

Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit 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 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2010/2011, Zürich/Bern 2011, S. 75-122. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten¹ Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2010 geben.² Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wesentlichen Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, 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 hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)³ geht, das in der Schweiz die

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. Vgl. zu letzteren den Beitrag von *Xavier Oberson* (in diesem Band).

² Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009 und 2009/2010 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG*, in: *Epiney/Gammenthaler* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2009/2010*, 2010, 77 ff. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger der im Folgenden besprochenen Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der *NVwZ* 2011 veröffentlicht werden.

³ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff. Da die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäische Gemeinschaft getreten ist

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. Jedenfalls müssen sie aber in der Schweiz zur Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens sind zu analysieren, bevor der Beitrag mit einer kurzen Schlussbemerkung schliesst (F.).

Thematisch und systematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20, 21 AEUV) betreffenden Urteilen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 49, 56 AEUV (D.) zu unterscheiden. Schliesslich ist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Freizügigkeitsabkommen selbst einzugehen (E.).

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

I. Reichweite des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV)

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-73/08, *Bressol*)

In der Rs. C-73/08⁴ ging es (wieder einmal⁵) um die Vereinbarkeit von Zugangsbeschränkungen zum Hochschulstudium mit Art. 18, 21 AEUV. Die strittige belgische Regelung sieht eine Quotenregelung für die Einschreibung für bestimmte Studiengänge im Gesundheitswesen in dem Sinne vor, dass höchstens 30 % der Eingeschriebenen aus „Nichtansässigen“ bestehen dürfen. Dabei gilt ein (potentieller) Student nur dann als ansässig, wenn er seinen Hauptwohnsitz in Belgien hat und sich ständig in Belgien aufhalten darf. Ein EU-Ausländer erwirbt ein solches Ansässigkeitsrecht nach der einschlägigen Regelung in der Regel erst nach fünf Jahren ununterbrochenen Aufenthalts in Belgien. Begründet wurde diese Regelung mit dem „Ansturm“ ausländischer Studierender, die zu einer übermässigen Belastung der öffentlichen Finanzen und einer Qualitätseinbusse des Unterrichts führe, was letztlich auch die Qualität des öffentlichen Gesundheitssystems in Mitleidenschaft ziehen könne. Der Gerichtshof stellte zunächst – wenig überraschend – in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung fest, die Situation (potentieller) Studierender aus anderen Mitgliedstaaten falle in den Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 18 AEUV. Denn diese Studierenden können sich auf ihr Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) berufen, so dass Art. 18 AEUV

(Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV), ist sie seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages am 1.12.2009 statt der EG Vertragspartei des FZA.

⁴ EuGH, Rs. C-73/08, *Bressol*, Urt. v. 13.4.2010.

⁵ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-147/03, *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, I-5969. Siehe hierzu *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2005/2006, 73 (79 ff.).

grundsätzlich auch auf die Voraussetzungen für den Zugang zur Berufsausbildung (unter Einschluss eines Hochschulstudiums) anwendbar sei. Weiter liege eine mittelbare Diskriminierung vor, da das gewählte Unterscheidungskriterium der Ansässigkeit in Belgien die Gefahr mit sich bringe, dass EU-Ausländer besonders benachteiligt seien, da ein solches Erfordernis von Inländern in der Regel leichter erfüllt werde als von EU-Ausländern. Das Kernproblem dieser Rechtssache betraf die Frage der Rechtfertigung: Hier verneinte der Gerichtshof zunächst eine Rechtfertigungsmöglichkeit wegen der übermässigen Belastung der Finanzierung des Hochschulunterrichts, da die Mittelzuweisung nach dem belgischen System nicht von der Zahl der Studierenden abhängt. Allerdings komme grundsätzlich eine Rechtfertigung mit Erfordernissen der öffentlichen Gesundheit in Frage, wobei die Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer solchen Massnahme durch das zuständige nationale Gericht zu beurteilen sei. Der Gerichtshof gibt diesbezüglich aber Folgendes zu bedenken: Es sei nicht von vornherein ausgeschlossen, dass eine mögliche Qualitätsverringerung bei der Ausbildung Auswirkungen auf die Qualität der medizinischen Versorgung in dem betreffenden Gebiet entfalte. Auch könne ein etwaiger Mangel an medizinischem Personal durchaus schwerwiegende Probleme für den Schutz der öffentlichen Gesundheit mit sich bringen. Allerdings bestehe zwischen der Ausbildung des zukünftigen medizinischen Personals und dem Ziel der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen medizinischen Versorgung lediglich ein mittelbarer Zusammenhang. Der Mitgliedstaat müsse anhand einer objektiven, eingehenden und auf Zahlenangaben gestützten Untersuchung und somit basierend auf zuverlässigen, übereinstimmenden und beweiskräftigen Daten nachweisen, dass die öffentliche Gesundheit tatsächlich gefährdet ist. Im Übrigen dürfe nicht von vornherein angenommen werden, dass Nichtansässige nach ihrem Studium wieder in ihren Ursprungsstaat zurückkehren, ebensowenig, wie von vornherein vom Bleiben der Ansässigen ausgegangen werden dürfe; vielmehr seien diesbezügliche Zahlen heranzuziehen. Sodann habe das nationale Gericht u.a. zu prüfen, ob eine Beschränkung der Zahl der nichtansässigen Studierenden tatsächlich geeignet ist, die Zahl der Absolventen zu erhöhen, die für die Gewährleistung der Gesundheitsversorgung im betreffenden Gebiet zur Verfügung stehen. In Bezug auf die Erforderlichkeit sei nachzuprüfen, ob das angestrebte Ziel nicht durch weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden könne. In Betracht komme etwa die Schaffung von Anreizen für Personen, die ihr Studium an den betreffenden Universitäten abgeschlossen haben, in diesem Gebiet zu bleiben, oder durch die Anstellung von anderswo ausgebildetem Gesundheitspersonal. Schliesslich meldet der Gerichtshof Zweifel an, ob eine Methode, wonach die für Nichtansässige zur Verfügung stehenden Studienplätze durch Auslosung bestimmt werden, ohne dass die Fähigkeiten der potentiellen Studierenden berücksichtigt werden, erforderlich sein könne.

Das Urteil ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert:

- Erstens bestätigt der EuGH hier seinen in anderen Urteilen⁶ bereits erkennbaren Ansatz, dass für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung das Bestehen einer Gefahr der vorwiegenden

⁶ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-212/05, *Hartmann*, Slg. 2007, I-6303.

Benachteiligung von EU-Ausländern ausreicht, so dass weder eine quantitative Mehrbelastung von Ausländern noch eine effektive Benachteiligung nachzuweisen ist. Damit kann das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung allein unter Auslegung der betreffenden Regelung bejaht oder verneint werden, ohne dass es (zusätzlicher) Abklärungen im Hinblick auf die tatsächliche Situation bedürfte. Damit sind gewisse Parallelen zur Dassonville-Formel des EuGH erkennbar, wonach es im Rahmen des freien Warenverkehrs und auch der anderen Grundfreiheiten ausreicht, dass eine potentielle und mittelbare Beschränkung des Handels in der EU zu bejahen ist.

- Zwar sprach sich der Gerichtshof aufgrund der konkreten Konstellation nicht wirklich zur Frage aus, ob eine übermässige Belastung der Finanzen des betreffenden Mitgliedstaats die streitige mittelbare Diskriminierung zu rechtfertigen vermag. Dies wird man aber grundsätzlich bejahen können, soweit es um das finanzielle Gleichgewicht im Bildungsbereich geht. Denn es ist in der Rechtsprechung für den Bereich des Gesundheitswesens anerkannt, dass das finanzielle Gleichgewicht der Systeme sozialer Sicherheit einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann, und man wird entsprechende Argumente auch für die Hochschulbildung heranziehen können. Im Übrigen vermag die vom EuGH unterlassene Prüfung dieses Aspekts insofern nicht ganz zu überzeugen, als man das gesamte Problem letztlich mit einer Erhöhung der Mittel hätte lösen können, zumal jede substantielle Erhöhung der Studierendenzahlen durchaus Auswirkungen auf die Kosten entfaltet.
- Schliesslich dürften sich aus dem Urteil relativ strenge Anforderungen in Bezug auf die Verhältnismässigkeit solcher Quotenregelungen ableiten lassen und insbesondere müssen wohl auch empirische Untersuchungen durchgeführt werden. Im Gegenschluss bedeutet dies aber auch, dass solche Regelungen – zumindest im Gesundheitsbereich – durchaus mit dem Vertrag vereinbar sein können. Eine andere Frage ist diejenige, ob dies auch für andere Studienbereiche (Wirtschaft, Psychologie u.a.m.) gilt. Hier könnte das Erfordernis des Schutzes der öffentlichen Gesundheit nicht greifen, so dass es dann darauf ankäme, ob andere Gründe (insbesondere das finanzielle Gleichgewicht des öffentlichen Hochschulsystems sowie die Eigenarten eines nationalen Bildungssystems, das möglicherweise einen *Numerus clausus* im klassischen Sinn ausschliesst) einschlägig sein können, wofür nach der hier vertretenen Ansicht gute Gründe sprechen. Denn es steht in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, solche Zielsetzungen zu verfolgen sowie das entsprechende Schutzniveau festzulegen, und ihnen ist bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit – wie in anderen Bereichen auch – ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Art. 2 FZA verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bei der Anwendung der Anhänge I bis III“. Diese Vorschrift ist Art. 18 AEUV nachgebildet, so dass gute Gründe dafür sprechen, diese Bestimmung grundsätzlich

parallel wie Art. 18 AEUV auszulegen.⁷ Nach Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA genießen Studierende als Nichterwerbstätige ein Aufenthaltsrecht. Daher dürfte bei diskriminierenden Regelungen betreffend den Hochschulzugang eine Situation „bei der Anwendung“ des Freizügigkeitsabkommens im Sinne des Art. 2 FZA zu bejahen sein. Für diesen Ansatz spricht auch, dass der Zugang zur Berufsausbildung geeignet ist, die Freizügigkeit durch den Erwerb von Qualifikationen, die für eine spätere Erwerbstätigkeit relevant sind, zu fördern.⁸

Allerdings regelt das Abkommen nach Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen“ für Studierende. Zugangsbeschränkungen zu (bestimmten) Studiengängen dürften jedenfalls⁹ unter diese Ausnahme fallen. Denn der „Zugang“ zu Hochschulen betrifft zumindest all diejenigen Bestimmungen, die die Frage regeln, wer unter welchen Voraussetzungen zu einem bestimmten Studiengang oder einer bestimmten Hochschule zugelassen wird. Daher ist das Urteil *Bressol* als solches wohl nicht auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar.

II. Zur Vereinbarkeit einer „Ausbürgerung“ mit Art. 20 AEUV

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-135/08 – *Rottmann*)

In der Rs. C-135/08¹⁰ ging es um die Vereinbarkeit des Entzugs der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates mit Art. 20 AEUV. Der Betroffene hatte die deutsche Staatsangehörigkeit durch Einbürgerung erworben und dadurch seine ursprüngliche – österreichische – Staatsangehörigkeit verloren. Da er die deutsche Staatsangehörigkeit durch Täuschung erschlichen hatte, sollte ihm diese wieder entzogen werden, wodurch er staatenlos würde. In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung stellt der EuGH fest, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei sind, wie sie den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit ausgestalten.¹¹ Die Frage der Vereinbarkeit des Entzugs der Staatsangehörigkeit mit Art. 20 AEUV drängte sich hier schon deshalb auf, weil der Entzug der Staatsbürgerschaft aufgrund

⁷ Vgl. schon Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, 73 (79 ff.); ausführlich zu Art. 2 FZA Astrid Epiney, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, S. 25 ff.

⁸ Vgl. insoweit auch schon EuGH, Rs. 293/93, *Gravier*, Slg. 1985, 593, Rn. 24 f.

⁹ Im Gegensatz – nach der hier vertretenen Ansicht – zu diskriminierenden Regelungen betreffend Studiengebühren; vgl. zur Vereinbarkeit nach der Staatsangehörigkeit diskriminierender Studiengebühren mit dem FZA Epiney/Mosters/Theuerkauf, SJER 2005/2006 (Fn. 7), 73 (80).

¹⁰ EuGH, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Urt. v. 2.3.2010, NVwZ 2010, 509.

¹¹ Vgl. insoweit schon EuGH, Rs. C-369/90, *Micheletti*, Slg. 1992, I-4239; EuGH, Rs. C-179/98, *Mesbah*, Slg. 1999, I-7955; EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925.

der Akzessorietät der Unionsbürgerschaft¹² auch zum Verlust des Unionsbürgerstatus' und damit auch der mit diesem einhergehenden Rechte führt. Der Gerichtshof führt aus, dass der Umstand, dass die Mitgliedstaaten für die Regelung des Erwerbs und Verlusts der Staatsangehörigkeit zuständig sind, nichts daran ändere, dass die einschlägigen nationalen Regelungen in Situationen, die unter das Unionsrecht fallen, dieses Recht beachten müssen, wobei er auf seine Rechtsprechung zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Sinne des Art. 18 AEUV¹³ verweist. Der Unionsbürgerstatus sei der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten und ein Entzug der Staatsbürgerschaft führe zum Verlust dieses Status' und der mit ihm verbundenen Rechte. Die Ausübung der den Mitgliedstaaten zukommenden Zuständigkeit zur Regelung der Staatsangehörigkeit unterliege immer dann der gerichtlichen Kontrolle am Massstab des Unionsrechts, wenn sie die vom Unionsrecht verliehenen und geschützten Rechte berühre, wie dies insbesondere bei einer Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung der Fall sei. Infolgedessen bejaht der Gerichtshof im Ergebnis die Anwendbarkeit des Unionsrechts.

Allerdings könne eine Rücknahme der Einbürgerung dann mit dem Unionsrecht vereinbar sein, wenn die Einbürgerung aufgrund einer arglistigen Täuschung erfolgte, die der Betroffene im Rahmen des Verfahrens zum Erwerb der Staatsangehörigkeit begangen hat. Diese Schlussfolgerung werde auch durch die einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens zur Verminderung der Staatenlosigkeit sowie des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit bekräftigt. Eine solche Massnahme habe jedoch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren. Dieser verlange, dass bei der Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung die möglichen Folgen für den Unionsbürger und ggf. seine Familienangehörigen in Bezug auf den Verlust der mit der Unionsbürgerschaft einhergehenden Rechte zu berücksichtigen seien. Insbesondere sei zu prüfen, ob ein solcher Verlust im Verhältnis zur Schwere des von dem Betroffenen begangenen Verstosses angemessen sei, welche Zeitspanne zwischen der Einbürgerungsentscheidung und der Rücknahmeentscheidung liege und welche Möglichkeiten zur Wiedererlangung der ursprünglichen Staatsangehörigkeit bestehen. In Bezug auf den zuletzt genannten Aspekt führe zwar allein der Umstand, dass der Betroffene durch die Rücknahme seine ursprüngliche Staatsangehörigkeit nicht „automatisch“ wieder erlangt, nicht zur Unzulässigkeit der Rücknahme. Allerdings habe das nationale Gericht zu prüfen, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit es nahe lege, dem Betroffenen vor dem Wirksamwerden der Rücknahmeentscheidung eine Frist einzuräumen, damit er versuchen kann, seine ursprüngliche Staatsangehörigkeit wiederzuerlangen.

¹² Nach Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV ist Unionsbürger, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt, so dass die Unionsbürgerschaft letztlich aus der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates folgt und „automatisch“ mit dieser erworben und entzogen wird.

¹³ S. z.B. EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421; EuGH, Rs. C-145/04, *Spanien/Vereinigtes Königreich*, Slg. 2006, I-7917.

Das Urteil des Gerichtshofs ist insbesondere aus grundsätzlicher Sicht von Bedeutung. Denn die Mitgliedstaaten haben danach umfassend bei der Regelung des Verlusts der Staatsangehörigkeit das Unionsrecht zu beachten, obwohl das Staatsangehörigkeitsrecht nach wie vor in der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten liegt. Damit überträgt der Gerichtshof den im Rahmen des Art. 18 AEUV und der Grundfreiheiten zum Zuge kommenden Grundsatz, wonach die Mitgliedstaaten auch bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten die Vorgaben des Unionsrechts zu beachten haben, auf die Frage der Anwendbarkeit unionsrechtlicher Vorgaben für den Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit. Dies ist insofern bemerkenswert, als zwischen beiden Konstellationen durchaus Unterschiede bestehen. Insbesondere sind Art. 18 AEUV und den Grundfreiheiten entsprechende Pflichten der Mitgliedstaaten zu entnehmen, während in Bezug auf die Unionsbürgerschaft dem Vertrag lediglich zu entnehmen ist, dass diese der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates „nachfolgt“. Die dogmatische Konstruktion des Gerichtshofs bleibt auch etwas im Dunkeln. Denn er folgert allein daraus, dass die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates „automatisch“ auch den Genuss der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte nach sich ziehe, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit im Bereich des Staatsangehörigkeitsrechts das Unionsrecht zu beachten haben. M.a.W. wird aus dem Umstand, dass sich aus der Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten auch unionsrechtlich begründete Rechte ergeben, geschlossen, das Unionsrecht sei bei der Regelung dieser Thematik zu beachten. Damit wird der akzessorische Charakter der Unionsbürgerschaft relativiert, denn der Ansatz des Gerichtshofs führt dazu, dass das nationale Staatsangehörigkeitsrecht vom Unionsrecht „überformt“ wird. Weiter äussert sich der Gerichtshof nicht zu der Frage, welche Vorgaben des Unionsrechts in Bezug auf die Ausgestaltung des nationalen Staatsangehörigkeitsrechts relevant sind. Im Wesentlichen wird es hier um die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Verhaltens, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Grundrechte, gehen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten auch die in der Grundrechtecharta verankerten Rechte zu beachten haben. Diese mitgliedstaatliche Pflicht entfaltet nicht nur Auswirkungen bei der Frage nach der Zulässigkeit des Entzugs der Staatsangehörigkeit, sondern wohl auch bei derjenigen nach den Voraussetzungen ihres Erwerbs. Die Ausführungen des Gerichtshofs legen aber auch nahe, dass in Bezug auf den Verlust im Ergebnis weitergehende Vorgaben zum Zuge kommen bzw. ein strengerer Massstab zur Anwendung kommt, da in diesem Falle bereits existierende Rechte verloren gehen. Jedoch könnte wohl auch eine willkürliche Verweigerung einer Einbürgerung mit dem Unionsrecht unvereinbar sein. Im Einzelnen dürften hier aber die genauen Schranken des (verbleibenden) mitgliedstaatlichen Spielraums noch zu präzisieren sein.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil betrifft letztlich das Unionsbürgerrecht, und die Erwägungen des Gerichtshofs knüpfen massgeblich an den Unionsbürgerstatus an. Da das Freizügigkeitsabkommen dieses Konzept jedoch nicht übernimmt, sind die Erwägungen des Urteils im Rahmen des Abkommens wohl nicht relevant, so dass dem Abkommen keine Vorgaben hinsichtlich der Zulässigkeit des Entzugs der

Staatsangehörigkeit zu entnehmen sind. Dies ändert aber nichts daran, dass in Bezug auf diese Frage ggf. verfassungsrechtliche Vorgaben zum Zuge kommen können.

III. Zur Beschränkung des Freizügigkeitsrechts des Art. 21 AEUV

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*)

In der Rs. C-208/09¹⁴ hatte sich der Gerichtshof wieder einmal¹⁵ mit einer namensrechtlichen Frage zu befassen. Der betraf allerdings ausschliesslich die Anwendung des Art. 21 AEUV (und nicht auch des Art. 18 AEUV), da keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorlag. Die Beschwerdeführerin des Ausgangsfalls, eine österreichische Staatsangehörige, lebte in Deutschland und wurde dort als Erwachsene von einem deutschen Staatsangehörigen, Herrn Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein, nach den einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs adoptiert. Infolge der Adoption erhielt sie als Geburtsnamen den Nachnamen ihres Adoptivvaters, so dass sie nun „Fürstin von Sayn-Wittgenstein“ hiess. Dieser Name wurde auch so in das österreichische Geburtenbuch eingetragen. Im Zuge einer entsprechenden Klarstellung der Rechtsprechung in Österreich stellte sich aber 15 Jahre später heraus, dass nach österreichischem Recht das Führen von Adelstiteln – einschliesslich solcher ausländischen Ursprungs – nicht erlaubt ist, so dass es unzulässig ist, dass ein österreichischer Staatsangehöriger aufgrund einer Adoption einen Familiennamen erwirbt, der einen früheren Adelstitel enthält. Daher gelangte die zuständige Behörde in Österreich zur Ansicht, die Eintragung im österreichischen Geburtenbuch müsse auf „Sayn-Wittgenstein“ berichtigt werden.

Der Gerichtshof hält zunächst fest, dass die Situation der Beschwerdeführerin in den Anwendungsbereich des Unionsrechts falle. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass das Recht zur Regelung des Nachnamens in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten liege, so dass diese bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit die Vorgaben des Unionsrechts beachten müssten. Da es sich bei der Beschwerdeführerin um eine Unionsbürgerin handle, könne sie sich auf das in Art. 21 AEUV gewährleistete Freizügigkeitsrecht berufen (aus den Vorlagefragen war nicht genau ersichtlich, in welcher Eigenschaft sich die Beschwerdeführerin in Deutschland aufhielt). In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung und unter Hinweis auf den Umstand, dass der Name Teil der Identität einer Person sei und daher durch Art. 7 GrCh und Art. 8 EMRK geschützt sei, stellte der Gerichtshof eine Beschränkung der Freizügigkeit fest. Denn wenn in Zukunft alle offiziellen Dokumente der Beschwerdeführerin (Pass u.a.), die nur von Österreich ausgestellt werden können, auf einen anderen Namen lauten als den, den sie 15 Jahre lang in

¹⁴ EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Urt. v. 22.12.2010.

¹⁵ Vgl. schon EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Slg. 2008, I-7639. Siehe hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009, S. 53 (55 ff.).

Deutschland getragen hat, könne dies zu Zweifeln an der Identität der Betroffenen führen. Daher sei eine solche Regelung geeignet, die Ausübung des von Art. 21 AEUV gewährten Rechts zu behindern. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die ursprüngliche Namensgebung bei der Adoption und die 15 Jahre zuvor erfolgte Eintragung in das österreichische Geburtenregister unter Verletzung des einschlägigen Rechts erfolgten. Denn während dieser 15 Jahre habe die Beschwerdeführerin unter diesem Namen gelebt und viele „förmliche Spuren“ im öffentlichen und privaten Bereich hinterlassen, so dass die Ausstellung ihrer Identitätsdokumente auf einen anderen Namen die Ausübung ihrer Freizügigkeitsrechte wegen der damit verbundenen Zweifel an ihrer Identität behindern könne.

Allerdings könne diese Beschränkung gerechtfertigt werden. Denn im Kontext der österreichischen Verfassungsgeschichte sei das im konkreten Fall einschlägige Adelsaufhebungsgesetz als Teil der nationalen Identität zu betrachten, so dass die öffentliche Ordnung betroffen sei. Das Adelsaufhebungsgesetz solle die Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz sicherstellen, und das Ziel, den Gleichheitsgrundsatz zu wahren, sei mit dem Unionsrecht vereinbar. Zwar müsse für eine Rechtfertigung wegen der engen Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Doch könnten die konkreten Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von einem Mitgliedstaat zum anderen und im zeitlichen Wechsel variieren. Insoweit sei den nationalen Behörden ein gewisser Gestaltungsspielraum zuzubilligen. Im Übrigen sei auch nicht zu erkennen, dass die nationale Regelung den Anforderungen der Verhältnismässigkeit nicht entspreche, zumal die Union nach Art. 4 Abs. 2 EUV die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten zu achten habe, zu der auch die republikanische Staatsform gehöre.

Das Urteil ist in mehrerlei Hinsicht bemerkenswert:

- Erstens verdeutlicht es einmal mehr, dass sich die Zulässigkeit von Beschränkungen des in Art. 21 AEUV verankerten Freizügigkeitsrechts nach parallelen Grundsätzen wie Beschränkungen der wirtschaftlichen Grundfreiheiten richtet, so dass es insofern konsequent ist, wenn der EuGH Art. 21 AEUV auch als „Grundfreiheit“ bezeichnet.
- Zweitens dürfte der EuGH bei der Frage nach dem Vorliegen einer Beschränkung des Art. 21 AEUV einen eher weiten, grosszügigen Massstab anlegen: Denn im vorliegenden Urteil lässt er es ausreichen, dass die in Frage stehende nationale Massnahme dazu führen kann, dass Zweifel an der Identität der Betroffenen aufkommen könnten, ohne im Einzelnen zu prüfen, ob hierdurch auch die Freizügigkeit behindert wird. Allerdings überzeugt dieser Schluss durchaus, da jeder Zweifel an der Identität potentiell gewisse Schwierigkeiten bei der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte mit sich bringt. Deutlich wird aber damit, dass es der Gerichtshof auch bei Art. 21 AEUV ausreichen lässt, dass die in Frage stehende nationale Massnahme potentiell einen negativen Einfluss auf die Freizügigkeitsrechte entfalten könnte.
- Schliesslich und vor allem ist die Rechtfertigungsprüfung des Gerichtshofs interessant: Sie stellt ein weiteres Beispiel dafür dar, dass der EuGH bei politisch sensiblen Gebieten den Mitgliedstaaten einen recht weiten

Gestaltungsspielraum einräumt. Allerdings bleiben im Einzelnen einige Aspekte der Ausführungen des Gerichtshofs in ihrer genauen Bedeutung bzw. dogmatischen Einordnung etwas im Unklaren. So fragt es sich insbesondere (wie der Hinweis auf den auch im Unionsrecht anerkannten Gleichheitsgrundsatz nahe legen könnte), ob das geltend gemachte öffentliche Interesse bzw. der geltend gemachte Teilaspekt der öffentlichen Ordnung auch in der einen oder anderen Weise im Unionsrecht anerkannt sein muss. Dies ist wohl schon deshalb zu verneinen, weil es den Mitgliedstaaten obliegt zu bestimmen, was sie als Teil der öffentlichen Ordnung ansehen, wobei der diesbezügliche Gestaltungsspielraum aber durch das Unionsrecht beschränkt ist (so dass etwa keine wirtschaftlichen Interessen geltend gemacht werden können). Weiter bleibt der Hinweis auf die Achtung der nationalen Identität unklar: Dieser erfolgt (nur) im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismässigkeit, dürfte aber wohl bereits die Frage berühren, ob überhaupt ein öffentliches Interesse bzw. ein Aspekt der öffentlichen Ordnung betroffen ist, der eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts zu begründen vermag. Schliesslich unterlässt der Gerichtshof im vorliegenden Fall eine Prüfung der Angemessenheit (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) der Massnahme, was einmal mehr den geringen Stellenwert dieses Aspekts im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung durch den EuGH verdeutlicht. Gleichwohl hätte sich eine entsprechende Prüfung im vorliegenden Zusammenhang durchaus aufdrängen können, und es erscheint auch nicht über alle Zweifel erhaben, bei einem Eingriff in Art. 8 EMRK – den die fragliche Massnahme eben auch darstellte – nicht auch eine Abwägung der involvierten Interessen vorzunehmen. Hier hätte man mit guten Gründen auch vertreten können, es sei nicht angemessen, die Beschwerdeführerin nach 15 Jahren im Ergebnis dazu zu zwingen, sich einen neuen Namen zuzulegen, bzw. diese Beeinträchtigung stehe ausser Verhältnis zu dem verfolgten Interesse, da es letztlich um einen Einzelfall der Berichtigung geht, womit nicht das Gesetz als solches in Frage gestellt wird.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil des Gerichtshofs bezieht sich auf das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger gemäss Art. 21 AEUV. Zwar hat die Unionsbürgerschaft als solche keinen Eingang in das Freizügigkeitsabkommen gefunden, doch gewährleistet auch das Abkommen Aufenthaltsrechte, so zu Gunsten von Arbeitnehmern (Art. 2 Abs. 1, Art. 4, 6 Anhang I FZA), Niederlassungsberechtigten (Art. 2 Abs. 1, Art. 4, 12 Anhang I FZA) sowie der Nichterwerbstätigen (Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA). Namensregelungen, wie die in der Rs. C-208/09 zur Debatte stehenden, können die Wahrnehmung dieser Aufenthaltsrechte beeinträchtigen, und zwar letztlich parallel zu der vom EuGH festgestellten (möglichen) Behinderung des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger. Daher könnte das Urteil des Gerichtshofs insoweit für die Anwendung und Auslegung des FZA relevant sein, als eine namensrechtliche Regelung geeignet ist, die Wahrnehmung der im Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechte zu behindern. Denn der Gerichtshof hatte jedenfalls bezüglich der Aufenthaltsrechte der

Arbeitnehmer und Selbständigen bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens entschieden, dass diese ein allgemeines Beschränkungsverbot darstellen,¹⁶ so dass Vieles dafür spricht, diese Rechtsprechung gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens heranzuziehen. Damit sind auch namensrechtliche Regelungen in Konstellationen wie in der Rs. C-208/09 am Massstab der durch das Abkommen gewährleisteten Aufenthaltsrechte zu messen. Für diese Prüfung aber dürfte das hier angezeigte Urteil des Gerichtshofs von Bedeutung sein.

C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)

I. Begriff des Arbeitnehmers

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-14/09, *Genc*)

In der Rs. C-14/09¹⁷ bejahte der Gerichtshof grundsätzlich die Arbeitnehmereigenschaft einer Person, die lediglich 5,5 Stunden pro Woche arbeitet. Das Urteil betraf das Assoziierungsabkommen EU-Türkei und den auf dieses gestützten Beschluss 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei. Weiter hielt der Gerichtshof fest, dass das Aufenthaltsrecht eines Arbeitnehmers nicht von weiteren, über Art. 6 Abs. 1 Assoziationsratsbeschluss 1/80 hinausgehenden Voraussetzungen abhängig gemacht werden dürfe.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil betraf, wie erwähnt, das Assoziierungsabkommen EU-Türkei sowie den Beschluss 1/80. Doch geht der Gerichtshof ausdrücklich davon aus, dass in Bezug auf die relevanten Auslegungsfragen (Arbeitnehmereigenschaft sowie die Frage nach der Zulässigkeit zusätzlicher, über die Arbeitnehmerschaft hinausgehender Voraussetzungen) für die Auslegung dieser Rechtsgrundlagen dieselben Grundsätze wie im Rahmen des AEUV heranzuziehen seien. Daher ist davon auszugehen, dass die vom Gerichtshof formulierten Präzisierungen auch in Bezug auf Art. 45 AEUV relevant und zu beachten sind.

Da das Freizügigkeitsabkommen in Bezug auf den Begriff des Arbeitnehmers an die Rechtslage in der EU anknüpft bzw. den unionsrechtlichen Begriff übernimmt, ist davon auszugehen, dass das Urteil auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten ist, zumal es letztlich an eine langjährige, bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens etablierte Rechtsprechung des EuGH¹⁸ anknüpft, die letztlich nur auf eine neue Fallgestaltung angewandt wird.

¹⁶ Vgl. insbesondere (für die Arbeitnehmerfreizügigkeit) EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rn. 93 ff.

¹⁷ EuGH, Rs. C-14/09, *Genc*, Urt. v. 4.2.2010, EuZW 2010, 268.

¹⁸ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. 53/81, *Levin*, Slg. 1982, 1035; s. auch EuGH, Rs. C-413/01, *Ninni-Orasche*, Slg. 2003, I-13187.

II. Freizügigkeit im Profisport

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-325/08, *Olympique Lyonnais*)

Sportvereine wenden häufig – wie spätestens seit dem *Bosman*-Urteil¹⁹ auch in der juristischen Welt bekannt ist – grosse Summen für die Ausbildung von Nachwuchssportlern auf, die dann „verloren“ gehen, wenn die frisch ausgebildeten jungen Spieler zu einem anderen Verein wechseln. Um die Zulässigkeit einer „Ausbildungsentschädigung“ im Falle eines Vereinswechsels ging es in der Rs. C-325/08.²⁰ Die streitige Regelung sah vor, dass ein Nachwuchsspieler im Falle einer Anstellung bei einem Verein eines anderen Mitgliedstaats eine Entschädigung des „Ursprungsvereins“ für die Ausbildungskosten gewährleisten muss. In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung bejahte der EuGH zunächst die Einschlägigkeit des Art. 45 AEUV für Berufssportler und in Bezug auf eine quasi tarifvertragliche Regelung. Die streitige Regelung stelle eine Beschränkung des Art. 45 AEUV dar. Für den Bereich des Berufsfussballs stellte der Gerichtshof sodann fest, eine derartige Regelung sei grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich. Denn ausbildende Vereine könnten davon abgehalten werden, in die Ausbildung junger Spieler zu investieren, wenn sie keinen Ersatz der dafür aufgewandten Beträge erhalten könnten, falls ein Spieler nach Abschluss seiner Ausbildung einen Vertrag als Berufsspieler bei einem anderen Verein abschliesst. Hingegen sei in derselben Situation ein eigentlicher Schadensersatzanspruch – dessen genaue Höhe nicht wirklich voraussehbar und von den tatsächlich entstandenen Ausbildungskosten unabhängig war – als nicht erforderlich anzusehen.

Damit dürfte der Gerichtshof die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit einer Regelung im Vergleich zum *Bosman*-Urteil insgesamt eher lockern, insbesondere aufgrund der fehlenden Hinweise auf mögliche mildere Mittel. Allerdings bleibt auch auf der Grundlage dieses Urteils unklar, wie die Ausbildungskosten konkret berechnet werden dürfen. Vieles dürfte dafür sprechen, dass hier – aufgrund der Unmöglichkeit, die konkreten Kosten für die Ausbildung jedes einzelnen Spielers zu berechnen – eine auf vertretbaren Kriterien beruhende Pauschalisierung zulässig ist. Dabei dürfte der EuGH davon ausgehen, dass hier die Gesamtkosten für die Ausbildung der Spieler berücksichtigt werden können, wenn dies wohl auch nicht dazu führen darf, dass den (in der Regel wenigen) im Ergebnis erfolgreichen Spielern eine zu hohe Kostenlast auferlegt wird. Die genau zulässigen Kriterien bleiben aber auch nach diesem Urteil noch etwas im Dunkeln. Weiter ist bemerkenswert, dass der EuGH wohl davon ausgeht, dass auch rein sportliche Erwägungen vom Anwendungsbereich des Unionsrechts erfasst seien, so dass die Frage der Zulässigkeit von Beschränkungen der Grundfreiheiten auf der Rechtfertigungsebene zu beantworten ist. Dieser Ansatz zeichnete sich schon in der früheren Rechtsprechung ab.²¹ Dieselbe Systematik, d.h. eine Prüfung auf der

¹⁹ EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921.

²⁰ EuGH, Rs. C-325/08, *Olympique Lyonnais*, Urt. v. 16.3.2010, EuZW 2010, 342.

²¹ Vgl. EuGH, Rs. C-519/04 P, *Meca-Medina*, Slg. 2006, I-6991.

Rechtfertigungsebene, dürfte wohl auch bei Regelungen über die Zusammensetzung von Nationalmannschaften zum Zuge kommen. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass es auch bei diesem Urteil nicht ganz klar wird, warum bzw. inwieweit die *per definitionem* privaten Interessen von Sportverbänden zwingende Gründe des Allgemeinwohls darstellen können. Letztlich dürfte es bei den Rechtfertigungsgründen, die (individuell oder kollektiv handelnde) Private im Falle der Bejahung einer Drittwirkung der Grundfreiheiten geltend machen können, weniger um Interessen des Allgemeinwohls als um „sachliche Gründe“ gehen.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil stellt letztlich eine Anwendung bzw. konsequente Fortführung der Rechtsprechung des EuGH zur Relevanz der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Zusammenhang mit dem Berufssport dar, die grösstenteils bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangen war.²² Da in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Berufssportlern davon auszugehen ist, dass das Abkommen parallele Rechte wie die im AEUV verankerte Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährleistet, dürfte das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-325/08 auf die Auslegung des Abkommens vollumfänglich übertragbar sein.

III. Exkurs: sekundärrechtlich gewährleistete Freizügigkeitsrechte

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

Verschiedene sekundärrechtliche Regelungen enthalten ebenfalls Freizügigkeitsrechte, die allerdings nicht an die Arbeitnehmereigenschaft, sondern an sonstige Tatbestände (wie die Eigenschaft als Familienangehörige freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger) anknüpfen. Diese stehen häufig, aber nicht immer, auch im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Darüber hinaus sind dem Sekundärrecht auch Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte von Drittstaatsangehörigen und deren Familienangehörigen zu entnehmen. Relevant im Sekundärrecht sind in erster Linie folgende Regelungen:

- VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft²³;
- RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie)²⁴;
- RL 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung²⁵;
- RL 2003/109 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltberechtigten Drittstaatsangehörigen²⁶.

²² Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921.

²³ ABl. 1968 L 257, 2.

²⁴ ABl. 2004 L 158, 77.

²⁵ ABl. 2003 L 251, 12.

Im Berichtszeitraum hatte der Gerichtshof sich mit der Auslegung einiger Bestimmungen dieser Rechtsakte zu befassen, wobei in erster Linie vier Urteile von Bedeutung sind.

a) Rs. C-578/08, *Chakroun*

In der Rs. C-578/08²⁷ ging es um die Auslegung der Voraussetzungen für ein Familiennachzugsrecht für Drittstaatsangehörige, das in der RL 2003/86 geregelt ist. Es unterwirft das Recht auf Familiennachzug insgesamt strengeren Voraussetzungen als die RL 2004/38 für Unionsbürger. Nach Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2003/86 ist ein Anspruch auf Familiennachzug nur dann zwingend zu gewähren, wenn der Nachweis erbracht wird, dass der Zusammenführende über feste und regelmässige Einkünfte verfügt, die ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des betreffenden Mitgliedstaates für seinen eigenen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen ausreichen. In dem Vorabentscheidungsersuchen ging es um das Aufenthaltsrecht der marokkanischen Ehegattin eines in den Niederlanden lebenden Marokkaners, der über eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis verfügte. Dieser bezog eine Leistung nach dem Gesetz über die Versicherung der Arbeitnehmer gegen die finanziellen Folgen der Arbeitslosigkeit. Der Betrag der gewährten Leistung lag mit rund 1'300 Euro pro Monat rund 100 Euro unter dem anwendbaren Regeleinkommen bei Familiengründungen, so dass die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis für die Ehegattin abgelehnt wurde. Das Regeleinkommen beträgt 120% des Mindestlohns eines Arbeitnehmers, und bei einem Einkommen unterhalb dieses Wertes besteht grundsätzlich ein Anspruch auf „besondere Sozialhilfe“ zur Bestreitung besonderer, individuell bestimmter notwendiger Kosten des Lebensunterhalts. Damit stellte sich die Frage, ob der Zusammenführende in einer solchen Situation Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2003/86 in Anspruch nahm.

Ausgangspunkt der diesbezüglichen Antwort des Gerichtshofs war die Feststellung, dass Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86 die Mitgliedstaaten verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen klar definierte „subjektive Rechte“ einzuräumen. Da die Genehmigung der Familienzusammenführung nach diesem Artikel die Grundregel darstelle, sei die durch Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2003/86 verliehene Befugnis, den Nachweis zu verlangen, dass der Zusammenführende über feste und regelmässige Einkünfte in hinreichender Höhe verfügt und keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen muss, eng auszulegen. Ferner müsse die Auslegung dieser Bestimmung sicherstellen, dass das Ziel der Richtlinie – die Begünstigung der Familienzusammenführung – und die praktische Wirksamkeit der Richtlinie verwirklicht bzw. sichergestellt werden können. Im Übrigen sei die Richtlinie im Lichte des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK, Art. 7 Grundrechtecharta) auszulegen. Der Begriff „Sozialhilfeleistungen“ sei als autonomer Begriff des Unionsrechts zu verstehen, mit dem angesichts des Kontexts eine Hilfe gemeint sei, die von öffentlichen Behörden gewährt wird und die eine Person in Anspruch nimmt, wenn sie nicht über feste und regelmässige Einkünfte zur

²⁶ ABl. 2004 L 16, 44.

²⁷ EuGH, Rs. C-578/08, *Chakroun*, Urt. v. 4.3.2010, NVwZ 2010, 697.

Bestreitung ihres Lebensunterhalts und desjenigen seiner Familie verfüge. Zwar gestatte es Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2003/86 den Mitgliedstaaten, einen Richtbetrag anzugeben, bei dem grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ausreichende feste und regelmässige Einkünfte vorliegen, so dass keine Sozialhilfe in Anspruch genommen werden muss. Allerdings dürfe diese Befugnis angesichts des Umstands, dass der Umfang der Bedürfnisse durchaus sehr individuell sein kann, nicht so verstanden werden, dass eine Familienzusammenführung bei Nichterreichen dieser Schwelle in jedem Fall und ohne eine konkrete Prüfung der Situation des Betroffenen abgelehnt werden könne. Im Übrigen sei ein Betrag von 120 % des Mindestlohns nicht erforderlich, um das Vorliegen ausreichender fester und regelmässiger Einkünfte zu belegen, da der Begriff der Sozialhilfe dahin auszulegen sei, dass er sich (nur) auf eine Hilfe beziehe, die einen Mangel an ausreichenden festen und regelmässigen Einkünften ausgleicht, nicht aber eine Hilfe, die es erlaubt, aussergewöhnliche oder unvorhergesehene Bedürfnisse zu befriedigen. Auch seien diese 120 % des Mindestlohns lediglich ein Durchschnittswert, und einige Gemeinden legten auch eine geringere Schwelle an. Schliesslich hätte der Mindestlohn als solcher ausgereicht, wenn die Eheleute von Anfang an gemeinsam eingereist wären, woraus sich ergebe, dass die Behörden selbst diesen Mindestlohn als ausreichende Einkünfte im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2003/86 ansehen. Im Zusammenhang mit dem zuletzt genannten Aspekt präzisierte der Gerichtshof darüber hinaus, dass es die RL 2003/86 (insbesondere Art. 2 lit. d, der die Familienzusammenführung definiert, ohne dass nach dem Zeitpunkt der Entstehung der familiären Bindungen unterschieden wird) nicht erlaube, bei der Anwendung des Einkommenserfordernisses des Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2003/86 danach zu differenzieren, ob die familiäre Bindung (hier die Eheschliessung, die nach der Einreise des Ehegatten in die Niederlande erfolgt war) vor oder nach der Einreise des Zusammenführenden in den Aufnahmemitgliedstaaten entstanden ist. Diese Auslegung dränge sich insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 8 EMRK und des Art. 7 Grundrechtecharta auf, die nicht nach den Umständen und dem Zeitpunkt der Entstehung einer Familie unterscheiden. Im Hinblick auf die Effektivität der Richtlinie und dem vom Unionsgesetzgeber gewollten Fehlen einer solchen Unterscheidung stehe den Mitgliedstaaten daher hier kein Wertungsspielraum zu, zumal die Fähigkeit des Zusammenführenden, für feste und regelmässige Einkünfte zu sorgen, nicht vom Zeitpunkt der Familiengründung abhängen könne.

Das Urteil – das in der Begründung und im Ergebnis überzeugt – ist insbesondere deshalb von grosser Bedeutung, weil der Gerichtshof unmissverständlich die Familienzusammenführung als Regel und entsprechende Einschränkungen damit als Ausnahmen bezeichnet. Dieser Ansatz wirkt sich nicht nur auf der Ebene der Auslegung des Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2003/86 aus, sondern auch bei den anderen Voraussetzungen, von denen die Mitgliedstaaten die Familienzusammenführung abhängig machen dürfen (insbesondere das Bestehen einer begründeten Aussicht auf eine dauerhafte Aufenthaltserlaubnis sowie genügend Wohnraum), so dass im Zweifel hier jeweils ein restriktiver Ansatz anzulegen ist und im Übrigen in jedem Fall (auch vor dem Hintergrund der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte) eine Einzelfallprüfung möglich sein muss.

b) Rs. C-480/08, *Teixeira* und Rs. C-310/08, *Ibrahim*

Die am selben Tag entschiedenen Rs. C-480/08²⁸ und C-310/08²⁹ betrafen die Auslegung von Art. 12 VO 1612/68, der den Kindern von Wanderarbeitnehmern im Gaststaat Zugang zur Ausbildung gewährt. Im Fall *Baumbast*³⁰ hatte der EuGH bereits festgestellt, Art. 12 VO 1612/68 impliziere grundsätzlich auch ein Aufenthaltsrecht von Kindern von Arbeitnehmern sowie dem Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnimmt. Dies gelte auch dann, wenn der Arbeitnehmerstatus des betreffenden Elternteils nicht mehr gegeben ist. Das Aufenthaltsrecht des betreffenden Elternteils leitet sich dabei vom Aufenthaltsrecht des Kindes ab. Denn dessen Aufenthaltsrecht könnte seiner effektiven Wirkung beraubt werden, wenn der für das Kind sorgende Elternteil selbst kein Aufenthaltsrecht mehr genießt.

In den Rs. C-480/08 und C-310/08 präzisierte der EuGH nun, dass dieses Aufenthaltsrecht von Kind und Elternteil auch dann bestehe, wenn eine Sozialhilfeabhängigkeit gegeben sei. Art. 12 VO 1612/68 verlange lediglich, dass das Kind mit seinen Eltern oder einem Elternteil in einem Mitgliedstaat gelebt habe, in dem zumindest ein Elternteil als Arbeitnehmer gewohnt habe. Damit ist das aus Art. 12 VO 1612/68 fliessende Aufenthaltsrecht des Kindes ein eigenständiges, ihm zustehendes Recht. Das aus diesem abgeleitete Aufenthaltsrecht des für ihn sorgenden Elternteils ende allerdings grundsätzlich mit der Volljährigkeit des Kindes, es sei denn, die Anwesenheit des Elternteils sei notwendig, damit das Kind seine Ausbildung abschliessen kann.

c) Rs. C-162/09, *Lassal*

In der Rs. C-162/09³¹ ging es in erster Linie um die Auslegung von Art. 16 RL 2004/38. Nach dieser Vorschrift muss Unionsbürgern ein sog. Daueraufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat gewährt werden, wenn sie sich dort ununterbrochen während fünf Jahren rechtmässig aufgehalten haben. Das Daueraufenthaltsrecht räumt den Unionsbürgern in verschiedener Hinsicht weitergehende Rechte ein, so insbesondere die Entkoppelung des Aufenthaltsrechts von einem ausreichenden Einkommen. In dem konkreten Fall stellte sich insbesondere die Frage, wie die vorgesehene Frist von fünf Jahren zu berechnen ist. Ausgangspunkt des Rechtsstreits war der Antrag einer französischen Staatsangehörigen auf Sozialhilfe in Grossbritannien. Die betreffende Person hielt sich von 1999 bis 2005 dort auf und war entweder erwerbstätig oder arbeitssuchend, so dass sie während dieser Zeit als Arbeitnehmerin im Sinne des Unionsrechts zu qualifizieren war. Anfang 2005 kehrte sie nach Frankreich zurück und blieb dort 10 Monate, um Ende 2005 wieder nach Grossbritannien einzureisen und sich dort auf Arbeitssuche zu begeben. Ende 2006 beantragte sie in Grossbritannien Sozialhilfe, was mit der Begründung abgelehnt

²⁸ EuGH, Rs. C-480/08, *Teixeira*, Urt. v. 23.2.2010, NVwZ 2010, 887.

²⁹ EuGH, Rs. C-310/08, *Ibrahim*, Urt. v. 23.2.2010, NVwZ 2010, 892.

³⁰ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091.

³¹ EuGH, Rs. C-162/09, *Lassal*, Urt. v. 7.10.2010, NVwZ 2011, 32.

wurde, der Betreffenden stehe kein Aufenthaltsrecht zu. Damit kam es hier darauf an, ob bereits ein Recht auf Daueraufenthalt bestand.

Ausgangspunkt der Antwort des Gerichtshofs ist die Feststellung, dass die RL 2004/38 in Anbetracht ihres Kontexts und ihrer Ziele nicht eng auszulegen sei und keinesfalls ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden dürfe. Das Recht auf Daueraufenthalt trage entscheidend zum sozialen Zusammenhalt bei und sei (auch) vorgesehen worden, um das „Gefühl der Unionsbürgerschaft“ zu verstärken. Zwar sei das Recht auf Daueraufenthalt erst mit der RL 2004/38 eingeführt worden, so dass insofern eine Neuerung im Unionsrecht vorgesehen wurde. Dies könne jedoch nicht dazu führen, dass für die Beantwortung der Frage, ob eine Person bereits während fünf Jahren ununterbrochen rechtmässig in einem anderen Mitgliedstaat gelebt hat, nur der Aufenthalt nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2004/38 berücksichtigt werden könne. Denn eine solche Auslegung nähme dem Recht auf Daueraufenthalt einen Teil seiner praktischen Wirksamkeit und stehe nicht mit den Zielsetzungen der Richtlinie in Einklang. Auch sei letztlich die Integration des Unionsbürgers in dem anderen Mitgliedstaat entscheidend. Mit dem Integrationsgedanken, der dem Art. 16 RL 2004/38 zugrunde liege, sei es daher unvereinbar, für das Bestehen des ununterbrochenen Aufenthalts auf das Ende der Umsetzungsfrist abzustellen. Dieser Ansatz bedeute auch keine Rückwirkung der Richtlinie, da lediglich Sachverhalte vor ihrem Inkrafttreten berücksichtigt würden. Damit sind also auch rechtmässige fünfjährige ununterbrochene Aufenthalte vor 2006 bzw. 2004 bei der Anwendung des Art. 16 RL 2004/38 (bzw. der entsprechenden nationalen Umsetzungsgesetze) zu berücksichtigen. Aus parallelen Erwägungen sei es für das Entstehen eines Rechts auf Daueraufenthalt auch unschädlich, dass eine Person sich vor Ablauf der Umsetzungsfrist weniger als zwei Jahre nicht in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgehalten hat.

d) Rs. C-145/09, *Tsakouridis*

In der Rs. C-145/09³² ging es um die Ausweisung eines Unionsbürgers aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach über zehnjährigem Aufenthalt in Deutschland und ihre Vereinbarkeit mit der RL 2004/38. Die Art. 27 ff. der Richtlinie regeln die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen der an sich rechtmässige Aufenthalt eines Unionsbürgers beendet werden kann:

- Nach Art. 27 Abs. 1 RL 2004/38 darf die Freizügigkeit der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden. Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38 weist – in Anknüpfung an die bisherige Rechtslage und die Rechtsprechung des EuGH³³ – darauf hin, dass dabei ausschliesslich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abzustellen ist. Dieses muss eine „tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr“ darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Eine strafrechtliche Verurteilung allein kann nicht ohne weiteres eine Ausweisung begründen, und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist zu

³² EuGH, Rs. C-145/09, *Tsakouridis*, Urt. v. 23.11.2010.

³³ EuGH, Rs. 30/77, *Bouchereau*, Slg. 1977, 1999, Rn. 27/28; bestätigt u.a. in EuGH, Rs. C-348/96, *Calfa*, Slg. 1999, I-21.

beachten. Generalpräventive Begründungen sind damit von vornherein unzulässig. Weiter ist bei der Entscheidung über die Ausweisung der Schutz des Familienlebens (vgl. Art. 8 EMRK) zu berücksichtigen, und ggf. ist ein angemessener Ausgleich zwischen dem Interesse des Aufnahmemitgliedstaates an der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einerseits und dem Interesse der betroffenen Personen am Schutz ihres Familienlebens andererseits zu suchen.³⁴ Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38 fasst weitere, jedenfalls bei der Entscheidung über eine Ausweisung zu berücksichtigende Umstände zusammen.

- Für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen mit dem Recht auf Daueraufenthalt kommen (nochmals) erhöhte Anforderungen zum Zuge: Sie dürfen nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausgewiesen werden (Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38).
- Schliesslich darf eine Ausweisung nach Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 nicht verfügt werden, wenn ein Unionsbürger die letzten zehn Jahre im Aufnahmemitgliedstaat gelebt hat oder minderjährig ist (abgesehen von den Fällen, in denen die Ausweisung zum Wohl des Kindes notwendig ist), es sei denn, die Entscheidung beruht auf zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festzulegen sind. Diese „dritte Stufe“ des Ausweisungsschutzes – wobei die zwingenden Gründe ausdrücklich zu definieren sind – muss sich angesichts der bereits hohen Hürden der beiden ersten Stufen wohl auf aussergewöhnlich schwere Straftaten, die zwingend mit hohen Freiheitsstrafen zu sanktionieren sind, beziehen.

Damit kommen also insgesamt drei „Stufen“ von Einschränkungen zum Zuge: „normale“ Einschränkungen des Aufenthaltsrechts oder eine „normale“ Ausweisung, eine Ausweisung von Personen mit Daueraufenthaltsrecht und eine Ausweisung von Personen mit 10 Jahren Aufenthalt oder Minderjährigen.

In der Rs. C-145/09³⁵ ging es um die dritte Stufe der Ausweisung, nämlich für einen Unionsbürger, der in den letzten 10 Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gelebt hat. Der Fall betrifft einen Rechtsstreit zwischen dem Land Baden-Württemberg und einem griechischen Staatsangehörigen, der 1978 in Deutschland geboren wurde, dort aufgewachsen ist und seither auch dort lebt, allerdings 2004 rund acht Monate in Griechenland war. Der Betroffene war mehrfach vorbestraft, u.a. wegen gefährlicher Körperverletzung, vorsätzlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung sowie wegen unerlaubten bandenmässigen Handels mit Betäubungsmitteln. 2008 stellte die zuständige Behörde wegen der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch den Betroffenen den Verlust des Einreise- und Aufenthaltsrechts nach bzw. in Deutschland fest und drohte mit der Abschiebung nach Griechenland.

Aufgeworfen wurde damit die Frage, ob sich der Betroffene auf den verstärkten Schutz des Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 berufen kann und ggf. ob die in dieser Vorschrift niedergelegten Voraussetzungen für eine Ausweisung erfüllt waren. Der

³⁴ Vgl. EuGH, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, *Orfanopoulos*, Slg. 2004, I-5257, Rn. 98 ff.; vgl. auch EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279, Rn. 41; EuGH, Rs. C-109/01, *Akrich*, Slg. 2003, I-9607, Rn. 58. S. auch die Formulierung in Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38.

³⁵ EuGH, Rs. C-145/09, *Tsakouridis*, Urt. v. 23.11.2010.

Gerichtshof hielt zunächst fest, dass die RL 2004/38 die Rechte der Unionsbürger auf Freizügigkeit im Verhältnis zu den Sekundärrechtsakten, die sie geändert oder aufgehoben hatte, verstärken solle. Daher komme es nicht in Betracht, dass die Unionsbürger aus der RL 2004/38 weniger Rechte ableiten könnten als aus den erwähnten Sekundärrechtsakten. Weiter habe die RL 2004/38 ein System geschaffen, wonach der Schutz vor Ausweisung umso stärker sei, je besser die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen in den Aufnahmemitgliedstaat integriert sind. Was die oben erwähnte „dritte Stufe“ des Schutzes von EU-Ausländern vor einer Ausweisung betrifft, so ergebe sich aus der RL 2004/38 nichts zu der Frage, welche Umstände eine Unterbrechung der Aufenthaltsdauer von zehn Jahren bewirken können, die für den Erwerb des Rechts auf verstärkten Ausweisungsschutz gemäss Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 erforderlich ist. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Zielsetzung des Art. 28 RL 2004/38, gut integrierten Personen einen verstärkten Ausweisungsschutz zukommen zu lassen, sei bei der Frage, ob und inwieweit Abwesenheiten vom Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats während der letzten zehn Jahre vor der Ausweisung den Betroffenen daran hindern, in den Genuss des verstärkten Schutzes zu kommen, eine umfassende Beurteilung seiner Situation jeweils zu dem genauen Zeitpunkt vorzunehmen, zu dem sich die Frage der Ausweisung stellt. Dabei seien in jedem Einzelfall alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Dauer jeder einzelnen Abwesenheit, die Gesamtdauer und die Häufigkeit der Abwesenheiten sowie die Gründe für diese. Relevant sei dabei auch und gerade, ob die zuvor mit dem Aufnahmemitgliedstaat geknüpften Integrationsverbindungen abgerissen sind. Bei der gebotenen umfassenden Beurteilung könne auch die zwangsweise Verbüssung einer Haftstrafe im Aufnahmemitgliedstaat berücksichtigt werden. Diese somit notwendige umfassende Einzelfallprüfung sei durch das nationale Gericht vorzunehmen. Sollten die Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 als nicht erfüllt angesehen werden, seien die Ausweisungsmaßnahmen am Massstab des Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38 zu prüfen.

Was die Auslegung des Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 betrifft, so sei der Begriff der in dieser Bestimmung genannten „zwingenden Gründe“ der öffentlichen Sicherheit erheblich enger als derjenige der „schwerwiegenden Gründe“ der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38. Solche zwingenden Gründe seien auf „aussergewöhnliche Umstände“ zu begrenzen und setzten nicht nur das Vorliegen einer Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit, sondern darüber hinaus einen „besonders hohen Schweregrad“ derselben voraus. Im Übrigen sei auch der Begriff der öffentlichen Sicherheit selbst in diesem Kontext auszulegen. Dieser umfasse sowohl die innere als auch die äussere Sicherheit. Nach der Rechtsprechung könnten die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben der Bevölkerung ebenso wie die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen die öffentliche Sicherheit berühren. Der bandenmässige Handel mit Betäubungsmitteln könne aber durchaus auch von diesem Begriff erfasst werden. Denn er stelle eine „diffuse Kriminalität“ dar, die mit beeindruckenden wirtschaftlichen und operativen Mitteln ausgestattet sei und sehr häufig über internationale Verbindungen verfüge. Auch sei in einem Rahmenbeschluss festgestellt worden, dass der illegale Drogenhandel eine Bedrohung der Gesundheit,

Sicherheit und Lebensqualität der Unionsbürger sowie der legalen Wirtschaftstätigkeit, der Stabilität und der Sicherheit der Mitgliedstaaten darstelle. Allerdings müsse eine Ausweisungsmassnahme nach Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38 jedenfalls auf eine individuelle Prüfung des Einzelfalls gestützt werden. Sie könne nur dann mit zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 gerechtfertigt werden, wenn eine solche Massnahme angesichts der aussergewöhnlichen Schwere der Bedrohung für den Schutz der Interessen, die mit ihr gewahrt werden sollen, erforderlich ist. Dies setze voraus, dass dieses Ziel unter Berücksichtigung der Aufenthaltsdauer im Aufnahmemitgliedstaat und insbesondere der schweren negativen Folgen, die eine solche Massnahme für den Unionsbürger haben kann, die vollständig in den Aufnahmestaat integriert sind, nicht durch weniger strikte Massnahmen erreicht werden kann. Weiter sei der aussergewöhnliche Charakter der Bedrohung der öffentlichen Sicherheit aufgrund des persönlichen Verhaltens des Betroffenen (die für die Zeit zu beurteilen sei, zu der die Ausweisungsverfügung ergeht), und zwar nach Massgabe der verwirkten und verhängten Strafen, des Grades der Beteiligung an der kriminellen Aktivität, des Umfangs des Schadens und ggf. der Rückfallneigung, gegen die Gefahr abzuwägen, die Resozialisierung des Unionsbürgers in dem Staat, in den er vollständig integriert ist, zu gefährden. Die verhängte Strafe sei als ein Umstand der Gesamtheit dieser Faktoren zu berücksichtigen, so dass eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren nicht zu einer Ausweisungsverfügung führen dürfe, ohne dass die erwähnten Umstände berücksichtigt werden (können). Weiter seien im Rahmen dieser Prüfung die Grundrechte zu berücksichtigen. Bei der in diesem Rahmen erforderlichen Prüfung, ob der in Aussicht genommene Eingriff im Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck steht, seien insbesondere die Art und Schwere der begangenen Zuwiderhandlung, die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Aufnahmemitgliedstaat, die seit der Begehung der Zuwiderhandlung vergangene Zeit und das Verhalten des Betroffenen in dieser Zeit sowie die Intensität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufnahmemitgliedstaat zu berücksichtigen. Im Fall eines Unionsbürgers, der die meiste oder die gesamte Zeit seiner Kindheit und Jugend rechtmässig im Aufnahmemitgliedstaat verbracht hat, müssten sehr stichhaltige Gründe vorgebracht werden, um die Ausweisungsmassnahme zu rechtfertigen.

Zwar überantwortet der Gerichtshof damit die letztlich entscheidende Einzelfallprüfung den nationalen Gerichten, so dass diesen bei der vorzunehmenden Abwägung ein gewisser Spielraum einzuräumen ist. Gleichzeitig lassen die Erwägungen aber auch erkennen, dass diesem Spielraum durchaus ins Gewicht fallende Grenzen gezogen sind:

- Erstens müssen die zuständigen nationalen Behörden und die Gerichte jedenfalls der erwähnten Abstufung in drei Schritten bei der Begründung einer Ausweisung eines Unionsbürgers Rechnung tragen.
- Dies impliziert, zweitens, dass bei der zweiten und insbesondere der dritten Stufe nur eher bzw. sehr aussergewöhnliche Umstände eine Ausweisung rechtfertigen können.
- Drittens gibt der Gerichtshof den nationalen Behörden in relativ detaillierter Weise diejenigen Umstände vor, die jedenfalls bei der notwendigerweise vorzunehmenden, sehr umfassenden Güterabwägung zu berücksichtigen sind.

- Schliesslich dürfte diese Notwendigkeit der Güterabwägung auch gewisse verfahrensrechtliche Implikationen entfalten, da die nationalen Verfahren so auszugestalten sind, dass eine entsprechende Abwägung tatsächlich erfolgen kann.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Relevanz der erörterten Urteile für die Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens kann durch folgende Aspekte zusammengefasst werden:

- Da das Freizügigkeitsabkommen die RL 2003/86 nicht übernommen hat, sind die Ausführungen des Gerichtshofs zum Familiennachzug in der Rs. C-578/08 (*Chakroun*) wohl nicht auf das Abkommen übertragbar.
- Die Rs. C-480/08 (*Teixeira*) und C-310/08 (*Ibrahim*) bezogen sich auf Art. 12 VO 1612/68. Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA ist dieser Bestimmung nachgebildet, der Wortlaut beider Artikel deckt sich im Wesentlichen, so dass sich die Frage nach der parallelen Auslegung des FZA stellt. Da das Bundesgericht davon ausgeht, dass auch die neuere einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich zu übernehmen sei,³⁶ spricht Vieles dafür, dass die Rechtslage unter dem FZA entsprechend den erwähnten Urteilen des EuGH zu beurteilen ist.³⁷ Im Übrigen hat das Bundesgericht die sog. *Baumbast*-Rechtsprechung des EuGH³⁸, wonach auch Stiefkinder nachzugsberechtigte Familienangehörige sind, übernommen,³⁹ so dass konsequenterweise auch die Rs. C-480/08 und C-310/08, die dieselbe Rechtsmaterie betreffen, im Rahmen des FZA relevant sein müssten.
- Die RL 2004/38 ist als solche für das Freizügigkeitsabkommen nicht von Bedeutung, da sich dieses (insbesondere Anhang I FZA) an die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens bestehenden Rechtsakte anlehnt. Daher können Urteile des EuGH, die sich auf Rechte beziehen, die durch die RL 2004/38 neu eingeführt wurden, wie insbesondere das Daueraufenthaltsrecht in Art. 16 RL 2004/38 (das Gegenstand der Rs. C-162/09 (*Lassal*) war), im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens insoweit von vornherein keine Implikationen entfalten, da es an einer parallelen Rechtsposition im Abkommen fehlt.

³⁶ Vgl. BGE 136 II 5; hierzu *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur Schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch des Migrationsrechts 2009/2010, 2010, 243 (259 ff.).

³⁷ Vgl. in der Tendenz ähnlich *Marc Spescha*, Das Familienleben als hervorragendes Rechtsgut des Freizügigkeitsrechts – am Beispiel der aktuellen Rechtsprechung zum Familiennachzug im Geltungsbereich des FZA, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis, 2011, 141 (153 f.), der in diesem Zusammenhang auch auf die Problematik der Inländerdiskriminierung hinweist; ebenfalls die Relevanz der Urteile bejahend *Thomas Burri/Benedikt Pirker*, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 (181 f.).

³⁸ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091.

³⁹ BGE 136 II 65.

- Die RL 2004/38 hat aber auch Bestimmungen bereits vorher geltender Rechtsakte – die ihrerseits (teilweise) für die Formulierung insbesondere des Anhangs I FZA Pate standen – aufgegriffen sowie in manchen Vorschriften die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert. Soweit sich Urteile des Gerichtshofs auf solche Bestimmungen der RL 2004/38 beziehen, können sie daher grundsätzlich auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant sein. Vor diesem Hintergrund dürfte das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-145/09 (*Tsakouridis*) durchaus für die Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens relevant sein: Die drei „Stufen“ des in Art. 28 RL 2004/38 geregelten Ausweisungsschutzes stellen nämlich letztlich eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar. Dieser stellte – neben dem ebenfalls in dem Urteil relevanten Art. 8 EMRK – auch schon in der ständigen Rechtsprechung des EuGH vor der Unterzeichnung des Abkommens eine entscheidende Rolle für die Zulässigkeit von Ausweisungen dar. Er ist daher bei der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, wonach die aufgrund des Abkommens eingeräumten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden dürfen, heranzuziehen. Im Übrigen illustrieren auch die Ausführungen des EuGH, in denen er auf die von den Mitgliedstaaten bei der Entscheidung über eine Ausweisung zu beachtenden Aspekte hinweist, dass es hier letztlich um die Verhältnismässigkeit geht.

D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 56 AEUV)

I. Kostenerstattungen im Gesundheitswesen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-211/08, *Kommission/Spanien*, Rs. C-173/09, *Elchinov*, Rs. C-512/08, *Kommission/Frankreich*)

Die Frage, ob und ggf. inwieweit die Mitgliedstaaten die Kostenerstattung für eine medizinische Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat von einer vorherigen Genehmigung abhängig machen bzw. im Falle einer im Ausland erfolgten medizinischen Behandlung eine geringere Kostenerstattung vorsehen dürfen, ohne gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) zu verstossen, war Gegenstand mehrerer Urteile des Gerichtshofs im Berichtszeitraum. Dabei ging es jeweils um Krankenhausbehandlungen oder um Behandlungen unter Einsatz medizinischer Grossgeräte. Die wesentlichen Elemente der hier zu besprechenden drei Urteile (Rs.

C-211/08⁴⁰, Rs. C-173/09⁴¹ und Rs. C-512/08⁴²), die an die bisherige Rechtsprechung anknüpfen,⁴³ können wie folgt zusammengefasst werden:⁴⁴

- Entgeltliche medizinische Leistungen seien als Dienstleistungen im Sinne des Art. 56 AEUV anzusehen, auch wenn sie in einem Krankenhaus erbracht und deren Kosten durch einen nationalen Gesundheitsdienst erstattet werden (sollen), so dass im Falle des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Elements der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet sei. Dies sei jedenfalls immer dann der Fall, wenn Dienstleistungserbringer und -empfänger in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind, wobei die Dienstleistungsfreiheit auch die Freiheit des Leistungsempfängers, sich zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, umfasse. Eine Dienstleistung im Sinne des Art. 56 AEUV liege aber auch dann vor, wenn der ursprüngliche Zweck des Aufenthalts eines Dienstleistungsempfängers in einem anderen Mitgliedstaat nicht die medizinische Behandlung gewesen sei, sondern dieser sich etwa als Tourist oder Studierender in einen anderen Mitgliedstaat begeben und während dieses Aufenthalts eine medizinische Leistung in Anspruch nimmt.
- Eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs liege grundsätzlich vor, wenn die Kostenerstattung für eine im Ausland erfolgende Krankenhausbehandlung niedriger ausfalle als der Betrag, der bei einer entsprechenden Behandlung im Inland gewährt wird, oder wenn eine Krankenhausbehandlung im Ausland generell einer Genehmigungspflicht unterstellt werde. Allerdings – so der EuGH in der Rs. 211/08 – sei ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dann zu verneinen, wenn es um eine unerwartete Inanspruchnahme medizinischer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat gehe: Denn in einem solchen Fall seien die Auswirkungen auf den freien Dienstleistungsverkehr zu ungewiss und mittelbar (und damit letztlich „hypothetischer Art“⁴⁵), so dass eine solche Regelung nicht als geeignet angesehen werden könne, den freien Dienstleistungsverkehr zu behindern.
- Eine Genehmigungspflicht für die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Ausland als Voraussetzung für die Kostenübernahme könne bei Krankenhausaufenthalten grundsätzlich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls (Zwänge der Planung, die ein ausgewogenes Angebot

⁴⁰ EuGH, Rs. C-211/08, *Kommission/Spanien*, Urt. v. 15.6.2010, EuZW 2010, 671.

⁴¹ EuGH, Rs. C-173/09, *Ivanov Elchinov*, Urt. v. 5.10.2010, EuZW 2010, 907.

⁴² EuGH, Rs. C-512/08, *Kommission/Frankreich*, Urt. v. 5.10.2010.

⁴³ S. insbesondere EuGH, Rs. C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-368/98, *Vanbraekel*, Slg. 2001, I-5363; EuGH, Rs. C-385/99, *Müller-Fauré*, Slg. 2003, I-4509; EuGH, Rs. C-343/04, *Watts*, Slg. 2006, I-4325; s. auch EuGH, Rs. C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki*, Slg. 2007, I-3185.

⁴⁴ Wobei im Folgenden lediglich auf die die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Aspekte der Urteile hingewiesen wird, während spezifische Fragen des Sozialrechts (insbesondere in Bezug auf die Auslegung der VO 1408/71) ausgeblendet werden.

⁴⁵ Vgl. Rs. C-211/08, Rz. 73. In diesem Urteil argumentierte der Gerichtshof auch mit Ziel und Zweck der VO 1408/71, der gerade nicht entnommen werden könne, dass in Fällen, in denen der Heimatstaat eine höhere Deckung vorsehe als der Aufenthaltsmitgliedstaat, der zuständige Träger finanziell die Höchstbelastung zu tragen habe.

qualitativ hochwertiger Versorgung sicherstellen und zur Beherrschung der Kosten beitragen soll) gerechtfertigt werden, insbesondere zur Sicherstellung der Auslastung der medizinischen Infrastrukturen. Diese sich schon aus der bisherigen Rechtsprechung ergebenden Erwägungen könnten auch in Bezug auf Behandlungen mit (kostspieligen) medizinischen Grossgeräten herangezogen werden, unabhängig davon, ob die Behandlung innerhalb oder ausserhalb eines Krankenhauses erfolgt. Denn diese müssten aus den angeführten Gründen Gegenstand einer Planungspolitik sein können, um im gesamten Staatsgebiet ein Angebot an Spitzenbehandlungsleistungen zu gewährleisten, das rationell, stabil, ausgewogen und gut zugänglich ist, aber auch, um jede Ressourcenverschwendung so weit wie möglich zu verhindern. Ein solches Genehmigungssystem müsse aber den Anforderungen der Verhältnismässigkeit entsprechen und auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die im Voraus bekannt sind. So müsse sich – was in der Rs. C-512/08 bejaht wurde – aus den anwendbaren Rechtsvorschriften eine mit dem Unionsrecht vereinbare Erstattungspraxis aus den innerstaatlichen Rechtsvorschriften ergeben und der Verwaltungspraxis entsprechen. Eine Rechtfertigung sei aber dann zu verneinen, wenn – wie in der Rs. C-173/09 – eine Übernahme der Kosten für eine Krankenhausbehandlung ohne vorherige Genehmigung in allen Fällen ausnahmslos ausgeschlossen ist, auch wenn der Patient aus gesundheitlichen Gründen oder infolge der Dringlichkeit der Behandlung daran gehindert war, die Genehmigung zu beantragen. Denn eine Übernahme der Kosten ohne Genehmigung in solchen Ausnahmefällen vermöge die Verwirklichung der mit der Genehmigungspflicht verfolgten (Planungs-)Ziele nicht zu gefährden.

Der Gerichtshof stellt somit erstmals ausdrücklich, wenn auch nicht überraschend, fest, dass eine Behandlung mit medizinischen Grossgeräten mit Krankenhausbehandlungen gleichzustellen ist. Damit wird klargestellt, dass letztlich die Frage nach der Planbarkeit entscheidend ist. Sodann ist der Rechtsprechung – und dies dürfte im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung neu sein – eine Differenzierung bereits bei der Frage nach dem Vorliegen eines Eingriffs in Art. 56 AEUV zu entnehmen: Die Dienstleistungsfreiheit kommt in Bezug auf medizinische Dienstleistungen grundsätzlich nur bei „geplanten“, nicht hingegen unerwarteten Krankenhausbehandlungen im Ausland zum Zuge. Zur Folge hat diese Rechtsprechung eine „Zweiteilung“: Während bei geplanten Krankenhausaufenthalten die Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in eine Grundfreiheit zu beachten sind, wobei gerade bei der Verhältnismässigkeit durchaus strenge Vorgaben zum Zuge kommen, ist dies bei ungeplanten Krankenhausaufenthalten nicht der Fall, obwohl es mitunter um dieselben Behandlungen und dieselben nationalen Regelungen geht. Ob diese somit aus unionsrechtlicher Sicht zulässige Differenzierung auch den einschlägigen (nationalen) verfassungsrechtlichen Anforderungen (insbesondere dem Gleichheitssatz) standhält, ist eine andere Frage. Zudem wirft dieser Ansatz des Gerichtshofs aus unionsrechtlicher Sicht (einmal mehr) die Frage auf, unter welchen Umständen eine Behinderung einer Grundfreiheit wirklich zu „mittelbar“ und „ungewiss“ und damit „hypothetischer Art“ ist: Offenbar stellt der Gerichtshof darauf ab, dass die Entscheidung der Inanspruchnahme einer Dienstleistung „frei“ getroffen werden können muss bzw. die entsprechende nationale Regelung einen

Einfluss auf diese Entscheidung entfalten kann. Alle Abgrenzungsfragen sind hiermit aber auch nicht gelöst, zumal gerade auch im Falle unerwarteter medizinischer Behandlungen bei weniger schwerwiegenden Fällen durchaus eine Wahlmöglichkeit bestehen kann. Jedenfalls dürfte dieser Ansatz des Gerichtshofs⁴⁶ eine Präzisierung bzw. Einschränkung des Grundsatzes, wonach bereits die grundsätzliche Eignung einer nationalen Massnahme, die Wahrnehmung einer Grundfreiheit zu behindern, für die tatbestandliche Einschlägigkeit derselben ausreicht, implizieren.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Übertragbarkeit bzw. Massgeblichkeit der hier angezeigten Urteile auf bzw. für das Freizügigkeitsabkommen hängt massgeblich davon ab, in welchem Umfang das Abkommen die Dienstleistungsfreiheit im Allgemeinen und in Bezug auf Heilbehandlungen im Ausland im Besonderen gewährleistet. Obwohl überzeugende Gründe für einen anderen Ansatz sprechen,⁴⁷ gehen sowohl das Bundesgericht⁴⁸ als auch der EuGH⁴⁹ davon aus, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen betreffe, nicht hingegen sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Auf der Grundlage dieses Ansatzes ist die erwähnte Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Fragen der Kostenerstattung im Gesundheitswesen im Rahmen von Anwendung und Auslegung des Abkommens im Ergebnis nicht relevant, da dem Abkommen keine dem Unionsrecht entsprechenden Rechte zu entnehmen sind.

II. Glücksspiele

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

In einer Reihe von Vorabentscheidungsersuchen standen Fragen der Vereinbarkeit von Regelungen über Glücksspiele mit der Dienstleistungs- und / oder der Niederlassungsfreiheit zur Debatte:⁵⁰

- In zwei am 3.6.2010 entschiedenen Urteilen⁵¹ ging es um den Betrieb von Glücksspielen im Internet. In beiden Fällen wurden solche Spiele jeweils

⁴⁶ Der auch schon in früheren Urteilen zu finden war, s. insbesondere (in Bezug auf Art. 45 AEUV) EuGH, Rs. C-190/98, *Graf*, Slg. 2000, I-493.

⁴⁷ Vgl. hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007, 101 (120 f.); *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008, 55 (82 f.); *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis*, 2011, 81 (87 ff.).

⁴⁸ BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Urt. v. 15.7.2010. Zu diesem Urteil noch unten E.II.

⁵⁰ Der EuGH hatte sich bereits verschiedentlich mit dieser Thematik zu befassen. Vgl. zur Rechtsprechung im Jahr 2009 (mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung) *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, in: *Epiney/Gammenthaler* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* (SJER) 2009/2010, 2010, 77 (93 f.).

einem einzigen Veranstalter vorbehalten, womit auch in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Veranstaltern das Anbieten von Glücksspielen über das Internet in dem betreffenden Mitgliedstaat untersagt war. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass eine solche Regelung die Dienstleistungsfreiheit beschränke. Sie könne jedoch grundsätzlich durch Anliegen des Verbraucherschutzes, der Betrugsvermeidung, der Vermeidung von Anreizen zu überhöhten Ausgaben für das Spielen und der Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen gerechtfertigt sein. Dabei sei zu berücksichtigen, dass in diesem Kontext die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten in dem jeweiligen Staat eine Rolle spielen könnten und es den Mitgliedstaaten freistehe, das angestrebte Schutzniveau zu bestimmen. Denn allein der Umstand, dass ein Anbieter in einem anderen Mitgliedstaat bereits rechtlichen Anforderungen und Kontrollen unterliege, könne angesichts der Unterschiede der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und der Gefahren von Glücksspielen nicht als hinreichende Garantie zur Verwirklichung der angeführten Ziele angesehen werden. Daher ziehe eine Zulassung in einem anderen Mitgliedstaat als solche auch keine Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung nach sich. Eine Rechtfertigung komme auch dann in Betracht, wenn der Inhaber einer ausschliesslichen Erlaubnis berechtigt sei, sein Angebot auf dem Markt durch die Einführung neuer Spiele und durch Werbung attraktiver zu machen. In diesem Falle sei allerdings besonders zu prüfen, ob den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Rechnung getragen werde und insbesondere ob die Beschränkungen in kohärenter und systematischer Weise zur Verwirklichung der angestrebten Zielsetzungen beitragen. Dies sei zu verneinen, wenn eine starke Expansion der Glücksspiele angestrebt werde und letztlich die Beschaffung von Mitteln (Abgaben auf die Einnahmen aus zugelassenen Glücksspielen) im Vordergrund stehe. Zu berücksichtigen sei aber auch, ob rechtswidrige Spieltätigkeiten ein Problem darstellen. Weiter folge aus der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung über Glücksspiele mit Art. 56 AEUV, dass auch Durchführungsmassnahmen mit dem Vertrag vereinbar seien, soweit sie unerlässlich sind, um die praktische Wirksamkeit der betreffenden Regelungen sicherzustellen und keine zusätzlichen Beschränkungen einführen. Unter diesen Voraussetzungen erübrige sich eine Prüfung der Verhältnismässigkeit jeder einzelnen Durchführungsmassnahme. Jedenfalls müsse ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung sowohl bei der Erteilung als auch bei einer Verlängerung auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, so dass die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz heranzuziehen seien. Von diesem Grundsatz sei dann eine Ausnahme anzunehmen, wenn es um Veranstalter gehe, die unmittelbarer staatlicher Aufsicht unterstehen, da diesfalls dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Genüge getan werde.

⁵¹ EuGH, Rs. C-203/08, *Sporting Exchange*, Urt. v. 3.6.2010, EuZW 2010, 503; EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbrokes*, Urt. v. 3.6.2010.

- In den verb. Rs. C-447/08 und C-448/08⁵² bestand eine nationale Regelung, wonach nur zugelassene Anbieter Glücksspiele veranstalten dürfen. Der Gerichtshof stellte konsequenterweise fest, dass im Falle einer solchen Regelung auch ein Verbot der Werbung für Glücksspiele, die von Anbietern in anderen Mitgliedstaaten veranstaltet werden, mit Art. 56 AEUV grundsätzlich in Einklang stehe. Die Formulierungen des Gerichtshofs legen es hier nahe, dass eine Einschränkung oder ein Verbot der Werbung für Dienstleistungen immer auch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, wobei man diese Erwägung wohl auf die anderen Grundfreiheiten übertragen kann. Im Falle einer Zuwiderhandlung gegen ein solches Verbot dürften jedoch vom Ausland aus begangene Verstösse nicht strenger als vom Inland aus begangene Verstösse geahndet werden.
- Zwei⁵³ Urteilen vom 8.9.2010⁵⁴ lagen Vorabentscheidungsersuchen deutscher Gerichte zugrunde, in denen es jeweils um auf der Ebene der betreffenden Bundesländer bestehende staatliche Monopole für die Veranstaltung von Sportwetten ging. Im Zentrum der Urteile stand dabei die Frage nach der Rechtfertigung dieser Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit (und ggf. auch der Niederlassungsfreiheit). Die Erwägungen des Gerichtshofs können wie folgt zusammengefasst werden:
 - Die Mitgliedstaaten seien nicht verpflichtet, für den Nachweis der Verhältnismässigkeit einer solchen Beschränkung eine vor ihrem Erlass durchgeführte diesbezügliche Untersuchung vorzulegen. Vielmehr müssten sie lediglich dem mit einer entsprechenden Streitfrage befassten Gericht alle Umstände vorlegen, damit dieses die Verhältnismässigkeit der jeweiligen Massnahmen prüfen kann.
 - Grundsätzlich könne ein System, das die Durchführung von Glücksspielen bestimmten Einrichtungen vorbehält, aus Gründen des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung gerechtfertigt werden, da dadurch die Spiellust und der Betrieb der Spiele in kontrollierte Bahnen gelenkt würden. Diese Erwägung gelte auch für die Gewährung solcher exklusiver Rechte an eine Einrichtung der öffentlichen Hand. Denn es sei den Mitgliedstaaten unbenommen (trotz „milderer“ Regelungen in anderen Mitgliedstaaten), die Ansicht zu vertreten, dass sie die mit dem Monopol betraute Einrichtung besser im Hinblick auf die verfolgten Ziele kontrollieren können als private Veranstalter.
 - Allerdings müsse mit der Errichtung eines solchen Monopols ein normativer Rahmen einhergehen, mit dem sich gewährleisten lasse, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage ist, das verfolgte Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen. Das Angebot müsse

⁵² EuGH, verb. Rs. C-447/08, C-448/08, *Sjöberg*, Urt. v. 8.7.2010, EuZW 2010, 668.

⁵³ Ein weiteres Urteil, dessen Sachverhalt ebenfalls Glücksspiele betraf (EuGH, Rs. 409/06, *Winner Wetten*, Urt. v. 8.9.2010), behandelte lediglich Fragen des Vorrangs des Unionsrechts.

⁵⁴ EuGH, verb. Rs. C-316/07, Rs. C-409/07, C-410/07, *Stoß*, Urt. v. 8.9.2010; EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media Group*, Urt. v. 8.9.2010.

dabei nach Massgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet sein und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegen. Nachdem der Gerichtshof ausführlich seine bisherige Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex dargelegt hatte, gelangte er zum Schluss, dass es „berechtigten Anlass“ zur Verneinung dieser Frage und somit zur Feststellung der Unzulässigkeit der nationalen Regelung geben könnte, wenn drei, offenbar kumulativ zu verstehende Voraussetzungen vorliegen: (1) Es ergibt sich aus den Umständen, dass der Monopolbetrieb nicht nur Werbung betreibt, um die Verbraucher auf das Monopolanangebot hinzuweisen, sondern vielmehr, um den Spieltrieb der Verbraucher im Hinblick auf möglichst hohe Einnahmen aus den Spielen zu erhöhen (jedenfalls gehöre das Anliegen, einen Rückgang von Steuereinnahmen zu vermeiden, nicht zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses). (2) Andere Arten von Glücksspielen dürfen von privaten Veranstaltern durchgeführt werden. (3) In Bezug auf andere, nicht unter das Monopol fallende Glücksspiele, die zudem ein höheres Suchtpotential aufweisen als die dem Monopol unterliegenden Spiele, betreiben oder dulden die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spieltätigkeiten geeignete Politik der Angebotserweiterung, insbesondere um die aus diesen Tätigkeiten fliessenden Einnahmen zu maximieren.⁵⁵

- Eine Massnahme, die jedes Anbieten von Glücksspielen über das Internet verbietet, könne grundsätzlich als geeignet angesehen werden, um die legitimen Ziele der Vermeidung von Anreizen zu übermässigen Ausgaben für das Spielen und der Bekämpfung der Spielsucht sowie des Jugendschutzes zu verfolgen, auch wenn das Anbieten solcher Spiele über herkömmliche Kanäle zulässig bleibt. Denn über das Internet angebotene Glücksspiele bürden wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und grössere Gefahren als auf herkömmliche Weise angebotene Glücksspiele.
- Dass ein Monopol oder ein Verbot durch rechtswidriges Verhalten unterlaufen werden könne, insbesondere aufgrund der zur Verfügung stehenden Technik, schliesse die Geeignetheit solcher Massnahmen nicht *per se* aus. Daher führe allein der Umstand, dass ausländische Anbieter über das Internet ggf. verbotene oder einem Monopol oder Konzessionssystem vorbehaltene Glücksspiele gleichwohl anbieten (können), nicht zur Unzulässigkeit der in Frage stehenden Regelungen, zumal dem Staat auch hier gewisse Massnahmen zur Eindämmung solcher Verhaltensweisen zur Verfügung stünden.
- Schliesslich hielt der Gerichtshof in der Rs. C-64/08⁵⁶ – in der es um die Ausgestaltung des österreichischen Monopols für bestimmte Glücksspiele und Spielbanken ging – fest, es stehe mit Art. 49 AEUV nicht in Einklang, wenn eine Konzession für die Durchführung bestimmter Glücksspiele nur für Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz im Inland vergeben werden könne. Im

⁵⁵ EuGH, verb. Rs. C-316/07, Rs. C-409/07, C-410/07, *Stoß*, Urt. v. 8.9.2010, Rn. 107.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, Urt. v. 9.9.2010, EuZW 2010, 821.

Übrigen stünden Art. 49, 56 AEUV einer Vergabe sämtlicher Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken im Inland ohne Ausschreibung entgegen, da dadurch insbesondere das Transparenzgebot verletzt werde. Hingegen seien eine Beschränkung der Zahl der Konzessionen sowie ihre Dauer von 15 Jahren einer Rechtfertigung zugänglich.

Insgesamt liegen die Urteile des Gerichtshofs auf der bisherigen Linie seiner Rechtsprechung, wobei insbesondere der den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eingeräumte grosse Gestaltungsspielraum zu betonen ist. Angesichts des vom Gerichtshof auch betonten Fehlens einer Pflicht der Mitgliedstaaten, vor der Einführung von die Durchführung von Glücksspielen beschränkenden Massnahmen eine Art *ex ante*-Verhältnismässigkeitsnachweis zu erbringen, wird man den Gestaltungsspielraum noch dahingehend präzisieren können, dass in Bezug auf die konkrete Massnahme eine Gefahrenprognose vorliegen und (in Bezug auf die Verfolgung der Ziele solcher Regelungen) eine grundsätzliche Kohärenz und Systematik (neben den allgemeinen Anforderungen an Eignung und Erforderlichkeit) der Massnahme plausibel sein muss, aber auch ausreichend ist. Gleichzeitig sind insbesondere den Urteilen zur Zulässigkeit der deutschen Monopole für Sportwetten aber auch Grenzen dieses Gestaltungsspielraums zu entnehmen. Insbesondere ist von Bedeutung, dass ausschliessliche Rechte keinesfalls dazu „missbraucht“ werden dürfen, staatliche Einnahmen zu generieren, da dies in Konflikt mit dem die Beschränkung der Grundfreiheit grundsätzlich rechtfertigendem Anliegen einer „Kanalisation“ der Spielaktivitäten steht. Allerdings überlässt der Gerichtshof die konkrete Prüfung der Verhältnismässigkeit den zuständigen nationalen Gerichten und formuliert für diese nur (aber immerhin) gewisse (aufgrund der Bindungswirkung der Urteile des EuGH zwingend zu berücksichtigende) Anhaltspunkte. Dabei wurden die in den genannten Urteilen hervorgehobenen Umstände, bei deren Vorliegen „berechtigter Anlass“ bestehe, dass den Anforderungen an die Verhältnismässigkeit nicht entsprochen werde, zwar kumulativ formuliert. Dies dürfte jedoch in erster Linie auf der Formulierung der Vorlagefragen beruhen, so dass durchaus bereits das Vorliegen eines der genannten Umstände (insbesondere eine Gewinnabsicht oder eine nicht erfolgende Einschränkung des Angebots vergleichbarer Spiele) zum Schluss führen kann, dass die entsprechende nationale Massnahme unverhältnismässig ist. Dabei dürfte der EuGH nicht nur auf die Regelung eines bestimmten Glücksspiels abstellen, sondern in die Betrachtungen sind wohl alle Arten von Glücksspielen einzubeziehen. Dies ändert aber nichts daran, dass die genannten Urteile von der grundsätzlichen Zulässigkeit jeglicher Monopole (also auch solcher für öffentliche Einrichtungen) für die Durchführung bestimmter Glücksspiele ausgehen (so dass insbesondere Konzessionssysteme nicht zwingend mildere Massnahmen darstellen). Voraussetzung dafür ist jeweils, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird (was durch die nationalen Gerichte zu überprüfen ist), so dass die Urteile keinesfalls bedeuten, nationale Glücksspielmonopole seien als solche mit dem Vertrag unvereinbar.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Soweit die Vereinbarkeit von Glücksspiele betreffenden Regelungen mit der Dienstleistungsfreiheit betroffen ist, ist wiederum⁵⁷ an die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH in Bezug auf die beschränkte Tragweite der im Abkommen verankerten Dienstleistungsfreiheit zu erinnern: Auf der Grundlage dieses engen Ansatzes dürfte die Dienstleistungsfreiheit des FZA bei Regelungen, die denen in den angezeigten Urteilen des Gerichtshofs entsprechen, erst gar nicht zur Anwendung kommen. Soweit die Niederlassungsfreiheit relevant ist, ist zu beachten, dass das Abkommen nach der Rechtsprechung des EuGH⁵⁸ insofern juristische Personen nicht berechtigt. Damit dürften die erwähnten Urteile des Gerichtshofs auf das Personenfreizügigkeitsabkommen im Ergebnis nicht übertragbar sein (jedenfalls soweit man mit der Rechtsprechung von einer sehr begrenzten Tragweite der im Abkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit ausgeht).

III. Zutrittsbeschränkungen zu „Coffeeshops“

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-137/09, *Josemans*)

In der Rs. C-137/09⁵⁹ ging es um eine Regelung der Stadt Maastricht, wonach nicht in den Niederlanden ansässigen Personen der Zutritt zu sog. Coffeeshops – in denen nur oder u.a. Cannabis verkauft wird – zu verweigern ist. Der Gerichtshof stellte zunächst – in Anknüpfung an die massgeblichen völkerrechtlichen Abkommen sowie einschlägige unionsrechtliche Massnahmen – fest, Betäubungsmittel fielen (abgesehen von engen Ausnahmen) „ihrem Wesen nach“ unter ein Einfuhr- und Verkehrsverbot. Daher sei eine Berufung auf die Grundfreiheiten oder das Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Verkaufs von Cannabis nicht möglich. Hieran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Niederlande eine „Politik der Toleranz“ gegenüber dem Verkauf von Cannabis verfolgen. Denn der Handel mit Betäubungsmitteln sei gleichwohl verboten und es handle sich hier letztlich um eine Prioritätensetzung der Behörden bei der Bekämpfung des Drogenhandels. Soweit in den Coffeeshops aber auch alkoholfreie Getränke und Esswaren verkauft werden, sei Art. 56 AEUV anwendbar. Das gegenüber Art. 56 AEUV subsidiäre allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV komme schon wegen des Eingreifens der besonderen Bestimmung des Art. 56 AEUV nicht zum Zuge. Der Gesichtspunkt des freien Warenverkehrs sei im Vergleich zum Dienstleistungsverkehr völlig zweitrangig und hänge mit diesem zusammen, da es letztlich um eine Bewirtungstätigkeit gehe. Die fragliche Regelung stelle eine materielle Diskriminierung dar, die jedoch durch Anliegen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden könne. Der zweifellos zur Verfolgung des angestrebten Ziels geeigneten Regelung könne trotz ihres diskriminierenden Charakters auch nicht die

⁵⁷ S. schon oben D.I.2.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-541/08, *Fokus Invest*, Urt. v. 11.2.2010. Zu diesem Urteil noch unten E.I.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-137/09, *Josemans*, Urt. v. 16.12.2010.

Kohärenz abgesprochen werden. Denn der Handel mit Betäubungsmitteln sei in allen Mitgliedstaaten aufgrund des Völker- und Unionsrechts verboten, so dass es nicht als inkohärent angesehen werden könne, wenn ein Mitgliedstaat angemessene Massnahmen ergreift, um einem starken Zustrom von Personen aus anderen Mitgliedstaaten zu begegnen, die von dem in diesem Staat geduldeten Handel mit Erzeugnissen profitieren wollen. In Betracht kommende mildere Massnahmen seien nicht gleich wirksam. Dies gelte insbesondere für das Verbot des Verkaufs von Cannabis an Gebietsfremde, denn eine effektive Kontrolle mit verhältnismässigem Aufwand sei kaum möglich. Den Mitgliedstaaten könne aber nicht die Möglichkeit abgesprochen werden, das Ziel der Bekämpfung des Drogentourismus und der damit einhergehenden Belästigungen durch die Einführung allgemeiner Vorschriften zu verfolgen, die von den zuständigen Behörden einfach gehandhabt und kontrolliert werden können.

Die Begründung des Gerichtshofs sowohl in Bezug auf die Nichteinschlägigkeit der Grundfreiheiten für den Verkauf von Betäubungsmitteln als auch in Bezug auf die Rechtfertigung stellt massgeblich darauf ab, dass der Handel mit Betäubungsmitteln aufgrund von Völker- und Unionsrecht zu verbieten ist. Daher lässt sich das Urteil nur insoweit verallgemeinern, als völker- und / oder unionsrechtlich verbotene Verhaltensweisen betroffen sind. Keinesfalls darf aus ihm jedoch der Schluss gezogen werden, die Grundfreiheiten fänden in Bezug auf bestimmte (national) verbotene Verhaltensweisen keine Anwendung oder diskriminierende Massnahmen seien grundsätzlich zulässig. In Bezug auf die Rechtfertigung ist zudem zu bemerken, dass es spezifisch um die Bekämpfung des Drogentourismus geht, nicht hingegen um die Eindämmung des Konsums an sich, was auf der Ebene der Verhältnismässigkeit der Regelung (insbesondere angesichts ihres diskriminierenden Charakters) Rückwirkungen entfaltet. Schliesslich wirft die niederländische Regelung bzw. Praxis noch allgemein die in dem Urteil (mangels Vorlagefrage) nicht behandelte Frage auf, ob sie nicht mit den erwähnten unionsrechtlichen Vorgaben des Verbots des Handels mit Betäubungsmitteln in Widerspruch steht.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Auch dieses Urteil dürfte als solches – aufgrund der von der Rechtsprechung angenommenen beschränkten Tragweite der im Abkommen verankerten Dienstleistungsfreiheit – nicht auf das Abkommen übertragbar sein bzw. bei seiner Auslegung und Anwendung herangezogen werden können. Auf dieser Grundlage fielen Regelungen wie die in der Rs. C-137/09 zur Debatte stehenden erst gar nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens bzw. wären nicht von den in diesem verankerten Rechten erfasst.

IV. (Sonstige) Marktzugangsbeschränkungen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-89/09, *Kommission/Frankreich*

In der Rs. C-89/09⁶⁰ ging es um eine französische Regelung über den Betrieb von Gesellschaften zur Ausübung eines freien Berufs mit beschränkter Haftung, die Labore für biomedizinische Analysen betreiben. Dabei standen zwei Aspekte zur Debatte: Einerseits sah die einschlägige nationale Bestimmung vor, dass es Nichtbiologen untersagt ist, mehr als 25 % der Gesellschaftsanteile und damit der Stimmrechte an einem Labor für biomedizinische Analysen zu halten. Andererseits war es Biologen untersagt, an mehr als zwei für den gemeinsamen Betrieb eines oder mehrerer Labore für biomedizinische Analysen gegründeten Gesellschaften beteiligt zu sein. Der Gerichtshof prüfte die Vereinbarkeit dieser Vorschriften mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). Die wesentlichen Elemente des Urteils können durch folgende Punkte zusammengefasst werden:

- Der EuGH stellt in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung fest, dass die Mitgliedstaaten zwar für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und insbesondere den Erlass von Vorschriften zur Organisation und Erbringung von Dienstleistungen im Gesundheitswesen und der medizinischen Versorgung zuständig seien. Sie hätten hierbei jedoch die Grundfreiheiten zu beachten. Bei deren Prüfung sei insbesondere zu beachten, dass dem Gesundheitsschutz ein hohes Gewicht zukomme und es Sache der Mitgliedstaaten sei zu bestimmen, auf welchem Niveau der Gesundheitsschutz gewährleistet werden solle. Da sich dieses Niveau zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten unterscheiden könne, sei diesen hier ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen.
- Beide in Frage stehenden Regelungen seien unterschiedslos anwendbar. Dennoch stellten sie eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, da sie den Zugang von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Staaten betreffen bzw. die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für diese behindern.
- Allerdings könne die zuerst genannte Massnahme durch Anliegen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt werden. Denn die fehlerhafte oder unsachgemäße Durchführung biomedizinischer Analysen stelle eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung dar, die derjenigen Gefahr vergleichbar sei, die sich aus der unsachgemässen Aushändigung von Arzneimitteln ergebe. Daher könnten die Mitgliedstaaten verlangen, dass biomedizinische Analysen von Biologen durchgeführt werden, die über eine tatsächliche berufliche Unabhängigkeit verfügen. Der EuGH übernimmt hier letztlich seine Rechtsprechung zum Betrieb von Apotheken.⁶¹ Diese Rechtsprechung – wonach Besitz und Betrieb von Apotheken Apothekern vorbehalten werden

⁶⁰ EuGH, Rs. C-89/09, *Kommission/Frankreich*, Urt. v. 16.12.2010.

⁶¹ EuGH, verb. Rs. C-171/07, C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes*, Slg. 2009, I-4171.

dürfen – wird im Ergebnis vollumfänglich auf die vorliegende Regelung übertragen. Nach ausführlicher Diskussion der insbesondere von der Kommission vorgebrachten Gesichtspunkte bejahte der EuGH schliesslich die Geeignetheit, Kohärenz und Erforderlichkeit der Massnahme.

- In Bezug auf die zweite Massnahme habe Frankreich keine Gründe vorgetragen, warum diese zum Schutz der Gesundheit notwendig sei, so dass die Vertragsverletzungsklage diesbezüglich begründet war.

b) Rs. C-384/08, *Attanasio Group*

In der Rs. C-384/08⁶² ging es um eine italienische Regelung, wonach verbindliche Mindestabstände zwischen Strassentankstellenanlagen einzuhalten sind. Der EuGH stellt zunächst fest, dass der Ausgangsrechtsstreit unter keinem Gesichtspunkt über die Grenzen eines einzigen Mitgliedstaates hinausweise, so dass es sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelt. Gleichwohl sei die Vorlagefrage (in der im Ergebnis nach der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art. 49 AEUV gefragt wurde) zulässig: Denn eine nationale Regelung, die unterschiedslos auf Inländer und EU-Ausländer anwendbar ist (was im vorliegenden Fall gegeben war), könne zwar die Grundfreiheiten nur dann betreffen, wenn sie auf Sachlagen anwendbar sei, die eine Verbindung zum Handel zwischen den Mitgliedstaaten aufweisen. Jedoch lasse es sich im vorliegenden Fall keineswegs ausschliessen, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ein Interesse daran haben, in Italien Kraftstoffe zu vertreiben. Ob die Beantwortung der Vorlagefrage vor diesem Hintergrund für die Entscheidung des Ausgangsfalls erforderlich ist, sei durch das nationale Gericht zu entscheiden. Eine Zurückweisung durch den EuGH komme nur in Betracht, wenn offensichtlich kein Zusammenhang zwischen der erbetenen Auslegung des Unionsrechts und der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens bestehe, was vorliegend nicht der Fall sei.

In der Sache stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass die Errichtung von Strassentankstellenanlagen unter den Begriff der Niederlassung im Sinne des Art. 49 AEUV falle. Art. 18 AEUV könne als eigenständige Grundlage nur auf unionsrechtlich geregelte Fallgestaltungen angewendet werden, für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote vorsehe. Da aber Art. 49 AEUV ein solches darstelle, sei Art. 18 AEUV im vorliegenden Zusammenhang nicht mehr heranzuziehen. Im Übrigen gehe es bei der Errichtung einer Tankstelle um eine stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben des betreffenden Mitgliedstaats, so dass eine Heranziehung von Art. 56 AEUV ausscheide.

Art. 49 AEUV stehe jeder nationalen Regelung entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar, aber geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Diese Voraussetzung sei bei einer Massnahme, die die Einhaltung von Mindestabständen zu gleichartigen Anlagen verlange, falls neue Strassentankstellenanlagen eröffnet werden sollen, gegeben. Denn sie mache den Zugang zur Tätigkeit des Kraftstoffvertriebs von bestimmten Voraussetzungen abhängig. Da sie die Marktteilnehmer begünstige, die bereits in Italien ansässig sind,

⁶² EuGH, Rs. C-384/08, *Attanasio Group*, Ur. v. 11.3.2010.

sei sie geeignet, Marktteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten vom Zugang zum italienischen Markt abzuschrecken oder ihren Marktzugang sogar zu verhindern.

Eine Rechtfertigung aus Gründen der Strassenverkehrssicherheit, des Gesundheitsschutzes sowie des Umweltschutzes komme zwar grundsätzlich in Betracht. Allerdings spreche vieles dafür, die Geeignetheit der Massnahme zu verneinen, da sie diese Ziele insofern nicht in systematischer und kohärenter Weise verfolge, als die Regelung nur für die Errichtung neuer Anlagen gelte. Zudem sei die Massnahme nicht erforderlich, da es genüge, bei jedem Antrag auf Errichtung einer neuen Tankstelle die konkrete Situation zu analysieren und den sich auf dieser Grundlage aufdrängenden Mindestabstand festzulegen. Im Übrigen stelle das Ziel der „Rationalisierung des den Benutzern geleisteten Dienstes“ ein wirtschaftliches Ziel dar, ganz abgesehen davon, dass nicht ersichtlich sei, wie eine solche Regelung die Verbraucher schützen oder ihnen Vorteile verschaffen könne.

Das Urteil ist insbesondere insofern von Bedeutung, als es letztlich impliziert, dass Art. 49 AEUV in aller Regel auf raumplanerische oder baurechtliche Massnahmen anwendbar ist, die die Niederlassung von Unternehmen oder Privaten behindern könnten. Dies ist potentiell bei fast allen derartigen Regelungen der Fall, da sie regelmässig gerade mit dem Ziel erlassen werden, Bautätigkeiten in „geordnete Bahnen“ zu lenken. Wenn solche Vorschriften auch grundsätzlich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls (Landschaftsschutz, u.a.m.) gerechtfertigt werden können, ist doch nicht zu verkennen, dass sie grundsätzlich auf dem Prüfstand des Unionsrechts stehen und ihre letzte Zulässigkeit nach unionsrechtlichen Massstäben ermittelt wird. Dies kann den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten durchaus spürbar einschränken, wofür das hier angezeigte Urteil ein aussagekräftiges Beispiel bildet.

c) **Verb. Rs. C-570/07, 571/07, Pérez**

In den verb. Rs. C-570/07, C-571/07⁶³ stellte der EuGH die Vereinbarkeit einer Bedarfsklausel für Apotheken mit Art. 49 AEUV fest. Konkret ging es um eine portugiesische Regelung, wonach die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis für neue Apotheken begrenzt wird. Ihr zufolge darf in jedem Apothekenbezirk grundsätzlich nur eine einzige Apotheke pro 2'800 Einwohner errichtet werden und eine zusätzliche Apotheke nur bei einer Überschreitung dieser Schwelle um mindestens 2'000 Einwohner erlaubt werden. Zudem muss zwischen den Apotheken ein Mindestabstand von 250 m eingehalten werden. Diese die Niederlassungsfreiheit beschränkende Regelung könne aus Gründen des Gesundheitsschutzes – dessen Niveau von den Mitgliedstaaten festzulegen sei – gerechtfertigt werden. Dabei sei die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Planung der Gesundheitsversorgung im Krankenhauswesen auf den Apothekensektor übertragbar, so dass es grundsätzlich möglich sei, die Niederlassung neuer Leistungserbringer von einer vorherigen Erlaubnis abhängig zu machen. Ein solches Genehmigungserfordernis sei zulässig, sofern dieses notwendig sei, um eventuelle Lücken im Zugang zu Leistungen des Gesundheitswesens zu schliessen und um die Einrichtung von Strukturen einer Doppelversorgung zu vermeiden, damit eine Gesundheitsversorgung gewährleistet

⁶³ EuGH, verb. Rs. C-570/07, C-571/07, Pérez, Urt. v. 1.6.2010.

werden könne, die den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst ist, das gesamte Hoheitsgebiet abdeckt und geografisch isolierte oder in sonstiger Weise benachteiligte Regionen berücksichtigt. Eine „Quotenregelung“ wie die hier zur Debatte stehende könne durchaus bewirken, dass die Ansiedlung von Apotheken in diejenigen Teile des nationalen Hoheitsgebiets, in denen der Zugang zum pharmazeutischen Dienst lückenhaft ist, gelenkt wird. Aber auch der Mindestabstand könne gerechtfertigt werden, da damit eine gleichmässige Verteilung der Apotheken über das fragliche Gebiet sichergestellt werden könne. Allerdings müsse die Regelung die Zielsetzungen systematisch und kohärent verfolgen. So seien die in Frage stehenden Regelungen dann zu relativieren, wenn sie – aufgrund der besonderen demografischen oder sonstigen Merkmale eines Gebiets – die Errichtung einer hinreichenden Zahl von Apotheken verhindern könnten. Dies könne in ländlichen Gebieten der Fall sein (da die Mindestzahl von 2'800 Personen hier sehr hoch sein könne), aber auch in städtischen, bevölkerungsreichen Gebieten in Bezug auf die Mindestabstandsregelung (da damit eine einzige Apotheke für viel mehr als 2'800 Personen „zuständig“ sein könne). Ein „Mindestzahlssystem“ – in dem Sinn, dass das System nur dann angewandt wird, bis in allen Bezirken eine ausreichende Zahl von Apotheken vorhanden sei – könne das angestrebte Ziel nicht gleich wirksam erreichen, was insofern überzeugt, als auf diese Weise einer nachträglichen Abwanderung von Apotheken wohl nur unzureichend begegnet werden könnte.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Soweit es bei den erörterten Marktzugangsbeschränkungen um Regelungen geht, die Gesellschaften betreffen, ist an die Rechtsprechung des EuGH zu erinnern, wonach die im Abkommen gewährleistete Niederlassungsfreiheit nicht für juristische Personen gilt.⁶⁴ Daher ist das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-89/09 auf das Abkommen nicht übertragbar, da es hier um spezifisch die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften beschränkende Regelungen ging. Zu beachten ist allerdings, dass in Bezug auf solche Regelungen die in der Bundesverfassung gewährleistete Wirtschaftsfreiheit zum Zuge kommen kann.⁶⁵

Ansonsten gewährt das Abkommen die Niederlassungsfreiheit für natürliche Personen (Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA). Dabei geniessen die (selbständig) Erwerbstätigen berufliche und geographische Mobilität (Art. 14 Anhang I) und einen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 15 Anhang I FZA). Gemäss Art. 16 Anhang I FZA kann das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, wenn diese dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Da diese Vorschrift den Art. 51, 62 AEUV nachgebildet ist, ist die einschlägige Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung zu berücksichtigen. Das gleiche gilt für die Rechtfertigung, wobei diesbezüglich die von der Rechtsprechung zu Art. 52, 62 AEUV und zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls entwickelten Massstäbe heranzuziehen sind.⁶⁶ Die erwähnten Urteile in der Rs. 384/08 und den

⁶⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-541/08, *Fokus Invest*, Urt. v. 11.2.2010. Zu diesem Urteil noch unten E.I.

⁶⁵ Vgl. insoweit etwa BGE 131 I 123 Erw. 1.1.

⁶⁶ Vgl. insoweit schon *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 2), 77 (98).

verb. Rs. C-570/07, C-571/07 greifen im Ergebnis bereits seit längerem in der Rechtsprechung anerkannte Grundsätze auf und wenden sie auf die sich stellenden konkreten Auslegungsfragen an, so dass sie letztlich in einer Linie mit der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung stehen, so dass das Abkommen diesbezüglich – immer soweit sich natürliche Personen auf das Abkommen berufen – gleich auszulegen sein dürfte.

V. Arbeitnehmerentsendung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Rs. C-458/08, *Kommission/Portugal*

In der Rs. C-458/08⁶⁷ ging es um eine portugiesische Regelung, wonach in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Erbringer von Baudienstleistungen alle Voraussetzungen erfüllen müssen, die nach der einschlägigen nationalen Regelung für die Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung einer Tätigkeit im Bausektor in Portugal verlangt werden. Damit wird ausgeschlossen, dass gleichwertige Verpflichtungen, denen diese Dienstleister in ihrem Heimatstaat unterliegen, sowie die insoweit bereits von den Behörden dieses Mitgliedstaats durchgeführten Nachprüfungen berücksichtigt werden. Der EuGH stellte in Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung einen Verstoss gegen Art. 56 AEUV fest: Diese Bestimmung verbiete nicht nur jede Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit. Sie verlange ausserdem die Aufhebung aller Beschränkungen, sofern sie geeignet sind, die Erbringung der Dienstleistung aus einem anderen Mitgliedstaat zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Dies gelte auch, wenn diese unterschiedslos für inländische Dienstleistende und für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten. Eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs liege jedenfalls dann vor, wenn – wie in Portugal vorgesehen – die Erbringung bestimmter Dienstleistungen von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig gemacht wird. Eine Rechtfertigung dieser Anforderung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses komme zwar grundsätzlich in Frage. Im vorliegenden Falle sei die Regelung jedoch nicht erforderlich, da von vornherein ausgeschlossen sei, dass gleichwertige Verpflichtungen im Niederlassungsstaat berücksichtigt werden können. Im Übrigen sei das System der vorherigen behördlichen Genehmigung nicht hinreichend objektiv und vorsehbar.

b) Rs. C-515/08, *Palhota*

In der Rs. C-515/08⁶⁸ ging es in erster Linie um eine belgische Regelung, wonach Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten vor der Erbringung der Dienstleistung eine

⁶⁷ EuGH, Rs. C-458/08, *Kommission/Portugal*, Urt. v. 18.11.2010.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-515/08, *Palhota*, Urt. v. 7.10.2010.

„Entsendeanmeldung“ vornehmen müssen. Die Behörden übermitteln daraufhin dem Arbeitgeber eine Bestätigung des Eingangs und die Registriernummer dieser Meldung sowie der Konformität der Anmeldung bzw. der vorgesehenen Tätigkeit mit den einschlägigen nationalen Bestimmungen. Hierfür haben die Behörden eine Frist von fünf Tagen, und vor Ablauf dieser Frist darf die Entsendung nicht erfolgen. Der Gerichtshof hält zunächst fest, dass ein solches Verfahren nicht als blosses Anmeldeverfahren zu qualifizieren sei. Denn die vorgesehene Übermittlung von Informationen an die Behörden des Aufnahmemitgliedstaats und die Bescheinigung seien potentiell geeignet, zu Mechanismen der Überprüfung und Genehmigung vor Beginn der Dienstleistung zu werden. Da nämlich die erwähnte Bekanntgabe vor der Entsendung der Arbeitgeber zu erfolgen hat und erst nach der Prüfung der Konformität der vorherigen Entsendungsanmeldung durch die nationalen Behörden stattfinden darf, komme einem solchen Verfahren der Charakter eines Genehmigungsverfahrens durch die Verwaltung zu.⁶⁹ Ein nationales Verfahren, das die Erbringung von Dienstleistungen durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen im Inland von einer behördlichen Genehmigung abhängig macht, stelle jedoch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.⁷⁰ Ein solches Verfahren könne insbesondere wegen der für die Übersendung dieser Bekanntgabe vorgesehenen Frist die beabsichtigte Entsendung und infolgedessen die Ausübung der Dienstleistungstätigkeit durch den Arbeitgeber behindern oder zumindest weniger attraktiv machen. Dies gelte insbesondere dann, wenn eine zügige Erbringung der Dienstleistung geboten sei. Die Regelung könne auch nicht durch das Anliegen der Prüfung bzw. Kontrolle der Einhaltung der in Belgien in Umsetzung der Entsenderichtlinie geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gerechtfertigt werden. Zwar sei dieses Anliegen als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen. Die Massnahme sei jedoch nicht erforderlich, da die Verpflichtung des Arbeitgebers, den zuständigen Behörden vor einer Entsendung die bevorstehende Anwesenheit eines oder mehrerer zu entsendender Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die durch die Entsendung veranlasste(n) Dienstleistung(en) mitzuteilen, eine ebenso wirksame, aber weniger einschneidende Massnahme darstelle gegenüber dem hier vorgesehenen Genehmigungserfordernis. Denn die betroffenen Behörden würden dadurch in die Lage versetzt, die Einhaltung der sozialrechtlichen Vorgaben und der Lohnregelung des Aufnahmemitgliedstaats während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits im Herkunftsstaat unterliegt. Damit geht der Gerichtshof also davon aus, dass zwar eine vorherige Anmeldung der Entsendung von Arbeitnehmern verlangt werden kann, nicht jedoch eine Art Genehmigung. Ebenso wenig ist eine „Wartefrist“ zwischen Anmeldung und Beginn der Dienstleistung mit Art. 56 AEUV vereinbar.

Ebenfalls zu prüfen hatte der EuGH die wiederum in Belgien geltende Regelung, wonach der Arbeitgeber von nach Belgien entsandten Arbeitnehmern eine Kopie bestimmter Unterlagen (gewisse Personal- oder Arbeitsdokumente) an bestimmten

⁶⁹ S. insofern auch schon EuGH, Rs. C-168/04, *Kommission/Österreich*, Slg. 2006, I-9041, Rn. 41.

⁷⁰ Vgl. insofern schon EuGH, Rs. C-43/93, *Vander Elst*, Slg. 1994, I-3803, Rn. 15; EuGH, Rs. C-244/04, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2006, I-885, Rn. 34.

bezeichneten Orten im Aufnahmeort während der Entsendung zur Verfügung zu halten sowie den Behörden entsprechende Kopien nach Ablauf dieser Frist zu übermitteln hat. Diese Regelung verstösst nach der Ansicht des Gerichtshof nicht gegen Art. 56 AEUV. Zwar liege auch hier eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor, da diese Verpflichtungen zusätzliche Kosten und verwaltungsmässige sowie wirtschaftliche Belastungen für in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen nach sich ziehen. Hingegen könne diese durch das Anliegen der Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen sozial- und arbeitsrechtlichen Vorgaben gerechtfertigt werden.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Beide Urteile dürften auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar sein. Denn das Abkommen gewährleistet im Bereich der Dienstleistungsfreiheit jedenfalls die Einreise und den Aufenthalt der Dienstleistungserbringer, wobei das Abkommen – wie die in Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA verankerte Massgeblichkeit der Entsenderichtlinie erkennen lässt – offensichtlich auch die Arbeitnehmerentsendung schützt, und zwar letztlich parallel zu den unionsrechtlichen Gewährleistungen.⁷¹ Beide Urteile liegen auf einer Linie mit der bisherigen, bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung und wenden diese lediglich auf (teilweise) neue Konstellationen an.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass Art. 6 EntsG⁷² und Art. 6 EntsV⁷³ für Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland eine Meldepflicht und ein entsprechendes Meldeverfahren vorsehen, wobei die Dienstleistung grundsätzlich erst acht Tage nach der Meldung aufgenommen werden darf. Diese Regelung ist sehr ähnlich wie die in der Rs. C-515/08 zur Debatte stehende Regelung ausgestaltet, so dass davon auszugehen ist, dass diese Massnahmen des schweizerischen Entsenderechts nicht mit dem Abkommen vereinbar sind, eine Schlussfolgerung, die sich bereits vor Erlass dieses Urteils aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH aufdrängte.⁷⁴

⁷¹ Vgl. hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008, S. 55 (78 f., 82 f.) und *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009, S. 53 (75); *Epiney*, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), *Personenfreizügigkeitsabkommen* (Fn. 47), 81 (95 ff.).

⁷² Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz), SR 823.20.

⁷³ Entsendeverordnung, SR 823.201.

⁷⁴ Vgl. ausführlich zur Problematik *Epiney*, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), *Personenfreizügigkeitsabkommen* (Fn. 47), 81 (103 ff.).

VI. Diplomanerkennung

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

a) Verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09, *Vandorou*

In den verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09⁷⁵ ging es um verschiedene Personen, die in Griechenland einen reglementierten Beruf ausüben wollten. Sie beriefen sich dazu auf die Berechtigung, einen entsprechenden reglementierten Beruf in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben. Die zuständige Behörde stellte wesentliche Unterschiede zwischen der jeweils abgelegten Ausbildung und der zur Ausübung des entsprechenden Berufs in Griechenland üblicherweise vermittelten Ausbildung fest und hielt es daher für erforderlich, Ausgleichsmassnahmen zu verlangen, wie dies in Art. 4 RL 89/48⁷⁶ vorgesehen ist. Konkret ging es um den Zugang zu folgenden Berufen: Wirtschaftsprüfer/Steuerberater, Maschinenbauingenieur und Kommunikationsingenieur. Bei allen drei nationalen Verfahren ging es darum, dass die zuständige Behörde im Zusammenhang mit der Festlegung des Umfangs der erwähnten Ausgleichsmassnahmen die erworbene praktische Erfahrung der Betroffenen nicht berücksichtigt hatte, und zwar ohne zu prüfen, ob diese Erfahrung die wesentlichen Ausbildungsunterschiede ganz oder teilweise ausgleichen könne.

Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass es sich bei dieser praktischen Erfahrung in den Ausgangsfällen zwar nicht um eine Berufserfahrung im Sinne der Richtlinie (die jedenfalls zu berücksichtigen ist) handle, da die entsprechende Tätigkeit vor der Erlangung der Berechtigung zur Ausübung eines reglementierten Beruf in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt worden war. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Betroffene das Recht zur Ausübung des fraglichen oder eines vergleichbaren Berufs in einem anderen Mitgliedstaat hat. Allerdings ergebe sich eine grundsätzliche Pflicht zur Berücksichtigung auch sonstiger praktischer Erfahrungen aus dem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts bzw. den Art. 45, 49 AEUV, wonach bei der Anerkennung von in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsbezeichnungen einschlägige Kenntnisse und Fähigkeiten zu berücksichtigen sind, die ein Antragsteller bereits erworben hat. Dieser sich auch aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergebende Grundsatz verbiete es, eine praktische Erfahrung (unter Einschluss derjenigen, die im Aufnahmemitgliedstaat erworben wird) bei der Festlegung von Art und Umfang der Ausgleichsmassnahmen unberücksichtigt zu lassen, da jede praktische Erfahrung in der Ausübung verwandter Tätigkeiten die Kenntnisse einer Person erweitern könne.

⁷⁵ EuGH, verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09, *Vandorou*, Urt. v. 2.12.2010.

⁷⁶ RL 89/48 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen, ABl. 1989 L 19, 16. Diese Richtlinie wurde durch die RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22, aufgehoben. Auch Art. 10 ff. RL 2005/36 ermöglichen es den Mitgliedstaaten, im Falle erheblicher Unterschiede zwischen der im Aufnahmestaat verlangten und der in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Qualifikation Ausgleichsmassnahmen zu verlangen, so dass das hier anzuzeigende Urteil auch auf der Grundlage der neuen Rechtslage von Bedeutung sein dürfte.

b) Rs. C-118/09, Koller

Der Ausgangsrechtsstreit der Rs. C-118/09⁷⁷ betraf einen österreichischen Staatsangehörigen, der in Österreich den „Magister der Rechtswissenschaften“ erworben hatte. Dieser Titel wurde ihm von den zuständigen spanischen Behörden als gleichwertig mit demjenigen des „*Licenciado en Derecho*“ anerkannt, da der Betroffene Lehrgänge an der Universität Madrid absolviert und Ergänzungsprüfungen abgelegt hatte. Auf dieser Grundlage war der Betroffene in Spanien zur Führung der Bezeichnung „*abogado*“ berechtigt und übte dort auch den Beruf des Rechtsanwalts aus. Jedoch verweigerten ihm die zuständigen österreichischen Behörden die Zulassung zur Eignungsprüfung für den Beruf des Rechtsanwalts, dies im Wesentlichen mit dem Argument, in Spanien gebe es für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs kein Erfordernis der praktischen Verwendung (der Antragsteller hatte den Beruf des Anwalts während drei Wochen vor der Antragstellung ausgeübt). In den vom mit der Sache befassten österreichischen Gericht dem EuGH unterbreiteten Vorlagefragen ging es im Wesentlichen darum, ob die RL 89/48 auf eine solche Fallkonstellation anwendbar ist und ob – im Falle der Bejahung dieser Frage – auf ihrer Grundlage ein Antragsteller in der Situation des Betroffenen zur Eignungsprüfung zuzulassen ist.

Der Gerichtshof hält zunächst fest, dass ein Diplom im Sinne der RL 89/48 auch aus einer Gesamtheit von Befähigungsausweisen bestehen könne. Im konkreten Fall sei der Betroffene im Besitz eines Diploms im Sinne der RL 89/48, da er jedenfalls teilweise seine Ausbildung in Spanien absolviert habe und die spanischen Behörden ihm einen entsprechenden Befähigungsausweis ausgestellt hatten. Der Umstand, dass das mindestens dreijährige Studium nicht vollumfänglich in Spanien absolviert worden war, ändere hieran nichts. Als Inhaber eines Diploms im Sinne der RL 89/48 habe der Antragsteller grundsätzlich einen Anspruch auf Zugang zu dem betreffenden reglementierten Beruf (hier der Rechtsanwaltsberuf) im Aufnahmemitgliedstaat. Da dieser Beruf aber eine genaue Kenntnis des nationalen Rechts erfordere, könne das Ablegen einer Eignungsprüfung verlangt werden. Dabei sei zu prüfen, ob die vom Antragsteller im Rahmen seiner Berufspraxis erworbenen Kenntnisse den wesentlichen Unterschied im Sinne des Art. 4 Abs. 1 RL 89/48 auszugleichen vermögen. Müsse sich jedoch der Antragsteller im Aufnahmemitgliedstaat einer solchen Eignungsprüfung stellen, durch die gerade sichergestellt werden solle, dass er zur Ausübung dieses reglementierten Berufs geeignet ist, so könne die Zulassung zu einer solchen Prüfung nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der Betreffende habe die nach den Vorschriften dieses Mitgliedstaates geforderte praktische Verwendung nicht absolviert.

Das Urteil dürfte auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung liegen und letztlich eine Konsequenz der Konzeption der Richtlinie darstellen. Denn wenn die Richtlinie grundsätzlich davon ausgeht, dass Befähigungsausweise unter bestimmten Voraussetzungen anzuerkennen sind, wobei bei bestimmten Berufen (zusätzliche) Eignungsprüfungen verlangt werden können, so erscheint es nur folgerichtig, wenn der Zugang zu einer derartigen Eignungsprüfung – die ja nur sicherstellen soll, dass der Antragsteller über die im Aufnahmestaat verlangten spezifischen Kenntnisse

⁷⁷ EuGH, Rs. C-118/09, *Koller*, Urt. v. 22.12.2010, EWS 2011, 47.

verfügt – nicht verweigert werden kann, weil bestimmte besondere Anforderungen des nationalen Rechts nicht erfüllt sind. Anderenfalls könnte der Grundsatz der Anerkennung, auf dem die RL 89/48 beruht, unter bestimmten Voraussetzungen letztlich unterlaufen werden. Interessant ist im Übrigen, dass der Gerichtshof mit keinem Wort auf die Frage eingeht, ob in einer solchen Konstellation ein Rechtsmissbrauch vorliegen könnte. Dies mag auch an der Formulierung der Vorlagefragen liegen. Jedoch hätte der Gerichtshof wohl auf diesen Aspekt hingewiesen, wenn er ihn für relevant gehalten hätte, zumal er im Ausgangsverfahren problematisiert worden war. Daher drängt sich diesbezüglich der Schluss auf, dass der EuGH diesen Aspekt für nicht entscheidungserheblich hielt, was wiederum den Ansatz nahelegt, dass ein Missbrauch jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn es um die Wahrnehmung eines unionsrechtlich begründeten Rechts geht, über dessen Voraussetzungen nicht getäuscht wurde.

c) Rs. C-225/09, *Jakubowska*

Die Auslegung des Art. 8 RL 98/5⁷⁸ stand im Mittelpunkt der Rs. C-225/09⁷⁹. Nach dieser Vorschrift kann ein Anwalt im Aufnahmemitgliedstaat unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung als abhängig Beschäftigter eines anderen Anwalts, eines Zusammenschlusses von Anwälten oder eines öffentlichen oder privaten Unternehmens tätig sein, sofern der Aufnahmestaat dies den unter der Berufsbezeichnung dieses Mitgliedstaats eingetragenen Anwälten gestattet. Der Gerichtshof betonte, dass diese Regelung es den Mitgliedstaaten ermögliche, die Betätigung von Anwälten einzuschränken, um Interessenkonflikte zu verhindern, die sich nach Einschätzung des Aufnahmemitgliedstaats daraus ergeben könnten, dass der Rechtsanwalt einerseits in das Verzeichnis der Anwaltskammer eingetragen ist und andererseits von einem anderen Rechtsanwalt, einem Zusammenschluss von Anwälten oder einer Anwaltssozietät oder einem öffentlichen oder privaten Unternehmen beschäftigt wird. Daher verstosse das in Italien geltende Verbot, dass eingetragene Anwälte nicht gleichzeitig bei einer öffentlichen Einrichtung tätig sein dürfen, auch wenn es sich um eine Teilzeitbeschäftigung handle, nicht gegen die Vorgaben der Richtlinie. M.a.W. ermöglicht es die Richtlinie Inhabern von Anwaltspatenten zwar, unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung im Aufnahmestaat tätig zu sein (was eine entsprechende Anerkennung der diesbezüglichen Diplome impliziert), dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass eine solche Tätigkeit auch einheimischen Anwälten möglich ist, so dass die Anwendung von Standesregeln allgemein vorbehalten bleibt. Allerdings müsse der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt werden, ein Aspekt, den der Gerichtshof jedoch mangels Vorlagefrage nicht prüfte, so dass nur solche Beschränkungen zulässig sind, die zur Verfolgung des angestrebten Ziels erforderlich sind.

⁷⁸ RL 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L, 77, 36.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-225/09, *Jakubowska*, Urt. v. 2.12.2010.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen hat die bis zum Tag der Unterzeichnung des Abkommens in der EU geltenden Diplomanerkennungsrichtlinien der EU übernommen, so dass diese auch im Verhältnis zur Schweiz zur Anwendung gelangen (Art. 9 und Anhang III FZA).⁸⁰ Zu diesen Rechtsakten gehören auch die in den beiden angezeigten Urteilen relevanten RL 89/48 und RL 98/5. Zwar wurde die RL 89/48 (ebenso wie zahlreiche weitere Diplomanerkennungsrichtlinien) in der Union mittlerweile durch die RL 2005/36⁸¹ abgelöst; jedoch wurde Anhang III FZA noch nicht an diese Entwicklung angepasst, so dass im Verhältnis zur Schweiz noch die „alte“ Rechtslage gilt.⁸² Im Übrigen entspricht es ständiger Rechtsprechung des EuGH (auch vor der Unterzeichnung des Abkommens), dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind zu prüfen, inwieweit die von Unionsbürgern in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Erfahrungen, Ausbildungen oder Befähigungsnachweise denjenigen Anforderungen entsprechen, die im Aufnahmemitgliedstaat an die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit gestellt werden. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die drei oben erwähnten Urteile auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant und zu beachten sind, auch wenn sie nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind, da sie entweder bereits seit langem anerkannte Grundsätze aufgreifen und sie auf eine weitere Sachverhaltskonstellation anwenden (so die verb. Rs. C-422/09, C-425/09, C-426/09) oder eine auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachtende Richtlinie in einer grundsätzlich plausiblen Weise auslegen (Rs. C-225/09 und die Rs. C-118/09), so dass kein Grund besteht, im Rahmen des Abkommens von einer anderen Auslegung auszugehen.⁸³

⁸⁰ Vgl. nunmehr umfassend zur Diplomanerkennung im Rahmen des FZA *Nina Gammenthaler*, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, 2010, 267 ff.

⁸¹ RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

⁸² Vgl. zur RL 2005/36 und ihrer Relevanz für die Schweiz *Nina Gammenthaler*, Richtlinie 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen: Implikationen für die Schweiz, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, 323 ff.; 2009/2010, 2010, 323 ff.; 2009/2010, 2010, 323 ff.; zur Regelung der Diplomanerkennung im FZA ausserdem *Frédéric Berthoud*, La reconnaissance des diplômes dans l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis, 2011, 127 ff.

⁸³ Das Bundesgericht geht denn auch davon aus, dass auch die neuere Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich ebenfalls, soweit es um die Auslegung in das FZA übernommener unionsrechtlicher Begriffe geht, zu beachten ist, vgl. BGE 136 II 5; hierzu *Epiney/Metz*, Jahrbuch des Migrationsrechts, 2009/2010 (Fn. 35), 243 (259 ff.).

VII. Steuerliche Fragen

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-56/09, *Zanotti*)

In der Rs-C-56/09⁸⁴ ging es um die Vereinbarkeit gewisser Abzugsregelungen im Steuerrecht mit Art. 21 und / oder Art. 56 AEUV:

- Einerseits sah das einschlägige nationale Recht vor, dass Steuerpflichtige Teilnahmekosten an privaten oder öffentlichen universitären Kursen, die im Inland besucht werden, von den Steuern abziehen können, während dies für im Ausland besuchte Kurse grundsätzlich nicht möglich war.
- Andererseits waren die Abzugsmöglichkeiten für Teilnahmekosten an universitären Kursen auf einen Höchstbetrag beschränkt, der den Teilnahmekosten für ähnliche Lehrgänge an der dem steuerlichen Wohnsitz des Steuerpflichtigen am nächsten gelegenen innerstaatlichen öffentlichen Hochschule entsprach. Dieser Höchstbetrag konnte unabhängig davon geltend gemacht werden, wo der Lehrgang letztlich besucht wurde.

Der Gerichtshof äusserte sich zunächst zu den anwendbaren Bestimmungen des Unionsrechts. Art. 21 AEUV, in dem das Recht der Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, in allgemeiner Form niedergelegt ist, finde in der Dienstleistungsfreiheit eine besondere Ausprägung. Falls Art. 56 AEUV anwendbar ist, brauche daher nicht mehr über die Auslegung des Art. 21 AEUV entschieden zu werden.⁸⁵ Insofern dürfte der Gerichtshof also von einer vorrangigen Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV ausgehen, was sich wohl auch auf die anderen Personenverkehrsfreiheiten übertragen lässt. In Bezug auf die Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit betont der Gerichtshof in Anknüpfung an seine frühere Rechtsprechung⁸⁶, der Unterricht in Einrichtungen, die zum staatlichen Bildungssystem gehören und ganz oder hauptsächlich aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, sei vom Begriff der Dienstleistungen ausgeschlossen. Denn der Staat wolle durch das Betreiben eines solchen Bildungssystems keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen, sondern vielmehr auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgabe gegenüber seinen Bürgern erfülle. Unterricht an Bildungseinrichtungen, die im Wesentlichen aus privaten Mitteln, insbesondere durch die Studierenden oder deren Eltern, finanziert werden, sei hingegen als Dienstleistung anzusehen. Damit geht der Gerichtshof davon aus, dass bei staatlichen Einrichtungen die Leistung in der Regel gerade nicht gegen Entgelt erbracht wird. Alle Abgrenzungsprobleme sind jedoch auch hiermit nicht gelöst. So fragt es sich etwa, wie die Erteilung von Unterricht an privaten Institutionen, die nicht durch die Studierenden oder Schüler, sondern im Wesentlichen durch sonstige private Mittel (Sponsoren, Stiftungen, u.a.m.) finanziert werden, zu qualifizieren ist: Einerseits erfolgt die Leistung hier ebenfalls in der Regel nicht gegen Entgelt; andererseits geht es aber auch nicht um eine staatliche Tätigkeit. Weiter ist die Äusserung des Gerichtshofs, es gehe bei staatlich

⁸⁴ EuGH, Rs. C-56/09, *Zanotti*, Urt. v. 20.5.2010.

⁸⁵ Vgl. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-92/01, *Stylianakis*, Slg. 2003, I-1291, Rn. 18; EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz und Gootjes-Schwarz*, Slg. 2007, I-6849, Rn. 34.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-109/92, *Wirth*, Slg. 1993, I-6447, Rn. 15 f.

getragenen bzw. finanzierten Unterricht nicht um „gewinnbringende“ Tätigkeiten, zumindest missverständlich, da der Begriff der Dienstleistung grundsätzlich keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern lediglich einen wirtschaftlichen Charakter voraussetzt.

In Bezug auf die erste der streitigen steuerlichen Regelungen komme jedenfalls entweder die Dienstleistungsfreiheit oder Art. 21 AEUV zum Zuge: Eine Beeinträchtigung des Art. 56 AEUV sei schon deshalb gegeben, weil im Inland wohnhafte Steuerpflichtige durch die fraglichen Regelungen davon abgehalten werden könnten, Hochschullehrgänge an Einrichtungen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten zu besuchen. Denn in diesem Falle sei die steuerliche Belastung höher als beim Besuch universitärer Einrichtungen im Inland. Auch beeinträchtige eine solche Regelung die Möglichkeit privater Bildungseinrichtungen, sich an in Italien wohnhafte Steuerpflichtige als mögliche Kunden zu wenden. Sollte die Dienstleistungsfreiheit nicht anwendbar sein, sei als subsidiäre Regelung Art. 21 AEUV einschlägig. Denn die Regelung habe zur Folge, dass Steuerpflichtige allein deshalb benachteiligt würden, weil sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, indem sie sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, um dort an einem Hochschullehrgang teilzunehmen.⁸⁷ Eine Rechtfertigung der betreffenden Regelung sei nicht geltend gemacht worden. Hier kann man ergänzend darauf hinweisen, dass das Anliegen, höhere Steuereinnahmen zu erzielen, jedenfalls keinen Rechtfertigungsgrund darstellen könnte, da es sich hier um einen wirtschaftlichen Grund handelte, ganz abgesehen davon, dass die Massnahme auch nicht erforderlich wäre, da dieses Ziel auch durch Massnahmen, die nicht freizügigkeitsbeschränkend sind, verwirklicht werden könnte.

Soweit es um die zweite in dem Urteil zu prüfende Massnahme ging, verneinte der Gerichtshof bereits eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bzw. des Art. 21 AEUV. Denn bei dieser Konstellation seien Steuerpflichtige, die Lehrgänge im Inland besuchen, und Steuerpflichtige, die Lehrgänge in anderen Mitgliedstaaten besuchen, gleich behandelt, so dass nicht ersichtlich sei, warum eine solche Regelung Steuerpflichtige davon abhalten sollte, Kurse im Ausland statt im Inland zu besuchen.

⁸⁷ S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz und Gootjes-Schwarz*, Slg. 2007, I-6849, Rn. 87 f.. Dort betont der Gerichtshof, dass alle Situationen in den Geltungsbereich des Unionsrechts fallen, die sich auf die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten beziehen. Dies sei insbesondere der Fall, wenn es um das durch Art. 21 AEUV verliehene Recht gehe, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Ein Unionsbürger habe in allen Mitgliedstaaten Anspruch auf die gleiche rechtliche Behandlung wie die eigenen Staatsangehörigen dieser Mitgliedstaaten, die sich in der gleichen Situation befinden. Es sei daher mit dem Recht auf Freizügigkeit unvereinbar, wenn der Mitgliedstaat, dem er angehört, ihn weniger günstig behandeln könnte, als wenn er nicht von der durch den Vertrag garantierten Freizügigkeit Gebrauch gemacht hätte.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Geht man wie die Rechtsprechung⁸⁸ von einer beschränkten Tragweite der im Freizügigkeitsabkommen verankerten Dienstleistungsfreiheit aus, so dürfte diese in Bezug auf Regelungen, die derjenigen in der Rs. C-56/09 entsprechen, nicht zum Zuge kommen. Denn es geht in dieser Konstellation nicht um Aufenthaltsrechte zur Erbringung oder zum Empfang von Dienstleistungen.

Allerdings kommt eine Parallele zur Argumentation des EuGH insofern in Betracht, als dieser einen Anspruch gestützt auf Art. 21 AEUV bejaht. Das Freizügigkeitsabkommen gewährt Nichterwerbstätigen nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA (unter bestimmten Voraussetzungen) ein Aufenthaltsrecht im Gebiet der anderen Vertragsparteien. (Daneben kommt im Übrigen auch eine Berufung auf das Aufenthaltsrecht für Arbeitnehmer und selbständige Erwerbstätige in Betracht, welches sich aus Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 UAbs. 1 sowie Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA ergibt.) Da es sich hier letztlich um ein parallel zur Freizügigkeit der Unionsbürger ausgestaltetes Recht handelt, spricht Vieles dafür, dass auch diese Bestimmung Wegzugsbeschränkungen bzw. Behinderungen des Freizügigkeitsrechts durch den Aufenthaltsstaat erfasst.⁸⁹ Daher dürfte das Urteil des EuGH in der Rs. C-56/09 auch im Rahmen des FZA von Bedeutung sein, obwohl das Konzept der Unionsbürgerschaft als solche im FZA nicht übernommen wurde. Denn das in Art. 24 FZA gewährleistete Aufenthaltsrecht entspricht, auch in Bezug auf die Beschränkungen und Bedingungen, auf die Art. 21 AEUV Bezug nimmt, letztlich dem Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV.⁹⁰

VIII. Zur Auslegung des Begriffs hoheitlicher Gewalt

1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*)

Im Zusammenhang mit einer beihilferechtlichen Fragestellung hatte sich der Gerichtshof in der Rs. C-160/08⁹¹ zur Frage zu äussern, ob öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen als Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV anzusehen sind. Erfasst seien von dieser eng auszulegenden Ausnahmeregelung lediglich Tätigkeiten, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Dies setze eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen voraus. Ein Beitrag zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung reiche hierzu jedenfalls nicht aus. Ebensowenig genüge das Recht, gegen bestimmte

⁸⁸ Vgl. bereits oben D.I.2.

⁸⁹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können sich – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zum Unionsrecht – auch eigene Staatsangehörige gegenüber „ihrem“ Staat auf das Abkommen berufen, wenn sie von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch machen (wollen), vgl. BGE 129 II 249, E. 3-5; BGE 130 II 137, Erw. 3.1-42.; BG, 2P.130/2004, Erw. 3.4.

⁹⁰ S. insoweit auch schon ausführlich *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010 (Fn. 2), 79 (84 f.).

⁹¹ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, Urt. v. 29.4.2010.

Regelungen des Strassenverkehrsrechts (Blaulicht, Vorfahrt) zu verstossen, da die betreffenden Leistungserbringer nicht mit vom allgemeinen Recht abweichenden Zwangsbefugnissen ausgestattet seien, um ihre „Vorrechte“ durchzusetzen. Ebenfalls nicht ausreichend seien schliesslich die besonderen organisatorischen Befugnisse, die Zusammenarbeit mit öffentlichen Stellen und der Polizei sowie der öffentlich-rechtliche Charakter der Dienstleistungsaufträge.

2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Art. 10 Anhang I FZA erlaubt es den Vertragsparteien, eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung zu verweigern, und Art. 16, Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA ermöglicht es den Vertragsparteien, Selbständigen eine Erwerbstätigkeit zu verweigern, wenn diese mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Diese Bestimmungen knüpfen ersichtlich an die entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts an (vgl. Art. 51, 62 AEUV). Sie sind daher gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA unter Berücksichtigung der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung des EuGH auszulegen.

Der Gerichtshof greift in seinem Urteil in der Rs. C-160/08 in Bezug auf die Auslegung der genannten Bestimmungen des Unionsrechts auf seine ständige, bereits vor der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens etablierte Rechtsprechung zurück und wendet sie auf eine neue, aber früheren Konstellationen ähnlich gelagerte Fallgestaltung an, so dass das Urteil im Ergebnis auch auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar ist.

E. Zur Auslegung des FZA

Der Gerichtshof hatte sich im Berichtszeitraum mehrere Male zu Fragen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu äussern, wobei in erster Linie zwei Urteile von Bedeutung sind.

I. Rs. C-541/08, *Fokus Invest*

In der Rs. C-541/08⁹² ging es letztlich – wie auch schon in der Rs. C-351/08⁹³ – um die Frage, ob sich auch juristische Personen auf das Abkommen berufen können. Der Gerichtshof hielt hier – in Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung – zunächst fest, die Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen lasse sich nicht „automatisch“ auf die entsprechenden Bestimmungen des Abkommens übertragen, sofern dies nicht im Abkommen selbst vorgesehen sei. Der Gerichtshof präzisierte jedoch nicht, unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass „dies“ im Abkommen vorgesehen ist. Vielmehr beschränkt er sich auf die Erörterung der Frage, ob auch juristische Personen in den Schutzbereich der im Abkommen

⁹² EuGH, Rs. C-541/08, *Fokus Invest*, Urt. v. 11.2.2010.

⁹³ EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Slg. 2009, I-10777. Zu diesem Urteil bereits Epiney/Mosters, SJER 2009/2010 (Fn. 2), 77 (104 f.).

gewährleisteten Niederlassungsfreiheit fallen, was er im Ergebnis verneint. Der EuGH begründet dies insbesondere mit dem Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmungen des Abkommens, während im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit die juristischen Personen ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 FZA erwähnt seien. Immerhin dürfte es dieses Urteil nicht ausschliessen, dass gewisse Abkommensbestimmungen parallel zur Rechtslage in der Union auszulegen sind, wenn sich der EuGH auch über die genauen Voraussetzungen einer solchen Auslegung ausschweigt. Für diese dürften daher nach wie vor die erwähnten Grundsätze der Rechtsprechung zum Zuge kommen. Dies sowie der Umstand, dass es bei den durch den EuGH entschiedenen Rechtsfragen letztlich um die Auslegung von Abkommensbestimmungen, deren Fassung gerade von den entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben abwich, ging, sprechen dafür, diese Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht als eine grundsätzliche Absage an eine „Parallelität der Auslegung“ solcher Abkommensbestimmungen, die unionsrechtlichen Bestimmungen nachgebildet sind oder auf solche verweisen, zu verstehen.⁹⁴

II. Rs. C-70/09, *Hengartner*

In der Rs. C-70/09⁹⁵ stand eine österreichische Regelung zur Debatte, wonach gegen Zahlung einer „Pacht“ der „Pächter“ in einem bestimmten Gebiet zur Ausübung der Jagd berechtigt ist. Der zu entrichtende Betrag für Personen mit Wohnsitz im Inland und Unionsbürger fiel dabei niedriger aus als für sonstige Personen, so dass von Schweizerischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in der Schweiz der höhere Tarif verlangt wurde. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, der „Pachtvertrag“ beziehe sich auf eine Dienstleistung, denn den Beschwerdeführern des Ausgangsverfahrens werde gegen Entgelt und unter bestimmten Voraussetzungen ein Bezirk zur Ausübung der Jagd zur Verfügung gestellt. Der Ausgangsfall weise auch einen grenzüberschreitenden Charakter auf, da die schweizerischen „Pächter“ als Empfänger einer Dienstleistung anzusehen seien, die sich für den Empfang dieser Dienstleistung nach Österreich begeben.

Der EuGH erachtete jedoch die im Abkommen garantierte Dienstleistungsfreiheit nicht als einschlägig. Denn Art. 5 Abs. 3 FZA gewähre Personen, die als Dienstleistungsempfänger im Sinne des Abkommens anzusehen sind, (lediglich) ein Einreise- und Aufenthaltsrecht in Bezug auf das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien. Das Abkommen enthalte jedoch keine spezifische Regelung, wonach Dienstleistungsempfängern der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Rahmen der Anwendung fiskalischer Regelungen über gewerbliche Transaktionen, die eine Dienstleistung zum Gegenstand haben, zugute kommt. Im Übrigen (und insoweit knüpft der EuGH an seine Rechtsprechung in der Rs. C-351/08 – *Fokus Invest* – an)

⁹⁴ Vgl. hierzu ausführlich und im Ergebnis ähnlich *Christa Tobler*, Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenze des bilateralen Rechts, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, 369 ff. Vgl. aber auch die etwas andere Akzentsetzung bei *Laura Melusine Baudenbacher*, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, ELR 2010, 34 ff.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Urt. v. 15.7.2010.

sei die Schweiz nicht dem Binnenmarkt „beigetreten“ (womit auf den EWR Bezug genommen wird), durch den alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit zu schaffen, der u.a. die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit umfasst.

Letztlich nicht näher geprüft wurde die Einschlägigkeit des Art. 2 FZA (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit), die pauschal abgelehnt wurde. Denn diese Bestimmung verbiete nicht generell und absolut jede Ungleichbehandlung von Staatsangehörigen, sondern nur Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, und das auch nur, soweit die Situation dieser Staatsangehörigen in den sachlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen der Anhänge I bis III des Abkommens falle. Im Ergebnis stehe also eine solche abgestufte „Pacht“ für Personen mit Wohnsitz im Inland und Unionsbürger einerseits und Schweizer andererseits mit dem FZA in Einklang.

Das Urteil des Gerichtshofs überrascht in mehrerer Hinsicht:

- In Bezug auf die Auslegung des Abkommens beschränkt sich der Gerichtshof darauf, seine ständige Rechtsprechung zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge der EU zu zitieren, ohne jedoch im Einzelnen zu analysieren, ob und inwieweit Ziel und Zweck des Freizügigkeitsabkommens es – unter Heranziehung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden – nahe legen, grundsätzlich (es sei denn, aus dem Wortlaut des Abkommens ergebe sich klar etwas anderes) von einer Einbindung der Schweiz in den relevanten unionsrechtlichen Besitzstand auszugehen und diejenigen Bestimmungen des Abkommens, die letztlich Unionsrecht übernehmen, parallel wie im Unionsrecht auszulegen.
- Weiter bleibt unklar, warum die Ablehnung des EWR – von dem der EuGH das FZA abgrenzt – es offenbar nahe legen soll, dass eine parallele Auslegung zumindest gewisser Abkommensbestimmungen mit den entsprechenden Vorgaben des Unionsrechts nicht in Betracht kommen soll (allerdings ohne dass dies ausdrücklich so gesagt wird).
- In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit schliesst der Gerichtshof offenbar aus Art. 5 Abs. 3 FZA – der ausdrücklich die passive Dienstleistungsfreiheit erwähnt, indem Personen, die sich als Empfänger einer Dienstleistung in das Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei begeben, das Einreise- und Aufenthaltsrecht eingeräumt wird –, dass das Abkommen zumindest in Bezug auf die passive Dienstleistungsfreiheit (die hier zur Debatte stand) lediglich Aufenthaltsrechte regle, hingegen nicht sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit betreffe. Dabei erörtert der EuGH nicht im Einzelnen, warum in diesem Punkt eine Abweichung von der Rechtslage in der Union vorliegen soll, was sich angesichts der expliziten Zielsetzung des Abkommens, sich an das Unionsrecht anzulehnen, aufgedrängt hätte.
- Schliesslich ist auch die Art und Weise des (Nicht-) Rückgriffs auf Art. 2 FZA (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) nicht überzeugend: Art. 2 FZA lehnt sich im Wortlaut eng an Art. 18 AEUV an, so dass es sich aufgedrängt hätte, im Falle der Verneinung der Einschlägigkeit der im Abkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit die genaue Tragweite des Art. 2 FZA (auch im Verhältnis zu Art. 18 AEUV) zumindest zu analysieren. Der Gerichtshof beschränkt sich hingegen darauf festzuhalten, dass Art. 2 FZA nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund der

Staatsangehörigkeit verbiete, sondern nur „Diskriminierungen“ entgegenstehe. Damit wird offenbar auf die Möglichkeit der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aus sachlichen Gründen und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Bezug genommen, so dass diese Aussage letztlich banal ist. Ansonsten nimmt der EuGH darauf Bezug, dass Art. 2 FZA nur im „sachlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen der Anhänge I bis III“ FZA zum Zuge komme. Von Interesse wäre aber gewesen, warum Art. 2 FZA hier nicht parallel wie Art. 18 AEUV auszulegen ist, was die Einschlägigkeit dieser Bestimmung zur Folge gehabt hätte, ein Problemkreis, den der Gerichtshof aber nicht erörtert.

F. Schlussbemerkung

Auch der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2010 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz im Rahmen der Auslegung des FZA vermag (einmal mehr) die kaum zu überschätzende Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren, obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA an sich nur eine Berücksichtigungspflicht der bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung formuliert. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass – von Ausnahmen abgesehen – die weiterentwickelte Rechtsprechung des EuGH insoweit vollumfänglich für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, als dessen Anwendungsbereich eröffnet ist und es auf Begriffe bzw. Konzepte des Unionsrechts zurückgreift. Bemerkenswert ist zudem, dass auch Urteile, die an die Unionsbürgerschaft anknüpfen, im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens insoweit von Bedeutung sein können, als dieses parallel ausgestaltete (Freizügigkeits-) Rechte kennt. Insofern impliziert der Rückgriff auf ein als solches nicht in das Freizügigkeitsabkommen aufgenommenes Konzept (nämlich die Unionsbürgerschaft) nicht zwingend, dass diesbezügliche Urteile des Gerichtshofs von vornherein für die Auslegung des Abkommens nicht von Bedeutung sein können, sondern jedes Urteil ist vielmehr im Einzelnen auf seine diesbezügliche (mögliche) Relevanz zu analysieren.

Gleichzeitig ist auf die direkt das Freizügigkeitsabkommen betreffende Rechtsprechung des EuGH hinzuweisen, in der der Gerichtshof auf den ersten Blick einem Grundsatz der parallelen Auslegung des Abkommens mit den entsprechenden Vorgaben des Unionsrechts eher zurückhaltend gegenübersteht. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass dies letztlich darauf beruhen dürfte, dass der Gerichtshof jeweils bereits die Verankerung paralleler Rechte im Abkommen – im Verhältnis zu den unionsrechtlichen Gewährleistungen – verneinte. Daher dürften die diesbezüglichen Urteile es nicht ausschliessen, dass der Gerichtshof gleichwohl von einem Grundsatz der parallelen Auslegung von Abkommen einerseits und entsprechenden unionsrechtlichen Rechten andererseits ausgehen könnte, soweit er einen vollumfänglichen Rückgriff von Abkommensbestimmungen auf unionsrechtliche Begriffe bejaht.