

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von
PETER GAUCH

**JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY
JACQUES DUBEY
ADRIANO PREVITALI**
EDITEURS

L'HOMME ET SON DROIT

Mélanges en l'honneur
de Marco Borghi

L'HOMME ET SON DROIT

Mélanges en l'honneur de

Marco Borghi



ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

308

JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY
JACQUES DUBEY
ADRIANO PREVITALI
(EDITEURS)

L'HOMME ET SON DROIT

Mélanges en l'honneur de
Marco Borghi
à l'occasion de son 65^e anniversaire

Faculté de droit de l'Université de Fribourg
2011

Schulthess § 2011

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Zurich · Bâle · Genève 2011
ISBN 978-3-7255-6451-4

www.schulthess.com

Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU

Zugang zum Beruf des Notars und Anerkennung von Berufsqualifikationen als aktuelle Beispiele

MATTHIAS OESCH

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	361
II.	Überblick über das Freizügigkeitsabkommen	363
	1. Grundzüge	363
	2. Fortlaufende Anpassung an das EU-Recht	364
III.	Auslegung des Freizügigkeitsabkommens	365
	1. Grundsatz der europakompatiblen Auslegung	366
	2. Beispiel: Zugang zum Beruf des Notars	368
IV.	Verweisung auf EU-Rechtsakte	373
	1. Anhang III FZA	374
	2. Beispiel: Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG	376
V.	Epilog	378
	Literatur- und Materialienverzeichnis	380

I. Einleitung

Der Jubilar MARCO BORGHI hat sich im Rahmen seines beeindruckenden wissenschaftlichen Oeuvres mit den unterschiedlichsten Rechtsgebieten beschäftigt. Dabei hat er regelmässig Bezüge des schweizerischen Rechts zum europäischen und internationalen Recht hergestellt. Getreu dem Motto „L’Homme et son Droit“ hat er sich mit der Wirksamkeit von rechtlichen Normen im Kontext der fortlaufenden Globalisierung auseinandergesetzt. Gekonnt hat er dabei die gegenseitige Beeinflussung und wechselseitige Durchdringung von verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung thematisiert.

Der vorliegende Festbeitrag nimmt diesen Faden auf. Er bezweckt, anhand des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA) den zunehmenden Einfluss der europäischen

Rechtspraxis auf das schweizerische Recht nachzuzeichnen.¹ Dieses Abkommen trat am 1. Juni 2002 als Teil der „Bilateralen I“ in Kraft. Seither steht es im Zentrum politischer Debatten. Mehrere Male wurden die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger an die Urne gerufen, um über sein Schicksal zu befinden. Eine solide Mehrheit hat sich dabei regelmässig für ein liberales Einreise- und Aufenthaltsregime für EU-/EFTA-Staatsangehörige in der Schweiz sowie für Schweizerinnen und Schweizer im EU-/EFTA-Raum ausgesprochen.² Gleichzeitig finden Probleme im Vollzug (wie Scheinselbständigkeit oder Lohndumping) und umstrittene Begleitmassnahmen zur Umsetzung des Abkommens (wie die Acht-Tage-Regel) regelmässig den Weg in die *Headlines*. Kritische Wortmeldungen haben sich im Wahljahr 2011 akzentuiert. So ist die Schweizerische Volkspartei (SVP), die wählerstärkste Partei in der Schweiz, mit der Forderung an die Öffentlichkeit getreten, das Freizügigkeitsabkommen zu überprüfen und neu zu verhandeln, um „die Handlungsfähigkeit zurückzugewinnen“.³

Aus rechtlicher Warte steht der weitherum geteilte Befund im Vordergrund, dass das Freizügigkeitsabkommen fortlaufend zur Europäisierung des schweizerischen Rechts beiträgt. Das Kardinalsprinzip, wonach das Abkommen rein statischer Natur ist und für die Schweiz keine automatische Teilnahme am dynamischen Integrationsprozess der EU begründet, wird in der Praxis (stark) relativiert. Das Abkommen beruht in wesentlichen Teilen auf dem einschlägigen Unionsrecht. Wenig überraschend schwingt die EU bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und bei seiner Weiterentwicklung den Taktstock. Die Schweiz marschiert hinten an.

Das II. Kapitel stellt die Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens dar. Das III. Kapitel behandelt die Auslegung von Abkommensbestimmungen, welche sich inhaltlich stark an die entsprechenden Regeln des EU-Rechts anlehnen. Diesfalls gilt auch in der Schweiz – unabhängig einer bindenden Verpflichtung – der Grundsatz der europakompatiblen Auslegung. Ein aktuel-

¹ SR 0.142.112.681; die Regelungsmaterie des FZA fällt in die geteilte Zuständigkeit der EU und der Mitgliedstaaten und stellt ein gemischtes Abkommen dar. – Im Gleichschritt mit dem FZA wurde auch das EFTA-Übereinkommen (SR 0.632.31) geändert und die einschlägigen Freizügigkeitsrechte auf den gesamten EWR-Raum ausgedehnt, siehe Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der EFTA (sog. Vaduzer Übereinkommen).

² Am 21. Mai 2000 stimmte der Schweizer Souverän dem Gesamtpaket der „Bilateralen I“ mit 67.2% Ja-Stimmen zu. Mit der Osterweiterung der EU vom 1. Mai 2004 bzw. 1. Januar 2007 wurde das Freizügigkeitsabkommen durch zwei Protokolle ergänzt, welche die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs auch mit den zwölf neuen Mitgliedstaaten regeln. Der Schweizer Souverän akzeptierte die Ausdehnung des Abkommens am 25. September 2005 bzw. am 8. Februar 2009 mit 56% bzw. 59.6% Ja-Stimmen. Ebenfalls am 8. Februar 2009 genehmigten die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger die Weiterführung des Abkommens (vgl. Art. 25 Abs. 2 FZA).

³ Schweizerische Volkspartei (SVP), Wahlplattform 2011 „Schweizer wählen SVP“, S. 6, erhältlich unter www.svp.ch und dem Link zu Wahlplattform (besucht am 15. August 2011).

les Beispiel betrifft die Frage, ob die Tätigkeiten von Notaren „dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt“ gemäss Art. 16 Anhang I FZA verbunden sind. Der Gerichtshof der EU (EuGH) verneint diese Frage in einem neuen Urteil vom 24. Mai 2011, während das schweizerische Bundesgericht vor knapp zehn Jahren zu einem gegenteiligen Schluss gekommen ist. Das IV. Kapitel untersucht die Rechtsetzungstechnik der direkten Verweisung auf EU-Rechtsakte. Ein aktuelles Beispiel betrifft das System der gegenseitigen Anerkennung von Berufstiteln und Diplomen. Während die EU das unionsinterne System mit der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen am 7. September 2005 auf eine neue Grundlage gestellt hat, galten im bilateralen Verhältnis während längerer Zeit weiterhin „altrechtliche“ Richtlinien. Erst im Sommer 2011 haben sich die Vertragsparteien – endlich – darauf geeinigt, die Richtlinie 2005/36/EG (vorerst provisorisch und gestaffelt) auch in den Anhang III FZA aufzunehmen. Das V. Kapitel rundet die Ausführungen mit einem kurzen Epilog ab.

II. Überblick über das Freizügigkeitsabkommen

1. Grundzüge

Das FZA bezweckt, die Grundprinzipien der Personenfreizügigkeit, wie sie zwischen den EU-Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen, schrittweise und punktuell auch im bilateralen Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU einzuführen.⁴ Dabei ist das Recht, den Arbeitsplatz bzw. Aufenthaltsort auf dem Gebiet der Vertragsparteien frei zu wählen, an gewisse Voraussetzungen gebunden. Staatsangehörige der anderen Vertragspartei müssen über einen gültigen Arbeitsvertrag verfügen, eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben oder – sofern keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird – über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, damit sie keine Sozialhilfe beanspruchen müssen, und umfassend krankenversichert sein. Dabei sieht das Abkommen keine umfassende Dienstleistungsfreiheit vor. Staatsangehörigen der Vertragsparteien wird das Recht eingeräumt, während 90 Tagen pro Jahr eine grenzüberschreitende Dienstleistung zu erbringen.

Das Abkommen besteht aus einem allgemeinen Teil (Hauptabkommen), drei Anhängen und zwei Protokollen, welche gemäss Art. 15 FZA Bestandteile des Abkommens darstellen. Der allgemeine Teil enthält die Grundbestimmungen zur Verwirklichung der in Art. 1 FZA festgelegten Ziele und regelt institutionelle und verfahrensrechtliche Fragen. Art. 2 FZA verankert prominent das Prinzip der Nichtdiskriminierung. Dieses Prinzip verbietet im Anwendungsbereich des Abkommens jede Schlechterbehandlung von Staatsan-

⁴ Siehe für einen Überblick über das FZA GROSSEN/DE COULON, Rz. 25-134.

gehörigen einer anderen Vertragspartei, die sich in derselben Lage wie eine einheimische Person befinden; es garantiert Inländerbehandlung auf dem Arbeitsmarkt.⁵ Die einschlägigen, vom Aufenthaltszweck abhängigen Freizügigkeitsrechte werden im Anhang I geregelt; des Weiteren enthält dieser Anhang Bestimmungen über den Immobilienerwerb. Anhang II und III gewähren gewisse für die Ausübung der Freizügigkeitsrechte unabdingbare Begleitrechte, ohne die der freie Personenverkehr weitgehend „toter Buchstabe“ bliebe.⁶ Anhang II befasst sich mit der Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit. Anhang III enthält die Voraussetzungen für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen und beruflichen Qualifikationen. Diese Anhänge verweisen auf eine Vielzahl von EU-Verordnungen und EU-Richtlinien, welche dergestalt Eingang in das Abkommen finden und auch im bilateralen Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU anwendbar sind.

2. Fortlaufende Anpassung an das EU-Recht

Das Freizügigkeitsabkommen stellt nach traditioneller Lesart einen klassischen völkerrechtlichen Vertrag dar.⁷ Es bezweckt nicht, eine gemeinsame Rechtsordnung zu schaffen.⁸ Auch im Anwendungsbereich des Abkommens findet keine automatische Anpassung des schweizerischen Rechts an dasjenige der EU statt. Das Abkommen ist statischer Natur. Die gesetzgeberische Autonomie der Vertragsstaaten bleibt gewahrt. Inhaltlich beruht das Abkommen auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung. Mit der Berufung auf dieses Prinzip anerkennen die Vertragspartner, dass „die Gesetzgebung der Gegenseite der ihren in Wirkung und Tragweite entspricht, ohne notwendigerweise mit ihr identisch zu sein.“⁹ Gleichzeitig beinhaltet die Berufung auf das Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung naturgemäss eine prospektive Komponente. Die Weiterentwicklung des Rechts der einen Vertragspartei – *in concreto* des EU-Rechts – in denjenigen Bereichen, welche auch im bilateralen Verhältnis von Bedeutung sind, führt grundsätzlich dazu, dass auch das bilaterale Recht bzw. das Landesrecht des anderen Vertragspartners – *in concreto* das schweizerische Recht – angepasst werden muss, um dem Anspruch des vertraglichen Gleichgewichts weiterhin gerecht zu werden. Der Bundesrat hat sich zur Notwendigkeit der fortlaufenden Anpassung des schweizerischen Rechts an die Entwicklungen in der EU wie folgt geäußert:

⁵ Botschaft Bilaterale I, S. 6310f.; THÜRER/HILLEMANN, Rz. 25; HANGARTNER, S. 257-269.

⁶ GREMPER, Rz. 18.14; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 270.

⁷ COTTIER/DIEBOLD, Rz. 7; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 273.

⁸ GROSSEN/DE COULON, Rz. 19.

⁹ THÜRER/HILLEMANN, Rz. 24; dazu Botschaft Bilaterale I, S. 6156; KELLERHALS/ZÄCH, Rz. 34; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 274-275; WÜGER/SCARPELLI, S. 297.

„Auch wenn die Vertragsparteien ihre Rechtsetzungsautonomie in den sektoriellen Abkommen behalten, liegt es dennoch in ihrem Interesse, die Gleichwertigkeit ihrer Gesetzgebung aufrechtzuerhalten. Ohne regelmässige Berücksichtigung der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts in den Bereichen, welche von den sektoriellen Abkommen gedeckt werden, würden die Unterschiede der schweizerischen und gemeinschaftlichen Bestimmungen die einwandfreie Anwendung der betreffenden Abkommen verhindern.“¹⁰

In der Praxis wird das Kardinalsprinzip, wonach das Freizügigkeitsabkommen rein statischer Natur ist und für die Schweiz keine automatische Teilnahme am dynamischen Integrationsprozess der EU begründet, (stark) relativiert.¹¹ Das Ziel, auch im bilateralen Verhältnis binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen, wird faktisch nur durch eine systematische und fortlaufende Anpassung an das massgebende EU-Recht erreicht. Im Fokus einer breiteren (iuristischen) Öffentlichkeit stehen dabei primär zwei Instrumente: die europakompatible Auslegung des Freizügigkeitsabkommens (nachfolgend III.) und die Rechtsetzungstechnik der direkten Verweisung auf EU-Rechtsakte (IV.).

III. Auslegung des Freizügigkeitsabkommens

Diverse Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens lehnen sich inhaltlich stark an die entsprechenden Regeln des EU-Rechts an.¹² Dies gilt insbesondere für die im Anhang I ausformulierten Rechte. Sie widerspiegeln wesentlich Inhalt und Tragweite des einschlägigen Primär- und Sekundärrechts der EU und erinnern auffällig an die Rechtsetzungstechnik und Terminologie des EU-Rechts, auch wenn das einschlägige Recht nicht durchwegs wörtlich kopiert wird. Dieses Vorgehen entspricht der programmatischen Vorgabe in der Präambel zum Freizügigkeitsabkommen, wonach die Vertragsparteien entschlossen sind, die „Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“.

¹⁰ Botschaft Bilaterale I, S. 6159; Art. 17 Abs. 1 FZA verpflichtet die Vertragsparteien, sich gegenseitig über abkommensrelevante Entwicklungen sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung zu informieren. Gemäss Art. 17 Abs. 2 FZA führt der Gemischte Ausschuss sodann einen Meinungs austausch über die Auswirkungen der Änderung auf das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens durch.

¹¹ Gemäss EPINEY (Bedeutung), S. 31, handelt es sich beim FZA um einen „echten Integrationsvertrag“; gemäss HANGARTNER, S. 257, ist das FZA „Teil des partiellen de-facto-Beitritts der Schweiz zur Europäischen Union“.

¹² EPINEY (European Union Law), S. 188-189; GROSSEN/DE COULON, Rz. 4; die Kommission liess bereits 1993 verlauten, dass sie grundsätzlich nur bereit sei, Verhandlungen gestützt auf den *Acquis communautaire* zu führen, vgl. European Commission, Communication on Future Relations with Switzerland of 1 October 1993, COM (93)486, Rz. 13.

1. Grundsatz der europakompatiblen Auslegung

Es ist unbestritten, dass diejenigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, welche justiziabel (*self-executing*) sind, unmittelbar anwendbar sind.¹³ Natürliche und iuristische Personen können sich vor schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden direkt darauf berufen. Dabei stellen diejenigen Bestimmungen, welche wörtlich oder sinngemäss EU-Recht nachgebildet sind, die Behörden vor heikle Auslegungsfragen.¹⁴ Ausgangs- und Referenzpunkt für das methodische Vorgehen bilden grundsätzlich die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gemäss Art. 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969 (WVRK), welche auch für die Auslegung der bilateralen Abkommen einschlägig sind.¹⁵ Ausgehend vom Wortlaut steht dabei die gewöhnliche Bedeutung einer Norm im Licht ihres Zusammenhangs sowie ihres Ziels und Zwecks im Vordergrund. Dieser Methode liegt ein vornehmlich objektiver Ansatz zugrunde.¹⁶ Dabei legen die jeweiligen Vertragsparteien ein Abkommen autonom aus.¹⁷ Eine Bindung an die Auslegung durch die andere Vertragspartei besteht nicht. Damit stellt sich für die Schweiz die Frage, in welchem Ausmass die spezifisch europarechtliche Bedeutung von wörtlich oder sinngemäss übernommenen Bestimmungen des Unionsrechts berücksichtigt werden soll. Während die Schweiz die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung, d.h. vor dem 21. Juni 1999, gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA „berücksichtigt“, wird sie über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung „unterrichtet“. Art. 16 Abs. 2 FZA stipuliert keine rechtlich bindende Verpflichtung zur Übernahme der Rechtsprechung des EuGH nach dem 21. Juni 1999. Mit Blick auf die *ratio legis* des Freizügigkeitsabkommens – die Verwirklichung der Freizügigkeit unter Schaffung einer möglichst parallelen Rechtslage – liegt aber auch diesbezüglich der Schluss nahe, dass grundsätzlich die unionsrechtliche, d.h. auf den *effet utile* ausgerichtete und tendenziell freizügigkeitsfreundliche Auslegungsmethode des EuGH in den Mittelpunkt rückt – und damit das Fallrecht des EuGH, welcher dergestalt als Motor für die Europäi-

¹³ Siehe zur unmittelbaren Anwendbarkeit der bilateralen Abkommen im Allg. JAAG, Rz. 4020-4021; THÜRER/HILLEMANN, Rz. 12-15; in Bezug auf das FZA BGE 129 II 249, 257f. E. 3.3; BGE 130 II 49, 55 E. 4.2; Botschaft Bilaterale I, S. 6358; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 20-28; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 275-279; GROSSEN/DE COULON, Rz. 21; KÄLIN, S. 18-19; WÜGER, S. 183-184; OESCH (Medizinalpersonen), Rz. 12; zur unmittelbaren Anwendbarkeit von EU-Recht, auf das direkt verwiesen wird, unten IV.1.

¹⁴ Siehe dazu COTTIER/DIEBOLD, Rz. 34-45; EPINEY (Bedeutung), S. 5-31; EPINEY (European Union Law), S. 188-193; SEILER, S. 9-12; zur Auslegung von EU-Recht, auf das direkt verwiesen wird, unten IV.1.

¹⁵ SR 0.111; BGE 133 V 329, 339 E. 8.4; BGE 132 V 53, 60 E. 6.3; EPINEY (European Union Law), S. 186; FILLIEZ, S. 201-205; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 279.

¹⁶ COTTIER/DIEBOLD, Rz. 14.

¹⁷ COTTIER/DIEBOLD, Rz. 34.

sierung des schweizerischen Rechts fungiert.¹⁸ Dies gilt nicht nur für Präjudizien des EuGH, welche vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind, sondern ganz grundsätzlich für das Fallrecht des EuGH zu Fragen, welche sich im bilateralen Verhältnis in analoger Weise stellen. Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, welche wörtlich oder sinngemäss Unionsrecht nachgebildet sind, sind im Regelfall gestützt auf die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden bzw. in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH auszulegen (Berücksichtigungsobliegenheit).¹⁹ Eine davon abweichende autonome Auslegung bleibt zumindest in Ausnahmefällen zwar durchaus möglich und rechtlich zulässig. Sie bedarf *en toute connaissance de cause* aber einer sachlichen Begründung. Abweichungen drängen sich insbesondere dann auf, wenn eine Abkommensnorm einen anderen Zweck verfolgt als die wortgleich oder ähnlich formulierte Bestimmung des Unionsrechts, d.h. wenn die Zielsetzung gerade nicht darin liegt, das in der Union geltende Recht auf das Verhältnis zu einem Drittstaat auszuweiten.²⁰

Ein Blick auf die bundesgerichtliche Praxis bestätigt den *Grundsatz der europakompatiblen Auslegung*. Das Bundesgericht vertritt eine „pragmatische Haltung“.²¹ Es beruft sich bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens regelmässig auf die Rechtsprechung des EuGH zu analogen Begriffen des Unionsrechts.²² Es hat sich insbesondere in Fällen zum Familiennachzugsrecht gestützt auf Art. 3 Anhang I FZA ausführlich mit den einschlägigen EuGH-Urteilen auseinandergesetzt und die Relevanz dieser Urteile – inklusive derjenigen, welche nach der Unterzeichnung des Abkommens ergingen – für das bilaterale Verhältnis wie folgt begründet:

¹⁸ Die *ratio legis* zur Schaffung einer parallelen Rechtslage kommt sowohl in der Präambel als auch in Art. 16 Abs. 1 FZA zum Ausdruck; zu den unionsrechtlichen Auslegungsmethoden etwa OPPERMAN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 10 Rz. 165-185; zentral ist, „dass die im Völkerrecht so bedeutsame subjektiv-souveränitätsbezogene Konkretisierungsmethode zugunsten einer am Sinn und Zweck orientierten Betrachtung verdrängt wird“ (Rz. 168).

¹⁹ Ähnlich BAUDENBACHER (Konflikte), S. 829; COTTIER/EVTIMOV, S. 200; EPINEY (European Union Law), S. 190-191; EPINEY (Verbot), S. 26-27; EPINEY (Bedeutung), S. 23-31; GAMMENTHALER (SJER 2009), S. 425; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 318-336.

²⁰ Siehe zu den Grenzen einer „parallelen Auslegung“ aus Sicht des EuGH Rs. C-351/08, *Grimme*, Slg. 2009 10777; Rs. C-70/09, *Hengartner und Gasser*, noch nicht in Slg. publiziert; zu diesen Urteilen etwa BURRI/PIRKER, S. 168-173; EPINEY (Tragweite), S. 64-68. – Abweichungen sind etwa dort vorstellbar, wo Freizügigkeitsrechte im EU-Recht nicht (primär) gestützt auf Art. 45-62 AEUV konkretisiert und weiterentwickelt werden, sondern gestützt auf Art. 20-21 AEUV. Die Unionsbürgerschaft stellt ein typisches Institut zur „Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas“ (Präambel zum EUV) dar, welches im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU gerade nicht greift.

²¹ Bericht Europapolitik, S. 7301.

²² Siehe dazu COTTIER/DIEBOLD, Rz. 45; EPINEY (Verbot), S. 26-27; EPINEY (European Union Law), S. 189-192, welche darauf hinweist, dass sich das methodische Vorgehen des BGE dabei keineswegs konsistent präsentiert; MAIANI, S. 30-51; SEILER, S. 9-12; SPESCHA (Familienleben), S. 141-156.

„Hierbei ist beachtlich, dass das Abkommen die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen verwirklichen will (Präambel) und die Vertragsparteien zur Erreichung der Ziele des Abkommens alle erforderlichen Massnahmen treffen wollen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden (Art. 16 Abs. 1 FZA). Das bedeutet, dass für die vom Abkommen erfassten Bereiche eine parallele Rechtslage verwirklicht werden soll (...). Um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden, wird das Bundesgericht in angemessener Weise nach dem Stichtag (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen. Das gilt allerdings nur, soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift. Da der EuGH nicht berufen ist, für die Schweiz über die Auslegung des Abkommens verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht überdies nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun.“²³

Damit liefert das Bundesgericht einen wichtigen Beitrag, das Spannungsverhältnis zwischen der statischen Ausgestaltung des Freizügigkeitsabkommens und der dynamischen Entwicklung des EU-Rechts abzufedern und eine möglichst parallele Rechtsentwicklung zu garantieren. Gleichzeitig beschleunigt die Tendenz, wesentlich auf EuGH-Präjudizien zurückzugreifen, die fortschreitende Europäisierung des schweizerischen Rechts. Der Spielraum wird kleiner. Diese Entwicklung gilt nicht nur für den Gesetzgeber; sie betrifft ebenso die Gerichte. Die Gleichwertigkeit der Rechtsprechung – welche das Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung logisch ergänzt – beschränkt sich auf diejenigen Bereiche des Freizügigkeitsabkommens, welche überhaupt noch hinreichend Spielraum für eine autonome Interpretation belassen.²⁴

2. Beispiel: Zugang zum Beruf des Notars

Ein aktuelles Beispiel für den mitunter schwierigen Umgang mit dem Grundsatz der europakompatiblen Auslegung betrifft Art. 16 Anhang I FZA. Diese Bestimmung erlaubt den Vertragsparteien, selbständig erwerbstätige Personen unter gewissen Voraussetzungen vom Anwendungsbereich des FZA auszuschliessen. Sie lautet wie folgt:

²³ BGE 136 II 5, 12f. E. 3.4; SPESCHA (Urteilsbesprechung), S. 102-105; vgl. etwa auch BGE 132 V 423, 440ff. E. 9.5, wo der seit 1999 ergangenen Rechtsprechung des EuGH nicht gefolgt wurde, weil sie mit dem klaren Willen der Vertragsparteien nicht im Einklang stand; Urteil des BGer. 2C_319/2009 und 2C_321/2009 vom 26. Januar 2010, wo die einschlägige Praxis des EuGH für die Auslegung des FZA bzw. dessen Anhang I in Bezug auf die Quellenbesteuerung übernommen wurde.

²⁴ COTTIER/EVTIMOV, S. 201.

Art. 16 Ausübung hoheitlicher Befugnisse

Dem Selbständigen kann das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.

Art. 16 Anhang I FZA war bis anhin soweit ersichtlich noch nie ausdrücklich Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Mit Blick auf ein Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 zur Auslegung der Vorbildregelung von Art. 16 Anhang I FZA im EU-Recht, nämlich Art. 51 Abs. 1 AEUV, muss nun aber wohl davon ausgegangen werden, dass das schweizerische Bundesgericht und der EuGH in einem spezifischen Anwendungsfall zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen tendieren. Dabei geht es um die Frage, ob es den Vertragsparteien erlaubt ist, den Beruf von Urkundspersonen (Notare) den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten.

Das Bundesgericht befasste sich in einem Urteil vom 6. September 2002 in einem *obiter dictum* mit der Anwendbarkeit von Art. 16 Anhang I FZA auf Urkundspersonen. In der Hauptsache kam es zum Schluss, dass eine Wohnsitzpflicht für Urkundspersonen mit der Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 24 BV vereinbar ist.²⁵ Als Folge davon stützte es die Regelung des Kantons Appenzell I. Rh., wonach die hoheitliche Beurkundungsbefugnis Personen mit Wohnsitz im Kanton vorbehalten ist. Das Bundesgericht stellte den Erwägungen über die Zulässigkeit der Wohnsitzpflicht einige allgemeine Ausführungen voran. Es führte aus, dass die öffentliche Beurkundung „eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ“ darstellt.²⁶ Dies gilt gemäss Bundesgericht unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist. Das Bundesgericht stellte weiter fest, dass die Beurkundungsbefugnis „den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion hat“, und deswegen nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht; ebenso wenig fällt sie in den sachlichen Anwendungsbereich des BGBM.²⁷ Das Gleiche gilt gemäss Bundesgericht – allerdings ohne nähere Begründung – für Art. 16 Anhang I FZA:

„Dabei ist massgebend, ob die Tätigkeit für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschliesst. Das trifft für Urkundspersonen nach dem Gesagten zweifellos zu, hingegen nicht für Rechtsanwälte, denn diese sind privatwirtschaftlich tätig (Urteil des EuGH vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache Rs. 2/74, Reyners, Slg. 1974, S. 631 ff.; ...).“²⁸

²⁵ BGE 128 I 280; kritisch zu diesem Urteil HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 581; BENANI et al., S. 429-430; das BGer. hat die Zulässigkeit einer Wohnsitzpflicht für Urkundspersonen in der Folge mehrere Male bestätigt, Urteil des BGer. vom 6. August 2003, 2P.110/2002 und 2P.264/2002, E. 4.2.4; Urteil des BGer. vom 24. August 2005, 2A.169/2005, E. 7.3; Urteil des BGer. vom 21. August 2007, 2P.42/2007, E. 2; dazu SCHLAEPI, S. 34-36.

²⁶ Ibid., E. 3.

²⁷ Ibid., E. 3 (Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995, SR 943.02).

²⁸ Ibid., E. 3.

Das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) übernahm in einem Bericht zur allfälligen Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG durch die Schweiz vom März 2008 das bundesgerichtliche Diktum. Es hielt fest, dass Notare nicht in den Anwendungsbereich des FZA fallen.²⁹ Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates können diesbezüglich kein Recht auf Freizügigkeit, d.h. auf Niederlassung in der Schweiz zwecks Ausübung des Berufs des Notars, geltend machen.

Der EuGH hat sich am 24. Mai 2011 – wie erwähnt – zur Anwendbarkeit der Vorbild- bzw. Parallelbestimmung von Art. 16 Anhang I FZA im Unionsrecht, nämlich Art. 51 Abs. 1 AEUV, auf die Notariatstätigkeit geäußert.³⁰ Diese Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 51 Ausübung öffentlicher Gewalt

¹ Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung.

² (...).

Die Kommission hatte gegen sechs Mitgliedstaaten (Belgien, Deutschland, Griechenland, Frankreich, Luxemburg und Österreich) Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, weil sie den Zugang zum Beruf des Notars ihren eigenen Staatsangehörigen vorbehalten hatten. Gemäss Kommission verletzen diese Staaten damit die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 49 AEUV. Eine Rechtfertigung gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AEUV kam gemäss Kommission nicht in Frage, da die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt waren. Der EuGH stellte einleitend fest, dass die Klagen allein das in den nationalen Regelungen verankerte Staatsangehörigkeitserfordernis für den Zugang zum Beruf des Notars betrafen; die Organisation des Notariats oder die Voraussetzungen, die neben der Staatsangehörigkeit für den Zugang zum Beruf des Notars bestanden, waren nicht Gegenstand des Verfahrens.³¹ Der EuGH fasste sodann seine ständige Rechtsprechung zusammen, wonach Ausnahmen vom Grundsatz der Niederlassungsfreiheit gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AEUV eng auszulegen sind.³² Sie müssen sich auf das beschränken, was zur Wahrung der Interessen, deren Schutz diese Bestimmung erlaubt, unbedingt erforderlich ist. Es muss sich um Tätigkeiten handeln, welche als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Mit Blick auf die Haupttätigkeit der Notare, d.h. die öffentliche Beurkundung von

²⁹ Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT), Neue europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen: Erläuternder Bericht vom März 2008, S. 13.

³⁰ Verb. Rs. C-47/08, C-50-54/08, C-61/08, *Kommission/diverse Mitgliedstaaten*, noch nicht in der Slg. veröffentlicht. Im Folgenden wird auf das Urteil C-54/08, *Kommission/Deutschland*, verwiesen. Darin werden die alten Nummerierungen des EGV referenziert, vorliegend die Nummerierungen gemäss Lissabonvertrag. Art. 43 und 45 EGV mutierten unverändert zu Art. 49 und 51 AEUV.

³¹ *Ibid.*, Rz. 75.

³² *Ibid.*, Rz. 84-86.

Rechtsgeschäften, stellte der EuGH fest, dass damit zwar durchaus im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden; dazu gehört die Gewährleistung der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen. Darüber hinaus sind diese Tätigkeiten aber nicht mit einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden.³³ Das Tätigwerden des Notars setzt zudem voraus, dass zuvor eine Einigung oder Willensübereinstimmung der Parteien zustande gekommen ist. Auch die Tatsache, dass bei bestimmten Akten oder Verträgen eine Beurkundung zwingende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ist, stellt dieses Ergebnis gemäss EuGH nicht in Frage.³⁴ Zur Beweiskraft notarieller Urkunden stellt der EuGH fest, dass sie sich aus den Beweisregeln der Mitgliedstaaten ergibt und daher keine unmittelbare Auswirkung auf die Einstufung der mit der Erstellung dieser Urkunden verbundenen notariellen Tätigkeit hat.³⁵ Zum selben Schluss kommt der EuGH bei der Beurteilung weiterer Tätigkeiten, welche den Notaren in den betreffenden Mitgliedstaaten übertragen werden (wie die Teilnahme an Immobiliarpfändungen oder das Tätigwerden in Nachlasssachen).³⁶ Auch diese Tätigkeiten sind nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Die meisten dieser Tätigkeiten werden nämlich unter Aufsicht eines Gerichts oder im Einklang mit dem Willen der Klienten ausgeübt. Schliesslich weist der EuGH darauf hin, dass Notare ihren Beruf zumindest in den Grenzen ihrer Zuständigkeiten unter Wettbewerbsbedingungen ausüben und ihren Klienten gegenüber persönlich für Schäden verantwortlich sind, was für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch ist.³⁷ Insgesamt kommt der EuGH (im Urteil Kommission/Deutschland) zu folgendem Schluss:

„Unter diesen Umständen sind die notariellen Tätigkeiten nach ihrer gegenwärtigen Definition in der deutschen Rechtsordnung nicht im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG [neu Art. 51 Abs. 1 AEUV] mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden.“³⁸

Im zweiten Teil des Urteils weist der EuGH die Rüge der Kommission zurück, wonach die betroffenen Mitgliedstaaten ihren Verpflichtungen zur Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen nicht nachgekommen sind. Er stellt fest, dass angesichts der besonderen Umstände, die den Rechtsetzungsprozess begleiteten, in der Union eine Situation der Ungewissheit hinsichtlich der Existenz einer hinreichend klaren Verpflichtung für die Mitgliedstaaten bestand, die Richtlinie in Bezug auf den Beruf des Notars umzusetzen.³⁹

³³ Ibid., Rz. 90-98.

³⁴ Ibid., Rz. 94.

³⁵ Ibid., Rz. 100-101.

³⁶ Ibid., Rz. 106.

³⁷ Ibid., Rz. 110-111.

³⁸ Ibid., Rz. 116.

³⁹ Ibid., Rz. 135-142.

Der EuGH setzt mit diesem Urteil einen Schlussstrich unter die kontrovers diskutierte Frage der Anwendbarkeit von Art. 51 Abs. 1 AEUV auf die Notariatstätigkeit.⁴⁰ Die Entscheidungsgründe überzeugen. Die Notariatstätigkeit, wie sie etwa in Deutschland, Österreich und Frankreich zurzeit definiert wird, steht allen Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern offen, sofern sie die einschlägigen berufsrechtlichen Voraussetzungen erfüllen. Die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen ist auf die Notariatstätigkeit anwendbar.⁴¹ Gleichzeitig weist der EuGH in einem *obiter dictum* ausdrücklich darauf hin, dass die notarielle Tätigkeit punktuell im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt (Gewährleistung der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen), womit etwaige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit unter Umständen gerechtfertigt werden können, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben (wie etwa Vorgaben für die Bestellung der Notare, die Beschränkung der Anzahl und der örtlichen Zuständigkeit, die Kostenordnung, die Unabhängigkeit oder die Unvereinbarkeit mit anderen Ämtern).⁴² Damit bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, den Zugang zum Beruf des Notars weiterhin (stark) zu reglementieren.

Dieses Urteil des EuGH ist auch für die Schweiz bedeutsam. Selbst wenn das Bundesgericht in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 16 Anhang I FZA auf Urkundspersonen im Jahr 2002 die gegenteilige Ansicht vertrat, wird die Schweiz wohl kaum darum herum kommen, die Erwägungen des EuGH zu Art. 51 Abs. 1 AEUV analog auch für die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA fruchtbar zu machen.⁴³ Der Grundsatz der europakompatiblen Auslegung gebietet ein solches Vorgehen. Art. 16 Anhang I FZA übernimmt in Bezug auf die zentralen Begriffe wörtlich die Voraussetzungen von Art. 51 Abs. 1 AEUV, welche erfüllt sein müssen, damit eine selbständige Erwerbstätigkeit den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden kann. Diese Bestimmung ist Teil des Normengefüges, welches die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz unter Schaffung einer möglichst parallelen Rechtslage bezweckt. Die Schweiz

⁴⁰ Selbst das Europäische Parlament ging in zwei Entschliessungen vom 18. Januar 1994 (ABl. C 44, S. 36) und vom 23. März 2006 (ABl. C 292E, S. 105) davon aus, dass das Notariat von Art. 51 AEUV erfasst wird; vgl. auch Nr. 41 der Erwägungsgründe zur Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und die Ausführungen des EuGH (Rz. 140) dazu; aus der Literatur etwa COTTIER/GERMANN, S. 102-105, 113-117; HAEDER, S. 122-150.

⁴¹ Anders offenbar FUCHS, S. 475.

⁴² *Ibid.*, Rz. 98; vgl. dazu FUCHS, S. 475, wonach das Urteil „Züge einer Kompromissentscheidung“ trägt.

⁴³ Interessanterweise zitiert das BGer. im oben erwähnten Urteil zur Wohnsitzpflicht von Urkundspersonen die EuGH-Rechtsprechung zur Qualifikation des Rechtsanwaltsberufs (Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631), während der EuGH in seinen Erwägungen zur Anwendbarkeit von Art. 51 Abs. 1 AEUV auf Urkundspersonen – selbstredend – nicht Bezug nimmt auf das gegenteilige *obiter dictum* des BGer.

„dockt“ in Bezug auf die vom Abkommen erfassten Bereiche an den unionsrechtlichen Binnenmarkt an. Das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens wird dabei wesentlich erleichtert, wenn sich die Auslegungen der entsprechenden Parallelbestimmungen im AEUV und im FZA nicht diametral entgegenstehen. Die *ratio legis* dieser Bestimmungen ist im System der Personenfreizügigkeit zwischen den EU-Mitgliedstaaten (Art. 51 Abs. 1 AEUV) und im bilateralen Verhältnis (Art. 16 Anhang I FZA) dieselbe. „Triftige Gründe“, wie sie vom Bundesgericht gefordert werden, damit im Einzelfall von einer analogen Auslegung abgesehen werden kann, fallen in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 16 Anhang I FZA auf den Beruf des Notars soweit ersichtlich nicht ins Licht.⁴⁴ Sofern das Bundesgericht dereinst mit dieser Angelegenheit befasst wird und sich der vorliegend vertretenen Argumentation anschliesst, gälte damit im Ergebnis auch für das bilaterale Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz: Der Beruf des Notars fällt nicht unter die Bereichsausnahme von Art. 16 Anhang I FZA.⁴⁵ Die Ausübung dieses Berufs kann nicht exklusiv den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden. Zudem ist die Richtlinie 2005/36/EG anwendbar.⁴⁶

IV. Verweisung auf EU-Rechtsakte

Das Freizügigkeitsabkommen verweist in Anhang II FZA (Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit) und Anhang III FZA (Anerkennung beruflicher Qualifikationen) direkt auf EU-Rechtsakte, welche dergestalt Eingang in das Abkommen finden. Die folgenden Ausführungen fokussieren sich auf Anhang III FZA, welcher als „Steigbügelhalter“ für die im Sommer 2011 beschlossene (vorläufig provisorische) Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG fungiert.⁴⁷

⁴⁴ Siehe BGE 136 II 5, 13 E. 3.4 (oben III.1. im Wortlaut widergegeben), zur Forderung nach „triftigen Gründen“.

⁴⁵ Allenfalls unterscheiden sich gewisse Tätigkeiten von Notaren in den Kantonen, welche das Modell des lateinischen Notariats kennen, von den Tätigkeiten deutscher Notare, welche der EuGH seinen Urteilsabwägungen zu Grunde gelegt hat. Diesfalls muss sorgfältig abgeklärt werden, in welchem Umfang die Entscheidungsgründe des Urteils auf das Notariat im betroffenen Kanton übertragen werden können.

⁴⁶ Siehe zur – vorerst provisorischen – Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG in Anhang III FZA unten IV.2.

⁴⁷ Anhang II wurde bis anhin zwei Mal geändert, vgl. Beschluss Nr. 2/2003 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz vom 15. Juli 2003 und Beschluss Nr. 1/2006 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz vom 6. Juli 2006. – Am 14. Juni 2011 teilte die Schweiz der EU ausserdem mit, dass sie nicht bereit ist, über die Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG in das FZA zu verhandeln, siehe Pressemitteilung des Bundesamtes für Migration (BFM) vom 14. Juni 2011, erhältlich unter www.europa.admin.ch und dem Link zu Medienmitteilungen/Personenfreizügigkeit CH-EU (besucht am 15. August 2011).

1. Anhang III FZA

Art. 9 FZA verpflichtet die Vertragsparteien, gemäss Anhang III die erforderlichen Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Zeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise und zur Koordinierung ihrer Vorschriften über den Zugang zu einer Beschäftigung und die Erbringung von Dienstleistungen zu ergreifen. Gemäss Art. 15 FZA sind die Anhänge und Protokolle integrale Bestandteile des Abkommens. Ziff. 1 und 2 des Anhangs III lauten wie folgt:

1. Die Vertragsparteien kommen überein, im Bereich der gegenseitigen Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise untereinander die gemeinschaftlichen Rechtsakte, auf die Bezug genommen wird, in der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens geltenden Fassung einschliesslich der in Abschnitt A dieses Anhangs genannten Änderungen oder gleichwertige Vorschriften anzuwenden.
2. Zwecks Anwendung dieses Anhangs nehmen die Vertragspartien die gemeinschaftlichen Rechtsakte zur Kenntnis, auf die in Abschnitt B dieses Anhangs Bezug genommen wird.
3. Der Begriff „Mitgliedstaat(en)“ in den Rechtsakten, auf die in Abschnitt A dieses Anhangs Bezug genommen wird, ist ausser auf die durch die betreffenden Gemeinschaftsakte erfassten Staaten auch auf die Schweiz anzuwenden.

Im Anschluss an diese Ausführungen listet Anhang III FZA eine Vielzahl von EU-Rechtsakten – vor allem Richtlinien gemäss Art. 288 AEUV – auf, welche allgemein die Anerkennung von Diplomen und Befähigungsnachweisen in den EU-Mitgliedstaaten regeln bzw. sektoriell ihre gegenseitige Anerkennung in einzelnen Berufen gewährleisten.⁴⁸ Einschlägig ist entweder diejenige Fassung, welche im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens in Kraft ist, oder diejenige Fassung, welche der Gemischte Ausschuss nachträglich als anwendbar erklärt. Die schweizerischen Behörden verzichten darauf, die EU-Richtlinien selber in der Amtlichen Sammlung (AS) zu veröffentlichen. Im offiziellen Text des Anhangs III werden einzig die Titel der EU-Rechtsakte und ihre jeweiligen Fundstellen im Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) angegeben.⁴⁹

⁴⁸ Ebenso werden jeweils die in der Schweiz offiziell verwendeten Berufs- und Diplombezeichnungen aufgelistet.

⁴⁹ Diese Praxis ist aus publikationsrechtlicher Warte nicht unproblematisch. Immerhin ist das ABl. relativ einfach einsehbar, sei es in gedruckter Form (etwa in Universitätsbibliotheken) oder elektronisch (www.eur-lex.europa.eu). Auch das Integrationsbüro bietet auf seiner Website eine Rechtssammlung zu den bilateralen Abkommen inkl. Links zu den einschlägigen EU-Rechtsakten an (www.admin.ch/ch/d/eur/search.html). – Seit 1. Januar 2005 kann gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b PublG (Publikationsgesetz, SR 170.512) eine vollständige Publikation eines Rechtsaktes in der AS ausbleiben, sofern die relevanten Texte „in einem in der Schweiz zugänglichen offiziellen Organ veröffentlicht sind“. Ein solches „offizielles Organ“ kann gemäss Botschaft auch ein ausländisches sein, vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) vom 22. Oktober 2003, BBl 2003 7711, 7726.

Inhaltlich handelte es sich im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens, d.h. am 21. Juni 1999, in der Hauptsache um Richtlinien, welche den folgenden Kategorien zugeordnet werden können: i) *sektorische Richtlinien*, welche für sieben Berufe (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Pflegepersonal in allgemeiner Pflege, Hebammen, Architekten) eine automatische Anerkennung vorsehen; ii) *allgemeine Richtlinien*, welche grundsätzlich auf alle weiteren Berufe Anwendung finden; iii) *sekundärrechtliche Sonderfälle* (z.B. Richtlinien für Anwälte).⁵⁰

Die Schweiz hat im Nachgang zur Inkraftsetzung des Freizügigkeitsabkommens – von wenigen Ausnahmen abgesehen – darauf verzichtet, diese Richtlinien umfassend ins nationale Recht zu übertragen.⁵¹ Es wurde bewusst davon ausgegangen, dass die rechtsanwendenden Behörden die einschlägigen Bestimmungen unmittelbar anwenden.⁵² Wie oben erwähnt bejahen Praxis und Lehre die unmittelbare Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens *unisono*, sofern die fraglichen Bestimmungen inhaltlich hinreichend klar und bestimmt formuliert sind, um im Einzelfall als Grundlage für einen Entscheid dienen zu können, d.h. sofern sie justiziabel (*self-executing*) sind.⁵³ Dasselbe gilt für justiziable Bestimmungen von Richtlinien, welche im Anhang III FZA referenziert werden.⁵⁴ Dieses pragmatische und unkomplizierte Vorgehen ist sinnvoll und hat sich bewährt. Gleichzeitig fällt ein grundlegender Systemunterschied zum EU-Recht ins Licht. Richtlinien gemäss Art. 288 AEUV sind in der Union *zwingend* ins nationale Recht umzusetzen.⁵⁵ Dabei genügt gemäss EuGH auch eine allgemeine statische oder dynamische Verweisung auf eine Richtlinie nicht, um die Umsetzungspflicht zu erfüllen.⁵⁶

Mit der unmittelbaren Anwendbarkeit der im Anhang III referenzierten Richtlinien findet im Rahmen der Anerkennung beruflicher Qualifikationen punktuell eine weitgehende Integration in das Unionsrecht statt. Dieses ver-

⁵⁰ Siehe für einen Überblick über das (anfangs des letzten Jahrzehnts geltende „altrechtliche“) System der Diplomanerkennung in der EU BERTHOUD (Anerkennung), Rz. 29-69; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 112-127.

⁵¹ Eine Ausnahme stellt etwa das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61) dar; dazu ROTHENBÜHLER, S. 95-122. – Gewisse Erlasse verweisen zudem direkt auf das FZA bzw. dessen Anhang III; siehe etwa Art. 4 Abs. 3^{bis} des Binnenmarktgesetzes (BGBM, SR 943.02); dazu OESCH/ZWALD, Art. 4 Rz. 4-6.

⁵² Botschaft Bilaterale I, S. 6358.

⁵³ Siehe oben II.1. und Fn. 13.

⁵⁴ BGE 132 II 135, 140ff. E.6; BVGE C-89/2007 vom 2. Juli 2007; dazu und zu weiteren Urteilen GAMMENTHALER (SJER 2009), S. 428-438; OESCH (Medizinalpersonen), Rz. 12; siehe auch BERTHOUD (Anerkennung), Rz. 87; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 28; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 278-279.

⁵⁵ Siehe dazu etwa BIEBER/EPINEY/HAAAG, § 6 Rz. 32-39; sofern ein Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht korrekt und fristgerecht umsetzt, kann sich ein Privater zumindest gegenüber staatlichen Behörden (d.h. im vertikalen Verhältnis) unmittelbar auf die Richtlinie berufen, wenn die fraglichen Bestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert sind; grundlegend Rs. 8/81, *Becker*, Slg. 1982 53, Rz. 17-25.

⁵⁶ Rs. 95/96, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1997 I-1653, Rz. 36.

liert seinen europarechtlichen Charakter nicht, nur weil es kraft Verweis formell in ein staatsvertragliches Kleid gehüllt wird. Entsprechend naheliegend ist die Forderung, bei der Auslegung umstrittener Richtlinienbestimmungen die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden bzw. das einschlägige Fallrecht des EuGH heranzuziehen.⁵⁷ Bezüglich letzterem kommt es praktisch wohl kaum darauf an, ob ein Urteil vor oder nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Freizügigkeitsabkommens am 21. Juni 1999 ergangen ist (vgl. Art. 16 Abs. 2 FZA). Entscheidend ist auch im bilateralen Verhältnis die unionsrechtliche Bedeutung einer Richtlinienbestimmung – und nicht eine davon abweichende, schweizerisch autonome Lesart, welche gestützt auf Art. 31 und 32 WVRK unter Umständen ebenfalls denkbar wäre.

2. Beispiel: Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG

Die Rechtsetzungstechnik der direkten Verweisung auf EU-Rechtsakte (bzw. die – spiegelbildliche – Aufzählung der in der Schweiz gebräuchlichen Berufs- und Diplombezeichnungen) beruht auf dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens. Die im Anhang III referenzierten Aus- und Weiterbildungen werden als gleichwertig eingestuft. Damit nimmt die Schweiz am europaweiten System der Diplomanerkennung teil. Die Anerkennung von Aus- und Weiterbildungstiteln aus dem europäischen Ausland gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen – und damit die Handhabung der einschlägigen Richtlinien durch die schweizerischen Behörden – funktioniert in der Praxis soweit ersichtlich gut.⁵⁸ Insgesamt anerkennt die Schweiz in Anwendung von Anhang III FZA im Durchschnitt rund 4'500 Diplome pro Jahr.⁵⁹

Gleichzeitig offenbart Anhang III FZA anschaulich die Problematik, welche die Ausgestaltung der Verträge zwischen der Schweiz und der EU als „statische“ Abkommen mit sich bringt. Anhang III widerspiegelt grundsätzlich den Stand des gemeinschaftlichen Rechtsbestands, wie er sich im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, also am 21. Juni 1999, präsentierte. In der Zwischenzeit hat die EU im Bereich der Diplomanerkennung weitreichende Änderungen vorgenommen. Das System der gegenseitigen Diplomanerkennung zwischen den Mitgliedstaaten wurde mit der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen vom 7. September 2005 auf eine neue Grundlage gestellt. Diese Richtlinie vereinigt die

⁵⁷ Ebenso EPINEY (European Union Law), S. 189; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 300-301; vgl. auch BGE 132 II 135, 138ff. E. 5; zur Frage der Auslegung des FZA im Allg. oben III.1.

⁵⁸ Antwort des Bundesrates vom 14. Mai 2008 auf die Interpellation „Übernahme der EG-Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen“ (08.3143) von SR Urs Schwaller, Rz. 3; zur bisherigen Praxis GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 348-364; OESCH (Medizinalpersonen), Rz. 12.

⁵⁹ Botschaft Weiterführung FZA, S. 2155; für weitere Zahlen zur Anerkennung von Diplomen und Titeln im Bereich der Medizinalberufe OESCH (Medizinalpersonen), Rz. 8.

bis anhin geltenden 15 Richtlinien (drei allgemeine, zwölf sektorielle Richtlinien) im Bereich der Diplomanerkennung in einem einzigen Rechtsakt und stimmt die verschiedenen beruflichen Sektoren besser aufeinander ab. Materiell übernimmt die Richtlinie im Wesentlichen das bisher geltende Recht.⁶⁰ Punktuelle Verbesserungen betreffen die Vereinfachung der Dienstleistungserbringung. Neu ist für die personenbezogene grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung grundsätzlich keine Diplomanerkennung mehr nötig, auch wenn der Beruf reglementiert ist. Ausnahmen bestehen bei Tätigkeiten, welche die Gesundheit oder Sicherheit von Personen beeinträchtigen können. Die Mitgliedstaaten können von den Dienstleistungserbringern eine vorgängige Meldung verlangen. Des Weiteren schafft die Richtlinie für Berufsverbände die Möglichkeit, Plattformen einzurichten, um bei Unterschieden in der Ausbildung die Festlegung von Ausgleichsmassnahmen und die grenzüberschreitende Anerkennung von Berufsqualifikationen zu erleichtern. Art. 62 der Richtlinie räumte den Mitgliedstaaten eine Frist von zwei Jahren ein, um die Richtlinie im nationalen Recht umzusetzen. Nach Ablauf dieser (Übergangs-) Frist, d.h. am 20. Oktober 2007, wurden die alten Richtlinien aufgehoben – vorderhand selbstredend nur mit Wirkung für das Unionsrecht, während die überholten Richtlinien kraft statischer Verweisung im Anhang III FZA zwischen der Schweiz und der EU weiterhin Gültigkeit beanspruchten.

Inoffiziell war seit 2005 absehbar, dass sich die Schweiz der (möglichst zeitnahen) Anpassung des Freizügigkeitsabkommens an die neue Richtlinie 2005/36/EG nicht widersetzen kann, um das gute und reibungslose Funktionieren des Abkommens nicht zu gefährden. Die Union würde es kaum zulassen, dass das durch die neue Richtlinie aufgehobene Unionsrecht weiterhin und exklusiv im bilateralen Verhältnis mit der Schweiz rechtliche Verbindlichkeit beansprucht.⁶¹ Auch brächte eine Nichtübernahme beträchtliche praktische Probleme, da die Mitgliedstaaten die neue Richtlinie 2005/36/EG längst in das nationale Recht umgesetzt haben und das altrechtliche System nicht mehr implementiert ist. Gleichwohl enthält das Freizügigkeitsabkommen – seines statischen Charakters entsprechend – keinen Mechanismus für eine automatische Anpassung. Jede Änderung des *Acquis communautaire* muss von den Vertragsparteien ausdrücklich akzeptiert werden, damit diese Änderung kraft staatsvertraglicher Abmachung auch im bilateralen Verhältnis Wirkung entfaltet. Immerhin enthält Art. 18 FZA eine Sonderregelung für Änderungen der Anhänge II und III FZA, welche nicht den „üblichen“ innerstaatlichen Ratifizierungsprozess durchlaufen müssen, sondern vom Gemischten Ausschuss beschlossen werden und sofort nach dessen Beschluss in Kraft treten können.⁶² Damit wird dem Gemischten Ausschuss in bemerkenswerter

⁶⁰ Siehe zum Inhalt der Richtlinie GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 127-265.

⁶¹ Ähnlich BERTHOUD (Anerkennung), Rz. 84; GAMMENTHALER (SJR 2009), S. 424-425.

⁶² Siehe zu Art. 18 FZA und der beschränkten Rechtsetzungskompetenz des Gemischten Ausschusses Botschaft Bilaterale I, S. 6157; GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S.

Weise „eine wenn auch beschränkte, so doch nicht zu vernachlässigende supranationale Kompetenz zur Rechtssetzung übertragen.“⁶³ Innerstaatlich erteilt der Bundesrat den schweizerischen Vertretern im Gemischten Ausschuss regelmässige verbindliche Instruktionen.⁶⁴

Am 18. Juni 2008 sprach sich der Bundesrat im Grundsatz für die Übernahme der neuen Richtlinie 2005/36/EG in den Anhang III FZA aus und gab grünes Licht für die entsprechenden Vorarbeiten zur Übernahme der Richtlinie und ihrer Umsetzung in der Schweiz.⁶⁵ Die Verhandlungen mit der EU gestalteten sich in der Folge allerdings unerwartet harzig.⁶⁶ Erst im Herbst 2011 stimmten die beiden Parteien dem folgenden Vorgehen zu: Die Richtlinie 2005/36/EG wird am 1. November 2011 *provisorisch* in Kraft gesetzt.⁶⁷ Die vorläufige Anwendung gilt nicht für Titel II der Richtlinie, d.h. für die Dienstleistungsfreiheit. Zuerst muss das schweizerische Parlament eine gesetzliche Grundlage schaffen, damit die personenbezogene grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung einer Meldepflicht unterstellt werden kann (vgl. Art. 7 der Richtlinie). Der Schweiz wird dafür eine Frist von zwei Jahren eingeräumt. Sofern der schweizerische Gesetzgeber seine „Hausaufgaben“ nicht innert Frist erledigt, fällt die provisorische Anwendbarkeit der Richtlinie dahin (*sunset clause*).

V. Epilog

Das Freizügigkeitsabkommen von 1999 führt punktuell zu einer weitgehenden Integration der Schweiz in das Recht der EU. Die in diesem Beitrag dargestellten Beispiele – der Grundsatz der europakompatiblen Auslegung von Abkommensbestimmungen, welche wörtlich oder sinngemäss EU-Recht nachgebildet sind, und die Anpassung des Abkommens an geändertes EU-

302-307; JAAG/ZIHLMANN, Rz. 48-50; OESCH (Medizinalpersonen), Rz. 15; WÜGER/SCARPELLI, S. 308-312; der Gemischte Ausschuss hat am 30. April 2004 eine erste Aufdatierung des Anhangs III beschlossen und Aktualisierungen im Bereich der Diplomanerkennung vorgenommen (Beschluss 1/2004). – Sofern der Gemischte Ausschuss allerdings über Beschlüsse befindet, welche von „weitreichender Tragweite“ sind, muss zwingend das Parlament involviert werden, vgl. Aide-mémoire des EDA/EVD/EJPD, S. 7.

⁶³ GAMMENTHALER (Diplomanerkennung), S. 305.

⁶⁴ Der Bundesrat delegiert diese Kompetenz je nach Sachgeschäft an ein Departement oder Bundesamt (vgl. Art. 48a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes, RVOG, SR 172.010).

⁶⁵ Pressemitteilung des BBT vom 18. Juni 2008: Die Schweiz übernimmt neue europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

⁶⁶ So beschwerte sich BR MICHELINE CALMY-REY öffentlich darüber, dass die EU für die Genehmigung neuer Regeln Fristen einführen wollte, „die für unsere Entscheidverfahren zu kurz sind – und das, ohne uns zu konsultieren“, in: Der Sonntag vom 10. Juli 2011, S. 3.

⁶⁷ Beschluss 2/2011 des Gemischten Ausschusses vom 30. September 2011 über die Änderung von Anhang III FZA.

Recht, auf welches in den Anhängen direkt verwiesen wird – belegen diese Entwicklung anschaulich.

Dieser „Rechtsimport“ ist demokratiethoretisch und souveränitätspolitisch problematisch. Die Schweiz hat auf die Auslegung von Vorbild- bzw. Parallelbestimmungen durch den EuGH keinen Einfluss. Ebenso wenig verfügt die Schweiz bei der Weiterentwicklung des EU-Sekundärrechts, welches reflexartig auf das Freizügigkeitsabkommen „ausstrahlt“, über ein formelles Mitsprache- und Entscheidungsrecht. Im Ergebnis führt das System der direkten Verweisung auf EU-Recht aber regelmässig zu einer quasi-automatischen zeitverzögerten Übernahme neuen Unionsrechts. Mit Blick auf das gute und ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens ist es für die Schweiz kaum möglich, sich der periodischen Anpassung zu widersetzen – auch wenn es dem Bundesgericht bzw. den politischen Behörden rein formalrechtlich unbenommen bleibt, ein unliebsames EuGH-Urteil oder eine missliebige Richtlinienänderung nicht in den bilateralen *Acquis* zu übernehmen.

Die institutionelle Architektur der rechtlichen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU befriedigt nicht. Dies gilt für die bilateralen Abkommen im Allgemeinen.⁶⁸ In zugespitzter Form trifft dies auf die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens zu. Inhalt und Form klaffen auseinander.⁶⁹ Es fehlt ein handlicher Mechanismus, um das Abkommen *up to date* zu halten. Vor allem die EU fordert seit längerem, die bilateralen Beziehungen zu *dynamisieren*.⁷⁰ Diverse Vorschläge liegen auf dem Tisch.⁷¹ Das Ei des Kolumbus, d.h. eine Lösung, welche die unterschiedlichen, teils divergierenden Interessen gleichermassen berücksichtigt, scheint noch nicht gefunden. Hierzulande stellt „die Wahrung der Souveränität der Schweiz und ihrer innerstaatlichen Entscheidungsverfahren“⁷² das relevante *pièce de résistance* dar. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Vertragsparteien möglichst bald auf ein Modell einigen können. Die unklaren Auswirkungen des EuGH-Urteils über den Zugang zum Beruf des Notars auf die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA und die unnötig langwierigen Verhandlungen zur Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG in den Anhang III FZA illustrieren exemplarisch, dass die heutige Situation der Rechtssicherheit abträglich ist und nach Remedur verlangt.⁷³

⁶⁸ Siehe zu den institutionellen Aspekten etwa JAAG/ZIHLMANN, Rz. 5-70.

⁶⁹ Siehe dazu auch COTTIER/DIEBOLD, Rz. 7; EPINEY (European Union Law), S. 185.

⁷⁰ Vgl. etwa Entschliessung des EU-Parlaments, Rz. 19-20; Schlussfolgerungen des EU-Rates, Rz. 42.

⁷¹ Siehe zu den Optionen aus schweizerischer Perspektive Bericht Europapolitik, S. 7298-7319; zur möglichen Ausgestaltung eines Rahmenabkommens WÜGER/SCARPELLI, S. 319-324; zur möglichen Ausgestaltung eines gemeinsamen Justizmechanismus BAUDENBACHER (Konflikte), S. 834-838.

⁷² Bericht Europapolitik, S. 7298.

⁷³ Ähnlich BAUDENBACHER (Konflikte), S. 829.

Literatur- und Materialienverzeichnis

BAUDENBACHER CARL, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 821-838 (zit. Konflikte); BAUDENBACHER CARL, Rechtsprechung: Rechtssicherheit als Standortfaktor, in: Katja Gentinetta/Georg Kohler (Hrsg.), Zürich 2010, S. 247-273 (zit. Rechtsprechung); BENANI CATHERINE et al., La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2002, RDAF 2003 I, S. 357-631; BERTHOUD FRÉDÉRIC, Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 249-284 (zit. Anerkennung); BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL, Die Europäische Union, Baden-Baden 9. Aufl. 2011; BURRI THOMAS/PIRKER BENEDIKT, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, S. 165-188; COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Jusletter vom 2. Februar 2009; COTTIER THOMAS/VTIMOV ERIK, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen EG-Schweiz: Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern 2002, S. 179-207; COTTIER THOMAS/GERMANN CHRISTOPHE, Das Notariat im Europarecht: ein Blick in die Zukunft, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 95-120; EPINEY ASTRID, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 1-31 (zit. Bedeutung); EPINEY ASTRID, How Does European Union Law Influence Swiss Law and Policies?, in: Stéphane Nahrath/Frédéric Varone (eds.), Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: a Tribute to Peter Knoepfel, Lausanne 2009, S. 179-195 (zit. European Union Law); EPINEY ASTRID, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, S. 25-32 (zit. Verbot); EPINEY ASTRID, Zu Tragweite und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU, GPR 2011, S. 64-68 (zit. Tragweite); FILLIEZ FABRICE, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (eds.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaire), Bâle 2001, S. 183-208; FUCHS MARIE-CHRISTINE, Anmerkung: Kein Staatsangehörigkeitsvorbehalt für den Zugang zum Notarberuf (EuGH, Grosse Kammer, Urt. v. 24.05.2011, C-54/08, Kommission/Deutschland), EuZW 12/2011, S. 468-476; GAMMENTHALER NINA, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Zürich 2010 (zit. Diplomanerkennung); GAMMENTHALER NINA, Die schweizerische Rechtsprechung zur Diplomanerkennung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EG, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Bern/Zürich 2009, S. 419-443 (zit. SJER 2009); GREMPER PHILIPP, § 18 Ausländische Personen als selbstständig Erwerbstätige, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, Basel 2. Aufl. 2009; GROSSEN DIETER W./DE COULON CLAIRE, Bilaterales Abkommen über die Freizügig-

keit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich 2007, S. 135-187; HAEDER STEFAN, *Das deutsche Notariat als Bereichsausnahme von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit?*, ZEuS 2007, S. 117-150; HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 7. Aufl. 2008; HANGARTNER YVO, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft*, AJP 2003, S. 257-269; JAAG TOBIAS, *Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, Zürich 2. Aufl. 2009; JAAG TOBIAS/ZIHLMANN MAGDA, *Institutionen und Verfahren*, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich 2007, S. 65-102; KÄLIN WALTER, *Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Die sektoriellen Abkommen EG-Schweiz: Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht*, Bern 2002, S. 11-37; KELLERHALS ANDREAS/ZÄCH ROGER, *Gesamtüberblick*, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich 2007, S. 3-38; MAIANI FRANCESCO, *La „Saga Metock“*, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011, S. 27-53; OESCH MATTHIAS, *Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt*, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), *Gesundheitswesen im wettbewerblichen Umfeld*, Zürich 2010, S. 21-43 (zit. Medizinalpersonen); OESCH MATTHIAS, *Der Bundesrat sollte uns reinen Likör einschenken*, in: *Neue Zürcher Zeitung am Sonntag (NZZaS)* vom 23. Mai 2010, S. 19 (zit. Likör); OESCH MATTHIAS/ZWALD THOMAS, *BGBM* in: *OF-Kommentar Wettbewerbsrecht II*, Zürich 2011; OPPERMANN THOMAS/CLASSEN CLAUS DIETER/NETTESHEIM MARTIN, *Europarecht*, München 4. Aufl. 2009; ROTHENBÜHLER FRITZ, *Dienstleistungsfreiheit und Diplomanerkennung, insbesondere für Rechtsanwälte*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG*, Bern 2002, S. 95-122; SCHLAEPI JULIEN, *La rémunération du notaire de tradition latine*, Genève 2009; SEILER HANSJÖRG, *Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder („de facto Mitgliedschaft“ der Schweiz und Liechtensteins?)*, XVI. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19. September 2008; SPESCHA MARC, *Urteilsbesprechung „Erweiterte Familiennachzugsrechte für EU-BürgerInnen: Metock-Rechtsprechung des EuGH gilt auch im Geltungsbereich des FZA“*, AJP 2010, S. 102-105 (zit. Urteilsbesprechung); SPESCHA MARC, *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*, Zürich 2011, S. 141-156 (zit. Familienleben); THÜRER DANIEL/HILLEMANN CAROLIN, *Allgemeine Prinzipien*, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich 2007, S. 39-64; WÜGER DANIEL, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Bern 2005; WÜGER DA-

NIEL/SCARPELLI SAMUELE, Die vernachlässigten institutionellen Aspekte der Bilateralen Verträge und die Aushandlung eines Rahmenabkommens, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, Bern/Zürich 2006, S. 287-325.

Aide-mémoire des EDA/EVD/EJPD, Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG vom 6. September 2007 (zit. Aide-mémoire des EDA/EVD/EJPD); Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (in Beantwortung des Postulats Markwalder 09.3560) vom 17. September 2010, BBl 2010 7239 (zit. Bericht Europapolitik); Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128 (zit. Botschaft Bilaterale I); Botschaft zur Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens sowie zu dessen Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien vom 14. März 2008, BBl 2008 2135 (zit. Botschaft Weiterführung FZA).

Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 7. September 2010 zu dem Thema EWR-Schweiz: Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes, P7_TA(2010)0300 (zit. Entschliessung des EU-Parlaments); Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 14. Dezember 2010 (zit. Schlussfolgerungen des EU-Rates).