

Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2024 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 2024 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 2024/2025, Zürich/Bern 2025, S. 93-126. 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. Beschränkung der Freizügigkeit
 - IV. Zugang zu staatlichen Leistungen
 - V. Anspruch auf Mitgliedschaft in einer politischen Partei
- C. Arbeitnehmerfreizügigkeit
 - I. Zugang zu staatlichen Leistungen
 - II. Beschränkungen im Berufsfussball
- D. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit
 - I. Arbeitnehmerentsendung
 - II. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit
 - III. 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 2024 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 auch die neuere, nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtspre-

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* 2024/2025, 2025, 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 2023 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Dukarm* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2023/2024, 2024, 99. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger der im Folgenden besprochenen Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der *NVwZ* 2025 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; BGE 2C_484/2022 vom 15. Mai 2023. Zum FZA und den Grundsätzen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, m.w.N., *Astrid Epiney*, § 4. Multilaterales Migrationsrecht: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: *Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli* (Hrsg.), *Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 2022, 187.

chung 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 Auswirkungen auf 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.) unterscheiden. Darüber hinaus 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/Evamaria Hunziker*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 2024, 275, 305 ff.

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

I. Abgeleitete Aufenthaltsrechte

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) verb. Rs. C-420/22, C-528/22, NW (*Informations classifiées*)

In den verb. Rs. C-420/22, C-528/22⁶ führt der EuGH seine Rechtsprechung⁷ zu abgeleiteten Aufenthaltsrechten von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern, welche noch nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, fort. Der Fall betraf eine ungarische Staatsangehörige, welche mit einem Drittstaatsangehörigen verheiratet war und mit diesem ein gemeinsames Kind hatte. Der Aufenthalt des Ehemannes sollte wegen Gefährdung der nationalen Sicherheit beendet werden. Der EuGH stellt zunächst fest, dass es zum Kernbestand des Unionsbürgerstatus gehöre, sich im Gebiet der Union aufhalten zu können. Daher dürfe ein Mitgliedstaat einem Drittstaatsangehörigen seinen Aufenthaltstitel nicht entziehen oder versagen, ohne trotz entsprechender Anhaltspunkte vorher geprüft zu haben, ob zwischen ihm und einem Unionsbürger ein Abhängigkeitsverhältnis dergestalt besteht, dass der Unionsbürger im Falle der Beendigung des Aufenthalts des Drittstaatsangehörigen *de facto* gezwungen wäre, das EU-Gebiet als Ganzes zu verlassen, um diesen Drittstaatsangehörigen zu begleiten. Allerdings bestehe unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, den Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gleichwohl zu beenden. Dies dürfe jedoch nicht allein aufgrund der verbindlichen und nicht näher begründeten Einschätzung und Anordnung einer nationalen Fachbehörde erfolgen, ohne dass alle individuellen Umstände und die Verhältnismässigkeit der Massnahme geprüft werden. Schliesslich ergebe sich aus dem allgemeinen Grundsatz der guten Verwaltung und dem in Art. 47 GRCh verankerten Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, dass den Betroffenen einer solchen Entscheidung eine Begründung mitgeteilt werden müsse und effektiver gerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren sei, auch wenn der Mitgliedstaat geltend mache, die Offenlegung gewisser Informationen gefährde die nationale Sicherheit. Letzterer Gesichtspunkt könne allerdings bei der Art und Weise der Begründung berücksichtigt werden, und letztlich müsse eine Abwägung zwischen dem Interesse der nationalen Sicherheit und den Verteidigungsrechten der Betroffenen stattfinden.

⁶ EuGH, verb. Rs. C-420/22, C-528/22, ECLI:EU:C:2024:344 (NW (*Informations classifiées*)).

⁷ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-459/20, ECLI:EU:C:2023:499 (*Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*) (*Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais*)).

b) *Rs. C-62/23, Pedro Francisco*

Auch in der Rs. C-62/23⁸ ging es um die Aufenthaltsbeendigung eines Familienangehörigen eines Unionsbürgers aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Der Gerichtshof hält fest, dass eine frühere Festnahme des Betroffenen und die in diesem Rahmen angelegte Kriminalakte für die Beurteilung, ob dessen Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellt, berücksichtigt werden dürfe, wobei die der Festnahme zugrundeliegenden Tatsachen sowie deren etwaige gerichtliche Folgen im Rahmen der umfassenden Prüfung dieses Verhaltens einzubeziehen seien. Damit können also nicht nur strafrechtliche Verurteilungen für eine Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung relevant sein, sondern auch sonstige, in den Akten insbesondere der Staatsanwaltschaften dokumentierte Verhaltensweisen.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

In der Rs. *NW (Informations classifiées)* stützt sich der EuGH auf Rechte, die im Unionsrecht an die Unionsbürgerschaft geknüpft sind; diese stellt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs den „grundlegenden Status“ der Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten dar. Da das FZA keine Entsprechung zum Rechtsinstitut der Unionsbürgerschaft als solche enthält, lässt sich die auf die Unionsbürgerschaft gestützte Rechtsprechung nicht ohne Weiteres auf das Abkommen übertragen. Parallel zum Unionsrecht enthält das FZA jedoch eine Reihe von Rechten (insbesondere Aufenthaltsrechte), die im Recht der EU an die Unionsbürgerschaft geknüpft sind. Diese Gewährleistungen sind gemäss der Zielsetzung des FZA grundsätzlich parallel zu den Vorschriften des Unionsrechts auszulegen (vgl. Präambel, Art. 1 und Art. 16 Abs. 1 FZA), und dabei ist die einschlägige Rechtsprechung des EuGH gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen. Bei Urteilen des EuGH mit Bezug zur Unionsbürgerschaft ist deshalb jeweils zu prüfen, inwieweit sich eine Person (auch) auf Vorschriften des Unionsrechts berufen kann, für die das Abkommen parallele Rechte enthält, so dass die Erwägungen des Gerichtshofs auf diese Rechte übertragbar sind.

Im vorliegenden Falle stützt sich der EuGH auf das zum Kernbestand des Unionsbürgerstatus gehörende, in Art. 20 AEUV verankerte Recht, sich im Gebiet der Union aufhalten zu können. Da es sich um eine Unionsbürgerin handelt, die noch nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, kann sie sich nicht auf andere Aufenthaltsrechte nach dem AEUV oder der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38⁹ be-

⁸ EuGH, Rs. C-62/23, ECLI:EU:C:2024:502 (Pedro Francisco).

⁹ 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.

rufen. Da das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches gerade nicht übernimmt und auch keine dem Art. 20 AEUV entsprechende Vorschrift enthält, lässt sich die „Kernbestand-Rechtsprechung“ des EuGH nicht auf das FZA übertragen.¹⁰

Die weiteren Ausführungen des EuGH zu den Vorgaben des Unionsrechts für die Beschränkung des Aufenthaltsrechts eines Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gemäss Art. 27 Abs. 1 und 2 RL 2004/38 könnten jedoch grundsätzlich auf andere Fälle übertragbar sein, in denen ein Familienangehöriger ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht geltend machen kann, z.B. im Rahmen von Art. 3 Anhang I FZA. Zwar wurde die Unionsbürgerrichtlinie bisher nicht in das Abkommen übernommen, doch kodifiziert Art. 27 Abs. 1 und 2 RL 2004/38 im Wesentlichen die bereits in der Richtlinie 64/221¹¹ vorgesehene Regelung einschliesslich der hierzu vor dem Datum der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung. Diese Vorschrift der RL 2004/38 geht somit nicht über die Regelung des Art. 5 Anhang I FZA hinaus. Auch soweit der EuGH zuvor noch nicht über eine derartige konkrete Fallgestaltung entschieden hat, wendet er hier bei der Auslegung lediglich die vor der Unterzeichnung des FZA bereits in der Rechtsprechung etablierten Grundsätze an, so dass diese Rechtsprechung gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist. Somit dürfte die Auslegung von Art. 5 Anhang I FZA bei einem vergleichbaren Sachverhalt letztlich zum gleichen Ergebnis wie das Unionsrecht führen, sofern jemand als Familienangehöriger sich grundsätzlich auf ein Aufenthaltsrecht nach dem FZA berufen kann. Dabei dürfte es schliesslich nicht darauf ankommen, ob bei der Auslegung des FZA die Grundrechtecharta (und somit Art. 47 GRCh) zu beachten ist,¹² oder ob lediglich die entsprechenden Vorgaben der EMRK und der nationalen Grundrechte massgeblich sind, da diese hier zu vergleichbaren Ergebnissen führen dürften.

¹⁰ 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.

¹¹ RL 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.

¹² Für die Beachtlichkeit der GRCh bei der Auslegung der Rechte des FZA, soweit die Reichweite der parallelen Gewährleistungen im Unionsrecht, insbesondere der Grundfreiheiten, durch die Anwendung der Unionsgrundrechte konturiert wird, bereits *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: *Altermatt/Casasus* (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, 2013, 141; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU – Zur Auslegung der bilateralen Verträge, ZBl 2014, 171; *ders.*, Schweiz – Europäische Union. Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, 2025, Rn. 92 ff.; *Matthias Oesch/Tobias Naef*, EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz, ZSR 2017, 117.

In der Rs. *Pedro Francisco* ging es ebenfalls im Wesentlichen um die Frage, wie Art. 27 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/38 im Falle eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen auszulegen ist. Sofern ein Familienangehöriger nach dem FZA grundsätzlich über ein Aufenthaltsrecht verfügt (insbesondere gemäss Art. 3 Anhang I FZA), dürften aus den genannten Gründen auch hier bei der Auslegung des Art. 5 Anhang I FZA weitgehend die gleichen Massstäbe anzulegen sein wie im Unionsrecht. Somit kann im Rahmen des FZA insbesondere eine Kriminalakte auch ohne strafrechtliche Verurteilung bei der Beurteilung des Einzelfalles beachtlich sein.

II. Verlust der Unionsbürgerschaft

1. Zur Rechtsprechung des EuGH: verb. Rs. C-684/22 u.a., Stadt Duisburg (*Perte de la nationalité allemande*)

In den verb. Rs. C-684/22, C-685/22¹³ führt der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur Vereinbarkeit des Entzugs bzw. Verlusts der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats¹⁴ fort. Dabei ging es um eine deutsche Regelung, wonach türkische Staatsangehörige vor der Einbürgerung in Deutschland auf ihre türkische Staatsangehörigkeit verzichten mussten und im Fall des Wiedererwerbs der türkischen Staatsangehörigkeit die deutsche Staatsangehörigkeit automatisch verloren. Eine solche Massnahme sei dann am Massstab des Unionsrechts (Art. 20 AEUV) zu prüfen, wenn sie zum Verlust des Unionsbürgerstatus führe. Dies sei immer dann der Fall, wenn der Betreffende nicht auch noch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats hat. Dabei stehe Art. 20 AEUV einer nationalen Regelung, wonach im Fall des freiwilligen Erwerbs der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats die Staatsangehörigkeit des betreffenden Mitgliedstaats kraft Gesetzes erlischt, es sei denn, die Beibehaltung der Staatsangehörigkeit werde auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung nach Abwägung der betroffenen öffentlichen und privaten Belange genehmigt, grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings müssten die Betroffenen auf der Grundlage einer ordnungsgemässen Information effektiven Zugang zu dem erwähnten Verfahren für die Beibehaltung der Staatsangehörigkeit haben und dieses müsse auch eine Verhältnismässigkeitsprüfung umfassen. Alternativ müsse eine

¹³ EuGH, verb. Rs. C-684/22, C-685/22, C-686/22, ECLI:EU:C:2024:345 (Stadt Duisburg (*Perte de la nationalité allemande*)).

¹⁴ Vgl. insoweit schon EuGH, Rs. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 (Rottmann); EuGH, Rs. C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189 (Tjebbes u.a.); EuGH, Rs. C-118/20, ECLI:EU:C:2022:34 (Wiener Landesregierung (*Révocation d'une assurance de naturalisation*)); EuGH, Rs. C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626 (Udlændinge- og Integrationsministeriet (*Perte de la nationalité danoise*)).

solche Prüfung im Rahmen eines Antrags der Betroffenen auf ein amtliches Dokument möglich sein, wobei die Möglichkeit einer rückwirkenden Wiederherstellung der Staatsangehörigkeit bestehen müsse.

Das Urteil vermag angesichts der bisherigen Rechtsprechung nicht zu überraschen. Der EuGH erkennt zwar das Interesse der Mitgliedstaaten an, das mit der Staatsbürgerschaft einhergehende besondere Verhältnis der Verbundenheit zu schützen und grundsätzlich Mehrstaatlichkeit zu vermeiden; jedoch ist im Falle des Verlusts auch des Unionsbürgerrechts jeweils auch eine umfassende Verhältnis-mässigkeitsprüfung vorzunehmen. Die Rechtsprechung führt insgesamt zu einer „Überwölbung“ des nationalen Staatsangehörigkeitsrechts durch unionsrechtliche Anforderungen, welche insbesondere in jedem Fall des Verlusts auch der Unionsbürgerschaft eine Einzelfallprüfung verlangen.¹⁵

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Wie in den beiden zuvor behandelten Urteilen stützt sich der EuGH in seiner Argumentation auf den Unionsbürgerstatus als solchen sowie auf Art. 20 AEUV. Da diese im FZA keine Entsprechung finden, lässt sich das Urteil nicht auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen. Anders als das Unionsrecht enthält das FZA somit keine Vorgaben für den Verlust der Staatsangehörigkeit, so dass in einem entsprechenden Fall nur die Regelungen des nationalen Rechts und allfällige völkerrechtliche Vorgaben zu beachten wären. Daran wird sich im Übrigen auch nichts ändern, wenn im Rahmen des zwischen der Schweiz und der EU neu ausgehandelten Abkommenspakets („Bilaterale III“) die Schweiz die Unionsbürgerrichtlinie 2004/38 teilweise übernehmen würde.

¹⁵ S. weiter auch noch EuGH, Rs. C-716/22, ECLI:EU:C:2024:339 (Préfet du Gers und Institut national de la statistique und des études économiques II): Hier stellt der Gerichtshof – in Anbetracht seines Urteils in EuGH, Rs. C-673/20, ECLI:EU:C:2022:449 (Préfet du Gers und Institut National de la Statistique und des Études Économiques) wenig überraschend – fest, britischen Bürgern, welche sich vor dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU bzw. vor dem Ende der Übergangszeit in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen haben, stehe nicht mehr das aktive und passive Wahlrecht zum Europäischen Parlament zu. Einmal mehr werden damit der akzessorische Charakter des Unionsbürgerstatus sowie die Implikationen des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU für die britischen Bürger illustriert.

III. Beschränkung der Freizügigkeit

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) *Rs. C-491/21, Directia pentru Evidenta Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date*

Verweigert ein Mitgliedstaat seinen Staatsangehörigen allein deshalb die Ausstellung eines als Reisedokuments geltenden Personalausweises, weil sie ihren Wohnsitz im Ausland haben, so verstösst dies gegen Art. 21 Abs. 1 AEUV, Art. 45 GRCh und Art. 4 Abs. 3 RL 2004/38,¹⁶ sofern im Inland ansässige Personen sowohl einen Reisepass als auch einen Personalausweis erhalten können, so der EuGH in der Rs. C-491/21.¹⁷ Der Fall betraf einen Rechtsanwalt mit rumänischer Staatsangehörigkeit, der seine Berufstätigkeit sowohl in Frankreich als auch in Rumänien ausübte und seit 2014 in Frankreich wohnhaft war. Zwar verpflichtete das Unionsrecht die Mitgliedstaaten nicht, ihren Staatsangehörigen zwei als Reisedokumente geltende Ausweise auszustellen. Jedoch dürften sie diejenigen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben, nicht weniger günstig behandeln als diejenigen, bei denen dies nicht der Fall ist, es sei denn, eine solche Ungleichbehandlung könne durch objektive Erwägungen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Vorliegend könnten weder die Notwendigkeit, der im Personalausweis angegebenen Anschrift des Wohnsitzes Rechtskraft zu verleihen, noch die Wirksamkeit der Feststellung und Kontrolle dieser Anschrift durch die nationale Behörde geltend gemacht werden. Denn es bestehe kein Zusammenhang zwischen dem Beweiswert und der Angabe der Anschrift, und administrative Erwägungen könnten von vornherein keine Einschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen.

Eine Beschränkung des Art. 21 Abs. 1 AEUV liegt somit immer schon dann vor, wenn Personen allein aufgrund der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte ungünstiger behandelt werden als solche, bei denen dies nicht der Fall ist, auch wenn diese Ungleichbehandlung die Freizügigkeit *per se* nicht beschränkt. Damit impliziert die Freizügigkeit der Unionsbürger auch ein entsprechendes Diskriminierungsverbot, und Ungleichbehandlungen sind rechtfertigungsbedürftig.

¹⁶ 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.

¹⁷ EuGH, Rs. C-491/21, ECLI:EU:C:2024:143 (Directia pentru Evidenta Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date).

b) *Rs. C-4/23, Mirin*

Ebenfalls um Beschränkungen der Freizügigkeit ging es in der *Rs. C-4/23*.¹⁸ Ein rumänischer Staatsangehöriger, der bei seiner Geburt in Rumänien als weibliche Person registriert worden war, verlagerte seinen Wohnsitz in das Vereinigte Königreich und erwarb zusätzlich zur rumänischen die britische Staatsangehörigkeit. Nach britischem Recht änderte er seinen Vornamen und seine Anrede von weiblich zu männlich, und seine männliche Geschlechtsidentität wurde rechtlich anerkannt. Nach dem Urteil des EuGH verstösst es gegen Art. 20 und 21 AEUV, die Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat erfolgten Änderung der Geschlechtsidentität und des Vornamens zu verweigern und in die Geburtsurkunde des Betroffenen einzutragen, so dass für eine Änderung der Geschlechtsidentität ein neues gerichtliches Verfahren eingeleitet werden muss. Die in Frage stehende Regelung behindere nämlich das Recht der Unionsbürger auf Freizügigkeit, da das Geschlecht – ebenso wie der Vorname – ein grundlegendes Element der persönlichen Identität darstelle: Die Divergenz zwischen den Identitäten, die sich aus einer solchen Weigerung der Anerkennung ergebe, führe zu Schwierigkeiten beim Nachweis der eigenen Identität im alltäglichen Leben sowie zu schwerwiegenden Nachteilen beruflicher, administrativer und privater Art. Dabei sei zu beachten, dass das Durchlaufen eines neuen Verfahrens die Gefahr eines anderen Ergebnisses mit sich bringe, was jedenfalls eine unverhältnismässige bzw. übermässige Erschwerung des (grundsätzlichen) Rechts auf Anerkennung darstelle. Ergänzend sei zu beachten, dass die Staaten nach der Rechtsprechung des EGMR verpflichtet seien, ein klares und vorhersehbares Verfahren für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität vorzusehen, welches die Änderung des Geschlechts ermöglicht. Schliesslich sei im konkreten Fall unerheblich, dass die Änderung der Geschlechtsidentität in Grossbritannien erfolgt war (indessen zur Zeit seiner EU-Mitgliedschaft) und dieser Mitgliedstaat zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht mehr der EU angehörte, da der Zeitpunkt der Änderung massgeblich sei.

Das Urteil liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung¹⁹ und illustriert einmal mehr die bedeutenden Implikationen der durch das Unionsrecht gewährleisteten Rechte auch in Bereichen, in welchen der Union keine Gesetzgebungszuständigkeiten zukommen. Auch wenn damit die Regelung der betreffenden Fragen in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verbleibt, ist nicht zu verkennen, dass die sich aus dem Unionsrecht ergebenden Pflichten – wie insbesondere die Anerkennung gewisser hoheitlicher Akte anderer Mitgliedstaaten – auch einen (zumindest politischen, ggf. aber auch – im Zuge des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots – rechtlichen) Einfluss auf die nationale Gesetzgebung entfalten (können).

¹⁸ EuGH, *Rs. C-4/23*, ECLI:EU:C:2024:845 (*Mirin*).

¹⁹ EuGH, *Rs. C-438/14*, ECLI:EU:C:2016:401 (*Bogendorff von Wolffersdorff*); EuGH, *Rs. C-541/15*, ECLI:EU:C:2017:432 (*Freitag*); EuGH, *Rs. C-490/20*, ECLI:EU:C:2021:1008 (*Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*).

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

In der Rs. C-491/21 stützt der EuGH den Anspruch auf Ausstellung eines Personalausweises auf das in Art. 21 Abs. 1 AEUV verbürgte Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Zwar findet sich im FZA keine diesem Artikel genau entsprechende allgemeine Regelung, die ein Aufenthaltsrecht für alle Staatsangehörigen der Vertragsparteien vorsähe. Das Abkommen enthält jedoch eine Reihe von speziell geregelten Aufenthaltsrechten (vgl. z.B. Art. 4 FZA, Art. 2, 6, 12 und 24 Anhang I FZA), die für die jeweilige Kategorie von Personen den Aufenthaltsrechten nach dem EU-Recht entsprechen. Bei der Auslegung dieser Vorschriften des FZA ist daher gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA die Rechtsprechung des EuGH zu den Aufenthaltsrechten des Unionsrechts zu berücksichtigen. Der Anspruch ist des Weiteren darauf gestützt, dass die unterschiedliche Behandlung der im In- und Ausland wohnhaften Staatsangehörigen gegen Art. 21 AEUV, Art. 45 Abs. 1 GRCh und Art. 4 Abs. 3 RL 2004/38 verstösst. Unabhängig von der Frage, ob diese Gleichbehandlungsvorschriften eine genaue Entsprechung im FZA finden, hätte der Anspruch im Unionsrecht jedoch auch auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 21 AEUV gestützt werden können. Der Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV ist nach der bereits vor der Unterzeichnung des FZA etablierten Rechtsprechung des EuGH jedenfalls dann eröffnet, wenn der Antragsteller sich in einer Situation befindet, die durch das Unionsrecht geregelt ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Person sich aufgrund eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat aufhält. Da Art. 2 FZA dem Art. 18 AEUV nahezu wörtlich nachgebildet ist, besteht ein Anspruch auf Gleichbehandlung nach dem FZA dann, wenn die Person sich in einer durch das FZA geregelten Situation („bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“) befindet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sie sich im Gebiet einer anderen Vertragspartei befindet und dabei ein Aufenthaltsrecht nach dem FZA geltend machen kann. Da sich eine Person gegen den eigenen Vertragsstaat dann auf das FZA berufen kann, wenn sie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, hätte eine Person in der Situation des Ausgangsfalls also auch nach dem FZA Anspruch auf Gleichbehandlung mit den im Inland wohnhaften Personen und somit auf Ausstellung eines Personalausweises. Da die Ausführungen des EuGH zur Rechtfertigung lediglich die Anwendung der vor der Unterzeichnung des FZA etablierten Auslegungsgrundsätze auf eine neue Fallkonstellation darstellen, lassen sich diese ebenfalls auf das FZA übertragen.

In dem Urteil in der Rs. *Mirin* stützt der EuGH den Anspruch auf Eintragung der in einem anderen Mitgliedstaat vorgenommenen Änderung des Vornamens und der Geschlechtsidentität nicht unmittelbar auf die Unionsbürgerschaft als den „grundlegenden Status“ der Unionsbürger bzw. auf das Recht zur Ausübung eines Kernbestands der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte, sondern auf das den Unionsbürgern gemäss Art. 21 Abs. 1 AEUV zustehende Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, welches durch die

Verweigerung der (automatischen) Anerkennung behindert wird. In einer vergleichbaren Sachverhaltskonstellation kommt somit ein Anspruch gestützt auf eines der Aufenthaltsrechte nach dem FZA in Betracht (insb. gemäss Art. 2, 6, 12 und 24 Anhang I FZA). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn diese Bestimmungen ebenso wie die Parallelvorschriften im Unionsrecht als allgemeine Beschränkungsverbote zu verstehen sind. Der EuGH hat dies für die unionsrechtlichen Grundfreiheiten bereits vor der Unterzeichnung des FZA anerkannt,²⁰ so dass gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA jedenfalls den Aufenthaltsrechten des FZA im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit (Art. 2, 6 und 12 Anhang I FZA) ein solches allgemeines Beschränkungsverbot zu entnehmen sein dürfte. Da der EuGH jedenfalls heute auch den (bereits 1993 in den Vertrag eingefügten) Art. 21 Abs. 1 AEUV als allgemeines Beschränkungsverbot versteht²¹ und dies massgeblich auf eine Parallelität mit den Grundfreiheiten stützt, deren Aufenthaltsrechte als Spezialregelungen zu Art. 21 Abs. 1 AEUV anzusehen sind (vgl. auch das Argument der Konvergenz der Grundfreiheiten), dürfte schliesslich auch das strukturell vergleichbare Aufenthaltsrecht der Nichterwerbstätigen gemäss Art. 24 Anhang I FZA ein allgemeines Verbot von Beschränkungen des Aufenthaltsrechts enthalten. Diese somit parallel zum Unionsrecht auszulegenden Gewährleistungen des FZA würden durch eine verweigte Anerkennung des Geschlechtseintrags und des Namenswechsels gleichermassen beschränkt werden, doch könnte der Eingriff unter den Voraussetzungen des Art. 5 Anhang I FZA gerechtfertigt sein. Dieser greift seinerseits auf Begriffe des Unionsrechts zurück, so dass die Erwägungen des Gerichtshofs zur Rechtfertigung ebenfalls auf das Abkommen übertragbar sind gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA. Soweit der EuGH in diesem Rahmen auf die Grundrechte und Wertungen der Grundrechtecharta zurückgreift, dürfte diese nach der hier vertretenen Ansicht auch hier anwendbar sein,²² doch auch eine Anwendung der menschenrechtlichen Vorgaben des Völkerrechts, insbesondere der EMRK, dürfte hier zu einem vergleichbaren Ergebnis führen, zumal der EuGH sich hier selbst ausdrücklich auf die EMRK bezieht.²³

²⁰ Als letzte Grundfreiheit erfuhr die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 AEUV diese Anerkennung ausdrücklich durch EuGH, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (Union royale belge des sociétés de football association u.a. / Bosman u.a.), Rn. 93 ff.; siehe ausserdem EuGH, Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (Gebhard), Rn. 37 zur Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 49 AEUV.

²¹ Vgl. z.B. *Ferdinand Wollenschläger*, § 13 Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Band 1, 2022, Rn. 117; *Stefan Kadelbach*, § 5 Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, in: *Wollenschläger* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Band 10, 2021, Rn.119, jeweils m.w.N. aus der Rechtsprechung.

²² Vgl. oben Fn. 12 und die dort zitierte Literatur.

²³ EuGH, Rs. C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845 (Mirin), Rn. 63 ff.

IV. Zugang zu staatlichen Leistungen

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-283/21, Deutsche Rentenversicherung Bund*

Der Ausgangssachverhalt der Rs. C-283/21²⁴ betraf eine 1958 in Aachen geborene deutsche Staatsangehörige, die ihren Wohnsitz von 1962 bis 2010 nahe der deutschen Grenze in den Niederlanden hatte, wo sie auch ihre Kinder erzog. Nach ihrer Rückkehr nach Deutschland bezog sie dort eine Rente wegen voller Erwerbsminderung. Sie beantragte, dass die in den Niederlanden zurückgelegten Erziehungszeiten bei der Berechnung dieser Rente wegen voller Erwerbsminderung berücksichtigt werden. Der Gerichtshof hält zunächst fest, dass die Voraussetzungen der Unionsvorschriften über die Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit (konkret Art. 44 Abs. 2 VO 987/2009)²⁵ nicht erfüllt seien, so dass die Betroffene keine Rechte aus diesen ableiten könne. Allerdings regle die erwähnte Bestimmung die Berücksichtigung der Kindererziehungszeiten im Ausland nicht abschliessend, und die Betroffene habe sowohl vor dem Beginn der Erziehungstätigkeit als auch danach in Deutschland Versicherungszeiten für Ausbildungs- bzw. Beschäftigungszeiten zurückgelegt. Deutschland sei für die Gewährung der fraglichen Rente ausschliesslich zuständig, da die Betroffene in den Niederlanden mangels Erwerbstätigkeit keinen Anspruch auf eine solche Rente habe. Bei einer solchen Konstellation sei aus Art. 21 AEUV (Freizügigkeit der Unionsbürger) ein Recht zur Berücksichtigung der in einem anderen Mitgliedstaat absolvierten Erziehungszeiten abzuleiten. Denn hier bestehe eine hinreichende Verbindung zwischen den Erziehungszeiten und den Versicherungszeiten, welche die Betroffene aufgrund einer Berufstätigkeit im für die Rente leistungspflichtigen Mitgliedstaat zurückgelegt habe. Unbeachtlich sei, dass sie in diesem Mitgliedstaat während bestimmter Zeiten, die nach nationalem Recht Versicherungszeiten gleichgestellt sind, keine Beiträge entrichtet habe.

Das Urteil illustriert die Bedeutung des Art. 21 AEUV für den Zugang zu Leistungen sozialer Sicherheit in einer Konstellation, in der die sekundärrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind: Sobald eine Beschränkung der Freizügigkeit vorliegt, was in der Tat immer bereits dann anzunehmen ist, wenn gewisse Sachverhalte (wie Erziehungszeiten) im Ausland im Gegensatz zu solchen im Inland für die Berechnung von Leistungen nicht berücksichtigt werden, kann ein solcher Teilhabeanspruch aus Art. 21 AEUV abgeleitet werden, soweit eine hinreichende Verbindung zu im Leistungsstaat absolvierten Versicherungszeiten angenommen wer-

²⁴ EuGH, Rs. C-283/21, ECLI:EU:C:2024:144 (Deutsche Rentenversicherung Bund).

²⁵ VO 978/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2009 L 284, 1.

den kann. Nicht zu verkennen ist freilich, dass das Vorliegen einer solchen hinreichenden Verbindung oft fraglich sein kann und die diesbezüglichen Anforderungen – will man generell-abstrakte und vorhersehbare Kriterien formulieren – undeutlich bleiben.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Wie in den zuletzt besprochenen Urteilen stellt der EuGH auch hier eine Verletzung von Art. 21 AEUV fest. Diese beruht letztlich darauf, dass die Kindererziehungszeiten bei der Berechnung der Rente wegen voller Erwerbsminderung voll zu berücksichtigen gewesen wären, wenn die Klägerin des Ausgangsverfahrens Deutschland nicht verlassen hätte; sie wird also nur deshalb benachteiligt, weil sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Da Art. 21 AEUV den Aufenthaltsrechten des FZA entspricht, kommt in einer parallelen Fallkonstellation unter dem FZA eine Berufung auf die jeweils im Abkommen gewährten Aufenthaltsrechte in Betracht, hier etwa Art. 24 Anhang I FZA. Während der EuGH in der neueren Rechtsprechung das Verbot von Ungleichbehandlungen auf Grund der Staatsangehörigkeit (bzw. wegen der Ausübung der Freizügigkeitsrechte bei Ansprüchen gegen den eigenen Mitgliedstaat) regelmässig direkt aus Art. 21 AEUV ableitet, liesse sich der gleiche Anspruch auch auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV i.V.m. 21 AEUV stützen. Da diese Rechtsprechung bereits vor der Unterzeichnung des FZA etabliert war,²⁶ lässt sie sich auf das Abkommen übertragen, so dass ein paralleler Anspruch auf Art. 2 FZA i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA (bzw. dem jeweils anwendbaren Aufenthaltsrecht) gestützt werden kann. Die übrigen Erwägungen des EuGH stellen jeweils die Anwendung bereits vor der Unterzeichnung des FZA bekannter Grundsätze auf eine neue Fallgestaltung dar, so dass die Auslegung im Rahmen des FZA hier zu parallelen Ergebnissen führen dürfte. Somit käme es auch bei Fällen unter dem FZA u.a. darauf an, ob eine hinreichende Verbindung zu im Leistungsstaat absolvierten Versicherungszeiten besteht.

V. Anspruch auf Mitgliedschaft in einer politischen Partei

²⁶ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563 (Bickel und Franz).

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-808/21, Kommission/ Tschechische Republik*

In zwei am gleichen Tag verkündeten und weitgehend parallel formulierten Urteilen (Rs. C-808/21²⁷ und Rs. C-814/21²⁸) ging es um die Auslegung von Art. 20 Abs. 2 lit. b und Art. 22 AEUV. Nach diesen Vorschriften haben Unionsbürger in ihrem Wohnsitzstaat unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament und bei Kommunalwahlen, und zwar unter denselben Bedingungen wie die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats. Mit diesen Vorgaben sei es nicht vereinbar, so der EuGH, wenn Unionsbürgern mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, das Recht verwehrt wird, Mitglied einer politischen Partei zu werden. Denn die wirksame Ausübung des erwähnten aktiven und passiven Wahlrechts setze voraus, dass die Unionsbürger Zugang zu denselben Mitteln wie die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats haben, um dieses Wahlrecht auszuüben. Zu diesen Mitteln gehöre auch die Mitgliedschaft in einer politischen Partei, da sie ganz entscheidend zur effektiven Wahrnehmung der genannten Rechte beitrage. Eine Beeinträchtigung der durch Art. 4 Abs. 2 AEUV geschützten nationalen Identität des Mitgliedstaats durch die Mitgliedschaft von Unionsbürgern mit einer anderen Staatsangehörigkeit in einer politischen Partei sei nicht ersichtlich, da das Unionsrecht weder die Einräumung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den nationalen Wahlen verlange noch es den Mitgliedstaaten verwehre, die Rolle der Unionsbürger aus einem anderen Mitgliedstaat in einer politischen Partei im Kontext solcher Wahlen einzuschränken.

Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass Art. 22 Abs. 1 AEUV im Verhältnis zu Art. 18 Abs. 1 AEUV ein besonderes Diskriminierungsverbot darstelle, so dass letztere Vorschrift bei dessen Einschlägigkeit nicht mehr heranzuziehen sei. Aus Art. 22 Abs. 1 AEUV ergebe sich nicht nur, dass der Zugang zu den Wahlen selbst diskriminierungsfrei zu gewährleisten sei; vielmehr erstrecke sich der Anwendungsbereich dieses Verbots auch auf Massnahmen, welche die Wahrnehmung des Wahlrechts ermöglichen oder erleichtern. Dieser Ansatz erinnert an die Rechtsprechung des EuGH zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 18 AEUV im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten,²⁹ so dass die diesbezüglichen Grundsätze wohl auch im Zusammenhang mit Art. 22 AEUV herangezogen werden können und damit bereits all diejenigen Massnahmen vom Diskriminierungsverbot des

²⁷ EuGH, Rs. C-808/21, ECLI:EU:C:2024:962 (Kommission/Tschechische Republik (und qualité de membre d'un parti politique)).

²⁸ EuGH, Rs. C-814/21, ECLI:EU:C:2024:963 (Kommission/Polen (und qualité de membre d'un parti politique)).

²⁹ Grundlegend EuGH, Rs. C-293/83, ECLI:EU:C:1985:69 (Gravier/Ville de Liège).

Art. 22 AEUV erfasst werden, welche in einem Zusammenhang mit dem Wahlrecht stehen.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das FZA enthält keine Vorschriften zum Wahlrecht entsprechend dem Art. 22 AEUV, so dass die Ausführungen des Gerichtshofs nicht auf das Abkommen übertragbar sind. Auch wenn ein Staat ein Ausländerwahlrecht z.B. auf kommunaler Ebene nach nationalem Recht vorsieht, lassen sich dem FZA daher keine diesbezüglichen Vorgaben entnehmen. Hieran wird sich auch nichts ändern, wenn Teile der Unionsbürgerrichtlinie im Rahmen des neu verhandelten Abkommenspakets („Bilaterale III“) und der dort vorgesehenen „dynamischen Rechtsübernahme“ in das FZA integriert werden sollten, da die Unionsbürgerschaft als solche und das damit verbundene Wahlrecht von der Übernahmepflicht nicht erfasst sind.

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit

I. Zugang zu staatlichen Leistungen

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH*

a) *Rs. C-27/23, Hocinx*

Das luxemburgische Recht sieht für Kinder, welche fremduntergebracht sind, einen Anspruch auf Kindergeld vor, dessen Bezug eine unselbständige Erwerbstätigkeit voraussetzt. Dieses wird an die Person ausgezahlt, die das Sorgerecht für das Kind innehat. Der Anspruch besteht jedoch nur, wenn das Kind seinen Wohnsitz in Luxemburg hat. Daher können (auch) in Luxemburg arbeitende Grenzgänger, bei welchen ein Kind aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung fremduntergebracht ist, kein Kindergeld für dieses Kind beziehen. Der Gerichtshof erachtete eine solche Regelung, welche gebietsansässige und gebietsfremde Arbeitnehmer unterschiedlich behandelt, in der Rs. C-27/23³⁰ als nicht mit Art. 45 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011³¹ in Einklang stehend: Grenzgängern müssten umfassend die glei-

³⁰ EuGH, Rs. C-27/23, ECLI:EU:C:2024:404 (Hocinx).

³¹ Verordnung 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

chen sozialen Vergünstigungen zukommen wie im Inland ansässigen Arbeitnehmern,³² es sei denn, eine Rechtfertigung liege vor, wobei aber vorliegend keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich seien.

b) Rs. C-116/23, Sozialministeriumservice

In der Rs. C-116/23³³ ging es um den Zugang zu einem sog. Pflegekarenzgeld, welches nach österreichischem Recht Arbeitnehmern, die nahe Angehörige pflegen, unter bestimmten Voraussetzungen gewährt wird. Dabei wird insbesondere vorausgesetzt, dass die pflegebedürftige Person nach österreichischem Recht Pflegegeld einer bestimmten Pflegestufe bezieht, so dass im Falle der Pflege von Angehörigen durch Wanderarbeitnehmer im Heimatstaat grundsätzlich kein Pflegekarenzgeld gewährt werden kann. Nachdem der EuGH klargestellt hatte, dass eine solche Regelung angesichts der Einschlägigkeit besonderer Diskriminierungsverbote nicht am Massstab des Art. 18 AEUV gemessen werden könne, stellte er ihre grundsätzliche Unvereinbarkeit mit Art. 45 AEUV, Art. 4 VO 883/2004³⁴ und Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 fest. Als Rechtfertigung komme grundsätzlich das Anliegen des finanziellen Gleichgewichts des nationalen Systems der sozialen Sicherheit in Betracht, dabei sei den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. Der EuGH äussert sich diesbezüglich nicht näher; Zweifel sind aber angebracht, ob das Erfordernis des Bezugs inländischen Pflegegelds (und damit letztlich der inländische Wohnsitz der pflegebedürftigen Person) in kohärenter und systematischer Weise zur Erreichung des verfolgten Ziels der Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems sozialer Sicherheit beitragen kann.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

In der Rs. *Hocinx* stellte der EuGH einen Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote der Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 fest. Letztere Vorschrift entspricht nahezu wörtlich dem Art. 9 Anhang I FZA, wobei beide Regelungen letztlich dem 7 Abs. 2 VO 1612/68 nachgebildet wurden. Die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung des EuGH, insbesondere zum Begriff der „steuerlichen und sozialen Vergünstigungen“, ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei der Auslegung des FZA zu berücksichtigen. Ein spezifisches Diskriminierungsverbot zur Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 Abs. 2 AEUV enthält das FZA nicht, daher kommt in diesen Fällen das ansonsten subsidiäre allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA zur Anwendung, wobei dieser parallel zu Art. 45

³² S. insoweit schon EuGH, Rs. C-328/20, ECLI:EU:C:2022:468 (Kommission/Österreich (Indexation des prestations familiales)); EuGH, Rs. C-488/21, ECLI:EU:C:2023:1013 (Chief Appeals Officer u.a.).

³³ EuGH, Rs. C-116/23, ECLI:EU:C:2024:492 (Sozialministeriumservice).

³⁴ VO 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166, 1.

Abs. 2 AEUV und der hierzu ergangenen Rechtsprechung auszulegen ist. Da im vorliegenden Fall lediglich die bereits zur Zeit der Unterzeichnung des FZA in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze auf einen neuen Sachverhalt angewendet werden, lassen sich die Erwägungen des Gerichtshofs auf das FZA übertragen.

Auch im Urteil in der Rs. *Sozialministeriumservice* wendet der EuGH die Art. 45 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 an, welche dem Art. 2 FZA bzw. dem Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA entsprechen. Die Koordinierungsverordnung 883/2004 ist im Verhältnis zur Schweiz anwendbar gemäss Art. 8 FZA i.V.m. Anhang II FZA, so dass gemäss Art. 1 Anhang II FZA deren Regelungen „oder gleichwertige Vorschriften“ anzuwenden sind. Somit lassen sich auch die Ausführungen des Gerichtshofs zum Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 4 VO 883/2004 auf das FZA übertragen. Da der Gerichtshof auch in diesem Urteil lediglich die zur Zeit der Unterzeichnung des FZA bereits bekannten Kriterien der Rechtsprechung auf eine neue Fallgestaltung anwendet, dürfte die Auslegung des FZA hier zum gleichen Ergebnis wie diejenige des Unionsrechts kommen, was insbesondere auch für die Voraussetzungen einer möglichen Rechtfertigung gilt.

II. Beschränkungen im Berufsfussball

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-650/22, FIFA

Die FIFA sowie die ihr angehörenden nationalen Fussballverbände sehen besondere Regeln für den Fall vor, dass ein Spieler seinen Arbeitsvertrag ohne „triftigen Grund“ vorzeitig auflöst. In einem solchen Fall haften der Spieler und jeder Verein, der ihn verpflichten möchte, gesamtschuldnerisch für die Zahlung einer Entschädigung an den ehemaligen Verein. Ausserdem kann der neue Verein unter bestimmten Umständen mit einer sportlichen Sanktion in Form eines Verbots der Verpflichtung neuer Spieler für eine vorgegebene Periode geahndet werden. Schliesslich muss der nationale Verband, dem der ehemalige Verein des Spielers angehört, es ablehnen, dem Verband, bei dem der neue Verein registriert ist, einen internationalen Freigabeschein auszustellen, solange zwischen dem ehemaligen Verein und dem Spieler eine Streitigkeit über die Auflösung des Vertrags besteht. Der EuGH³⁵ sah in diesen Regeln eine Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 AEUV. Der Fall betraf einen französischen Berufsfussballspieler, der einen Vierjahresvertrag bei *Lokomotive Moskau* unterschrieben hatte. Der Verein löste den Vertrag nach einem Jahr unter Bezugnahme auf das Verhalten des Spielers auf und machte Entschädigungsansprüche geltend. Ein Wechsel zu einem belgischen

³⁵ EuGH, Rs. C-650/22, ECLI:EU:C:2024:824 (FIFA).

Verein scheiterte schliesslich infolge der Regelungen der FIFA, und der Spieler klagte gegen die Verbände auf Schadenersatz.

Der EuGH stellte zunächst fest, diese Bestimmungen der FIFA beträfen keine spezifischen sportlichen Aspekte (wie z.B. die Regeln über die Zusammensetzung von Nationalteams oder die sportlichen Anforderungen für die Teilnahme von Sportlern an Wettbewerben),³⁶ so dass sie wirtschaftlicher Natur seien und am Massstab des Unionsrechts zu messen seien. Sie führten insbesondere³⁷ zu einer Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Denn sie seien geeignet, die Freizügigkeit von Berufsfussballspielern zu behindern, die ihre Tätigkeit weiterentwickeln möchten, um für einen neuen Verein mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Union zu arbeiten. Denn sie belasteten diese Spieler und die Vereine, die sie einstellen möchten, mit erheblichen rechtlichen, unvorhersehbaren und potenziell sehr grossen finanziellen sowie ausgeprägten sportlichen Risiken. Diese seien zusammen genommen geeignet, den internationalen Transfer der Spieler zu behindern.

Zwar könnten Beschränkungen der Freizügigkeit von Berufsfussballspielern durch das im Allgemeininteresse liegende Ziel gerechtfertigt werden, die Ordnungsmässigkeit der Fussballwettbewerbe zwischen den Vereinen zu gewährleisten, indem ein gewisser Grad an Beständigkeit in den Mannschaften der Profifussballvereine aufrechterhalten wird. Indessen spreche im vorliegenden Fall Vieles für die Unverhältnismässigkeit der fraglichen Bestimmungen: insbesondere die Berechnung der Höhe der Entschädigung, die fehlende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls sowie die Pflichten des neuen Arbeitgebers (der damit letztlich für potentielle Verfehlungen des Spielers vor dessen Anstellung verantwortlich gemacht wird). Die definitive Prüfung der Rechtfertigung obliege jedoch dem nationalen Gericht.

Das Urteil liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Bemerkenswert ist, dass der EuGH bei der Prüfung der Rechtfertigung in Bezug auf den ebenfalls vorgebrachten Arbeitnehmerschutz danach fragt, ob dieses Anliegen von Privaten vorliegend geltend gemacht werden könne, da dieses Ziel weder in den Statuten der Vereine aufgeführt sei noch diesen staatlicherseits eine entsprechende Aufgabe übertragen worden sei. Die Antwort auf diese Frage lässt der Gerichtshof jedoch offen, da eine Rechtfertigung insoweit schon mangels Geeignetheit bzw. des fehlenden Zusammenhangs des Arbeitnehmerschutzes mit den ergriffenen Massnahmen nicht in Betracht komme. In der Tat ist es nach wie vor in der Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt, welche Interessen Private – so sie aufgrund der teilweise gegebenen Drittwirkung der Grundfreiheiten an diese gebunden sind – zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten geltend machen können.

³⁶ Welche vom Anwendungsbereich des Unionsrechts wegen ihrer nicht wirtschaftlichen Natur ausgeschlossen seien, so schon EuGH, Rs. C-333/21, ECLI:EUC:2023:1011 (European Superleague Company).

³⁷ Daneben erachtete der EuGH auch das Kartellverbot des Art. 101 AEUV als einschlägig.

Diese Problematik ist gerade auch im Zusammenhang mit der Drittwirkung gegenüber nicht kollektiv handelnden Privaten von Bedeutung, welche der EuGH in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit bei diskriminierenden Regelungen annimmt.³⁸ Die Formulierung des Gerichtshofs lässt aber den Schluss zu, dass solche Interessen entweder in den internen Regelungen bzw. spezifischen und nachvollziehbaren Anliegen der Privaten oder aber in der Übertragung staatlicher Aufgaben begründet sein müssen, so dass die allgemeine Berufung auf (nur) im Allgemeininteresse liegende Zielsetzungen als solche nicht statthaft ist. Dies erscheint auch insofern sinnvoll, als es nicht Aufgabe der Privaten sein kann, Schutzniveau und Schutzmassnahmen zur Verfolgung von Allgemeinwohlinteressen zu definieren.

b) Rs. C-680/21, Royal Antwerp Football Club

Auch in der Rs. C-680/21³⁹ ging es (neben dem Wettbewerbsrecht) um die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Das Urteil betraf vom belgischen Fussballverband aufgestellte Regeln, wonach die an nationalen Meisterschaften teilnehmenden Klubs eine Mindestzahl von Spielern, die im örtlichen Zuständigkeitsbereich des Verbands ausgebildet wurden, aufzunehmen haben. Der Gerichtshof betont zunächst, dass Art. 165 AEUV keine Sonderregel darstelle, die den Sport von allen anderen Bestimmungen des Primärrechts der Union, die auf ihn angewandt werden könnten, oder von einem Teil derselben ausnehmen würde. Wenig überraschend stellte der EuGH fest, dass die Regelung eine Beschränkung des Art. 45 AEUV darstelle. Eine Rechtfertigung durch das Anliegen der Förderung der Anwerbung und Ausbildung junger Profifussballspieler auf lokaler Ebene komme grundsätzlich in Betracht, doch müssten die in Frage stehenden Regeln „nachweislich“ geeignet seien, in kohärenter und systematischer Weise dieses Ziel zu erreichen und das mildeste Mittel darstellen. Der EuGH meldet aber gleichzeitig Zweifel an der Geeignetheit der Massnahme an, da sich das Erfordernis der Mindestzahl unterschiedslos auf alle in Belgien ausgebildeten Spieler beziehe, so dass für einige Klubs gerade kein Anreiz bestehe, junge Spieler auszubilden.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil in der Rs. *FIFA* betrifft die durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV gewährten Rechte, insbesondere das Recht auf Aufenthalt und Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit. Diese finden im FZA ihre Entsprechung in den an das Unionsrecht angelehnten Bestimmungen der Art. 4 FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA und Art. 6 Anhang I FZA. Bei ihrer Auslegung ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA die bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Daher sind die Freizügigkeitsrechte der

³⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 (Angonese).

³⁹ EuGH, Rs. C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010 (Royal Antwerp Football Club).

Arbeitnehmer ebenso wie im Unionsrecht auch auf kollektive Regelungen von Sport- und Berufsverbänden anwendbar. Des Weiteren umfasst die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach der hier vertretenen Ansicht⁴⁰ parallel zum EU-Recht ein allgemeines Beschränkungsverbot, da der EuGH ein solches für Art. 45 AEUV bereits 1995 im Bosman-Urteil⁴¹ ausdrücklich festgestellt hatte, so dass dieses Urteil gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist. Ebenso wie im Unionsrecht bedarf daher jede Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit einer Rechtfertigung, wobei auch im Rahmen der Anwendung von Art. 5 Anhang I FZA die zu den Rechtfertigungsgründen des AEUV ergangene Rechtsprechung zu beachten ist. Im Übrigen stellen die Ausführungen des Gerichtshofs eine Anwendung der aus der Rechtsprechung bis zur Unterzeichnung des FZA bekannten Grundsätze auf neue Regelungen der Verbände dar. Im Ergebnis dürfte daher die Zulässigkeit dieser Regelungen bei einem unter das FZA fallenden Sachverhalt ebenso zu beurteilen sein wie im Unionsrecht.

In der Rs. *Royal Antwerp Football Club* geht es ebenfalls um die Anwendung von Art. 45 AEUV, d.h. des Rechts auf Aufenthalt und Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Da die Parallelvorschriften der Art. 4 FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA und Art. 6 Anhang I FZA, wie dargelegt, als Beschränkungsverbot zu verstehen sind, lässt sich auch in diesem Falle die Begründung des EuGH auf das FZA übertragen. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der streitgegenständlichen Regelung, die an den Ort der Ausbildung der Spieler anknüpft, ausserdem um eine indirekte Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit handelt, da die in einer bestimmten Region ausgebildeten Spieler typischerweise häufiger die Staatsangehörigkeit des dortigen Mitgliedstaates haben dürften als Spieler, die dieses Kriterium nicht erfüllen. Somit wäre der Anwendungsbereich des Art. 2 FZA i.V.m. mit den Aufenthaltsrechten des FZA, hier insbesondere Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Anhang I FZA, eröffnet, wobei für die Prüfung der Rechtfertigung letztlich die gleichen Kriterien zur Anwendung kämen.

⁴⁰ Siehe bereits oben bei Fn. 20.

⁴¹ EuGH, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (Union royale belge des sociétés de football association u.a. / Bosman u.a.).

D. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

I. Arbeitnehmerentsendung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) *Rs. C-540/22, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Détachement de travailleurs de pays tiers)*

In dem niederländischen Ausgangssachverhalt der Rs. C-540/22⁴² ging es um ukrainische Staatsangehörige, die von einem slowakischen Unternehmen in die Niederlande zu Arbeiten im Hafen von Rotterdam entsandt worden waren und über eine befristete slowakische Aufenthaltserlaubnis verfügten. Nach niederländischem Recht müssen sie nach 90 Tagen auch eine niederländische Aufenthaltserlaubnis einholen und Gebühren dafür zahlen. Der Gerichtshof äusserte sich zur Vereinbarkeit verschiedener nationaler Regelungen betreffend drittstaatsangehörige entsandte Arbeitnehmer mit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV):

- Art. 56 und 57 AEUV verlangten nicht, dass entsandten drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern „automatisch“ eine Art „abgeleitetes Aufenthaltsrecht“ zuzuerkennen sei. Denn Grundlage der abgeleiteten Aufenthaltsrechte für Familienangehörige sei das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, welche ohne ein solches „automatisches“ Aufenthaltsrecht auch für Familienangehörige von der Wahrnehmung ihrer Freizügigkeitsrechte abgehalten werden könnten, ganz abgesehen davon, dass hier auch das Grundrecht auf Privat- und Familienleben zu beachten sei. Daher könne das Konzept der abgeleiteten Aufenthaltsrechte nicht auf von Unternehmen entsandte Arbeitnehmer übertragen werden, so dass sich aus Art. 56, 57 AEUV nicht ableiten lasse, dass drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern, die von einem Unternehmen in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, um dort in dessen Namen eine Dienstleistung zu erbringen, automatisch ein Aufenthaltsrecht in diesem Mitgliedstaat für die Dauer dieser Leistung zuzuerkennen sei.
- Eine Regelung, wonach für entsandte Arbeitnehmer ab einer länger als drei Monate⁴³ dauernden Dienstleistung eine Aufenthaltserlaubnis einzuholen ist, verbunden mit der Verpflichtung, bis zum Erhalt dieser Erlaubnis die Dienstleis-

⁴² EuGH, Rs. C-540/22, ECLI:EU:C:2024:530 (Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Détachement de travailleurs de pays tiers)).

⁴³ Für Aufenthalte unter drei Monaten ist Art. 21 Abs. 1 SDÜ von Bedeutung: Danach dürfen sich Drittstaatsangehörige, die Inhaber eines von einem Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, höchstens 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen grundsätzlich frei im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten bewegen. Dagegen fallen Aufenthalte von über 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen weiterhin in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, vgl. EuGH, C-638/16, ECLI:EU:C:2017:173 (PPU - X und X).

tung zu melden und den Behörden des Aufnahmemitgliedstaats die Aufenthaltserlaubnisse der betreffenden Arbeitnehmer im Entsendestaat und deren Arbeitsverträge zu übermitteln, stehe mit Art. 56 AEUV in Einklang. Denn diese Erfordernisse stellten zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, doch könnten sie mit dem Anliegen der Verbesserung der Rechtssicherheit für die entsandten Arbeitnehmer sowie der öffentlichen Ordnung (Überprüfung, durch den Aufenthaltsmitgliedstaat, dass die Arbeitnehmer keine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen) gerechtfertigt werden, denn auch die Verhältnismässigkeit sei hier gewahrt, wie der EuGH im Einzelnen darlegt. Hingegen könne das Anliegen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, zwar in Bezug auf Drittstaatsangehörige einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der jedoch nicht in Bezug auf entsandte Arbeitnehmer geltend gemacht werden könne, da diese unter der Aufsicht und Weisungsbefugnis ihres Arbeitgebers tätig werden und nach Erfüllung ihres Auftrags in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren.⁴⁴

- Schliesslich dürfe die Dauer der Gültigkeit der erteilten Aufenthaltserlaubnis kürzer sein als die für die Erbringung der Dienstleistung notwendige Aufenthaltsdauer, soweit die Dauer nicht offensichtlich zu kurz ist, um den Bedürfnissen der meisten Dienstleistungserbringer zu entsprechen. Auch dürfe sie auf die Dauer der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis im Niederlassungsstaat beschränkt sein, sofern eine Verlängerung ohne übermässige Formalitäten möglich ist, und es dürften Gebühren verlangt werden, die höher sind als die Gebühren für die Ausstellung eines Nachweises über den rechtmässigen Aufenthalt eines Unionsbürgers, wobei aber das Kostendeckungsprinzip zu beachten sei.

Bemerkenswert ist, dass der EuGH bei den beiden ersten Massnahmen bereits eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs verneinen dürfte. Denn einerseits weist er darauf hin, dass kein Eingriff in Art. 56 AEUV vorliege bei Vorgaben, welche nicht die Regelung der Bedingungen für die Erbringung der Dienstleistungen bezweckten und deren beschränkende Wirkungen auf den freien Dienstleistungsverkehr zu ungewiss und zu mittelbar seien, als dass die in ihr aufgestellte Verpflichtung als geeignet angesehen werden könne.⁴⁵ Andererseits hält er fest, die Dienstleistungserbringer müssten im Niederlassungsstaat rechtmässig tätig sein, so dass drittstaatsangehörige Arbeitnehmer dort auch über eine Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis verfügen müssten. Diese Anforderung im Aufnahmestaat beschränke die Dienstleistungsfreiheit daher nicht.

Insgesamt führt dieses Urteil die bereits seit einigen Jahren in der Rechtsprechung erkennbare Tendenz fort, den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei den Anforderungen an die Arbeitnehmerentsendung eher weit zu ziehen und ihnen

⁴⁴ S. insoweit schon EuGH, Rs. C-18/17, ECLI:EU:C:2018:904 (Danieli & C. Officine Meccaniche u.a.).

⁴⁵ S. insoweit schon EuGH, Rs. C-411/21, ECLI:EU:C:2022:836 (Instituto do Cinema e do Audiovisual).

somit die Verfolgung von zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls zu ermöglichen.

b) *Rs. C-387/22, Nord Vest Pro Sani Pro*

Im Zentrum des Ausgangsverfahrens der Rs. C-387/22⁴⁶ stand eine rumänische Regelung, wonach gewisse steuerliche und soziale Vergünstigungen für Beschäftigte des Bausektors (konkret ging es um gewisse Befreiungen von der Einkommenssteuer, die Herabsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen und die Befreiung von der Entrichtung von Krankenversicherungsbeiträgen) nur dann gewährt werden, wenn diese ihre Tätigkeiten im Inland ausüben. Eine solche Regelung stelle eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar: Auch wenn sie unterschiedslos auf alle Unternehmen des Bausektors, die im Inland tätig sind, anwendbar ist, sei sie doch geeignet, rumänische Unternehmen davon abzuhalten, in einem anderen Mitgliedstaat durch die Entsendung von Arbeitnehmern Dienstleistungen zu erbringen, da sie die Arbeitskosten senke, so dass die Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat weniger attraktiv sei. Eine Rechtfertigung komme grundsätzlich in Betracht, soweit sich in Rumänien gegründete Unternehmen, welche Bauleistungen in Rumänien erbringen, in einer objektiv nicht vergleichbaren Situation wie in Rumänien gegründete Unternehmen, welche Bauleistungen im EU-Ausland erbringen, befänden. Hierfür sei massgeblich, ob für eine solche Ungleichbehandlung ein zwingendes Ziel des Allgemeinwohls angeführt werden könne und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werde. In Betracht komme vorliegend zunächst der soziale Schutz der Beschäftigten, da die streitige Massnahme ihren Nettolohn erhöhen und somit zur Verringerung des Lohngefälles zwischen den Mitgliedstaaten beitragen könnte. Hierfür müsse jedoch sichergestellt werden, dass die Unternehmen die Vergünstigungen auch tatsächlich in der Praxis an die Beschäftigten weitergeben, da nur unter dieser Voraussetzung von der Geeignetheit der Massnahme ausgegangen werden könne; zudem sei noch die Erforderlichkeit zu prüfen. Diese Prüfung der Verhältnismässigkeit sei indessen Sache des vorlegenden Gerichts, wobei der EuGH keine weiteren Anhaltspunkte für die Durchführung dieser Prüfung formuliert. Weiter komme als Rechtfertigungsgrund die Bekämpfung der spezifischen Probleme des rumänischen Bausektors in Frage, da hier im Zuge der Abwanderung von Beschäftigten in andere Mitgliedstaaten aufgrund des dortigen höheren Lohnes ein Arbeitskräftemangel festzustellen sei. Hierbei handle es sich grundsätzlich um einen wirtschaftlichen Grund, da es letztlich um die Förderung der nationalen Wirtschaft und deren gutes Funktionieren gehe, welcher kein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls darstelle. Soweit solche Probleme indessen systemische Risiken für einen Sektor mit einer gewissen Bedeutung für die Entwicklung des Mitgliedstaates (wie vorliegend der Bausektor) nach sich zögen, könne die Gewährleistung der

⁴⁶ EuGH, Rs. C-387/22, ECLI:EU:C:2024:786 (Nord Vest Pro Sani Pro).

Funktionsfähigkeit bzw. des Fortbestands dieses Sektors durchaus einen zwingenden Grund des Allgemeinwohls darstellen. Auch hier sei jedoch die Verhältnismässigkeit entscheidend, welche durch das nationale Gericht zu prüfen sei.

Das Urteil betrifft somit eine Art „Wegzugsbeschränkung“ im Entsendesektor (wobei bemerkenswert ist, dass trotz der Betroffenheit der Arbeitnehmer die Dienstleistungsfreiheit und nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit als einschlägig erachtet wird, was aber insofern überzeugt, als es letztlich um die Erschwerung von Entsendungen geht) und damit eine sehr spezifische Konstellation. Letztlich sollen Anreize geschaffen werden, damit die inländischen Bauarbeiter nicht ins Ausland abwandern. Der EuGH anerkennt grundsätzlich die Rechtfertigungsfähigkeit einer solchen Regelung, soweit die Funktionsfähigkeit des Sektors betroffen ist; indessen überlässt er die Prüfung der Verhältnismässigkeit gänzlich dem nationalen Gericht, ohne auf hier möglicherweise relevante Gesichtspunkte im Einzelnen hinzuweisen. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit der Massnahme bestehen aber gewisse Zweifel: Zwar führt sie letztlich – immer soweit sie im Ergebnis tatsächlich massgeblich den Beschäftigten zugute kommt – zu einer Erhöhung des Gehalts der betreffenden Arbeitnehmer und entfaltet damit eine ähnliche Wirkung wie Mindestlohngarantien oder vergleichbare Massnahmen, was grundsätzlich als mit Blick auf den sozialen Schutz und die Attraktivität der Beschäftigung geeignet und erforderlich angesehen werden kann. Indessen erschliesst sich nicht, warum insofern eine Differenzierung zwischen entsandten und einheimischen Beschäftigten vorgesehen werden muss, geht es doch jedenfalls um im Inland angestellte Personen, zumal sich die Unternehmen durch die Erbringung von Dienstleistungen im Ausland auch wirtschaftlich entwickeln können, so dass die Beschränkung der Entsendung gerade auch den gegenteiligen Effekt als den erhofften entfalten könnte. Immerhin erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die nach der Entsendegesetzgebung ggf. im Ausland zu zahlenden höheren Löhne insofern die Unterscheidung begründen könnten. Im Übrigen ist das Urteil aus grundsätzlicher Sicht insofern von Bedeutung, als ihm praktisch keine Anhaltspunkte für die letztlich entscheidende Prüfung der Verhältnismässigkeit zu entnehmen sind, die vollumfänglich dem nationalen Gericht überantwortet wird. Dieser weite Gestaltungsspielraum dürfte auch für andere nationale Massnahmen, welche die Abwanderung von Fachkräften bekämpfen sollen, von Bedeutung sein, wenn auch zu beachten ist, dass dieses Anliegen als solches nur bei einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des betreffenden Sektors geltend gemacht werden kann, der zudem von einer gewissen Bedeutung für die Wirtschaft des jeweiligen Mitgliedstaats sein muss, so dass letztlich das Funktionieren des betreffenden Staates in Mitleidenschaft gezogen wird.

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Das FZA garantiert die Dienstleistungsfreiheit in Art. 5 FZA und Art. 17-23 Anhang I FZA, wobei diese nicht vollständig aus dem Unionsrecht übernommen wird, sondern im Wesentlichen Aufenthaltsrechte für Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger gewährt werden (so jedenfalls die Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichts als auch des EuGH).⁴⁷ Dienstleistungserbringer haben das Recht, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei zu erbringen, sofern deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet (Art. 5 Abs. 1, Art. 17, 21 Anhang I FZA). Art. 19 Anhang I FZA verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinsichtlich der Dienstleistungserbringung im Verhältnis zu eigenen Staatsangehörigen. Diese Rechte stehen gemäss Art. 18 Anhang I FZA neben natürlichen auch juristischen Personen zu. Des Weiteren ist gemäss Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA auch die Richtlinie 96/71⁴⁸ im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des FZA anwendbar. Massnahmen, die die Einreise oder den Aufenthalt der entsandten Arbeitnehmer beschränken, sind verboten gemäss Art. 17 lit. b Anhang I FZA.

Gemäss diesen Vorschriften gelten nach dem FZA parallele Regelungen wie im Unionsrecht hinsichtlich des Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger entsandter Arbeitnehmer, allfälliger Meldepflichten und der Pflicht zur Einholung einer Aufenthaltserlaubnis. Die Ausführungen des EuGH in der Rs. C-540/22 stellen im Wesentlichen eine Fortführung der bisherigen Urteile zum Entsenderecht dar und wenden die Regelungen gemäss den Grundsätzen der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung auf eine neue Fallgestaltung an. Somit lassen sich die Erwägungen des Gerichtshofs zur Begründung des Aufenthaltsrechts der entsandten Arbeitnehmer, zur Pflicht zur Einholung einer Aufenthaltserlaubnis, zu deren Gültigkeitsdauer und allfälligen Gebühren sowie zur Zulässigkeit von Meldepflichten der Arbeitgeber auf das FZA übertragen.

Das Urteil in der Rs. *Nord Vest Pro Sani Pro* weist insofern eine Besonderheit auf, als es den seltenen Fall einer „Wegzugsbeschränkung“ im Bereich der Entsendung zum Gegenstand hat. Die Regelungen des FZA zur Dienstleistungsfreiheit allgemein und zur Entsendung im Besonderen sind überwiegend so formuliert, dass sie sich an den Empfangsstaat, nicht den Entsendestaat richten. Geht man darüber hinaus mit dem Bundesgericht und dem EuGH davon aus, dass das FZA im Bereich der Dienstleistungsfreiheit gerade kein allgemeines Beschränkungsverbot enthält (s.o.), sondern im Wesentlichen Aufenthaltsrechte für Dienstleistungserbringer und

⁴⁷ Vgl. BGE 133 V 624; BGE 134 V 330; EuGH, Rs. C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 (Hengartner und Gasser). Siehe hierzu und zur Dienstleistungsfreiheit im FZA allgemein 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 2010/2011, 2011, 75, 120 ff.

⁴⁸ Richtlinie 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

Dienstleistungsempfänger gewährt, so könnte die Übertragbarkeit des Urteils auf das FZA fraglich erscheinen. Diese gemäss der Rechtsprechung durch das FZA gewährten Rechte können jedoch nicht nur durch Massnahmen des Empfangsstaates, sondern auch des Entsendestaates beschränkt werden. Des Weiteren schliesst der Wortlaut von Art. 5 FZA sowie insbesondere Art. 17 und Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA es nicht aus, dass das dort geregelte Verbot von Beschränkungen sich auch an den Staat wendet, in dem das entsendende Unternehmen seinen Sitz hat. Da sich in Bezug auf die Konstellation des Ausgangsfalles im Rahmen des FZA die gleiche Interessenlage stellt wie im Unionsrecht, dürften diese Vorschriften parallel zum EU-Recht auszulegen sein und daher zum gleichen Ergebnis führen, zumal auch die Ausführungen des EuGH zu den Möglichkeiten einer Rechtfertigung im Wesentlichen die etablierten Kriterien der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung auf eine in der Tat neue Konstellation anwenden.

II. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) *Rs. C-276/22, Edil Work 2 und S.T.*

Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) umfasst nach ständiger Rechtsprechung auch das Recht, Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten zu gründen. Sieht nun ein Mitgliedstaat vor, dass auf Geschäftsführungsmassnahmen in Zweigniederlassungen allgemein die nationalen Vorschriften immer dann anwendbar sind, wenn die betreffende Gesellschaft hauptsächlich in diesem Mitgliedstaat tätig ist, stelle dies einen unzulässigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar, so der EuGH in der Rs. C-276/22.⁴⁹ Denn eine solche Regelung bringe es mit sich, dass neben den Vorgaben der Rechtsordnung des Hauptniederlassungsstaats auch allgemein diejenigen des „Tätigkeitsstaates“ zu beachten seien, womit die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv sei und diese somit behindert werde. Eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses (konkret der Schutz von Aktionären, Gläubigern, Arbeitnehmern und Dritten) komme zwar grundsätzlich in Betracht; indessen sei eine solche Massnahme nicht erforderlich, da sie einerseits ungeachtet einer konkreten Gefährdung der genannten Interessen zur Anwendung komme und andererseits nicht berücksichtige, ob diesen Interessen bereits im Niederlassungsstaat Rechnung getragen wird. Ebenso wenig könne allein der Umstand, dass eine Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat gegründet wurde, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen, einen Rechtsmissbrauch darstellen; auch könne allein dieser Umstand

⁴⁹ EuGH, Rs. C-276/22, ECLI:EU:C:2024:348 (Edil Work 2 und S.T.).

nicht die allgemeine Vermutung der Steuerhinterziehung begründen. Eine systematische Anwendung nationalen Rechts begründe aber gerade solche allgemeinen Vermutungen und sei daher unverhältnismässig.

Das Urteil – welchem ein besonderer Sachverhalt zugrunde liegt (die einzige Aktivität der eigens von Italien nach Luxemburg gezogenen Gesellschaft bestand in der Verwaltung eines Schlosses in Italien) – liegt in jeder Beziehung auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung und vermag insofern nicht zu überraschen. Es illustriert einmal mehr die Implikationen der unterschiedlichen Vorschriften über die Gründung von Gesellschaften und zeigt auf, dass „pauschale“ Regelungen und Vermutungen regelmässig an der Erforderlichkeit scheitern werden. Dessen ungeachtet steht es den Mitgliedstaaten frei, auf der Grundlage konkreter Gefährdungen öffentlicher Interessen die Anwendung bestimmter nationaler Vorschriften vorzusehen. Hierbei dürften auch gewisse Typisierungen zulässig sein, da den Mitgliedstaaten bei der Frage nach der Verhältnismässigkeit einer die Grundfreiheiten beschränkenden Massnahme ein gewisser Spielraum einzuräumen ist. Dabei wird die Frage nach den Grenzen dieses Spielraums bei generell-abstrakten Regelungen aber regelmässig Abgrenzungsfragen aufwerfen. Entscheidend dürfte jeweils sein, ob die entsprechende Gefährdung und die Erforderlichkeit einer dagegen ergriffenen Massnahme bei einer typisierenden Betrachtung nachvollziehbar dargelegt sind.

b) Rs. C-295/23, Halmer Rechtsanwaltsgesellschaft

Die mit einem Verbot der Beteiligung reiner Finanzinvestoren an einer Rechtsanwaltsgesellschaft verbundene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Kapitalverkehrs könne durch das Anliegen der Wahrung einer ordnungsgemässen Rechtspflege (Gewährleistung der Unabhängigkeit und Integrität von Rechtsanwälten sowie Wahrung des Transparenzgebots und Beachtung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht) gerechtfertigt sein, so der EuGH in der Rs. C-295/23.⁵⁰

Bemerkenswert ist hier in erster Linie die ausführliche Verhältnismässigkeitsprüfung, wobei der Gerichtshof den Mitgliedstaaten aber einen beachtlichen Spielraum einräumt.

c) Rs. C-598/22, Societa Italiana Imprese Balneari

In der Rs. C-598/22⁵¹ verneinte der EuGH das Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da die Auswirkungen der in Frage stehenden nationalen Regelung zu ungewiss und mittelbar seien. Im Ausgangssachverhalt ging es um eine Bestimmung des italienischen Rechts, wonach ein Konzessionär bei Ablauf einer Konzession für die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden (und sofern

⁵⁰ EuGH, Rs. C-295/23, ECLI:EU:C:2024:1037 (Halmer Rechtsanwaltsgesellschaft).

⁵¹ EuGH, Rs. C-598/22, ECLI:EU:C:2024:597 (Societa Italiana Imprese Balneari).

in der Konzessionsurkunde nichts anderes bestimmt ist) verpflichtet ist, die nicht entfernbar gebauten, die er auf dem in Konzession gegebenen Grund und Boden errichtet hat, unmittelbar, unentgeltlich und entschädigungslos zu überlassen, und zwar auch im Fall der Erneuerung der Konzession. Der Fall betraf eine Badeanstalt am Meer, die sich zum grössten Teil auf öffentlichem Grund und Boden einer italienischen Gemeinde befindet.

Der EuGH wendet hier zwar nicht die sog. *Keck*-Rechtsprechung als solche auf die Niederlassungsfreiheit (und weitere Grundfreiheiten ausser der Warenverkehrsfreiheit) an, betont aber gleichzeitig, dass eine Beschränkung wegen zu ungewisser und mittelbarer Wirkungen nur dann verneint werden kann, wenn die betreffende nationale Regelung für alle im Inland tätigen Wirtschaftsteilnehmer gilt und nicht die Regelung der Bedingungen für die Niederlassung der betreffenden Wirtschaftsteilnehmer bezweckt, Kriterien, welche durchaus an die *Keck*-Rechtsprechung erinnern bzw. deren Grundgedanken auf die Niederlassungsfreiheit übertragen.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das FZA gewährt die Niederlassungsfreiheit in Art. 12 ff. Anhang I FZA nur für natürliche, nicht aber für juristische Personen.⁵² Die Vorgaben für die Regulierung von Zweigniederlassungen in der Rs. *Edil Work 2 und S.T.* lassen sich daher nicht auf das FZA übertragen.

Ebenso dürfte es sich bei den Fällen, in denen es um die Beteiligung reiner Finanzinvestoren an einer Rechtsanwaltsgesellschaft geht, in den meisten Fällen ebenfalls um juristische Personen handeln, so dass das Urteil in der Rs. *Halmer Rechtsanwaltsgesellschaft* in diesen Konstellationen nicht auf die Auslegung des FZA übertragbar wäre. Anders wäre es jedoch, wenn es sich um die beabsichtigte, bloss finanzielle Beteiligung einer natürlichen Person an einer Anwaltssozietät ginge. In diesem Falle könnte sich die Person grundsätzlich auf Art. 12 ff. Anhang I FZA berufen, wobei die Entscheidung des EuGH den Mitgliedstaaten hier einen grossen Gestaltungsspielraum einräumt.

Auch eine Übertragung des Urteils in der Rs. *Societa Italiana Imprese Balneari* auf das FZA kommt nur in Betracht, wenn es sich bei den Konzessionären nicht um juristische Personen handelt. Im Übrigen stellen die Ausführungen des EuGH

⁵² 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.

jedoch eine Anwendung der aus der bisherigen Rechtsprechung bekannten Grundsätze auf eine neue Fallgestaltung dar und lassen sich daher auch auf die Auslegung des FZA in einer ähnlichen Fallkonstellation, aber auch auf andere vergleichbare Fälle übertragen.

III. Diplomanerkennung

1. *Zur Rechtsprechung des EuGH: Rs. C-75/22, Kommission/Tschechische Republik (Qualifications professionnelles)*

In der Rs. C-75/22⁵³ stellte der Gerichtshof fest, dass Tschechien verschiedene Vorgaben der RL 2005/36 (Diplomanerkennungsrichtlinie)⁵⁴ nicht korrekt umgesetzt habe (wobei eine Reihe weiterer Rügen als unzulässig oder unbegründet zurückgewiesen wurde):

- Nach Art. 3 Abs. 1 lit. h RL 2005/36 haben die Mitgliedstaaten die Rechtsstellung des Antragstellers in dem Aufnahmemitgliedstaat, in dem er sich durch einen Anpassungslehrgang⁵⁵ auf die Eignungsprüfung vorzubereiten wünscht, festzulegen. Art. 3 Abs. 1 lit. g, h RL 2005/36 verlange somit, dass den betreffenden Personen eine Rechtsstellung zukomme und ihnen Rechte garantiert werden, hinsichtlich derer die Richtlinie jedoch lediglich vorsehe, dass sie sich u. a. auf das Aufenthaltsrecht, die sozialen Rechte und Leistungen, Vergütungen und Bezüge beziehen und das Unionsrecht beachten müssten. Vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Anforderungen an eine hinreichend klare Umsetzung, die der Rechtssicherheit Rechnung trägt, müsse es den Betroffenen aber möglich sein, im Aufnahmemitgliedstaat leicht Kenntnis von der im Sinne dieser Bestimmung auf sie anwendbaren „Rechtsstellung“ zu nehmen, was das Bestehen klarer Regeln voraussetze, die konkret ihre Situation betreffen. Diese fehlten jedoch in Tschechien, wie der Gerichtshof im Einzelnen darlegt.
- Weiter seien keine Vorschriften erlassen worden, die erforderlich sind, damit Tierärzte und Architekten im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit die Erbringung von Dienstleistungen unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmemitgliedstaats erbringen können (vgl. Art. 7 Abs. 3 RL 2005/36).
- Schliesslich habe Tschechien nicht gemäss Art. 51 Abs. 1 RL 2005/36 diejenigen Vorschriften erlassen, die erforderlich sind, damit die zuständige Behörde

⁵³ EuGH, Rs. C-75/22, ECLI:EU:C:2024:390 (Kommission/Tschechische Republik (Qualifications professionnelles)).

⁵⁴ RL 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

⁵⁵ Wobei Art. 3 Abs. 1 lit. g RL 2005/36 den „Anpassungslehrgang“ definiert als die Ausübung eines reglementierten Berufs, die in dem Aufnahmemitgliedstaat unter der Verantwortung eines qualifizierten Berufsangehörigen erfolgt und gegebenenfalls mit einer Zusatzausbildung einhergeht.

des Aufnahmemitgliedstaats über eine Frist von einem Monat verfügt, um den Eingang des Antrags auf Anerkennung von Berufsqualifikationen zu bestätigen und dem Antragsteller gegebenenfalls mitzuteilen, welche Unterlagen fehlen.⁵⁶

2. *Bezug zur Rechtslage in der Schweiz*

Im Verhältnis Schweiz-EU findet die Diplomanerkennungsrichtlinie 2005/36 Anwendung gemäss Art. 9 FZA und Anhang III Abschnitt A.1.a. FZA. Die Regelungen der Richtlinie dienen der Realisierung des Binnenmarktes und sind darauf gerichtet, allen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten gleichen Zugang zu den dort geregelten reglementierten Berufen zu gewähren. Aus diesem Ziel ergibt sich, dass die Vorschriften der Richtlinie einheitlich auszulegen sind, egal ob es sich um Sachverhalte zwischen Mitgliedstaaten der EU oder mit Bezug zur Schweiz handelt. Die vom EuGH ermittelten Vorgaben für die korrekte Umsetzung der Richtlinie lassen sich somit ohne Weiteres auf die Schweiz übertragen, und es gelten im Ergebnis inhaltsgleiche Pflichten wie im Falle der EU-Mitgliedstaaten. Obwohl die Richtlinie für die Schweiz nicht als supranationales Unionsrecht, sondern als völkervertragliches Recht gilt, gelten die ursprünglich unionsrechtlich begründeten Anforderungen etwa an eine hinreichend klare Umsetzung, die der Rechtssicherheit Rechnung trägt, im Ergebnis auch für die Schweiz, soweit dies erforderlich ist, damit materiell gleichwertige Regelungen wie in den Mitgliedstaaten anwendbar sind. In der Sache handelt es sich bei den Ausführungen des Gerichtshofs im Wesentlichen um die Anwendung bereits bekannter Grundsätze auf einen neuen Sachverhalt, was zusätzlich für die Anwendung der gleichen Vorgaben im Rahmen des FZA spricht.

⁵⁶ S. weiter zur Diplomanerkennung EuGH, Rs. C-768/22, ECLI:EU:C:2024:643 (Kommission/Portugal (Ingénieurs civils)): Verstoss Portugals gegen Art. 49 und 56 AEUV wegen der Beschränkung der Berufsausübung von Architekten bzw. Ingenieuren; EuGH, Rs. C-773/22, ECLI:EU:C:2024:645 (Kommission/Slowakei (Qualifications professionnelles)): unzureichende Umsetzung verschiedener Bestimmungen der RL 2005/36. Zum freien Dienstleistungsverkehr weiter EuGH, Rs. C-10/22, ECLI:EU:C:2024:254 (LEA): Verstoss gegen Art. 56 AEUV einer nationalen Bestimmung, die es unabhängigen Verwertungseinrichtungen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat unter keinen Umständen erlaubt, ihre Dienstleistungen zur Wahrnehmung von Urheberrechten zu erbringen; eine solche Beschränkung könne zwar grundsätzlich durch den Schutz von Rechten des geistigen Eigentums gerechtfertigt werden, sei aber nicht verhältnismässig.

E. Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

Das Urteil in der Rs. C-627/22⁵⁷ betraf eine steuerliche Regelung in Deutschland. Diese sieht vor, dass ein gewisses Anlageverfahren, welches die Geltendmachung bestimmter Aufwendungen ermöglicht und im Anschluss daran zu Steuerrückerstattungen führen kann, Grenzgängern, welche in der Schweiz wohnen und (teilweise) in Deutschland arbeiten, nicht zugänglich ist, wohl aber in Deutschland oder einem (anderen) EU- oder EWR-Staat ansässigen Arbeitnehmern in vergleichbarer Situation. Der EuGH stellte die Unvereinbarkeit einer derartigen Vorschrift mit Art. 7 und 15 FZA i.V.m. Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA fest: In Bezug auf die in der Schweiz ansässigen Personen liege eine (indirekte) Diskriminierung vor. Zwar komme eine Rechtfertigung (insbesondere die Verhinderung von Steuerflucht sowie die Wahrung der Kohärenz des Steuersystems) in Betracht; indessen genüge die konkrete Regelung, wie der Gerichtshof im Einzelnen darlegt, nicht den Anforderungen der Verhältnismässigkeit (welche freilich letztlich vom nationalen Gericht zu beurteilen sei). Die *stand still*-Klausel (Art. 13 FZA) sei nicht relevant, da dieser nicht entnommen werden könne, dass bestehende Beschränkungen aufrechterhalten werden könnten.

Bemerkenswert ist das Urteil insbesondere, weil es einen weiteren Anwendungsfall des Ansatzes des Gerichtshofs bei der Auslegung des FZA darstellt, wonach er zwar darauf hinweist, eine „automatische“ Übertragung der Auslegungsgrundsätze des EU-Rechts auf parallele Bestimmungen des FZA komme nicht in Betracht, gleichzeitig aber die Relevanz der Urteile des EuGH – auch soweit nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung betroffen ist – betont und die Vorlagefrage dann unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung zum EU-Binnenmarktrecht beantwortet. Insoweit dürfte der EuGH also im Ergebnis von einem „Grundsatz der parallelen Auslegung“ abkommensrechtlicher Bestimmungen, welche dem EU-Recht nachgebildet sind, ausgehen; dieser Grundsatz gilt dann nicht, wenn das Abkommen selbst anderslautende Regelungen enthält. Ob letzteres der Fall ist oder nicht, kann mitunter schwierige Auslegungsfragen aufwerfen, wie auch im Zusammenhang mit dem Ausgangssachverhalt der Rs. C-627/22 deutlich wird: Der Gerichtshof bejaht – in Anlehnung an die Situation im Unionsrecht – die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens, dies im Gegensatz zu seinem Urteil in der Rs. C-355/16:⁵⁸ In diesem Urteil knüpfte der EuGH an den Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA an, wonach der Anwendungsbereich der Bestimmung bzw. schon des Abkommens nur dann eröffnet ist, wenn sich eine Person zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei niederlassen will, so dass allein die Verlegung des Wohn-

⁵⁷ EuGH, Rs. C-627/22, ECLI:EU:C:2024:431 (Finanzamt Köln-Süd (Imposition sur demande d'un assujetti partiel)).

⁵⁸ EuGH, Rs. C-355/16, ECLI:EU:C:2018:184 (Picart).

sitzes eines selbständig Erwerbstätigen in die Schweiz (bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung dieser Erwerbstätigkeit im Herkunftsstaat) nicht erfasst sei. Anders entscheidet er nun im Urteil in der Rs. C-627/22, in dem es um einen Arbeitnehmer ging, der seinen Wohnsitz in die Schweiz verlegt hatte, aber nach wie vor im Herkunftsstaat als unselbständiger Grenzgänger tätig war. Mit guten Gründen wurde im Zusammenhang mit diesem Urteil darauf hingewiesen, dass diese Differenzierung nicht zwingend ist.⁵⁹

F. Assoziierungsabkommen EU-Türkei

Art. 13 des Beschlusses 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei – welcher durch das Assoziierungsabkommen der EU mit der Türkei eingesetzt wurde – enthält ein sog. Stillhaltegebot: Die Vertragsparteien dürfen für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäss sind, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen. Der Fall betraf eine Regelung eines Mitgliedstaats, welche die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis an einen türkischen Arbeitnehmer, der sich rechtmässig in diesem Mitgliedstaat aufhält und in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 Beschluss 1/80 fällt, an restriktivere Voraussetzungen knüpft als diejenigen, die bei Inkrafttreten des Assoziationsratsbeschlusses in diesem Mitgliedstaat galten. Diese neue Regelung verstosse – so der EuGH in der Rs. C-375/23⁶⁰ – nicht gegen das Stillhaltegebot, sofern sie die Ausübung der Freizügigkeit durch türkische Staatsangehörige, die sich rechtmässig in diesem Mitgliedstaat aufhalten, im Hoheitsgebiet dieses Staats nicht beeinträchtigt; diesfalls handle es sich nicht um eine „neue Beschränkung“ im Sinne von Art. 13 Beschluss 1/80. Denn das Stillhaltegebot stehe zwar allgemein der Einführung neuer innerstaatlicher Massnahmen, die bezwecken oder bewirken, dass die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch einen türkischen Staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat restriktiveren Voraussetzungen als denjenigen unterworfen wird, die für ihn beim Inkrafttreten dieses Beschlusses in dem betreffenden Mitgliedstaat galten, entgegen. Dabei könnten sowohl neue Beschränkungen in Bezug auf den erstmaligen Zugang als auch solche, welche bereits in dem jeweiligen Mitgliedstaat aufhältige Personen betreffen (wie die Voraussetzungen für den rechtmässigen

⁵⁹ Vgl. im Einzelnen und sehr überzeugend zur Rs. C-627/22 *Benedikt Pirker*, Zum Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens in EuGH, Rs. C-627/22 AB, Jusletter vom 21. Oktober 2024. S. weiter zum FZA EuGH, Rs. C-329/23, ECLI:EU:C:2024:802 (Sozialversicherungsanstalt): Anwendung der Koordinierungsverordnung VO 883/2004 auf die Situation eines in einem EU-Mitgliedstaat, einem EWR-Mitgliedstaat und der Schweiz tätigen selbständig Erwerbenden.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-375/23, ECLI:EU:C:2024:572 (Meislev).

Aufenthalt), erfasst sein.⁶¹ Indessen beeinträchtigt die Einführung restriktiverer Voraussetzungen für die Erlangung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis nicht als solche die Rechte der betroffenen Arbeitnehmer (welche gerade nicht ein Recht auf einen unbefristeten Aufenthalt umfassten), da sie diese nicht daran hindere, weiterhin ihre Erwerbstätigkeit auszuüben und die Rechte aus dieser Bestimmung, insbesondere das Aufenthaltsrecht in diesem Mitgliedstaat, in Anspruch zu nehmen.

Dieser Ansatz impliziert letztlich eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des Assoziierungsrechts, dessen Anwendung auf Niederlassungsrechte bzw. unbefristete Aufenthaltsrechte verneint wird. Falls somit der Anwendungsbereich der sich aus dem Assoziierungsrecht ergebenden Rechte der erfassten Arbeitnehmer nicht eröffnet ist, kann konsequenterweise eine diesbezügliche Regelung auch keine „neue Beschränkung“ im Sinn des Art. 13 Beschluss 1/80 darstellen.

Das Freizügigkeitsabkommen enthält in Art. 13 FZA ebenfalls eine *stand still*-Klausel. Darin verpflichten sich die Vertragsparteien, „in den unter dieses Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen“. Der grundsätzliche Ansatz des Gerichtshofs dürfte auch in Bezug auf diese Bestimmung zum Zuge kommen. Allerdings ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich und die Reichweite der im Freizügigkeitsabkommen geregelten Rechte weiter gehen dürften als die im Assoziierungsrecht EU-Türkei verankerten Rechte, insbesondere indem Arbeitnehmern unter gewissen Voraussetzungen dauerhafte Verbleiberechte eingeräumt werden. Durch die angestrebte teilweise Übernahme der RL 2004/38 im Rahmen der „Bilateralen III“ würden diese Rechte noch ausgedehnt werden, da Erwerbstätigen allgemein grundsätzlich nach einem mindestens fünfjährigen rechtmässigen Aufenthalt ein Daueraufenthaltsrecht eingeräumt werden soll.⁶²

G. Schluss

Auch im Jahre 2024 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

⁶¹ Vgl. insoweit schon 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)).

⁶² Vgl. EDA, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU» - Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 13. Juni 2025, abrufbar unter: <<https://backend.europa.eda.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-europaedach-files/files/2025/06/13/5109bb29-c0e4-45bf-ba19-8eda506ef7b8.pdf>> (zuletzt besucht am 20.06.2025).

Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens übertragen, so dass auch dieser Bericht die Relevanz der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung des Abkommens aufzeigt, soweit diejenigen Bereiche betroffen sind, in denen sich im Abkommen parallele Vorschriften zum Unionsrecht finden.

Bemerkenswert ist in Bezug auf einige der Urteile, dass der Gerichtshof zwar die ihm im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vorgelegten Fragen beantwortet, jedoch den vorlegenden nationalen Gerichten in diesem Rahmen mitunter ausdrücklich für die diesen obliegende Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits einen weiten Spielraum einräumt, insbesondere im Rahmen der häufig entscheidenden Verhältnismässigkeitsprüfung. Illustriert wird dies etwa durch die Urteile zur Arbeitnehmerentsendung, welche verdeutlichen, dass den Mitgliedstaaten bzw. im Anschluss an die mitgliedstaatlichen Regelungen den nationalen Gerichten hier durchaus ein nicht zu unterschätzender Spielraum zukommt.

Diese Erkenntnis ist auch im Rahmen der sog. „Bilateralen III“ von Bedeutung. Der Bundesrat hat am 20. Dezember 2024 – gemeinsam mit der Kommission – den Abschluss der materiellen Verhandlungen mitgeteilt. Am 13. Juni 2025 hat der Bundesrat die mit der EU ausgehandelten Abkommenstexte gutgeheissen und die Vernehmlassung zum Paket Schweiz–EU eröffnet.⁶³ Das Paket umfasst neben den Abkommen auch die Gesetze, die die innerstaatliche Umsetzung ermöglichen, darunter die flankierenden Massnahmen.⁶⁴ Im Rahmen der Regelung der sog. Institutionellen Fragen ist für die Binnenmarktabkommen (darunter das FZA) ein Streitbeilegungsverfahren vorgesehen, im Rahmen desselben die Vertragsparteien bei Uneinigkeiten über die Anwendung oder Auslegung des betreffenden Abkommens ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht anrufen können. Dieses muss für den Fall, dass die Entscheidung der Streitigkeit die Auslegung oder Anwendung von in das Abkommen übernommenen EU-Rechtsakten oder unionsrechtlichen Begriffen erfordert, den EuGH um deren Auslegung ersuchen. Die eigentliche Entscheidung der Streitigkeit obliegt aber dem Schiedsgericht, welches das Urteil des EuGH zugrundelegen muss.⁶⁵ Dieser Grundmechanismus ähnelt dem Vorabentscheidungsverfahren, so dass die Rolle des Schiedsgerichts durchaus – entgegen gewisser anderslautender Behauptungen in der öffentlichen Debatte – bedeutsam sein wird, ist doch davon auszugehen, dass dem Schiedsgericht parallele Spielräume eingeräumt werden wie den nationalen Gerichten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens.

⁶³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 13. Juni 2025, Paket Schweiz-EU: Der Bundesrat heisst die Abkommen gut und eröffnet die Vernehmlassung, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/de/newsb/gjJJsduojrsl43zOAsGVq>> (zuletzt besucht am 20.06.2025).

⁶⁴ Die Texte der Abkommen sowie der Erläuternde Bericht und Faktenblätter sind abrufbar unter: <<https://www.europa.eda.admin.ch/de/vernehmlassung-paket-schweiz-eu#Abkommen>> (zuletzt besucht am 20.06.2025).

⁶⁵ Vgl. zu diesem Verfahren, m.w.N., *Astrid Epiney*, Die Unionsbürgerrichtlinie: Rechtliche Tragweite und Bedeutung für die Schweiz, EuZ 2024, 1, 23 ff.