehr, was die Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV nach sich gezogen hätte), überzeugt. Das Urteil ist von grosser grundsätzlicher Bedeutung. Denn da sich ein Unternehmen wie *Uber* nicht auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann, können die Mitgliedstaaten grundsätzlich die Aktivitäten des Vermittlungsdienstes einschränken oder gar verbieten, ohne dass dem aus unionsrechtlicher Sicht Grenzen gesetzt wären. Der Ausschluss der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit in diesem Urteil impliziert auch, dass ihm keine Aussagen über die unionsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf andere, nach einem ähnlichen Prinzip funktionierende Dienstleistungen, die jedoch nicht als Verkehrsdienstleistungen zu qualifizieren sind (wie z.B. *Airbnb*), zu entnehmen sind. Sobald es nämlich nicht um eine Verkehrsdienstleistung geht, kommt Art. 56 AEUV zum Zuge, so dass etwaige Beschränkungen am Massstab des Unionsrechts zu messen sind und man auf zukünftige Urteile in diesem Bereich gespannt sein darf (wobei in anderen Bereichen wohl nur ausnahmsweise eine ähnlich enge Regulierung wie im Taxigewerbe zu erwarten ist).

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das Urteil ist zum einen deshalb von grundlegender Bedeutung, weil es erstmals klärt, dass bei dem von *Uber* gewählten Geschäftsmodell eine Dienstleistung von *Uber* selbst und nicht etwa von den Fahrern erbracht wird. Insofern wendet der Gerichtshof die vor der Unterzeichnung des FZA etablierten Kriterien insbesondere des Dienstleistungsbegriffs an, so dass diese Rechtsprechung im Ergebnis auch für das FZA zu übernehmen ist. Da *Uber* ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat ist, liegt eine grenzüberschreitende Dienstleistung nicht nur dann vor, wenn eine Fahrt vom Ausland in die Schweiz oder umgekehrt durchgeführt wird, sondern auch bei Fahrten, die sich auf das Territorium der Schweiz beschränken.⁴⁶

Da das FZA keine ausdrückliche Bestimmung enthält, wonach Verkehrsdienstleistungen vom Anwendungsbereich des Abkommens ausgenommen wären, stellt sich die Frage, ob nicht dennoch eine solche Ausnahme anzunehmen ist, da das Abkommen ansonsten weitergehende Verpflichtungen der Vertragsparteien enthielte als das entsprechende Unionsrecht. Diese Frage stellte sich bereits in einem Fall, in dem es um das Recht deutscher und österreichischer Taxifahrer ging, Fahrgäste am Flughafen Zürich aufzunehmen. Während die Vorinstanz noch angenommen hatte, dass die Regelung im Ergebnis nicht weiter gehen könne als das entsprechende Unionsrecht, stellte das Verwaltungsgericht Zürich fest, dass das Abkommen insofern keine planwidrige Lücke enthalte. Denn Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA sehe ausdrückliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Abkommens für Arbeitsvermittlungs- und Verleihunternehmen und bestimmte Finanzdienstleistungen vor.⁴⁷ Folgt man dieser Rechtsprechung, ist jedoch weiter zu beachten, dass das

⁴⁵ So EuGH, Rs. C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685 (Grupo Itevelesa), Rn. 45; EuGH, Gutachten 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 (Freihandelsabkommen mit Singapur), Rn. 61.

⁴⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden auch *Sian Affolter*, Über *Uber*: Gedanken zur EU-rechtlichen Betrachtung der „Uber-Leistung“ und den Implikationen für die Schweiz, in: Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2017, 2018, 235, 251 ff.

⁴⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2014, VB.2013.00231.

FZA, das die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen insbesondere in Art. 5 FZA und Art. 17 ff. Anhang I FZA regelt, die Dienstleistungsfreiheit nicht umfassend gewährt wie im Unionsrecht. Gemäss der Rechtsprechung sowohl des EuGH⁴⁸ als auch des Schweizerischen Bundesgerichts⁴⁹ garantiert das Freizügigkeitsabkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen, nicht aber die aktive Dienstleistungsfreiheit als solche.⁵⁰ Zudem wurde auch die Dienstleistungsrichtlinie, die in ihrem Art. 16 das Recht auf freie Dienstleistungserbringung vorsieht, nicht in das Abkommen übernommen. Das FZA gewährt jedoch ein Einreise- und Aufenthaltsrecht zu Gunsten von Dienstleistungserbringern, wenn die Dienstleistung die Dauer von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr nicht übersteigt oder falls eine behördliche Erlaubnis zur Dienstleistungserbringung erteilt wurde.⁵¹ Dieses Recht darf gemäss Art. 17 lit. a Anhang I FZA nicht beschränkt werden und gilt auch zu Gunsten von Gesellschaften.⁵² Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern verbietet Art. 19 Anhang I FZA, wonach diese ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben dürfen wie eigene Staatsangehörige des Empfangsstaates. Subsidiär ist bei der Anwendung der Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit („bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“) das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA zu prüfen. Folgt man also der Rechtsprechung von Bundesgericht und EuGH,⁵³ geniessen die *Uber*-Fahrer insbesondere ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz und dürfen die von *Uber* erbrachten Dienstleistungen keinen Regelungen unterworfen werden, die sie gegenüber inländischen Anbietern diskriminieren würden, doch besteht kein Verbot von Beschränkungen der aktiven Dienstleistungsfreiheit entsprechend Art. 56 AEUV.

II. Diplomanerkennung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-125/16, *Malta Dental*

Aus dem Bereich der Diplomanerkennung ist auf die Rs. C-125/16⁵⁴ hinzuweisen: Hier stellte der Gerichtshof fest, es stehe sowohl mit Art. 49 AEUV als auch mit den Vorgaben des Sekundärrechts über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (insbesondere der RL 2005/36⁵⁵) in Einklang, wenn ein in einem anderen Mitgliedstaat ausgebildeter Zahntechniker seine Tätigkeit nur unter Mitwirkung eines

⁴⁸ EuGH, Rs. C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 (Hengartner); siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75, 120 ff.

⁴⁹ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

⁵⁰ Ausführlich hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007 (Fn. 2), 101, 120 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008 (Fn. 2), 55, 82 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012 (Fn. 2), 51, 71 f.; *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz–EU, 2011, 81, 87 ff.

⁵¹ Art. 5 Abs. 1 und 2 FZA; Art. 17 Anhang I FZA.

⁵² Art. 18 Anhang I FZA.

⁵³ Mit guten Gründen anders insoweit *Affolter* (Fn. 46), 254 f.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-125/16, ECLI:EU:C:2017:707 (*Malta Dental Technologists Association*).

⁵⁵ RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

Zahnarztes ausüben darf. Der Beruf des Zahntechnikers sei in Malta (es ging um eine maltesische Regelung) ein reglementierter Beruf, denn seine Ausübung sei davon abhängig, dass die Betreffenden über ein speziell auf diesen Beruf vorbereitendes Diplom verfügen müssen. Da er aber nicht spezifisch in der RL 2005/36 aufgeführt sei, sei auf die allgemeinen Anerkennungsregeln (Art. 10 ff. RL 2005/36) abzustellen, wobei die betreffende nationale Regelung aber gerade nicht dazu führe, dass der Beruf des Zahntechnikers nicht ausgeübt werden könne. Vielmehr komme nur eine zusätzliche Anforderung, nämlich die Mitwirkung eines Zahnarztes, zum Zuge, und zwar sowohl für im Inland als auch im Ausland ausgebildete Zahntechniker. Da die RL 2005/36 jedoch die Bedingungen für die Ausübung des reglementierten Berufs des Zahntechnikers nicht harmonisiere, sei diese nicht einschlägig und die fragliche nationale Vorschrift am Massstab des Primärrechts zu messen. Zwar stelle ein solches Mitwirkungserfordernis eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar (insbesondere soweit eine derartige Anforderung im Herkunftsstaat nicht zum Zuge kommt). Allerdings könne es durch den Schutz der öffentlichen Gesundheit – bei dem den Mitgliedstaaten ein grosser Wertungsspielraum zukomme, was sich auch auf der Ebene der Verhältnismässigkeitsprüfung auswirke – gerechtfertigt werden.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das FZA verweist gemäss Art. 9 FZA in Anhang III auf die Diplomanerkennungsrichtlinie 2005/36, welche daher auch im Verhältnis zur Schweiz anwendbar ist.⁵⁶ In dem vorliegenden Urteil legt der Gerichtshof deren Vorschriften in Bezug auf eine so noch nicht entschiedene Sachverhaltskonstellation aus. Da er sich dabei auf die bekannten Auslegungsgrundsätze des Unionsrechts stützt, dürfte die Interpretation im Rahmen des Abkommens zu den gleichen Ergebnissen führen. Dies gilt insbesondere für den relativ weiten Gestaltungsspielraum, über den die Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes verfügen. Darüber hinaus entspricht es auch der bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens etablierten Rechtsprechung, dass die primärrechtlichen Grundfreiheiten anwendbar sind, wenn die Berücksichtigung der bereits im Ausland erworbenen Qualifikationen nicht durch die Diplomanerkennungsrichtlinie geregelt ist. Im Ergebnis dürfte die gleiche Konstellation im Kontext des Freizügigkeitsabkommens ebenso zu entscheiden sein.

III. Werbeverbote

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-339/15, Vanderborght*

Ein allgemeines und ausnahmsloses Verbot jeglicher Werbung für zahnärztliche Leistungen verstösst – so der EuGH in der Rs. C-339/15⁵⁷ – u.a. gegen Art. 56

⁵⁶ Vgl. allgemein zur Anerkennung von Diplomen und Berufsqualifikationen im Rahmen des FZA jetzt *Frédéric Berthoud*, *La reconnaissance des qualifications professionnelles : Union européenne et Suisse–Union européenne*, 2016.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335 (Vanderborght).

AEUV.⁵⁸ Ein solches Verbot beschränke die Möglichkeit, sich bei potenziellen Kunden (auch im EU-Ausland) bekannt zu machen, so dass ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vorliege. Zwar komme grundsätzlich eine Rechtfertigung in Betracht, da die Massnahme grundsätzlich geeignet sei, Anliegen der öffentlichen Gesundheit sowie der Wahrung der „Würde“ des Zahnarztberufs zu schützen. Allerdings sei ein allgemeines und absolutes Verbot jeglicher Werbung nicht erforderlich, da diesen Interessen durch weniger einschneidende Massnahmen, wie etwa die Eingrenzung von Form und Modalitäten der Werbung, Rechnung getragen werden könne.

Soweit die Erfassung von Werbeverböten durch die Grundfreiheiten im Allgemeinen und die Dienstleistungsfreiheit im Besonderen betroffen ist, liegt das Urteil auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung, und auch die Verneinung der Erforderlichkeit vermag kaum zu überraschen. Die möglichen Auswirkungen auf nationale Standesregelungen könnten aber durchaus erheblich sein: Denn viele Mitgliedstaaten kennen in Bezug auf gewisse Berufe (wie z.B. Ärzte oder Rechtsanwälte) Standesregeln, welche u.a. die Werbung regeln bzw. (weitgehend) verbieten. In der Regel dürfte für die allermeisten dieser Berufe zumindest in gewissen Regionen ein grenzüberschreitender Bezug zu bejahen sein, so dass sich die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht stellt, wobei in der Regel wohl in erster Linie die Verhältnismässigkeit problematisch sein wird. Jedenfalls ist wohl zu bezweifeln, dass sich bereits alle Standesorganisationen in den Mitgliedstaaten des Umstands bewusst sind, dass die Regelung der Werbung (und wohl auch zahlreiche sonstige standesrechtliche Vorgaben) am Massstab des Unionsrechts zu messen ist. Immerhin ist aber daran zu erinnern, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten – wie der EuGH auch in dem angezeigten Urteil erwähnt – durchaus einen gewissen Wertungsspielraum, insbesondere in Bezug auf das Schutzniveau, einräumt.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Wie bereits oben (D.I.2.) gezeigt, gewährt das Freizügigkeitsabkommen die Dienstleistung nicht umfassend. Gemäss der Rechtsprechung sowohl des EuGH⁵⁹ als auch des Schweizerischen Bundesgerichts⁶⁰ garantiert das Freizügigkeitsabkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen, nicht aber die aktive Dienstleistungsfreiheit als solche. Jedoch verbietet Art. 19 Anhang I FZA Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern, wonach diese ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben dürfen wie eigene Staatsangehörige des Empfangsstaates. Folgt man der Rechtsprechung von Bundesgericht und EuGH, so lässt sich das Urteil insofern auf das FZA übertragen, wenn es um diskriminierende Regelungen geht, die inländische Dienstleistungsanbieter bevorzugen. Zu beachten ist jedoch, dass Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA die Niederlassungsfreiheit parallel zur unionsrechtlichen Gewährleistung gemäss Art. 49 AEUV gewährt, welche allerdings lediglich für natürliche,

⁵⁸ In dem Urteil setzte sich der EuGH auch mit der hier nicht weiter problematisierten Vereinbarkeit einer solchen Massnahme mit der RL 2000/31 (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, ABl. 2000 L 178, 1) auseinander, die ebenfalls verneint wurde.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 (Hengartner); siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 2), 75, 120 ff.

⁶⁰ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

nicht aber für juristische Personen gilt.⁶¹ Da bei der Niederlassungsfreiheit hinsichtlich des Vorliegens einer Beschränkung und der Anforderungen an eine Rechtfertigung letztlich die gleichen Kriterien wie bei Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit zum Zuge kommen und das Urteil diesbezüglich auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung liegt, lassen sich die Ausführungen des Gerichtshofs insoweit ohne Weiteres auf das FZA übertragen. Somit dürften auch Werbeverbote in der Schweiz am Massstab des FZA auf ihre Verhältnismässigkeit zu überprüfen sein.

IV. „Wegzugsbeschränkungen“

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-106/16, *Polbud*

Eine besondere Art der „Wegzugsbeschränkung“ stand im Fokus der Rs. C-106/16⁶²: So sieht das polnische Recht vor, dass Gesellschaften, die ihren satzungsmässigen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen wollen und dabei in eine dem Recht dieses anderen Mitgliedstaates unterliegende Gesellschaft umgewandelt werden (müssen), zunächst aufgelöst werden müssen, was spätestens dann relevant wird, wenn die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister beantragt wird. Der EuGH erachtete diese Regelung für mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar: Denn Art. 49 AEUV umfasse auch das Recht, den satzungsmässigen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, und zwar auch dann, wenn der tatsächliche Sitz nicht modifiziert wird und wenn diese Verlegung die Umwandlung einer Gesellschaft in eine andere Rechtsform nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats impliziert. Kann eine Löschung des Handelsregistereintrags nur unter der Voraussetzung der Liquidation einer Gesellschaft erfolgen, erschwere oder verhindere dies die grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft, so dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliege. Eine Rechtfertigung komme zwar grundsätzlich aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls (insbesondere des Schutzes der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter) in Betracht. Jedoch sei die Regelung nicht verhältnismässig, sei doch nicht klar, worin genau die Gefahr für die genannten Interessen bestehe; auch und insbesondere seien keine weniger einschneidenden Massnahmen (wie z.B. Bankbürgschaften oder ähnliche Garantien) in Erwägung gezogen worden. Ebenso wenig greife das Anliegen der Betrugsbekämpfung, da die Regelung einer allgemeinen Missbrauchsvermutung gleichkomme.

Das Urteil knüpft durchaus an die bisherige Rechtsprechung an (wenn auch diese spezifische Konstellation noch nicht Gegenstand von Urteilen des Gerichtshofs war): Denn wenn die Niederlassungsfreiheit – was ständiger Rechtsprechung entspricht – das Recht umfasst, Gesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat nach dessen Recht zu gründen, impliziert dies auch das Recht, die Gesellschaftsform umzuwandeln. Dass die Niederlassungsfreiheit auch dann zum Zuge kommt, wenn der satzungsmässige Sitz in einem Mitgliedstaat nur deshalb begründet wurde, weil

⁶¹ EuGH, Rs. C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697 (Grimme), Rz. 36, 37 und 39 (zu diesem Urteil siehe bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 2), 77, 104 f.; EuGH, Rs. C-541/08, ECLI:EU:C:2010:74 (Fokus Invest), Rz. 30 ff.; vgl. ausserdem *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 2), 77, 98 f.

⁶² EuGH, Rs. C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 (Polbud); zu dieser Entscheidung auch *Nobel/Kaempf* in diesem Band,

in einem zweiten Mitgliedstaat eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt werden soll, ergibt sich ebenfalls bereits aus der bisherigen Rechtsprechung, ebenso wie der Umstand, dass allein ein „Ausnutzen“ der günstigeren Vorschriften in einem anderen Mitgliedstaat keinen Rechtsmissbrauch darstellt.⁶³ Nicht zu verkennen ist aber auch, dass die Niederlassungsfreiheit damit auch dann greift, wenn in demjenigen Mitgliedstaat, in dem die Niederlassung erfolgt, keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird oder werden soll. Darüber hinaus ermöglicht das Urteil den Gesellschaften letztlich die freie Wahl der Gesellschaftsform, ohne dass sich Minderheitsgesellschafter, Arbeitnehmer oder Gläubiger hiergegen zur Wehr setzen können. Im Ergebnis impliziert der Ansatz des Gerichtshofs, dass es in der Verantwortung der Mitgliedstaaten steht, die Voraussetzungen für Gesellschaftsgründungen zu formulieren und ggf. nicht erwünschte Gesellschaftsgründungen (wie z.B. „Briefkastenfirmen“) durch entsprechende nationale Vorschriften zu verhindern; die anderen Mitgliedstaaten dürfen zur Verfolgung zwingender Allgemeinwohlinteressen nur gezielte Massnahmen ergreifen und nicht allgemein Sitzverlegungen verhindern oder erschweren.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Betreffend die Niederlassungsfreiheit ist zu beachten, dass das FZA diese gemäss Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA wie bereits erwähnt nur für natürliche Personen gewährt, nicht aber für juristische Personen. Daher lassen sich die Ausführungen des EuGH zur Sitzverlagerung von Gesellschaften nicht auf das Abkommen übertragen.

V. Sonstige Beschränkungen

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH*

a) *Rs. C-99/16, Lahourgue*

In einem Mitgliedstaat zugelassene Rechtsanwälte können nach dem einschlägigen Sekundärrecht (RL 77/249, sog. Rechtsanwälte-Dienstleistungsrichtlinie) ihre Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat anbieten, wobei sie nur in gewissen Fällen einen sog. Einvernehmensanwalt beiziehen müssen. In der Rs. C-99/16⁶⁴ ging es um eine französische Regelung, wonach auch in den Konstellationen, in denen kein solcher Beizug erfolgen musste, Rechtsanwälten aus anderen Mitgliedstaaten kein Router für den Zugang zum privaten virtuellen Anwaltsnetzwerk zur Verfügung gestellt werden darf, so dass diese Anwälte keinen Zugang zu elektronischen Kommunikationsmitteln haben. Eine solche Regelung stelle eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs dar, da die Betroffenen somit auf die Übermittlung ihrer Dokumente durch Einreichung bei der Kanzlei oder auf dem Postweg angewiesen seien, was umständlicher und grundsätzlich teurer sei. Zwar

⁶³ Vgl. EuGH, Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (Centros); EuGH, Rs. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 (Inspire Art).

⁶⁴ EuGH, Rs. C-99/16, ECLI:EU:C:2017:391 (Lahourgue).

könne eine derartige Regelung grundsätzlich durch das Interesse an einer geordneten Rechtspflege gerechtfertigt werden, da in Frankreich „automatisch“ nur Rechtsanwälte mit einer Zulassung über ein eigenes elektronisches Zertifikat auch Zugang zum Router haben, so dass bei jeder Übermittlung diese Zulassung geprüft werde, dies im Hinblick auf eine geordnete Rechtspflege und den Schutz der Endempfänger. Auch sei die Regelung zur Verfolgung dieses Ziels geeignet. In Bezug auf die Kohärenz und Erforderlichkeit sei jedoch zu beachten, dass diese nur dann bejaht werden könne, wenn auch bei der Übermittlung auf dem Postweg oder über die Einreichung bei einer Kanzlei systematisch und durchgängig die Anwaltschaft überprüft wird, was durch das zuständige Gericht zu eruieren sei.

b) Rs. C-342/15, Piringer

In der Rs. C-342/15⁶⁵ hatte sich der Gerichtshof erneut⁶⁶ mit der Vereinbarkeit einer die Tätigkeit von Notaren betreffenden nationalen Regelung mit Art. 56 AEUV auseinanderzusetzen: Ausgehend von seiner Rechtsprechung, wonach die Beurkundungstätigkeit der Notare als solche keine öffentliche Gewalt im Sinn von Art. 51 Abs. 1 AEUV darstelle, prüfte er die Vereinbarkeit einer nationalen Bestimmung (auf Vorlage eines österreichischen Gerichts), welche die Beglaubigung von Unterschriften im Hinblick auf die Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte (Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften) Notaren vorbehält. Eine solche Vorgabe stelle eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, da sie die Anerkennung einer Beglaubigung durch in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Rechtsanwälte ausschliesse. Jedoch könne sie durch die Anliegen der Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems sowie der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privaten – die im Hinblick auf den Schutz einer ordnungsgemässen Rechtspflege als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzusehen seien – gerechtfertigt werden. Insbesondere erhalte der Notar Kenntnis vom Inhalt des fraglichen Rechtsakts und könne die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen überprüfen, so dass es auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung trage, solche Tätigkeiten einer bestimmten Berufsgruppe vorzubehalten, die öffentliches Vertrauen genießt und über die der betreffende Mitgliedstaat eine besondere Kontrolle ausübt (was der Gerichtshof im Rahmen der Verhältnismässigkeit prüft).

Das Urteil überzeugt: Zwar ist das Vorliegen einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit letztlich auf die Einstufung derartiger Beglaubigungen als öffentliche Urkunden zurückzuführen. Allerdings impliziert die nationale Regelung notwendigerweise, dass in anderen Mitgliedstaaten nach den dort geltenden Regelungen vorgenommene Beglaubigungen nicht anerkannt werden, so dass man auf die

⁶⁵ EuGH, Rs. C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196 (Piringer). Der Gerichtshof äusserte sich in dem Urteil auch zur Tragweite der RL 77/249 (Rechtsanwälte-Dienstleistungsrichtlinie), worauf hier nicht weiter eingegangen wird.

⁶⁶ S. bereits z.B. EuGH, Rs. C-53/08, ECLI:EU:C:2011:338 (Kommission/Österreich); s. aus dem Berichtszeitraum im Übrigen noch EuGH, Rs. C-392/15, ECLI:EU:C:2017:73 (Kommission/Ungarn), wo der Gerichtshof das Staatsangehörigkeitserfordernis als Voraussetzung für die Ausübung des Notarberufs in Ungarn für mit Art. 49 AEUV unvereinbar erachtet. Er betonte bei dieser Gelegenheit auch (erneut) die enge Auslegung des Art. 51 AEUV, so dass sich seine Tragweite auf dasjenige beschränken müsse, was zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen unbedingt erforderlich sei; auch seien Hilfs- und Vorbereitungstätigkeiten zur Ausübung hoheitlicher Gewalt ausgeschlossen.

Dienste der betreffenden Personen zumindest nicht mit Blick auf die erfassten Rechtsgeschäfte zurückgreifen wird. Dass z.B. in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Rechtsanwälte ihre Dienstleistungen ansonsten grundsätzlich anbieten können, ändert hieran nichts, wird doch der Nutzen dieser Dienstleistungen durch die in Frage stehende mitgliedstaatliche Regelung deutlich eingeschränkt (so er überhaupt noch gegeben ist). Bei der Rechtfertigung kann man zwar in Bezug auf die Frage, wie weit eine „Kontrolle“ des Mitgliedstaates über eine Berufsgruppe gehen soll und auf welche Weise die Rechtspflege und die Rechtssicherheit geschützt werden sollen, mit guten Gründen unterschiedlicher Ansicht sein. Jedoch ist es Sache der Mitgliedstaaten, das Schutzniveau (das auch höher als in anderen Mitgliedstaaten ausfallen kann) zu bestimmen, und die Verhältnismässigkeitsprüfung hat sich dann notwendigerweise an diesem (ggf. hohen) Niveau zu orientieren. Insgesamt dürfte das Urteil implizieren, dass die Notariatsregelungen – so wie sie zahlreiche kontinentaleuropäische Staaten kennen – grundsätzlich mit den Vorgaben des Unionsrechts in Einklang stehen. Bemerkenswert ist weiter, dass der Gerichtshof in diesem Urteil ausdrücklich seine Rechtsprechung zur differenzierten Reichweite der Rechtfertigungsgründe je nach Vorliegen einer (formell) diskriminierenden Massnahme (diesfalls kommen nur die im Vertrag ausdrücklich formulierten Gründe in Frage) oder einer nicht formell diskriminierenden Massnahme (diesfalls können darüber hinaus zwingende Gründe des Allgemeinwohls zum Zuge kommen) bestätigt.

c) *Rs. C-552/15, Kommission /Irland*

Wie der EuGH in der Rs. C-552/15⁶⁷ festhielt, habe Irland gegen seine Verpflichtung aus Art. 56 AEUV verstossen, indem die Höhe der Zulassungssteuer für Kraftfahrzeuge jedenfalls derjenigen entspricht, welche für eine endgültige Zulassung zu entrichten ist. Dies galt unabhängig davon, wie lange die tatsächliche Dauer der vorgesehenen Nutzung eines eingeführten Fahrzeugs in Irland ist, selbst wenn die Dauer eines *Leasing*- oder Mietverhältnisses im Voraus feststeht und bekannt ist. Denn die Verpflichtung zur vorherigen Zahlung der vollen Zulassungssteuer sei geeignet, sowohl Gebietsansässige davon abzuhalten, *Leasing*- und Mietangebote für Kraftfahrzeuge durch Dienstleister in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen, als auch diese Dienstleister davon, ihre *Leasing*- oder Mietleistungen für Kraftfahrzeuge anzubieten, so dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliege. Diese könne auch nicht gerechtfertigt werden: Die Kosten für das Strassennetz könnten schon deshalb nicht angeführt werden, weil die Höhe der Steuer unabhängig von der Dauer der Fahrzeugnutzung ist, so dass es hier letztlich um wirtschaftliche Gründe gehe. Der Umweltschutz scheide ebenfalls aus, da die Steuer zwar auch in Abhängigkeit vom Schadstoffausstoss festgesetzt werde, jedoch keine Abstufung nach der Nutzungsdauer erfolge (selbst wenn diese von vornherein feststehe), so dass die Massnahme – wie der Gerichtshof nach einer detaillierten Analyse festhält – nicht den Anforderungen der Erforderlichkeit entspricht.

⁶⁷ EuGH, Rs. C-552/15, ECLI:EU:C:2017:698 (Kommission/Irland).

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

In der Rs. *Lahourgue* stellte der EuGH das Vorliegen einer Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs fest, welche einer Rechtfertigung bedürfe. Zwar enthalten die Vorschriften des FZA zur Dienstleistungsfreiheit, wie bereits erläutert, kein allgemeines Beschränkungsverbot zu Gunsten der Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen, jedoch dürfte die Massnahme zugleich eine indirekte Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit darstellen. Als solche fällt sie unter das Verbot des Art. 19 Anhang I FZA, wonach die Dienstleistungserbringer ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben können, wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt. Daher dürften die Anforderungen des EuGH an die Zulässigkeit der Regelung im Ergebnis auch im Rahmen des FZA zur Anwendung kommen. Denn insbesondere im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung wendet der Gerichtshof vor allem die in der Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des Abkommens etablierten Grundsätze an.

In der Rs. *Piringer* ging es wiederum um einen Fall der Dienstleistungsfreiheit, welche durch das Abkommen nur teilweise übernommen wird. Das FZA gewährt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH kein Recht auf aktive Dienstleistungserbringung, sondern lediglich gewisse Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen sowie das Diskriminierungsverbot des Art. 19 Anhang I FZA, wonach die Dienstleistungserbringer ihre Tätigkeit unter den gleichen Bedingungen ausüben können, wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt. Daraus lässt sich jedoch kein Anspruch ableiten, grenzüberschreitend Notardienstleistungen anbieten oder in Anspruch nehmen zu können.

In der Rs. *Kommission /Irland* schliesslich stellt der EuGH wiederum auf das Recht zur Erbringung oder zum Empfang grenzüberschreitender Dienstleistungen ab, welches nach der Rechtsprechung vom FZA nicht umfasst ist. Daher könnten sich die Parteien in einer vergleichbaren Konstellation nicht auf das Freizügigkeitsabkommen berufen.

E. Schlussbemerkung

Der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2017 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz im Rahmen der Auslegung des FZA illustriert (einmal mehr) die kaum zu überschätzende Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens, obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA an sich nur eine Berücksichtigungspflicht der bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung formuliert. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass – von Ausnahmen abgesehen – die weiterentwickelte Rechtsprechung des EuGH insoweit vollumfänglich für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, als dessen Anwendungsbereich eröffnet ist und das FZA auf Begriffe bzw. Konzepte des Unions-

rechts zurückgreift. Dieser Ansatz liegt auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts zugrunde, das seinen diesbezüglichen Grundsatzentscheid⁶⁸ seitdem mehrmals ausdrücklich bestätigt und ausführlich begründet hat.⁶⁹ Auch die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH geht mittlerweile klar in diese Richtung, so dass davon auszugehen ist, dass die Parallelität der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens im Verhältnis zu den entsprechenden Bestimmungen bzw. Vorgaben des Unionsrechts weitgehend sichergestellt werden kann. Dies gilt freilich nur eingeschränkt, sofern das Unionsrecht auf legislativer Ebene weiterentwickelt wird.

⁶⁸ BGE 136 II 5.

⁶⁹ BGE 142 II 35; jüngst BG, 2C_284/2016, Urteil vom 20. Januar 2017; vgl. insoweit auch die Hinweise in Fn. 4.