

Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 2005, S. 1-31. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Das am 21. Juni 1999 als eines von sieben sog. sektoriellen Abkommen unterzeichnete und am 1. Juni 2002¹ in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen (FZA)² bezweckt die Einführung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG³. Inhaltlich lehnt sich das Abkommen dabei eng an die primär- und sekundärrechtlichen Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts⁴ an und übernimmt diese in weiten Teilen. Weiter geht die Zielsetzung des Abkommens auch und gerade dahin, eine der Rechtslage in der Union parallele Garantie der Freizügigkeit zu verwirklichen.

Die genaue rechtliche Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen erschließt sich aber nur auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH. Vor diesem Hintergrund sind dem Abkommen in Art. 16 FZA denn auch gewisse Vorgaben in Bezug auf die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH für Auslegung und Anwendung der Abkommensbestimmungen zu entnehmen. Allerdings wirft die genaue rechtliche Tragweite dieser Bestimmung sowohl aus dogmatischer als auch aus praktischer Sicht einige grundsätzliche Fragen auf, die noch nicht abschließend geklärt sind und sich letztlich um die genaue Reichweite der rechtlichen Bindungswirkung der Rechtsprechung des EuGH drehen.

* Herrn Rechtsassessor Robert Mosters, LL.M., Lektor am Institut für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg sei herzlich für die Unterstützung bei der Materialsuche und die kritische Durchsicht des Textes gedankt.

¹ Mit den übrigen sechs Abkommen, die die Bereiche Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen betreffen. Für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABi 2002 L 114, 1 ff.

² Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff.; ABi 2002 L 114, 6 ff. In der Schweiz sind, offenbar im Anschluss an die jeweils einschlägige wissenschaftliche Literatur, sowohl die Abkürzung FZA (so das Bundesgericht) als auch die Abkürzung APF (z.B. das Eidgenössische Versicherungsgericht) gebräuchlich.

³ Neben der Schweiz und der EG sind auch deren Mitgliedstaaten Partei des Abkommens, so dass es sich entgegen der verbreiteten umgangssprachlichen Bezeichnung nicht um ein bilaterales, sondern um ein multilaterales Abkommen handelt.

⁴ Zu diesen m.w.N. *Astrid Epiney*, § 14, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 6. Aufl., 2004.

Die folgenden Ausführungen sollen einen Beitrag zur (weiteren) Präzisierung der (rechtlichen) Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens leisten und damit auch die Grundlagen für die Anwendung des Abkommens in der Praxis klären und festigen (III.). Ausgangspunkt hierfür ist ein kurzer Überblick über den Inhalt des Abkommens selbst (II.). Der Beitrag schließt mit einigen Gedanken zum Charakter des Freizügigkeitsabkommens (IV.).

II. Das Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) – ein Überblick

1. Zielsetzung

Ziel des Freizügigkeitsabkommens ist die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“⁵. Art. 1 FZA konkretisiert diese Zielsetzung:

- a) Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien;
- b) Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen;
- c) Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien für Personen, die im Aufnahmestaat keine Erwerbstätigkeit ausüben;
- d) Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer.

Entsprechend den Zielen a) und d) dehnt das Abkommen die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) weitgehend auf die Schweiz und ihre Staatsangehörigen aus. Darüber hinaus genießen auch Nichterwerbstätige Freizügigkeit entsprechend den (im Wesentlichen sekundärrechtlichen) Gewährleistungen im Gemeinschaftsrecht (lit. c). Dagegen wird die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) nur partiell übernommen, indem lediglich die Erbringung kurzfristiger Dienstleistungen liberalisiert wird (lit. b).

Begünstigt werden grundsätzlich nur Staatsangehörige der Schweiz und der EG-Mitgliedstaaten, Drittstaatsangehörige können jedoch als Familienangehörige oder entsandte Arbeitnehmer vom **persönlichen Anwendungsbereich** des Abkommens erfasst sein⁶.

Da die Schweiz inhaltsgleiche Verträge mit den EFTA-Staaten geschlossen hat, welche die EFTA-Konvention abändern und sechs der sektoriellen Abkommen (mit Ausnahme des Forschungsabkommens) genau entsprechen⁷, können sich EFTA-Angehörige auf dieses Parallelabkommen berufen.

⁵ Präambel des Freizügigkeitsabkommens.

⁶ S. z.B. Art. 1 und 3 Anhang I.

⁷ Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), BBl 2001, 5028 ff. Siehe hierzu die Botschaft zur Genehmigung des Abkommens vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), BBl 2001, 4963 ff. Im Verhältnis

2. Überblick über den Inhalt des Abkommens

Das Freizügigkeitsabkommen besteht aus folgenden Teilen⁸:

- Ein insgesamt 25 Artikel umfassender, relativ kurzer Haupttext enthält neben den bereits erwähnten Zielsetzungen die grundsätzlichen Prinzipien und Rechte der erfassten Personen (so u.a. auch das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 2 FZA), einige allgemeine Bestimmungen (so die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit in Art. 10 FZA) und institutionelle Regelungen sowie die bei völkerrechtlichen Verträgen üblichen Schlussbestimmungen.
- Anhang I enthält detaillierte Regelungen über die Freizügigkeit, wobei zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (letztere wird nur in engen Grenzen gewährt) sowie der Freizügigkeit von Nichterwerbstätigen und Familienangehörigen zu unterscheiden ist. Die Bestimmungen des Anhangs sind größtenteils – aber nicht durchgehend – sekundärrechtlichen Regelungen nachgebildet.
- Anhang II betrifft die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, wobei im Wesentlichen auf die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften verwiesen wird und die Schweiz sich verpflichtet, eine „gleichwertige“ Rechtslage sicherzustellen.⁹

Schweiz-Liechtenstein gilt das Protokoll vom 21. Juni 2001, welches integraler Bestandteil des Abkommens zur Änderung des EFTA-Übereinkommens ist.

⁸ Vgl. zum Personenfreizügigkeitsabkommen *Dieter W. Grossen/Claire de Palézieux*, Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, 2002, 87 ff.; *Edgar Imhof*, Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit, SZS/RSAS 2000, 22 ff.; *Steve Peers*, The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: overview and Analysis, *European Journal of Migration and Law* 2000, 127 ff.; *Olivier Mach*, Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse, SJ 2002, 325 (331 ff.); *Matthias Kilian*, Das Abkommen über den freien Personenverkehr zwischen der Europäischen Union und der Schweiz. Neue Betätigungsmöglichkeiten für Europas Rechtsanwälte, ZEuP 2000, 601 ff.; *Walter Kälin*, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 ff.; *Martin Nyffenegger*, Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter besonderer Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, 2001, 79 ff.; *Walter Kälin*, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG*, 2002, 11 ff.

⁹ Zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit nach dem Abkommen *Maria Verena Brombacher Steiner*, Die soziale Sicherheit im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), *Bilaterale Abkommen Schweiz - EU (Erste Analysen)*, 2000, 353 ff.; *Edgar Imhof*, Eine Anleitung zum Gebrauch des Personenfreizügigkeitsabkommens und der VO 1408/71, in: Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), *Aktuelles im Sozialversicherungsrecht*, 2001, 19 ff.; *Bettina Kahil-Wolff*, L'assurance-chômage et l'accord sur la libre circulation des personnes CH-CE, SZS 1999, S. 432 ff.; *Bettina Kahil-Wolff*, L'assurance-maladie sociale vue sous l'angle de l'accord sur la libre circulation des personnes Suisse-CE, SZS 2000, 232 ff.; *Bettina Kahil-Wolff*, L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse-CE et le droit des assurances sociales, SJ 2001, 81 ff.; *Thomas Locher*, Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens auf das schweizerische Sozialversicherungsrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Die sektoriellen Abkommen Schweiz - EG*, Bern 2002, 39 ff.; *Roland A. Müller*, Soziale Sicherheit, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz - EG*, Zürich 2002, 139 ff.; *Erwin Murer* (Hrsg.), *Das Personenverkehrsabkommen mit der EU und seine Auswirkungen auf die soziale Sicherheit der Schweiz*, 2001; *René Schaffhauser/Christian Schürer* (Hrsg.), *Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale*

- Anhang III entspricht strukturell Anhang II und enthält Regelungen über die Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen beruflichen Befähigungsausweisen.

Dazu kommen noch drei Protokolle, die ebenfalls Bestandteil des Abkommens sind (Art. 15 FZA), sowie eine Schlussakte mit gemeinsamen und einseitigen Erklärungen der Vertragsparteien, welche bei der Auslegung des Abkommens zu berücksichtigen sind¹⁰.

III. Zu den Implikationen der Rechtsprechung des EuGH, unter besonderer Berücksichtigung der Tragweite des Art. 16 FZA

Die Rolle der Rechtsprechung des EuGH für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens wird in Art. 16 FZA umschrieben.

Art. 16 Abs. 2 FZA:

„Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Um das ordnungsgemäße Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.“

Im Folgenden soll der rechtlichen Tragweite dieser Bestimmung – die letztlich eine vertraglich vereinbarte, im Verhältnis zu Art. 31 ff. VRK besondere Auslegungsregel darstellt – im Einzelnen nachgegangen werden, um auf dieser Grundlage die Relevanz bzw. die Art der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH im Personenfreizügigkeitsabkommen zu präzisieren und dogmatisch zu erfassen. Hierbei kann – abgesehen von der nicht weiter problematischen Informationspflicht der EG über die Entwicklung der Rechtsprechung nach der Unterzeichnung – zwischen drei Aspekten unterschieden werden: die durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA erfasste („alte“) Rechtsprechung (1.), die Kompetenzen des Gemischten Ausschusses (2.) und die Bedeutung der neuen Rechtsprechung im Rahmen des Abkommens (3.).

1. Zur unter Art. 16 Abs. 2 S. 1 fallenden Rechtsprechung

Die Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des Abkommens (21.6.1999) ist nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA verbindlich Auslegung und Anwendung des Abkommens zugrundezulegen, so dass die schweizerischen Behörden und Gerichte entsprechend in die (Rechts-)Pflicht

Sicherheit) in der Schweiz, 2001; René Schaffhauser/Christian Schürer (Hrsg.), Rechtsschutz der Versicherten und der Versicherer gemäß Abkommen EU/CH über die Personenfreizügigkeit (APF) im Bereich der Sozialen Sicherheit, 2002 sowie die Beiträge in: Soziale Sicherheit CHSS, Heft 3/1999, 120 ff. und 2/2002, 69 ff.

¹⁰ Vgl. Art. 31 Abs. 2 lit. a und b Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111 (im Folgenden: VRK).

genommen werden. Dieser auf den ersten Blick unproblematisch erscheinende Grundsatz wirft aber in der Anwendung verschiedene Probleme auf, wobei insbesondere zwei von grundsätzlicher Bedeutung sind: das Vorliegen eines Rückgriffs auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe (a) und die Abgrenzung der Rechtsprechung vor und nach der Unterzeichnung (b).

Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei der Umstand, dass der Ausdruck „wird berücksichtigt“ in Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA eine echte Rechtspflicht begründet, die entsprechenden Bestimmungen bzw. Begriffe des Freizügigkeitsabkommens parallel zur in der Rechtsprechung des EuGH zugrunde gelegten Auslegung anzuwenden, wenn die noch zu erörternden Voraussetzungen der Einschlägigkeit dieser Bestimmung vorliegen. Denn nur auf diese Weise kann die Zielsetzung des Abkommens, in den erfassten Bereichen eine parallele Rechtslage in den Beziehungen EU – Schweiz wie innerhalb der EU sicherzustellen, erreicht werden, was klar gegen eine „Beliebigkeit“ der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH spricht und im Übrigen auch der Bestimmung ansonsten jeglichen *effet utile* nähme¹¹.

Auch die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte von diesem Grundsatz ausgehen, so wenn es zur Begründung bzw. zum Nachweis einer bestimmten Auslegung einer mit gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen übereinstimmenden Abkommensbestimmung ohne weitere Präzisierung auf die Rechtsprechung des EuGH verweist¹².

a) Zum Vorliegen eines Rückgriffs auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe

Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA setzt für das Greifen der „Beachtungspflicht“ den Rückgriff des Abkommens auf „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ voraus. Ob und inwieweit diese Voraussetzung tatsächlich gegeben ist, kann aber mitunter schwierig zu beantworten sein: Zu bejahen ist diese Frage sicherlich überall dort, wo das Abkommen wörtlich (entweder durch die Übernahme gemeinschaftsrechtlicher Garantien in das Abkommen oder den Verweis auf gemeinschaftliche Rechtsakte) gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen übernimmt. Häufig aber finden sich im Abkommen die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen nicht im Wortlaut wieder, sondern sind in der einen oder anderen Form modifiziert. In diesen Fällen stellt sich dann regelmäßig die Frage, ob die entsprechenden Bestimmungen auf Begriffe des Gemeinschaftsrechts zurückgreifen oder aber ob aus der abweichenden Formulierung abgeleitet werden kann, dass gerade nicht an das Gemeinschaftsrecht angeknüpft, sondern ein eigenes, abweichendes Konzept zugrunde gelegt werden sollte.

Diese Fragestellung kann selbstverständlich abschließend nur bezugnehmend auf die jeweilige konkrete Bestimmung, ihre Stellung im Gesamtsystem des Abkommens sowie den Zusammenhang mit den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Garantien beantwortet werden. Gleichwohl ist aber bereichsübergreifend festzuhalten, dass die Zielsetzung des Abkommens – die auf der Grundlage der Heranziehung der allgemeinen völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze, neben anderen Kriterien, für die Auslegung des Abkommens

¹¹ Im Grundsatz ebenso *Thomas Cottier/Daniel Dzamko/Erik Evtimov*, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 357 (381 ff.). S. auch BGE 2A.246/2003, Erw. 6.2.

¹² Vgl. z.B. BGE 128 I 280 Erw. 3; BGE 129 II 249 Erw. 4.2; BGE 129 II 215, Erw. 7.2 ff.; BGE 129 II 215 Erw. 7.1 ff.; BGE 130 II 113 Erw. 8; BGE 130 II 176 Erw. 3.

maßgeblich ist¹³ – dahin geht, im Verhältnis zur Schweiz für die erfassten Bereiche eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen. Zum Ausdruck kommt diese Ausrichtung des Abkommens insbesondere in der Präambel, in der betont wird, dass die Vertragsparteien entschlossen sind, die Personenfreizügigkeit zwischen ihnen „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“, und in Art. 16 Abs. 1 FZA, wonach die Vertragsparteien „alle erforderlichen Maßnahmen treffen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden“. Damit können zwar die besonderen Auslegungsgrundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts¹⁴ wie etwa der Grundsatz des *effet utile* nicht als solche im Rahmen des Abkommens herangezogen werden, handelt es sich doch um einen völkerrechtlichen Vertrag, der eben nach anderen Regeln auszulegen ist als das Gemeinschaftsrecht selbst¹⁵. Allerdings finden diese genuin gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze insofern und insoweit mittelbar Eingang in die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, als diesem selbst zu entnehmen ist, dass sich die Tragweite seiner Bestimmungen grundsätzlich an diejenige des Gemeinschaftsrechts anlehnen soll. Ausgehend von diesem Befund kann der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäß, grundsätzlich in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Gemeinschaftsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift¹⁶ und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Gemeinschaftsrecht

¹³ Maßgeblich sind hier die Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31 ff. VRK) analog (eine direkte Anwendung ist hier schon deshalb nicht möglich, weil diese Konvention nur auf Verträge zwischen Staaten anwendbar ist).

¹⁴ Zu diesen m.w.N. *Astrid Epiney*, Rechtsschutz, § 9, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 6. Aufl., 2004.

¹⁵ Zur Frage der Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Rechtsprechung des EuGH m.w.N. *Astrid Epiney/Andreas Felder*, Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVglRWiss 2001, 425 (426 f.).

¹⁶ Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 Erw. 6.2 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichts dürften hier aber tendenziell zu zurückhaltend sein, so wenn das Bundesgericht meint, es würden teilweise grundsätzlich insofern andere Ziele verfolgt, als es nur um eine partielle Beteiligung an den betroffenen Grundfreiheiten gehe (Erw. 6.2). Abgesehen von dem Umstand, dass nicht wirklich ersichtlich ist, wie die (nicht) erfassten Teile zu präzisieren sein sollen, ist dieser Ansatz jedenfalls in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit kaum überzeugend, geht es hier doch offenbar um eine parallele Ausgestaltung der Rechtsregime; hieran ändert auch der Umstand nichts, dass es in der EU zusätzlich die Unionsbürgerschaft gibt.

differierendes Konzept verfolgt wird¹⁷ bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.

Diese Grundsätze sollen an zwei Beispielen aufgezeigt werden: der Auslegung der Personenfreizügigkeitsrechte als Beschränkungsverbote (aa) und der Reichweite des Diskriminierungsverbots nach Art. 2 FZA (bb).

(aa) Zur Auslegung der Personenfreizügigkeitsrechte als Beschränkungsverbote

Zunächst sei auf die Problematik eingegangen, ob und inwieweit das Freizügigkeitsabkommen neben einem weit verstandenen Diskriminierungsverbot auch – wie im europäischen Gemeinschaftsrecht¹⁸ – ein umfassendes Beschränkungsverbot im Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten kennt. Das Abkommen übernimmt nämlich die einschlägigen Vertragsbestimmungen (Art. 39, 43, 49 ff. EGV) nicht wörtlich, sondern sieht ein eigenes System vor. In einigen Bereichen ergibt sich aus diesem klar, dass eine Abweichung von den vertraglichen Regelungen intendiert ist, wie insbesondere die bei der Dienstleistungsfreiheit (Art. 17 Anhang I), die nur für kurzfristige Dienstleistungen gewährleistet wird; in anderen aber – wie insbesondere bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit – lässt das Abkommen nicht erkennen, dass keine Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht gewollt war, womit sich u.a. die Frage stellt, ob hier auch ein Beschränkungsverbot vorgesehen ist. Diese ist durchaus von praktischer Bedeutung, wie das Beispiel der Genehmigungspflicht der Ausübung bestimmter Berufe zu illustrieren vermag, die nur unter der Voraussetzung allgemein am Maßstab des Abkommens geprüft werden kann, dass dieses auch ein Beschränkungsverbot vorsieht, geht es doch hier grundsätzlich um nicht diskriminierende Maßnahmen. Aber auch ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass im Falle der Annahme, das Abkommen enthalte ein Beschränkungsverbot, zahlreiche nationale Bestimmungen an seinem Maßstab zu überprüfen wären. Hingewiesen sei hier etwa auf den 2002 eingeführten „Zulassungsstopp für neue Ärzte“, wonach die Eröffnung neuer Arztpraxen für die Laufzeit der Maßnahme nicht möglich ist¹⁹.

¹⁷ Wie dies etwa bei der Unionsbürgerschaft der Fall ist, die gerade keinen Eingang in das Abkommen gefunden hat. Die entsprechende Rechtsprechung kann also nicht auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden, dies allerdings nur insoweit, als sie tatsächlich die Unionsbürgerschaft betreffen; soweit Bezug auf sekundärrechtlich gewährleistete Aufenthaltsrechte genommen wird, ist die Rechtsprechung grundsätzlich heranzuziehen, woran auch der Umstand nichts ändert, dass zusätzlich auf die Unionsbürgerschaft Bezug genommen wird. Vgl. zum Problemkreis auch *Kay Hailbronner*, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, *EuZ* 2003, 48 (54 f.). Hier wird allerdings teilweise Bezug auf neue Rechtsprechung genommen.

¹⁸ Vgl. hierzu nur die Beiträge in *Dirk Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2002.

¹⁹ Das Bundesgericht setzt sich in einem die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme betreffenden Urteil – in dem es sich u.a. mit der Vereinbarkeit des Zulassungsstopps für Ärzte mit dem Freizügigkeitsabkommen befasste (BG, Urteil 2P.305/2002, Urteil vom 27.11.2003) – bedauerlicherweise gerade nicht mit der Frage auseinander, ob dem Freizügigkeitsabkommen auch ein allgemeines Beschränkungsverbot oder (nur) ein weit zu verstehendes Diskriminierungsverbot entnommen werden kann. Vielmehr prüft es die

Ausgangspunkt für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist notwendigerweise der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen des Abkommens; diese nehmen allerdings in erster Linie Bezug auf ein Diskriminierungsverbot: So ist Art. 2 FZA ein allgemeines Diskriminierungsverbot zu entnehmen; Art. 7 FZA zählt einige mit der Freizügigkeit im Zusammenhang stehende Rechte auf, wobei diese Bestimmung ebenfalls in erster Linie auf das Konzept der Nichtdiskriminierung zurückgreifen dürfte. Weiter erwähnen einige Bestimmungen des Anhangs I Diskriminierungsverbote (Art. 9, 15, 19). Daneben enthält das Abkommen aber auch einige Bestimmungen, die über reine Diskriminierungsverbote hinausgehen, so Art. 7 lit. b) FZA, Art. 8, 14 Anhang I (geographische und berufliche Mobilität). Insgesamt ist damit festzuhalten, dass die im Abkommen enthaltene Regelung der Personenfreizügigkeit in systematischer und regelungstechnischer Hinsicht von derjenigen im EG-Vertrag abweicht: In einigen Gebieten enthält das Abkommen Nichtdiskriminierungsklauseln, in anderen darüber hinausgehende Garantien, und es fehlen insbesondere allgemeine Garantien der Freizügigkeit, so wie sie der EG-Vertrag in Art. 39, 43, 49 kennt.

Vor diesem Hintergrund könnte man auf den ersten Blick dazu neigen anzunehmen, dass das Abkommen das System der Grundfreiheiten – so wie es im EG-Vertrag niedergelegt ist – gerade nicht übernimmt, sondern grundsätzlich nur Diskriminierungsverbote vorsieht, die in einigen spezifischen Bereichen durch genau umrissene, darüber hinausgehende Rechte ergänzt werden. Für diese Sicht könnte weiter sprechen, dass das Abkommen ja gerade keine „Vollteilnahme“ der Schweiz am europäischen Binnenmarkt anstrebe, so dass es nur konsequent sein könnte, in Bezug auf die Reichweite der garantierten Rechte hinter dem Standard der EG zurückzubleiben. Dieser Ansatz zöge die Konsequenz nach sich, dass in Bezug auf die Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote die entsprechende Rechtsprechung des EuGH nicht heranzuziehen wäre, da im Abkommen auf dieses Konzept gerade nicht Bezug genommen wird.

Allerdings trägt diese Sicht zentralen Zielsetzungen des Abkommens und seiner grundsätzlichen Ausrichtung nicht Rechnung: Denn im Abkommen geht es ja gerade darum, dass die Schweiz für den Bereich der Personenfreizügigkeit in den Rechtsraum der EG „integriert“ wird: Sowohl die Präambel des Abkommens als auch Art. 16 lassen klar erkennen, dass das in der EU bestehende Regime der Garantie der Personenfreizügigkeit – womit hier die Grundfreiheiten und die Freizügigkeit gewisser Nichterwerbstätiger gemeint sind, nicht die sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte – auf die Schweiz ausgedehnt werden soll. Dieses Ziel könnte aber gerade nicht erreicht werden, wenn man aus den gemeinschaftsrechtlichen Garantien einen Teil – nämlich das Diskriminierungsverbot –

Maßnahme lediglich unter dem Blickwinkel des Diskriminierungsverbots und verneint aus nicht immer ganz überzeugenden Gründen (werden doch die aus dem Ausland kommenden Personen jedenfalls durch den Grunderlass schon insofern stärker betroffen, als sie ein komplizierteres Zulassungsverfahren zu durchlaufen haben) das Vorliegen einer Diskriminierung. Hätte das Bundesgericht aber auf der Grundlage eines Beschränkungsverbotes argumentieren müssen, wäre es gezwungen gewesen, sich mit der Frage der Rechtfertigung auseinander zu setzen.

herausnimmt und es im Verhältnis zur Schweiz anwendet, während ein anderer Teil – nämlich das Beschränkungsverbot – im Verhältnis zur Schweiz nicht gelten soll. M.a.W.: Die Zielsetzung des Abkommens würde letztlich vereitelt werden, wenn man hier eine entsprechende Unterscheidung trüfe. Nur am Rande sei zudem darauf hingewiesen, dass es mitunter sehr schwierig sein kann, mittelbare Diskriminierungen von Beschränkungen abzugrenzen, so dass es auch schon aus diesem Grund systemwidrig erschiene, nur von einer „Teilübernahme“ der Freizügigkeitsgarantien auszugehen. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, einen Grundsatz in dem Sinn zu formulieren, dass Abweichungen vom in der Gemeinschaft geltenden Regime ausdrücklich im Abkommen Niederschlag gefunden haben müssen, während ansonsten von einer Parallelität der Konzepte und damit der Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH nach Art. 16 Abs. 2 FZA auszugehen ist. Die differierenden Formulierungen der Garantien können angesichts der erwähnten Zielsetzung des Abkommens daher kaum relevant sein und dürften sich in erster Linie durch gesetzestechnische Erwägungen bei der Abfassung des Abkommens erklären lassen. Grundsätzlich ist damit dem Abkommen – ebenso wie dem Gemeinschaftsrecht – im Rahmen der Personenfreizügigkeit ein umfassendes Beschränkungsverbot zu entnehmen²⁰.

(bb) Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots des Art. 2 FZA

Art. 2 FZA ist ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für Staatsangehörige einer Vertragspartei, „die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten (...) bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I, II und III“ zu entnehmen. Diese Bestimmung ist ersichtlich an Art. 12 EGV angelehnt, wenn sie auch in der Formulierung etwas differiert: Art. 12 EGV spricht insbesondere vom Verbot der Diskriminierung im Anwendungsbereich des Vertrages, während Art. 2 FZA auf die Anwendung des Abkommens abstellt. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob in Art. 2 insofern auf „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ im Sinne von Art. 16 Abs. 2 FZA Bezug genommen wird, dass die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 EGV maßgeblich ist. Von Bedeutung ist diese Frage insbesondere für den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots: So fragt es sich, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH

²⁰ Anders aber offenbar BGE 130 II 113, Erw. 6.2, wo das Bundesgericht davon spricht, dass es im Abkommen nur um eine partielle Beteiligung an den betroffenen Grundfreiheiten gehe, ohne sich allerdings genauer mit der Problematik auseinanderzusetzen. S. in diesem Zusammenhang aber auch Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, Entscheid vom 15.11.2003, Basel Magic/Unihockey-Verband (SUHV), Nr. S-0395/II/03, wo das Gericht im Zusammenhang mit Ausländerklauseln im Unihockey allgemein auf die sog. Bosman-Rechtsprechung (EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921), die aber ein Beschränkungsverbot zugrunde legt, Bezug nimmt. Nicht klar wird in diesem Urteil jedoch, ob das Gericht neben den sich aus dem Urteil Bosman ergebenden Aussagen zu diskriminierenden Regelungen auch diejenigen in Bezug auf das Art. 39 EGV zu entnehmende allgemeine Beschränkungsverbot bei seinem Hinweis auf das Urteil im Auge hatte. Das Gericht musste sich auch mit dieser spezifischen Frage nicht beschäftigen, da es im Ausgangsfall nur um eine diskriminierende Regelung ging.

zur Frage der Reichweite des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV²¹ auf Art. 2 FZA „übertragen“ werden kann. Nach dieser Rechtsprechung fallen all diejenigen Regelungen in den Anwendungsbereich des Vertrages, die Implikationen für die Ausübung der Grundfreiheiten entfalten, so auch etwa Studiengebühren für Hochschulen, bereiten letztere doch auf die Berufsausübung vor, so dass ein enger Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit gegeben ist. Zudem schließt der EuGH im Wesentlichen aus dem sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrecht sowie aus den einschlägigen Aufenthaltsrichtlinien, dass letztlich all diejenigen nationalen Regelungen, die die Aufenthaltsbedingungen betreffen (wie etwa eine Reihe sozialer Leistungen), in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen.

Versucht man vor diesem Hintergrund eine Präzisierung der einschlägigen Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA, so ist zu unterscheiden: Soweit die Rechtsprechung darauf abstellt, dass die effektive Verwirklichung der Grundfreiheiten betroffen ist, fällt sie unter Art. 16 Abs. 2 FZA. Denn auch das Personenfreizügigkeitsabkommen verfolgt ja gerade diese Zielsetzungen, und zwar letztlich auf derselben Grundlage wie der EG-Vertrag, so dass – wie bereits erwähnt – eine parallele Rechtslage angestrebt wird.

Daher ist insbesondere die sog. „Gravier-Rechtsprechung“, wonach Studiengebühren in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages fallen, auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens relevant; hieran ändert auch Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen“ für Studierende regelt. Nach der hier vertretenen Ansicht ist unter Zugang nämlich nur die Frage der „sachlichen“ Voraussetzungen des (Hoch-) Schulzugangs, also insbesondere die erforderlichen Qualifikationen (wie bestimmte Schulabschlüsse), zu verstehen; ein allgemeiner Ausschluss der materiellen Zugangsvoraussetzungen (also unter Einbezug der Studiengebühren) hätte m.E. deutlicher im Abkommen zum Ausdruck kommen müssen, auch und gerade angesichts der gefestigten Gravier-Rechtsprechung. Zuzugeben ist allerdings, dass dieser Artikel nicht ganz klar ist, beziehen sich doch die „Unterhaltsbeihilfen“ klar auf finanzielle Aspekte.

In dem Maß allerdings, in dem die Rechtsprechung des EuGH auf die Unionsbürgerschaft zur Umschreibung des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV abstellt, kann sie im Rahmen des Abkommens nicht herangezogen werden, übernimmt dieses doch gerade nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft. Vielmehr beschränkt sich das Abkommen auf die Garantie der wirtschaftlichen Grundfreiheiten sowie der Freizügigkeit Nichterwerbstätiger und Familienangehöriger unter genau umschriebenen Voraussetzungen. Dies bedeutet aber auch, dass die EuGH-Rechtsprechung in dem Ausmaß einschlägig ist, in dem sie sich auf die im Anhang I garantierten Freiheiten bzw. die entsprechenden im EG-Vertrag gewährleisteten Rechte bezieht. Hieran ändert dann auch der Umstand nichts, dass zusätzlich oder ergänzend

²¹ Vgl. EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. C-43/95 (Data Delecta), Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello/Belgien), Urteil vom 2.10.2003; s. auch EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091. Zur Problematik etwa *Klaus-Dieter Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2057 ff.; *Anastasia Iliopoulou/Helen Toner*, A new approach to discrimination against free movers? *D’Hoop v Office National de l’Emploi*, ELR 2003, S. 389 ff.

auf das Konzept der Unionsbürgerschaft Bezug genommen wird²². M.a.W.: Der Anwendungsbereich des Abkommens ist immer schon dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann (z.B. auch ein Tourist auf die passive Dienstleistungsfreiheit²³). Damit ist die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäß den Anhängen I, II und III“ auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH so auszulegen, dass Art. 2 FZA alle Diskriminierungen verbietet, die die Wahrnehmung der im Abkommen (einschließlich seiner Anhänge) gewährleisteten Rechte behindern. Dazu genügt es bereits, dass sich die betreffende Person rechtmäßig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält und somit von ihrem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Insofern können also auch Regelungen der sozialen Sicherheit²⁴ oder das Namensrecht betreffende Bestimmungen²⁵ in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, wobei der Hintergrund nicht in der Wahrnehmung der sich aus der nicht im Abkommen aufgenommenen Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte, sondern in der Inanspruchnahme der sich aus dem Abkommen ergebenden Freizügigkeitsrechte zu sehen ist.

b) Zur Abgrenzung der Rechtsprechung vor und nach der Unterzeichnung

Die grundsätzliche Unterscheidung der Rechtsprechung vor und nach der Unterzeichnung des Personenfreizügigkeitsabkommens liegt zweifellos insofern in der Logik des Abkommens, als die Vertragsparteien eben keinen eigentlichen Integrationsvertrag abschließen wollten²⁶; vielmehr geht das Abkommen davon aus, dass sich die Verpflichtungen der Vertragsparteien aus dem Abkommen selbst grundsätzlich abschließend ergeben und jede Weiterentwicklung der Verpflichtungen im Rahmen der hierfür vorgesehenen Verfahren verläuft. Dies impliziert in Bezug auf die Rechtsprechung, dass von vornherein eine vollumfängliche und strikte Bindungswirkung nur in Bezug auf die bis zur Unterzeichnung bekannte Rechtsprechung des EuGH angenommen werden kann.

Die Abgrenzung zwischen „alter“ – also vor dem 21. Juni 1999 ergangener – und neuer – also nach diesem Datum anzuesiedelnder – Rechtsprechung ist nun aber nicht immer eindeutig: Zwar können selbstverständlich die Daten der Urteile ermittelt werden, und jedes vor dem 21. Juni 1999 erlassene Urteil fällt unter Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA. Der Umkehrschluss hingegen ist erheblich weniger eindeutig: Denn nicht jedes nach dem 21. Juni 1999 ergangene Urteil

²² Cf. EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091. Dieses Urteil erging allerdings erst am 17.9.2002, also nach der Unterzeichnung des Abkommens.

²³ Vgl. z.B. die Fälle betreffend diskriminierender Eintritte in staatliche Museen, EuGH, Rs. C-45/93 (Kommission/Spanien), Slg. 1994, I-911, Ziff. 9 f.; jetzt auch EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Ziff. 12, 28.

²⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191.

²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Urteil vom 2.10.2003.

²⁶ Vgl. aber noch die Bemerkungen unten IV.

stellt tatsächlich eine „neue“ Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA dar, bestätigen doch viele Urteile die bereits bestehende gefestigte Rechtsprechung bzw. wenden diese nur auf neue Fallgestaltungen an, so dass sie jedenfalls in der Sache zu beachten sind bzw. sein könnten. Es dürfte aber auch eine entsprechende rechtliche Verpflichtung zur Beachtung derjenigen „neuen“ Urteile, die „nur“ die „alte“ Rechtsprechung aufgreifen, bestehen; denn Hintergrund der Differenzierung in Art. 16 Abs. 2 FZA ist ja der Umstand, dass die Schweiz nicht „blind“ verpflichtet werden soll, eine bislang noch nicht entwickelte Rechtsprechung zu beachten; diese Erwägung greift aber bei der Bestätigung „alter“ Urteile gerade nicht mehr. Deutlich wird damit, dass nicht jedes nach dem 21. Juni 1999 erlassene Urteil notwendigerweise eine „neue“ Rechtsprechung darstellt, die nicht unter Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA fällt; vielmehr ist hier wohl zwischen der Fortführung bereits bestehender Rechtsprechung und der Entwicklung neuer, bislang so noch nicht entschiedener Grundsätze – soweit eine neue, bislang nicht entschiedene Rechtsfrage Gegenstand eines nach dem 21.6.1999 ergangenen Urteils ist, liegt jedenfalls eine neue Rechtsprechung vor – zu differenzieren²⁷. Ob und inwieweit daher ein nach dem 21.6.1999 ergangenes Urteil in der Sache zu „beachten“ ist oder nicht, ist in den Grenzfällen in jedem Einzelfall und vor dem Hintergrund der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu beurteilen. Grundsätzlich kann aber festgehalten werden, dass immer dann, wenn ein Urteil nur bereits bekannte Grundsätze wiederholt oder auf einen im Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung parallelen Fall (nochmals) anwendet, in der Sache nur die vor dem Stichtag ergangene Rechtsprechung aufgegriffen wird, so dass das entsprechende Urteil im Ergebnis bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu beachten ist. Denn trotz des Datums solcher Urteile geht es letztlich um die vor dem erwähnten Stichtatum bereits bestehende Rechtsprechung, so dass ein Abweichen von solchen Urteilen nicht mit den sich aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ergebenden Verpflichtungen in Einklang stehen dürfte. Geht es hingegen um die Anwendung bekannter Grundsätze auf eine bislang noch nicht entschiedene, im Verhältnis zur Rechtsprechung vor dem 21.6.1999 neue und anders gelagerte Fallgestaltung, dürfte in der Regel eine „neue“ Rechtsprechung vorliegen. Auch diejenigen Urteile, die bereits vor dem 21.6.1999 formulierte Grundsätze präzisieren und/oder weiterentwickeln, dürften zwar in der Regel eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA darstellen. Je enger allerdings die Anknüpfung an die bereits bekannten Grundsätze ausfällt und je zwingender die neu gezogenen Schlussfolgerungen oder Anwendungen angesichts der bereits „gesicherten“ Rechtsprechung sind, desto eher kommt es in Betracht, diese Urteile als Konkretisierungen

²⁷ Wenn das Bundesgericht also pauschal formuliert, dass das „erwähnte Urteil (...) indes aus der Zeit nach der Unterzeichnung des Abkommens vom 21. Juni 1999 (datiert), so dass die Interpretation durch den Gerichtshof laut Art. 16 Abs. 2 FZA für die Anwendung des Abkommens nicht verbindlich ist“, BGE 130 II 1 Erw.3.5, am Ende, so ist diese Aussage zumindest verkürzt und missverständlich. Wenig später im selben Urteil (BGE 130 II 1 Erw. 3.6.1., fällt die Formulierung des Bundesgerichts aber eher so aus, dass es offenbar auf die Frage ankomme, ob ein Problem bereits entschieden worden ist (vor dem 21.6.1999). Unklar, da offenbar ebenfalls allein auf das Urteilsdatum abstellend, auch *Thomas Cottier/Erik Evtimov*, Probleme des Rechtsschutzes, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 2002, 179 (200). I. Erg. wie hier auch etwa *Hailbronner*, EuZ 2003 (Fn. 17), 48 (52).

„alter“ Rechtsprechung zu sehen. Deutlich wird damit auch, dass die Grenzen hier notwendigerweise teilweise fließend sind.

Diese Grundsätze seien an einigen Beispielen aus der jüngeren Rechtsprechung des EuGH illustriert:

- Im Anschluss an die Rs. C-368/98²⁸ und C-157/99²⁹ hatte sich der EuGH in der Rs. C-385/99 (*Müller-Fauré*)³⁰ erneut mit der Frage des Ersatzes der Kosten für in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch genommene medizinische Leistungen durch die Krankenkassen der Patienten zu befassen. In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung stellte der EuGH fest, dass das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung einer im Ausland erfolgenden Behandlung durch die Krankenkasse als Voraussetzung für die Kostenerstattung der Behandlung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle. Diese könne jedoch bei Krankenhausbehandlungen durch das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit sowie – damit in engem Zusammenhang stehend – durch das Bestreben, eine rationelle, ausgewogene und gut zugängliche medizinische Versorgung zu gewährleisten, gerechtfertigt werden, soweit dem näher präzisierten Erfordernis der Verhältnismässigkeit³¹ Rechnung getragen werde. Grundsätzlich anders sei die Situation bei der Konsultation von frei praktizierenden Ärzten: Hier sei nicht ersichtlich, dass die „Bewegungsströme“ in andere Mitgliedstaaten von derart grossem Ausmass seien, dass das finanzielle Gleichgewicht bei der medizinischen Versorgung gefährdet wäre, so dass das Erfordernis der vorherigen Genehmigung nicht gerechtfertigt werden könne. Eine Deckungspflicht durch die Krankenkasse bestehe aber (selbstverständlich) nur insoweit, als das Krankenversicherungssystem des Mitgliedstaats eine solche grundsätzlich gewährleiste. Etwas anderes gelte auch nicht im Falle des speziellen Systems in den Niederlanden, wo die Kosten für eine Behandlung direkt vom Staat bezahlt werden, so dass es um eine Art Sachleistungssystem geht. Denn zum einen liege auch in diesem Fall eine Dienstleistung des Arztes am Patienten vor; zum anderen sei nicht ersichtlich, warum dieses System durch einen Wegfall der Genehmigungspflicht in Frage gestellt würde. Insbesondere könnten die auch für inländische Behandlungen aufgestellten Bedingungen und Leistungsgrenzen beachtet werden und es stehe dem Mitgliedstaat frei, Erstattungsfreibeträge nach objektiven und transparenten Kriterien festzulegen.

²⁸ EuGH, Rs. C-368/98 (Vanbraekel u.a.), Slg. 2001, I-5363.

²⁹ EuGH, Rs. C-157/99 (Smits u.a. ./ Stichting), Slg. 2001, I-5473.

³⁰ EuGH, Rs. C-385/99 (*Müller-Fauré*), Slg. 2003, I-4503. S. auch in Bezug auf Krankenhausbehandlungen: EuGH, Urteil vom 23.10.2003, Rs. C-56/01 (Inizan), noch nicht in aml. Slg.

³¹ Diesem sei nur dann Rechnung getragen, wenn die Gründe, die zur Verweigerung der Genehmigung führen können, auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, eine leicht zugängliche Verfahrensregelung besteht und eine zügige und objektive Bearbeitung des Antrags gewährleistet ist. Eine Versagung der Genehmigung sei unter diesem Gesichtswinkel nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn eine gleichwertige Behandlung rechtzeitig in einer Einrichtung erlangt werden könne, mit der die Krankenkasse eine Vereinbarung geschlossen habe. Beständen jedoch Wartelisten im Inland, auf die der Patient unabhängig von seinem Gesundheitszustand gesetzt werde, sei eine Rechtfertigung auszuschließen, da es hier in erster Linie um wirtschaftliche Erwägungen gehe.

Das Urteil bedeutet einen weiteren Schritt auf dem Weg zur grenzüberschreitenden Liberalisierung der ärztlichen Dienstleistungen und gewährt letztlich jedem Patienten das Recht, sich im Ausland ausserhalb eines Krankenhauses ärztlich behandeln zu lassen und die Kosten hierfür in der ihm nach dem nationalen System zustehenden Höhe von seiner Krankenkasse erstattet zu bekommen. Damit wird der im Urteil *Kohl*³² bereits in Bezug auf ein System, das auf dem Kostenerstattungsprinzip beruht, anerkannte Grundsatz auf ein dem Sachleistungsgrundsatz folgendes System übertragen, so dass dieser nunmehr allgemein anwendbar sein dürfte.

Da der EuGH diese sich im vorliegenden Fall stellende Frage in Bezug auf ein nach dem Sachleistungsgrundsatz funktionierendes System noch nicht beantwortet hatte und es sich gerade nicht um einen sich zwingend aus der vor dem 21.6.1999 ergangenen Rechtsprechung ergebenden Grundsatz handeln dürfte, liegt hier wohl eine „neue Rechtsprechung“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA vor, die im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens als solche nicht verbindlich ist. Allerdings ist zu erwarten, dass die dem Urteil zu entnehmenden Grundsätze auch nachhaltige Bedeutung für das schweizerische Versicherungssystem entfalten: Denn einmal geht es bei ärztlichen Dienstleistungen häufig um solche, die 90 Tage im Jahr nicht überschreiten, und zum anderen reiht sich das Urteil durchaus folgerichtig in die bisherige Rechtsprechung ein, so dass zu erwarten ist, dass sich schweizerische Gerichte ggf. an diesen Grundsätzen orientieren werden³³.

- In der Rs. C-243/01³⁴ ging es um die Rechtmässigkeit einer italienischen Regelung, die das Sammeln, die Annahme, die Bestellung und die Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, bestimmten konzessionierten Unternehmen vorbehält, wobei nur bestimmte inländische Unternehmen solche Genehmigungen erhalten. Der EuGH knüpft hier in jeder Beziehung an seine bisherige Rechtsprechung zur Vereinbarkeit nationaler Beschränkungen von Glücksspielen an³⁵, so wenn er eine Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit feststellt und in Bezug auf die Rechtfertigung ausdrücklich auf die genannte Rechtsprechung verweist. Im Ergebnis hält er auf dieser Grundlage fest, dass es Sache des nationalen Gerichts sei zu prüfen, ob die Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses tatsächlich geeignet und erforderlich sind, die Verwirklichung dieser Ziele zu gewährleisten, hier insbesondere die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den

³² EuGH, Rs. C-158/96 (*Kohl*), Slg. 1998, I-1931.

³³ Allgemein zur Relevanz der „neuen“ Rechtsprechung im Abkommen noch unten III.3.

³⁴ EuGH, Urteil vom 6.11.2003, Rs. C-243/01 (*Gambelli u.a.*), noch nicht in aml. Slg. S. auch EuGH, Urteil vom 13.11.2003, Rs. C-42/02 (*Lindman*), noch nicht in aml. Slg., wo der EuGH festhielt, dass die finnische Regelung, wonach Gewinne aus Lotterien im Ausland im Gegensatz zu Gewinnen aus in Finnland veranstalteten Lotterien gewissen Steuern unterliegen, nicht mit Art. 49 EGV vereinbar sei.

³⁵ S. insbesondere EuGH, Rs. C-275/92 (*Schindler*), Slg. 1994, I-1039; EuGH, Rs. C-124/97 (*Läärä*), Slg. 1999, I-6067.

Einzelnen und die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, womit auch Aspekte des Verbraucherschutzes und der Betrugsbekämpfung betroffen sind.

Den Hinweisen, die der EuGH dem nationalen Gericht gibt und die es bei dieser Prüfung zu beachten hat, sind aber einige Vorgaben zu entnehmen: So müssten die getroffenen Massnahmen „kohärent und systematisch“ zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen. Ferner seien die Beschränkungen in nicht diskriminierender Weise anzuwenden, und es sei die Verhältnismässigkeit derjenigen Regelung, wonach die Verhängung einer Strafe gegen jede einzelne Person, die über das Internet von Italien aus mit in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Buchmachern Wetten durchführt, im Einzelnen zu untersuchen. Schliesslich sei die Erforderlichkeit des Ausschlusses derjenigen Kapitalgesellschaften, die in anderen Mitgliedstaaten über Konzessionen verfügen, von diesem Markt aus Gründen der Betrugsbekämpfung genau zu prüfen, gebe es doch andere Mittel, dieses Ziel zu erreichen.

Bemerkenswert an diesem Urteil ist, dass der EuGH die Frage der Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahmen nicht selbst abschliessend beantwortet, obwohl die Faktenlage offenbar recht genau bekannt war. Aufgeworfen wird damit einmal mehr die Frage, nach welchen Kriterien der Gerichtshof diese Entscheidung den nationalen Gerichten überlässt oder sie selbst trifft. Jedenfalls erscheint es schwierig, in der Rechtsprechung hier eine klare Linie zu erkennen.

Weiter – und in einem gewissen Kontrast zu dieser dem mitgliedstaatlichen Gericht eingeräumten Kompetenz – legen die Hinweise des EuGH die Annahme nahe, dass er von der Unzulässigkeit der in Frage stehenden Beschränkungen ausgeht, insbesondere aufgrund des Umstandes, dass die italienische Regierung ansonsten Wetttätigkeiten wegen der zu erwartenden Einnahmen für die Staatskasse „fördert“. Verallgemeinert man diesen Ansatz des Gerichtshofs, so sind Beschränkungen der Durchführung von Gewinnspielen nur unter der Voraussetzung mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar, dass die entsprechenden Beschränkungen tatsächlich „flächendeckend“ Anwendung finden.

Dieses Urteil dürfte letztlich die bereits in der Rechtsprechung angelegten Grundsätze (nur) präzisieren, so dass es grundsätzlich unter die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachtenden EuGH-Urteile fallen dürfte.

- In der Rechtssache C-161/01³⁶ ging es um einen Rechtsstreit zwischen der niederländischen Industrie- und Handelskammer Amsterdam und der Gesellschaft englischen Rechts *Inspire Art Ltd* wegen der nach dem niederländischen „*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*“ (WFBV), also dem Gesetz über formal ausländische Gesellschaften, bestehenden Verpflichtung der niederländischen Zweigniederlassung der *Inspire Art*, ihre Eintragung im niederländischen Handelsregister mit dem Zusatz „formal ausländische Gesellschaft“ versehen zu lassen und diese Bezeichnung im Rechtsverkehr zu führen. Weiter wurde die Zweigniederlassung einer Reihe von Vorschriften unterworfen, die in den Niederlanden für die Gründung solcher Gesellschaften zur Anwendung kommen, insbesondere betreffend das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer.

Der EuGH hatte sich hier insbesondere die Frage zu stellen, ob und inwieweit die Anwendung der niederländischen Vorschriften über die Gründung von Gesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EGV verstieß. Dabei wandte der Gerichtshof die bereits im Urteil *Centros*³⁷ entwickelten Grundsätze auf die vorliegende Fallgestaltung an, so dass das Urteil des Gerichtshofs letztlich – jedenfalls soweit die Auslegung von Art. 43 EGV betroffen ist – eine Anwendung und Bestätigung des

³⁶ EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-161/01 (*Inspire Art*), noch nicht in aml. Slg.

³⁷ EuGH, Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459. S. auch EuGH, Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

Urteils *Centros*³⁸ darstellt, das vor dem 21.6.1999 ergangen ist, so dass es vollumfänglich auch bei der Auslegung der im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens gewährleisteten Niederlassungsfreiheit zu beachten ist.

2. *Zu den Kompetenzen des Gemischten Ausschusses in Bezug auf die Rechtsprechung nach der Unterzeichnung*

Art. 16 Abs. 2 S. 3 FZA bezieht sich auf die Kompetenzen des Gemischten Ausschusses und hält fest, dass der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen neuer Rechtsprechung feststellt, um das ordnungsgemäße Funktionieren des Abkommens sicherzustellen. Versucht man eine Annäherung an die rechtliche Bedeutung dieser Bestimmung, so sprechen – ausgehend vom Wortlaut der Vorschrift, der eine Art „Regelungskompetenz“ des Ausschusses nahe legt – sowohl die sonstigen Kompetenzen des Gemischten Ausschusses (also systematische Erwägungen) als auch die Zielsetzung des Abkommens dafür, dass der Gemischte Ausschuss auf der Grundlage dieser Bestimmung in einer für die Vertragsparteien verbindlichen Form feststellen kann, dass ein neues Urteil des EuGH in Zukunft zwingend zu beachten ist und damit in der Sache der „alten“ Rechtsprechung gleichgestellt ist: Im Rahmen der Modifikation der Anhänge II und III des Abkommens kommt dem Gemischten Ausschuss die Kompetenz zu, im Zuge der Modifikation des Sekundärrechts in der EU entsprechende Änderungen der Anhänge des Abkommens vorzunehmen. Eine Zuständigkeit zur Feststellung der verbindlichen Relevanz eines (neuen) EuGH-Urteils ist diesen Kompetenzen im Ergebnis vergleichbar, geht es doch in jedem Fall um eine Änderung der rechtlichen Tragweite des Abkommens; die Kompetenzen im Rahmen des Art. 16 Abs. 2 S. 3 FZA dürften sogar in ihren Auswirkungen in aller Regel weniger weit gehen als diejenigen zur Modifikation der Anhänge des Abkommens. Aus systematischer Sicht spricht daher einiges für die hier vertretene Sicht. Diese wird bestätigt durch einen Blick auf die Zielsetzungen des Abkommens: Will man – wie erwähnt – sicherstellen, dass in den vom Abkommen erfassten Bereichen die Rechtslage im Verhältnis zur Schweiz parallel zu derjenigen in der EU ausgestaltet ist, so kann dieses Ziel u.U. nur unter der Voraussetzung erreicht werden, dass einem neuen EuGH-Urteil auch ausdrücklich „zwingende Relevanz“ zugesprochen wird, so dass es Sinn und Zweck des Abkommens entspricht, dem Gemischten Ausschuss eine entsprechende Kompetenz einzuräumen.

3. *Zur Relevanz der „neuen“ Rechtsprechung des EuGH*

³⁸ EuGH, Rs. 212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459.

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich auf die Frage, welche rechtliche Tragweite Art. 16 Abs. 2 FZA zukommt und welche Urteile auf dieser Grundlage im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zwingend zu beachten sind. Von erheblicher praktischer Bedeutung dürfte aber auch die darüber hinausgehende Frage sein, welche Relevanz derjenigen Rechtsprechung des EuGH, die gerade nicht nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA zu berücksichtigen ist, beizumessen ist. Die Rechtsprechung entwickelt sich nämlich je länger je mehr weiter, womit aus juristischer Sicht die Problematik einhergeht, ob und inwieweit auch diese weiterentwickelte Rechtsprechung (in verbindlicher Form) zu berücksichtigen ist und ggf. auf welcher rechtlichen Grundlage eine solche rechtliche Relevanz anzunehmen sein könnte.

Ausgangspunkt hierfür ist jedenfalls, dass Art. 16 Abs. 2 FZA selbst keine Rechtspflicht zur Berücksichtigung der „neuen“ Rechtsprechung zu entnehmen ist, es sei denn, der Gemischte Ausschuss habe in diesem Sinn entschieden.

Konzeptioneller Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage³⁹ sind die der Wiener Vertragsrechtskonvention zu entnehmenden Auslegungsgrundsätze (Art. 31 ff. VRK). Auf dieser Grundlage kommt in Betracht, auf die Zielsetzungen des Abkommens zurückzugreifen, die – wie bereits dargelegt⁴⁰ – dahingehen, dass im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf die vom Abkommen erfassten Bereiche eine parallele Rechtslage wie in der Europäischen Union herrschen soll. M.E. kann aus dieser Zielsetzung des Abkommens eine grundsätzliche (Rechts-) Pflicht der rechtsanwendenden und rechtsetzenden Behörden in der Schweiz abgeleitet werden, die Urteile des EuGH in den Bereichen, in denen das Abkommen in der Sache auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe und Konzepte zurückgreift, zu beachten bzw. zu befolgen, so dass das Freizügigkeitsabkommen entsprechend dieser neuen Rechtsprechung auszulegen ist. Denn die Zielsetzung des Abkommens – auch längerfristig eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen – kann nur dadurch erreicht werden, dass sich Auslegung und Anwendung des Abkommens in der Schweiz an die einschlägige Rechtsprechung des EuGH anlehnen⁴¹; unterbleibt dies, so kommt es unweigerlich zu einem

³⁹ Die in der Literatur – soweit ersichtlich – noch nicht eingehender behandelt wurde. Diese geht vielmehr – letztlich ähnlich wie das Bundesgericht, vgl. hierzu noch sogleich im Text – in allgemeiner Form davon aus, dass die spätere Rechtsprechung zu berücksichtigen sei, ohne dass jedoch klar wird, auf welcher dogmatischen Grundlage diese Berücksichtigung erfolgen soll, wobei offenbar die Urteile des EuGH nur „inspirierend“ wirken sollen. In diese Richtung etwa *Cottier/Evtimov*, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG (Fn. 27), 179 (200); *Fabrice Filliez*, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses – quelques repères, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz – EU, 2001, 183 (205); s. auch *Tobias Jaag*, Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU, ZSR 119/2000 I, 233, 246 f.; s. aber auch *Kälin*, in: Die sektoriellen Abkommen (Fn. 8), 11 (18), der aus Art. 16 FZA allgemein schließt, dass „für die Auslegung der Bestimmungen des FZA primär die analogen Normen des Gemeinschaftsrechts und ihre Handhabung in der Praxis beizuziehen sind“. S. auch die Ausführungen von *Thomas Cottier/Erik Evtimov*, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EU: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, 77 (108 ff.), die betonen, dass die Auslegung der sektoriellen Abkommen im Rahmen von Art. 31 VRK „einer besonderen und dynamischeren Interpretation, als dies bei anderen Staatsverträgen der Fall ist“ bedürften.

⁴⁰ Oben III.III.1.a).

⁴¹ Der „umgekehrte Weg“ – also die Anlehnung der EU an die Rechtsprechung und Rechtsanwendung in der Schweiz – wäre jedenfalls aus politischer Sicht illusionär. Darüber hinaus ist von vornherein klar,

Auseinandertriften der Rechtsentwicklung, was ja Ziel und Zweck des Abkommens gerade zuwiderläuft. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Ausrichtung des Abkommens auf die Sicherstellung einer parallelen Rechtslage im erwähnten Sinn eine grundsätzliche Rechtspflicht zur Beachtung der neuen Rechtsprechung des EuGH impliziert. Die Reichweite dieser „Bindungswirkung“ auch der neuen Rechtsprechung ist allerdings noch präzisierungsbedürftig: Aus dem in formaler Hinsicht zunächst einmal völkerrechtlichen Charakter des Abkommens sowie aus der Unterscheidung zwischen „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung in Art. 16 Abs. 2 FZA ist nämlich abzuleiten, dass diese „Bindung“ jedenfalls nicht absolut und bedingungslos in dem Sinn sein kann, dass jedes neue Urteil des EuGH in Bezug auf gemeinschaftliche Begriffe oder Konzepte, die auch im Freizügigkeitsabkommen aufgenommen werden, per se zu beachten wäre. Vielmehr vermögen die dargelegten Erwägungen nur (aber immerhin) eine grundsätzliche Pflicht zur Beachtung der neuen Urteile in dem Sinn begründen, dass zunächst eine Vermutung ihrer Beachtlichkeit auch für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens spricht; diese kann aber auch durch sich aus Charakter und Inhalt des Abkommens ergebende Gründe widerlegt werden. Solche Gründe können insbesondere – angesichts des Art. 16 Abs. 2 FZA – dann anzunehmen sein, wenn die Rechtsprechung des EuGH den Charakter der Begriffe und Konzepte in nicht voraussehbarer Weise modifizierte oder wenn gegen die Übernahme der Rechtsprechung gewichtige, sich aus Struktur und/oder Inhalt des Abkommens selbst ergebende Gründe sprechen. Denn in solchen Fällen griffe die soeben angestellte Erwägung, die Zielsetzung des Abkommens impliziere die „Übernahme“ der Folgerechtsprechung in den relevanten Bereichen, gerade nicht mehr. Zuzugeben ist, dass hier im Einzelfall durchaus Abgrenzungsprobleme entstehen können; festzuhalten bleibt aber, dass sich aus genannten Erwägungen eine Vermutung für die Beachtlichkeit auch der neuen einschlägigen Rechtsprechung des EuGH spricht.

Deutlich wird damit auch, dass sich die „Bindungswirkung“ der neuen und der alten Rechtsprechung durchaus unterscheidet: Während es bei ersterer um eine „absolute“ Bindung geht, handelt es sich bei letzterer lediglich eine grundsätzliche „Verbindlichkeit“ im Sinne einer Pflicht zu ihrer Beachtung im „Normalfall“; somit bleibt die Frage der Abgrenzung zwischen „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung⁴² auch auf der Grundlage des hier vertretenen Ansatzes relevant.

Aus dogmatischer Sicht ist damit die Grundlage für die grundsätzliche, im dargelegten Sinn beschränkte Berücksichtigungspflicht der Rechtsprechung des EuGH nach der Unterzeichnung des Abkommens⁴³ in dem Abkommen selbst zu sehen: Dieses ist aus den erwähnten Gründen so auszulegen, dass auch die spätere Rechtsprechung zu beachten ist; m.a.W. haben sich nach der hier vertretenen Auffassung die Vertragsparteien auf eine

dass in der Unionsrechtsordnung ein solcher Ansatz auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht in Betracht käme, da es der Rechtsprechung des EuGH insbesondere im ersten EWR-Gutachten (Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079) zuwiderliefe, aus einem völkerrechtlichen Abkommen eine irgendwie geartete Bindung des EuGH an ausländische Jurisdiktionen ableiten zu wollen.

⁴² Oben III.1.b).

⁴³ Selbstverständlich immer nur unter der Voraussetzung, dass es sich um eine „einschlägige“ Rechtsprechung handelt.

entsprechende Verpflichtung geeinigt bzw. eingelassen. Insofern ist denn auch eine Parallele zu der Frage festzustellen, ob und inwieweit „nachvollzogenes“ schweizerisches Recht auch im Lichte der späteren Rechtsprechung des EuGH auszulegen ist, was in der Lehre auf der Grundlage verschiedener dogmatischer Ansatzpunkte und in verschiedenen Variationen wohl mehrheitlich im Ergebnis dahingehend beantwortet wird, dass im Grundsatz schon deshalb eine auch die spätere Praxis berücksichtigende „eurokompatible“ Auslegung sicherzustellen sei, weil dies Ziel und Zweck der entsprechenden Erlasse entspreche⁴⁴. Im Einzelnen sind hier aber noch verschiedene methodische Fragen ungelöst, die insbesondere das Verhältnis verschiedener Auslegungsmethoden und die „Methodenhierarchie“ betreffen⁴⁵. Festzuhalten bleibt in unserem Zusammenhang aber auch, dass sich diese Fragen im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrages anders stellen, geht es hier doch (nur) um die Auslegung eines Vertrages, die anderen Kriterien als diejenige von (nachvollzogenem) nationalem Recht folgt. Insbesondere ist zu bemerken, dass es nahe liegt, bei der Auslegung des Abkommens aus den genannten Gründen davon auszugehen, dass der Zielsetzung der Sicherstellung der Parallelität der Rechtslage im Verhältnis EU – Schweiz mit der in der EU geltenden Rechtslage im Zweifel ein Vorrang vor anderen Auslegungsergebnissen auf der Grundlage anderer Anhaltspunkte zukommen soll.

Gegen den hier vertretenen Ansatz können auch nicht die Unterscheidung in Art. 16 Abs. 2 FZA zwischen „alter“ Rechtsprechung – für die eine „Befolgungspflicht“ formuliert wird – und „neuer“ Rechtsprechung oder die diesbezüglichen Kompetenzen des Gemischten Ausschusses angeführt werden, auch wenn die Ausgestaltung dieses Artikels auf den ersten Blick gegen eine auch rechtliche „Beachtungspflicht“ im erwähnten Sinn sprechen könnten: Denn diese Differenzierung ist in erster Linie aus dem Charakter des Abkommens als (zunächst) klassischer völkerrechtlicher Vertrag zu erklären, in dessen Rahmen man eben „Integrationsautomatismen“ vermeiden wollte. Aus ihr kann jedoch nicht geschlossen werden, dass sich eine auf andere Erwägungen – nämlich die Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtsentwicklung zu gewährleisten – stützende „begrenzte Berücksichtigungspflicht“ der Rechtsprechung des EuGH im dargelegten Sinn grundsätzlich verbietet, so sie sich denn aus dem Abkommen selbst ableiten lässt, was – wie dargelegt – zu bejahen ist. Im Übrigen bleibt daran zu erinnern, dass die „Bindungswirkung“ „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung unterschiedlich weit geht, so dass sich die in Art. 16 Abs. 2 FZA getroffene Unterscheidung gerade nicht erübrigt.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte in der Sache insofern ebenfalls von dem hier vertretenen Ansatz ausgehen, als es im Ergebnis auch neue Rechtsprechung des EuGH nachvollzieht; allerdings hat es bislang immer vermieden, über die rechtlich-

⁴⁴ Was aber dann jeweils zu belegen ist.

⁴⁵ Vgl. zur Problematik instruktiv unter Berücksichtigung der Diskussion in der Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts *Marc Amstutz*, *Interpretatio multiplex. Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335*, FS Ernst A. Kramer, 2004, 67 ff.

dogmatischen Grundlagen dieser Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung im Einzelnen Rechenschaft abzulegen.

Von besonderer Bedeutung ist hier die Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴⁶ im Gefolge des Urteils in der Rs. C-109/01 (*Akrich*) des EuGH⁴⁷. Im Urteil des Gerichtshofs ging es um Grundfragen der Auslegung von Art. 10 VO 1612/68⁴⁸, der das Recht der Ehegatten und bestimmter naher Verwandter eines Arbeitnehmers enthält, im Staatsgebiet des Aufenthalts des Arbeitnehmers Wohnsitz zu nehmen. Von Bedeutung ist in unserem Zusammenhang, dass Art. 3 Anhang I FZA den Art. 10 VO 1612/68 letztlich aufnimmt, so dass hier grundsätzlich davon auszugehen ist, dass eine parallele Rechtslage in Bezug auf die gewährten Rechte sichergestellt werden soll. Anlass zu dem Urteil des EuGH in der Rs. C-109/01 gab die Situation eines Drittausländers, der mit einer britischen Staatsangehörigen verheiratet war, allerdings wegen verschiedener Vergehen aus dem Vereinigten Königreich ausgewiesen worden war. Nachdem die Eheleute einige Monate in Irland gelebt hatten, wollten sie wieder nach Großbritannien zurückkehren, und der Ehemann beantragte den Widerruf seiner Ausweisungsverfügung, da ihm als Ehegatten einer britischen Staatsangehörigen aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 ein Aufenthaltsrecht in Großbritannien zustehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt, mit dem Argument, die britische Ehefrau habe nur zum Schein während kurzer Zeit (sechs Monaten) eine Stelle in Irland angenommen, um letztlich die britischen Bestimmungen über das Aufenthaltsrecht von Drittausländern zu umgehen.

Der EuGH kommt zum Ergebnis, dass sich im vorliegenden Fall kein Recht aus Art. 10 VO 1612/68 auf Einreise des Ehegatten ableiten lasse: Die VO 1612/68 betreffe von vornherein nur die Freizügigkeit innerhalb der Union; ihr könnten hingegen keine Hinweise darauf entnommen werden, welche Rechte ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger im Hinblick auf den Zugang zum Unionsgebiet hat. Daher müsse sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige bereits rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 VO 1612/68 zu kommen, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, in den der Unionsbürger abwandern wolle. Begeben sich dagegen ein in einem Mitgliedstaat ansässiger Unionsbürger, der mit einem zum Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat nicht berechtigten Drittstaatsangehörigen verheiratet sei, in einen anderen Mitgliedstaat, um dort eine unselbständige Berufstätigkeit auszuüben, so könne in dem Umstand, dass seinem Ehegatten aus Art. 10 VO 1612/68 kein Recht erwachse, sich mit ihm in diesem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, keine ungünstigere Behandlung liegen als die, die dem Ehepaar zuteil wurde, bevor dieser Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nahm. Gleiches gelte, wenn der mit einem Drittstaatsangehörigen verheiratete Unionsbürger in den Mitgliedstaat, dessen

⁴⁶ Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003, BGE 130 II 1. Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003, BGE 130 II 137. S. auch die Formulierung in BGE 130 II 113 Erw. 5.2.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 23.9.2003, Rs. C-109/01 (*Akrich*), noch nicht in amtl. Slg.

⁴⁸ VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 v. 19.10.1968, 2.

Staatsangehöriger er ist, zurückkehre. Die Situation sei daher nicht vergleichbar mit der Lage im von den Klägern als Präzedenzfall angeführten Urteil *Singh*⁴⁹. Darüber hinaus wies der EuGH noch auf den Umstand hin, dass jedenfalls das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK zu beachten sei.

Der EuGH verneint hier also – im Gegensatz zum Generalanwalt *Geelhoed* – bereits die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 10 VO 1612/68, was im Grundsatz schon deshalb überzeugt, weil sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die im Hinblick auf ihre tatsächliche Verwirklichung erlassenen sekundärrechtlichen Vorschriften tatsächlich nur auf Bewegungen innerhalb der Union, nicht hingegen in die Union beziehen. Dieser letzte Punkt betrifft die Freizügigkeit von Drittausländern, die nicht von Art. 39 ff. EGV erfasst ist. Führt man diesen Gedanken zu Ende, so wäre – was der EuGH aber im Ausgangsfall nicht zu entscheiden hatte – Art. 10 VO 1612/68 aber jedenfalls dann einschlägig, wenn der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittausländer sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhält, auch wenn er in demjenigen Mitgliedstaat, in dem die Eheleute sich niederlassen wollen, ausgewiesen ist. Das Nachzugsrecht (das allerdings auch aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit eingeschränkt werden kann) verdrängt also immer dann das Einreiserecht eines Mitgliedstaates, wenn sich der Drittstaatsangehörige bereits rechtmässig in einem (anderen) Mitgliedstaat aufhält.

Der vom EuGH in diesem Urteil formulierte Grundsatz dürfte eine neue Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA darstellen, da die aufgeworfene Frage in der bisherigen Rechtsprechung kaum eindeutig entschieden worden war und sich die Antwort auf dieselbe auch nicht zweifelsfrei aus der bisherigen Rechtsprechung erschließen lässt⁵⁰. Nichtsdestotrotz wurde das Urteil des EuGH in der Rs. C-109/01 (*Akrich*) vom schweizerischen Bundesgericht zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens herangezogen: In einer Entscheidung vom 4.11.2003⁵¹ verneinte die II. öffentlichrechtliche Abteilung ein Nachzugsrecht unter Berufung auf das Urteil *Akrich*. In dem Fall hatten ein italienischer Staatsangehöriger und seine slowakische Ehefrau einen Antrag auf Familiennachzug für den sechzehnjährigen Sohn der Ehefrau gestellt, der ebenfalls die slowakische Staatsangehörigkeit hatte und bis dahin bei den Großeltern in der Slowakei wohnte. Das Bundesgericht verneinte einen Anspruch auf Familiennachzug aus Art. 3 Anhang I FZA mit der Begründung, dass der Sohn sich nicht rechtmässig in einem Vertragsstaat des Freizügigkeitsabkommens aufgehalten habe. Das Bundesgericht schließt sich bei der Auslegung des Nachzugsrechts gemäß dem Freizügigkeitsabkommen der Argumentation des EuGH an, obwohl es selbst darlegt, dass die maßgebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in weiten Teilen der Verwaltungspraxis, einschließlich der Europäischen Kommission sowie des IMES, bis zur EuGH-Entscheidung überwiegend anders ausgelegt wurde (E. 3.6.3)⁵².

⁴⁹ EuGH, Rs. C-370/90 (*Singh*), Slg. 1992, I-4265.

⁵⁰ Zu der Frage, ob das Urteil in der Rs. C-109/01 eine „neue“ Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA darstellt oder nicht, *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85 (105 f.).

⁵¹ Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003, BGE 130 II 1. Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003, BGE 130 II 137.

⁵² Da die Frage nicht entscheidungserheblich sei, lässt das Bundesgericht im Übrigen ausdrücklich offen, ob das Urteil des EuGH in der Rs. Baumbast (EuGH, Rs. C-413/99, Baumbast, Slg. 2002, I-7091) zur Auslegung des Abkommens herangezogen werden kann, ob also als Familienangehörige im Sinne des FZA auch Nachkommen nur eines Ehepartners gelten (E. 3.5).

Das Urteil des Bundesgerichts zeigt jedenfalls, dass die nach dem Stichtag 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung in der Regel heranzuziehen sein wird und berücksichtigt werden kann, auch wenn sie der früher überwiegend vertretenen Auffassung nicht entspricht und daher im Einzelfall zu überraschenden Ergebnissen führen mag. Dies dürfte im Übrigen auch dann gelten, wenn der EuGH offene Auslegungsfragen nicht wie hier restriktiver, sondern „freizügigkeitsfreundlicher“ entscheidet als die bis dahin überwiegende Auffassung⁵³. Darüber hinaus zeigt sich an diesem Beispiel auch die Relativität des Stichtages für die Übernahme der EuGH-Rechtsprechung in Art. 16 Abs. 2 FZA.

In der Sache dürfte das Bundesgericht damit in diesem Urteil davon ausgehen, dass die einschlägige EuGH-Rechtsprechung im Rahmen der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens „nachzuvollziehen“ ist, es sei denn, es sprächen gewichtige und eindeutige Gründe im Abkommen dagegen. Dies entspricht der hier dargelegten Auffassung, wenn auch zu bedauern ist, dass das Bundesgericht sich über die genauen dogmatischen Grundlagen dieser Parallelität der Auslegung ausschweigt, sondern sich darauf beschränkt festzuhalten, dass das Urteil des EuGH – trotz der fehlenden Verbindlichkeit – „mitberücksichtigt“ werden könne und dass keine „stichhaltigen Gründe“ ersichtlich seien, das Freizügigkeitsabkommen anders auszulegen als die entsprechende gemeinschaftsrechtliche Vorschrift.

IV. Schluss: das Freizügigkeitsabkommen als „Integrationsvertrag“

Die dargelegte Reichweite der „Berücksichtigungspflicht“ der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens konnte aufzeigen, dass das Abkommen letztlich den Einbezug der Schweiz in einen beachtlichen Teil des europäischen Gemeinschaftsrechts nach sich zieht. Auf den ersten Blick geht es zwar um einen „gewöhnlichen“ völkerrechtlichen Vertrag, der statisch formulierte Verpflichtungen enthält.

Eine nähere Analyse der rechtlichen Tragweite der einschlägigen Bestimmungen des Abkommens führt jedoch zu dem Schluss, dass auf der Grundlage völkerrechtlicher Auslegungsmethoden von einer grundsätzlich dynamischen Teilnahme der Schweiz an dem relevanten Teil des *acquis communautaire* auszugehen ist. Insofern handelt es sich beim Freizügigkeitsabkommen also um einen echten Integrationsvertrag, dessen tatsächliche und rechtliche Bedeutung kaum zu überschätzen ist.

⁵³ So in EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-405/01 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española), noch nicht in amtl. Slg.; EuGH, Rs. C-47/02 (Anker), Slg. 2002, I-7091. In beiden Fällen ging es um die Reichweite der Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV (öffentliche Verwaltung).