

---

## Das Institutionelle Abkommen – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie

Astrid Epiney/Sian Affolter\*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

**Astrid Epiney/Sian Affolter, Das Institutionelle Abkommen – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie, in: Alberto Achermann/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2018/2019, Bern 2019, S. 43-83.**

**Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	2
II.	Der Entwurf des Institutionellen Abkommens – ein Überblick.....	3
	1. Anwendungsbereich .....	5
	2. Zielsetzung.....	6
	3. Auslegung .....	7
	4. Rechtsentwicklung.....	9
	5. Überwachung und Anwendung der Abkommen.....	10
	6. Staatliche Beihilfen.....	11
	7. Streitbeilegung.....	12
	8. Kooperation .....	13
	9. Verhältnis zu den sektoriellen Abkommen.....	14
III.	Das InstA und die Unionsbürgerrichtlinie .....	15
	1. Die Unionsbürgerrichtlinie als Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts – ein Überblick .....	15
	2. Unionsbürgerrichtlinie und InstA: eine Pflicht zur Übernahme? ..	27

---

\* Der nachfolgende Beitrag greift in weiten Teilen auf bereits durchgeführte Untersuchungen zurück und nimmt diese auf, s. insbesondere *Astrid Epiney*, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17.12.2018; *Astrid Epiney/Sian Affolter*, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 11. März 2019.

IV. Fazit.....	39
----------------	----

## I. Einleitung

Am 7. Dezember 2018 veröffentlichte der Bundesrat den **Entwurf des Rahmenabkommens bzw. des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU (InstA)**.<sup>1</sup> Im Anschluss an die hierauf folgenden Konsultationen breiter Kreise, in deren Rahmen der Entwurf durchaus kontrovers diskutiert wurde, äusserte sich der Bundesrat Anfang Juni 2019 grundsätzlich positiv, wobei er aber gleichzeitig beschloss, vor einer Unterzeichnung mit der Europäischen Union drei Themenbereiche zu diskutieren, um gewisse in den Konsultationen aufgeworfene Fragen zu diskutieren und diese einer Klärung zuzuführen.<sup>2</sup> Die Kommission reagierte hierauf in einem Schreiben des Präsidenten, in welchem sie auf dieses Anliegen zwar eintrat und gemeinsame Erklärungen in Aussicht stellte, gleichzeitig aber auch sehr deutlich betonte, dass Nachverhandlungen nicht in Frage kämen und die entsprechenden Gespräche sehr rasch stattfinden müssten.<sup>3</sup>

Ein als klärungsbedürftig angesehenes Thema<sup>4</sup> betrifft die sog. **Unionsbürgerrichtlinie** (RL 2004/38)<sup>5</sup>, welche in dem Abkommensentwurf nicht erwähnt wird. Aufgrund der im Entwurf grundsätzlich vorgesehenen **dynamischen Übernahme von Weiterentwicklungen des EU-Rechts** in den Rahmen der erfassten sektoriellen Abkommen stellt sich jedoch gleichwohl die Frage, ob und ggf. inwieweit sie *a priori* im Rahmen der dynamischen Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts in den Rahmen des einschlägigen

---

<sup>1</sup> Vgl. den Text des Abkommens sowie die Erläuterungen des Bundesrates unter <[https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte\\_fr.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf)>. S. ansonsten zum Abkommen *Astrid Epiney*, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17.12.2018.

<sup>2</sup> Vgl. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-75346.html>.

<sup>3</sup> Vgl. NZZ v. 12. Juni 2019.

<sup>4</sup> Die beiden anderen Themenkomplexe sind die staatlichen Beihilfen sowie der Lohnschutz bzw. die sog. flankierenden Massnahmen.

<sup>5</sup> RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77. Die Bezeichnung «Unionsbürgerrichtlinie» knüpft an den offiziellen Titel der Richtlinie, der auf «Unionsbürger» Bezug nimmt, an und wird häufig auch in den EU-Mitgliedstaaten gebraucht. Vor dem Hintergrund, dass es in der Richtlinie primär um Freizügigkeitsrechte geht, könnte aber auch der Begriff «Freizügigkeitsrichtlinie» verwendet werden.

sektoriellen Abkommens (das Personenfreizügigkeitsabkommen, FZA)<sup>6</sup> relevant ist bzw. sein könnte.

Vor diesem Hintergrund will der nachfolgende Beitrag einerseits einen knappen **Überblick** über Aufbau und Inhalt des InstA geben (II.) und andererseits spezifisch nach der **Tragweite der Unionsbürgerrichtlinie** im Rahmen des Abkommens zu fragen (III.). Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Fazit (IV.).

## II. Der Entwurf des Institutionellen Abkommens – ein Überblick

Das InstA ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass es der nach der Ablehnung des Beitritts zum EWR eingeschlagene sog. „**Bilaterale Weg**“ der Schweiz erlaubt, in bedeutende **Teile des EU-Binnenmarkts** integriert zu sein sowie in weiteren Gebieten (wie in so unterschiedlichen Bereichen wie der Beteiligung an den EU-Forschungsprogrammen oder der Schengen-/Dublin-Kooperation) **mit der Europäischen Union zu kooperieren** bzw. an weiteren Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands teilzunehmen. Insgesamt stellt der in mehreren Volksabstimmungen demokratisch legitimierte Bilaterale Weg für die Schweiz (aber wohl auch für die Union) eine **Erfolgsgeschichte** dar,<sup>7</sup> was auch für die mitunter umstrittene Personenfreizügigkeit gilt.<sup>8</sup>

Nichtsdestotrotz sieht er sich bereits seit einigen Jahren mit bedeutenden **Herausforderungen** konfrontiert, so u.a. aufgrund des bereits seit mehr als zehn Jahren von der Union formulierten Anliegens der Regelung der sog. **institutionellen Fragen** (deren Regelung aber durchaus auch im Interesse der Schweiz ist),<sup>9</sup> von deren Lösung die Union die Weiterentwicklung der bestehenden Bilateralen Abkommen, den Abschluss neuer Marktzugangsabkommen sowie (implizit) weitere Kooperationen (z.B. im Rahmen der Forschung) abhängig macht. Diese institutionellen Fragen betreffen in erster Linie die **Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes**

---

<sup>6</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen), SR 0.142.112.681.

<sup>7</sup> S. insoweit z.B. die Beiträge in *Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz* (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015.

<sup>8</sup> 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. Aus primär rechtlicher Sicht *Astrid Epiney*, *Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen*, in: *Alberto Achermann u.a.* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, 2016, 3 ff.

<sup>9</sup> S. insoweit *Epiney*, *Jusletter* vom 17.12.2018 (Anm. 1), Rz. 53 ff.

und seine **Auslegung**, die **Überwachung** der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die **Streitbeilegung**.<sup>10</sup> Die Verhandlungen dauerten mehrere Jahre, und konnten im November 2018 zumindest vorläufig durch eine Einigung auf den eingangs erwähnten Entwurf eines Institutionellen Abkommens (InstA)<sup>11</sup> abgeschlossen werden.

Das Institutionelle Abkommen besteht aus folgenden **Teilen**:

- Der **Hauptteil** stellt das „Herzstück“ des Abkommens dar und enthält die **wesentlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien**.
- In **drei Protokollen** – die integrale Bestandteile des Abkommens sind (Art. 19 InstA) – werden **spezifische Fragen** geregelt: Protokoll 1 betrifft die Massnahmen zum **Schutz des schweizerischen Arbeitsmarkts**, Protokoll 2 enthält eine Reihe von **Ausnahmen vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme** und Protokoll 3 regelt das Verfahren vor dem **Schiedsgericht**.
- Hinzu kommt ein **Anhang**, welcher für das **Luftverkehrsabkommen**<sup>12</sup> eine Reihe unionsrechtlicher Regelungen und Mitteilungen in Bezug auf staatliche Beihilfen aufführt, die auch für die Schweiz – wie für einen EU-Mitgliedstaat – zu beachten sind (wobei dieser Anhang in das Luftverkehrsabkommen zu integrieren wäre).
- Schliesslich haben die Vertragsparteien **drei gemeinsame Erklärungen** angenommen, die als solche nicht rechtsverbindlich sind, jedoch bei der Auslegung des Abkommens herangezogen werden können und / oder Aufschluss über die zukünftige Entwicklung gewisser Aspekte der Beziehungen Schweiz –

---

<sup>10</sup> Vgl. zur Problematik *Astrid Epiney*, Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven in: Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, 25 (60 ff.). S. sodann z.B. *Andreas Glaser/Lorenz Langer*, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, 563 ff.; *Joëlle de Sépibus*, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Zürich/Bern 2014, 397 ff.; *Matthias Oesch/Gabriel Speck*, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der EuGH, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017*, Zürich/Bern 2017, 257 ff.; *Andreas Glaser/Heidi Dörig*, Die Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz–EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Bern 2018, 451 ff.; ausführlich *Clémentine Mazille*, *L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse. Recherche sur une construction européenne*, Zürich 2018, 456 ff.

<sup>11</sup> Anm. 1. Vertragsparteien des Institutionellen Abkommens (der Begriff Rahmenabkommen wird im Abkommen nicht verwendet) sind die Europäische Union und die Schweiz; die EU-Mitgliedstaaten sind keine Vertragsparteien. Es handelt sich also nicht – im Gegensatz zum FZA – um ein gemischtes Abkommen. Vgl. zu den damit aufgeworfenen Fragen *Epiney*, Jusletter vom 17.12.2018 (Anm. 1), Rz. 4 ff.

<sup>12</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen), SR 0.748.127.192.68.

EU geben können. In den Erklärungen werden folgende Aspekte angesprochen (wobei auf die beiden erstgenannten Punkte auch in der Präambel des Abkommens hingewiesen wird):

- Das **Freihandelsabkommen** aus dem Jahr 1972<sup>13</sup> soll vor dem Hintergrund der Entwicklungen modernisiert werden (ohne dass jedoch wirkliche inhaltliche Festlegungen erkennbar sind), und ggf. soll im Rahmen des Gemischten Ausschusses des Freihandelsabkommens beschlossen werden, dass dem durch das Institutionelle Abkommen eingerichteten Schiedsgericht auch im Rahmen des Freihandelsabkommens Kompetenzen zur Streitbeilegung zukommen.<sup>14</sup>
- Die Sachdienlichkeit des **Kohäsionsbeitrags** der Schweiz wird unterstrichen und ihre Bereitschaft, einen solchen zu leisten, begrüsst.
- Die Integration des **staatliche Beihilfen** betreffenden Anhangs X in das **Luftverkehrsabkommen** wird angekündigt.

## 1. Anwendungsbereich

Nach Art. 2 Abs. 1 InstA findet das Abkommen nur auf diejenigen Bilateralen Abkommen<sup>15</sup> Anwendung, die sich auf den **Zugang zum EU-Binnenmarkt** beziehen, wobei ausdrücklich auch zukünftige Abkommen erfasst sind (was derzeit insbesondere für das geplante Stromabkommen von Bedeutung ist).

Soweit die **bestehenden Abkommen** betroffen sind, listet Art. 2 Abs. 2 InstA die erfassten Abkommen abschliessend auf. Es handelt sich um folgende Abkommen der Bilateralen I aus dem Jahr 1999:

- Freizügigkeitsabkommen<sup>16</sup>;
- Luftverkehrsabkommen;<sup>17</sup>
- Landverkehrsabkommen;<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> SR 0.632.401.

<sup>14</sup> Hierfür gibt es auch einen Entscheidentwurf, der den Dokumenten über das Institutionelle Abkommen beigelegt ist. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das Streitbeilegungsverfahren im Rahmen des FHA zum Zuge soll, *Claudia Seitz/André S. Berne*, Das europäische Beihilferecht und die Schweiz: Neuere Entwicklungen unter Berücksichtigung des Entwurfs des institutionellen Abkommens Schweiz – EU, in: Astrid Epiney/Petru Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019 (im Erscheinen).

<sup>15</sup> Es ist bemerkenswert, dass das InstA ausdrücklich den Begriff «Bilaterale Abkommen» verwendet, womit eine Anlehnung an die in der Schweiz gebräuchliche Terminologie erfolgte; soweit ersichtlich, wurde in der Union bislang zumindest meist nicht von «bilateralen», sondern von «sektoriellen» Abkommen gesprochen.

<sup>16</sup> Anm. 6.

<sup>17</sup> Anm. 12.

<sup>18</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen), SR 0.740.72.

- Landwirtschaftsabkommen;<sup>19</sup>
- Abkommen über den Abbau technischer Handelshemmnisse.<sup>20</sup>

Deutlich wird damit der insgesamt doch **beschränkte Anwendungsbereich** des Institutionellen Abkommens: Nur die direkt den Zugang zum Binnenmarkt erfassenden Abkommen sind erfasst; andere bedeutende Abkommen – wie z.B. die Schengen-/Dublin-Assoziierung, aber auch das **Freihandelsabkommen**<sup>21</sup> – sind somit von seiner Anwendung ausgeschlossen, dies obwohl auch bei ihnen mitunter eine Parallelität der Rechtsentwicklung und eine eigentliche Einbindung der Schweiz in den relevanten unionsrechtlichen Besitzstand angestrebt (und realisiert) wird.

## 2. Zielsetzung

Das Institutionelle Abkommen sieht in seinem Anwendungsbereich einen neuen institutionellen Rahmen vor (vgl. Art. 1 Abs. 2 InstA), dies im Hinblick auf die Zielsetzung des Abkommens, für **die Wirtschaftsteilnehmer und die Einzelnen** eine **grössere Rechtssicherheit** zu garantieren und ihre **Gleichbehandlung** soweit sicherzustellen, wie die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt; hierzu sollen „*conditions homogènes*“ (also eine umfassende **Homogenität** der anwendbaren Vorschriften und ihrer Auslegung) gewährleistet werden (Art. 1 Abs. 1 InstA).

Art. 1 Abs. 3 InstA listet überblicksartig die durch das **Abkommen** **geregelten Aspekte**, welche die durch die Union bereits seit 2008 formulierten Anliegen<sup>22</sup> aufgreifen. Dabei ist bemerkenswert, dass ausdrücklich auf die Grundsätze des Völkerrechts Bezug genommen wird, und in der Tat sieht das Abkommen zwar einerseits eine umfassende Integration der Schweiz in den von seinem Anwendungsbereich erfassten unionsrechtlichen Besitzstand vor und weist insofern einen Integrationscharakter auf; andererseits greift es aber auch auf klassische völkerrechtliche Grundsätze und Mechanismen zurück.

---

<sup>19</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Landwirtschaftsabkommen), SR 0.916.026.81.

<sup>20</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Abkommen über die technischen Handelshemmnisse), SR 0.946.526.81.

<sup>21</sup> Anm. 13. Dieses soll aber modernisiert werden, s.o. II., am Anfang, und Anm. 14.

<sup>22</sup> Vgl. II., am Anfang, und die Nachweise in Anm. 10.

### 3. Auslegung

Art. 4 Abs. 1 InstA formuliert den **Grundsatz der parallelen Auslegung** derjenigen Bestimmungen der Abkommen, die auf Unionsrecht verweisen, mit dem Unionsrecht, und Art. 4 Abs. 2 InstA nimmt ausdrücklich auf die **Rechtsprechung des EuGH** Bezug und sieht vor, dass im Fall des Rückgriffs des InstA oder der in seinen Anwendungsbereich fallenden Abkommen die betreffenden Bestimmungen im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden, wobei ausdrücklich auch die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung einbezogen wird. Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung wird durch die Präambel unterstrichen, die darauf hinweist, dass die Vorgaben der Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU teilweise den unionsrechtlichen Bestimmungen entsprechen.

In der Sache dürfte diese Bestimmung **keine wirkliche Modifikation der Auslegungsgrundsätze der erfassten Abkommen** mit sich bringen: Schon jetzt gehen sowohl das Bundesgericht<sup>23</sup> als auch der EuGH<sup>24</sup> im Zusammenhang mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen von einem derartigen Grundsatz der parallelen Auslegung aus, dies in Anknüpfung an die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze. Obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH nur die bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung aufführt, beziehen das Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung auch die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung ein, und das Bundesgericht formulierte gar den Grundsatz, dass auch diese grundsätzlich zu beachten sei.<sup>25</sup> In der Literatur ist dieser Ansatz auf breite Zustimmung gestossen.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> S. grundlegend BGE 136 II 5; vgl. sodann z.B. BGE 140 II 112; BGE 142 II 35.

<sup>24</sup> S. insbesondere EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

<sup>25</sup> Vgl. den Leitentscheid in BGE 136 II 5.

<sup>26</sup> Vgl. im Einzelnen zur Auslegung der Abkommen (insbesondere des Personenfreizügigkeitsabkommens) *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 (296 ff.); *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit

Bemerkenswert ist jedoch eine jüngere **Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts**, die betont, das FZA sei primär wirtschaftlicher Natur, so dass die Möglichkeit der Einschränkung der durch das Abkommen garantierten Rechte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 5 Anhang I FZA) nicht eng, sondern gemäss dem Wortlaut auszulegen sei.<sup>27</sup> Da das Bundesgericht aber gleichzeitig auch auf die Rechtsprechung des EuGH verweist und bei der konkreten Anwendung des Art. 5 Anhang I FZA letztlich doch auf den Einzelfall und die Massgeblichkeit der Verhältnismässigkeit verweist, bleibt unklar, inwieweit das Bundesgericht tatsächlich im Ergebnis von der diesbezüglichen Rechtslage im Unionsrecht abweichen will, zumal dieses den Mitgliedstaaten auch in Bezug auf die Beendigung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt. Insoweit bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

Auch das InstA beantwortet jedoch nicht die Frage, ob und inwieweit tatsächlich ein **Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte** erfolgt. Dies ist in einigen Konstellationen zwar klar, so insbesondere im Fall des Verweises auf EU-Sekundärrecht. In anderen Fällen ist diese Frage inzwischen durch die Rechtsprechung geklärt, so z.B. in Bezug auf die Frage, wer als Arbeitnehmer anzusehen ist oder unter welchen Voraussetzungen ein rechtmässiger Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beendet werden darf. Es wird aber immer wieder auch Bestimmungen bzw. Konstellationen geben, in denen diese Problematik (noch) nicht geklärt ist. Für solche Fälle könnte in Zukunft der im InstA vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus<sup>28</sup> zum Zuge kommen.

---

der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Bernhard Altermatt/Gilbert Casarus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, Zürich 2013, 141 ff.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; *Thomas Cottier*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; ausführlich *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, 169 ff. Für einen Überblick über die relevante Rechtsprechung des Bundesgerichts die regelmässigen Berichte im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt *Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2017/2018, Bern 2018, 273 ff.; *Astrid Epiney/Livia Matter*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen (in diesem Band).

<sup>27</sup> BGer 6B\_378/2018 vom 22. Mai 2019.

<sup>28</sup> Zu diesem unten II.7.



#### 4. Rechtsentwicklung

Art. 5 InstA sieht den **Grundsatz der schnellstmöglichen Übernahme von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands**, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, in den Rahmen des jeweiligen Abkommens vor. Auf diese Weise soll die durch die Abkommen angestrebte Parallelität der Rechtslage auch dauerhaft gewährleistet werden, was für die Verwirklichung ihrer Zielsetzungen zentral ist.

Art. 12-14 InstA enthalten die für das **Übernahmeverfahren** massgeblichen Vorgaben:

- Erarbeitung und **Erlass** des betreffenden **Unionsrechtsakts** erfolgen nach den einschlägigen **unionsrechtlichen Regeln** durch die Union, so dass die Schweiz nicht mitentscheiden kann. Jedoch sieht Art. 12 InstA umfangreiche **Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz** vor, die relativ detailliert formuliert sind. In Anbetracht des Umstands, dass die Entscheidungsfindung in der Union weitgehend nach dem Konsensprinzip erfolgt und dass bei (zumindest gewichtigen) Bedenken der Schweiz in aller Regel auch ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten entsprechende Überlegungen anstellen werden, sollte die Tragweite dieser Beteiligungsmöglichkeiten nicht unterschätzt werden.
- Sobald der betreffende Rechtsakt auf Unionsebene verabschiedet ist, wird die **Schweiz informiert**, und der zuständige **Gemischte Ausschuss** trifft die für seine **Integration in das jeweilige Abkommen** notwendigen Entscheidungen.
- Sollten für das Inkrafttreten der Modifikation des Abkommens in der Schweiz **spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen** zum Zuge kommen (womit insbesondere der Erlass eines dem Referendum unterstehenden Rechtsakts gemeint ist), teilt die Schweiz dies der Union mit. Diesfalls verfügt sie über eine Frist von zwei Jahren, um der Union die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen mitzuteilen; im Falle des Ergreifens des Referendums verlängert sich diese Frist um ein Jahr. In der Zwischenzeit sind die vorgesehenen Modifikationen grundsätzlich provisorisch anzuwenden.

Dieser Übernahmemechanismus entspricht im Wesentlichen demjenigen, der bereits heute im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung zum Zuge kommt. Er impliziert in Bezug auf die vom Institutionellen Abkommen erfassten Abkommen der Bilateralen I insofern eine durchaus bedeutende Entwicklung, als die erfassten Abkommen allesamt zwar bereits heute die Anpassung an die Rechtsentwicklung in der Union vorsehen, indem die Gemischten Ausschüsse die Anhänge modifizieren können;<sup>29</sup> allerdings besteht

---

<sup>29</sup> Im Einzelnen zu diesen Übernahmemechanismen und den Weiterentwicklungsmöglichkeiten *Astrid Epiney*, Die Beziehungen Schweiz – EU als Modell für die Gestaltung des Verhältnisses Grossbritanniens zur EU?, in: Malte

kein Grundsatz und keine Pflicht der Anpassung. Nicht zu verkennen ist, dass damit eine **dynamische Übernahme des weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstands** vorgesehen wird,<sup>30</sup> womit der Handlungsspielraum der Schweiz durchaus spürbar beschränkt wird.

Zu beachten ist jedoch, dass es insofern nicht um eine automatische Übernahme geht, als die innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahren vollumfänglich durchlaufen werden können. Angesichts des Umstands, dass zahlreiche unionsrechtliche Rechtsakte im Rahmen der Umsetzung einen mitunter beträchtlichen Gestaltungsspielraum einräumen, ist dies durchaus von grosser Bedeutung. Auch ist die grosse Mehrheit der Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den erfassten Bereichen technischer Natur und impliziert keine wirklich wichtigen gesetzgeberischen Entscheidungen. Schliesslich sei auch nicht unerwähnt, dass die Schweiz in zahlreichen Gebieten durchaus ein grosses Interesse an einer solchen dynamischen Rechtsübernahme hat, so insbesondere in allen Gebieten, in denen es um die Anerkennung technischer Vorschriften geht, was für den Zugang zum Binnenmarkt von zentraler Bedeutung ist.

Die Protokolle 1 und 2 nehmen **gewisse Bereiche** von der Pflicht zur Übernahme von Weiterentwicklungen des erfassten Besitzstands aus bzw. räumen der Schweiz das explizite Recht auf Beibehaltung bestimmter Regelungen ein. Insofern handelt es sich hier um **Durchbrechungen der grundsätzlichen Pflicht zur Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts**. Ebenso stehen diese Protokolle der Massgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH entgegen, soweit es um Aspekte geht, welche in den Protokollen ausdrücklich als mit dem Abkommen in Einklang stehend angesehen werden, was insbesondere im Bereich des Lohnschutzes von Bedeutung ist.<sup>31</sup>

## 5. Überwachung und Anwendung der Abkommen

In Bezug auf die in Art. 6, 7 InstA geregelte Überwachung und Anwendung der Abkommen **kooperieren** die Vertragsparteien, tauschen sich diesbezügliche Informationen aus und diskutieren in diesem Zusammenhang relevante Fragen (Art. 6 InstA). Im Übrigen ergreift **jede Vertragspartei** die für die Anwendung der Abkommen notwendigen Massnahmen (wie auch Art. 18 InstA betont), und im Rahmen der Gemischten Ausschüsse überwachen

---

Kramme/Christian Baldus/Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, Baden-Baden 2017, 77 (83 ff.).

<sup>30</sup> Sollte die Schweiz einen Rechtsakt nicht übernehmen wollen, kann die Union Ausgleichsmassnahmen ergreifen, die jedoch verhältnismässig sein müssen, was vom Schiedsgericht (zu diesem unten II.7.) überprüft werden kann.

<sup>31</sup> S. ausführlich zur Thematik des Lohnschutzes im Zusammenhang mit dem InstA *Astrid Epiney/Lena Hehemann*, Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, Jusletter vom 8. April 2019.

bzw. beobachten die Vertragsparteien gemeinsam die Anwendung der Abkommen und diskutieren ggf. diesbezügliche Fragen (Art. 7 Abs. 1, 2 InstA). Im Falle von Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die Beachtung der Abkommen durch die andere Vertragspartei kommt das Streitbeilegungsverfahren zur Anwendung; spezifische Zuständigkeiten von Unionsorganen müssen explizit im materiellen Abkommen vorgesehen sein (Art. 7 Abs. 3 InstA).

Damit kommen in Bezug auf die Überwachung letztlich klassische völkerrechtliche Grundsätze zum Zuge: Jede Vertragspartei sorgt selbst für die Kontrolle und Anwendung der Abkommen, so dass das für das Völkerrecht typische „**Zwei-Säulen-Prinzip**“ gilt, wonach jede Vertragspartei in ihrem Hoheitsgebiet die Einhaltung der eingegangenen Verpflichtungen sicherstellt. Allerdings wird dieser Grundsatz durch eine obligatorische Streitbeilegung<sup>32</sup> ergänzt.

## 6. Staatliche Beihilfen

Art. 8A-8C InstA formulieren die **Grundsätze** in Bezug auf staatliche Beihilfen. Diese finden beim derzeitigen Stand der Dinge ausschliesslich auf das Luftverkehrsabkommen Anwendung; jedoch kommen sie ggf. für zukünftige Abkommen ebenfalls zum Zuge (Art. 8A Abs. 1 InstA), was wohl insbesondere für das Stromabkommen von Bedeutung sein dürfte. Dies impliziert auch, dass jeweils eine **ausdrückliche Bezugnahme in dem jeweiligen sektoriellen Abkommen** notwendig ist und dass die materiellen Vorgaben bezüglich der staatlichen Beihilfen nicht als solche unmittelbar anwendbar sind, auch wenn sich die Formulierung des Art. 8A Abs. 2 InstA an das Unionsrecht anlehnt.

In Bezug auf die **Überwachung** ist bemerkenswert, dass das Abkommen das **Zwei-Pfeiler-Modell** verankert, so dass in der Union und in der Schweiz je eigene Behörden die Anwendung der Beihilferegeln überwachen. Dabei muss das in der Schweiz angewandte System demjenigen der Union gleichwertig sein, was insbesondere eine grosse Unabhängigkeit der Überwachungsbehörde, gewisse Genehmigungsvorbehalte sowie die Möglichkeit der Rückforderung der Beihilfen impliziert.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Zu dieser unten II.7.

<sup>33</sup> S. im Einzelnen zur Tragweite der beihilferechtlichen Bestimmungen des InstA *Seitz/Berne*, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019 (Anm. 14).

## 7. Streitbeilegung

Gemäss Art. 9 InstA verpflichten sich die Vertragsparteien, **Streitigkeiten** über die Auslegung des Abkommens oder der erfassten sektoriellen Abkommen ausschliesslich nach dem in dem **Institutionellen Abkommen selbst vorgesehenen Verfahren** zu regeln. Art. 10 InstA sieht hier die Einzelheiten vor, und Protokoll 3 InstA enthält diverse Verfahrensvorschriften für das **Schiedsgericht**. Die grossen Linien dieses Verfahrens können wie folgt zusammengefasst werden:<sup>34</sup>

- Der **Anwendungsbereich** des Streitbeilegungsmechanismus‘ bezieht sich auf die **Auslegung und Anwendung sowohl des Institutionellen Abkommens** selbst als auch auf die **erfassten sektoriellen Abkommen** und die Rechtsakte, die in diesen erwähnt werden. Erfasst ist damit auch die Frage, ob ein bestimmter Rechtsakt Teil der Weiterentwicklung des von dem jeweiligen Abkommen erfassten Bereichs ist (was z.B. in Bezug auf die Unionsbürgerrichtlinie relevant sein kann).<sup>35</sup> Das Schiedsgericht entscheidet selbst über seine Kompetenz (Art. III.6 Abs. 1 Protokoll 3 InstA).
- Treten diesbezügliche Schwierigkeiten bzw. Fragen auf, so **konsultieren** sich die Vertragsparteien im Rahmen des jeweiligen sektoriellen **Gemischten Ausschusses**, um eine einvernehmliche Lösung zu finden (Art. 10 Abs. 1 InstA).
- Kann innerhalb von drei Monaten keine solche einvernehmliche Lösung gefunden werden, kann die Schweiz oder die EU das **Schiedsgericht** anrufen, das nach Massgabe des **Protokolls 3** entscheidet.
- Falls die vor das Schiedsgericht gebrachte Frage die Auslegung oder die Anwendung von **EU-Rechtsakten**, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene **unionsrechtliche Begriffe** betrifft und ihre Auslegung für die Entscheidung der Streitigkeit notwendig und relevant ist, ruft das Schiedsgericht den **EuGH** an, dem eine entsprechende Auslegungsfrage gestellt wird. Das Urteil des EuGH ist für das Schiedsgericht bindend (Art. 10 Abs. 3 InstA). Das Verfahren ähnelt dem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV), und der Gerichtshof wendet denn auch die entsprechenden internen Verfahrensregeln analog an (Art. III.9 Abs. 5 Protokoll 3 InstA).

---

<sup>34</sup> Zum Streitbeilegungsmechanismus im InstA auch *Benedikt Pirker*, Jusletter vom 3. Juni 2019; *Thomas Cottier*, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz – EU, in: Astrid Epiney/Petru Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019 (im Erscheinen).

<sup>35</sup> Hierzu noch im Einzelnen unten III.

- Der auf dieser Grundlage ergangene Entscheid des Schiedsgerichts ist von den Parteien grundsätzlich zu befolgen und damit **verbindlich** (Art. 5 InstA).
- **Respektiert** eine Partei das Urteil des **Schiedsgerichts nicht**, so kann die andere Vertragspartei **Ausgleichsmassnahmen** ergreifen, die auch die ganze oder teilweise Suspendierung des betroffenen Abkommens umfassen kann (Art. 10 Abs. 6 InstA). Bemerkenswert ist, dass es ausreichend ist, wenn eine Vertragspartei der Ansicht ist, die andere Partei respektiere seine Verpflichtungen nicht bzw. befolge das Urteil des Schiedsgerichts nicht.
- Die **Verhältnismässigkeit** der erwähnten **Ausgleichsmassnahmen** kann vom **Schiedsgericht** auf Antrag einer der Parteien überprüft werden (falls im Gemischten Ausschuss keine Lösung gefunden werden kann), Art. 10 Abs. 7 InstA. In diesem Rahmen kann wohl auch geprüft werden, ob das Ergreifen der Ausgleichsmassnahmen *per se* gerechtfertigt war, so dass es auch um die Frage gehen kann, ob die andere Vertragspartei das Urteil des Schiedsgerichts tatsächlich nicht befolgt hat.

Das **Streitbeilegungsverfahren** ist somit **obligatorisch** für die Parteien, die sich nicht einseitig der Jurisdiktion des Schiedsgerichts und damit (indirekt) des EuGH entziehen können. Nichtsdestotrotz weist es **gewisse politische Elemente** auf: So werden schon bei der Einleitung des Verfahrens, insbesondere der Befassung des Schiedsgerichts, politische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, können die Vertragsparteien doch auf die Einleitung verzichten. Einzelne bzw. betroffene Wirtschaftsteilnehmer können weder direkt noch indirekt ein Verfahren einleiten. Aber auch die implizit im Abkommen vorgesehene Möglichkeit, sich dann doch nicht an das Urteil des Schiedsgericht zu halten, dies aber um den Preis von Ausgleichsmassnahmen, weist letztlich einen politischen Charakter auf. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass es allzu oft zu einer Befassung des Schiedsgerichts kommen wird, haben die Vertragsparteien doch ein sehr grosses Interesse an einer einvernehmlichen Lösung möglicher Differenzen. Gleichwohl sollte die Bedeutung der Möglichkeit der Einleitung eines Schiedsverfahrens nicht unterschätzt werden, steht damit doch beiden Vertragsparteien der Weg einer verbindlichen und nicht politisch geprägten Streitbeilegung zur Verfügung, was eine gewisse Vorwirkung entfalten dürfte und übrigens gerade für den schwächeren Vertragspartner, die Schweiz, von grosser Bedeutung ist.

## 8. Kooperation

Art. 15 InstA sieht die Einrichtung eines **horizontalen Gemischten Ausschusses** vor, der eine Gesamtsicht über die Beziehungen Schweiz – EU

gewährleisten, die Koordination der verschiedenen sektoriellen Gemischten Ausschüsse sicherstellen und die Anwendung des Institutionellen Abkommens überwachen soll.

Gemäss Art. 16 InstA wird ein **Gemischter Parlamentarischer Ausschuss** eingerichtet, der aus gleich vielen Mitgliedern des Europäischen Parlaments und der Bundesversammlung zusammengesetzt ist. Er soll durch seine Debatten und den in seinem Rahmen geführten Dialog zu einem besseren Verständnis zwischen den Vertragsparteien in den erfassten Bereichen beitragen.

## 9. Verhältnis zu den sektoriellen Abkommen

Soweit das Verhältnis zu den erfassten sektoriellen Abkommen betroffen ist, sieht Art. 17 Abs. 1 InstA vor, dass weder deren Anwendungsbereich, noch ihre Ziele, noch ihr materieller Inhalt modifiziert wird. Falls es Inkompatibilitäten zwischen dem InstA und den sektoriellen Abkommen geben sollte, kommt ersterem Vorrang zu (Art. 17 Abs. 2 InstA). Man wird hieraus ableiten können, dass jedenfalls der **materielle Inhalt** (also z.B. der Anwendungsbereich) der sektoriellen Abkommen von dem **Institutionellen Abkommen nicht berührt** wird. Weniger klar ist hingegen, ob aus Art. 17 Abs. 2 InstA implizit abgeleitet werden kann, dass die **institutionellen Bestimmungen** der sektoriellen Abkommen grundsätzlich durch das Institutionelle Abkommen verdrängt werden oder ob diese Bestimmung lediglich Eventualitäten betrifft und im Fall unvorhergesehener Unvereinbarkeiten von Bedeutung sein soll. Während die Zielsetzungen des Abkommens (insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 InstA erwähnte Homogenität) eher für den zuerst genannten Ansatz sprechen, deuten andere Bestimmungen des Abkommens selbst – so insbesondere der in Art. 13 Abs. 2 InstA figurierende Hinweis auf die Verfahren in den sektoriellen Abkommen und auf die ggf. notwendige Revision der Abkommen<sup>36</sup> – eher auf den zuletzt genannten Ansatz hin. In diesem Sinn wäre das InstA insgesamt als **Ergänzung zu den sektoriellen Abkommen** zu verstehen, das grundsätzlich zusätzlich zum Zuge kommen soll und nur in Ausnahmefällen – bei echten Unvereinbarkeiten – die Vorgaben der sektoriellen Abkommen verdrängen soll.

Art. 22 Abs. 2 InstA stellt eine **Verbindung des Institutionellen Abkommens** mit den erfassten **sektoriellen Abkommen** her, wobei zu unterscheiden ist:

- Soweit es um **neue Marktzugangsabkommen** geht (also solche, die nicht ausdrücklich in Art. 2 InstA erwähnt sind), treten diese automatisch sechs

---

<sup>36</sup> Hierzu noch unten III.2.b) im Zusammenhang mit der RL 2004/38.

Monate nach der Notifikation der Kündigung des InstA durch eine der Vertragsparteien ausser Kraft.

- Soweit es um die **betroffenen Abkommen** (also diejenigen, die in Art. 2 InstA erwähnt sind) geht, konsultieren sich die Vertragsparteien unverzüglich nach Eingang der Notifikation der Kündigung des InstA durch eine der Vertragsparteien. Falls sich die Parteien nicht auf eine Weiterführung der sektoriellen Abkommen innerhalb einer Frist von drei Monaten einigen können, treten diese automatisch innerhalb der in ihnen selbst vorgesehenen Fristen ausser Kraft. Damit wird also eine (weitere) Guillotineklausel eingeführt. Dabei kann sich die in Art. 22 Abs. 2 InstA vorgesehene mögliche Einigung der Vertragsparteien wohl auch auf einzelne der erfassten Verträge beziehen, so dass nicht eine „Alles oder Nichts-Lösung“ gefunden werden muss.

Im Falle des Ausserkrafttretens der sektoriellen Abkommen bleiben jedenfalls die bereits begründeten **Rechte und Pflichten der Einzelnen** und der **Wirtschaftsteilnehmer unberührt** (Art. 22 Abs. 3 InstA).

### III. Das InstA und die Unionsbürgerrichtlinie

Wie eingangs<sup>37</sup> erwähnt, nimmt das InstA an keiner Stelle ausdrücklich oder implizit Bezug auf die **Unionsbürgerrichtlinie** (RL 2004/38).<sup>38</sup> Dies ändert freilich nichts daran, dass sie eine Weiterentwicklung des in das Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA)<sup>39</sup> übernommenen unionsrechtlichen Besitzstand darstellen und insoweit von der **grundsätzlichen Pflicht zur dynamischen Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts** in den Rahmen des FZA erfasst sein könnte.

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend einerseits die **Tragweite der Unionsbürgerrichtlinie** im Vergleich zum FZA skizziert (1.) und andererseits analysiert werden, ob und ggf. inwieweit die Unionsbürgerrichtlinie auf der Grundlage des InstA von der **Pflicht zur Übernahme** erfasst ist bzw. welche rechtliche Tragweite dem InstA in dieser Beziehung zukommt (2.).

#### 1. Die Unionsbürgerrichtlinie als Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts – ein Überblick

Ausgehend von der **Zielsetzung des FZA**, die **Schweiz in die in der Union gewährleistete Personenfreizügigkeit einzubinden** (vgl. auch die Präambel

---

<sup>37</sup> Oben I.

<sup>38</sup> Anm. 5.

<sup>39</sup> Anm. 6.

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 (1999).<sup>40</sup> Diese Übernahme erfolgt einerseits über den **Verweis auf EU-Sekundärrecht** (in den Anhängen II und II FZA für die Bereiche der Sozialen Sicherheit und der Diplomanerkennung), andererseits durch die **Anlehnung der Formulierung der Freizügigkeitsrechte** selbst an die 1999 geltenden unionsrechtlichen Regelungen im Anhang I FZA. Während die Anhänge II und III FZA nach Art. 18 FZA durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können (was auch bereits einige Male geschehen ist), ist für eine Änderung des die eigentlichen Freizügigkeitsrechte betreffenden Anhangs I FZA eine Modifikation des Abkommens selbst notwendig, eine Unterscheidung, die auch im Rahmen der im InstA vorgesehenen dynamischen Übernahme von zentraler Bedeutung ist.<sup>41</sup>

In der **Union** wurde das Freizügigkeitsrecht durch den Erlass der **Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)**,<sup>42</sup> aber auch durch die **VO 492/2011**<sup>43</sup> neu gefasst. Eine **Anpassung des FZA an diese Weiterentwicklungen erfolgte nicht**,<sup>44</sup> eine Übernahme dieser Rechtsentwicklungen wäre auch wegen der erwähnten **Notwendigkeit, das Abkommen selbst zu modifizieren**, zumindest sehr schwierig gewesen. Im Übrigen hat es der Bundesrat auch abgelehnt, auf das Anliegen der Union, das FZA an die RL 2004/38 anzupassen, einzutreten.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> S. eingehend zum Freizügigkeitsabkommen die Nachweise in Anm. 26 sowie *Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen* (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations*. Volume II: *Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, Bern 2014; s. sodann die Überblicke (jeweils m.w.N.) bei *Thomas Cottier/Nicolas Diebold/Isabel Kölliker/Rachel Liechti McKee/Matthias Oesch/Tetyana Payosova/Daniel Wüger*, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014, 263 ff.; *Martina Caroni/Nicole Scheiber/Christa Preisig/Margarite Zoetewij*, *Migrationsrecht*, 4. Aufl., Bern 2018, 325 ff.

<sup>41</sup> Vgl. insoweit noch sogleich unten III.2.

<sup>42</sup> Anm. 5.

<sup>43</sup> VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

<sup>44</sup> Wobei dies im Wesentlichen nur für die RL 2004/38 relevant ist, schreibt die VO 492/2011 doch die vorher geltende Rechtslage fort bzw. kodifiziert die bis dahin erfolgten Modifikationen. 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.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu, m.w.N., *Christa Tobler*, *Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie – Reise- und Aufenthaltsrechte im Ankara-Abkommen, dem FZA Schweiz-EU und dem EWR-Recht*, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Bern/Zürich 2018, 433 (443 f.);



Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden zunächst die inhaltliche Tragweite der RL 2004/38 im Vergleich zum bis dahin geltenden Unionsrecht skizziert werden (a), um auf dieser Grundlage danach zu fragen, ob und inwieweit eine vollständige Übernahme der RL 2004/38 in den Rahmen des FZA Modifikationen mit sich brächte (b). Dabei geht es nur – aber immerhin – darum, die **grossen Linien der mit der RL 2004/38 verbundenen Weiterentwicklungen aufzuzeigen**, dies mit Hilfe einer Kategorisierung der grundsätzlichen Inhalte der Richtlinie im Vergleich zu der bis dahin geltenden Rechtslage und damit des FZA.<sup>46</sup>

a) *Zur Tragweite der RL 2004/38 im Vergleich zum FZA*

Die RL 2004/38<sup>47</sup> regelt insbesondere das **Recht auf Ein- und Ausreise** und die hierfür zulässigen Formalitäten (Art. 4, 5), das **Aufenthaltsrecht für erwerbstätige und nicht erwerbstätige Unionsbürger sowie ihre Familienangehörigen**, inklusive der entsprechenden Verwaltungsformalitäten und der Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts im Falle der Modifikation bestimmter Umstände (Art. 6 ff.), das Recht auf **Daueraufenthalt** für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen (Art. 16 ff.), die **Rechte der Aufenthaltsberechtigten** (insbesondere das Recht, erwerbstätig zu sein oder eine selbstständige Tätigkeit aufzunehmen, sowie das Diskriminierungsverbot, Art. 22 ff.) und die zulässigen **Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts** (Art. 27 ff.).

---

*Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2016 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Bern/Zürich 2017, 69 (75).

<sup>46</sup> Ansonsten sei zur Vertiefung einiger der nachfolgend behandelten Fragen auf folgende Beiträge verwiesen: *Christa Tobler*, Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz. Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 55 ff.; *Tobler*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Anm. 45), 433 ff.; *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques – un aperçu, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 37 ff.; *Silvia Gastaldi*, L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 121 ff.; *Andreas Zünd/Thomas Hugi Yar*, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 157 ff.

<sup>47</sup> Anm. 5.

Darüber hinaus bleiben die **besonderen Regeln der VO 492/2011**<sup>48</sup> über die Rechtsstellung der **Arbeitnehmer** anwendbar, die spezifische Rechte vorsehen.<sup>49</sup> Insofern führt auch die RL 2004/38 nicht dazu, dass die **Unterschiede zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern** völlig im Sinne der Schaffung eines einheitlichen „Unionsbürgerstatus“ aufgehoben würden. Vielmehr unterscheiden zahlreiche Rechte nach wie vor zwischen diesen beiden Kategorien von Personen.<sup>50</sup>

Beim **Erlass der RL 2004/38** standen zwei Aspekte im Vordergrund: Einerseits sollten die das Aufenthaltsrecht regelnden sekundärrechtlichen Bestimmungen in einem einzigen Rechtsakt **zusammengeführt** werden,<sup>51</sup> weshalb auch in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage angeknüpft wird. 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 bzw. präzisiert werden.<sup>52</sup>

Im **Vergleich zur bisherigen Rechtslage** können die in der RL 2004/38 figurierenden Bestimmungen bzw. Rechte in **fünf grosse Kategorien** eingeteilt werden:

---

<sup>48</sup> Anm. 43.

<sup>49</sup> So ist in Bezug auf die Kinder von Arbeitnehmern Art. 10 VO 492/2011 massgeblich, und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen für Arbeitnehmende richtet sich nach Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011, wobei diese Regelungen im Wesentlichen die bereits in der VO 1612/68 enthaltenen Grundsätze aufgreifen, die ihrerseits in weiten Teilen wörtlich oder sinngemäss auch in das FZA Eingang gefunden haben. Vgl. insoweit im Einzelnen *Epiney/Blaser*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Anm. 46), 37 ff.

<sup>50</sup> So gilt für Arbeitnehmer – abgesehen von den durch die RL 2004/38 implizierten Modifikationen – weiterhin die spezifische und teilweise weitergehende VO 492/2011; weiter differenziert auch die RL 2004/38 zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern. Nur für einen Aufenthalt unter drei Monaten gilt nach Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 für alle Unionsbürger ein ohne weitere Bedingungen und Formalitäten bestehendes Aufenthaltsrecht (unter der Voraussetzung des Besitzes eines gültigen Ausweises).

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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 Anm. 51 erwähnten folgende Rechtsakte auf: RL 68/360, RL 72/194, RL 73/148, RL 75/34, RL 75/35. Vgl. im Einzelnen zur RL 2004/38 insbesondere *Elspetz Guild/Steve Peers/Jonathan Tomkin*, *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford 2014.

- Erstens knüpfen zahlreiche Bestimmungen an die bis dahin geltenden Rechtsakte an bzw. **übernehmen bereits vorher bestehende Regelungen** (wenn auch mitunter mit einer etwas abweichenden Formulierung). Zu erwähnen sind hier insbesondere folgende Rechte bzw. Bestimmungen: Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige (Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38), zahlreiche Aspekte der Rechte der Aufenthaltsberechtigten (Art. 23 RL 2004/38), die meisten Aspekte des Daueraufenthaltsrechts für Arbeitnehmende (Art. 17 RL 2004/38) und ihre Familienangehörigen (bislang unter der Bezeichnung Verbleiberechte geregelt) sowie Teile der die Beendigung des Aufenthaltsrechts betreffenden Bestimmungen (Art. 27 ff. RL 2004/38). Soweit eine solche Anknüpfung erfolgt (wobei dies jeweils differenziert zu betrachten ist), führte der Erlass der RL 2004/38 somit nicht zu einer Modifikation der Rechtslage und auch die Rechtsprechung des EuGH zu den «alten» Richtlinien bleibt relevant.
- Zweitens wird in einigen Bestimmungen die **Rechtsprechung des EuGH** aufgegriffen und ausdrücklich in der RL 2004/38 verankert, so z.B. in weiten Teilen der Art. 27 ff. RL 2004/38, welche die Beendigung des Aufenthalts regeln, aber auch z.B. in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38, wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfe «nicht automatisch» zu einer Ausweisung führen darf, oder im Ergebnis auch in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38, der ein Art. 18 AEUV entsprechendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert und damit auch an die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV anknüpft.<sup>53</sup>
- Drittens kann an bereits **vorher gewährleistete Rechte angeknüpft** werden; diese können aber in ihrem **Umfang erweitert** werden, wobei es eher um eine «quantitative» denn um eine «qualitative» Weiterentwicklung geht. Als Beispiel können hier die Regelungen betreffend die Familienzusammenführung bzw. den Familiennachzug angeführt werden: Hier wurde (nur, aber immerhin) der Kreis der nachzugsberechtigten Personen erweitert, dies unter ansonsten vollumfänglicher Anknüpfung an das bereits bis dahin verankerte «Grundkonzept» des Familiennachzugs (wobei hier aber beachtliche Präzisierungen in der Rechtsprechung zu verzeichnen sind, die aber nicht im Zusammenhang mit der in der RL 2004/38 erfolgten (Neu-) Regelung des Familiennachzugs stehen dürften). Gleiches gilt für gewisse Aspekte des Daueraufenthaltsrechts für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen; hier wurden die (quantitativen) Voraussetzungen in einigen wenigen Punkten etwas gelockert.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Vgl. zu Fragen der Sozialhilfe auch noch unten III.1.b).

<sup>54</sup> Vgl. *Epiney/Blaser*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Anm. 46), 37 (44).

- Viertens wurden teilweise **bislang nicht geregelte Bereiche** präzisiert, womit eine Einschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums einhergeht. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf die (erstmalig so in der RL 2004/38 verankerten) Regelungen betreffend Verwaltungsmodalitäten.<sup>55</sup>
- Schliesslich enthält die RL 2004/38 teilweise auch **echte Neuerungen bzw. Erweiterungen betreffend die Rechte der Unionsbürger**. Dies ist im Wesentlichen und insbesondere (neben dem Recht auf quasi voraussetzungslosen Kurzaufenthalt von bis zu drei Monaten, Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38) in Bezug auf die Einführung des sog. **Daueraufenthaltsrechts** für Unionsbürger der Fall. So steht jedem Unionsbürger, der sich rechtmässig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, ein Daueraufenthaltsrecht zu (Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38). Das Recht auf Daueraufenthalt kann, wenn einmal erworben, nur durch eine Abwesenheit von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren verloren werden (Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38) und erstreckt sich auch auf drittstaatsangehörige Familienangehörige, die sich mit dem betroffenen Unionsbürger ebenfalls während fünf Jahren rechtmässig und ununterbrochen – wobei hier die gleichen Ausnahmeregelungen wie für den Unionsbürger gelten – im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben. Ein Aufenthalt gilt dann als rechtmässig, wenn er die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt, so dass insbesondere nicht erwerbstätige Unionsbürger die für einen rechtmässigen Aufenthalt vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen müssen.<sup>56</sup> Ein

<sup>55</sup> Bezeichnend ist in Bezug auf derartige Regelungen auch, dass das Bundesgericht mitunter durchaus auf die RL 2004/38 Bezug nimmt, um Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens auszulegen, dies jeweils mit dem Hinweis, dass die neue Rechtslage in der Union auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten sei, vgl. z.B. BGE 136 II 5. S. auch BG, 2C\_558/2009, Urte. v. 26.4.2010, wo das Bundesgericht auf Art. 8 Abs. 1-3 RL 2004/38, die bislang auch in der Union nicht explizit geregelte Pflichten der Unionsbürger zur Anmeldung o.ä. betreffen, hinweist und als Auslegungshilfe für die Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung (die für Unionsbürger bestimmte Anmeldepflichten am Wohnort vorsah) mit dem Freizügigkeitsabkommen heranzieht, indem es darauf hinweist, auch nach der RL 2004/38 seien solche, nicht im FZA geregelte Vorgaben zulässig.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 69. S. weiter aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; EuGH, Rs. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen), ECLI:EU:C:2016:114. Zur Problematik instruktiv *Stamatia Devetzi/Frank Schreiber*, Diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialleistungen – nur noch nach Maßgabe der Unionsbürger-Richtlinie?, ZESAR 2016, 15 ff.; *Dominik Steiger*, Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer – Vom Verlust der richtigen Balance zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Rechten des Einzelnen sowie der Notwendigkeit

Daueraufenthaltsrecht kann somit „nicht etwa durch einen fünfjährigen faktischen Aufenthalt gleichsam ersessen“<sup>57</sup> werden.

b) *Die Rechtslage nach dem FZA im Vergleich*

Setzt man vor diesem Hintergrund die Rechtslage nach der RL 2004/38 in Bezug zu derjenigen auf der Grundlage des FZA kann festgehalten werden, dass die **Unterschiede bzw. Weiterentwicklungen deutlich weniger weit gehen als oft angenommen**, knüpft doch die Richtlinie in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage an oder kodifiziert die (sowieso massgebliche bzw. vom Bundesgericht beachtete) Rechtsprechung des EuGH. Im Einzelnen ist in erster Linie auf folgende Aspekte hinzuweisen:

- Die bei weitem **bedeutendste Weiterentwicklung** stellt das **Recht auf Daueraufenthalt** dar, das es in dieser Form im FZA nicht gibt. Dieses kennt vielmehr nur Verbleiberechte für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen unter gewissen Voraussetzungen, die allerdings weitgehend den in Art. 17 RL 2004/38 verankerten Rechten entsprechen, so dass die Implikationen der RL 2004/38 insoweit nicht ins Gewicht fallen.<sup>58</sup> Deutlich wird damit auch, dass das Daueraufenthaltsrecht im Vergleich zur Rechtslage nach dem FZA im Wesentlichen für Nichterwerbstätige von Bedeutung ist. Da diesen aber nur dann ein Aufenthaltsrecht zusteht, wenn sie über ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung verfügen und das Recht auf Daueraufenthalt erst nach fünf Jahren erworben wird, stellt sich die Frage, ob die Zahl derjenigen Personen, die nach Ablauf dieser fünf Jahre nur aufgrund eines Daueraufenthaltsrechts nach dem FZA aufenthaltsberechtigt wären (also m.a.W. gerade nicht mehr über ausreichende Existenzmittel verfügen), ins Gewicht fallen würde.
- Sodann verankert Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 ein **voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht** in einem anderen Mitgliedstaat für einen Zeitraum von **bis zu drei Monaten** (immerhin unter der Voraussetzung des Besitzes

---

einer primärrechtskonformen Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie, EuR 2018, 304 ff.; Maximilian Fuchs, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Sozialleistungen, ZESAR 2015, 95 ff.; Sandra Mantu/Paul Minderhoud, EU citizenship and social solidarity, MJ 2017, 703 ff.; Thomas Oberhäuser/Eva Steffen, Rechtswidriger Leistungsausschluss für Unionsbürger, ZAR 2017, 149 ff.; mit Bezug zum FZA auch Tobler, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Anm. 46), 55 ff.

<sup>57</sup> Daniel Thym, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 (87).

<sup>58</sup> Allerdings dürfte Art. 18 RL 2004/38, der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein Recht auf Daueraufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen einräumt, deren Rechte erweitern; eine Entsprechung im FZA ist nicht ersichtlich.

eines gültigen Ausweises), wobei keine (unangemessene) Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen zu verzeichnen sein darf (Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38). Dem FZA ist auf den ersten Blick kein solches Recht zu entnehmen, wobei die Rechtsprechung allerdings vom Bestehen eines solchen Rechts ausgehen dürfte,<sup>59</sup> so dass die RL 2004/38 insofern im Ergebnis zu keiner Modifikation der Rechtslage führte.

- In Bezug auf den **Familiennachzug** sieht Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA vor, dass auch der Lebenspartner in eingetragener Partnerschaft als Familienangehöriger anzusehen ist.
- Die Frage, ob und inwieweit (aufenthaltsberechtigten) **Unionsbürgern ohne Erwerbstätigkeit ein Anspruch auf Sozialhilfe**<sup>60</sup> zusteht, ist auf der Grundlage des **Art. 24 RL 2004/38** zu beantworten. Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 verankert ein Gleichbehandlungsgebot bzw. ein Diskriminierungsverbot und verbietet im Anwendungsbereich der Verträge (grundsätzlich) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit von Unionsbürgern, die sich aufgrund der RL 2004/38 in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten (womit auch daueraufenthaltsberechtigte Personen erfasst sind). Nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 sind die Mitgliedstaaten jedoch nicht verpflichtet,

<sup>59</sup> Vgl. BGE 143 IV 97 E. 1.5; BGE 145 IV 55; BGer 6B\_1074/2018 vom 24.1.2019 E. 3; zur Problematik *Peter Uehersax*, Freizügigkeitsabkommen und Landesverweisung, Plädoyer 1/2018, 37 ff.; *Tobler*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Anm. 45), 433 (445 ff.).

<sup>60</sup> Dabei umfasst der Begriff der Sozialhilfe im Sinne der RL 2004/38 „sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichtete Hilfssysteme [...], die auf nationaler, regionaler oder örtlichen Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates belasten muss, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die dieser Staat gewähren kann“, vgl. so EuGH, Rs. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 (Brey), Rn. 61; ebenso EuGH, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 (Dano), Rn. 63. Der Begriff der Sozialhilfe ist dementsprechend weit und umfasst sowohl die „klassische“ Sozialhilfe als auch weitere beitragsunabhängige Leistungen, die der Existenzsicherung dienen, wie etwa Ergänzungsleistungen der AHV und IV, so im Zusammenhang mit dem FZA auch das BGer in BGE 135 II 265, E. 3.7; bestätigt etwa in BGer 2C\_222/2010 vom 29. Juli 2010, E. 6.2.2; BGer 2C\_407/2013 vom 15. November 2013, E. 3.3. Im Übrigen ist der Begriff der Sozialhilfe im Sinne der RL 2004/38 nach der Rechtsprechung nicht nur insofern autonom auszulegen, als allfällige Auslegungen nach nationalem Recht irrelevant sind. Vielmehr kann er auch von der Begrifflichkeit anderer EU-Rechtsakte abweichen. So fallen unter den in der RL 2004/38 verwendeten Begriff der Sozialhilfe nicht zwingend dieselben Leistungen wie unter die Sozialhilfe im Sinne der Verordnungen des koordinierenden Sozialrechts. So begründet der EuGH in EuGH, Rs. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 (Brey), Rn. 50 ff., eine unterschiedliche Definition des Sozialhilfebegriffs in der RL 2004/38 und in der VO 883/2004 mit den unterschiedlichen Zielsetzungen der Rechtsakte.

Nichterwerbstätigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts und Arbeitssuchenden Sozialhilfe zu gewähren. Der Gerichtshof hatte sich in den vergangenen Jahren verschiedentlich mit der Auslegung dieser Bestimmung auseinander gesetzt und den Anspruch von Nichterwerbstätigen auf Sozialhilfe insgesamt eher restriktiv ausgelegt; insbesondere setzt Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 voraus.<sup>61</sup> Von besonderer Bedeutung ist in unserem Zusammenhang, dass Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 letztlich den bereits in Art. 18 AEUV verankerten Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aufgreift und insofern an das Primärrecht anknüpft.<sup>62</sup> Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor dem Erlass der RL 2004/38 ergibt sich aber bereits ein Anspruch auf Gleichbehandlung und damit auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe auf der Grundlage des Art. 18 AEUV, dies allerdings unter gewissen Voraussetzungen,<sup>63</sup> die in der Rechtsprechung zu Art. 24 RL 2004/38 aufgegriffen werden; vor diesem Hintergrund ist auch eine Rechtfertigung jedenfalls materieller Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit möglich.<sup>64</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Formulierung des Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 (wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen «nicht automatisch» zu einer Ausweisung führen darf) eine Kodifizierung der Rechtsprechung darstellt.<sup>65</sup> Weiter ist zu erwähnen, dass für **Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen** ein **umfassender Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfeleistungen** besteht, dies aufgrund der besonderen Vorschriften für Arbeitnehmende, die heute in der **VO 492/2011** figurieren, wobei die Verordnung diesbezüglich an die bis dahin geltende Rechtslage anknüpft. Allerdings präzisiert Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 diejenigen Konstellationen, in denen die Arbeitnehmereigenschaft aufrechterhalten bleibt (mit der Konsequenz, dass auch ein diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialhilfe zu

<sup>61</sup> S. die Nachweise in Anm. 56.

<sup>62</sup> S. insoweit auch *Thym*, NZS 2014 (Anm. 57), 81 (88), der betont, der Unionsgesetzgeber habe mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV kodifizieren wollen.

<sup>63</sup> Vgl. schon EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458; s. auch EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), ECLI:EU:C:2004:488.

<sup>64</sup> In diese Richtung geht auch die Rechtsprechung des EuGH, s. die Nachweise in Anm. 56 und 63. Aus der Literatur, m.w.N., *Thym*, NZS 2014 (Anm. 57), 81 (87 f.); *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, Baden-Baden 2019, § 10, Rn. 4 ff.

<sup>65</sup> S. diese Formulierung so (soweit ersichtlich) erstmals in EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458.

gewährleisten ist, wobei es im Ergebnis insbesondere bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit einen entsprechenden Anspruch während sechs Monaten gibt).

Betrachtet man die **Rechtslage auf der Grundlage des FZA**, so ist zu unterscheiden: Der **Zugang von Erwerbstätigen**<sup>66</sup> zu **Sozialhilfe** ergibt sich bereits heute und im Wesentlichen **parallel wie im Unionsrecht aus dem FZA**, dies insbesondere aufgrund des Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA,<sup>67</sup> wobei auch hier Rechtfertigungen von materiellen Diskriminierungen zulässig sein können.<sup>68</sup> Gleiches gilt für Personen mit einem Verbleiberecht aufgrund des FZA,<sup>69</sup> während die Situation bei unfreiwillig Arbeitslosen umstritten ist; letztlich ist hier die Frage des Fortbestands der Arbeitnehmereigenschaft entscheidend (vgl. Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA).<sup>70</sup> Auch auf der Grundlage des FZA können **Arbeitssuchende** nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA von der **Sozialhilfe ausgeschlossen** werden. Für **Nichterwerbstätige** sieht **Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA** ausdrücklich vor, dass deren Aufenthaltsrecht nur so lange besteht, wie die Berechtigten die Bedingungen des Art. 24 Abs. 1 FZA erfüllen, so dass es in denjenigen Konstellationen, in denen keine ausreichenden finanziellen Mittel mehr vorhanden sind, automatisch wegfällt. Diesfalls ist der Anwendungsbereich des Abkommens nicht mehr eröffnet, womit das Art. 18 AEUV nachgebildete allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit des Art. 2 FZA (das nach ständiger

---

<sup>66</sup> Vgl. zur Frage des Einbezugs von Selbständigen (wobei die besseren Gründe für eine Bejahung dieses Einbezugs sprechen), *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen (Hrsg.), Code annoté (Anm. 40), Art. 4 ALCP, Rn. 34.

<sup>67</sup> Zum Einbezug von Sozialhilfe in den Begriff der sozialen Vergünstigungen *Epiney/Blaser*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Anm. 46), 37 (41); *Gastaldi*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Anm. 46), 121 (132).

<sup>68</sup> So wäre eine Einschränkung des Zugangs zu Sozialhilfeleistungen auf Personen mit Wohnsitz in der Schweiz wohl zulässig, vorausgesetzt, dass die Ungleichbehandlung auf einem objektiven Grund beruht und verhältnismässig ist (vgl. *Epiney/Blaser*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Anm. 10), 37 (41), mit Verweisen auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68, dem die Bestimmung des FZA nachgebildet ist). Als Rechtfertigungsgrund kommt das finanzielle Gleichgewicht der Systeme sozialer Sicherheit in Frage, und eine ausreichende Verbindung zum Aufnahmemitgliedstaat wäre ein sachliches Differenzierungskriterium.

<sup>69</sup> Art. 7 VO 1251/70 und RL 75/34, auf die Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA verweist.

<sup>70</sup> So dass die Vereinbarkeit von Art. 61a Abs. 3 AIG mit dem FZA zweifelhaft ist. Vgl. aber Botschaft AuG, BBl 2016 3007, 3053.



Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>71</sup> und herrschender Lehre<sup>72</sup> parallel zu Art. 18 AEUV auszulegen ist) – nicht anwendbar ist. Da die Inanspruchnahme von Sozialhilfe dazu führt, dass die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA für ein Aufenthaltsrecht gerade nicht mehr gegeben sind, besteht auf der Grundlage des FZA somit ein «Automatismus», der durch Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 gerade ausgeschlossen ist, was impliziert, dass auch Nichterwerbstätige einen gewissen Anspruch auf Sozialhilfe haben können. Allerdings ist diese Differenz zu relativieren: Denn die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen stellt auch nach der RL 2004/38 jedenfalls einen (gewichtigen) Anhaltspunkt dafür dar, dass die Voraussetzung der ausreichenden Existenzmittel im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 gerade nicht mehr erfüllt ist, so dass diese Inanspruchnahme zum Anlass genommen werden darf zu prüfen, ob das Aufenthaltsrecht weiter besteht. Eine Ausweisung kann dann durchaus – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit – grundsätzlich zulässig sein.<sup>73</sup> Insofern kann auch aus der RL 2004/38 mitnichten ein unbeschränktes Recht Nichterwerbstätiger auf Zugang zu Sozialhilfe abgeleitet werden. Jedoch geht die Unionsbürgerrichtlinie insoweit deutlich weiter als das FZA, als im Falle des **Daueraufenthaltsrechts** nach Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 jedenfalls ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe anzunehmen ist, wobei dieser Anspruch letztlich eine inhärente Konsequenz der Einführung des Daueraufenthaltsrechts darstellt.

- Schliesslich sei auf die Vorgaben zur **Aufenthaltsbeendigung** hingewiesen, die in Art. 27 ff. RL 2004/38 geregelt sind. Diese Bestimmungen betreffen die Voraussetzungen, unter denen der **Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt** werden kann und formulieren einige, bereits in der (durch die

<sup>71</sup> BGer 2A.325/2004 vom 25.8.2005 E. 3.3; BGE 129 I 392 E. 3.2; BGE 131 V 209; BGE 134 II 10 E. 3.6; BGE 140 II 364 E. 6.1; BGer 4A\_230/2018 vom 15.1.2019 E. 2.1.

<sup>72</sup> Vgl. nur, m.w.N., *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen (Hrsg.), Code annoté (Anm. 40), Art. 4 ALCP, Rn. 1 ff.

<sup>73</sup> Zuzugeben ist allerdings, dass die Rechtsprechung hier mitunter etwas schwankt, so wenn der EuGH teilweise festhält, die RL 2004/38 erkenne eine «bestimmte finanzielle Solidarität» der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denjenigen der anderen Mitgliedstaaten an, und es sei zu prüfen, ob die Gewährleistung der Sozialhilfe eine Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem des betreffenden Mitgliedstaats darstelle, vgl. EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), ECLI:EU:C:2013:337. Andere Urteile sind hier jedoch bedeutend zurückhaltender, s. insbesondere EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 69. S. weiter aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; EuGH, Rs. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen), ECLI:EU:C:2016:114.

RL 2004/38 aufgehoben) 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), fügen 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 (Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38). Weiter sind bei der Entscheidung über die Ausweisung die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen (Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38). All diese Anforderungen hat der EuGH bereits auf der Grundlage der RL 64/221 bzw. der primärrechtlichen Vorschriften und in Anknüpfung an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz entwickelt,<sup>74</sup> und sie werden auch in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgericht vollumfänglich herangezogen.<sup>75</sup> Daher ist davon auszugehen, dass **Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert** und mit diesen Vorgaben **keine eigentlichen Neuerungen** verbunden sind. Insofern ist auch die neue Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 Abs. 1, 2, 28 Abs. 1 RL 2004/38 grundsätzlich beachtlich. Eine eigentliche Neuerung enthalten aber Art. 28 Abs. 2, 3 RL 2004/38, die für **Personen mit Daueraufenthaltsrecht** (Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38) und **Personen mit zehnjährigem Aufenthalte oder Minderjährige** (Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38) einen **weitergehenden Schutz vor Ausweisungen** vorsehen (eine solche darf im ersten Fall nur aus «schwerwiegenden Gründen» der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und im zweiten Fall nur aus «zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit» erfolgen,<sup>76</sup> womit

<sup>74</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), ECLI:EU:C:1977:172, Rn. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115-116/81 (Adoui et Cornuaille), ECLI:EU:C:1982:183, Rn. 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), ECLI:EU:C:1999:6, Rn. 24 ff.; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:1989:204, Rn. 17; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), ECLI:EU:C:2002:712, Rn. 40 ff.

<sup>75</sup> S. z.B. BGer 2C\_991/2017 vom 1.2.2018; BGer 2C\_401/2017 vom 26.3.2018; s. ansonsten die Nachweise bei *Epiney/Nüesch*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018 (Anm. 26), 273 (309 ff.). S. aber auch die Relativierung in BGer 6B\_378/2018 vom 22. Mai 2019 (hierzu oben II.3.).

<sup>76</sup> Zu dieser „dritten Stufe“ der Einschränkungen des Aufenthaltsrechts EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), ECLI:EU:C:2010:708 (Berechnung des zehnjährigen

höhere Anforderungen an den «Schweregrad» der geforderten Gefährdung durch den Betroffenen gestellt werden). Daneben präzisieren einige weitere, in Art. 27 ff. RL 2004/38 enthaltene Vorgaben im Wesentlichen Fragen des Verfahrens und enthalten besondere Vorgaben betreffend die Gefährdung der öffentlichen Gesundheit. Mit letzteren gehen zwar gewisse Konkretisierungen des mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums einher, wobei sich ihr «Neuigkeitswert» jedoch in Grenzen hält, und sie enthalten jedenfalls keine weiteren Anforderungen an die grundsätzliche Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung.

Damit kann im **Ergebnis** festgehalten werden, dass sich die **Weiterentwicklungen der RL 2004/38** im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage im Unionsrecht und im Freizügigkeitsabkommen im Wesentlichen aus der eine echte Neuerung darstellenden Verankerung des **Daueraufenthaltsrechts** ergeben: Dieses räumt den Berechtigten nicht nur ein Aufenthaltsrecht ein, sondern bringt auch – aufgrund des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe mit sich und zieht einen verstärkten Schutz vor Ausweisung nach sich. Eigentliche weitergehende Aufenthaltsrechte werden darüber hinaus lediglich noch durch die weitere Fassung des Begriffs des nachzugsberechtigten Familienangehörigen vorgesehen.

## 2. Unionsbürgerrichtlinie und InstA: eine Pflicht zur Übernahme?

Nach dem Gesagten stellt die **RL 2004/38** durchaus eine **Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts in der EU** und damit **zumindest teilweise auch des FZA** – welche an das EU-Freizügigkeitsrecht anknüpft bzw. dieses übernimmt – dar. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass alle Aspekte der Richtlinie als eine Weiterentwicklung des FZA anzusehen sind. Denn die RL 2004/38 beruht – wie schon ihre Bezeichnung («Unionsbürgerrichtlinie») verrät – auf dem Konzept der Unionsbürgerschaft, welches anerkanntermaßen gerade keinen Eingang in das FZA gefunden hat. Aufgeworfen wird damit die Frage, welche Aspekte der RL 2004/38 spezifisch an die Unionsbürgerschaft anknüpfen und somit von vornherein keine Weiterentwicklung des dem Freizügigkeitsabkommen zugrundeliegenden unionsrechtlichen Besitzstandes sein können (a), bevor auf die Problematik des Einbezugs der RL 2004/38 in

---

Aufenthalts, der eine im Vergleich zu Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38 erheblich höhere „Hürde“ der Ausweisung darstelle). S. auch EuGH, Rs. C-348/09 (P.I.), ECLI:EU:C:2012:300.

den Kreis des zu übernehmenden weiterentwickelten EU-Rechts (b) eingegangen und auf die Streitbeilegung hingewiesen (c) wird.

a) *Die RL 2004/38 zwischen Freizügigkeitsrechten und Unionsbürgerschaft*

Der durch den Maastrichter Vertrag (am 1.11.1993 in Kraft getreten) eingeführte **Unionsbürgerstatus** ist nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des EuGH der **grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten**, der ihnen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet allfälliger Ausnahmen Anspruch auf die gleiche rechtliche Behandlung einräumt.<sup>77</sup> Den Unionsbürgern stehen diverse Rechte zu, so insbesondere das **Recht auf Freizügigkeit**. Freizügigkeitsrechte gibt es in der Union allerdings schon seit langem, wobei diese sukzessive ausgedehnt wurden. Besonders bedeutsam war die **sekundärrechtliche Verankerung von Freizügigkeitsrechten** für Nichterwerbstätige durch in den **Jahren 1990 und 1993 erlassene Richtlinien**.<sup>78</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob tatsächlich alle Aspekte der RL 2004/38 eine Weiterentwicklung des in das FZA übernommenen unionsrechtlichen Besitzstands darstellen oder ob hier nicht zu **differenzieren** ist.

Diese Problematik stellt sich in ähnlicher Form auch im Rahmen des **EW**.<sup>79</sup> Aufgrund des Beschlusses 158/2007 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses<sup>80</sup> sehen Anhang V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und Anhang VIII (Niederlassungsfreiheit) EWRA ausdrücklich vor, dass die **RL 2004/38 grundsätzlich Bestandteil des EWR-Rechts** ist. Vor dem Hintergrund, dass auch im EWR die Unionsbürgerschaft nicht Teil des übernommenen EU-Rechts ist, enthält der **Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses** aber diverse **Präzisierungen**:

- Erw. 8 der Präambel betont, dass das Abkommen den Begriff der «Unionsbürgerschaft» nicht beinhaltet.
- Nach Erw. 9 der Präambel ist die Einwanderungspolitik nicht Gegenstand des EWR-Abkommens.
- Gemäss Erw. 10 der Präambel findet das EWR-Abkommen keine Anwendung auf Drittstaatsangehörige, die jedoch «bestimmte abgeleitete Rechte» (insbesondere als Familienangehörige) geniessen sollen, wobei ausdrücklich auf

---

<sup>77</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-304/14 (CS), ECLI:EU:C:2016:674; EuGH, Rs. C-165/14 (Randon Marin), ECLI:EU:C:2016:675.

<sup>78</sup> Anm. 51.

<sup>79</sup> Hierzu ausführlich *Astrid Epiney*, Unionsbürgerrichtlinie und EWR, Beiheft EuR 2019 (im Erscheinen). S. auch schon *Astrid Epiney/Sian Affolter*, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 11. März 2019.

<sup>80</sup> Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 vom 7. Dezember 2007 zur Änderung des Anhangs V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und des Anhangs VIII (Niederlassungsrecht) des EWR-Abkommens, ABI 2007 L 124, 20.

Art. 12 Abs. 2, Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 RL 2004/38 verwiesen wird. Art. 1 Nr. 1 lit. b) des Beschlusses spricht denn auch nur von «bestimmten, aus der Richtlinie abgeleiteten Rechten», wobei nicht deutlich wird, um welche Rechte es genau geht.

- Art. 1 Nr. 1 des Beschlusses sieht (weitere) Anpassungen in der RL 2004/38 vor: So gilt die Richtlinie nur für die «unter diesen Anhang fallenden Bereiche», also nur für die vom EWR-Abkommen erfassten Freizügigkeitsrechte (lit. a). Der Begriff «Unionsbürger» wird durchgehend durch «Staatsangehörige von EG-Mitgliedstaaten und EFTA-Staaten» ersetzt, und in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 wird der Ausdruck «abgeleitetes Recht» durch «in dem in das Abkommen aufgenommenen abgeleiteten Recht» ersetzt.

Im Übrigen wurde der Beschluss zur Übernahme der RL 2004/38 von einer **gemeinsamen Erklärung der Vertragsparteien** begleitet. Diese betont, dass der Begriff der Unionsbürgerschaft keine Entsprechung im EWR-Abkommen findet und präzisiert, dass die „Aufnahme der Richtlinie 2004/38/EG in das EWR-Abkommen [...] die Bewertung der Bedeutung künftiger Rechtsakte der EU und der künftigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf der Grundlage des Begriffs der Unionsbürgerschaft für das EWR-Abkommen unberührt [lässt].“ Mit der Erklärung sollte offenbar festgehalten werden, dass zwar anerkannt wird, dass die RL 2004/38 eine Weiterentwicklung des für den EWR relevanten Freizügigkeitsrechts darstellt und folglich in das Abkommen aufzunehmen ist, das Konzept der Unionsbürgerschaft jedoch im EWR-Recht keine Entsprechung findet und somit darauf basierende Bestandteile der Richtlinie nicht relevant sein können.<sup>81</sup>

Noch nicht in der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs geklärt ist die **genaue rechtliche Tragweite des Beschlusses zur Übernahme der RL 2004/38 in den EWR-Rechtsbestand** und der erwähnten gemeinsamen Erklärung der Vertragsparteien. Immerhin hielt der EFTA-Gerichtshof fest, aus dem Beschluss und der Erklärung folge, dass die Unionsbürgerschaft und die Einwanderungspolitik vom EWR-Abkommen ausgenommen seien. Die Auswirkungen des Ausschlusses der Unionsbürgerschaft seien jeweils im Einzelfall zu bestimmen, aber insbesondere insoweit im Zusammenhang mit Art. 24 RL 2004/38 von Bedeutung, soweit diese Bestimmung dazu führe, dass Daueraufenthaltsberechtigte ein umfassendes Gleichbehandlungsgebot geltend machen können.<sup>82</sup> Hinzuweisen ist allerdings auf das

<sup>81</sup> Vgl. im Einzelnen zu den im Zusammenhang mit der Integration der RL 2004/38 in den EWR-Besitzstand aufgeworfenen Fragen, m.w.N., *Tobler*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Anm. 45), 433 (438 ff.); *Christa Tobler*, Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-Related Homogeneity and a Reversed *Polydor* Principle, European Papers 2018, 1429 ff.

<sup>82</sup> EFTA-GH, Rs. E-28/15 (Jabbi), Rn. 60 ff.; EFTA-GH, Rs. E-26/13 (Gunnarsson); s. zu letzterem *Ciaran Burke/Olafur Isberg Hannesson*, Citizenship by the Back door? Gunnarsson, CMLRev, 2015, 1111 ff.; in der Literatur bestehen hinsichtlich der Argumentation des EFTA-GH unterschiedliche Meinungen: zustimmend *Olafur Einarsson*, in: Finn Arnesen/Halvard Fredriksen/Hans Petter Graver/Ola Mestad/Christoph Vedder (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area: A Commentary, Baden-Baden 2018, Art. 31 EWR-Abkommen, Rn. 44 ff.; kritisch *Pal Wennerås*, in: ebd., Art. 6 EWR-Abkommen, Rn. 64 ff.; s. auch die Darstellung des Meinungsstands bei *Tobler*, European Papers 2018 (Anm. 81), 1429 (insbesondere

Urteil E-04/11<sup>83</sup> des EFTA-GH, wo dieser befand, dass einer Person gestützt auf ihr Daueraufenthaltsrecht gemäss Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 auch das Recht auf Familiennachzug zustünde, selbst wenn sowohl die Person selbst sowie die nachzuziehende Familienangehörige Sozialhilfeleistungen bezögen. Das Urteil adressiert jedoch nicht wirklich die Frage danach, ob das Daueraufenthaltsrecht nicht zwingend mit der Unionsbürgerschaft im Zusammenhang steht, wobei es jedoch (implizit) von der Relevanz des Daueraufenthaltsrechts für den EWR ausgeht.

Damit kann in Bezug auf die «Übernahme» der RL 2004/38 in den Rahmen des EWR zusammenfassend folgendes festgehalten werden:

- Mit der Aufnahme der RL 2004/38 in die Anhänge des EWR-Abkommens werden nicht direkt auch das Konzept Unionsbürgerschaft und sämtliche damit verbundenen Rechte übernommen, sondern lediglich die sich direkt aus der Richtlinie ergebenden und sich auf das Freizügigkeitsrecht – d.h. das Recht, sich von einem Staat in den anderen zu bewegen – stützenden Vorgaben.
- Grundsätzlich nicht in das EWR-Recht übernommen werden folglich Rechte, die Unionsbürgern bereits aufgrund ihrer Staatszugehörigkeit zustehen, ohne dass sie von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben müssen.
- Darüber hinaus ist unklar, ob und inwieweit bestimmte neue, durch die RL 2004/38 Unionsbürgern eingeräumte Rechte an den Unionsbürgerstatus selbst anknüpfen und insofern keine Weiterentwicklung des in das EWR-Abkommen übernommenen Freizügigkeitsrechts darstellen können. Angesichts der erwähnten «Reserven» im Beschluss 158/2007 spricht Vieles dafür, dass es solche Rechte offenbar geben muss, hätte man doch ansonsten nicht ausdrücklich betonen müssen, dass die Richtlinie nur für die unter den Anhang bzw. das EWR-Abkommen fallenden Bereiche gilt und die Unionsbürgerschaft gerade keinen Eingang in das Abkommen gefunden hat. Diese Fragestellung könnte – neben dem Diskriminierungsverbot des Art. 24 RL 2004/38 – *a priori* insbesondere für das Recht auf Daueraufenthalt relevant sein, so dass es bedauerlich ist, dass der EFTA-GH in der Rs. E-4/11 diese Problematik nicht ausdrücklich erörtert hat.

Die oben<sup>84</sup> erläuterte grundsätzliche Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme bezieht sich lediglich auf **Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands**, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, so dass die Übernahmepflicht nur unter der Voraussetzung zum Tragen kommt, dass es um EU-Recht geht, welches in den „Anwendungsbereich“ des jeweiligen sektoriellen Abkommens fallendes Recht weiterentwickelt. Das Institutionelle Abkommen schweigt sich allerdings darüber aus, unter welchen **Voraussetzungen** genau eine **Weiterentwicklung des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands** anzunehmen ist; es weist hier lediglich auf die «domaines couverts par les accords concernés» (Art. 5 InstA) hin.

---

1438 ff.), die ebenfalls in verschiedener Hinsicht Kritik an der Argumentation des EFTA-GH äussert.

<sup>83</sup> EFTA-GH, Rs. E-04/11 (Clauder).

<sup>84</sup> II.4.

In der Praxis werden diese Fragen im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung oder in Bezug auf den EWR – in beiden Konstellationen ist die Problematik parallel gelagert – pragmatisch gelöst, indem auf Unionsebene beim Erlass des entsprechenden Sekundärrechtsakts eine Entscheidung darüber erfolgt, ob der jeweilige Rechtsakt Teil des betreffenden Besitzstands ist und ggf. wird er mit einem diesbezüglichen Hinweis versehen. Fehlt ein solcher Bezug, so erfolgt keine Übernahme, und ggf. bleibt die „alte“ Bezugnahme bestehen, dies obwohl der entsprechende Rechtsakt (meist nach einer Übergangszeit) in der Union nicht mehr gilt. Dabei kann die Frage, ob ein neuer Rechtsakt Teil des jeweiligen Besitzstands ist, mitunter durchaus umstritten sein und ist somit nicht immer zweifelsfrei zu beantworten. So erschliesst es sich z.B. mit Bezug auf den Schengen/Dublin-Besitzstand nicht auf den ersten Blick, warum die neue Datenschutzgrundverordnung (VO 2016/679)<sup>85</sup> nicht Teil dieses Besitzstands sein soll, während die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46)<sup>86</sup>, welche durch die Datenschutzgrundverordnung abgelöst wird, in den Anhängen zur Schengen- und Dublin-Assoziierung aufgeführt ist. Dabei geht es bei der Frage, ob ein bestimmter neuer Rechtsakt Teil des EWR- oder des Schengen/Dublin-Besitzstands ist, zweifellos um eine Rechtsfrage (handelt es sich doch um unionsrechtliche Begriffe), so dass sie vom EuGH überprüft werden kann;<sup>87</sup> allerdings wurde bislang keine Nichtigkeitsklage gegen Rechtsakte erhoben, in denen diese Frage relevant sein könnte, und derzeit ist nicht abzusehen, ob ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wird. Zu beachten ist im Übrigen, dass die Schweiz keine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV erheben könnte, da sie nicht aktiv legitimiert ist. Letztlich gibt es somit bislang keine gerichtlich belastbare Praxis für die Präzisierung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine solche Weiterentwicklung angenommen werden kann, und die Praxis jedenfalls im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung legt die Annahme nahe, dass hier mitunter auch politische Gründe eine Rolle spielen, dies ungeachtet des Umstands, dass es um eine Rechtsfrage geht und die hier tätigen Organe ein möglicherweise eingeräumtes Ermessen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben ausüben haben.

Im Ergebnis dürfte die Frage nach dem Vorliegen einer Weiterentwicklung des vom Anwendungsbereich eines der Bilateralen Abkommen umfassten Besitzstands im **Einzelfall** auf der Grundlage einer Analyse der **rechtlichen Tragweite** einerseits des in Frage stehenden Unionsrechts, das in das jeweilige Abkommen überführt wurde, andererseits des neu erlassenen Unionsrechts zu eruieren sein. Dabei dürften folgende Aspekte aus grundsätzlicher Sicht relevant sein, wobei es auch denkbar ist, dass ein neuer EU-Rechtsakt nur teilweise eine Weiterentwicklung von durch ein Abkommen erfassten Bereichen darstellt:

<sup>85</sup> VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 8.

<sup>86</sup> RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.

<sup>87</sup> Vgl. schon *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Anm. 26), 153.

- Die **Aufhebung (und Ersetzung) oder Modifikation eines bestehenden Rechtsakts** auf Unionsebene, der in ein sektorielles Abkommen integriert ist, dürfte grundsätzlich eine zumindest teilweise Weiterentwicklung von in den Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens fallenden EU-Rechts darstellen.
- Das Vorliegen eigentlicher Weiterentwicklungen dürften grundsätzlich dann zu bejahen sein, wenn die **neue Rechtslage an die bislang geltende Rechtslage anknüpft** und die Vorgaben bzw. Rechte **«in dieselbe Richtung» fortgeschrieben** werden.
- Bei **neuen Rechtsakten** kann eine Weiterentwicklung dann zu bejahen sein, wenn diese geltendes und in das jeweilige Abkommen übernommenes EU-Recht **ergänzen**, wobei es hier selbstredend auf die Intensität des Zusammenhangs ankommt.
- **Keine Weiterentwicklung** dürfte in der Regel in denjenigen Konstellationen vorliegen, in welchen – möglicherweise auf der Grundlage anderer konzeptioneller Grundentscheidungen – **eigentliche neue Vorgaben oder Rechte** vorgesehen werden, ohne dass ein notwendiger Zusammenhang mit den bestehenden Vorgaben besteht. M.a.W. ist hier nach dem Konnex der neuen Vorgaben mit dem in einem Abkommen übernommenen unionsrechtlichen Besitzstand zu fragen: Je loser dieser ist, desto eher dürfte das Vorliegen einer Weiterentwicklung zu verneinen sein.

Vor dem Hintergrund, dass die **RL 2004/38** eine Reihe bestehender Rechtsakte, die Grundlage für die Formulierung des Anhangs I FZA waren, aufhebt und ersetzt, ist davon auszugehen, dass jedenfalls **weite Teile der Richtlinie Weiterentwicklungen des bestehenden Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage des FZA** darstellen. Gleichzeitig ist zu beachten, dass die **Unionsbürgerschaft** – ebenso wie im EWR-Recht – gerade **nicht Teil des Freizügigkeitsabkommens** ist, so dass diejenigen Aspekte der RL 2004/38, die aus **der Unionsbürgerschaft abgeleitet sind, keine Weiterentwicklung des FZA** darstellen können. Versucht man vor diesem Hintergrund, die soeben dargelegten Grundsätze auf die oben skizzierten u.E. wichtigsten Aspekte der mit der RL 2004/38 einhergehenden Weiterentwicklungen anzuwenden, so drängen sich folgende **Schlussfolgerungen** auf:

- Soweit die Erweiterung des Kreises der erfassten **nachzugsberechtigten Familienangehörigen** betroffen ist, ist wohl eine Weiterentwicklung des bestehenden Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage des FZA zu bejahen.
- Auch das **voraussetzungslose Kurzaufenthaltsrecht** dürfte letztlich eine Fortschreibung bereits bestehender Rechte sein, dürfte es doch an die im FZA garantierten Rechte anknüpfen und diese (etwas) weiterentwickeln.
- Soweit die **bisherige Rechtsprechung des EuGH** in Bezug auf durch das FZA erfasste Rechte bzw. Vorgaben kodifiziert wurde, liegt sicherlich eine Weiterentwicklung vor.



- All diejenigen Bestimmungen der RL 2004/38, die gewisse **prozedurale Rechte** präzisieren, sind wohl ebenfalls als Weiterentwicklungen anzusehen, da sie der Effektivität der eingeräumten Rechte Vorschub leisten sollen.
- Hingegen stellt das **Daueraufenthaltsrecht** nach der hier vertretenen Ansicht **keine Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts, wie es für das FZA von Relevanz ist**, dar. Denn dieses Recht geht insofern qualitativ klar über die bislang im FZA verankerten Rechte hinaus, indem es nach Ablauf einer gewissen Zeit für die Berechtigten ein (abgesehen von einem vorherigen rechtmässigen Aufenthalt) voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht verankert. Hingegen kommen die im FZA vorgesehenen Aufenthaltsrechte allesamt nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Arbeitnehmereigenschaft, hinreichende Existenzmittel, u.a.m.) zum Zuge, wobei der Aufenthalt im Zuge des Wegfallens der jeweiligen Voraussetzungen beendet werden kann, so dass es *per se* kein Aufenthaltsrecht gibt, das nicht an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, deren Vorliegen nachgewiesen werden muss, womit sie auch nicht (mehr) gegeben sein können. Bezeichnend ist denn auch, dass das Daueraufenthaltsrecht gemäss Erw. 17 RL 2004/38 mit der Begründung eingeführt wurde, dass «wenn Unionsbürger, die beschlossen haben, sich dauerhaft in dem Aufnahmemitgliedstaat niederzulassen, das Recht auf Daueraufenthalt erhielten, [...] dies ihr Gefühl der Unionsbürgerschaft verstärken und entscheidend zum sozialen Zusammenhalt – einem grundlegenden Ziel der Union – beitragen [würde]».<sup>88</sup> Weder die Verstärkung des «Gefühls der Unionsbürgerschaft» noch der soziale Zusammenhalt sind jedoch Ziele des FZA. Dieses stellt vielmehr ein Marktzugangsabkommen dar und soll das Konzept der Personenfreizügigkeit – und nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft – auf die Schweiz ausweiten. Daher sprechen die besseren Gründe dagegen, dass das Recht auf Daueraufenthalt im Falle einer Übernahme der RL 2004/38 für das bilaterale Recht von Relevanz wäre. Dies hätte dann auch Auswirkungen auf die oben<sup>89</sup> dargelegten Aspekte der RL 2004/38, die mit dem Daueraufenthaltsrecht verbunden sind, so die erschwerte

<sup>88</sup> Zum Daueraufenthaltsrecht aus der Rechtsprechung auch EuGH, Rs. C-162/09 (Lassal), Slg. 2010, I-9217: Die RL 2004/38 sei in Anbetracht ihres Kontexts und ihrer Ziele nicht eng auszulegen und dürfe keinesfalls ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden; das Recht auf Daueraufenthalt trage entscheidend zum sozialen Zusammenhalt bei und sei (auch) vorgesehen worden, um das „Gefühl der Unionsbürgerschaft“ zu verstärken. S. auch verb. Rs. C-147/11, C-148/11 (Czop und Punakova), ECLI:EU:C:2012:538; Rs. C-378/12 (Onuekwere), ECLI:EU:C:2014:13; EuGH, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), ECLI:EU:C:2014:2068.

<sup>89</sup> III.1.

Ausweisung von Daueraufenthaltsberechtigten sowie der Zugang daueraufenthaltsberechtigter Personen zu Sozialhilfe, die – so man der hier vertretenen Ansicht folgt – ebenfalls nicht relevant für das FZA wären. Gegen den hier vertretenen Ansatz kann auch nicht geltend gemacht werden, dass im Rahmen des EWR – jedenfalls nach der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs – das Daueraufenthaltsrecht im Zuge der Übernahme der RL 2004/38 zum Zuge kommen dürfte.<sup>90</sup> Denn einerseits beruht der (übrigens nicht wirklich begründete und auch nicht in jeder Beziehung überzeugende) Ansatz des EFTA-GH auf dem Beschluss 158/2007, und der Beschluss betreffend das FZA könnte entsprechend anders ausfallen. Andererseits geht die im Rahmen des EWR erfolgende Integration in den unionsrechtlichen Besitzstand – wie auch der EuGH hervorgehoben hat<sup>91</sup> – deutlich weiter als diejenige im Rahmen der Bilateralen Abkommen. So figurieren im Anhang I FZA – insoweit im Unterschied zum EWR – im Vergleich zur Rechtslage in der Union explizit diverse Abweichungen bzw. Sondervorschriften, womit die eingeschränktere Tragweite der Personenfreizügigkeit im Rahmen des FZA im Vergleich zum EWR deutlich wird. Hinzuweisen ist z.B. auf Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA, wonach Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen sowie gewisse Finanzdienstleistungen nur eingeschränkt erfasst sind, und Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, wonach das Abkommen weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für Studierende regelt. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es wenig überzeugend, das Daueraufenthaltsrecht und die mit ihm verbundenen zusätzlichen Rechte als solche als Weiterentwicklung des in das FZA übernommenen Freizügigkeitsrechts anzusehen. Da Art. 17 Abs. 1 InstA in Bezug auf das Verhältnis des InstA zu den sektoriellen Abkommen vorsieht, dass weder deren Anwendungsbereich, noch ihre Ziele, noch ihr materieller Inhalt modifiziert wird, impliziert das InstA bezüglich dieser Besonderheiten und letztlich Relativierungen hinsichtlich der Relevanz des Unionsrechts bzw. der Reichweite der Beteiligung am Binnenmarkt auch keine Modifikation.

Ebenso könnte man mit guten Gründen vertreten, dass der **bedingte Anspruch auf Sozialhilfe für Nichterwerbstätige** (ausgehend von Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38) letztlich einen Ausfluss aus der Unionsbürgerschaft

---

<sup>90</sup> Oben III.2., am Anfang.

<sup>91</sup> S. EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), ECLI:EU:C:2010:430; s. aber auch die etwas andere Akzentsetzung in EuGH, Rs. C-506/10 (Graf/Engel), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

darstellt.<sup>92</sup> So begründete der EuGH diesen durch Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 kodifizierten Grundsatz mit dem Aufenthaltsrecht der Unionsbürger und der besonderen Bedeutung des Unionsbürgerstatus.<sup>93</sup> Bemerkenswert ist auch, dass der EFTA-GH gerade Art. 24 RL 2004/38 im Zusammenhang mit dem Zugang zu Sozialhilfe als Beispiel für einen Aspekt der RL 2004/38 anführt, der möglicherweise im Rahmen des EWR-Rechts gerade nicht verbindlich sein könnte.<sup>94</sup> Hinzu kommt, dass Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA bereits heute eine von der Rechtslage in der Union ausdrücklich abweichende Bestimmung enthält.

b) *Zum «Übernahmemechanismus» in Bezug auf die RL 2004/38*

Auf der Grundlage des im InstA vorgesehenen Übernahmeverfahrens<sup>95</sup> ist in unserem Zusammenhang von zentraler Bedeutung, dass die Integration neuer EU-Rechtsakte in den Rahmen eines der Bilateralen Abkommen durch den sektoriellen **Gemischten Ausschuss** in Anwendung der in dem **jeweiligen Abkommen vorgesehenen Verfahren** erfolgt; falls notwendig, soll der Ausschuss die **Revision des betreffenden Abkommens** vorschlagen, damit der betreffende Rechtsakt in das Abkommen integriert werden kann (Art. 13 Abs. 2 InstA). Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Abkommen in der Regel vorsehen, dass lediglich gewisse Anhänge durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können, die ihrerseits Listen von massgeblichen EU-Rechtsakten enthalten, während dies für den Text selbst der Abkommen oder ausformulierte Anhängen grundsätzlich nicht möglich ist.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass in der Schweiz auch die Modifikation von Anhängen der Abkommen durch den Gemischten Ausschuss als Modifikation eines völkerrechtlichen Vertrags angesehen wird, was in Bezug auf das innerstaatliche Genehmigungsverfahren von Bedeutung ist.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> Im Ergebnis ebenso, mit Bezug zur Rechtsprechung des EFTA-GH, *Tobler*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Anm. 46), 55 (78 ff.).

<sup>93</sup> EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458.

<sup>94</sup> EFTA-GH, Rs. E-15/12 (Wahl), Rn. 77.

<sup>95</sup> Hierzu schon oben II.4.

<sup>96</sup> S. insoweit EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 6. September 2007, 6, online unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen\\_dea/Aide-m%C3%A9moire-final\\_fr.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen_dea/Aide-m%C3%A9moire-final_fr.pdf).

Die Bezugnahme, in Art. 13 Abs. 2 InstA, einerseits auf einen vom Gemischten Ausschuss zu fassenden Beschluss, andererseits, soweit notwendig, auf einen vom Gemischten Ausschuss zu beschliessenden Vorschlag zur Revision des betreffenden Abkommens lässt erkennen, dass bei der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den Rahmen der erfassten sektoriellen Abkommen die **Zuständigkeiten in dem betreffenden sektoriellen Abkommen** zu beachten sind, so dass der Gemischte Ausschuss die Übernahme von Weiterentwicklungen nur dann beschliessen kann, wenn sie Modifikationen von Teilen des Abkommens betrifft, die nach den einschlägigen Bestimmungen des Abkommens auch vom Gemischten Ausschuss beschlossen werden können. Dieser Ansatz erscheint trotz der mit ihm einhergehenden Relativierung der Zielsetzung des InstA, die Parallelität der Rechtsentwicklung und die Homogenität sicherzustellen, auf der Grundlage des Art. 13 Abs. 2 InstA zwingend, kann diese Bestimmung doch nur in dem Sinn ausgelegt werden, dass die in dem sektoriellen Abkommen vorgesehenen Verfahren und Kompetenzen zu beachten sind, ein Aspekt, auf den Art. 13 Abs. 2 InstA auch ausdrücklich Bezug nimmt («conformément à la procédure établie dans l'accord concernée»). Damit kann also unterschieden werden:

- Soweit die Übernahme der in Frage stehenden Weiterentwicklung des Unionsrechts die Modifikation von Teilen eines Abkommens betrifft, die durch den Gemischten Ausschuss geändert werden können, hat der Gemischte Ausschuss so rasch wie möglich einen entsprechenden **«Übernahmebeschluss»** zu treffen. Damit stünde es nicht mit den Verpflichtungen aus dem Abkommen in Einklang, wenn eine der beiden Vertragsparteien der Übernahme nicht zustimmen würde. Insofern werden also die institutionellen Bestimmungen der sektoriellen Abkommen durch das Institutionelle Abkommen überlagert.
- Soweit die Übernahme einer Weiterentwicklung des Unionsrechts auf der Grundlage des jeweiligen sektoriellen Abkommens hingegen nicht durch den Gemischten Ausschuss erfolgen kann, sondern eine **Modifikation des Abkommens** selbst bedingt, kann dieser die Übernahme eben auch nicht beschliessen, sondern muss im Hinblick auf die Übernahme eine entsprechende **Änderung des betreffenden Abkommens vorschlagen**. Hiermit einher geht jedenfalls eine Pflicht beider Parteien, auf die Formulierung eines entsprechenden Vorschlags einzutreten, so dass etwa eine «Verweigerungshaltung» nicht mit dem InstA in Einklang stünde. Die Frage, ob und ggf. inwieweit eine Pflicht der Vertragsparteien anzunehmen ist, den Vorschlag einer bestimmten Modifikation des betreffenden Abkommens mitzutragen bzw. diesem zuzustimmen, betrifft letztlich die Problematik des **Begriffs der Weiterentwicklung des in den Anwendungsbereich des betreffenden Abkommens übernommenen**

**Unionsrechts:** Soweit das Vorliegen einer solchen Weiterentwicklung zu bejahen ist, dürfte auch eine Pflicht der Vertragsparteien, einem entsprechenden Vorschlag grundsätzlich zuzustimmen, anzunehmen sein. Allerdings müssen sich die Vertragsparteien auf entsprechende Formulierungen einigen, so dass diese grundsätzliche Pflicht der Zustimmung **keine** eigentliche **Pflicht zu einer Einigung auf einen bestimmten Text** impliziert. Dieser Schluss erscheint schon deshalb zwingend, weil der Gemischte Ausschuss einstimmig entscheidet und Art. 13 Abs. 2 InstA ja auf die Verfahrensbestimmungen der sektoriellen Abkommen verweist. Hinzu kommt, dass eine «Einigungspflicht» dann nicht denkbar ist, wenn zwei Parteien zustimmen müssen, ohne dass der einen Partei eine Art Vorrangstellung zukommt. Allerdings kann die Abgrenzung zwischen der grundsätzlichen Pflicht der Zustimmung und der Möglichkeit der Vertragsparteien, bestimmte Formulierungen abzulehnen, Schwierigkeiten bereiten; hier kommt ggf. die Streitbeilegung zum Zug. Hat der Gemischte Ausschuss einen Vorschlag für eine Modifikation des betreffenden Abkommens unterbreitet, muss diese Modifikation noch erfolgen, wobei – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im InstA – das ordentliche Vertragsschlussverfahren zu durchlaufen ist. Möglicherweise könnte aber aus Art. 5 InstA – wonach die Vertragsparteien sicherstellen, dass die Übernahme von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, schnellstmöglich erfolgt – geschlossen werden, dass die Vertragsparteien verpflichtet wären, das betreffende Abkommen entsprechend den Vorschlägen des Gemischten Ausschusses zu modifizieren. Ein solcher Schluss erscheint jedoch wenig überzeugend, da er letztlich eine Aushebelung der Anforderung der Modifikation der Abkommen implizierte, wäre doch der Entscheid des Gemischten Ausschusses als solcher verbindlich, obwohl ihm keine Befugnis zur Änderung des betreffenden Teils des jeweiligen Abkommens zukommt. Gerade dies steht aber – wie gezeigt – nicht in Einklang mit Art. 13 Abs. 2 InstA. Damit muss also im Gefolge des Vorschlags des Gemischten Ausschusses das normale **Vertragsschlussverfahren** durchlaufen werden, ohne dass ein bestimmtes Ergebnis vorgegeben wäre oder die Vertragsparteien zum Abschluss verpflichtet wären. Allerdings sind die Vertragsparteien durch das Prinzip von Treu und Glauben sowie den auch im InstA erwähnte Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (s. Art. 13 Abs. 3 InstA in Bezug auf die Übernahme von Weiterentwicklungen) verpflichtet, entsprechend den Zielsetzungen des Abkommens sich für eine den Zielen des InstA entsprechende Weiterentwicklung der Abkommen einzusetzen. Spezifisch

in Bezug auf die RL 2004/38 sowie die durch eine (teilweise) Übernahme dieses Rechtsakts notwendige Modifikation von Anhang I FZA ist noch daran zu erinnern, dass Anhang I FZA schon auf der Grundlage der Rechtslage im Jahr 1999 (Jahr der Unterzeichnung des Abkommens) im Verhältnis zum Unionsrecht diverse besondere Bestimmungen enthält (insbesondere Art. 24 Anhang I FZA), was bei einer (teilweisen) Übernahme der RL 2004/38 wohl zu berücksichtigen wäre. Hinzu kommt, dass das Freizügigkeitsabkommen auf Unionsseite ein gemischtes Abkommen darstellt, womit sich die Frage stellt, ob auch Modifikationen durch alle Mitgliedstaaten nach Durchlaufen ihrer verfassungsrechtlichen Genehmigungsverfahren zu ratifizieren wären oder ob angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung des Unionsrechts von einer alleinigen bzw. ausschliesslichen Kompetenz der Union auszugehen ist, eine Frage, der in diesem Rahmen nicht weiter nachgegangen werden kann.

Damit kann im **Ergebnis** zusammenfassend festgehalten werden, dass eine (teilweise) **Übernahme der RL 2004/38** – die im InstA ja nicht erwähnt wird – in folgenden **Schritten** erfolgen müsste:

- In einem ersten Schritt müsste im Gemischten Ausschuss eruiert werden, inwieweit die RL 2004/38 eine Weiterentwicklung des in den Rahmen des FZA übernommenen Unionsrechts darstellt.
- Auf dieser Grundlage erarbeitet der Gemischte Ausschuss einen Vorschlag zur Revision des FZA bzw. von Anhang I FZA. Hier sind die Vertragsparteien zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet, so dass sie auf diese Arbeiten eintreten und entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben verhandeln müssen, wobei aber keine eigentliche «Pflicht zur Einigung» nachweisbar ist.
- Im Anschluss daran muss der Vertrag in Anwendung der hier massgeblichen völker- und unionsrechtlichen (soweit die Vertragsparteien auf Seiten der Union betroffen sind) Vorgaben revidiert werden. Eine Pflicht der Vertragsparteien zum Abschluss kann dem Abkommen nicht entnommen werden; allerdings haben die Vertragsparteien den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zu beachten.

Deutlich wird damit auch, dass im Ergebnis **keine «lineare» Pflicht nachweisbar ist, die RL 2004/38 in das FZA zu übernehmen**; allerdings bestehen diverse verfahrensrechtliche Pflichten.

c) *Zur Streitbeilegung*

Das im InstA vorgesehene Streitbeilegungsverfahren<sup>97</sup> könnte auch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit sich aus dem Abkommen **Vorgaben**

---

<sup>97</sup> S. zu diesem oben II.7.

(insbesondere für die Schweiz) im Hinblick auf eine **Übernahme der RL 2004/38 in das FZA** ergeben, zum Zuge kommen. Der Anwendungsbereich des Streitbeilegungsmechanismus‘ bezieht sich nämlich nach Art. 10 Abs. 1 InstA auf die Auslegung und Anwendung sowohl des InstA selbst als auch auf die erfassten sektoriellen Abkommen und die Rechtsakte, die in diesen erwähnt werden. Alle oben erwähnten Fragen betreffen letztlich die Auslegung des Abkommens, so dass das Schiedsgericht im Falle einer Uneinigkeit zwischen Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss angerufen werden könnte.

Allerdings dürften diese Fragen nicht die Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene unionsrechtliche Begriffe betreffen, so dass das „Zwischenverfahren“ der **Anrufung des EuGH** (vgl. Art. 10 Abs. 3 InstA) **nicht zum Zuge kommt** bzw. kommen sollte, wobei die Frage, ob dem EuGH vorgelegt wird, vom Schiedsgericht selbst entschieden wird. Denn alle erwähnten Fragen betreffen letztlich nur die Auslegung des InstA bzw. die Tragweite der in diesem enthaltenen Vorgaben, da die Frage der Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts in den Rahmen der sektoriellen Abkommen ein spezifisches Thema des InstA ist, welches keine Entsprechung im Unionsrecht findet. Allerdings ist es denkbar, dass im Zusammenhang mit dieser Frage die Auslegung von EU-Recht relevant sein kann, so z.B. die Problematik, ob und ggf. inwieweit das Recht auf Daueraufenthalt mit der Unionsbürgerschaft verbunden ist.

#### IV. Fazit

Die Frage der Relevanz der RL 2004/38 im Rahmen des Institutionellen Abkommens bzw. für die Weiterentwicklung des FZA wirft zahlreiche **Fragen** auf, die ggf. geklärt werden müssen, so insbesondere die Frage nach dem genauen Umfang, in dem die RL 2004/38 eine Weiterentwicklung des in das FZA integrierten Unionsrechts darstellt, sowie die genaue Reichweite der Verpflichtungen, die dem InstA im Zusammenhang mit der grundsätzlich durch das InstA vorgesehenen Übernahme von Weiterentwicklungen, auch soweit damit (wie vorliegend) Modifikationen des Abkommens selbst verbunden sind, zu entnehmen sind. Hinzu kommt der Umstand, dass die Tragweite der sich aus der RL 2004/38 ergebenden Vorgaben mitunter überschätzt wird.

Die vorstehenden Ausführungen konnten hier aber durchaus Ansatzpunkte und Argumentationslinien für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen aufzeigen. So erforderte die (teilweise) Übernahme eine Modifikation des FZA, wobei Vieles dafür spricht, dass der Ausgang des entsprechenden Verfahrens offen ist. Jedenfalls wird deutlich, dass das Institutionelle

Abkommen **keineswegs dazu führen würde, dass die Union einseitig die Schweiz zur vollumfänglichen Übernahme aller Aspekte der RL 2004/38 „zwingen“** könnte. In diesem Zusammenhang werden sowohl materiell-rechtliche als auch formell-rechtliche Fragen geklärt werden müssen, was in einem komplexen Prozess erfolgen würde, der sicherlich mehrere Jahre in Anspruch nehmen würde. Nicht zu verkennen ist aber auch, dass im Falle der Uneinigkeit der Vertragsparteien dem Schiedsgericht eine entscheidende Rolle zukommen kann, wobei auch hier daran zu erinnern ist,<sup>98</sup> dass das Streitbeilegungsverfahren zwar obligatorisch für die Parteien ist, jedoch durchaus Raum für gewisse politische Elemente lässt. Hinzu kommt, dass die hier entscheidenden Fragen wohl nicht dem EuGH vorgelegt werden müssten. Insgesamt sollte die Frage nach der **Relevanz der Unionsbürgerrichtlinie** im Zusammenhang mit dem InstA **nicht überbewertet** werden, und es dürften noch zahlreiche Möglichkeiten für politische (und rechtliche) Klärungen bestehen. Nach dem Gesagten besteht wenig Grund, das Institutionelle Abkommen wegen der Nichterwähnung der Unionsbürgerrichtlinie nicht zu unterzeichnen, spricht doch Vieles dafür, dass es gerade nicht zu einer eigentlichen Übernahme der Richtlinie als solche kommen würde bzw. die Schweiz hierzu gerade nicht verpflichtet wäre. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit die zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrags noch andauernden Gespräche zwischen der Schweiz und der Union (auch) diesen Aspekt klären können. Jedenfalls illustriert die in diesem Beitrag im Vordergrund stehende Fragestellung, dass „rote Linien“ – zumindest soweit sie zu absolut formuliert sind – ins Gewicht fallende Risiken implizieren, da sie a priori auch Verhandlungsergebnisse ausschliessen, welche nicht vorhersehbar waren und zwar den Interessen der Schweiz Rechnung tragen (könnten), ohne jedoch die „roten Linien“ zu beachten.

---

<sup>98</sup> Vgl. schon *Epiney*, Jusletter vom 17.12.2018 (Anm. 1), Rn. 45 f.