

Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2023 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

Astrid Epiney / Robert Mosters

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2023 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Sarah Progin-Theuerkauf/Flaminia Dahinden/Sophie Dukarm (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2023/2024, Zürich/Bern 2024, S. 99-126. Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV)
 - I. Abgeleitete Aufenthaltsrechte
 - II. Verlust der Unionsbürgerschaft
 - III. Zugang zu staatlichen Leistungen
- C. Arbeitnehmerfreizügigkeit
 - I. Zugang zu Arbeitsverträgen
 - II. Entgelteinbusse und Reisebeschränkungen während COVID
- D. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit
 - I. Subventionen für konfessionelle Schulen
 - II. Personenbeförderung mit Mietwagen
 - III. Begriff der Dienstleistung
 - IV. Versorgungssicherheit
 - V. Diplomanerkennung
- E. Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU
- F. Assoziierungsabkommen EU-Türkei
- G. Schluss

A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten¹ Urteile des Europäischen Gerichtshofs im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2023 geben.² Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wichtigsten Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, ggf. in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und – soweit angebracht – einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen, die zu weiteren, vertieften Betrachtungen einlädt. Darüber hinaus sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)³ geht, das in der Schweiz die Rechtsstellung von Unionsbürgern massgeblich bestimmt. Soweit sich nämlich die neuen Urteile des EuGH auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein. Insoweit geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁴ davon aus, dass

¹ Es geht also nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu behandeln, so dass keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden. Siehe zu diesen auch den Beitrag von *Daniel de Vries Reilingh/Yoann Tagliaferri*, *Droit fiscal européen*, in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Dukarm* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024*, 2024 (in diesem Band).

² Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht seit 2003 an; vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2022 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Zlătescu* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2022/2023*, 2023, 71. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger der im Folgenden besprochenen Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der NVwZ 2024 veröffentlicht.

³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681; ABl. 2002 L 114, 6). Da die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft getreten ist (Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV), ist sie seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages am 1. Dezember 2009 statt der EG Vertragspartei des FZA.

⁴ Grundlegend BGE 136 II 5; s. sodann z.B. BGE 142 II 35; BGE 143 II 57; BGE 144 II 113. Zu den Grundsätzen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens *Astrid Epiney*, *Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht – Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26.11.2015*, Jusletter vom 14. März 2016; *Benedikt Pirker*, *Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher)*, ZBl 2015, 295; ausführlich bereits *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz – Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“*, 2012, *passim*.

auch die neuere, nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des FZA zu beachten ist. Die jüngere Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung lässt hier zwar gewisse Relativierungen erkennen, deren Implikationen jedoch enigmatisch bleiben.⁵ Sie hat denn auch bislang – soweit ersichtlich – keine ins Gewicht fallenden Implikationen für die Anwendung und Auslegung des FZA in der Schweiz entfaltet.

Jedenfalls muss die Rechtsprechung des EuGH in der Schweiz zur Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens sind zu analysieren.

Thematisch und systematisch wird im Folgenden zwischen den Urteilen, die das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV) betreffen (B.), denjenigen, die sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) beziehen (C.), sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 49 und 56 AEUV (D.) unterschieden. In einem Exkurs soll auf ausgewählte Rechtsprechung des EuGH zum EU-Sekundärrecht sowie zum FZA selbst (E.) und zum Assoziierungsabkommen EU-Türkei hingewiesen werden (F.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (G.).

⁵ Vgl. BGE 145 IV 364 E. 3.5.2, 3.6 und 3.7 (s. auch schon BGE 145 IV 55): 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. 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 abstellt, 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. Zu diesem Urteil ausführlich *Astrid Epiney*, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter vom 19. August 2019. Auch die nachfolgenden Urteile der Strafrechtlichen Abteilung bringen hier nur wenig Klarheit, vgl. insoweit die Chroniken der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Astrid Epiney/Sophia Rovelli*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann/Boillet/Caroni/Epiney/Künzli/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2021/2022, 2022, 285, 321 f. und *Astrid Epiney/Evamaría Hunziker*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann/Amarelle/Boillet/Caroni/Epiney/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, 2023, 339, 376 f.

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

I. Abgeleitete Aufenthaltsrechte

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) *Rs. C-459/20, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*

Soweit in der bisherigen Rechtsprechung abgeleitete Aufenthaltsrechte von (drittstaatsangehörigen) Eltern von Kindern, welche die Unionsbürgerschaft besitzen und nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten, zur Debatte standen, waren die betreffenden Kinder jeweils bereits im Unionsgebiet ansässig. Im Ausgangssachverhalt der Rs. C-459/20⁶ hingegen ging es um das abgeleitete Aufenthaltsrecht einer drittstaatsangehörigen Mutter eines zehnjährigen Kindes, welches die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt, aber immer bei seiner Grossmutter in Thailand gelebt und sich nie in den Niederlanden oder einem anderen EU-Mitgliedstaat aufgehalten hatte. Zwischen dem niederländischen Vater und dem Kind gab es keinen Kontakt, die Mutter besass das alleinige Sorgerecht. In Frage stand, ob auch in einer solchen Konstellation die drittstaatsangehörige Mutter – entsprechend der Rechtsprechung zum Kernbestand der den Unionsbürgern zustehenden Rechte⁷ – ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht geltend machen kann und unter welchen Voraussetzungen ein solches verweigert werden darf. Der Gerichtshof hält folgendes fest:

- Der Umstand, dass sich das Kind nie im Unionsgebiet aufgehalten habe, schliesse es nicht aus, dass einem Elternteil (von dem das Kind abhängig ist) nach Art. 20 AEUV ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukomme, sofern das Kind mit diesem Elternteil in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit es besitze, einreisen und sich dort aufhalten wolle. Denn im Falle eines Abhängigkeitsverhältnisses führe die Verweigerung des Aufenthaltsrechts des Elternteils dazu, dass das Kind daran gehindert werde, sich im Unionsgebiet aufzuhalten oder sich dort frei zu bewegen, da es gezwungen wäre, sich bei seinem Elternteil in einem Drittstaat aufzuhalten. Insofern seien die Folgen für das Kind bei einer faktischen Hinderung der Einreise und des Aufenthalts in der Union mit denjenigen eines faktischen Zwangs, das Unionsgebiet zu verlassen, vergleichbar.
- Ein Antrag auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in einer solchen Konstellation dürfe nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass der Umzug des Kindes

⁶ EuGH, Rs. C-459/20, ECLI:EU:C:2023:499 (Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)).

⁷ Vgl. grundlegend EuGH, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 (Ruiz Zambrano (Grosse Kammer)).

in den betreffenden Mitgliedstaat nicht im tatsächlichen oder glaubhaft gemachten Interesse des Kindes liege. Denn das jedem Unionsbürger verliehene Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ergebe sich unmittelbar aus dem Unionsbürgerstatus, ohne dass seine Ausübung an den Nachweis eines irgendwie gearteten Interesses an seiner Geltendmachung geknüpft sei. Zudem ergebe sich aus dem Völkerrecht, dass ein Staat „seinen“ Bürgern das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht verwehren dürfe. Auch dürfe die Ausübung dieses Rechts nicht davon abhängig gemacht werden, dass das Kind selbst in der Lage sei, seine Rechte wahrzunehmen. Das Kindeswohl sei lediglich bei der Frage nach dem Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses und ggf. der Beendigung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu berücksichtigen.

- Für die Beurteilung, ob ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem betreffenden Elternteil und dem Kind bestehe, seien sämtliche relevanten Umstände zu berücksichtigen. Der Gerichtshof nennt hier – in Anknüpfung an seine Rechtsprechung – die tatsächliche Sorge für das Kind, die rechtliche, finanzielle oder affektive Sorge, das Alter des Kindes, seine körperliche und emotionale Entwicklung und das Risiko für das psychische Gleichgewicht des Kindes im Falle einer Trennung. Notwendig sei, dass die Prüfung all dieser Umstände den Schluss zulasse, dass das Kind im Falle der Verneinung des Aufenthaltsrechts für seinen Elternteil gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen bzw. sein Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet nicht wahrnehmen könne. Jedenfalls dürfe der Umstand, dass der drittstaatsangehörige Elternteil nicht immer die tägliche Sorge für das Kind wahrgenommen habe, oder der Umstand, dass der andere Elternteil (der Unionsbürger ist) die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind wahrnehmen könnte, für sich genommen nicht als entscheidend angesehen werden. Denn dies schliesse nicht aus, dass der antragstellende Elternteil zu dem Zeitpunkt, zu dem die Behörden die entsprechende Entscheidung treffen, die Sorge für das Kind tatsächlich wahrnehme.

Der EuGH dehnt mit diesem Urteil seine Rechtsprechung zum sich aus dem Primärrecht ergebenden abgeleiteten Aufenthaltsrecht drittstaatsangehöriger Familienmitglieder auf die Konstellation aus, in welcher sich der Unionsbürger außerhalb des Unionsgebiets befindet. Dabei kann ein solches abgeleitetes Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörige Familienmitglieder nicht nur im Verhältnis (minderjähriges) Kind – Eltern, sondern auch zwischen Erwachsenen zum Zuge kommen. Entscheidend ist damit regelmässig das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses, welches nur dann zu bejahen ist, wenn die Verneinung des abgeleiteten Aufenthaltsrechts dazu führte, dass es dem Unionsbürger selbst *de facto* nicht möglich ist, sich allein im Unionsgebiet bzw. seinem Heimatstaat aufzuhalten, wobei der Gerichtshof auch betont, dass dies nur „in ganz besonderen Fällen“ angenommen werden könne. Vorausgesetzt wird damit eine wirkliche Abhängigkeit des Unionsbürgers von dem drittstaatsangehörigen Familienmitglied, deren Vorliegen

aufgrund aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist, wobei der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung massgebend ist. Offen und noch nicht durch die Rechtsprechung beantwortet ist die Frage, ob ein solches Abhängigkeitsverhältnis auch zu Personen, welche nicht Familienmitglied sind, vorliegen kann. In Anbetracht der Argumentation des EuGH, die entscheidend auf die Möglichkeit des Unionsbürgers, sich im EU-Gebiet aufzuhalten, abstellt, spricht vieles für die Bejahung dieser Frage, wenn auch bei Nicht-Familienmitgliedern ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis die Ausnahme sein dürfte. In jeder Beziehung überzeugend ist auch die Klarstellung, dass das Recht, sich in den Staat der eigenen Staatsangehörigkeit zu begeben und dort aufzuhalten, keinen irgendwie gearteten Bedingungen unterworfen ist, so dass weder Integrationsanforderungen noch ein Abstellen auf die Frage, ob der Aufenthalt (bei Minderjährigen) ihrem (wie auch immer eruierten) Wohl entspricht, statthaft sind.

b) *Rs. C-528/21, M.D. (Interdiction d'entrée en Hongrie)*

In der Rs. C-528/21⁸ hatte sich der EuGH erneut⁹ mit der Frage auseinanderzusetzen, unter welchen Voraussetzungen ein drittstaatsangehöriges Familienmitglied eines Unionsbürgers aus dem Unionsgebiet ausgewiesen bzw. mit einem Einreiseverbot belegt werden darf. Daneben standen verschiedene Fragen der Auslegung des Art. 5 RL 2008/115 (Rückführungsrichtlinie)¹⁰ zur Debatte.¹¹ Im Einzelnen hält der EuGH folgendes fest:

- Art. 20 AEUV verlange, dass vor der Ausweisung bzw. dem Einreiseverbot geprüft werde, ob zwischen dem Drittstaatsangehörigen und dem Unionsbürger ein Abhängigkeitsverhältnis dergestalt bestehe, dass der Unionsbürger faktisch gezwungen wäre, ebenfalls das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, um seinen Familienangehörigen zu begleiten. Bejahendenfalls müsse zudem geprüft werden, ob die Gründe für das Einreiseverbot eine Abweichung vom abgeleiteten Aufenthaltsrecht erlauben. Hierfür sei eine Beurteilung im Einzelfall unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und der Grundrechte erforderlich; allein ein Abstellen auf Vorstrafen sei nicht zulässig.

⁸ EuGH, Rs. C-528/21, ECLI:EU:C:2023:341 (M.D. (Interdiction d'entrée en Hongrie)).

⁹ S. zuletzt EuGH, verb. Rs. C-451/19, C-532/19, ECLI:EU:C:2022:354 (Subdelegación del Gobierno en Toledo (Séjour d'un membre de la famille - Ressources insuffisantes)).

¹⁰ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. 2008 L 348, 98.

¹¹ S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-143/22, ECLI:EU:C:2023:689 (ADDE u.a.) (Zulässigkeit der Verweigerung der Einreise eines Drittstaatsangehörigen an Binnengrenzen, an welchen die Kontrollen vorübergehend wieder eingeführt wurden, in entsprechender Anwendung von Art. 14 VO 2016/399, soweit die Voraussetzungen der RL 2008/115 gegeben sind).

- Art. 5 RL 2008/115 (wonach die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie den Gesundheitszustand des Betroffenen sowie seine familiären Bindungen und das Kindeswohl zu berücksichtigen haben) erlaube es einem Mitgliedstaat nicht, unmittelbar im Anschluss an den Entzug des Aufenthaltsrechts aus Gründen der nationalen Sicherheit ein Einreiseverbot in das Unionsgebiet zu erlassen, ohne zuvor den Gesundheitszustand des betroffenen Drittstaatsangehörigen sowie seine familiären Bindungen und das Wohl seines minderjährigen Kindes zu berücksichtigen. Entgegenstehende nationale Bestimmungen seien ausser Anwendung zu lassen und Art. 5 RL 2008/115 ggf. direkt anzuwenden.
- Art. 13 RL 2008/115 i.V.m. Art. 47 GRCh stehe einer nationalen Praxis entgegen, wonach die zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden die Anwendung einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung zur Aussetzung der Vollstreckung eines Einreiseverbots mit der Begründung verweigern, dass bezüglich dieses Einreiseverbots bereits eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem eingegeben worden sei. Jeder andere Ansatz liefe der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts zuwider, zumal eine Ausschreibung auch rückgängig gemacht werden könne.

Mit Bezug auf die sich letztlich aus dem Kernbestand der Unionsbürgerschaft ergebenden abgeleiteten Aufenthaltsrechte von Drittstaatsangehörigen knüpft der EuGH an seine bisherige Rechtsprechung an und bejaht ein solches abgeleitetes Aufenthaltsrecht im Falle eines Abhängigkeitsverhältnisses. Bemerkenswert ist im Ausgangssachverhalt, dass es einerseits um das Kind des Drittstaatsangehörigen, andererseits um seine Lebensgefährtin ging. Deutlich wird damit der potentiell weite Anwendungsbereich des abgeleiteten Aufenthaltsrechts, wenn auch ein Abhängigkeitsverhältnis, welches auch den Unionsbürger zum Verlassen des Unionsgebiets zwingen würde, bei Erwachsenen nur in Ausnahmefällen gegeben sein dürfte. Die Aussagen des Gerichtshofs zu Art. 5 RL 2008/115 illustrieren die potentiell grosse Bedeutung von lediglich als „Berücksichtigungsgebote“ formulierten Richtlinienbestimmungen, insbesondere soweit diese grundrechtlich geschützte Garantien betreffen.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

In den beiden hier behandelten Fällen geht es um Rechte, die im EU-Recht an die Unionsbürgerschaft geknüpft sind. Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU übernimmt das Konzept der Unionsbürgerschaft, welche nach der Rechtsprechung des EuGH den „grundlegenden Status“ der Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten darstellt, als solches nicht. Das Abkommen greift jedoch eine Reihe von Rechten, die im Recht der EU an die Unionsbürgerschaft geknüpft sind, auf, so dass diese Regelungen gemäss der Zielsetzung des FZA grundsätzlich parallel zu den Vorschriften des Unionsrechts auszulegen sind und dabei die einschlägige Rechtsprechung des EuGH gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist.

Bei EuGH-Entscheiden mit Bezug zur Unionsbürgerschaft ist deshalb von Fall zu Fall zu entscheiden, inwieweit die Erwägungen des Gerichtshofs auf das FZA übertragbar sind.

In der Rs. *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)* leitet der Gerichtshof Ansprüche des Unionsbürgers aus Art. 20 AEUV ab, da ihm der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm sein Status als Unionsbürger verleiht, vorenthalten würde, wenn er *de facto* gezwungen wäre, sich mit seinem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ausserhalb des Territoriums der EU aufzuhalten. Da das FZA keine Entsprechung zur Unionsbürgerschaft als solche enthält, lässt sich die auf den Kerngehalt gestützte Argumentation des EuGH nicht auf das FZA übertragen.¹² Da es sich ausserdem um eine Situation handelt, in der sich der Unionsbürger auf seine Rechte aus dem Unionsrecht gegen seinen Heimatstaat beruft, ohne jemals von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht zu haben, kommt auch eine parallele Auslegung im Rahmen des FZA unter Berufung auf die Aufenthaltsrechte des Abkommens nicht in Betracht.

In anderen Fallkonstellationen kann jedoch nach dem FZA, wie auch im Unionsrecht, ein Anspruch des sorgeberechtigten Elternteils auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht bestehen (sog. „umgekehrter Familiennachzug“). Ein solcher kann z.B. auf ein Aufenthaltsrecht des Kindes als Nichterwerbstätiger gemäss Art. 24 Anhang I FZA gestützt sein, sofern dieses über eine Krankenversicherung und ausreichende finanzielle Mittel verfügt (vgl. Art. 24 Abs. 1, 2 und 8 Anhang I FZA).¹³ Für die Frage eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts der Eltern kommt es auch in diesen Fällen darauf an, ob ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem betreffenden Elternteil und dem Kind besteht. Hier dürften letztlich die gleichen wie die vom Gerichtshof herausgearbeiteten Gesichtspunkte zur Anwendung kommen und es sind insbesondere ebenfalls sämtliche relevanten Umstände zu berücksichtigen.

In der Rs. *M.D. (Interdiction d'entrée en Hongrie)* geht es ebenfalls um Rechte, die aus dem Kerngehalt der Unionsbürgerschaft gemäss Art. 20 AEUV abgeleitet werden, wobei der Gerichtshof hier darauf abstellt, ob dem minderjährigen Unionsbürger der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm sein Status als Unionsbürger verleiht, vorenthalten würde, wenn er *de facto* gezwungen wäre, seinem drittstaatsangehörigen Vater (ggf. gemeinsam mit der ungarischen Mutter) ins Ausland zu folgen. Da das FZA das Konzept der Unionsbürgerschaft als solche nicht übernimmt, lassen sich entsprechende Rechte aus dem Abkommen

¹² S. ausführlicher hierzu bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012, 2012, 51, 59 ff.; *Robert Mosters*, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-34/09, Ruiz Zambrano, Urteil vom 8. März 2011, ASYL 2011, 31, 33.

¹³ Vgl. BGE 142 II 35 E. 5; BGE 144 II 113 E. 4.3 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 (Zhu und Chen).

nicht herleiten. Einzelne Erwägungen des EuGH, etwa diejenigen zur Berücksichtigung von Vorstrafen etc. im Rahmen der umfassenden Abwägung, lassen sich jedoch wieder auf andere Fallkonstellationen des umgekehrten Familiennachzugs zu einem minderjährigen Unionsbürger übertragen.

II. Verlust der Unionsbürgerschaft

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-689/21, Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)*

In der Rs. C-689/21¹⁴ führt der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur Vereinbarkeit des Entzugs bzw. Verlusts der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats¹⁵ fort: Eine solche Massnahme sei dann am Massstab des Unionsrechts (Art. 20 AEUV) zu prüfen, wenn sie zum Verlust des Unionsbürgerstatus führe (dies ist immer dann der Fall, wenn der Betreffende nicht auch noch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats hat). Allerdings stehe Art. 20 AEUV einer nationalen Regelung, welche vorsieht, dass im Ausland geborene Staatsangehörige, die nie in dem betreffenden Mitgliedstaat gewohnt haben und auch sonst keine Bindung zu diesem aufgebaut haben, mit Vollendung des 22. Lebensjahres kraft Gesetzes die Staatsangehörigkeit des betreffenden Mitgliedstaats verlieren, nicht entgegen, soweit dem Betreffenden die Möglichkeit eingeräumt werde, innerhalb einer angemessenen Frist einen Antrag auf Beibehaltung oder Wiedererlangung der Staatsangehörigkeit zu stellen, so dass die zuständigen Behörden die Verhältnismässigkeit einer solchen Massnahme beurteilen können. Die Frist müsse einen angemessenen Zeitraum nach dem 22. Geburtstag umfassen und könne nur dann zu laufen beginnen, wenn der Betreffende ordnungsgemäss informiert worden sei. Andernfalls müssten die Behörden eine solche Prüfung durchführen, wenn die betroffene Person ein Reisedokument oder ein anderes Dokument zur Bescheinigung der Staatsangehörigkeit beantrage.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Auch hier bezieht sich der Gerichtshof auf den Kerngehalt der Unionsbürgerschaft und der aus diesem Status folgenden Rechte, welche bei einem Entzug der Staatsangehörigkeit ebenfalls verloren gingen, und somit auf den Unionsbürgerstatus als solchen. Da das FZA die Unionsbürgerschaft als solche jedoch nicht übernommen

¹⁴ EuGH, Rs. C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626 (Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)) (Grosse Kammer).

¹⁵ Vgl. insoweit schon EuGH, Rs. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 (Rottmann) (Grosse Kammer); EuGH, Rs. C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189 (Tjebbes u.a.) (Grosse Kammer); EuGH, Rs. C-118/20, ECLI:EU:C:2022:34 (Wiener Landesregierung (Révocation d'une assurance de naturalisation)) (Grosse Kammer).

hat, können die Erwägungen des Gerichtshofs nicht auf das Abkommen übertragen werden. Der Entzug der Staatsangehörigkeit in einer entsprechenden Situation wird somit durch das FZA nicht geregelt und unterliegt einzig dem nationalen Recht sowie allfälligen völkerrechtlichen Pflichten der Vertragsparteien des Abkommens.

III. Zugang zu staatlichen Leistungen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-488/21, *Chief Appeals Officer u.a.*

Nach Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011¹⁶ (Arbeitnehmerfreizügigkeit) geniessen Wanderarbeitnehmer die gleichen sozialen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer, und gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 2 Nr. 2 lit. d RL 2004/38¹⁷ haben Familienangehörige von Arbeitnehmern in aufsteigender Linie, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat. In der Rs. C-488/21¹⁸ stand zur Debatte, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Aufenthalt von Angehörigen in aufsteigender Linie von Wanderarbeitnehmern¹⁹ im Gefolge der Inanspruchnahme von Sozial(hilfe)leistungen beendet werden darf. Konkret ging es um die Mutter einer Wanderarbeitnehmerin, welche von dieser Unterhalt bezog und die infolge der Verschlechterung ihres Gesundheitszustands eine sog. Invaliditätsbeihilfe – eine beitragsunabhängige Sozialleistung, welche unter gewissen Voraussetzungen gewährt wird – beantragte. Nach Ansicht des EuGH dürfe eine solche Leistung nicht versagt werden, selbst wenn ihre Gewährung dazu

¹⁶ Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl 2011 L 141, 1.

¹⁷ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77 (Unionsbürgerrichtlinie; ebenso bezeichnet als Freizügigkeitsrichtlinie oder Aufenthaltsrichtlinie).

¹⁸ EuGH, Rs. C-488/21, ECLI:EU:C:2023:1013 (Chief Appeals Officer u.a.) (Grosse Kammer).

¹⁹ Wobei die Ausgangssituation insofern speziell war, als die freizügigkeitsberechtigte Unionsbürgerin nach Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats erworben hatte; dies stehe aber – so der EuGH in Anknüpfung an EuGH, Rs. C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862 (Lounes) (Grosse Kammer) – der (entsprechenden) Anwendbarkeit der Art. 21, 45 AEUV und Art. 7 II RL 2004/38 nicht entgegen, da eine solche Konstellation nicht mit einem rein innerstaatlichen Sachverhalt gleichgesetzt werden könne. Die praktische Wirksamkeit der Rechte, die Unionsbürgern nach Art. 21 I AEUV zustehen, verlangten es, dass ein Unionsbürger, der sich in einer solchen Situation befindet, im Aufnahmemitgliedstaat, nachdem er die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats gegebenenfalls zusätzlich zu seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit erworben hat, weiterhin die Rechte aus dieser Bestimmung geniessen und insbesondere in diesem Mitgliedstaat ein normales Familienleben führen könne.

führe, dass die betreffende Person keinen Unterhalt mehr von dem Wanderarbeitnehmer beziehe bzw. beziehen müsse. Denn ein Verwandter in gerader aufsteigender Linie, dem von einem Arbeitnehmer mit Unionsbürgerschaft Unterhalt gewährt werde, sei „mittelbarer Nutzniesser“ der diesem Arbeitnehmer garantierten Gleichbehandlung. Wenn man einem Verwandten in gerader aufsteigender Linie eine Sozialhilfeleistung, die für den Wanderarbeitnehmer eine „soziale Vergünstigung“ darstelle, versage, wäre dieser Wanderarbeitnehmer in seinem Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Die Eigenschaft als Verwandter in aufsteigender Linie, dem „Unterhalt gewährt“ wird, dürfe somit durch die Gewährung einer solchen Sozialleistung im Aufnahmemitgliedstaat nicht berührt werden. Andernfalls könnte die Gewährung einer solchen Leistung dem Betroffenen die Eigenschaft eines Familienangehörigen, dem Unterhalt gewährt wird, nehmen und folglich die Streichung dieser Leistung oder sogar den Verlust seines Aufenthaltsrechts rechtfertigen. Eine solche Lösung würde es in der Praxis dem Familienangehörigen, dem Unterhalt gewährt wird, verwehren, diese Leistung zu beantragen. Ergänzend fügt der Gerichtshof an, dass der Wanderarbeitnehmer im Rahmen seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit Abgaben an den Aufnahmemitgliedstaat entrichte und damit zur Finanzierung der sozialpolitischen Massnahmen dieses Mitgliedstaats beitrage, so dass er von diesen unter den gleichen Voraussetzungen profitieren können müsse wie die inländischen Arbeitnehmer. Daher könne auch das Ziel, eine übermässige finanzielle Belastung für den Aufnahmemitgliedstaat zu vermeiden, eine Ungleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern und inländischen Arbeitnehmern nicht rechtfertigen.

Das Urteil ist stringent begründet und insoweit überzeugend: In der Tat können sich auch aufenthaltsberechtigte Familienangehörige auf das Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 berufen, was für alle sozialen Vergünstigungen, zu denen auch Sozialhilfeleistungen gehören, gelten muss. Hieraus folgt, dass Familienangehörige, deren Aufenthaltsrecht davon abhängt, dass der primär aufenthaltsberechtigte Unionsbürger ihnen Unterhalt gewährt, unter der Voraussetzung ein Recht auf Gewährung solcher Leistungen haben, dass zum Zeitpunkt des Antrages die Unterhaltsgewährung noch andauert. Da dies gemäss dem angezeigten Urteil aber auch dann gilt, wenn die Gewährung der entsprechenden Leistung dazu führt, dass der primär Aufenthaltsberechtigte eben gerade nicht mehr für den Unterhalt aufkommt, impliziert der Ansatz des EuGH letztlich, dass die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts für Familienangehörige, denen dieses nur im Falle der Unterhaltsgewährung zusteht, unterlaufen werden können. Denn das Urteil legt den Schluss nahe, dass der betreffende Mitgliedstaat diesfalls den Aufenthalt nicht beenden könnte, obwohl die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts nicht mehr gegeben sind, was nach Art. 14 RL 2004/38 grundsätzlich – wenn auch nicht „automatisch“ – zu einem Verlust des Aufenthaltsrechts führt bzw. führen kann. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil eine spezifische Form einer beitragsun-

abhängigen Sozialhilfeleistung (nämlich einen „Invaliditätsbeitrag“) betrifft, welcher offenbar nur unter bestimmten Voraussetzungen in Bezug auf den Gesundheitszustand der betreffenden Person gewährt wird. Offen ist damit die Frage, ob dieser Ansatz auch für „normale“ Sozialhilfeleistungen zum Zuge käme. Das Urteil ist hier nicht ganz klar, wobei bemerkenswert ist, dass die Formulierungen des Gerichtshofs allgemein auf „Sozialhilfe“ Bezug nehmen. Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Erwägungen des Gerichtshofs wohl auch für nachgezogene Kinder, denen Unterhalt gewährt wird, relevant sind: Hier stellt sich ebenfalls die Frage, ob die nachgezogene Person ihr Aufenthaltsrecht verliert, wenn nach dem Zuzug die Unterhaltsgewährung wegfällt bzw. die Abhängigkeit nicht mehr gegeben ist, dies insbesondere, weil die Person eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat. Familienangehörigen ist aber grundsätzlich Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewähren, so dass dieses Recht jeden Sinns entbehrte, wenn mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Verlust des Aufenthaltsrechts einherginge, ganz abgesehen davon, dass ein solcher Verlust einen (wohl kaum sinnvollen) Anreiz implizierte, dass (erwachsene) Kinder länger von ihren Eltern abhängig bleiben. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der EuGH in der Rs. C-423/12²⁰ ausdrücklich betonte, der Aussicht auf einen Arbeitsplatz im Aufnahmemitgliedstaat komme für die Auslegung des Erfordernisses der Unterhaltgewährung keine Bedeutung zu, was ebenfalls dafür spricht, dass die Aufnahme einer solchen grundsätzlich nicht zum Verlust des Aufenthaltsrechts führt.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Der unionsrechtliche Anspruch der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen auf Gleichbehandlung in Bezug auf soziale Vergünstigungen gemäss Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 findet eine nahezu wörtliche Entsprechung in Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, wobei beide Vorschriften im Wesentlichen dem früheren Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68²¹ nachgebildet sind. In der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen und gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei der Auslegung des Abkommens zu berücksichtigenden Judikatur des EuGH wurden die Grundsätze für die Auslegung dieses Artikels bereits relativ detailliert herausgearbeitet, so dass die Auslegung der Vorschrift im FZA meist parallel zu derjenigen im Unionsrecht ausfallen dürfte. Nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA steht der Anspruch auf Gleichbehandlung neben dem Arbeitnehmer auch seinen Familienangehörigen i.S.d. Art. 3 Anhang I FZA zu. Zu diesen gehören gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA „die Verwandten und die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird“. Dies entspricht der Definition der Familienangehörigen in Art. 2 Nr. 2 lit. d RL 2004/38 (wobei letzterer zusätzlich die Verwandten des

²⁰ EuGH, Rs. C-423/12, ECLI:EU:C:2014:16 (Reyes).

²¹ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

Lebenspartners erwähnt). Angesichts der Parallelität von Wortlaut und Zweck der anwendbaren Vorschriften lässt sich auch die Argumentation des EuGH auf das FZA übertragen, da der drohende Verlust des Aufenthaltsrechts des Familienangehörigen diesen auch im Rahmen des FZA davon abhalten könnte, seinen Anspruch auf diskriminierungsfreie Inanspruchnahme sozialer Vergünstigungen geltend zu machen. Obwohl der EuGH im vorliegenden Falle erstmals über eine derartige Konstellation zu entscheiden hatte, dürfte die Auslegung des FZA hier also zum gleichen Ergebnis führen. Somit verlieren Familienangehörige in gerader aufsteigender Linie eines Wanderarbeitnehmers, der ihnen Unterhalt gewährt, ihr abgeleitetes Freizügigkeitsrecht nicht bereits dadurch, dass sie Sozialleistungen beantragen, die unter Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA fallen, auch wenn dadurch der Unterhaltsbedarf entfallen sollte.

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit

I. Zugang zu Arbeitsverträgen

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-132/22, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Classements spéciaux)*

Um den Zugang zu (befristeten oder unbefristeten) Arbeitsverträgen an nationalen öffentlichen Hochschuleinrichtungen für Kunst, Musik und Tanz in Italien ging es in der Rs. C-132/22:²² Nach der in Frage stehenden Regelung wurden nur Bewerber, die eine bestimmte Berufserfahrung an diesen Hochschuleinrichtungen aufweisen, zu einem Verfahren zur Aufnahme in Ranglisten, die erstellt werden, um Personal einzustellen, zugelassen, so dass in anderen Mitgliedstaaten erworbene Berufserfahrungen nicht berücksichtigt werden konnten. Der EuGH erachtete eine solche Regelung als unvereinbar mit Art. 45 AUEV und Art. 3 I lit. a VO 492/2011. Denn sie stelle sowohl eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (für deren Vorliegen es nicht notwendig sei, dass alle Inländer begünstigt werden oder nur EU-Ausländer benachteiligt werden) als auch eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Eine Rechtfertigung komme nicht in Betracht: Selbst wenn das von Italien vorgebrachte Anliegen, die Regelung solle die historisch prekäre Beschäftigungslage im Bereich der Hochschulausbildung für Kunst, Musik und Tanz durch den Abbau der prekären Beschäftigungsverhältnisse in diesem Bereich beseitigen, als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls angesehen werden könnte, sei die Massnahme zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet. Denn das Verfahren komme sowohl für befristete als auch für unbefristete

²² EuGH, Rs. C-132/22, ECLI:EU:C:2023:489 (Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Classements spéciaux)).

Arbeitsverhältnisse zum Zuge, und nur letztere seien *a priori* geeignet zur Erreichung des angestrebten Ziels. Die Erforderlichkeit sei ebenfalls nicht gegeben, da die Prekarität auch durch die Öffnung der unbefristeten Stellen für Personen mit Berufserfahrung im EU-Ausland beseitigt werden könne. Der speziellen prekären Situation der Arbeitnehmer, welche wiederholt durch befristete Verträge angestellt wurden, könne auf andere Weise, insbesondere durch das Ergreifen der in Paragraph 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge genannten Massnahmen oder durch die Festanstellung dieser Personen, Rechnung getragen werden.

Das Urteil liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung, wirft aber die Frage auf, ob die Beseitigung der Prekarität wissenschaftlichen Personals ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel darstellt, was vom EuGH offen gelassen wurde, aber wohl zu bejahen ist. Gleichzeitig ist aber nicht zu verkennen, dass hier insofern ein gewisses Spannungsfeld besteht, als die Verfolgung dieses Ziels – soweit es um die Prekarität der bereits angestellten Personen geht – grundsätzlich impliziert, dass die bereits an der entsprechenden Institution (ggf. seit langer Zeit) befristet angestellten Personen mit Blick auf eine Festanstellung bevorzugt behandelt werden. Der Gerichtshof scheint dies nicht grundsätzlich als unzulässig zu betrachten, verweist er doch auf die Möglichkeit, die bereits befristet angestellten Personen in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu überführen. Schliessen kann man daraus nur, dass nur allgemeine Rekrutierungsmassnahmen, welche die bereits angestellten Personen oder Personen mit einer Erfahrung an der Institution bevorzugen, unzulässig sind, was nicht in jeder Beziehung kohärent erscheint.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das FZA enthält kein spezielles Diskriminierungsverbot für den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit entsprechend Art. 45 Abs. 2 AEUV im Unionsrecht, so dass das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA auf Fälle mit Bezug zur Arbeitnehmerfreizügigkeit Anwendung finden kann. Bei dessen Auslegung ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA die Rechtsprechung des EuGH zu den parallelen Vorschriften der Art. 18 und 45 Abs. 2 AEUV zu berücksichtigen. Dementsprechend verbietet auch Art. 2 FZA indirekte Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit. Da im Ausgangssachverhalt eine solche vorliegt, kommt es auf die Frage, ob und inwieweit das FZA auch ein allgemeines Beschränkungsverbot in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit enthält (welche zu bejahen sein dürfte), hier nicht an. Auch die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rechtfertigung stellen letztlich die Anwendung der in der Rechtsprechung des EuGH seit langem etablierten Grundsätze auf eine neue Fallgestaltung dar, so dass sich diese ebenfalls auf das FZA übertragen lassen. Somit setzt auch das Abkommen der bevorzugten Einstellung von Personen, die bereits über Berufserfahrung in der jeweiligen Einrichtung verfügen, ebenso Grenzen wie das Unionsrecht.

II. Entgelteinbusse und Reisebeschränkungen während COVID

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) *Rs. C-411/22, Thermalhotel Fontana*

Gegenstand des Ausgangsverfahrens der Rs. C-411/22²³ war eine österreichische Regelung, wonach die Gewährung eines staatlich finanzierten Ersatzes für den entgangenen Verdienst während der Quarantäne eines Arbeitnehmers im Gefolge seiner Covid-Erkrankung davon abhing, dass die Quarantäne von der zuständigen nationalen Verwaltungsbehörde verhängt worden war. Eine solche Vergütung stelle keine „Leistung bei Krankheit“ i.S.d. Art. 3 I lit. a VO 883/2004²⁴ (Soziale Sicherheit) dar. Es liege jedoch eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor, da die Regelung dazu führe, dass Personen mit Wohnsitz ausserhalb Österreichs und damit Grenzgänger von der betreffenden staatlichen Leistung ausgeschlossen seien. Eine Rechtfertigung sei nicht ersichtlich. Insbesondere sei es zwar im Interesse der öffentlichen Gesundheit, den Verdienstausschlag aufgrund einer Quarantäne zu kompensieren, werde dadurch doch die Einhaltung der Quarantäne gefördert. Allerdings sei die Massnahme bzw. die getroffene Differenzierung inkohärent und damit nicht geeignet; sie verletze daher sowohl Art. 45 AEUV als auch Art. 7 VO 492/2011.

b) *Rs. C-128/22, NORDIC INFO*

In der Rs. C-128/22²⁵ stellte der EuGH klar, dass ein Mitgliedstaat zur Bekämpfung einer Pandemie wie der Covid-19-Pandemie ein Verbot nicht wesentlicher Reisen in oder aus anderen Mitgliedstaaten, die als „rote Zonen“ eingestuft worden seien, vorsehen dürfe. Er dürfe ausserdem Personen, die in sein Hoheitsgebiet einreisen, die Verpflichtung auferlegen, Screeningtests durchzuführen und eine Quarantäne einzuhalten. Solche, die Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union beschränkende Massnahmen (konkret ging es um Art. 20, 21 AEUV sowie die Auslegung der Art. 27 ff. RL 2004/38) dürften durch eine Regelung mit allgemeiner Geltung festgelegt werden. Sie müssten jedoch begründet werden sowie klare und präzise Vorschriften enthalten, so dass ihre Anwendung für die Bürger vorhersehbar sei. Weiter müsse das Diskriminierungsverbot beachtet und im Rahmen eines gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfs eine Anfechtungsmöglichkeit gegeben sein. Darüber hinaus müssten solche Beschränkungen der Freizügigkeit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen, so dass sie geeignet sein müssten, das verfolgte Ziel der öffentlichen Gesundheit zu erreichen, auf das absolut

²³ EuGH, Rs. C-411/22, ECLI:EU:C:2023:490 (Thermalhotel Fontana).

²⁴ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166, 1.

²⁵ EuGH, Rs. C-128/22, ECLI:EU:C:2023:951 (NORDIC INFO) (Grosse Kammer).

Erforderliche beschränkt sein müssten und nicht ausser Verhältnis zu diesem Ziel stehen dürften. Daher müssten insbesondere die Bedeutung des Ziels und die Schwere des Eingriffs in die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen gegeneinander abgewogen werden.

Das Urteil stellt klar, dass eine Einschränkung der Freizügigkeit auch durch eine generell-abstrakte Regelung getroffen werden darf, wobei jedoch die in Art. 27 ff. RL 2004/38 formulierten Schranken zu beachten sind. Allerdings ist das Urteil im Zusammenhang mit der speziellen Situation der COVID-19-Pandemie zu sehen; darüber hinaus dürften diejenigen Konstellationen, in denen eine generell-abstrakte Regelung zur Anordnung konkreter Einreise- und Ausreisebeschränkungen den skizzierten Anforderungen genügt, Seltenheitswert haben. Denn grundsätzlich dürfte die in Art. 27 ff. RL 2004/38 vorgesehene Prüfung der konkreten Situation mit Blick auf die Verhältnismässigkeit einer Massnahme eine Einzelfallprüfung implizieren.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

In Bezug auf die Rs. *Thermalhotel Fontana* ist zunächst festzustellen, dass die Regelungen der VO 883/2004 gemäss Art. 8 FZA i.V.m. Anhang II FZA auch im Verhältnis zur Schweiz Anwendung finden, wobei die Auslegung dieser Vorschriften im vorliegenden Falle wie auch sonst in aller Regel parallel zum Unionsrecht sein dürfte. Somit liegt auch nach dem FZA keine „Leistung bei Krankheit“ i.S.d. Art. 3 I lit. a VO 883/2004 vor. Hinsichtlich der Anwendung von Art. 45 AEUV und Art. 7 VO 492/2011 lässt sich die Argumentation auf die diesen nachgebildeten parallelen Vorschriften des FZA übertragen; dies gilt insbesondere für die Ausführungen zum Vorliegen einer indirekten Diskriminierung und zur Rechtfertigung. Daher verstiesse eine solche Regelung im Verhältnis zur Schweiz sowohl gegen das allgemeine Verbot von Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit gemäss Art. 2 FZA als auch gegen den Anspruch auf Gleichbehandlung in Bezug auf soziale Vergünstigungen gemäss Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA.

In der Rs. *NORDIC INFO* ging es um Beschränkungen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Rahmen der Covid-19-Pandemie. Das Abkommen gewährt in Art. 3 FZA in Verbindung mit Art. 1 Anhang I FZA ein Recht auf Einreise in das Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses. Anders als das Unionsrecht in Art. 21 AEUV kennt das FZA kein allgemeines Aufenthaltsrecht der Angehörigen der Vertragsparteien, diesem entsprechen jedoch die für die verschiedenen Kategorien von Freizügigkeitsberechtigten jeweils separat geregelten Aufenthaltsrechte, die an die gleichen Voraussetzungen wie im Unionsrecht geknüpft sind (vgl. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA für Erwerbstätige bzw. Art. 24 Anhang I FZA für Nichterwerbstätige). Sowohl bei der Auslegung dieser Vorschriften als auch im Rahmen der Rechtfertigung ist

gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA die vor der Unterzeichnung des FZA ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Die im Rahmen der Rechtfertigung zu prüfenden Vorgaben der Art. 27 ff. RL 2004/38 haben keine ebenso detaillierte Entsprechung im Freizügigkeitsabkommen. Dieses verweist jedoch in Art. 5 Anhang I FZA auf deren Vorgängervorschriften, insbesondere die RL 64/221,²⁶ und erlaubt ebenso wie das EU-Recht Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt, d.h. verhältnismässig sind. Da es sich sowohl bei den Art. 27 ff. RL 2004/38 als auch bei ihrer Auslegung und Anwendung im vorliegenden Fall durch den EuGH im Wesentlichen um Konkretisierungen des Verhältnismässigkeitsprinzips handelt, lässt sich die Argumentation des EuGH zu dieser Fallkonstellation auf das FZA übertragen.

D. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

I. Subventionen für konfessionelle Schulen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-372/21, Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland

In Österreich können Subventionen für (privat betriebene) konfessionelle Schulen nur dann gewährt werden, wenn die Kirche oder die Religionsgemeinschaft, die einen entsprechenden Antrag stellt, nach innerstaatlichem Recht anerkannt ist. Daher wurde der Antrag einer Freikirche, die über einen in Österreich gegründeten Verein dort eine Schule betreibt, auf eine Subvention abgelehnt, obwohl die Freikirche in Deutschland anerkannt war. Das mit dieser Ablehnung befasste österreichische Gericht legte dem EuGH verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vor (Rs. C-372/21).²⁷ Der Gerichtshof stellt zunächst klar, dass die skizzierte Ausgangssituation in den Anwendungsbereich des Unionsrechts falle: Zwar bringe Art. 17 Abs. 1 AEUV die Neutralität der Union in Bezug auf die Gestaltung der Beziehungen der Mitgliedstaaten zu Kirchen oder Religionsgemeinschaften zum Ausdruck; dies bedeute jedoch nicht, dass deren Tätigkeiten allgemein vom Anwendungsbereich des Unionsrechts ausgenommen wären, soweit sie Dienstleistungen gegen Entgelt erbringen. Im Gegensatz zum Unterricht an staatlichen Bildungseinrichtungen, die hauptsächlich aus öffentlichen Mitteln finanziert werden und deren Tätigkeiten daher nicht als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen seien,

²⁶ Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. 1964 L 56, 850.

²⁷ EuGH, Rs. C-372/21, ECLI:EU:C:2023:59 (Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland).

stelle der Unterricht an privaten Bildungsstätten eine Dienstleistung im Sinne des Art. 56 AEUV dar. Für die Frage, ob ein wirtschaftlicher Charakter vorliege, komme es auf den Zeitpunkt der Antragstellung an, so dass diese auch dann nicht weg falle, wenn für die betreffende Einrichtung staatliche Subventionen beantragt werden. Da es vorliegend um eine von einem in Österreich ansässigen Verein betriebene Schule gehe, für die die Freikirche eine Subvention beantrage, sei aber nicht Art. 56 AEUV, sondern die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) einschlägig. Die vorliegende Regelung stelle auch eine materielle Diskriminierung dar, da sie geeignet sei, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Kirchen und Religionsgemeinschaften zu benachteiligen, könnten die Voraussetzungen der Anerkennung doch grundsätzlich leichter von in Österreich ansässigen Kirchen oder Religionsgemeinschaften erfüllt werden. Diese Beschränkung der Niederlassungsfreiheit könne jedoch gerechtfertigt werden, und zwar durch das Anliegen, das öffentliche interkonfessionelle Schulsystem durch konfessionelle Privatschulen zu ergänzen, die es den Eltern ermöglichen, die ihrer religiösen Auffassung entsprechende Erziehung ihrer Kinder zu wählen, was einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstelle. Die Regelung erscheine auch verhältnismässig, da die Voraussetzungen für die Anerkennung (eine gewisse Grösse der Kirche oder Religionsgemeinschaft, sowie eine gewisse Präsenz in Österreich, wobei verschiedene Alternativen bestehen) genügend flexibel formuliert seien und insbesondere eine gewisse Grösse der Religionsgemeinschaft oder Kirche sicherstelle, dass die Schulen einen bedeutenden Teil der Bevölkerung ansprechen. Eine Verpflichtung zur Anerkennung des Status, den Kirchen in anderen Mitgliedstaaten geniessen, bestehe schon angesichts der in Art. 17 Abs. 1 AEUV verankerten Pflicht der Union, den Status der Kirchen und Religionsgemeinschaften in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu beachten, nicht, lasse diese Bestimmung doch die Neutralität der Union gegenüber diesem Status erkennen.

Das Urteil hebt mit erfrischender Klarheit hervor, dass Art. 17 Abs. 1 AEUV keine „Bereichsausnahme“ zu begründen vermag, so dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts auch dann eröffnet sein kann, wenn eine Regelung indirekt den Status der Religionsgemeinschaften berührt. Fragen wirft die etwas lapidare Feststellung auf, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit auch dann vorliegt, wenn der Zugang zu einer Subvention bzw. staatlichen Finanzierung in Frage steht und bei einer Gewährung der wirtschaftliche Charakter weg fiele. An sich hätte es sich hier aufdrängen können, in Bezug auf den Zugang zur Subvention mangels wirtschaftlichen Charakters bereits den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit zu verneinen. Bemerkenswert ist das Urteil aber insbesondere mit Blick auf die Rechtfertigungsprüfung. So illustriert es die Bandbreite der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses: Auch das an sich private Interesse von Eltern, die religiöse Erziehung ihrer Kinder zu wählen, wird erfasst, wobei hier letztlich auch ein Bezug zur Religionsfreiheit und somit dem diesbezüglichen staatlichen Schutz besteht. Dennoch zeigt sich damit, dass es den Mitgliedstaaten im Wesentlichen freisteht, die

zwingenden Gründe des Allgemeinwohls – unter der Voraussetzung, dass sie nicht wirtschaftlicher Natur sind – selbst zu definieren und insbesondere auch keine irgendwie geartete „Anerkennung“ der entsprechenden Gründe im Unionsrecht notwendig ist. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung hält sich der EuGH sehr zurück und nimmt letztlich nur eine sehr oberflächliche Beurteilung vor, die in sich auch nicht ganz schlüssig ist. So fragt es sich insbesondere, warum die Einschränkung der Subventionierung konfessioneller Schulen bzw. deren Gewährung nur für bestimmte Schulen dazu beitragen soll, dass es Eltern ermöglicht wird, die religiöse Erziehung ihrer Kinder zu wählen. Auch der Hinweis auf die offenbar für sachdienlich gehaltene Grösse der Religionsgemeinschaft oder Kirche bleibt insofern enigmatisch. Letztlich dürfte es darum gehen, über die Anerkennung eine gewisse Verlässlichkeit und Beständigkeit sowie eine kritische Grösse sicherzustellen, so dass die staatlichen Subventionen auch sinnvoll eingesetzt werden, Aspekte, welche der EuGH aber bestenfalls streift. Dies ändert freilich nichts daran, dass das Urteil im Ergebnis zu begrüßen ist und im Übrigen auch den weiten Gestaltungsspielraum aufzeigt, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten in Bereichen, in welchen Wertvorstellungen eine grosse Rolle spielen, einräumt.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Anders als im Unionsrecht ist die Niederlassungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen gemäss Art. 12 ff. Anhang I FZA nur für natürliche, nicht aber für juristische Personen gewährleistet.²⁸ Somit dürften sich Betreiber einer Privatschule, bei denen es sich in aller Regel um juristische Personen handeln dürfte, im Allgemeinen nicht auf das FZA berufen können. Da die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 17 lit. a Anhang I FZA auf 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr beschränkt ist, kommt auch eine Berufung auf das FZA durch eine im Ausland ansässige juristische Person im Falle des Betriebs einer Privatschule nicht in Betracht. Dessen ungeachtet könnten einige der Ausführungen des Gerichtshofs, insbesondere zur Rechtfertigung und zu den diesbezüglichen Gestaltungsspielräumen der Mitgliedstaaten, durchaus auf andere Sachverhaltskonstellationen übertragbar sein. Dies wirft die Frage auf, inwieweit dabei auch Art. 17 Abs. 1 AEUV betreffend die Neutralität der Union in Bezug auf die Gestal-

²⁸ EuGH, Rs. C-351/08, ECLI:EU:C:2009:697 (Grimme), Rn. 36, 37 und 39 (zu diesem Urteil vgl. *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Epiney/Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, 77, 104 f.; EuGH, Rs. C-541/08, ECLI:EU:C:2010:74 (Fokus Invest), Rn. 30 ff.; siehe hierzu *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2010/2011, 2011, 75, 119 f.

tung der Beziehungen der Mitgliedstaaten zu Kirchen oder Religionsgemeinschaften beachtlich wäre. Jedenfalls soweit es um die Konkretisierung der den Mitgliedstaaten verbleibenden Gestaltungsräume im Bereich der Grundfreiheiten geht, dürfte das FZA diesbezüglich im Ergebnis weitgehend parallel zum Unionsrecht auszulegen sein. Denn das Ziel des Abkommens besteht gemäss der Präambel und Art. 1 FZA in der Verwirklichung der Freizügigkeit „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“, wobei laut Art. 16 Abs. 1 Anhang I FZA „in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden“ sollen. Dieses Ziel kann jedoch nur erreicht werden, wenn die nationalen Gestaltungsräume der Vertragsparteien im Rahmen des FZA grundsätzlich parallel zum Unionsrecht ausgestaltet sind. Da der EuGH insbesondere im Rahmen der Rechtfertigung im Wesentlichen die in seiner bisherigen Rechtsprechung etablierten Grundsätze lediglich auf eine neue Fallkonstellation anwendet, dürften die Erwägungen grundsätzlich auch auf andere Fallgestaltungen im Rahmen des FZA übertragbar sein.

II. Personenbeförderung mit Mietwagen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-50/21, *Prestige and Limousine*

In Spanien unterliegt die Vermietung von Personenkraftwagen mit Fahrer durch Funkmietwagendienste einer nationalen Genehmigungspflicht. Darüber hinaus führte der Grossraum Barcelona eine zusätzliche Genehmigungspflicht für die Erbringung solcher Dienstleistungen ein, wobei die Anzahl der Lizenzen auf ein Dreissigstel der für diesen Grossraum erteilten Lizenzen für Taxidienste begrenzt ist. In der Rs. C-50/21²⁹ stand diese besondere Regelung für den Grossraum Barcelona zur Debatte: Sowohl die Genehmigungspflicht als solche als auch die Begrenzung der Anzahl Lizenzen stellten eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) dar. Solche Beschränkungen könnten grundsätzlich durch die Anliegen der Organisation der Beförderung, des Verkehrs und des öffentlichen Raums sowie des Umweltschutzes gerechtfertigt werden. Hingegen scheide die Sicherstellung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit von Taxidiensten als Rechtfertigungsgrund aus, da es sich hier um einen wirtschaftlichen Grund handle und auch keine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliege. Mit Bezug auf die Verhältnismässigkeit könne das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung zwar grundsätzlich deren Anforderungen entsprechen. Dabei habe das nationale Gericht jedoch zu prüfen, ob dieses Erfordernis auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhe sowie die verfolgten Ziele auch in kohärenter und systematischer Weise verfolgt würden. Weiter dürfte

²⁹ EuGH, Rs. C-50/21, ECLI:EU:C:2023:448 (*Prestige and Limousine*).

keine Überschneidung mit Kontrollen bestehen, welche bereits im Rahmen des nationalen Genehmigungsverfahrens durchgeführt werden, so dass es um besondere Bedürfnisse des Grossraums Barcelona gehen müsse. Allerdings sei die Beschränkung der Anzahl der Lizenzen für Funkmietwagendienste unzulässig, wenn nicht nachgewiesen oder zumindest durch belastbare Studien bestätigt sei, dass die Massnahme zur Erreichung der erwähnten Ziele geeignet und erforderlich sei.

Damit kommen einerseits in Bezug auf Genehmigungserfordernisse strenge Vorgaben zur Anwendung; andererseits dürfte die zahlenmässige Beschränkung von Lizenzen grundsätzlich als unverhältnismässig anzusehen sein. Das Urteil impliziert somit, dass eine irgendwie geartete Privilegierung regionaler Taxiunternehmen in aller Regel nicht unionsrechtskonform ist, was auch in anderen Mitgliedstaaten von Bedeutung sein dürfte.³⁰

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Es ist zunächst daran zu erinnern, dass die in Art. 12 ff. Anhang I FZA geregelte Niederlassungsfreiheit nur auf natürliche, nicht aber auf juristische Personen Anwendung findet.³¹ Somit stellt sich die Frage nach einer Übertragbarkeit des Urteils in dieser Hinsicht nur für den Fall, dass sich eine natürliche Person auf dieses beruft. Im Übrigen lassen sich die Ausführungen des EuGH insbesondere in Bezug auf die Rechtfertigung, etwa zur allgemeinen Zulässigkeit von Genehmigungserfordernissen, zur Ungeeignetheit rein wirtschaftlicher Gründe als Rechtfertigung oder zum Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, auf das FZA und auch auf andere Sachverhaltskonstellationen übertragen.

III. Begriff der Dienstleistung

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-292/21, CNAE u.a.*

Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs sind gemäss Art. 58 AEUV vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ausgeschlossen. In der Rs. C-292/21³² hatte sich der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Frage nach der

³⁰ S. weiter EuGH, Rs. C-695/21, ECLI:EU:C:2023:144 (Recreatieprojecten Zeeland u.a.) (Unvereinbarkeit mit Art. 56 Abs. 1 AEUV einer nationalen Regelung, wonach den Betreibern einer begrenzten und kontrollierten Anzahl von im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ansässigen Glücksspieleinrichtungen von Rechts wegen eine Ausnahme von dem allgemein für solche Einrichtungen geltenden Werbeverbot eingeräumt wird, ohne vorzusehen, dass die Betreiber von in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Glücksspieleinrichtungen eine entsprechende Ausnahme erwirken können).

³¹ Siehe oben D.I.2.

³² EuGH, Rs. C-292/21, ECLI:EU:C:2023:32 (CNAE u.a.).

Anwendbarkeit der RL 2006/123 (Dienstleistungsrichtlinie)³³ erneut³⁴ mit dem Begriff der Verkehrsdienstleistung zu befassen. Diese erfasse nicht nur jede körperliche Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Land-, Luft- oder Wasserfahrzeugs, sondern auch jede Dienstleistung, die naturgemäss mit einer solchen Handlung verbunden ist. Diese Voraussetzung sei in Bezug auf die Erteilung von Kursen zur Sensibilisierung und Nachschulung für den Strassenverkehr zur Wiedererlangung von Punkten für die Fahrerlaubnis nicht gegeben. Denn im Gegensatz zu Tätigkeiten von Stellen zur technischen Überwachung (die nicht unter die RL 2006/123 fielen, da sie letztlich eine vorgelagerte und unverzichtbare Bedingung für die Ausübung der Haupttätigkeit, nämlich den Transport, darstellten) legten die Rechtsvorschriften, welche die Erlangung oder den weiteren Besitz einer Fahrerlaubnis regeln, die Voraussetzungen fest, unter denen eine Person ein bestimmtes Fahrzeug führen dürfe, und stellten somit auf die Person als solche anstatt auf das Fahrzeug selbst ab. Die zur Debatte stehende nationale Regelung, wonach die Vergabe von Kursen zur Sensibilisierung und Nachschulung für den Strassenverkehr zur Wiedererlangung von Punkten für die Fahrerlaubnis im Wege einer Konzession für eine öffentliche Dienstleistung erfolgen muss, könne aber grundsätzlich mit Art. 15 RL 2006/123 in Einklang stehen, soweit sie nicht über das hinausgehe, was zur Erreichung des verfolgten Ziels von allgemeinem Interesse, nämlich der Verbesserung der Strassenverkehrssicherheit, erforderlich sei.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Anders als das Unionsrecht enthält das FZA keine ausdrückliche Bestimmung, wonach für Verkehrsdienstleistungen besondere Vorschriften gelten, so dass sie vom Anwendungsbereich der allgemeinen Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit ausgenommen wären.³⁵ Für die Annahme einer solchen, dem Unionsrecht entsprechenden Regelung könnte sprechen, dass die Verpflichtungen der Vertragsparteien im Rahmen des FZA anderenfalls möglicherweise weiter gehen könnten, als dies im Unionsrecht der Fall ist. Dieser Auslegung widersprach das Verwaltungsgericht Zürich (entgegen der Vorinstanz) mit der Begründung, dass das Abkommen insofern keine planwidrige Lücke aufweise.³⁶ Dies ergebe sich etwa aus den durchaus

³³ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, 36.

³⁴ S. schon EuGH, Rs. C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 (Asociación Profesional Elite Taxi) (Grosse Kammer); EuGH, Rs. C-168/14, ECLI:EU:C:2015:685 (Grupo Itevelesa u.a.).

³⁵ Vgl. zu den folgenden Ausführungen bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2017 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, 2018, 55, 75 f.

³⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. September 2014, VB.2013.00231, E. 6.3. Vgl. hierzu auch *Sian Affolter*, Über Uber: Gedanken zur EU-rechtlichen Betrachtung

im FZA vorgesehenen Ausnahmeregelungen in anderen Bereichen, etwa Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA in Bezug auf Arbeitsvermittlungs- und Verleihunternehmen und bestimmte Finanzdienstleistungen. Daher konnten sich deutsche und österreichische Taxifahrer, die Fahrgäste am Flughafen Zürich aufnehmen wollten, auf das FZA berufen. Dieser Argumentation hat sich inzwischen auch das Bundesgericht in einem Fall betreffend *Uber* angeschlossen.³⁷

Während der Anwendungsbereich der allgemeinen Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit im FZA insoweit also weiter ist als im Unionsrecht, gehen ihre Gewährleistungen in anderer Hinsicht weniger weit. Folgt man nämlich der Rechtsprechung sowohl des EuGH³⁸ als auch des Schweizerischen Bundesgerichts,³⁹ so garantiert das Freizügigkeitsabkommen in Art. 5 FZA und Art. 17 ff. Anhang I FZA lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen, nicht aber die aktive Dienstleistungsfreiheit als solche.⁴⁰ Auch die Dienstleistungsrichtlinie, deren Art. 16 ein Recht auf freie Dienstleistungserbringung gewährt, wurde vom FZA nicht übernommen und ist somit nicht im Verhältnis zur Schweiz anwendbar. Somit lässt sich aus dem FZA vor allem ein Einreise- und Aufenthaltsrecht zu Gunsten von Dienstleistungserbringern ableiten, sofern die Dienstleistung die Dauer von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr nicht übersteigt oder falls eine behördliche Erlaubnis zur Dienstleistungserbringung erteilt wurde.⁴¹ Dieses Recht darf gemäss Art. 17 lit. a Anhang I FZA nicht beschränkt werden und gilt neben natürlichen Personen auch für Gesellschaften.⁴²

der „Uber-Leistung“ und den Implikationen für die Schweiz, in: Schaffhauser (Hrsg.), *Jahrbuch für Strassenverkehrsrecht* 2017, 2018, 235, insbesondere 251 f.; *Matthias Oesch*, *Schweiz - Europäische Union*, 2020, 112 f.

³⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 30. Mai 2022, 2C_34/2021, E. 12.3.

³⁸ EuGH, Rs. C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 (Hengartner); siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011 (Fn. 28), 120 ff.

³⁹ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

⁴⁰ Ausführlich hierzu bereits *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: *Epiney/Wyssling* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2006/2007, 2007, 101, 120 f.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: *Epiney/Civitella* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2007/2008, 2008, 55, 82 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012 (Fn. 12), 71 f.; *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, 2011, 81, 87 ff.

⁴¹ Art. 5 Abs. 1 und 2 FZA; Art. 17 Anhang I FZA.

⁴² Art. 18 Anhang I FZA.

IV. Versorgungssicherheit

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-106/22, Xella Magyarorszá*

In der Rs. C-106/22⁴³ ging es um die Frage, ob die Versorgungssicherheit des Bau-sektors mit den Grundstoffen Kies, Sand und Ton eine (schwerwiegende) Be-schränkung der Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen vermag. Der Fall betraf das Verbot des Verkaufs einer im Inland ansässigen Gesellschaft, die den Abbau von Kies, Sand und Ton betreibt, an eine andere Gesellschaft, die mittelbar in auslän-dischem Eigentum steht, auf der Grundlage eines nationalen Überprüfungsmecha-nismus für ausländische Investitionen.⁴⁴ Der EuGH sah darin eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 49 AEUV und verneinte die Möglichkeit einer Rechtfertigung. Denn vorliegend gehe es nicht um ein „Grundinteresse der Gesellschaft“, im Gegensatz zu den Bereichen Erdöl, Telekommunikation und Elektrizität. Wirtschaftliche Erwägungen – und damit auch der Schutz eines be-stimmten Sektors – können damit nur dann ein zwingendes Interesse des Allge-meinwohls darstellen, wenn besonders relevante Sektoren (wie die genannten) be-troffen sind, wobei aber offen bleibt, wie die Abgrenzung genau vorzunehmen ist. Hinzu kommt im vorliegenden Fall auch, dass eine wirkliche Gefährdung der Ver-sorgung mit diesen Grundstoffen wohl kaum etabliert war. Jedenfalls zeigt das Ur-teil, dass auch im Rahmen der Investitionskontrolle nicht indirekt wirtschafts- bzw. industriepolitische Ziele verfolgt werden dürfen.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Wie bereits erwähnt, gewährt das FZA die Niederlassungsfreiheit in Art. 12 ff. An-hang I FZA nur für natürliche, nicht aber für juristische Personen, so dass in einer vergleichbaren Konstellation wie der des Ausgangsfalls eine Berufung auf das Ab-kommen nicht möglich ist. Jedoch lassen sich die Ausführungen des EuGH zu den möglichen Rechtfertigungsgründen auch auf das FZA, z.B. im Rahmen der nach Art. 5 Anhang I FZA zulässigen Beschränkungen übertragen. Auch dort ist insbe-sondere zu beachten, dass rein wirtschaftliche Erwägungen eine Einschränkung der im Abkommen garantierten Rechte nicht rechtfertigen können, wobei letztlich die gleichen Massstäbe wie im Unionsrecht zur Anwendung kommen dürften.

⁴³ EuGH, Rs. C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568 (Xella Magyarorszá).

⁴⁴ Der Gerichtshof stellt im Übrigen klar, dass die Herkunft der Anteilseigner einer Gesellschaft (aus Drittstaaten) keine Rolle dafür spiele, ob sich Gesellschaften auf Art. 49 AEUV berufen können, soweit die Voraussetzungen des Art. 54 AEUV vorliegen.

V. Diplomanerkennung

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-270/21, A (Enseignant d'école maternelle)*

Die Unterscheidung zwischen reglementierten und nicht reglementierten Berufen spielt für die Anwendbarkeit der RL 2005/36 (Diplomanerkennungsrichtlinie)⁴⁵ sowie die Möglichkeit der Anerkennung (für den Fall, dass der Beruf nicht nur im Aufnahme-, sondern auch im Herkunftsstaat reglementiert ist) eine grosse Rolle. Im Ausgangssachverhalt betraf dies einen estnischen Staatsangehörigen, der in Finnland den Beruf des Erziehers ausüben wollte. Der Begriff der reglementierten Berufe erfasst alle beruflichen Tätigkeiten, deren Aufnahme oder Ausübung aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften direkt oder indirekt an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen (Hochschuldiplome, Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise) gebunden ist. Dies ergibt sich aus der Legaldefinition in Art. 3 I lit. a RL 2005/36. Allerdings sei ein Beruf nicht als reglementiert anzusehen, wenn dessen Aufnahme und Ausübung aufgrund nationaler Rechtsvorschriften zwar an Qualifikationsanforderungen gebunden seien, jedoch die Beurteilung, ob diese Anforderungen erfüllt seien, im Ermessen des Arbeitgebers stehe, so der EuGH in der Rs. C-270/21.⁴⁶ Denn ein solches Ermessen (im Ausgangssachverhalt ging es um die allgemeine Anforderung der „pädagogischen Kompetenz“) führe dazu, dass verschiedene Arbeitgeber die Frage, ob ein und derselbe Bewerber die Anforderungen erfülle, unterschiedlich beurteilen könnten, so dass nicht sichergestellt sei, dass der betreffende Beruf nur von Personen mit einer bestimmten Qualifikation ausgeübt werde.⁴⁷

Verallgemeinert man den Ansatz des EuGH, so kann nur dann ein reglementierter Beruf vorliegen, wenn es um objektivierbare Nachweise geht, die in aller Regel ein Diplom oder einen Prüfungsnachweis voraussetzen. Wird hingegen an „Kompetenzen“ angeknüpft, ohne dass präzisiert wird, wie diese nachzuweisen sind, ist die Reglementierung zu verneinen. Eine Reglementierung dürfte jedoch zu bejahen sein, wenn solche nicht objektivierbaren „Kompetenzen“ zusätzlich zu eigentlichen Diplomen o.ä. verlangt werden, da diesfalls eine Reglementierung bereits aus dem entsprechenden Erfordernis des Diploms resultiert.

⁴⁵ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-270/21, ECLI:EU:C:2023:147 (A (Enseignant d'école maternelle)).

⁴⁷ Darüber hinaus stellt der EuGH klar, dass ein vor der Unabhängigkeit Estlands ausgestellter Ausbildungsnachweis dann als von einem Mitgliedstaat ausgestellter Ausbildungsnachweis anzusehen sei, wenn er den nach der Unabhängigkeit ausgestellten Ausbildungsnachweisen gleichgestellt wurde.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Die Diplomanerkennungsrichtlinie 2005/36 ist gemäss Art. 9 FZA und Anhang III Abschnitt A.1.a. FZA im Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen entsprechend dem Geltungsbereich des Abkommens auch auf die Schweiz anzuwenden. Die Vorschriften über die Diplomanerkennung bezwecken die Errichtung eines gemeinsamen Systems gegenseitiger Anerkennung, an dem auch die Schweiz teilnehmen soll, so dass die Regelungen der in Bezug genommenen Rechtsakte im Verhältnis zur Schweiz grundsätzlich gleich wie innerhalb der EU auszulegen sind. Im vorliegenden Falle hat der EuGH zwar eine zuvor so noch nicht behandelte Konstellation entschieden, doch wendet er hier letztlich die bereits vor der Unterzeichnung des FZA bekannten Auslegungsgrundsätze an, so dass sich die Auslegung der Richtlinie auf das FZA übertragen lässt.

E. Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

In der Rs. C-70/22⁴⁸ hatte sich der Gerichtshof im Zusammenhang mit einem (als unzulässig erachteten) Vorabentscheidungsersuchen eines italienischen Gerichts zur Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV bzw. des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (FZA) zu äussern. Im Ausgangssachverhalt ging es um eine in Genf ansässige Gesellschaft, welche über Webseiten den Weiterverkauf von Eintrittskarten zu Veranstaltungen und Sportereignissen vermittelt. Das Freizügigkeitsabkommen sei hier schon deshalb nicht anwendbar, weil es sich um Dienstleistungen handle, deren Dauer über 90 Tage hinausgehe (das FZA sei nur auf Dienstleistungen bis zu einer Dauer von 90 Tagen im Aufnahmestaat anwendbar, vgl. Art. 5 Abs. 1 FZA, Art. 17 Anhang I FZA). Denn eine Tätigkeit, die ein Dienstleistungserbringer ausschliesslich über Websites ausübe, sei „naturgemäss“ quasi ununterbrochen oder sogar dauerhaft. So könnten potenzielle Käufer bei einem Angebot, das sich auf die Anzeige des Verkaufs von Tickets für eine bestimmte Darbietung oder Veranstaltung bezieht, jederzeit über die betreffende Website ihr Interesse bekunden. Im konkreten Fall sei auch der Betrieb der Website offenbar dauerhaft.

Das Urteil liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit im FZA und illustriert treffend die nur sehr beschränkte „Übernahme“ der in Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit in den Rahmen des Abkommens. Es impliziert letztlich, dass gerade zahlreiche Korrespondenzdienstleistungen nicht in den Anwendungsbereich des FZA fallen dürften.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-70/22, ECLI:EU:C:2023:350 (Viagogo).

F. Assoziierungsabkommen EU-Türkei

Die Auslegung der sog. *stand still*-Klausel des Assoziierungsabkommens EU-Türkei (Art. 13 Beschluss 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei) stand im Zentrum der Rs. C-402/21.⁴⁹ Der Ausgangsfall betraf eine Verschärfung der niederländischen Regelungen zur Ausweisung u.a. von türkischen Staatsangehörigen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Der EuGH hielt einerseits fest, eine solche Verschärfung falle in den Anwendungsbereich der *stand still*-Klausel und stelle eine grundsätzlich unzulässige „neue Beschränkung“ im Sinn dieser Bestimmung dar, so dass sich die Betroffenen auf die Klausel berufen könnten. Allerdings könne eine solche Beschränkung nach Art. 14 Beschluss 1/80 aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt werden, sofern sie den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genüge. Dies erfordere eine vorherige und individuelle Prüfung der gegenwärtigen Situation des betroffenen türkischen Arbeitnehmers. Automatismen verböten sich.

Der Ansatz des Gerichtshofs dürfte auch für die Auslegung des FZA von Bedeutung sein: Dieses enthält in Art. 13 FZA ebenfalls eine solche *stand still*-Klausel, und – parallel zu Art. 14 Beschluss 1/80 – sieht Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA vor, dass die sich aus dem Abkommen ergebenden Rechte (wozu auch diejenigen gehören, welche Freizügigkeitsberechtigte unter Berufung auf Art. 13 FZA geltend machen) aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden können.

G. Schluss

Auch im Jahre 2023 konnte der EuGH seine Rechtsprechung zur Personenfreizügigkeit fortentwickeln, wobei er in der Mehrzahl der Fälle von seiner bisherigen Rechtsprechung ausgeht und diese weiterentwickelt, oft unter Heranziehung bereits eingeführter Grundsätze. Obwohl es sich somit um „neue“ Rechtsprechung handelt, lassen sich die für die Argumentation wesentlichen Gesichtspunkte häufig auf die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens übertragen, so dass auch dieser Bericht die Relevanz der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung des Abkommens aufzeigt. Dies gilt freilich nur für die Bereiche, in denen sich im Abkommen parallele Vorschriften zum Unionsrecht finden. Die Frage, ob dies der Fall ist, ist nicht immer einfach zu beantworten, insbesondere soweit es um Bestimmungen des EU-Rechts geht, die im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft stehen. In dem Masse, wie sich das Sekundärrecht der EU weiterentwickelt (hat),

⁴⁹ EuGH, Rs. C-402/21, ECLI:EU:C:2023:77 (Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid u.a. (Retrait du droit de séjour d'un travailleur turc)).

kommt es also darauf an, ob diese Neuerungen wegen das Anknüpfens an „alte“ Regelungen ebenfalls für das FZA relevant sind.

Diese Situation könnte sich im Zuge der „Bilateralen III“ ändern: Der Bundesrat und der Rat der Europäischen Union haben entsprechende Verhandlungsmandate⁵⁰ beschlossen, welche insbesondere die Regelung der sog. Institutionellen Fragen vorsehen, wobei auch im Bereich der Personenfreizügigkeit eine dynamische Rechtsübernahme vorgesehen ist, in deren Rahmen die RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) mit gewissen Anpassungen und Ausnahmen übernommen werden soll. Damit wäre die Rechtslage im Rahmen des EU-Rechts auf der einen und im Verhältnis zur Schweiz auf der anderen Seite – abgesehen von den ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen – im Wesentlichen parallel ausgestaltet, was die „direkte“ Relevanz der Rechtsprechung des EuGH in den erfassten Bereichen nach sich zöge.

⁵⁰ Vgl. einerseits das definitive Verhandlungsmandat des Bundesrates vom 8. März 2024 unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-100342.html>>; andererseits den Beschluss des Rates der EU über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen vom 7. März 2024 sowie weitere Dokumente wie die Verhandlungsrichtlinien unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2024/03/12/eu-switzerland-council-adopts-mandate-for-negotiations-on-future-relationship/>> (jeweils zuletzt besucht am 20.06.2024).