

Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2015/2016*, Bern 2016, S. 3-42. Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

1	
	Inhaltsübersicht..... 1
I.	Einleitung..... 1
II.	Institutionelle Aspekte 7
1.	Auslegung des FZA 8
2.	Parallelität der Rechtsentwicklung 23
3.	Gerichtliche Kontrolle 29
4.	Zum Rang des Abkommens in der Normenhierarchie unter besonderer Berücksichtigung abkommenswidriger Volksinitiativen 32
III.	Ausgewählte materiell-rechtliche Aspekte 38
1.	Arbeitnehmerbegriff 39
2.	Aufenthaltsrechte für sozialhilfeabhängige Personen..... 41
3.	Abgeschlossenheit der Aufenthaltsvoraussetzungen 45
IV.	Schluss 47

I. Einleitung

Das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU¹ ist – wie auch die anderen Abkommen der sog. „Bilateralen I“ – am 1. Juni 2002 in Kraft getreten, so dass auf eine rund 15-jährige Praxis zurückgeblickt werden kann.

¹ Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten, SR 0.142.112.681, nachfolgend als „Freizügigkeitsabkommen“ bzw. FZA bezeichnet.

Diese hat sich mittlerweile etabliert, und es erscheint nicht übertrieben festzustellen, dass das Freizügigkeitsabkommen insgesamt recht reibungslos funktioniert, was wohl ein massgebliches Verdienst der Rechtsprechung (des Bundesgerichts) ist, die im Laufe der Zeit die für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevanten Grundsätze etabliert und damit massgeblich zur Rechtssicherheit in diesem Zusammenhang beigetragen hat. An dieser insgesamt sehr positiven Bilanz ändern auch einige wenige und in ihrer Bedeutung insgesamt letztlich zu vernachlässigende Meinungsverschiedenheiten mit der Union betreffend die Auslegung einzelner Aspekte des Abkommens² nichts. Damit können sich heute Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Bezug auf die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ihnen in der Schweiz ein Aufenthaltsrecht zukommt, auf in ihrer Auslegung und damit Tragweite im Wesentlichen etablierte (woraan auch mitunter nach wie vor bestehende Einzelfragen nichts ändern) Grundsätze verlassen und berufen, womit – da auch Schweizern und Schweizerinnen in der Union derartige Rechte zukommen (was gelegentlich in Vergessenheit gerät, aber von grosser Bedeutung ist) – im Verhältnis zwischen der Union und der Schweiz eine in weiten Teilen den unionsrechtlichen Regeln entsprechende Freizügigkeitsrechte bestehen, die wohl insgesamt sowohl für die Betroffenen als auch für die Gesamtwirtschaft sehr positive Auswirkungen zeitigen.³

Nichtsdestotrotz wird die Personenfreizügigkeit Schweiz – EU politisch in den letzten Jahren zunehmend in Frage gestellt, wobei dies auf unterschiedliche Weise und mit unterschiedlicher Intensität sowie häufig (zumindest zunächst) eher indirekt erfolgt. Versucht man die diesbezüglichen Tendenzen und Vorstösse aus rechtlicher Sicht zu kategorisieren (wobei noch nicht alle auch wirklich in Angriff genommen bzw. konkretisiert wurden), so können grob vier „Kategorien“ der Infragestellung der Personenfreizügigkeit (bzw. Teilen derselben) unterschieden werden:

- Erstens kann eine grundsätzliche Infragestellung des Abkommens als solches indirekt erfolgen, indem insbesondere Initiativen lanciert werden, die zwar nicht explizit gegen die Freizügigkeit mit der Union gerichtet sind, jedoch die Grundprinzipien der Personenfreizügigkeit – so wie sie

² So insbesondere die Frage, ob gewisse Regelungen im Entsenderecht (so u.a. die sog. 8-Tages-Regel) mit dem FZA im Einklang stehen. Vgl. hierzu *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, 65 S., Freiburg 2009; ebenfalls veröffentlicht in Jusletter v. 31.8.2009.

³ Vgl. die Untersuchung der (positiven) Effekte der Freizügigkeit z.B. bei *Patrik Schellenbauer*, Wirtschaft und Arbeitsmarkt unter neuem Regime, in: Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, 81 ff., m.w.N.

im Abkommen niedergelegt sind – in Frage stellen bzw. mit diesem in einem erheblichen Spannungsverhältnis stehen. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf den neuen Art. 121a BV, der im Zuge der sog. „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingefügt wurde. Zwar kann diese Bestimmung m.E. so ausgelegt werden, dass sie gerade nicht zu einer Umsetzung verpflichtet, die im Widerspruch zum FZA steht,⁴ und im Übrigen würde selbst im Falle eines anderen diesbezüglichen Ansatzes die Umsetzung in jedem Fall im Einklang mit dem Abkommen erfolgen müssen, wenn sich eine Anpassung des Abkommens mit der EU als unmöglich erweisen sollte.⁵ Dies ändert jedoch nichts daran, dass das erwähnte Spannungsverhältnis mit dem FZA besteht, was im Übrigen auch zu bedeutenden aussenpolitischen Irritationen im Verhältnis zur Union geführt hat.

- Zweitens ist es denkbar, dass direkt die Kündigung des Freizügigkeitsabkommens angestrebt wird. Dies könnte auf unterschiedliche Weise erfolgen: Denkbar wären insbesondere eine entsprechend formulierte Volksinitiative oder (wenn auch wenig wahrscheinlich) ein in diese Richtung gehender Beschluss des Parlaments. Die Kündigung selbst wäre in jedem Fall durch den Bundesrat auszusprechen, wobei sich hier durchaus schwierige rechtliche Fragen stellen können, dies insbesondere in Bezug auf die genaue Tragweite entsprechender Bestimmungen bzw. den möglicherweise dem Bundesrat einzuräumenden Handlungsspielraum etwa in Bezug auf Voraussetzungen, aber auch Zeitpunkt einer Kündigung, Fragen, die nur mit Bezug auf ganz bestimmte Vorschriften beantwortet werden können.
- Drittens kann es Entwicklungen im Verfassungs- oder/und Gesetzesrecht geben, die sich nicht primär auf die Freizügigkeit als solche beziehen, sondern an sich ganz andere Fragen regeln sollen häufig auch Ziele verfolgen, die nicht per se im Konflikt mit dem Freizügigkeitsabkommen stehen; jedoch führen die gewählten Instrumente dazu, dass – wenn auch ggf. nur punktuell – gewisse Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens

⁴ Vgl. im Einzelnen und ausführlich bereits *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, 47 S., Jusletter v. 2.6.2014; s. jedoch die andere Akzentsetzung bei *Peter Uebersax*, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter vom 14.4.2014; *Peter Uebersax*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, Art. 121a; s. auch *Rainer Schweizer*, *Bernhard Ehrenzeller u.a.*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., 2014, Art. 121a.

⁵ Ausführlich zu diesem Ansatz *Astrid Epiney*, Zur (teilweisen) „Unmöglichkeit“ der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV, 14 S., Jusletter vom 10.8.2015.

durchbrochen werden (sollen). Ein Beispiel in diesem Zusammenhang ist Art. 121 Abs. 3-6 BV (die im Zuge der sog. Ausschaffungsinitiative in die Verfassung eingeführt wurden) sowie die entsprechende Umsetzungsgesetzgebung.⁶

- Schliesslich kann das Freizügigkeitsabkommen (zusammen mit anderen völkerrechtlichen Verträgen) auch ganz grundsätzlich in Frage oder – besser – zur Disposition gestellt werden, so wie dies derzeit die sog. Selbstbestimmungsinitiative beabsichtigt, dies indem völkerrechtliche Verträge nicht (mehr) grundsätzlich vorrangig zur Anwendung kommen sollen.

Insgesamt führen diese teilweise (erst) angestrebten oder teilweise auch vor der Realisierung stehenden Infragestellungen oder zumindest „Relativierungen“ der Personenfreizügigkeit zu gewissen Rechtsunsicherheiten, gehen mit ihnen (zumindest potentiell) doch mitunter schwierige rechtliche Fragen einher, ganz abgesehen davon, dass sie teilweise sogar das Abkommen mit der Union selbst in Frage stellen könnten. Das Bild wird nicht dadurch einfacher, dass die sog. „institutionellen Fragen“ zwischen der Schweiz und der Union – die im Wesentlichen Aspekte der „automatischen“ Übernahme des weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstandes und seiner Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung betreffen – in Bezug auf alle (bestehenden und zukünftigen) Bilateralen Abkommen, die einen Marktzugang und damit eine Beteiligung am Binnenmarkt implizieren (wie das Freizügigkeitsabkommen) nach wie einer Lösung harren.

Diese Momentaufnahme soll zum Anlass genommen werden, im folgenden Beitrag einige Grundfragen einerseits der Rechtswirkungen und des „Umgangs“ mit dem Freizügigkeitsabkommen in der Schweiz zu erörtern, dies unter Einbezug der erwähnten sog. institutionellen Fragen. Im Einzelnen kann dabei zwischen Tragweite und Rechtswirkungen des FZA in der Schweiz (II.) einerseits und der möglichen zukünftigen Ausgestaltung des Abkommens im Zuge der Klärung der sog. institutionellen Fragen (III.) unterschieden werden. Ein Exkurs (IV.) ist der sog. Selbstbestimmungsinitiative gewidmet, deren Implikationen für das FZA kurz skizziert werden sollen, bevor der Beitrag mit einer kurzen Schlussbemerkung schliesst (V.).

II. Tragweite und Rechtswirkungen des FZA in der Schweiz

Die Frage nach der Tragweite sowie den Rechtswirkungen des FZA und damit letztlich auch diejenige nach seinem Verhältnis zum nationalen Recht

⁶ Hierzu noch unten XX.

sind ausgehend von den hier massgeblichen allgemeinen Grundsätzen – handelt es sich doch beim FZA um ein „normales“ völkerrechtliches Abkommen. Diese Grundsätze wurden in ihrer konkreten Ausprägung vom Bundesgericht entwickelt und präzisiert, dies freilich ausgehend und auf der Grundlage der hier relevanten Bestimmungen in der Bundesverfassung (die jedoch nicht alle Fragen wirklich abschliessend und eindeutig beantwortet, womit die Rechtsprechung gefordert war). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang (und angesichts der jüngeren Diskussionen rund um die Rechtsprechung – in deren Rahmen mitunter davon die Rede ist, das Bundesgericht habe seine Rechtsprechung revidiert,⁷ eine bestenfalls missverständliche, letztlich jedoch wohl falsche Aussage – lohnt es sich wohl, hierauf explizit hinzuweisen), dass lange Rechtsprechung, nur kürzlich etwas weiterentwickelt wenn auch mit spezifischen bzw. originellen Inhalten – zu beantworten. des FZA: völkerrechtliches Abkommen, also: allgemeine Grundsätze: Monismus, unmittelbare Anwendbarkeit Grundsatz: Vorrang

Die Infragestellungen sind letztlich nach diesen Grundsätzen zu lösen (hier neue Schubert-Problematik):

- Masseneinwanderung: BV und Gesetz, was ist völkerrechtlich, wenn einseitige Infragestellung? Hier: Avenir Suisse, Rechtsstaat, FZA doch in Kraft! Hinweis auf Auslegung der Verfassung
- Ausschaffung: BV und Gesetz
- Quid bei unmittelbar anwendbarem Verfassungsrecht (Stichwort: Durchsetzung?

III. „Institutionelle Fragen“ und ihre Bedeutung für das FZA

Geschichte

Frage: wie weiter?

Szenarien

7

IV. Exkurs: zu den Implikationen der sog. Selbstbestimmungsinitiative für das FZA

V. Schluss

und sowohl soweit die behördliche als auch die Und um es vorwegzunehmen: Trotz beobach. Es erscheint nicht übertrieben, auch und gerade vor dem Hintergrund der mit dem Abkommen in dieser Zeit gemachten Erfahrungen davon zu sprechen, dass das Freizügigkeitsabkommen (aber auch gewisse andere Abkommen der „Bilateralen I“⁸) den Beginn eines **qualitativen Sprungs** in Bezug auf die **rechtliche Ausgestaltung der die Beziehungen der Schweiz mit der EU** regelnden Abkommen bedeutet. Denn im Vergleich zu den bis dahin bestehenden Abkommen zielt das Freizügigkeitsabkommen auf eine eigentliche partielle Teilnahme an einem Aspekt des Binnenmarkts, nämlich der Personenfreizügigkeit, wobei auch die Freizügigkeit Nichterwerbstätiger erfasst wird. Gleichzeitig ist das Abkommen aber in seiner Form als **„klassisches“ völkerrechtliches Abkommen** ausgestaltet, dessen Anwendung und Kontrolle demnach gerade nicht den in der EU und für die EU-Mitgliedstaaten zur Anwendung kommenden Mechanismen gehorcht, sondern grundsätzlich wie bei allen anderen völkerrechtlichen Verträgen erfolgt, wenn auch einige Besonderheiten zu verzeichnen sind und diese formale Charakterisierung durchaus relativiert werden kann.⁹

Insofern weist das Freizügigkeitsabkommen einerseits aus **materiell-rechtlicher Sicht** einen **„Integrationscharakter“** auf, während es andererseits aus **institutioneller Sicht keine Rechtsordnung** mit zumindest einem **teil-supranationalen Charakter** (wie der EWR) begründet, sondern mit klassischen völkerrechtlichen Instrumenten und Grundsätzen operiert. Dieser

⁸ Wobei im Folgenden nur noch auf das Freizügigkeitsabkommen Bezug genommen wird. Zahlreiche der grundsätzlichen Bemerkungen treffen aber auch auf die anderen Bilateralen Abkommen bzw. einige derselben zu.

⁹ Vgl. zum völkerrechtlichen Charakter des FZA (und der anderen Abkommen der „Bilateralen I“, mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens) sowie seinen grundsätzlichen Charakteristika, m.w.N., *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“, Zürich 2012, 96 ff.

Ansatz ist in dieser Form und in diesem Ausmass auch in Bezug auf die Gesamtheit der Aussenbeziehungen der EU eine Besonderheit.¹⁰

Aufgeworfen wird damit die Frage nach den bisherigen Erfahrungen mit dieser Konstruktion, die durchaus gewisse innere Spannungen aufweist und in der Auslegung und Anwendung des Abkommens Herausforderungen mit sich bringt. Dieser Fragestellung soll im Folgenden in Bezug auf jeweils ausgewählte institutionelle (II.) und materiell-rechtliche (III.) Aspekte nachgegangen werden, bevor in einer kurzen Schlussbemerkung nach den Perspektiven (IV.) gefragt wird.

Dabei kann es in diesem Beitrag selbstredend nicht darum gehen, die rechtliche Tragweite des Freizügigkeitsabkommens umfassend zu berücksichtigen und zu bewerten;¹¹ vielmehr sollen die Grundsatzfragen in Bezug auf die Anwendung des Abkommens kategorisiert und mit ausgewählten Beispielen illustriert werden, um auf diese Weise das Funktionieren des – wie erwähnt – im Verhältnis zu bisherigen und anderen Abkommen mit der EU neuartigen „Konstrukts“ der teilweisen Einbindung der Schweiz in den Binnenmarkt durch einen formal völkerrechtlichen Vertrag einer (notwendigerweise vorläufigen) Bewertung zu unterziehen, auf dieser Grundlage Herausforderungen aufzuzeigen und nach den Perspektiven zu fragen. So soll auch ein Beitrag zur Klärung und Strukturierung grundlegender Auslegungs- und Anwendungsfragen des Abkommens in der Schweiz geleistet werden.

II. Institutionelle Aspekte

Die (formale) Ausgestaltung des Freizügigkeitsabkommens als „normaler“ völkerrechtlicher Vertrag bei gleichzeitiger „Einbindung“ der Schweiz in Teile des unionsrechtlichen Besitzstands entfaltet auch vielfältige Auswirkungen auf die Auslegung und Anwendung des Abkommens bzw. zieht dies-

¹⁰ Allenfalls das Assoziierungsabkommen mit der Türkei könnte man mit dem Ansatz der Bilateralen Abkommen vergleichen, vgl. hierzu *Epiney/Metz/Pirker*, Parallalität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 34 ff.

¹¹ Vgl. aus der Literatur zu dem Abkommen, jeweils m.w.N., insbesondere *Véronique Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Basel 2010; *Alvaro Borghi*, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Genf u.a. 2010; *Chantal Delli*, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, Basel 2009; *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, Bern 2005, 45 ff.; *Christina Schnell*, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz. Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich u.a. 2010; *Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Zürich 2011; *Epiney/Metz/Pirker*, Parallalität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 103 ff., 155 ff.

bezüglich gewisse Probleme nach sich. Dabei geht es im Folgenden weniger darum, die institutionelle Ausgestaltung des Abkommens an sich zu analysieren;¹² vielmehr sollen die **Implikationen der institutionellen Ausgestaltung des Abkommens für die Auslegung und Anwendung des Abkommens** aufgezeigt werden, dies zunächst jeweils für jeden der Problemkreise in grundsätzlicher Form, bevor die sich stellenden Fragen bzw. Grundsätze durch Beispiele illustriert werden. Zentral erscheinen dabei in institutioneller Hinsicht folgende Problemkreise: Auslegung des Abkommens (1.), Parallelität der Rechtsentwicklung (2.), gerichtliche Kontrolle (3.) und der Rang des Abkommens im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht (4.).

Auch wenn diese Punkte zweifellos nicht die Gesamtheit der institutionellen Fragen umfassen, dürften sie doch diejenigen Aspekte abdecken, die Implikationen für die Anwendung und Auslegung des Abkommens entfalten.

1. Auslegung des FZA

Die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens stellt ein bereits früh erkanntes **zentrales Problemfeld** dar. Die sich hier stellenden Fragen konnten zwar teilweise – insbesondere im Zuge der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – einer Klärung zugeführt werden; nicht zu verkennen ist jedoch, dass die eingangs erwähnten Charakteristika des Abkommens nach wie vor und immer wieder zu Auslegungsfragen führen, was im Folgenden – auf der Grundlage der Skizzierung der für die Auslegung des Abkommens einschlägigen allgemeinen Grundsätze (a) – an vier Beispielen (b) illustriert werden soll.

a) Grundsätze

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

¹² Vgl. insoweit, m.w.N., *Astrid Epiney*, Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung, FS Marc Amstutz, Zürich u.a. 2012, 35 ff.

che) wie im Rahmen der Europäischen Union sicherzustellen, von einem **Grundsatz der parallelen Auslegung** derjenigen abkommensrechtlichen Bestimmungen, die auf den unionsrechtlichen Besitzstand bzw. Teile desselben zurückgreifen,¹³ mit den entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen auszugehen ist.¹⁴

Spezifisch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit die **Rechtsprechung des EuGH** im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen ist, bestimmt **Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA**, dass die **vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH** bei der Auslegung des Abkommens zwingend zu berücksichtigen ist, soweit im Abkommen „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ herangezogen werden. Was die Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens betrifft, so kann der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die „Auswirkungen dieser Rechtsprechung“ feststellen (Art. 16 Abs. 2 S. 3 FZA), eine Bestimmung, die bislang noch nicht zur Anwendung gekommen ist. Allerdings spre-

¹³ Wobei die Frage, ob und inwieweit ein solcher Rückgriff des Abkommens auf unionsrechtliche Vorgaben zu bejahen ist, mitunter schwierig zu beantworten sein kann, wie noch illustriert werden wird (II.1.b).

¹⁴ Vgl. zur Auslegung solcher Abkommen aus der Rechtsprechung grundlegend EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; s. sodann EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395; EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros), Slg. 1992, I-4625; EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291. Allgemein zur Auslegung von Abkommen der EU mit Drittstaaten, die Teile des unionsrechtlichen Besitzstands aufgreifen, *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, Zürich 2006, 1 ff.; *Roland Bieber*, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU*, Zürich 2011, 1 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.; *Vincent Martenet/Véronique Boillet*, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire Suisse de droit européen 2007/2008*, Zürich 2008, 311 (327 ff.); *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG: zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG, *Freiburger Schriften zum Europarecht* Nr. 8, Freiburg 2009, 8 ff. Auch das Bundesgericht geht grundsätzlich von diesem Ansatz aus, vgl. etwa BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010; BGE 135 II 265; BGE 136 II 5. Ausführlich zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010*, 2010, 243 ff.

chen auch ganz allgemein gute Gründe (insbesondere die Zielsetzung des Abkommens, eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sicherzustellen) dafür, die **nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile des EuGH** grundsätzlich auch bei der Auslegung des Abkommens – immer soweit dieses auf entsprechende Begriffe des Unionsrechts zurückgreift – zu berücksichtigen und zu beachten.¹⁵ Dabei vermögen diese Erwägungen – im Gegensatz zur Rechtsprechung, die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangen und jedenfalls zu beachten ist – keine „absolute“ und bedingungslose „Nachvollzugspflicht“ zu begründen; vielmehr vermögen sie nur (aber immerhin) eine grundsätzliche Pflicht zur Beachtung der neuen Urteile in dem Sinn begründen, dass zunächst eine Vermutung ihrer Beachtlichkeit auch für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens spricht.¹⁶

Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung wurde allerdings vom **EuGH** in seiner bisherigen, eher spärlichen Rechtsprechung noch nicht als solcher formuliert; allerdings lässt sie ebensowenig das Gegenteil erkennen, wenn auch zuzugeben ist, dass die Formulierungen des Gerichtshofs eher zurückhaltend formuliert und die Schlussfolgerungen im Übrigen sehr knapp begründet sind¹⁷.

Zu erwähnen sind insbesondere zwei Urteile:

- In der **Rs. C-70/09**¹⁸ hielt der Gerichtshof fest, die im FZA garantierte Dienstleistungsfreiheit sei auf eine Regelung, wonach gegen Zahlung einer „Pacht“ der „Pächter“ in einem bestimmten Gebiet zur Ausübung der Jagd berechtigt ist, nicht anwendbar, da das Abkommen keine spezifische Regelung enthalte, wonach Dienstleistungsempfängern der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Rahmen der Anwendung fiskalischer Regelungen über gewerbliche Transaktionen, die eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, zugute kommt. Letztlich nicht näher geprüft wurde die Einschlägigkeit des Art. 2 FZA, die pauschal abgelehnt wurde, ohne auf die Frage der parallelen Auslegung dieser Bestimmung mit Art. 18 AEUV einzugehen.

¹⁵ Vgl. mit ausführlicher Begründung schon *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 8), 1 ff.; s. letztlich ähnlich *Florence Aubry-Girardin*, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Zürich 2011, 29 ff.; *Bettina Kahil-Wolff*, L'application et l'interprétation de l'ALCP: le cas de la sécurité sociale, Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Zürich 2011, 49 ff.

¹⁶ Vgl. im Einzelnen hierzu *Epiney/Metz/Pirker*, Parallalität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 169 ff.

¹⁷ Vgl. im Einzelnen zur Rechtsprechung des EuGH schon *Epiney/Metz/Pirker*, Parallalität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 160 ff.

¹⁸ EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Urt. v. 15.7.2010.

Damit stellt der Gerichtshof ausdrücklich auf den Wortlaut der vertraglichen Bestimmungen ab, wobei eine gewisse Zurückhaltung in Bezug auf eine parallele Auslegung des Abkommens mit unionsrechtlichen Bestimmungen nicht zu verkennen ist, deren Begründung (die Schweiz sei dem EWR nicht beigetreten) jedoch kaum überzeugt, da der Umstand, dass die Schweiz dem EWR nicht beigetreten ist, gerade nicht bedeutet, dass Abkommen, die lediglich Teilbereiche des EWR betreffen (wie das FZA), nicht das Ziel einer solchen teilweisen Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand verfolgen können. Es wäre zu begrüßen gewesen, wenn sich der EuGH etwas eingehender mit den in diesem Zusammenhang relevanten Bestimmungen des Abkommens auseinandergesetzt hätte. Bemerkenswert ist in dem Urteil sodann, dass der Gerichtshof bei der Frage, ob es im Ausgangssachverhalt um eine Dienstleistung geht, ersichtlich auf den unionsrechtlichen Begriff abstellt; der Gerichtshof verweist hier sogar auf ein Urteil des EuGH zum AEUV, das nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangen ist.¹⁹

- Etwas andere Akzente setzt das Urteil des Gerichtshofs in der **Rs. C-506/10**²⁰. Der Gerichtshof hält hier in Bezug auf die allgemeinen Grundsätze der Auslegung des Abkommens fest, dass die Schweiz sich zwar nicht für eine Teilnahme am EWR und am EU-Binnenmarkt entschieden habe, jedoch gleichwohl durch eine Vielzahl von Abkommen mit der Union verbunden sei, die weite Bereiche abdecken und spezifische Rechte und Pflichten vorsehen, die in mancher Hinsicht den im Vertrag festgelegten entsprechen; die allgemeine Zielsetzung dieser Abkommen (einschliesslich des FZA) bestehe darin, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz zu intensivieren. Ausgehend von diesen Grundsätzen legt der Gerichtshof zunächst den Begriff der Diskriminierung in Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA (der den diskriminierungsfreien Zugang zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit verankert) ebenso wie im Unionsrecht aus, so dass dieser auch materielle Diskriminierung umfasse. Weiter greift er bei der Auslegung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA auf die einschlägigen unionsrechtlichen Grundsätze zurück, indem er diese Einschränkung eng auslegt und die Anliegen der Raumordnung sowie der angemessenen Aufteilung landwirtschaftlicher Flächen nicht unter diese Ausnahme subsumiert. Interessanterweise weist der Gerichtshof zwar darauf hin, dass die genannten Anliegen unter bestimmten Umständen berechtigte Ziele des Allgemeininteresses darstellen könnten; allerdings prüft er nicht wirklich, ob derartige Anliegen auch die durch das Abkommen gewährleisteten Rechte einschränken können (wie dies im EU-Recht bei materiellen Diskriminierungen der ständigen Rechtsprechung entspricht), sondern beschränkt sich darauf festzuhalten, dass Vorschriften wie die im Ausgangsverfahren fraglichen unter keinen Umständen dem Begriff „öffentliche Ordnung“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA zugeordnet werden und die aufgrund dieses Abkommens eingeräumten Rechte einschränken könnten. Diese Schlussfolgerung kann entweder darauf beruhen, dass der Gerichtshof der Ansicht ist, zwingende Erfordernisse des All-

¹⁹ EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Urt. v. 15.7.2010, Rn. 33, wo auf das am 21.10.1999 erlassene Urteil in der Rs. C-97/98 – EuGH, Rs. C-97/98 (Jägerskiöld), Slg. 1999, I-7319) – hingewiesen wird.

²⁰ EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Urt. v. 6.10.2011.

gemeinwohls könnten die durch das Abkommen eingeräumten Rechte grundsätzlich nicht beschränken, oder aber, dass es sich im konkreten Fall um Anliegen handelt, die von vornherein keine solchen zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls darstellen können, was angesichts des Umstands, dass es hier letztlich um wirtschaftliche Erwägungen ging (nämlich „Wettbewerbsverzerrungen“ dadurch zu vermeiden, dass Schweizer Pächter die in Deutschland auf gepachtetem Land produzierten Produkte in der Schweiz teurer verkaufen können als in Deutschland und damit eine höhere Pacht in Deutschland zu zahlen bereit waren als deutsche Landwirte), nahe liegen könnte; denn ein allgemeiner Ausschluss der Möglichkeit der Einschränkung der Abkommensrechte durch zwingende Ziele des Allgemeinwohls schränkte den Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien zumindest in gewissen Konstellationen weitergehend ein als dies im Unionsrecht der Fall ist. Jedenfalls lehnt sich der EuGH bei der Auslegung der in Frage stehenden Begriffe des Abkommens in diesem Urteil unter Hinweis auf die Zielsetzung des Abkommens eng bzw. quasi vollumfänglich an die Rechtslage im Unionsrecht an und weist insbesondere auch darauf hin, dass zahlreiche Verpflichtungen der Abkommen der Union mit der Schweiz unionsrechtlichen Vorschriften entsprechen.

Die Rechtsprechung des **Bundesgerichts** zum Freizügigkeitsabkommen, die mittlerweile reichhaltig ist²¹, knüpft bei der Auslegung von dem Unionsrecht entnommenen Begriffen und Konzepten regelmässig an die Rechtslage im EU-Recht an. Dabei berücksichtigt das Gericht nicht nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs vor der Unterzeichnung des Abkommens, sondern erachtet grundsätzlich auch diejenige nach der Unterzeichnung als relevant.

Eigens erwähnt sei hier nur das in dieser Beziehung massgebliche neuere **Grundsatzurteil**²², in dem das Gericht betont, dass für die Berücksichtigung neuer EuGH-Rechtsprechung das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage massgebend sei. Um dieses Ziel nicht zu gefährden, werde das Gericht auch Rechtsprechung des EuGH nach Vertragsunterzeichnung in „angemessener Weise“ in seine Beurteilung einbeziehen und dieser „Rechnung tragen“, soweit das Abkommen auf unionsrechtliche Grundsätze zurückgreife. Da dem EuGH nicht die verbindliche Auslegungshoheit für die Schweiz zukomme, stehe es dem Bundesgericht aber weiterhin offen, aus „triftigen Gründen“ zu einer anderen Rechtsauffassung als der EuGH zu kommen. Allerdings würden „nicht leichthin“

²¹ Vgl. die periodischen Überblicke über die Rechtsprechung des Bundesgerichts jeweils im Jahrbuch für Migrationsrecht: *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 141 ff.; *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 2008, 227 ff.; *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 8), 243 ff.; *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (in diesem Band).

²² BGE 136 II 5.

abweichende Auffassungen vertreten.²³ Interessant ist dieses Urteil insbesondere vor dem Hintergrund, dass der EuGH in seiner neuen Rechtsprechung nicht nur eine neue Rechtsfrage entschieden hatte, sondern eine in einem früheren Urteil entschiedene Rechtsfrage in einem neuen Urteil anders beurteilt hatte.²⁴ Damit sind auch nach dem Ansatz des Bundesgerichts die neueren Urteile jedenfalls immer dann zu berücksichtigen, wenn sie eine frühere, vor der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigen. Aber auch darüber hinaus dürfte das Bundesgericht tendenziell dazu neigen, zumindest dann auch die neuere Rechtsprechung zu berücksichtigen, wenn sie auf der Linie der bisherigen liegt und keine besonderen Gründe gegen ihre Übertragung auf das Abkommen sprechen,²⁵ wobei das Bundesgericht letztlich – trotz teilweise gegenteiliger Beteuerungen in dem Urteil – zumindest im Ergebnis doch davon ausgeht, dass es sich hier um eine Rechtspflicht der Beachtung auch der neueren Urteile des EuGH handelt.²⁶ Denn durch das Abstellen auf das Abkommensziel bringt es zum Ausdruck, dass es seinen Ansatz letztlich aus dem Abkommen, wenn auch nicht aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA, ableitet.²⁷

²³ BGE 136 II 5. Vgl. ausführlich zu diesem Urteil schon *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 8), 243 (259 ff.).

²⁴ Konkret ging es um den Anwendungsbereich der Familiennachzugsregelungen. Vgl. einerseits EuGH, Rs. C-109/01 (Akrich), Slg. 2003, I-607; andererseits EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241. Zu dieser Entwicklung *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I 1, 27 ff.; *Marc Spescha*, Das Familienleben als hervorragendes Rechtsgut des Freizügigkeitsrechts – am Beispiel der aktuellen Rechtsprechung zum Familiennachzug im Geltungsbereich des FZA, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Zürich 2011, 141 (146 ff.); *Astrid Epiney*, Von Akrich über Jia bis Metock: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug, EuR 2008, 840 ff.

²⁵ So dass die Übernahme der neueren Rechtsprechung des EuGH letztlich die Regel darstellen dürfte, vgl. ebenso die Bewertung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa bei *Maiani*, ZSR 2011 I (Fn. 18), 27 (37, 47 ff.); wohl auch *Thomas Cottier/Nicolas Diebold*, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Zürich 2009, 237 (261 f.).

²⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Überlegungen bei *Maiani*, ZSR 2011 I (Fn. 18), 27 (48 f.).

²⁷ Insofern ist zu erwarten, dass das Bundesgericht auch die neue Rechtsprechung des EuGH zur grundsätzlichen Unvereinbarkeit, mit dem AEUV, der Anwendung der Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt auf Notare, vgl. EuGH, Rs. C-54/08 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 24.5.2011 (gegen eine Reihe weiterer Mitgliedstaaten ergingen parallele Urteile), für die Auslegung des Art. 16 Anhang I FZA, der wörtlich an Art. 51 Abs. 1 AEUV anknüpft, übernehmen wird, dies obwohl sich das Bundesgericht im Jahr 2002 (wohlgemerkt, bevor in Bezug auf diese in der EU sehr umstrittene Frage eine Stellungnahme des EuGH vorlag) noch anders äusserte, vgl. BGE 128 I 280; s. auch BG, 2P.42/2007, Urt. v. 21.8.2007. Vgl. hierzu ausführlich *Matthias Oesch*, Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU. Zugang zum Beruf des Notars und

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte damit im Ergebnis auch von dem hier vertretenen Ansatz der grundsätzlichen Parallelität der Auslegung von Abkommensbestimmungen, die sich an das EU-Recht anlehnen, im Verhältnis zur Rechtslage in der EU (unter Einbezug der neuen Rechtsprechung) ausgehen. Interessanterweise ist der EuGH hier aber deutlich zurückhaltender, wobei seine Rechtsprechung noch zu spärlich ist, um eine eigentliche Rechtsprechungslinie in Bezug auf diese Frage ausmachen zu können.

b) Ausgewählte Problemfelder

Auf der Grundlage der dargelegten allgemeinen Grundsätze zur Auslegung des Abkommens dürfte die Frage danach, ob das **Abkommen tatsächlich auf unionsrechtliche Begriffe zurückgreift**, das **Kernproblem bei der Auslegung des Abkommens** darstellen. Nach der hier vertretenen Ansicht spricht vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Abkommens Vieles dafür, eine Art „**Zweifelsregel**“ in dem Sinn zugrunde zu legen, dass in denjenigen Konstellationen, in denen die zur Debatte stehende Bestimmung des Abkommens angesichts ihres Wortlauts und ihres systematischen Zusammenhangs die Übernahme unionsrechtlicher Elemente erkennen lässt, von einer Heranziehung unionsrechtlicher Konzepte im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA auszugehen und in solchen Konstellationen nur dann ein eigenes Konzept des Abkommens anzunehmen ist, wenn dies klar im Abkommen zum Ausdruck kommt. Darüber hinaus ist jeweils zu eruieren, inwieweit die unionsrechtlichen Konzepte Eingang in das Abkommen gefunden haben und damit für dessen Auslegung relevant sind.

Deutlich wird damit, dass gerade bei der Beantwortung dieser Fragen auch auf der Grundlage der Heranziehung eines „Prinzips der parallelen Auslegung“ durchaus **Unsicherheiten** bestehen, dies im Wesentlichen in denjenigen Konstellationen, in denen das Abkommen nicht auf Sekundärrecht verweist, können sich die erwähnten Fragen doch in erster Linie bei einer sinngemässen Übernahme unionsrechtlicher Konzepte stellen. Darüber hinaus können aber auch die Auslegung einzelner abkommensrechtlicher Bestimmungen sowie die Implikationen neuerer Rechtsprechung des EuGH Schwierigkeiten bereiten. Dies sei anhand von vier Beispielen illustriert.

aa) Zur Relevanz der EU-Grundrechte für die Auslegung des FZA

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die **EU-Grundrechte** – die allgemeine Rechtsgrundsätze darstellen und mittlerweile

Anerkennung von Berufsqualifikationen als aktuelle Beispiele, FS Marco Borghi, Zürich 2011, 361 (368 ff.).

in der Grundrechtecharta verankert sind – bei der **Anwendung und Durchführung des EU-Rechts** zu beachten,²⁸ ein Grundsatz, der sich nunmehr auch aus Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta ergibt. Da die EU-Grundrechte als solche nicht Teil des Freizügigkeitsabkommens sind, ist ihre Massgeblichkeit im Rahmen des Abkommens zumindest nicht selbstverständlich. Die besseren Gründe sprechen jedoch für den **Einbezug auch der EU-Grundrechte und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH in die Anwendung und Auslegung des Abkommens**, dies immer soweit es um durch das Abkommen gewährleistete Rechte, die dem EU-Recht (in dessen Rahmen eben auch die Grundrechte relevant sind) nachgebildet sind, geht.²⁹ Denn die genaue Tragweite dieser Rechte ist eben auch – nach den einschlägigen unionsrechtlichen Grundsätzen – unter Berücksichtigung der EU-Grundrechte zu bestimmen, so dass diese insoweit Teil der unionsrechtlichen Begriffe sind, auf die im Abkommen zurückgegriffen wird und die nach Art. 16 Abs. 2 FZA sowie in Anknüpfung an das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage auch für die Auslegung des Abkommens relevant sind. Weiter erscheint es kaum möglich, die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf den Aussagegehalt bestimmter rechtlicher Garantien in ihre „Einzelteile“ aufzuspalten und die die EU-Grundrechte betreffenden Aspekte nicht zu berücksichtigen. Relevant wird dieser Grundsatz insbesondere im Rahmen der Einschränkung von Abkommensrechten aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

bb) Beschränkung und Rechtfertigung

Im Unionsrecht ist den **Grundfreiheiten** nicht nur ein Verbot (formeller und materieller) Diskriminierungen, sondern darüber hinaus auch ein **Beschränkungsverbot** zu entnehmen, und auf der **Rechtfertigungsebene** können neben den ausdrücklich im Vertrag genannten Gründen (der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) auch (sonstige) **zwingende Gründe des Allgemeinwohls** geltend gemacht werden.³⁰ Aus der Formulierung der einschlägigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens ergibt sich nicht klar, ob diese Systematik und dogmatische Konstruktion ebenfalls „übernommen“ werden sollten. Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe aber für

²⁸ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279; EuGH, Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779; EuGH, Rs. C-341/05 (Laval UN Partneri), Slg. 2007, I-11767.

²⁹ In diese Richtung wohl auch das Bundesgericht, vgl. BGE 130 II 113, wo das Gericht betont, die EU-Grundrechte seien in die Auslegung des Abkommens einzubeziehen, soweit sie für die Tragweite der abkommensrechtlichen Garantien relevant sind.

³⁰ EuGH, Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663; EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165; EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921; EuGH, Rs. C-18/95 (Terhoeve), Slg. 1999, I-345; EuGH, Rs. C-109/98 (Graf), Slg. 2000, I-493.

die Bejahung dieser Frage³¹: Der Wortlaut des Abkommens kann schon deshalb kein entscheidendes Argument sein, weil auch derjenige der entsprechenden Bestimmungen des AEUV weder ausdrücklich ein Beschränkungsverbot verankert noch auf der Rechtfertigungsebene die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses erwähnt. Vielmehr ergeben sich diese Grundsätze aus einer gefestigten Rechtsprechung, deren Linien übrigens bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens hinreichend klar waren. Dann aber dürfte das **Abkommensziel einer parallelen Rechtslage** sowie die sich daraus ergebende Pflicht, bei der Auslegung derjenigen Bestimmungen, die an Unionsrecht anknüpfen, diese in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH auszulegen, für die „Übernahme“ der genannten Elemente der Rechtsprechung des EuGH auch im Rahmen der Auslegung des Abkommens sprechen. Der Wortlaut des Abkommens steht einer solchen Auslegung nicht entgegen: So nimmt Art. 2 Abs. 1 FZA allgemein auf das Recht, auf dem Territorium einer anderen Vertragspartei eine Erwerbstätigkeit auszuüben, Bezug, so dass in dieser Bestimmung die Verankerung des Beschränkungsverbots gesehen werden könnte, während Art. 9, 15 Abs. 2 FZA (der auf den Grundsatz der Gleichbehandlung abstellt) letztlich beispielhaft jedenfalls von dem Recht auf Erwerbstätigkeit erfasste Aspekte verankern. Konsequenterweise impliziert die Erfassung von Beschränkungen (und übrigens auch schon von materiellen Diskriminierungen) aber dann auch, dass eine Rechtfertigung aus Gründen, die über die ausdrücklich in Art. 5 Anhang I FZA genannt sind, möglich sein muss.

Die **Rechtsprechung** hat sich zu dieser Problematik noch nicht klar ausgesprochen: Das Bundesgericht hat zu dieser Problematik noch nicht eindeutig³² Stellung bezogen,³³ und das hier (soweit die Rechtfertigungsdogmatik betroffen ist) an sich relevante Urteil des EuGH in der Rs. C-506/10 bleibt – wie erwähnt³⁴ – in einigen Punkten diesbezüglich unklar, wenn sich der Gerichtshof auch insgesamt bei der Auslegung des Abkommens an die Rechtslage im EU-Recht anlehnen dürfte und insbesondere auf die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls Bezug nimmt.

³¹ S. ähnlich etwa *Boillet*, L'interdiction de discrimination (Fn. 5). 89 ff.; *Borghi*, La libre circulation des personnes (Fn. 5), Rn. 70 ff.; *Delli*, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? (Fn. 5), 291 ff.; *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 8), 1 (9 ff.); *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 5), 45 (56); *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode: Ist das Beschränkungsverbot in seinem Rahmen anwendbar?, ZESAR 2008, 425 ff.

³² Vgl. aber BGE 130 II 113, Erw. 9.2, wo das Gericht an die Definition von Beschränkungen im EU-Recht anknüpft.

³³ In dem Urteil zum Arztstop (BG, 2P.305/2002, Urt. v. 27.11.2003) prüfte das Bundesgericht diese Frage nicht.

³⁴ Oben II.1.a).

cc) Grenzüberschreitender Bezug

Grundsätzlich findet das Freizügigkeitsabkommen – ebenso wie das Unionsrecht bzw. die unionsrechtlichen Grundfreiheiten – nur im Falle des Bestehens eines **grenzüberschreitenden Bezugs** Anwendung, wobei die Anforderungen an das Vorliegen eines solchen grenzüberschreitenden Bezugs in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – ebenso wie in der Rechtsprechung des EuGH³⁵ – eher **niedrig** sind, so dass insbesondere auch allein die Staatsangehörigkeit einer (anderen) Vertragspartei ausreichend ist bzw. sein kann.³⁶

Aufgrund der **jüngeren Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH** fragt es sich jedoch, ob diese Grundsätze insoweit relativiert werden, als **allein die Staatsangehörigkeit einer (anderen) Vertragspartei** für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs nicht (mehr) ausreichend wäre. Hinzuweisen ist hier in erster Linie auf die **Rs. C-434/09**³⁷. Hintergrund des Urteils des EuGH war der Antrag einer britisch-irischen Doppelbürgerin, die immer im Vereinigten Königreich gelebt hatte, ihren drittstaatsangehörigen Ehegatten gestützt auf die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) und / oder Art. 21 AEUV „nachzuziehen“, was von den britischen Behörden abgelehnt wurde. Der Gerichtshof hebt zunächst hervor, dass die Antragstellerin von ihrem Recht auf Freizügigkeit nie in irgendeiner Form Gebrauch gemacht habe. Daher sei die Unionsbürgerrichtlinie nicht anwendbar, regle diese doch lediglich die aufenthaltsrechtliche Stellung eines Unionsbürgers in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt. Hieran ändere der Besitz auch der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats nichts, da dies nicht bedeute, dass der Unionsbürger von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Da es beim Aufenthaltsrecht des Ehegatten um ein abgeleitetes Recht gehe, könne auch in Bezug auf diesen angesichts dieser Ausgangslage kein Anspruch auf Aufenthalt aus der Richtlinie abgeleitet werden.³⁸ Damit lässt es der EuGH hier für das Vorliegen eines grenzüber-

³⁵ EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu, Chen), Slg. 2004, I-9925.

³⁶ Vgl. BGE 135 II 369; BG, 2C_375/2007, Urt. v. 8.11.2007; BG, 2C_625/2007, Urt. v. 2.4.2008.

³⁷ EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), Urt. v. 5.5.2011, EuZW 211, 522.

³⁸ Weiter sei Art. 21 AEUV zwar auf die Lage eines Unionsbürgers, der von seinem Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hat, grundsätzlich insofern anwendbar, als es um den grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten gehe, so dass sich die Unionsbürger auch gegenüber ihrem Herkunftsmitgliedstaat auf die mit diesem Status verbundenen Rechte berufen könnten, insbesondere auf das Recht aus Art. 21 AEUV, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (vgl. insoweit auch EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Urt. v. 8.3.2011, EuZW 2011, 359; EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), Urt. v. 15.11.2011). Allerdings bewirke die im Ausgangsverfahren zur Debatte stehende nationale Massnahme weder, dass der tatsächliche Genuss des Kernbestands der mit dem

schreitenden Bezugs also nicht genügen, dass die Gesuchstellerin die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats hat, sondern verlangt eine eigentliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts.

Allerdings bezieht er sich nur auf den **Anwendungsbereich der RL 2004/38** und dies zudem tatsächlich in einer speziellen Situation, in der eine **Doppelbürgerin nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch** gemacht hat, so dass schon deshalb fraglich ist, ob sich aus diesem Urteil allgemeine Schlussfolgerungen in Richtung einer Erhöhung der Anforderungen an das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs ableiten lassen.³⁹ Darüber hinaus betrifft das Urteil gerade nicht eine Konstellation, in der – wie dies sehr häufig der Fall ist – die fragliche nationale Regelung bereits allein aufgrund des Umstands, dass der Betroffene Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats ist, zu einer zumindest **potentiellen Beeinträchtigung der Personenfreizügigkeit** führt. So dürfte denn auch grundsätzlich bei Personen mit der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats der grenzüberschreitende Bezug schon allein aufgrund dieses Umstands zu bejahen sein, da sie sich ja in einem anderen Mitgliedstaat bzw. Vertragsstaat befinden; eine Ausnahme kommt allenfalls – wie in dem erwähnten Urteil – bei Doppelbürgern in Betracht. Nichtsdestotrotz vermag dieses Urteil eine weitere Auslegungsfrage im Zusammenhang mit dem Abkommen zu illustrieren, deren Antwort nicht a priori klar ist.

dd) Diskriminierende Studiengebühren

Schliesslich sei noch auf die ja gerade in letzter Zeit⁴⁰ immer wieder diskutierte Frage, ob **höhere Studiengebühren für EU-Ausländer bzw. für Studierende, deren Eltern nicht in der Schweiz wohnhaft** sind, an schweizerischen Hochschulen mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar sind, hingewiesen. Der Ansatz der Rektorenkonferenz, die das Abkommen in Bezug auf

Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte verwehrt noch dass die Ausübung des Freizügigkeitsrechts behindert würde. Insbesondere müsse die Antragstellerin aufgrund der nationalen Massnahme das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten nicht verlassen. Ebenso wenig führe die nationale Massnahme – wie dies etwa bei gewissen namensrechtlichen Regelungen der Fall sei – zu einer Behinderung des Freizügigkeitsrechts.

³⁹ S. jedoch die in eine andere Richtung gehende Bewertung des Urteils in dieser Beziehung und im Hinblick auf seine Relevanz für das FZA bei *Véronique Boillet*, La détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice: les implications des arrêts *Zambrano* et *McCarthy*, AJP 2012, 49 (55).

⁴⁰ Vgl. z.B. Tagesanzeiger v. 2.8.2011.

diese Frage für unanwendbar hält,⁴¹ erscheint nicht überzeugend: Geht man mit dem Bundesgericht (für dessen Ansatz überzeugende Gründe sprechen⁴²) davon aus, dass **Art. 2 FZA** – letztlich parallel wie Art. 18 AEUV – ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu entnehmen ist, das immer dann zum Zuge kommt, wenn der Anwendungsbereich des Abkommens eröffnet ist, jedoch keine spezifischen Diskriminierungsverbote greifen,⁴³ so geht es hier um eine (formelle oder materielle) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht allgemein aus „steuerlichen Gründen“ gerechtfertigt werden kann.⁴⁴ Studierende fallen auch in den **Anwendungsbereich des Abkommens**, da ihnen nach Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA unter gewissen Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht eingeräumt wird.

Entscheidend ist damit, ob der Bereich der Studiengebühren aufgrund von **Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA** vom Anwendungsbereich des Abkommens ausgeschlossen ist. Danach regelt das Abkommen „**weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen**“ für Studierende. Unter „Zugang zur Ausbildung“ dürften nur die erforderlichen **Qualifikationen** (wie bestimmte Schulabschlüsse) zu verstehen sein, nicht jedoch die Studiengebühren. Hierfür sprechen mehrere Gründe:

- Die **Systematik dieser Ausnahmebestimmung** legt es nahe, dass es einerseits um gewisse finanzielle Leistungen und Aspekte, die vom

⁴¹ Vgl. Tagesanzeiger v. 2.8.2011 sowie den Expertenbericht vom 16.12.2010, zugänglich unter www.edudoc.ch/record/99184, insbesondere S. 13 f.

⁴² Vgl. im Einzelnen *Epiney/Metz/Pirker*, Parallalität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 221 ff. (m.w.N.).

⁴³ Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 129 I 39, Erw. 2. 3.2.3; BGE 136 II 241, Erw. 12; BGE 131 V 209; BGE 129 I 392, Erw. 3.2.

⁴⁴ Vgl. schon EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593. Der Gerichtshof geht auch ganz allgemein davon aus, dass die Erwägung, im Inland Ansässige finanzierten bestimmte staatliche Leistungen bereits durch Steuergelder, einen wirtschaftlichen Grund darstellt, der Beschränkungen der Grundfreiheiten oder Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht zu rechtfertigen vermag, vgl. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721. Diese Grundsätze wären auch für die Differenzierung der Studiengebühren relevant. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass ein sachlicher Grund der Differenzierung insofern bestehen könnte, als die Herkunftskantone von ausserkantonalen Studierenden aufgrund des einschlägigen interkantonalen Abkommens für „ihre“ Studierenden sog. Ausgleichszahlungen leisten, die bei aus dem Ausland kommenden Studierenden nicht gezahlt werden. Denn einmal ändert dies nichts daran, dass für aus dem Universitätskanton selbst kommende Studierende keine solchen Zahlungen geleistet werden, sondern hier letztlich mit der Finanzierung der kantonalen Universität (u.a.) durch die Steuereinnahmen des Kantons argumentiert wird; zum anderen stellen auch diese Ausgleichszahlungen des Heimatkantons letztlich solche aus Steuergeldern finanzierte Leistungen dar, so dass die entsprechenden Erwägungen des Gerichtshofs hier wohl auch einschlägig wären und eine Rechtfertigung ausgeschlossen ist.

Abkommen ausgeschlossen werden sollen, und andererseits um den eigentlichen Zugang zur Ausbildung geht. Die Unterhaltsbeihilfen – worunter wohl soziale Leistungen zu verstehen sind, die speziell für Studierende vorgesehen sind und der Bestreitung des Lebensunterhalts dienen sollen – decken den zuerst genannten Aspekt ab, ohne freilich die Studiengebühren, die sicherlich keine solchen Unterhaltsbeihilfen darstellen, zu erfassen. Der qualitative Aspekt ist durch die Formulierung „Zugang zur Ausbildung“ erfasst; angesichts des Umstands, dass der finanzielle Aspekt bereits durch die Unterhaltsbeihilfen abgedeckt wird, liegt es nahe, hierunter – wie erwähnt – nur die fachlichen Qualifikationsanforderungen zu verstehen, so dass etwa das Erfordernis, auch im Herkunftsstaat einen Studienplatz zu haben, erfasst wäre.⁴⁵ Hätten mit dem Begriff „Zugang zur Ausbildung“ auch Regelungen finanzieller Art im Zusammenhang mit dem Studium an einer Hochschule erfasst werden sollen (wie Studiengebühren), hätte dies angesichts der Erfassung des finanziellen Aspekts bereits durch den daneben verwendeten Begriff der „Unterhaltsbeihilfen“ wohl klarer zum Ausdruck kommen müssen, da derartige Regelungen nicht eigentlich den Zugang beschränken oder ausschliessen, sondern letztlich eine Zugangsmodalität darstellen, die grundsätzlich von jedermann erfüllt werden kann.

- Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Pflicht zur Leistung bestimmter finanzieller Beiträge während des Hochschulstudiums zwar durchaus **mittelbar und faktisch insofern auf den „Zugang zur Ausbildung“ auswirken** kann, als es bestimmten Personen aus finanziellen Gründen schwerer fallen kann, ein Studium aufzunehmen. Dies ist aber bei den Unterhaltsbeihilfen, die ausdrücklich daneben erwähnt sind, nicht anders, im Gegenteil: Fehlende Unterhaltsbeihilfen können bei der doch sehr bescheidenen Höhe von Studiengebühren an öffentlichen Hochschulen in den meisten Staaten Europas den „Zugang zur Ausbildung“ in diesem Sinn viel stärker beeinträchtigen als letztere. Wären also vom Begriff des „Zugangs zur Ausbildung“ alle auch nur

⁴⁵ Vgl. die Konstellation in EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, wo es um die Vereinbarkeit einer österreichischen Regelung, wonach nicht in Österreich ausgestellte Reifezeugnisse nur dann in Österreich zum Hochschulzugang berechtigten, wenn gleichzeitig eine entsprechende Studienberechtigung im Ausland bzw. Herkunftsland (d.h. der Nachweis der tatsächlichen Zugangsmöglichkeit zur gewählten Studienrichtung, etwa die Erfüllung einer Numerus clausus-Regelung) vorgelegt wurde. Diese Regelung versties nach Ansicht des EuGH gegen Art. 18 AEUV, vgl. hierzu *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, Zürich/Bern 2006, 73 (77 ff.).

mittelbaren und faktischen Hindernisse erfasst, so wäre die eigene Erwähnung der Unterhaltsbeihilfen nicht notwendig gewesen.

- Sodann regeln Studiengebühren von ihrer **Regelungsstruktur** her (wie bereits angedeutet) nicht den Zugang zu einer Ausbildung an sich bzw. die Voraussetzungen ihrer Aufnahme, sondern die Frage, unter welchen Bedingungen sie absolviert werden kann. So ist die Entscheidung über die Zulassung zu einem Studium eine grundsätzliche, die einmalig vor der Aufnahme desselben in der Regel in einem besonderen Verfahren gefällt wird. Hingegen betrifft die Pflicht zur Leistung von Studiengebühren die Frage, unter welchen Bedingungen eine Person nach erfolgter Zulassung zum Studium berechtigt ist. Die Studiengebühren sind denn auch regelmässig während des gesamten Studiums zu zahlen, so dass es hier letztlich nicht um den eigentlichen Zugang zu der Bildungseinrichtung bzw. dem Studiengang, sondern die Modalitäten der Absolvierung der Ausbildung geht. Diese Unterschiede sprechen dagegen, beide Regelungsarten unter dem Oberbegriff „Zugang zur Ausbildung“ gleich zu behandeln.
- Schliesslich spricht für den hier vertretenen Ansatz der Umstand, dass es bei Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA um eine **Ausnahme von den grundsätzlich durch das Abkommen gewährten Freizügigkeitsrechten** geht. Solche Ausnahmen sind aber nach der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit den Bereichsausnahmen (vgl. Art. 45 Abs. 4, 51 AEUV) sowie den Rechtfertigungsgründen (vgl. Art. 45 Abs. 3, 52 AEUV) eng auszulegen,⁴⁶ ein Ansatz, der vom Bundesgericht in Bezug auf die entsprechenden Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens grundsätzlich übernommen wurde.⁴⁷ Studierende haben nach Art. 24 Abs. 4 S. 1 Anhang I FZA unter bestimmten Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei, so dass ihnen insoweit ein Aufenthaltsrecht eingeräumt wird und sie gerade nicht – wie offenbar von der Rektorenkonferenz vertreten⁴⁸ – implizit vom Geltungsbereich des Abkommens ausgeschlossen sind. Insofern stellt Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA eine Einschränkung dieses grundsätzlichen Freizügigkeitsrechts dar, die nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen des Abkommens eben eng auszulegen ist.

⁴⁶ EuGH, Rs. 152/73 (Sotgiu), Slg. 1974, 153, Rn. 4; EuGH, Rs. C-405/01 (Colegio de oficiales de la marina mercante Espanola), Slg. 2003, I-10391, Rn. 38; EuGH, Rs. C-54/08 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 24.5.2011; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), Slg. 2002, I-10981; EuGH, Rs. C-430/10 (Gaydarov), Urt. v. 17.11.2011.

⁴⁷ BGE 129 II 215, Erw. 7.2; BGE 130 II 176, Erw. 3.4.1.

⁴⁸ Vgl. Fn. 35.

Damit fallen Studiengebühren nach der hier vertretenen Ansicht nicht unter die Ausnahme des Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, und ihre Differenzierung nach der Nationalität der Studierenden bzw. ihrem Wohnort vor Aufnahme des Studiums oder dem Wohnort ihrer Eltern stellt grundsätzlich eine durch das Abkommen verbotene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Zwar kann diese – wie erwähnt – nicht allgemein dadurch gerechtfertigt werden, dass für die „begünstigten“ Studierenden im Inland Steuern bezahlt werden;⁴⁹ allerdings ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH – die in diesem Zusammenhang relevant ist – auch, dass (materiell) diskriminierende staatliche Vergünstigungen auch finanzieller Art durchaus einer **Rechtfertigung** zugänglich sind, wenn auch nicht aus den genannten „steuerlichen Gründen“: So könnten etwa Anliegen der übermässigen Belastung des Stipendienwesens⁵⁰, das Anliegen der Integration Behinderter⁵¹ oder das finanzielle Gleichgewicht einer bestimmten staatlichen Leistung⁵² eine Diskriminierung grundsätzlich rechtfertigen, und in diesem Rahmen sei es „legitim“, als Voraussetzung für eine Begünstigung zu verlangen, dass die Empfänger der entsprechenden Leistungen einen gewissen Grad der Integration in die Gesellschaft des betreffenden Staates aufweisen. Diese Verbundenheit kann grundsätzlich durch eine gewisse Mindestaufenthaltsdauer in dem betreffenden Staat, ggf. aber auch auf andere Weise, nachgewiesen werden.⁵³ Diese Grundsätze können auch auf abgestufte Studiengebühren angewandt werden, geht es doch auch hier letztlich um staatliche Leistungen bzw. (im Vergleich) Vergünstigungen. Damit wären also durchaus gewisse Differenzierungen bzw. materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit bei Studiengebühren möglich; jedoch müssten die massgeblichen Gründe hierfür (z.B. solche finanzieller Art oder die Funktionsfähigkeit bzw. Kapazitätsgrenzen der Universitäten) präzisiert werden, so dass die genauen Kriterien wohl differenzierter ausfallen müssten als die bislang im Vordergrund stehenden, und zudem ist dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen.⁵⁴

⁴⁹ Vgl. die Ausführungen und Nachweis in Fn. 38.

⁵⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507.

⁵¹ EuGH, Rs. C-103/08 (Gottwald), Slg. 2009, I-9117.

⁵² EuGH, verb. Rs. C-11/06, C-12/06 (Morgan), Slg. 2007, I-9161.

⁵³ Zum letzten Punkt jüngst EuGH, Rs. C-503/09 (Stewart), Urt. v. 21.7.2011. Vgl. ausführlich zur Thematik im Zusammenhang mit dem Zugang zu Leistungen der Forschungsförderung *Astrid Epiney*, Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und Zugang zur Förderung durch Forschungsförderungsorganisationen, FS Marco Borghi, Zürich 2011, 131 ff.

⁵⁴ Der Klarheit halber sei noch darauf hingewiesen, dass sich das hier angesprochene Problem nur in Bezug auf Studierende stellt, die nicht aufgrund einer anderen Bestimmung des Freizügigkeitsabkommens einen Anspruch auf nicht diskriminierende Behandlung haben. Besonders relevant ist hier Art. 9 Abs. 2 Anhang

2. Parallelität der Rechtsentwicklung

Wie bereits erwähnt,⁵⁵ strebt das Freizügigkeitsabkommen eine Parallelität der Rechtslage bei den erfassten Freizügigkeitsrechten zwischen der Rechtslage innerhalb der EU und im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zur Schweiz an. Angesichts des grundsätzlich **statischen Charakters des Abkommens** stösst die Verwirklichung dieser Zielsetzung jedoch je länger, je mehr auf gewisse Schwierigkeiten. Diese beziehen sich in erster Linie auf die **Parallelität der legislativen Rechtsentwicklung**.

Die Parallelität in Bezug auf die **Rechtsprechung** kann (zumindest weitgehend) über eine entsprechende **Auslegung** des Abkommens sichergestellt werden. So konnte aufgezeigt werden, dass die besseren Gründe für eine Berücksichtigung auch der nach Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGH sprechen, ein Ansatz, von dem auch das Bundesgericht ausgeht.⁵⁶

Während die Parallelität der Rechtsentwicklung in Bezug auf die in Anhang II, III FZA geregelten Bereiche (soziale Sicherheit und Diplomanerkennung) insofern sichergestellt ist bzw. ermöglicht wird, als der Gemischte Ausschuss im Falle der Modifikation der dort genannten EU-Sekundärrechtsakte die Anhänge entsprechend anpassen kann (Art. 18 S. 2 FZA),⁵⁷ ist dies für die in **Anhang I FZA** geregelten eigentlichen Freizügigkeitsrechte nicht der Fall: Anhang I FZA ist weitgehend von unionsrechtlichen Regelungen, wobei auch das Sekundärrecht eine bedeutende Rolle spielt, inspiriert. Jedoch wird hier nur ausnahmsweise auf bestimmte unionsrechtliche Bestimmungen oder Rechtsakte verwiesen und deren Massgeblichkeit auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens festgehalten; ansonsten sind die Bestimmungen des Anhangs nur (aber immerhin) in ihren Formulierungen an die Garantien des EU-Rechts angelehnt. Eine Modifikation des Anhangs durch den Gemischten Ausschuss ist nicht vorgesehen (auch nicht in Bezug auf in Anhang I FZA figurierende Verweise auf EU-Sekundärrecht), so dass eine solche nur über eine eigentliche Vertragsänderung möglich wäre, ein angesichts des Charakters des Abkommens als gemischter Vertrag denkbar komplexes und langwie-

I FZA, wonach einem Arbeitnehmer und seinen Familienangehörigen die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen zu gewähren sind wie inländischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen; gleiches gilt nach Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA für Selbständige und ihre Familienangehörigen.

⁵⁵ II.1.a).

⁵⁶ S.o. II.1.a).

⁵⁷ Wie dies etwa jüngst durch die „Übernahme“ der neuen Diplomanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36) geschehen ist, vgl. hierzu *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, Art. 9 ALCP, in: Cesla Amarelle u.a. (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations*, im Erscheinen; *Oesch*, FS Borghi (Fn. 21), 361 (373 ff.).

riges Verfahren, das bislang auch noch nicht ernsthaft in Erwägung gezogen wurde.

Daher bereitet die Parallelität der (legislativen) Rechtsentwicklung dann Probleme, wenn in der EU diejenigen Rechtsakte, an die Anhang I FZA angelehnt ist oder auf die dort verwiesen wird, modifiziert bzw. aufgehoben und durch einen neuen Rechtsakt ersetzt werden. Dies ist durch den Erlass der **RL 2004/38 (Unionsbügerrichtlinie)**⁵⁸ sowie die **Verordnung 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union**⁵⁹ geschehen.

Die RL 2004/38 regelt umfassend die Freizügigkeit der Unionsbürger, inklusive ihrer Familienangehörigen. Bei ihrem Erlass standen zwei Aspekte im Vordergrund: Einerseits sollten die das Aufenthaltsrecht regelnden sekundärrechtlichen Bestimmungen in einen einzigen Rechtsakt zusammengeführt werden.⁶⁰ Andererseits sollte die tatsächliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtert werden, indem administrative Hürden verringert werden, der Status von Familienangehörigen möglichst umfassend definiert wird, ein Recht auf Daueraufenthalt für die Unionsbürger eingeführt wird und die Möglichkeiten der Verweigerung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeschränkt werden.⁶¹

Die VO 492/2011 regelt umfassend die Einzelheiten des Freizügigkeitsrechts der Arbeitnehmer sowie diverse Begleitrechte, so insbesondere gewisse Rechte von Familienangehörigen der Arbeitnehmer. Sie stellt im Verhältnis zur RL 2004/38 für Arbeitnehmer die speziellere Regelung dar.

Da Anhang I FZA aber unverändert bleibt,⁶² ist innerhalb der EU die RL 2004/38 bzw. die VO 492/2011 massgeblich, während im Verhältnis zur Schweiz die den „alten“ Sekundärrechtsakten nachgebildeten Vorgaben des Abkommens zur Anwendung kommen. Insoweit ist formal ein umfassendes **„Auseinanderklaffen“ der Rechtslage** festzustellen mit der Folge, dass aus

⁵⁸ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158/2004, 77.

⁵⁹ ABl. L 141/2011, 1. Diese Verordnung löste die VO 1612/68 ab, wobei es aber weitgehend um eine Kodifizierung der bislang erfolgten Modifikationen geht.

⁶⁰ So löste die RL 2004/38 insbesondere folgende Aufenthaltsrichtlinien ab: RL 90/364/EWG (allg. Aufenthaltsrecht), ABl. L 180/1990, 26; RL 93/96/EG (Studenten), ABl. L 317/1993, 59; RL 90/365/EWG (Rentner), ABl. L 180/1990, 28.

⁶¹ In Bezug auf den zuletzt genannten Punkt und im Zusammenhang mit dem FZA ist von Bedeutung, dass die RL 2004/38 auch die RL 64/221 aufhob. Weiter hob sie neben den bereits in Fn. 54 erwähnten folgende Rechtsakte auf: RL 68/360, RL 72/194, RL 73/148, RL 75/34, RL 75/35.

⁶² In Bezug auf die RL 2004/38 hat der Bundesrat auch ausdrücklich beschlossen, nicht auf das Anliegen der EU, eine Anpassung des Abkommens an die Richtlinie anzustreben, einzutreten, vgl. nur *Matthias Oesch*, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, SZIER 2011, 583 (613).

dieser Sicht die Parallelität der Rechtslage bzw. der Rechtsentwicklung gerade nicht mehr gewährleistet ist.

Allerdings ist zu beachten, dass die Modifikation des EU-Rechts auf legislativer Ebene nicht zwingend zu einer **Änderung der massgeblichen Rechtslage** führen muss, so dass auch – in Anknüpfung an die erörterten Auslegungsgrundsätze – im Falle einer Änderung des EU-Rechts, die als solche nicht Eingang in das Abkommen findet (weil dieses noch auf das „alte“ Recht verweist, wie etwa in Art. 5 Anhang I FZA auf die RL 64/221, oder weil die Formulierungen des Abkommens an die bisherige Rechtslage angelehnt sind), durch Auslegung der einschlägigen Abkommensbestimmungen eine Parallelität mit der Rechtslage in der Union sichergestellt bzw. fortgeführt werden kann. Im Einzelnen sind in diesem Zusammenhang vier grundsätzlich unterschiedliche Konstellationen zu erwähnen, die jeweils mit einem Beispiel illustriert werden sollen:

- Erstens kommt es häufig, insbesondere bei Kodifizierungen von Sekundärrechtsakten, vor, dass der neue Rechtsakt bereits **bislang geltende Bestimmungen übernimmt** oder sich weitgehend an die vorher geltenden Formulierungen anlehnt. Dies ist bei den meisten Bestimmungen der VO 492/2011 der Fall. Insoweit ist davon auszugehen, dass materiell keine Rechtsänderung erfolgte, so dass letztlich die Parallelität der Rechtsentwicklung gewährleistet ist. Damit sind auch Urteile des EuGH, die sich auf die neue Rechtslage beziehen, ggf. für die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens heranzuziehen.

Als Beispiel sei hier auf das Grundsatzurteil des Bundesgerichts hingewiesen, in dem dieses die grundsätzliche Massgeblichkeit auch der neueren Rechtsprechung des EuGH festhielt:⁶³ Bei der Frage der Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug des Freizügigkeitsabkommens auch auf Fallgestaltungen, in denen die nachzuziehenden Personen noch keinen rechtmässigen Aufenthalt im Gebiet einer der Vertragsparteien haben, übernahm das Bundesgericht den (bejahenden) Ansatz eines Urteils des EuGH,⁶⁴ das sich auf die einschlägigen Bestimmungen der **RL 2004/38** bezog, dies mit dem Argument, dass die Richtlinie inhaltlich für die zu beurteilende Frage des Familiennachzugs keine wesentlichen Neuerungen mit sich gebracht habe.

- Zweitens werden in Sekundärrechtsakten häufig Grundsätze kodifiziert, die der **EuGH** in Auslegung der bis dahin geltenden Vorgaben bereits vorher **anerkannte**. Auch hier impliziert damit der neue Rechtsakte keine eigentliche Modifikation der Rechtslage, so dass die Parallelität der Rechtsentwicklung gewahrt und die Rechtsprechung bezüglich dieser neuen Bestimmungen grundsätzlich heranzuziehen ist.

⁶³ BGE 136 II 5. Vgl. zu diesem Urteil bereits oben II.1.a).

⁶⁴ EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241.

Als Beispiel sei hier auf **Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38** hingewiesen: Diese Bestimmung betrifft die Voraussetzungen, unter denen der Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt werden kann. Die Bestimmung formuliert einige, bereits in der (durch die RL 2004/38 aufgehobenen) RL 64/221 enthaltene Grundsätze (ausschliessliche Massgeblichkeit des persönlichen Verhaltens des Betroffenen, kein „Automatismus“ von strafrechtlicher Verurteilung und Ausweisung, vgl. Art. 3 Abs. 1, 2 RL 64/221), fügt dem aber noch eine Reihe weiterer Anforderungen bzw. Präzisierungen hinzu, so den Ausschluss wirtschaftlicher Gründe, die Massgeblichkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, die Unzulässigkeit generalpräventiver Erwägungen und die Anforderung, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. All diese Anforderungen hat der EuGH bereits auf der Grundlage der RL 64/221 bzw. der primärrechtlichen Vorschriften entwickelt,⁶⁵ so dass davon auszugehen ist, dass Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 die Rechtsprechung kodifiziert und mit diesen Vorgaben keine eigentlichen Neuerungen verbunden sind. Insofern ist auch die neue Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 grundsätzlich beachtlich.

- Drittens ist es denkbar, dass ein neuer Sekundärrechtsakt eine bis dahin **nicht ausdrücklich geregelte Frage einer expliziten Regelung** zuführt. Hier kann bzw. sollte die neue Regelung immer dann auch für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens herangezogen werden, wenn dieses einer derartigen Auslegung zugänglich ist, dies vor dem Hintergrund einer möglichst weitgehenden Herstellung einer kongruenten Rechtslage trotz der Weiterentwicklung des Unionsrechts.

Als Beispiel sei hier auf **Art. 8 Abs. 1-3 RL 2004/38**, wonach die Mitgliedstaaten von Unionsbürgern im Falle eines Aufenthalts von über drei Monaten verlangen können, dass sie sich bei der zuständigen Behörde anmelden und den Behörden gewisse Informationen zukommen lassen müssen, hingewiesen; die Nichterfüllung dieser Pflicht kann mit verhältnismässigen und nicht diskriminierenden Sanktionen geahndet werden. Diese Aspekte waren vorher nicht in dieser Genauigkeit sekundärrechtlich geregelt. Gleichwohl zog das Bundesgericht diese Bestimmung (und darüber hinaus die Umsetzung in Deutschland) für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens heran: Zu beurteilen war die Beschwerde eines deutschen Staatsbürgers, der der Ansicht war, der „automatische“ Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung aus dem Freizügigkeitsabkommens schliesse verfahrensrechtliche Mitwirkungspflichten aus. Daher verweigerte er die Vorlage einer sog. Verfallsanzeige, die er als „inquisitorisches Ausfragen“ bezeichnete. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und erachtete den Aufwand einer wenige Minuten dauernden Mitwirkung, die dem Umfang

⁶⁵ Vgl. etwa EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999, Rn. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115-116/81 (Adaoui et Cornuaille), Slg. 1982, 1665, Rn. 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), Slg. 1999, I-11, Rn. 24 ff.; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 1263, Rn. 17; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), Slg. 2002, I-10981, Rn. 40 ff.

dessen entspreche, was von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern bei der Beschaffung eines Personalausweises verlangt werde, als mit dem Abkommen in Einklang stehend. Mit dem deklaratorischen Charakter der Aufenthaltsgenehmigung stehe dieses Ergebnis in Einklang, da eine Meldepflicht und bestimmte Mitwirkungspflichten diesen nicht in Frage stellten. Als Auslegungshilfe zog das Gericht die genannten Bestimmungen der RL 2004/38 heran, was es mit dem Ziel des Abkommens, eine parallele Rechtslage sicherzustellen, begründete, ganz abgesehen davon, dass nicht anzunehmen sei, dass das Freizügigkeitsabkommen hier weitergehende Rechte als die RL 2004/38 garantiere.⁶⁶

- Schliesslich können neue Rechtsakte aber selbstverständlich auch „echte“ **Neuerungen** enthalten, etwa neue Freizügigkeits- oder Verbleiberechte, die so vorher nicht gewährleistet waren. Solche neuen Rechte finden dann im Verhältnis zur Schweiz keine Anwendung, da das Freizügigkeitsabkommen sie gerade nicht verankert und somit keine Grundlage für ihre Geltung in dessen Rahmen besteht.

Als (wichtiges) Beispiel sei hier auf das neu in der RL 2004/38 verankerte **Daueraufenthaltsrecht** hingewiesen (vgl. **Art. 16 ff. RL 2004/38**), ein Recht, das sich aus den bis dahin geltenden Sekundärrechtsakten nicht ergab und den Unionsbürgern sowie ihren Familienangehörigen, die sich rechtmässig während fünf Jahren im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben, ein voraussetzungsloses Daueraufenthaltsrecht einräumt.

Deutlich wird damit, dass in vielen Konstellationen trotz einer Modifikation des einschlägigen Unionsrechts die **Parallelität der Rechtslage fortbestehen kann bzw. zu gewährleisten** ist. Das Bundesgericht dürfte im Übrigen davon ausgehen, dass im Sinne des Abkommensziels einer kongruenten Rechtslage das Freizügigkeitsabkommen im Zweifel im **Lichte der neuen EU-Rechtsakte und der diesbezüglichen Rechtsprechung** auszulegen ist. Nichtsdestotrotz implizieren Modifikationen des Unionsrechts, die als solche nicht in das Freizügigkeitsabkommen übernommen werden (in dem vielmehr die „alte“ Rechtslage weiter gilt), **zusätzliche Auslegungsprobleme**, da die **Abgrenzung** der oben erwähnten Konstellationen bzw. das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen häufig nicht von vornherein klar sein wird. Insbesondere die Frage, ob die genannten Voraussetzungen für eine „Fortschreibung“ der bisherigen Rechtslage (im Sinne der ersten drei Konstellationen) vorliegen, wird mitunter umstritten sein, so etwa bei gewissen Formulierungsabweichungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage. In diesen Fällen fragt es sich dann, ob nicht doch eine „echte“ Modifikation der Rechtslage anzunehmen ist, die sich nicht auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen lässt.

⁶⁶ BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010. Vgl. zu diesem Urteil schon *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 8), 243 (256 f.).

Diese Schwierigkeiten können anhand des **Art. 28 RL 2004/38** illustriert werden: Art. 28 Abs. 1 hält fest, dass der betreffende Mitgliedstaat bei einer Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eine Reihe von Faktoren zu berücksichtigen hat (Dauer des Aufenthalts usw.). Art. 28 Abs. 2, 3 formulieren erschwerte Voraussetzungen für Unionsbürger, die ein Recht auf Daueraufenthalt geniessen, und für Unionsbürger, die sich während zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben oder minderjährig sind. Die RL 64/221 enthielt noch keine solche Präzisierungen; allerdings ist es gut vertretbar, die Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 bereits aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit – der nach der Rechtsprechung schon vor Inkrafttreten der RL 2004/38 bei Ausweisungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zu beachten war⁶⁷ – abzuleiten. Vieles spricht daher dafür, dass diese Bestimmung auch im Rahmen der Auslegung des Art. 5 Anhang I FZA zu beachten ist, obwohl der Gerichtshof sich nicht zu allen dort aufgeführten Kriterien bereits geäußert hat. Gleiches gilt grundsätzlich für Art. 28 Abs. 2, 3 RL 2004/38, soweit es hier letztlich um die Berücksichtigung der Dauer des Aufenthalts bzw. der Minderjährigkeit geht. Fraglich könnte hingegen sein, ob die Beschränkung der möglichen Ausweisungsgründe auf die öffentliche Sicherheit (unter Ausschluss der öffentlichen Ordnung) in Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten ist. Dagegen spricht der Wortlaut des Art. 5 Anhang I FZA sowie die nach wie vor geltende Bezugnahme auf die RL 64/221, dafür jedoch der Umstand, dass im Falle eines 10-jährigen Aufenthalts oder der Minderjährigkeit Verhältnismässigkeitsgesichtspunkte ebenfalls für eine höhere Ausweisungshürde sprechen. Im Hinblick auf die Parallelität der Rechtsregime erscheint daher eine grundsätzliche Massgeblichkeit auch dieser Bestimmung durchaus vertretbar, ohne dass dies jedoch zu einem „absoluten“ Verbot der Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung in den Konstellationen des Art. 28 Abs. 3 führte.

Nur am Rande und ergänzend sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass auch eine Anwendung des **Art. 2 FZA** dazu führen kann, dass neue Regelungen auf Unionsebene im Ergebnis auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant sind, dies obwohl dieses an sich eine andere Rechtslage zugrunde legt. Allerdings geht es in einem solchen Fall nicht um die Massgeblichkeit des Unionsrechts für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, sondern um die aufgrund des Art. 2 FZA zu berücksichtigende Rechtslage nach nationalem Recht, womit aber im Ergebnis eine parallele Rechtslage wie im Unionsrecht einhergehen kann. Hingewiesen sei hier auf den Einbezug von Personen, die in einer **eingetragenen Partnerschaft** leben, in den **Familiennachzug**, die auf Unionsebene in Art. 2 Nr. 2 lit. b RL 2004/38 vorgesehen ist, während Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA nur von „Ehegatten“ spricht: Da die eingetragene Partnerschaft nach Art. 52 AuslG in Bezug auf den Familiennachzug der Ehe gleichgestellt ist, können Schweizer ihre eingetragenen Partner nachziehen. Ein Ausschluss dieser Nachzugsmöglichkeit für Unionsbürger verstiesse somit gegen Art. 2 FZA, so dass letztlich in dieser Beziehung im Ergebnis eine Parallelität der Rechtslage besteht und EU-Ausländern zumindest diejenigen Nachzugsrechte zu gewähren sind, die auch Schweizer Bürgern zustehen (was freilich nicht heisst, dass die Auslegung des einschlägigen EU-Rechts auch bei der Auslegung des nati-

⁶⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 59.

onalen Rechts zu berücksichtigen sein muss, ist doch in derartigen Konstellationen nicht zwingend ein „autonomer Nachvollzug“ anzunehmen, der eine solche Anlehnung allenfalls begründen könnte).⁶⁸

3. Gerichtliche Kontrolle

Die **gerichtliche Kontrolle der Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens** und damit auch der Rechtsschutz Einzelner ist – im Zuge der Ausgestaltung des Abkommens als „klassischer“ völkerrechtlicher Vertrag – **Sache jeder Vertragspartei**. Dies bedeutet, dass in der Europäischen Union Rechtsschutz nach den dort geltenden Grundsätzen zu gewähren ist (wobei von besonderer Bedeutung ist, dass völkerrechtliche Abkommen der EU integraler Bestandteil des in der EU geltenden Rechts sind),⁶⁹ während in der Schweiz die nationalen Gerichteinstanzen zuständig sind. Jedenfalls sind der gerichtliche Zugang und der Rechtsschutz Einzelner nach Art. 11 FZA zu gewährleisten.

Dieses „**Zwei-Säulen-System**“ – das gerade im Zusammenhang mit den sog. „institutionellen Problemen“ der Bilateralen Abkommen derzeit zwischen der Schweiz und der EU diskutiert wird⁷⁰ – entfaltet verschiedene Implikationen:

- Erstens sind **Abweichungen in der Rechtsprechung** nicht nur zwischen schweizerischen Gerichten und Gerichten der EU-Mitgliedstaaten, sondern auch zwischen dem Bundesgericht und dem EuGH bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens denkbar.

So sei daran erinnert, dass das Bundesgericht (mittlerweile) dezidiert den Ansatz eines Grundsatzes der parallelen Auslegung der abkommensrechtlichen Bestimmungen, die EU-Recht nachgebildet sind, im Verhältnis zu letzterem vertritt, während die Rechtsprechung des EuGH hier zumindest zurückhaltender ist. Konkret in Bezug auf die rechtliche Tragweite des Art. 2 FZA könnte die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH durchaus so gedeutet werden, dass ersteres von einer parallelen Ausle-

⁶⁸ Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen im Falle eines „autonomen Nachvollzugs“ die entsprechenden nationalen Vorschriften parallel wie im EU-Recht auszulegen sind und die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen ist, instruktiv *Marc Amstutz*, Interpretatio multiplex. Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, FS Ernst A. Kramer, Basel 2004, 67 ff.

⁶⁹ Vgl. grundlegend EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; s. sodann etwa EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 13; EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3641, Rn. 7; EuGH, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 8. Hierzu bereits *Astrid Epiney*, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU. Zugleich Besprechung von EuGH, EuZW 1998, 572 - *Hèrmes* und EuZW 1998, 694 - *Racke*, EuZW 1998, 5 ff.

⁷⁰ Vgl. hierzu *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs, Zürich 2011, 2 f.; zu den jüngeren Entwicklungen etwa NZZ vom 21.3.2012.

gung im Verhältnis zu Art. 18 AEUV ausgeht, während der EuGH diesen Ansatz zumindest in bestimmten Konstellationen eher ablehnen dürfte.⁷¹

Beim derzeitigen Stand der Dinge drängte sich eine Antwort auf die Frage, ob diese eher restriktive Tendenz des EuGH (soweit eine Anlehnung der Auslegung des Abkommens an diejenige des Unionsrechts betroffen ist) auch in der Schweiz durch das Bundesgericht zu berücksichtigen bzw. in seine Erwägungen einzubeziehen ist, schon deshalb nicht auf, weil die Rechtsprechung des EuGH nicht wirklich gefestigt und ihre Entwicklung nicht abzusehen ist. Gerade in der jüngeren Rechtsprechung finden sich nämlich durchaus Anhaltspunkte dafür, dass ein Grundsatz der Parallelität der Auslegung (unter bestimmten, ggf. noch zu präzisierenden Voraussetzungen) gerade nicht ausgeschlossen wird. Dennoch zeigen die unterschiedlichen Akzentsetzungen von Bundesgericht und EuGH, dass Differenzen nicht ausgeschlossen sind. Diesfalls wird sich die Frage stellen, ob das Bundesgericht eine möglicherweise – in Bezug auf die Anlehnung an das EU-Recht – zurückhaltendere Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Freizügigkeitsabkommen übernehmen wird oder nicht. Ggf. wird sich das Gericht daher entscheiden müssen, ob es das im Abkommen zum Ausdruck gekommene Anliegen der Parallelität der Rechtslage in der EU und im Verhältnis zur Schweiz auch unter diesen Vorzeichen konsequent verfolgt, könnte auf diese Weise zwar die Parallelität zum EU-Recht, jedoch nicht diejenige zur rechtlichen Tragweite des Abkommens in der EU gewahrt werden. Nach der hier vertretenen Ansicht sprechen für die durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts derzeit verfolgte Linie aus rechtlicher Sicht gute Gründe,⁷² so dass auch im Falle diesbezüglich divergierender Ansätze des EuGH an dieser festgehalten werden sollte, zumal das „Zwei-Säulen-System“ eben impliziert, dass solche Rechtsprechungsunterschiede auftreten können.

- Zweitens steht den schweizerischen Gerichte nicht das Verfahren der **Vorabentscheidung** zur Verfügung. Daher haben sie die sich auf der Grundlage des Grundsatzes der Parallelität der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens im Verhältnis zum Unionsrecht inzident stellenden Fragen nach der Auslegung des Unionsrechts selbst zu beantworten, ohne dass die Möglichkeit bestünde, dem Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren entsprechende Fragen zu unterbreiten. Dies birgt die Gefahr mit sich, dass das **Unionsrecht nicht zutreffend ausgelegt bzw. die bei der Auslegung des Abkommens herangezogenen unionsrechtlichen Grundsätze verkannt** oder nicht korrekt auf einen Sachverhalt angewandt werden.

Hier kann auf drei **Beispiele** hingewiesen werden:

- Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich verneinte die Arbeitnehmereigenschaft eines Praktikanten (dessen Tätigkeit bezahlt wurde), der dazu noch in einer Teilzeitanstellung als Verkäufer tätig war.⁷³ Dieser Ansatz dürfte der Recht-

⁷¹ Vgl. oben II.1.a).

⁷² S.o. II.1.a).

⁷³ VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009.

sprechung des EuGH nicht Rechnung tragen, dies obwohl das Gericht diese durchaus heranzieht und die Formulierungen des Gerichts den Eindruck erwecken, es habe unter Rückgriff auf die vom EuGH entwickelten Grundsätze entschieden.⁷⁴

- Nach Ansicht des Bundesgerichts ist das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA) nicht einschlägig, wenn eine österreichische Alterspension pfändbar ist, während die Leistungen der AHV nicht pfändbar sind. Denn eine solche Regelung stelle nicht auf die Staatsangehörigkeit der Betroffenen, sondern die Herkunft der Rente ab.⁷⁵ Damit verkennt das Gericht jedoch, dass der Diskriminierungsbegriff des Art. 2 FZA an Unionsrecht angelehnt ist und diese Vorschrift somit auch mittelbaren bzw. indirekten Diskriminierungen entgegensteht.⁷⁶
- Schliesslich ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Rechtsmissbrauch beim Familiennachzug zu erinnern: Während der EuGH bei der Frage, ob eine Ehe besteht, massgeblich auf das Fortbestehen des formellen Bandes der Ehe abstellt und insbesondere die fehlende Haushaltsgemeinschaft nichts am Nachzugsrecht ändert,⁷⁷ ist das Bundesgericht hier wesentlich restriktiver und neigt dazu, bei fehlendem Zusammenwohnen davon auszugehen, dass die Ehe nur noch formell bestehe und letztlich keine Lebensgemeinschaft angestrebt würde, so dass die Berufung auf den Familiennachzug einen Rechtsmissbrauch darstelle.⁷⁸
- Die Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens – sowie (mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens) auch der anderen Bilateralen Abkommen – in der Schweiz kann nicht von einem **internationalen oder supranationalen Gremium überwacht und überprüft** werden. Vielmehr ist hierfür die Schweiz allein verantwortlich.
- Damit in engem Zusammenhang steht der Umstand, dass **Streitigkeiten zwischen der Schweiz und der Europäischen Union** über die Anwendung und Auslegung des Abkommens nur einvernehmlich beigelegt werden können, wobei der **Gemischte Ausschuss** eine wichtige Rolle spielt. Im Falle von Divergenzen ist hier die Ausübung politischen Drucks nicht ausgeschlossen.

⁷⁴ Vgl. ausführlich und eher kritisch zu dem Urteil *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 8), 243 (246 ff.).

⁷⁵ BGE 134 III 608, Erw. 2.6.5.

⁷⁶ Vgl. zu diesem Urteil *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 8), 243 (273 f.).

⁷⁷ EuGH, Rs. 267/83 (Diatta), Slg. 1985, 567, Rn. 20.

⁷⁸ Vgl. so z.B. BGE 130 II 113, Erw. 9.5; BG, 2C_635/2009, Urt. v. 26.3.2010, Erw. 4.3. Vgl. hierzu *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 15), 141 (144 f.); *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 15), 227 (237 f.); *Spescha*, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (Fn. 18), 141 (143 ff.).

Beispiele für unterschiedliche Auslegungen zwischen der Schweiz und der EU gibt es immer wieder, wenn auch nicht allzu häufig; aus jüngerer Zeit sei auf die Frage der Anwendbarkeit der sog. Ventilklausel nur auf die acht neuen EU-Staaten⁷⁹ oder die Vereinbarkeit gewisser flankierender Massnahmen mit dem Freizügigkeitsabkommen⁸⁰ hingewiesen.

4. Zum Rang des Abkommens in der Normenhierarchie unter besonderer Berücksichtigung abkommenswidriger Volksinitiativen

Dem Freizügigkeitsabkommen – das auf der Grundlage des monistischen Ansatzes der Verfassung als solches unmittelbar in der Schweiz gilt und dessen Bestimmungen bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen unmittelbar anwendbar sind⁸¹ – kommt als **Staatsvertrag** grundsätzlich **Vorrang vor nationalem Recht jeder Stufe** zu. Dieser Grundsatz ergibt sich letztlich aus dem **Rechtsstaatsprinzip**.⁸² Allerdings ist hier im Einzelnen Vieles umstritten. Ohne dass auf diese grundsätzliche Problematik im Rahmen dieses Beitrags wirklich eingegangen werden kann, sei stichwortartig auf die für die Frage der Normenhierarchie massgeblichen Grundsätze sowie die sich in diesem Zusammenhang stellenden Probleme hingewiesen:⁸³

- Gesichert ist der Vorrang von Staatsverträgen vor **kantonalem Recht** jeder Stufe sowie vor **Verordnungsrecht des Bundes**.
- Aus **Art. 190 BV** ist grundsätzlich abzuleiten, dass im Falle eines Konflikts zwischen **Staatsverträgen und Bundesverfassung** jedenfalls erstere anzuwenden sind. Dies gilt auch für das Freizügigkeitsabkommen.

⁷⁹ Hierzu NZZ v. 21.4.2012.

⁸⁰ Hierzu *Epiney/Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen (Fn. 8), *passim*.

⁸¹ Vgl. hierzu mit Bezug auf die Bilateralen Abkommen und m.w.N. *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Bewertung ausgewählter europapolitischer Optionen aus rechtlicher Sicht, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht, Expertenberichte im Auftrag der Arbeitsgruppe „Europa – Reformen der Kantone“, Zürich 2006, 77 (177 ff.).

⁸² Vgl. mit ausführlicher Begründung bereits *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl. 1994, 537 ff. I. Erg. ebenso *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 9, Rn. 13; vgl. aber auch das Plädoyer für einen „generellen Vorrang des Völkerrechts mit Abwägungsvorbehalt in Ausnahmefällen“ bei *Daniel Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, Zürich 2005, 79 ff.

⁸³ Vgl. den Überblick über die Problematik etwa bei *Giovanni Biaggini*, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich 2011, § 9, Rn. 28 ff.; *Tschannen*, Staatsrecht (Fn. 76), § 9.

- In Bezug auf das **Verhältnis von Staatsverträgen und Bundesgesetzen**, die in Art. 190 BV in einem Atemzug genannt werden, geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung insofern von einer Relativierung des Vorrangs der ersteren aus, als Bundesgesetze vorrangig anzuwenden seien, wenn der Bundesgesetzgeber eine Völkerrechtsverletzung bewusst in Kauf genommen habe (sog. **Schubert-Rechtsprechung**).⁸⁴ Allerdings ist dieser Grundsatz in der Praxis kaum je relevant geworden und durch das Bundesgericht auch relativiert worden;⁸⁵ im Übrigen ist er dogmatisch wenig überzeugend.⁸⁶
- Speziell in Bezug auf das **Freizügigkeitsabkommen** stellt sich noch die Frage, ob gewisse durch dieses gewährleistete Rechte als „**Grundrechte**“ anzusehen sein könnten, da sie an die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten anknüpfen, denen grundrechtlicher Charakter zukommt, oder auch grundrechtlich gewährleistete Rechtspositionen verankern (ggf. in Erweiterung der sich aus den Grundrechten ergebenden Rechtspositionen), wie beim Familiennachzug. Bejahte man diese Frage, käme – im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸⁷ – die Schubert-Praxis nicht zum Zuge, so dass diesen Bestimmungen jedenfalls Vorrang einzuräumen wäre.⁸⁸

Auch wenn der Vorrang des Freizügigkeitsabkommens damit grundsätzlich geklärt ist, können hier doch Probleme auftreten, dies – zumindest aufgrund der Erfahrungen der letzten Jahre – im Wesentlichen im Zuge von und im Anschluss an Volksinitiativen, die gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen. Als Beispiel sei hier die im November 2010 angenommene sog. **Ausschaffungsinitiative** (Art. 121 Abs. 3-6 BV) hingewiesen: Diese verstösst nach (fast) einhelliger Ansicht gegen das Freizügigkeitsabkommen, da die nach dem Abkommen bei der Ausweisung von Ausländern zu beach-

⁸⁴ BGE 99 Ib 39, Erw. 4.

⁸⁵ Vgl. BGE 125 II 417 Erw. 4d: „Diese völkerrechtlichen Prinzipien sind in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar (...). Daraus ergibt sich, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht.“ S. weiter zum grundsätzlichen Vorrang der EMRK BGE 117 Ib 367. Die Schubert-Praxis dürfte damit jedenfalls im Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und EMRK oder zwingendem Völkerrecht nicht mehr zum Zuge kommen; s. aber mit etwas anderer Akzentsetzung auch BGE 136 III 168.

⁸⁶ Vgl. ausführlich hierzu *Alberto Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000, 33 (43 ff.).

⁸⁷ Fn. 79.

⁸⁸ Vgl. die Überlegungen in diese Richtung bei *Stephan Breitenmoser/Michael Isler*, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 (1010).

tenden Vorgaben nicht berücksichtigt wurden.⁸⁹ Fraglich ist nun, wie mit dieser Verfassungsbestimmung angesichts dieser Unvereinbarkeit umzugehen ist bzw. welche rechtlichen Konsequenzen sie entfaltet. Hier ist zu unterscheiden:⁹⁰

- **Vor dem Erlass von Durchführungsbestimmungen** (vgl. Art. 121 Abs. 4 BV, wonach der Gesetzgeber die Tatbestände in Absatz 3 näher umschreibt)⁹¹ ergibt sich die Antwort auf diese Frage aus Art. 190 BV: Danach ist (neben den Bundesgesetzen) das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Aus dieser Bestimmung kann geschlossen werden, dass im Falle eines Konflikts zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag wie dem **Freizügigkeitsabkommen** und einer Verfassungsbestimmung der erstere vorrangig anzuwenden ist, ohne dass es darauf ankäme, ob die Verfassungsbestimmung unmittelbar anwendbar ist oder nicht.⁹² Dieses nach der hier vertretenen Ansicht⁹³ auch für das Verhältnis von jüngerem Verfassungsrecht und älterem Staatsvertragsrecht zur Anwendung kommende Prinzip gilt unabhängig davon, ob grundsätzlich ein Vorrang des Völkerrechts angenommen wird – wofür überzeugende Gründe sprechen – oder nicht, ergibt es sich doch aus Art. 190 BV selbst.⁹⁴

⁸⁹ Vgl. ausführlich *Astrid Epiney*, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden 2010, 3 ff.

⁹⁰ Vgl. zum Folgenden bereits *Epiney*, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden 2010 (Fn. 83), 3 (7 f.), worauf die folgenden Ausführungen teilweise zurückgreifen.

⁹¹ Wobei der Gesetzgeber nach dem Wortlaut der Bestimmung den genannten Tatbeständen zwar weitere hinzufügen, jedoch nicht in der Vorschrift aufgeführte Tatbestände streichen darf.

⁹² Vgl. zur Problematik der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen ausserhalb des Grundrechtskatalogs *Daniel Kettiger*, Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung, Jusletter vom 1.3.2010, Rn. 15 ff.

⁹³ Wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, dass es diesbezüglich noch keine behördliche Praxis gibt und die Frage in der Lehre umstritten ist, vgl. für einen Überblick *Luzius Mader*, Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder, in: Astrid Epiney/René Pahud de Mortanges/Khalil Beydoun (Hrsg.), Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz, Zürich 2009, 93 (104 f.).

⁹⁴ Ebenso, zumindest in Bezug auf menschenrechtliche Verpflichtungen, *Jörg Paul Müller*, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, Jusletter vom 1.3.2010, Rn. 17 ff.; a.A. *Kettiger*, Jusletter vom 1.3.2010 (Fn. 86), Rn. 15 ff., der die sog. Schubert-Praxis mit angesichts des Art. 190 BV wenig überzeugenden Gründen auch auf das Verhältnis von Völkerrecht und Verfassungsrecht anwenden will.

- Wird nun die **Ausführungsgesetzgebung erlassen**, so sind zwei grundsätzliche Szenarien denkbar, wie auch der Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der Initiative⁹⁵ zeigt:
 - Erstens ist es möglich, dass der Gesetzgeber die Initiative so umsetzt, dass **Unvereinbarkeiten mit dem Freizügigkeitsabkommen vermieden** werden sollen oder könnten. Drei von der Arbeitsgruppe vorgestellte Varianten der Umsetzung (nämlich die Varianten 2-4) gehen in diese Richtung. In einem solchen Fall müssten die **gesetzlichen Bestimmungen nach Art. 190 BV angewandt** werden.

Deutlich wird damit auch, dass in Bezug auf die Umsetzungsgesetzgebung (nach ihrem Erlass) zunächst und in einem ersten Schritt abzuklären ist, ob sie so **ausgelegt** werden kann, dass sie mit dem **Freizügigkeitsabkommen nicht in Konflikt** gerät. Dabei ist von einem **Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung** auszugehen. Im Einzelnen müsste also gewährleistet sein, dass die ausweisungsbegründenden (Straf-) Tatbestände eine gewisse Schwere aufweisen, kann doch nur eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, die Ausweisung eines EU-Bürgers rechtfertigen;⁹⁶ weiter ist ausschliesslich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abzustellen, was einen „Automatismus“ (im Sinne einer zwingenden Ausweisung im Falle bestimmter Straftaten bzw. Verurteilungen) ausschliesst, die persönliche Situation des Betroffenen (Dauer des Aufenthalts, Familienbande in der Schweiz usw.) muss berücksichtigt werden können, und ganz allgemein ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu wahren.

Die Varianten 2-4 der Umsetzung der Initiative sind einer solchen Auslegung zugänglich, sehen sie doch explizit den Ausschluss der Landesverweisung bei freizügigkeitsberechtigten Ausländern oder deren Familienangehörigen, in Bezug auf welche den nach dem Freizügigkeitsabkommen vorausgesetzten Anforderungen für eine solche Massnahme nicht Genüge getan ist, vor.

- Zweitens könnte der Gesetzgeber die Initiative unter (fast) **treuer Anwendung der Vorgaben der Initiative** umsetzen, wie dies die Variante der Vertreter des Initiativkomitees vorsieht, die explizit präzisiert, dass die Umsetzungsgesetzgebung nicht zwingendem Völkerrecht vorgeht und diesen Begriff auch noch definiert, womit offensichtlich das **Freizügigkeitsabkommen zurücktreten** soll. Aber a-

⁹⁵ Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Juni 2011. Vgl. hierzu *Peter Uebersax*, Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, *Asyl* 4/11, 9 ff.; s. auch *Lorenz Langer*, Menetekel oder Musterlösung? Das amerikanische Ausländerrecht und die Umsetzung der schweizerischen Ausschaffungsinitiative, *SZIER* 2011, 195 ff.

⁹⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 59.

cuh die beiden Varianten der Umsetzung, die der Bundesrat im Mai 2012 in die Vernehmlassung geschickt hat, stehen mit dem Freizügigkeitsabkommen zumindest *a priori* nicht in Einklang.⁹⁷ Damit stellte sich die Frage nach dem **Verhältnis zwischen dem Freizügigkeitsabkommen als völkerrechtlicher Vertrag und dem einschlägigen Bundesgesetz**. Zwar kommt auch hier der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts zum Zug; jedoch könnten bei der initiativkonformen Durchführung der Ausschaffungsinitiative die Voraussetzungen der sog. **Schubert-Praxis**, wonach ein späteres Bundesgesetz einem früheren Staatsvertrag dann vorgeht, wenn der Bundesgesetzgeber „bewusst“ gegen diesen habe verstossen wollen,⁹⁸ vorliegen. Auch wenn diese Praxis auf gewichtige rechtsdogmatische Einwände stösst und auf sie übrigens auch vom Bundesgericht selbst praktisch nicht zurückgegriffen wird, wurde sie vom Bundesgericht bislang noch nicht ausdrücklich aufgegeben, so dass auf der Grundlage der Rechtsprechung grundsätzlich von ihrer Massgeblichkeit auszugehen ist. Zwar könnte vorliegend ggf. Vieles für die Einschlägigkeit dieser Rechtsprechung angeführt werden; zu beachten ist aber, dass das Bundesgericht in denjenigen Fällen, in denen es um einen Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und der EMRK ging, wohl von einem ausnahmslosen Vorrang der EMRK ausgehen dürfte,⁹⁹ so dass beim derzeitigen Stand der Dinge alles dafür spricht, dass in einer solchen Konstellation die Schubert-Praxis keine Anwendung fände. Da das Freizügigkeitsabkommen aber grundrechtsähnliche Rechte Einzelner verankert, könnte in Erwägung gezogen werden, auch im Falle eines Konflikts zwischen solchen Rechten und einem späteren Bundesgesetz jedenfalls erstere zum Zuge kommen zu lassen. Letztlich ist es

⁹⁷ Die erste Variante sieht eine „Regelausweisung“ von Ausländern vor, wenn diese bestimmte (schwere) Straftaten begangen haben und zu mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden sind. Ausnahmen sind vorgesehen, wenn die Ausweisung nicht „zumutbar“ ist oder zu einer schwerwiegenden Verletzung von durch internationale Menschenrechtsgarantien geschützten Rechten führte. Die zweite Variante unterscheidet sich von der ersten durch eine weiter gefasste Liste der erfassten Delikte und einer „Regelausweisung“ bei einer entsprechenden Verurteilung unabhängig von der Höhe der verhängten Strafe; vorbehalten bliebe einzig das Non-refoulement-Gebot, bei dessen (drohender) Verletzung von einer Ausweisung abzusehen wäre. Vgl. hierzu NZZ v. 24.5.2012, 9. In Bezug auf die zweite Variante ist der Verstoss gegen das Freizügigkeitsabkommen klar; bei der ersten Variante könnte man allenfalls noch in Erwägung ziehen, unter dem Gesichtspunkt der „Zumutbarkeit“ der Ausweisung die Vereinbarkeit mit den durch das Freizügigkeitsabkommen vorgegebenen Kriterien zu prüfen.

⁹⁸ Vgl. BGE 99 Ib 39.

⁹⁹ Vgl. m.w.N., Müller, Jusletter v. 1.3.2010 (Fn. 88), Rn. 15 f.

aber beim augenblicklichen Stand unklar, wie das Bundesgericht in einem solchen konkreten Anwendungsfall entscheiden würde.

Wenn ein Konflikt mit dem Freizügigkeitsabkommen auf die eine oder andere Weise nach den skizzierten Grundsätzen bei der Entscheidung konkreter Fälle vermieden werden könnte, wäre die Situation aber gleichwohl unbefriedigend, führte sie doch dazu, dass eine von Volk und Ständen angenommene Initiative letztlich nicht durchgeführt bzw. angewandt würde. Würde auf der anderen Seite im Zuge der Umsetzung der Initiative gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen, wäre aber auch dieser Zustand aus rechtsstaatlicher Sicht unbefriedigend. Weiter bestünde in diesem Fall zumindest die Gefahr, dass die EU das Abkommen kündigte, womit die anderen sechs Abkommen der Bilateralen I ebenfalls dahin fielen. Eine Kündigung des Abkommens durch die Schweiz zöge dieselben Konsequenzen nach sich. Selbstverständlich könnte man ggf. versuchen, mit der EU zu verhandeln, um gangbare Lösungen zu finden; nichts spricht aber dafür, dass die EU bereit wäre, Ausnahmen von den grundlegenden Regeln der Freizügigkeit zuzulassen.

Wie auch immer man also die Situation dreht und wendet, führt kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass gegen für die Schweiz bedeutende völkerrechtliche Verträge – deren Kündigung i. Erg. kaum in Betracht kommt – verstossende Initiativen zu bedeutenden rechtlichen und politischen Problemen führen, womit die bereits verschiedentlich diskutierte¹⁰⁰ Frage aufgeworfen wird, ob Wege vorstellbar sind, die diese Situation vermeiden oder doch zumindest entschärfen könnten. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Behandlung völkerrechtswidriger Initiativen letztlich (auch) in einem Spannungsverhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie anzusiedeln ist, wobei der derzeit vorherrschende Ansatz dahin geht, aus demokratiepolitischen Gründen von einer Nichtigerklärung völkerrechtswidriger Initiativen – die nicht das zwingende Völkerrecht (wie auch immer man dieses auslegt¹⁰¹) betreffen – abzugehen und die Lösung der dadurch (im Falle der Annahme solcher Initiativen) entstehenden rechtlichen Probleme den politischen Kräften und den rechtsanwendenden Behörden zu überlassen. Dieser in der Regel durchaus zu befriedigenden Ergebnissen führende Ansatz (zumal die Annahme solcher Initiativen sehr selten ist) stösst jedoch bei einfach und klar formulierten Initiativen, die wenig bis keinen Auslegungsspielraum lassen und klar gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstossen, an seine Grenzen, wie das hier diskutierte Beispiel der Ausschaffungsinitiative

¹⁰⁰ Vgl. etwa ausführlich zur Problematik aus jüngerer Zeit *Robert Baumann*, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, ZBl. 2007, 181 ff.; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl. 2008, 121 ff.; *Andreas Auer/Bénédicte Tornay*, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative „Pour des naturalisations démocratiques“, AJP 2007, 740 ff.; *Thomas Gächter/Matthias Kradolfer*, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, ASYL 1/08, 12 ff.; *Tristan Zimmermann*, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, AJP 2007, 748 ff.; *Regina Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2009, 237 ff.

¹⁰¹ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 94.

illustriert. Denn in diesen Fällen bleibt – auch in Anbetracht des Vorrangs des Völkerrechts und des Art. 190 BV – in der Regel nur die (teilweise) Nichtanwendung der durch die Initiative eingeführten Verfassungsbestimmung, dies jedenfalls in den Fällen, in denen eine Kündigung der betroffenen völkerrechtlichen Verträge nicht in Betracht kommt; aufgeworfen wird damit die Frage, ob dieses Ergebnis demokratiepolitisch hinnehmbar ist. Vor diesem Hintergrund könnte in Anbetracht des Rechtsstaatsprinzips und der Effektivität des Demokratieprinzips in Erwägung gezogen werden, in eng begrenztem Umfang (bei klar gegen zumindest gewisse völkerrechtliche Verpflichtungen verstossende und damit letztlich nicht umsetzbare Initiativen) einen weiteren Ungültigkeitsgrund anzuerkennen und gegebenenfalls durch Verfassungsänderung einzuführen.¹⁰²

III. Ausgewählte materiell-rechtliche Aspekte

Das Freizügigkeitsabkommen impliziert in der Schweiz die Anwendung von Begriffen und Konzepten, die bis dahin im schweizerischen Ausländerrecht unbekannt waren; in gewisser Weise führte das Abkommen damit – soweit Unionsbürger betroffen sind – zu einem eigentlichen **Paradigmenwechsel** im schweizerischen Ausländerrecht. Dies hängt einerseits mit der Verankerung eigentlicher **Rechte Einzelner** im Abkommen, andererseits mit der **Ausgestaltung einiger Begriffe und der Voraussetzungen dieser Rechte** zusammen. Die Folge ist auch, dass sich die Rolle der zuständigen Behörden notwendigerweise gewandelt hat bzw. wandeln muss(te): Die „Fremdenpolizei“ – deren Rolle vielfach darin gesehen wird bzw. wurde, den Zuzug von Ausländern zu kontrollieren und zu beschränken – muss(te) zu einer leistenden Verwaltung werden, die dem Unionsbürger die Wahrnehmung seiner Rechte ermöglicht.¹⁰³

Dieser Paradigmenwechsel und die Pflicht zur Anwendung bislang unbekannter Begriffe und Konzepte geht nicht immer ohne Nebengeräusche vonstatten, und mitunter können bestimmte, dem Abkommen zu entnehmende Grundsätze auf Akzeptanzprobleme stossen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Ausmass der durch das Freizügigkeitsabkommen implizierten Umwälzungen im Migrationsrecht nicht von Anfang an überall klar gewesen sein dürfte. Im Folgenden sollen diese Schwierigkeiten bzw. Neuerungen an drei Beispielen illustriert werden, bei denen es nicht – im Gegensatz zu den oben¹⁰⁴ behandelten Konstellationen – um (noch) umstrittene Auslegungsfra-

¹⁰² Vgl. in diesem Zusammenhang auch den diesbezüglichen Bericht des Bundesrates in BBl 2011, 3613 ff.

¹⁰³ Vgl. die in eine ähnliche Richtung gehenden Bemerkungen von *Kai-Siegrun Konrad*, Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens auf die Schweiz: Die Sicht eines kantonalen Migrationsamtes, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, Bern 2010, 27 (32).

¹⁰⁴ II.1.

gen, sondern um im Grundsatz geklärte Aspekte geht, die die Eigenart der durch das Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Rechte veranschaulichen können. Herausgegriffen werden erstens eine für das Abkommen zentrale Begriffsdefinition, nämlich diejenige des Arbeitnehmers (1.), sowie zwei für die Reichweite der Abkommensrechte zentrale Fragen, nämlich diejenige nach Aufenthaltsrechten von fürsorgeabhängigen Personen (2.) sowie diejenige nach der Abgeschlossenheit der Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht (3.).

1. Arbeitnehmerbegriff

Der Begriff des Arbeitnehmers im Abkommen ist (auch nach der ständigen und überzeugenden Rechtsprechung des Bundesgerichts) ebenso wie im Unionsrecht auszulegen,¹⁰⁵ handelt es sich doch um einen Begriff des Unionsrechts, der in das Abkommen übernommen wurde, so dass nach Art. 16 Abs. 2 FZA die einschlägige Rechtsprechung des EuGH für seine Auslegung heranzuziehen ist.

Auf dieser Grundlage stellt der Arbeitnehmerbegriff einen autonomen Begriff des Unionsrechts dar, so dass entsprechende Begriffe des Rechts der Mitgliedstaaten für die Auslegung unerheblich sind. Der EuGH legt den Begriff des Arbeitnehmers insgesamt unter Berufung auf die praktische Wirksamkeit der Vorschriften (*effet utile*) weit aus.¹⁰⁶ Im Einzelnen sind folgende Kriterien für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft ausschlaggebend:

- Es handelt sich um eine **weisungsgebundene und zeitlich definierte Tätigkeit**. Auf die Art des Rechtsverhältnisses kommt es nicht an.¹⁰⁷
- Der Arbeitsleistung steht eine **Gegenleistung** gegenüber, so dass der Tätigkeit insgesamt ein **wirtschaftlicher Charakter** zukommt,¹⁰⁸ was auch bei Tätigkeiten sportlichen oder künstlerischen Charakters der Fall sein kann.¹⁰⁹ Auch Personen, die im Rahmen einer Ausbildung ein (wenn auch gering) bezahltes Praktikum absolvieren, sind Arbeitnehmer im

¹⁰⁵ BGer, 2A.73/2004, Urt. v. 29.4.2005; BGE 131 II 339, Erw. 3.1.

¹⁰⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-337/97 (Meeusen), Slg. 1999, I-3289, Rn. 13 ff.; EuGH, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), Slg. 2003, I-13187, Rn. 23.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. 3/87 (Aegate), Slg. 1989, 4459, Rn. 36 ff.; EuGH, Rs. C-337/97 (Meeusen), Slg. 1999, I-3289, Rn. 15 ff.; EuGH, Rs. C-94/07 (Raccanelli), Slg. 2008, I-5939.

¹⁰⁸ Vgl. EuGH, Rs. 53/81 (Levin), Slg. 1982, 1035, Rn. 17.

¹⁰⁹ EuGH, Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, 1405, Rn. 4; EuGH, Rs. 13/76 (Dona/Mantelo), Slg. 1976, 1333, Rn. 12; EuGH, Rs. 222/86 (Heylens/Unectef), Slg. 1987, 4097, Rn. 10 ff. (Berufssport); EuGH, Rs. 300/84 (van Roosmalen), Slg. 1986, 3097, Rn. 18 ff. (Missionar); EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Rn. 73; EuGH, Rs. C-325/08 (Olympique Lyonnais), Slg. 2010, I-2177 (die beiden letzten Urteile zum Profifussballsport).

Sinne der Art. 45 ff. AEUV. Denn auch insoweit geht es um die Erbringung einer Arbeitsleistung, der ein wirtschaftlicher Wert zukommt.¹¹⁰ Vor dem Hintergrund der weiten Auslegung der Arbeitnehmereigenschaft ist es nicht notwendig, dass die Beschäftigung zur Bestreitung des Lebensunterhalts ausreicht, so dass auch diejenigen Personen erfasst werden, die im Gastland nur eine Teilzeitarbeit ausüben und Einkünfte haben, die unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegen.¹¹¹

- Es muss eine **echte und tatsächliche Tätigkeit** vorliegen. Daher sind völlig unwesentliche Tätigkeiten vom Arbeitnehmerbegriff ausgenommen, wobei die Unwesentlichkeit insbesondere in Anknüpfung an die Dauer und Regelmäßigkeit der Tätigkeit zu bestimmen ist.¹¹² Eine echte und tatsächliche Tätigkeit liegt regelmäßig vor, wenn im Rahmen von Maßnahmen sozialer Arbeitsbeschaffung eine Arbeitsleistung erbracht wird, wobei die tatsächlich erbrachten Leistungen als auf dem Beschäftigungsmarkt üblich angesehen¹¹³ oder auf Beteiligungs- bzw. Ertragsbasis entlohnt werden müssen.¹¹⁴ Jedenfalls schliesst eine kurze Dauer der Tätigkeit oder / und eine begrenzte Höhe der Vergütung die Arbeitnehmereigenschaft nicht von vornherein aus.¹¹⁵

Die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft führt dazu, dass alle **Rechte, die dem Freizügigkeitsabkommen für Arbeitnehmer** zu entnehmen sind, dem Betroffenen zustehen, so insbesondere ein Recht auf Aufenthalt, dies übrigens unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer mit der Vergütung seinen Lebensunterhalt bestreiten kann oder nicht,¹¹⁶ ein Recht auf Familiennachzug und ein Recht auf die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer (vgl. im Einzelnen Art. 3, 6 ff. Anhang I FZA).

¹¹⁰ EuGH, Rs. 66/85 (Lawrie Blum), Slg. 1986, 2121, Rn. 16 ff.; s. auch EuGH, Rs. C-40/05 (Lyyski), Slg. 2007, I-99 (Weiterbildung bereits angestellter Lehrer); EuGH, Rs. C-10/05 (Mattern), Slg. 2006, I-3145 (Berufspraktikum als Krankenpflegerin); EuGH, Rs. C-109/04 (Kranemann), Slg. 2005, I-2421 (Rechtsreferendar).

¹¹¹ EuGH, Rs. 53/81 (Levin), Slg. 1982, 1035, Rn. 11 ff.; EuGH, Rs. 139/85 (Kempf), Slg. 1986, 1741, Rn. 14. S. auch EuGH, Rs. C-14/09 (Genc), Slg. 2010, I-931 (grundsätzliche Bejahung, im Zusammenhang mit dem Assoziierungsabkommen EU-Türkei und dem Beschluss 1/80, der Arbeitnehmereigenschaft einer Person, die lediglich 5,5 Stunden pro Woche arbeitet).

¹¹² EuGH, Rs. C-357/89 (Raulin), Slg. 1992, I-1027, Rn. 12 ff.

¹¹³ EuGH, Rs. 344/87 (Bettray), Slg. 1989, 1621, Rn. 11 ff.; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 24.

¹¹⁴ EuGH, Rs. 3/87 (Agegate), Slg. 1989, 4459, Rn. 33 ff.

¹¹⁵ EuGH, verb. Rs. C-22, 23/08 (Vatsouras), Slg. 2009, I-4585.

¹¹⁶ Hierzu noch sogleich unten III.2.

2. Aufenthaltsrechte für sozialhilfeabhängige Personen

Das Freizügigkeitsabkommen sieht für die durch das Abkommen begünstigten Personen eine Reihe von Rechten, so insbesondere ein Aufenthaltsrecht, vor. Dieses Recht ist zwar für **nicht erwerbstätige Personen** u.a. an die Voraussetzung **ausreichender finanzieller Mittel** geknüpft, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen (**Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA**). Allerdings gilt diese Bestimmung nur für Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben und kein Aufenthaltsrecht aufgrund anderer Bestimmungen des Abkommens (wie insbesondere denjenigen über den Familiennachzug) haben.

Damit impliziert schon Art. 24 Anhang I FZA, dass die Voraussetzung ausreichender finanzieller Mittel als solche nur bei den Nichterwerbstätigen, die ansonsten über kein Aufenthaltsrecht aus dem Abkommen verfügen, zum Zuge kommt. Dies ergibt sich aber auch aus den jeweils einschlägigen Bestimmungen über die Aufenthaltsrechte, die die diesbezüglichen Voraussetzungen abschliessend auführen.¹¹⁷ Im Einzelnen ist insbesondere auf folgende Konstellationen hinzuweisen, in denen die **Unionsbürger sowie ihre Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht** geniessen, **ohne** nachweisen zu müssen, dass sie über **ausreichende finanzielle Mittel** verfügen bzw. in denen ihnen Zugang zu Sozialleistungen des Aufenthaltsstaates zu gewähren ist:

- Wie erwähnt,¹¹⁸ haben **Arbeitnehmer** ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz. Dieses Recht ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1-4 Anhang I FZA. Da der Begriff des Arbeitnehmers weit auszulegen ist und auch Personen umfasst, die einer (Teilzeit-) Beschäftigung nachgehen, deren Entlohnung nicht für die Bestreitung des Lebensunterhalts ausreicht, ist es denkbar, dass auch Arbeitnehmer auf Sozialhilfeleistungen angewiesen sind. Gemäss Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA – wonach Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen geniessen wie die inländischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen – ist ihnen vor diesem Hintergrund ggf. Sozialhilfe zu gewähren.¹¹⁹
- Entsprechende Grundsätze gelten für die **Familienangehörigen der Arbeitnehmer**: Auch deren Aufenthaltsrecht unterliegt – abgesehen von dem Erfordernis einer angemessenen Wohnung, eine Voraussetzung, der angesichts der Notwendigkeit einer nichtdiskriminierenden Anwendung

¹¹⁷ Vgl. insoweit noch sogleich unten III.3.

¹¹⁸ III.1.

¹¹⁹ Die bislang vom Bundesgericht entschiedenen Fälle der Ausweisung bzw. der Verweigerung der Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung wegen fehlender Ressourcen betrafen denn auch – soweit ersichtlich – nicht erwerbstätige Personen, vgl. z.B. BG, 2C_710/2011, Urt. v. 10.2.2012.

kaum eine eigenständige Bedeutung zukommen dürfte¹²⁰ – keinen (neben der Eigenschaft als Familienangehöriger eines vom Abkommen Berechtigten) weiteren Voraussetzungen.

In letzter Konsequenz führt diese Konzeption dazu, dass ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, der seinen Lebensunterhalt nicht bestreiten kann, seine Familie nachziehen kann und allen Familienangehörigen ggf. Sozialhilfe zu gewähren ist. Diese Grundsätze mögen in Einzelfällen durchaus zu nicht erwünschten Konsequenzen führen; sie ergeben sich jedoch klar aus dem Abkommen – das (auch) in dieser Beziehung an die Rechtslage in der EU angelehnt ist – und stellen eine konzeptionelle Grundentscheidung einerseits für das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht von wirtschaftlich Tätigen, andererseits für das voraussetzungslose Familiennachzugsrecht als „Annexrecht“ dar.

- Soweit **selbständig Tätige** betroffen sind, gelten nach der hier vertretenen Ansicht parallele Grundsätze: Im Abkommen finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass diese ihr Aufenthaltsrecht verlieren, wenn sie Sozialhilfe in Anspruch nehmen (vgl. Art. 2 Abs. 1, 12 Anhang I FZA).¹²¹ Anzumerken bleibt aber, dass in einem solchen Fall häufig die selbständige Tätigkeit zu verneinen sein wird.
- **Arbeitssuchenden** steht nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA¹²² zwar ebenfalls ein (grundsätzlich zeitlich befristetes) Aufenthaltsrecht zu. Allerdings können sie nach dieser Bestimmung während der Dauer ihres Aufenthalts von der **Sozialhilfe ausgeschlossen** werden,¹²³ ein Grundsatz der nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) auch im Unionsrecht gilt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass von den Arbeitssuchenden allgemein der **Nachweis ausreichender Ressourcen** verlangt werden kann. Denn diese Anforderung ist nur für die nicht erwerbstätigen Personen in Art. 24 Anhang I FZA formuliert, und auch das Unionsrecht kennt keine solche Voraussetzung, stellt das Aufenthaltsrecht von Arbeitssuchenden doch letztlich einen Aspekt der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar.

¹²⁰ Vgl. im Einzelnen hierzu *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, in: Cesla Amarelle u.a. (Hrsg.), *Code annoté du droit des migrations* (im Erscheinen), Art. 7 ALCP, Rn. 30.

¹²¹ A.A. aber die wohl herrschende Meinung, allerdings ohne nähere Begründung. Vgl. *Marc Spescha*, in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli, *Migrationsrecht, Kommentar*, Zürich 2009, Art. 12 Anhang I, Rn. 2; vgl. auch die Richtlinien des Bundesamts für Migrations über die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit, Stand vom 01.05.2011, Abschnitt 4.3.2 und 12.2.3.2.

¹²² Der eine ständige Rechtsprechung des EuGH aufgreift, vgl. nur EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Slg. 1991, I-745.

¹²³ S. in diesem Zusammenhang auch BGE 130 II 388, Erw. 3.1. Das Bundesgericht präzisierte hier auch, dass es mit dem Abkommen in Einklang stehe, den Aufenthalt eines Arbeitssuchenden zu beenden, wenn dieser nicht über genügend Ressourcen zur Bestreitung seines Lebensunterhalts verfügt.

- Im Übrigen steht **Arbeitssuchenden** im Hoheitsgebiet der betreffenden (anderen) Vertragspartei Anspruch auf die gleiche **Hilfe** zu, wie sie eigenen Staatsangehörigen gewährt werden. Der EuGH geht in Bezug auf Art. 45 AEUV davon aus, dass eine **finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern** soll, ebenfalls vom Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV erfasst ist, so dass in Bezug auf solche finanziellen Leistungen aus Art. 45 AEUV ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit abzuleiten sei; allerdings komme z.B. in Bezug auf Wohnsitz- oder Aufenthaltserfordernisse eine Rechtfertigung aus objektiven Gründen und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips in Betracht. Ein legitimes Anliegen sei die Sicherstellung einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Leistungsempfänger und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt.¹²⁴ In einem weiteren Urteil¹²⁵ setzte der EuGH Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) – der im Falle der Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft¹²⁶ einschlägig ist und wonach u.a. Arbeitssuchenden kein Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren ist – in Bezug zu seiner Rechtsprechung in der soeben erwähnten Rs. C-138/02¹²⁷: Da Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 in Einklang mit Art. 45 Abs. 2 AEUV auszulegen sei, könnten **finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern** sollen, **nicht als Sozialhilfeleistungen** im Sinne des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 angesehen werden. Vieles – insbesondere die grundsätzlich parallele Auslegung der dem Unionsrecht nachgebildeten Abkommensbestimmungen¹²⁸ – spricht dafür, diese Rechtsprechung auch für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens heranzuziehen mit der Folge, dass finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, gerade nicht als Sozialhilfe im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA anzusehen sind und diese Bestimmung entsprechend restriktiv auszulegen ist. Dies zieht die Konsequenz nach sich, dass in Bezug auf derartige Leistungen das Diskriminierungsverbot zum Zuge kommt.
- **Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen** steht nach Art. 7 lit. c FZA bzw. Art. 4 Anhang I FZA unter bestimmten Voraussetzungen ein

¹²⁴ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703.

¹²⁵ EuGH, verb. Rs. C-22, 23/08 (Vatsouras), Slg. 2009, I-4585.

¹²⁶ Beim Vorliegen der Arbeitnehmerschaft kommt Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 zum Zuge, wonach ein Anspruch auf Sozialleistungen grundsätzlich zu gewähren ist.

¹²⁷ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703.

¹²⁸ Oben II.1.

Verbleiberecht im Aufnahmestaat zu.¹²⁹ Dieses im Verhältnis zu dem in Art. 6 FZA, Art. 24 Anhang I FZA geregelten Aufenthaltsrecht Nichtwerbstätiger spezielle Aufenthaltsrecht¹³⁰ ist gerade nicht davon abhängig, dass die Betroffenen den Nachweis ausreichender Ressourcen erbringen, so dass sie auf der Grundlage von Art. 2 FZA in Bezug auf den Zugang zu Sozialhilfeleistungen nicht diskriminiert werden dürfen.

- Schliesslich sei noch auf die spezielle Konstellation eines **Aufenthaltsrechts von Familienangehörigen von Kindern eines Arbeitnehmers** trotz Sozialhilfeabhängigkeit hingewiesen, die in der Rechtsprechung des EuGH relevant geworden ist: Die Rs. C-480/08¹³¹ und die Rs. C-310/08¹³² betrafen die Auslegung von Art. 12 VO 1612/68, der den Kindern von Wanderarbeitnehmern im Gaststaat Zugang zur Ausbildung gewährt. Im Fall *Baumbast*¹³³ hatte der EuGH bereits festgestellt, Art. 12 VO 1612/68 impliziere grundsätzlich auch ein Aufenthaltsrecht von Kindern von Arbeitnehmern sowie dem Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnimmt. Dies gelte selbst dann, wenn der Arbeitnehmerstatus des betreffenden Elternteils nicht (mehr) gegeben ist. Das Aufenthaltsrecht des betreffenden Elternteils leitet sich dabei vom Aufenthaltsrecht des Kindes ab. Denn dessen Aufenthaltsrecht könnte seiner effektiven Wirkung beraubt werden, wenn der für das Kind sorgende Elternteil selbst kein Aufenthaltsrecht mehr geniesst. In den Rs. C-480/08 und C-310/08 präzisierte der EuGH nun, dass dieses Aufenthaltsrecht von Kind und Elternteil auch dann bestehe, wenn eine Sozialhilfeabhängigkeit gegeben ist. Art. 12 VO 1612/68 verlange lediglich, dass das Kind mit seinen Eltern oder einem Elternteil in einem Mitgliedstaat gelebt habe, in dem zumindest ein Elternteil als Arbeitnehmer gewohnt habe. Damit ist das aus Art. 12 VO 1612/68 fliessende Aufenthaltsrecht des Kindes ein eigenständiges, ihm zustehendes Recht. Das aus diesem abgeleitete Aufenthaltsrecht des für ihn sorgenden Elternteils ende allerdings grundsätzlich mit der Volljährigkeit des Kindes, es sei denn, die Anwesenheit des Elternteils sei notwendig, damit das Kind seine Ausbildung abschliessen kann. Da Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA dem in diesen Rechtssachen einschlägigen Art.

¹²⁹ Vgl. im Einzelnen hierzu, m.w.N., *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, in: Cesla Amarelle u.a. (Hrsg.), *Code annoté du droit des migrations* (im Erscheinen), Art. 7 ALCP, Rn. 23 ff.

¹³⁰ Das aber nur im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit zum Zuge kommt. Vgl. Art. 1 VO 1251/70 und Art. 1 RL 75/34; BG, 2A.768/2006, Urt. v. 23.4.2007, Erw. 3.4.

¹³¹ EuGH, Rs. C-480/08 (Teixeira), Slg. 2010, I-1107.

¹³² EuGH, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Slg. 2010, I-1065.

¹³³ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091.

12 VO 1612/68 nachgebildet ist (der Wortlaut beider Artikel deckt sich im Wesentlichen), spricht Vieles dafür, dass auch die Rechtslage unter dem Freizügigkeitsabkommen entsprechend den erwähnten Urteilen des EuGH zu beurteilen ist.¹³⁴ Im Übrigen hat das Bundesgericht die sog. *Baumbast*-Rechtsprechung des EuGH¹³⁵, wonach auch Stiefkinder nachzugsberechtigte Familienangehörige sind, übernommen,¹³⁶ so dass konsequenterweise auch die Rs. C-480/08 und C-310/08, die dieselbe Rechtsmaterie betreffen, im Rahmen des FZA relevant sein müssten.

3. Abgeschlossenheit der Aufenthaltsvoraussetzungen

Die Systematik des Freizügigkeitsabkommens geht – in Anlehnung an das EU-Recht – davon aus, dass die **Voraussetzungen für die Begründung eines Aufenthaltsrechts im Abkommen selbst abschliessend** formuliert sind, so dass der Aufenthalt nicht an andere bzw. darüber hinausgehende Voraussetzungen geknüpft werden darf. Eine Aufenthaltserlaubnis hat vor diesem Hintergrund lediglich deklaratorische Bedeutung.¹³⁷

Darüber hinaus und vor allem schliesst dieser abschliessende Charakter der Aufenthaltsvoraussetzungen es grundsätzlich auch aus, dass für aufenthaltsberechtigte Unionsbürger spezifische Pflichten formuliert werden, die über die im Abkommen vorgesehenen Formalitäten der Anmeldung und die mit dieser in Zusammenhang stehenden Aspekten hinausgehen. Denn solche Pflichten stellen regelmässig im Ergebnis **zusätzliche Bedingungen für den Aufenthalt** dar, auch wenn das Aufenthaltsrecht selbst nicht an ihre Einhaltung geknüpft ist, implizieren sie doch im Falle ihrer Nichteinhaltung einen Rechtsverstoss.

Relevant und diskutiert wurde dies in jüngerer Zeit im Zusammenhang mit sog. **Integrationsvereinbarungen**, die letztlich Unionsbürger zu bestimmten Integrationsmassnahmen verpflichten, wobei die Nichteinhaltung dieser Pflichten in der Regel sanktioniert werden soll; die hier denkbaren Varianten

¹³⁴ Vgl. in der Tendenz ähnlich *Spescha*, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (Fn. 18), 141 (153 f.), der in diesem Zusammenhang auch auf die Problematik der Inländerdiskriminierung hinweist; ebenfalls die Relevanz der Urteile bejahend *Thomas Burri/Benedikt Pirker*, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 (181 f.).

¹³⁵ EuGH, Rs. C-413/99 (*Baumbast*), Slg. 2002, I-7091.

¹³⁶ BGE 136 II 65.

¹³⁷ Vgl. für das EU-Recht EuGH, Rs. 157/79 (*Pieck*), Rec. 1980, 2171, Rn. 13; EuGH, Rs. C-363/89 (*Roux*), Slg. 1991, I-273, Rn. 12; EuGH, Rs. C-344/95 (*Kommission/Belgien*), Slg. 1997, I-1035, Rn. 14 ff. Ebenso in Bezug auf das FZA BGE 136 II 329; BG, 2C_756/2009, Urt. v. 15.12.2009, Erw. 3.3.1; BGE 134 IV 57, Erw. 4.

sind sehr vielfältig.¹³⁸ So sah etwa der Vorentwurf für ein Integrationsgesetz des Kantons Zürich, das aber bislang nicht verabschiedet wurde, derartige Pflichten vor.¹³⁹ Vor dem Hintergrund des Freizügigkeitsabkommens drängen sich hier zwei grundsätzliche Bemerkungen auf:

- Soweit Unionsbürger durch **gesetzliche Bestimmungen** oder über zwingend abzuschliessende **Integrationsvereinbarungen** zu einem bestimmten Verhalten, wie etwa der Besuch von Sprachkursen oder „Integrationskursen“, **verpflichtet** werden (insbesondere wenn die Nichteinhaltung der Verpflichtung, wie dies im Regelfall vorgesehen ist, mit Sanktionen bewehrt ist), dürfte es sich letztlich um „verkappte“ zusätzliche Voraussetzungen für den Aufenthalt handeln, dies auch, falls die Nichteinhaltung derartiger Verpflichtungen nicht mit einer Ausweisung sanktioniert wird: Denn die Unionsbürger werden aufgrund ihres Aufenthalts in der Schweiz zu gewissen Verhaltensweisen rechtlich verpflichtet, so dass sie ihr Aufenthaltsrecht nur dann im Rahmen der geltenden Rechtsordnung ausüben können, wenn sie den genannten Verpflichtungen nachkommen. M.a.W. wird der **Aufenthalt mit der Verpflichtung zu Integrationsmassnahmen seitens der Aufenthaltsberechtigten gekoppelt**. Dieser Ansatz dürfte aber schon als solcher nicht mit der erwähnten Systematik des Freizügigkeitsabkommens im Einklang stehen; denn dieses formuliert die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht und die (deklaratorische) Aufenthaltserlaubnis eben abschliessend, so dass es den Vertragsparteien verwehrt ist, den Aufenthalt (direkt oder indirekt) an zusätzliche Anforderungen zu knüpfen.
- Selbst wenn der hier vertretenen Ansatz, wonach echte Integrationsverpflichtungen für Unionsbürger schon von vornherein wegen der Abgeschlossenheit der Regelung der Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts im Freizügigkeitsabkommen mit diesem nicht in Einklang stehen, nicht geteilt wird, sind diese Verpflichtungen aber jedenfalls wegen ihres **diskriminierenden Charakters** unzulässig: Denn sie kommen von vornherein nur für Ausländer und Ausländerinnen zum Zuge und unterscheiden damit direkt aus Gründen der Staatsangehörigkeit, was durch das Freizügigkeitsabkommen

¹³⁸ Zur Vereinbarkeit von „Integrationsanforderungen“ an Unionsbürger mit dem Freizügigkeitsabkommen ausführlich *Bernard Dubey*, Politique nationale d'intégration et accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Zürich 2010, 277 ff.

¹³⁹ Vgl. hierzu *Astrid Epiney*, Integrationskurse für EU-Bürger freiwillig. Das Freizügigkeitsabkommen lässt keine zusätzlichen Aufenthaltsbedingungen zu, NZZ v. 3.11.2010, 17, worauf die folgenden Ausführungen teilweise beruhen.

grundsätzlich verboten ist (**Art. 2 FZA**). Auch wenn man hier noch anführen könnte, solche Massnahmen könnten gerechtfertigt werden, da sie einem öffentlichen Interesse – nämlich der sozialen Kohäsion durch eine bessere Integration von Ausländerinnen und Ausländern – dienen, halten sie keinesfalls einer näheren Prüfung stand: Nach ständiger und bereits seit längerem gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – die insoweit im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens verbindlich ist – können solche diskriminierende Massnahmen nur dann ergriffen werden, wenn bei Inländern im Falle eines ähnlichen Verhaltens ebenfalls zumindest vergleichbare Massnahmen vorgesehen sind.¹⁴⁰ Dies ist aber nicht der Fall, da nicht in Erwägung gezogen wird, entsprechende Vorschriften auch auf Inländer anzuwenden, auch wenn sie an ihrem Wohnort möglicherweise (z.B. wegen fehlender Sprachkenntnisse oder fehlender Integration in den Arbeitsmarkt) nicht oder schlecht integriert sind.

Damit steht das Freizügigkeitsabkommen all denjenigen Integrationsverpflichtungen entgegen, die nur für Unionsbürger (und andere Ausländer), nicht hingegen (in vergleichbarer Form) für Inländer vorgesehen sind, ohne dass es darauf ankäme, ob solche Massnahmen im Einzelnen für sinnvoll und effektiv gehalten werden oder nicht. Zulässig wären fakultative Angebote, dies ggf. kombiniert mit gewissen Anreizen.

IV. Schluss

Insgesamt fällt auch die **rechtliche Bilanz des Personenfreizügigkeitsabkommens** 10 Jahre nach seinem Inkrafttreten durchaus **positiv** aus: Zwar bestehen nach wie vor und angesichts des grundsätzlich völkerrechtlichen Charakters des Abkommens wenig überraschend einige grundsätzliche institutionelle Probleme bei der Anwendung und insbesondere bei der Auslegung des Abkommens; auch mögen gewisse materiell-rechtliche Aspekte umstritten sein bzw. nicht überall auf Zustimmung stossen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass – auch und gerade aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts – in der Schweiz durch eine konsequente Auslegung der Abkommensbestimmungen im Lichte des EU-Rechts seine Zielsetzung der Sicherstellung – im Verhältnis zur Schweiz – eines **parallelen Rechtsregimes** wie innerhalb der Union weitgehend erreicht werden konnte.

Insofern **relativieren** sich die **Implikationen möglicher institutioneller Reformen der Bilateralen Abkommen**, deren genaue Umriss nach wie vor

¹⁴⁰ EuGH, verb. Rs. 115, 116/81 (Adoui), Slg. 1982, 1665, Rn. 8; EuGH, Rs. C-24/97 (Kommission/Deutschland), Slg. 1998, I-2133, Rn. 11 ff.; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), Slg. 2002, I-10981, R. 40 ff.

im Dunkeln bleiben und über die zwischen der EU und der Schweiz in verschiedener Hinsicht (noch) kein Konsens erzielt werden konnte, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass sie im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des EuGH und der Parallelität in der legislativen Entwicklung von Bedeutung sein könnten. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang jedenfalls, dass jede Modifikation des Personenfreizügigkeitsabkommens angesichts des gemischten Charakters des Abkommens auf EU-Seite von nicht zu unterschätzender Komplexität wäre. Insofern spricht aus pragmatischer Sicht zumindest beim derzeitigen Stand der Dinge – d.h. auch und gerade, solange ein aus institutioneller Sicht zweifellos vorteilhafterer¹⁴¹ EU-Beitritt nicht in Frage kommt – Vieles für die Fortführung des vor 10 Jahren eingeschlagenen Weges.

Dies ändert nichts daran, dass sich auch im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen die **Grundsatzfrage** stellt, wie die **Beziehungen zu einem Drittstaat** geregelt werden sollen, der einerseits an **grossen Teilen des Binnenmarkts aus materiell-rechtlicher Sicht parallel wie ein EU-Mitgliedstaat** teilnimmt, ohne jedoch in **institutioneller Hinsicht** (insbesondere soweit die Überwachung durch eine supranationale Behörde sowie eine obligatorische supranationale Gerichtsbarkeit betroffen sind) denselben Verpflichtungen unterworfen zu sein. Das „**EWR-Modell**“ dürfte sich hier aus grundsätzlicher Sicht schon deshalb nicht eignen, weil dieses für ein multilaterales Vertragswerk konzipiert wurde und sich seine Institutionen kaum auf ein lediglich bilaterales Verhältnis übertragen lassen. In einem solchen **bilateralen Verhältnis** kommt – es sei denn, der Drittstaat unterwirft sich in den von dem Abkommen erfassten Bereichen vollumfänglich der Gerichtsbarkeit und der Aufsicht von EU-Institutionen, was in der Schweiz wohl nur auf begrenzten Zuspruch stiesse – für die Sicherstellung der Parallelität der Rechtsentwicklung letztlich nur ein **Zwei-Säulen-Modell**, wie es den derzeit geltenden Bilateralen Abkommen auch zugrundeliegt, in Frage, wobei die Parallelität durch eine möglichst klare Formulierung der Abkommen gefördert werden kann.¹⁴² Dieses grundsätzliche Zwei-Säulen-Modell kann selbstverständlich auch etwas variiert werden, z.B. durch die Einrichtung einer unabhängigen nationalen Überwachungsbehörde mit gewissen Befugnisse, wie dies der Bundesrat jüngst vorgeschlagen hat.¹⁴³

¹⁴¹ Hierzu ausführlich *Epiney/Meier/Mosters*, in: Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg (Fn. 75), 77 ff.

¹⁴² Vgl. im Einzelnen hierzu *Astrid Epiney*, Zur Gewährleistung von „Homogenität“ in Verträgen der EU mit Drittstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: FS Eckart Klein, Berlin 2013 (im Erscheinen).

¹⁴³ Vgl. NZZ v. 26.4.2012.