

# SZIER

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales  
und europäisches Recht

# RSDIE

Revue suisse  
de droit international  
et européen

21. Jahrgang

4/2011

21<sup>e</sup> année

## **Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU**

MATTHIAS OESCH

## **Der Begriff des Krieges im Völkerrecht**

NIKOLAS STÜRCHLER

## **Les armes à sous-munitions**

MYRIAM NICOLAZ

## **Is There a Right of Human Rights Organizations to Protect Their Sources?**

ROMANA WEBER

## **La globalisation et la démocratie**

MICHELINE CALMY-REY

## **Praxisberichte / Chroniques**

**Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2009/2010) (KILLIAS)**

**Droit européen / Europarecht (KADDOUS/TOBLER)**

Swiss Review  
of International  
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera  
di diritto internazionale  
e europeo

---

# Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU

von **Matthias Oesch**<sup>1</sup>

## Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. EU-Recht
  - A. Niederlassungsfreiheit
    - 1. Schutzbereich
    - 2. Beschränkungen und Ausnahmen
    - 3. Direkte Anwendbarkeit und Konkretisierungen im Sekundärrecht
  - B. Ausübung öffentlicher Gewalt
    - 1. Ratio legis
    - 2. Praxis
  - C. Aktuelles Beispiel: Beruf des Notars
  - D. Zusammenfassung
- III. Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU
  - A. Vorbemerkung: Auslegung des FZA
  - B. Niederlassungsfreiheit
    - 1. Schutzbereich
    - 2. Beschränkungen und Ausnahmen
    - 3. Direkte Anwendbarkeit und Konkretisierungen in Anhang II und III
  - C. Ausübung hoheitlicher Gewalt
    - 1. Ratio legis
    - 2. Praxis
  - D. Aktuelles Beispiel: Beruf des Notars
  - E. Zusammenfassung
- IV. Epilog

## I. Einleitung

Die Niederlassungsfreiheit bildet zusammen mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Grundlage des freien Personenverkehrs innerhalb der Europäischen Union. Sie findet ihre vertragliche Fundierung in den Art. 49–55 AEUV.<sup>2</sup> Ergänzt um

<sup>1</sup> PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Assistenzprofessor an der Universität Bern, matthias.oesch@iew.unibe.ch. Dieser Beitrag berücksichtigt Praxis und Lehre bis Ende September 2011.

<sup>2</sup> Die konsolidierten Fassungen des Vertrags über die Europäische Union (EUV) und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind im Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) C 83 vom 30. März 2010, S. 1, abgedruckt.

die weiteren Grundfreiheiten (Warenverkehr, Dienstleistungen, Kapital- und Zahlungsverkehr) stellt sie als «Freizügigkeit der selbständigen Unternehmer» einen wesentlichen Grundpfeiler zur Schaffung des unionalen Binnenmarktes dar. Sie ermöglicht Industrieunternehmen und Modeboutiquen, Banken und Versicherungen, Ärzten und Rechtsanwälten, Treuhändern und Schreinermeistern, Architekten und Ingenieuren sowie allen weiteren natürlichen und juristischen Personen, welche einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen, «in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats (...) teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der selbständigen Tätigkeiten gefördert wird.»<sup>3</sup>

Gleichwohl gilt das Recht von Unternehmern und Gesellschaften auf freie Mobilität und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat nicht absolut. Auf Tätigkeiten, welche in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung. Art. 51 AEUV enthält eine entsprechende Bereichsausnahme. Als «Souveränitätsvorbehalt» widerspiegelt sie die begrenzte Integrationsbereitschaft der Mitgliedstaaten bei der Ausübung sensibler Tätigkeiten, die – auch wenn sie an Private ausgelagert werden – Kernkompetenzen und -verantwortungen staatlicher Aufgabenerfüllung umfassen. Darum geht es in diesem Beitrag. Das II. Kapitel befasst sich mit dem einschlägigen EU-Recht. Einleitend werden der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, die Voraussetzungen für zulässige Beschränkungen und Ausnahmen sowie die Konkretisierungen und Weiterentwicklungen im EU-Sekundärrecht dargestellt (II.A.). Der Fokus wird sodann auf Tätigkeiten gerichtet, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Der Gerichtshof (EuGH) hat die Tatbestandsvoraussetzungen der Bereichsausnahme von Art. 51 AEUV in einer Reihe von Fällen konkretisiert. Dabei hat er die mitgliedstaatliche Berufung auf die Bereichsausnahme noch für keine Tätigkeit, welche ihm zur Beurteilung vorgelegt wurde, akzeptiert (II.B.). Ein aktuelles Beispiel für die kontroverse Anwendung von Art. 51 AEUV betrifft den Beruf des Notars. Der EuGH hat am 24. Mai 2011 festgestellt, dass ein Staatsangehörigkeitserfordernis für die Ausübung notarieller Tätigkeiten mit Art. 51 AEUV nicht vereinbar ist (II.C.). Eine Zusammenfassung rundet die Ausführungen zum EU-Recht ab (II.D.).

Auch die Schweiz nimmt am unionalen System der Personenfreizügigkeit teil. Das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA) dehnt die Grundprinzipien der Personenfreizügigkeit, wie

<sup>3</sup> Rs. C-161/07, *Kommission/Österreich*, Slg. 2008 I-10671, Rz. 24, unter Verweis auf Rs. C-386/04, *Stauffer*, Slg. 2006 I-8203, Rz. 18.

sie zwischen den EU-Mitgliedstaaten gelten, schrittweise und punktuell auch auf das bilaterale Verhältnis aus.<sup>4</sup> Es beruht in wesentlichen Teilen auf dem einschlägigen Unionsrecht. Wenig überraschend schwingt die EU bei der einzelfallweisen Konkretisierung entsprechender Bestimmungen des Abkommens den Taktstock, sei es direkt durch ihre Auslegung, sei es indirekt durch die Auslegung der «Vorbilder- bzw. Parallelbestimmungen» im EU-Recht. Diese Entwicklung lässt sich mit Blick auf die Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit, also Art. 12–16 Anhang I FZA, anschaulich aufzeigen. Darum geht es im III. Kapitel dieses Beitrags. Als Vorbemerkung werden die rechtlichen Vorgaben und praktischen Grundsätze, welche für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens einschlägig sind, rekapituliert (III.A.). Analog zur obigen Darstellung des EU-Rechts werden sodann der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit im bilateralen Verhältnis, die zulässigen Beschränkungen und Ausnahmen sowie die Konkretisierungen im EU-Sekundärrecht, auf das in Anhang II und III FZA verwiesen wird, dargestellt (III.B.). Auch unter dem Freizügigkeitsabkommen kann die Niederlassungsfreiheit verweigert werden, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Art. 16 Anhang I FZA enthält die entsprechende Bereichsausnahme (III.C.). Das erwähnte EuGH-Urteil zur Unzulässigkeit eines Staatsangehörigkeitserfordernisses für den Beruf des Notars wirkt sich *nolens volens* wohl auch auf die Rechtslage unter dem FZA aus. Es sprechen gute Gründe dafür, die Erwägungen des EuGH auch für die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA fruchtbar zu machen (III.D.). Eine Zusammenfassung rundet die Ausführungen zum Freizügigkeitsabkommen ab (III.E.).

## II. EU-Recht

### A. Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit wird seit Inkrafttreten des Lissabonvertrags in Art. 49 AEUV geregelt. Diese Bestimmung lautet inhaltlich unverändert wie folgt:

*Art. 49 Niederlassungsfreiheit*

Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Massgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

<sup>4</sup> 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.

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

Der EuGH hat den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit in einer reichhaltigen Praxis konkretisiert (1.) und die Voraussetzungen für zulässige Beschränkungen und Ausnahmen durch die Mitgliedstaaten definiert (2.). Unternehmer und Gesellschaften können sich seit den 1970er-Jahren direkt auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Parallel dazu haben Rat und Parlament im Sekundärrecht Begleit- und Koordinierungsvorschriften erlassen und die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen erleichtert (3.).

## 1. Schutzbereich

Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet selbständig erwerbstätigen Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern (natürliche Personen) das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat dauerhaft niederzulassen und wirtschaftlich zu betätigen. Art. 54 AEUV erstreckt die Niederlassungsfreiheit ausdrücklich auch auf Gesellschaften (iuristische Personen), welche ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Union haben. Im Rahmen mitgliedstaatlicher Regelungen, welche gleichermassen für die eigenen Staatsangehörigen gelten, garantiert die Niederlassungsfreiheit diskriminierungsfreie und ungehinderte Mobilität (Inländerbehandlung).<sup>5</sup> In diesem Sinn stellt die Niederlassungsfreiheit eine Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäss Art. 18 AEUV dar.<sup>6</sup> Sie erfasst sowohl offene (*de iure*) als auch versteckte (*de facto*) Diskriminierungen.<sup>7</sup> Darüber hinaus hat der EuGH die Niederlassungsfreiheit zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot (Übermassverbot) entwickelt.<sup>8</sup> Demnach verbietet Art. 49 AEUV nicht nur offen oder versteckt diskriminierende Massnahmen, sondern auch solche, die in ihrer praktischen

<sup>5</sup> Rs. 197/84, *Steinhauser*, Slg. 1985 1819, Rz. 14; THOMAS OPPERMANN, CLAUDIUS DIETER CLASSEN & MARTIN NETTESHEIM, *Europarecht*, 4. Aufl., München 2009, § 29 Rz. 10.

<sup>6</sup> Rs. 11/77, *Patrick*, Slg. 1977 1199, Rz. 9; Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 15, 16/20.

<sup>7</sup> Rs. C-370/90, *Surinder Singh*, Slg. 1992 I-4265; Rs. C-3/88, *Kommission/Italien*, Slg. 1989 I-4035 Rz. 8–9; versteckte Diskriminierungen beruhen auf rechtlichen Vorgaben, welche *prima vista* zwar nicht diskriminierend ausgestaltet sind (weil sie auf eigene und fremde Staatsangehörige gleichermassen angewendet werden), deren praktische Wirkung aber zu einer Schlechterbehandlung von fremden Staatsangehörigen führt.

<sup>8</sup> Rs. 107/83, *Klopp*, Slg. 1984 2971, Rz. 17–22; Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993 I-1663, Rz. 32; Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995 I-4165, Rz. 37; Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991 I-2357, Rz. 15; WALTER FRENZ, *Handbuch Europarecht*, Band 1: Europäische Grundfreiheiten, Berlin/Heidelberg 2004, Rz. 2187–2219; OPPERMANN, CLASSEN & NETTESHEIM, *supra* Fn. 5, § 29 Rz. 34.

Wirkung die Ausübung der Niederlassungsfreiheit *per se* erschweren.<sup>9</sup> Mitgliedstaatliche Massnahmen, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit «behindern oder weniger attraktiv machen können», fallen grundsätzlich in den Schutzbereich von Art. 49 AEUV.<sup>10</sup> Der EuGH hat unmissverständlich festgestellt, dass Art. 49 AEUV «auch geringfügige oder unbedeutende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit» verbietet.<sup>11</sup>

Die Niederlassungsfreiheit schützt in Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 45 AEUV die selbständige unternehmerische Tätigkeit. Selbständigkeit setzt voraus, dass die Tätigkeit nicht weisungsabhängig ausgeübt wird und auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko erfolgt.<sup>12</sup> Im Unterschied zur Dienstleistungsfreiheit setzt die Niederlassungsfreiheit die dauerhafte, auf unbestimmte Zeit beabsichtigte unternehmerische Tätigkeit voraus (welche zudem mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt wird, wobei dieses Kriterium unter Umständen auch bei der vorübergehenden Dienstleistungserbringung erfüllt sein kann).<sup>13</sup> Dabei bezieht sich die Niederlassungsfreiheit auf alle denkbaren selbständigen Tätigkeiten, sofern sie entgeltlich erbracht werden und eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellen.<sup>14</sup> Sie greift sowohl beim eigentlichen Umzug eines Unternehmers oder einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat (sog. primäre Niederlassungsfreiheit) als auch bei der Verlagerung bzw. Ausdehnung der unternehmerischen Tätigkeit auf einen anderen Mitgliedstaat (etwa durch Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften; sog. sekundäre Niederlassungsfreiheit).<sup>15</sup> Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Rein innerstaatliche Mobilitätsansprüche fallen nicht

<sup>9</sup> Bis heute ist nicht restlos geklärt, ob die – allenfalls modifizierte – *Keck*-Formel (verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, Slg. 1993 I-6097, Rz. 16) den Anwendungsbereich auch der Niederlassungsfreiheit einschränkt, indem etwa zwischen Berufszugangs- und Berufsausübungsvorschriften unterschieden wird, vgl. Rs. C-418/93, *Semeraro*, Slg. 1996 I-2975, Rz. 32; ASTRID EPINEY & NINA GAMMENTHALER, Marktzugang in der EU und in der Schweiz: Rechtsquellen, Tragweite der Grundfreiheiten und das Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Astrid Epiney, Nina Gammenthaler & Inge Hochreutener (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Zürich 2008, S. 1, 9; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 2014–2019; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Zürich 2010, S. 42–52; OPPERMANN, CLASSEN & NETTESHEIM, *supra* Fn. 5, § 29 Rz. 34; MARTIN SCHLAG, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 43 EGV Rz. 56.

<sup>10</sup> Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995 I-4165, Rz. 37.

<sup>11</sup> Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004 I-2409, Rz. 43.

<sup>12</sup> Verb. Rs. C-151/04 und C-152/04, *Nadin*, Slg. 2005 I-11203, Rz. 31; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1924–1925; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 14.

<sup>13</sup> Rs. C-221/89, *Factortame*, Slg. 1991 I-3905, Rz. 20; Rs. C-171/02, *Kommission/Portugal*, Slg. 2004 I-5645, Rz. 25.

<sup>14</sup> SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 43 EGV Rz. 21.

<sup>15</sup> Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999 I-1459; Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008 I-9641, Rz. 109–119; ROLAND BIEBER, ASTRID EPINEY & MARCEL HAAG, Die Europäische Union, 9. Aufl., Baden-Baden 2011, § 11 Rz. 121.

in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit. Eine Berufung auf Art. 49 AEUV scheidet bei inländerdiskriminierenden Regelungen aus (*discrimination à rebours*).<sup>16</sup> Sobald eine dergestalt diskriminierende Massnahme allerdings potenzielle Auswirkungen auf den Marktzugang auch von ausländischen Staatsangehörigen hat bzw. ein hinreichender Bezug zum Unionsrecht vorliegt (Wegzugs- und Rückzugsfälle), bejaht der EuGH die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit.<sup>17</sup> Die Niederlassungsfreiheit schützt primär vor Massnahmen, welche im traditionellen Kleid staatlicher Rechtsvorschriften und Verwaltungspraktiken daherkommen. Darüber hinaus richtet sie sich auch gegen Massnahmen von privat organisierten Berufs- und Wirtschaftsverbänden, welche über eine gewisse Kompetenz zur Regelung des Marktzugangs zu einem Wirtschaftssektor verfügen und damit «staatsähnlich» handeln.<sup>18</sup> So kann etwa ein kollektiver Streik bzw. deren Androhung durch Gewerkschaften in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen.<sup>19</sup>

Zur effektiven Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit bedürfen die berechtigten Personen und Unternehmen gewisser flankierender Rechte (sog. Begleitrechte). Dazu gehören zuvörderst die Rechte auf Einreise und Aufenthalt im Zielland. Diese Rechte werden unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit hergeleitet.<sup>20</sup> Allfällige mitgliedstaatliche Aufenthaltsbewilligungen sind lediglich deklaratorischer Natur. Sekundärrechtlich werden Einreise und Aufenthalt (inkl. Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen) in der Richtlinie 2004/38/EG und in der Verordnung 883/2004/EG konkretisiert.

Die Niederlassungsfreiheit wird im EU-Recht in Ergänzung zur funktional auf die Schaffung eines gemeinsamen Marktes ausgerichteten Ausgestaltung als Grundfreiheit auch grundrechtlich geschützt. Im Jahr 1974 anerkannte der EuGH die Berufsfreiheit als ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatz.<sup>21</sup> In der Folge baute der EuGH den grundrechtlichen Schutz der selbständigen und unselbständigen wirtschaftlichen Betätigung stetig aus.<sup>22</sup> Die Charta der

<sup>16</sup> Rs. 204/87, *Bekaert*, Slg. 1988 2029, Rz. 12; Rs. C-134/95, *USSL*, Slg. 1997 I-195, Rz. 19.

<sup>17</sup> Rs. C-370/90, *Surinder Singh*, Slg. 1992 I-4265; vgl. auch Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005 I-8585, Rz. 50; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 2144–2153; SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 43 EGV Rz. 42.

<sup>18</sup> Rs. 197/84, *Steinhauser*, Slg. 1985 1819, Rz. 14; Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002 I-1577, Rz. 120; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1872; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 27; OPPERMANN, CLASSEN & NETTESHEIM, *supra* Fn. 5, § 29 Rz. 31.

<sup>19</sup> Rs. C-438/05, *Viking Line*, Slg. 2007 I-779, Rz. 32–37.

<sup>20</sup> Rs. C-370/90, *Surinder Singh*, Slg. 1992 I-4265, Rz. 17; OPPERMANN, CLASSEN & NETTESHEIM, *supra* Fn. 5, § 29 Rz. 41.

<sup>21</sup> Rs. 4/73, *Nold*, Slg. 1974 491, Rz. 12–14.

<sup>22</sup> Siehe für eine Übersicht über die vom EuGH anerkannten Teilgehalte der Berufsfreiheit bzw. der unternehmerischen Freiheit CORDULA STUMPF, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 6 EUV Rz. 23.

Grundrechte (GRC), welche kraft Art. 6 Abs. 1 EUV einen integralen Teil des verbindlichen Unionsrechts darstellt, kodifiziert die Berufsfreiheit mitsamt ihren Teilgehalten ausdrücklich. Art. 15 GRC schützt die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten; Abs. 2 garantiert die Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Art. 16 GRC gewährleistet die unternehmerische Freiheit. Diese grundrechtlichen Garantien, welche ihre Wurzeln in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten haben, schützen vor übermässig regulierendem Unionsrecht bzw. mitgliedstaatlichem Recht, welches Unionsrecht umsetzt. Darüber hinaus ist durchaus vorstellbar, dass sie die Auslegung der Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 49 AEUV in Zukunft noch stärker beeinflussen und ihre individualrechtliche Komponente noch prägnanter betonen werden.<sup>23</sup>

## 2. Beschränkungen und Ausnahmen

Die Niederlassungsfreiheit gilt nicht absolut. In der Praxis stehen drei Beschränkungen bzw. Ausnahmen im Vordergrund. Zum einen enthält Art. 52 AEUV einen *Ordre-public*-Vorbehalt. Diese Bestimmung erlaubt den Mitgliedstaaten, Sonderregelungen für Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates vorzusehen, sofern sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Diese Begriffe werden durch die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (sog. Freizügigkeits- oder Unionsbürgerrichtlinie), konkretisiert. Sie stellen unionsrechtliche Termini dar, welche durch den EuGH eng ausgelegt werden.<sup>24</sup> Entsprechende Massnahmen müssen zudem verhältnismässig sein. Zum anderen hat der EuGH in rechtsschöpferischer Auslegung von Art. 49 AEUV – unter Rückgriff und in Analogie zur Zulässigkeit von Beschränkungen der anderen Grundfreiheiten – auch in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt. Beschränkungen, welche formal unterschiedslos auf eigene Unternehmer bzw. Gesellschaften und solche aus anderen Mitgliedstaaten anwendbar sind, sind zulässig, sofern sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen und verhältnismässig sind.<sup>25</sup> Dabei prüft

<sup>23</sup> Siehe zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 49 AEUV unten II.A.3.

<sup>24</sup> Vgl. Rs. 67/74, *Bonignore*, Slg. 1975 297, Rz. 5–7.

<sup>25</sup> Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995 I-4165, Rz. 37; Rs. C-451/03, *Servizi ADC*, Slg. 2006 I-2941, Rz. 36–37; Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999 I-1459, Rz. 34; Rs. 167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003 I-10155, Rz. 133; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 2248–2306; SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 43 EGV Rz. 53–54; siehe zur (inkonsistenten) Anwendung der verschiedenen Rechtfertigungsgründe – *Ordre-public*-Vorbehalt und zwingende Gründe des Allgemeininteresses – auf offen/versteckt diskriminierende bzw. die Niederlassungsfreiheit *per se* beschränkende Massnahmen GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 59–67.



der EuGH in ständiger Rechtsprechung eindringlich, ob die fragliche Beschränkung in der Tat zwingende Gründe verfolgt und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz respektiert. Tradierte Berufsbilder oder der Schutz vor zusätzlicher Konkurrenz genügen dafür regelmässig nicht.<sup>26</sup> Schliesslich finden die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit auf Tätigkeiten, welche in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, gemäss Art. 51 AEUV keine Anwendung. Darum geht es im nächsten Kapitel (II.B.).

### **3. Direkte Anwendbarkeit und Konkretisierungen im Sekundärrecht**

Art. 52 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 (EWGV) – die Vorgängerbestimmung von Art. 49 AEUV – verpflichtete die Gemeinschaftsorgane, die Niederlassungsfreiheit während einer Übergangszeit schrittweise einzuführen. Gemäss Art. 8 Abs. 7 EWGV betrug diese Übergangszeit zwölf Jahre. Im Jahr 1974, also kurz nach Ablauf dieser Frist, erklärte der EuGH die Niederlassungsfreiheit direkt anwendbar.<sup>27</sup> Er begründete dies damit, dass die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit den Mitgliedstaaten klar umrissene Verpflichtungen zum Abbau bestehender Beschränkungen auferlegten; dies galt unabhängig vom Erlass entsprechender Richtlinien durch den Rat. Seither können sich betroffene Personen und Gesellschaften vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden unmittelbar auf die Niederlassungsfreiheit berufen, um gegen mitgliedstaatliche Beschränkungen des Marktzugangs vorzugehen. Damit wurde der EuGH zur treibenden Kraft bei der Demaskierung und Sanktionierung übermässiger Marktzutrittsschranken. Er übernahm – analog zur Operationalisierung der übrigen Grundfreiheiten – eine wichtige Vorreiterrolle bei der Förderung der unionsweiten Mobilität von Unternehmen und Gesellschaften.

Darüber hinaus sahen bereits Art. 54 und 57 EWGV in der Fassung von 1957 die Möglichkeit vor, die primärrechtlichen Vorgaben durch den Erlass von Richtlinien weiter zu konkretisieren. Mittlerweile beauftragen Art. 50 und 53 AEUV das Europäische Parlament und den Rat, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für bestimmte Tätigkeiten zu erlassen. Die gestützt auf Art. 50 AEUV erlassenen Liberalisierungsvorschriften haben insbesondere für die Entwicklung eines europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrechts Bedeutung erlangt.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> OPPERMANN, CLASSEN & NETTESHEIM, *supra* Fn. 5, § 29 Rz. 37.

<sup>27</sup> Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 24/28, 29/31; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1864.

<sup>28</sup> PETER JUNG & WOLFGANG MÜLLER-HUSCHKE, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 44 EGV Rz. 2.

Art. 53 AEUV ermächtigt spezifisch zum Erlass von Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie für die Koordinierung mitgliedstaatlicher Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten. Damit soll vor allem die Mobilität von Erwerbstätigen in freien Berufen, deren Ausübung an staatliche Aus- und Weiterbildungsnachweise gekoppelt ist, erleichtert werden.<sup>29</sup> Praktisch bedeutsam ist dabei die im Jahr 2005 in Kraft gesetzte Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, welche die bis anhin geltenden 15 Richtlinien (drei allgemeine, zwölf sektorielle Richtlinien) im Bereich der Diplomanerkennung in einem einzigen Rechtsakt vereinigt und sektorübergreifend vereinheitlicht hat.<sup>30</sup> Ihr Regelungsansatz beruht auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der nationalen Berufsrechte, d.h. auf dem ursprünglich für den Warenverkehr entwickelten *Cassis-de-Dijon*-Prinzip. Eine zentrale Funktion kommt dem detailliert geregelten Ausgleichsmechanismus zu, der bei fehlender Gleichwertigkeit greift. Er sieht in seinen Grundzügen vor, dass bestehende (Ausbildungs-)Defizite je nach Ausmass und Berufstyp durch Berufsausübung oder durch Ablegung einer Eignungsprüfung bzw. Absolvierung eines Ergänzungslehrgangs kompensiert werden können. Für gewisse Berufe stellt die Richtlinie koordinierende bzw. harmonisierende Vorschriften auf. Die Richtlinie 2005/36/EG findet grundsätzlich auf alle reglementierten Berufe Anwendung, für die keine berufsspezifischen Vorschriften gelten. Dergestalt *lex specialis* existiert etwa für Rechtsanwälte, deren grenzüberschreitende Berufsausübung durch die Anwaltsdienstleistungsrichtlinie 77/249/EWG und die Anwaltsniederlassungsrichtlinie 98/5/EG geregelt wird.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Siehe für eine Zusammenstellung OPPERMANN, CLASSEN & NETTESHEIM, *supra* Fn. 5, § 29 Rz. 47–55; SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 47 EGV Rz. 29–30.

<sup>30</sup> Siehe zum Regelungsinhalt dieser Richtlinie etwa FRÉDÉRIC BERTHOUD, *La libre prestation de service en application de la directive 2005/36/CE*, 20 SZIER (2010), S. 137–164; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 127–265.

<sup>31</sup> Siehe dazu sowie zum Verhältnis dieser Richtlinien zur Richtlinie 2005/36/EG GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 122–126; OPPERMANN, CLASSEN & NETTESHEIM, *supra* Fn. 5, § 29 Rz. 52–54; FRITZ ROTHENBÜHLER, *Dienstleistungsfreiheit und Berufsankennung*, insbesondere für Rechtsanwälte, in: Thomas Cottier & Matthias Oesch (Hrsg.), *Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG*, Bern 2002, S. 95, 102–111.

## B. Ausübung öffentlicher Gewalt

Gemäss Art. 51 AEUV sind die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit auf gewisse Tätigkeiten nicht anwendbar. Diese Regelung fand sich bereits im EWG-Gründungsvertrag von 1957 (Art. 55 EWGV). Sie hat jede Vertragsrevision unverändert überstanden und lautet wie folgt:

### *Art. 51 Ausübung öffentlicher Gewalt*

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.

Das Europäische Parlament und der Rat können gemäss dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschliessen, dass dieses Kapitel auf bestimmte Tätigkeiten keine Anwendung findet.

Dabei handelt es sich nach ganz herrschender Lesart nicht um eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, sondern um eine Ausnahme vom sachlichen Geltungs- bzw. Schutzbereich (Bereichsausnahme).<sup>32</sup> Sofern die in Art. 51 Abs. 1 AEUV stipulierten Voraussetzungen für eine gewisse Tätigkeit erfüllt sind, ist die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ausgeschlossen. Das Europäische Parlament und der Rat haben von der Befugnis gemäss Art. 51 Abs. 2 AEUV, bestimmte Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auszunehmen, bis anhin keinen Gebrauch gemacht.

### 1. Ratio legis

Die Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV ist in denjenigen Fällen einschlägig, in denen ein Mitgliedstaat Tätigkeiten, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, nicht durch die eigene Verwaltung erledigt, sondern an selbständig erwerbstätige Private auslagert. Diesfalls ist es den Mitgliedstaaten erlaubt, die Ausübung der Tätigkeiten den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten. Als «Souveränitätsvorbehalt» widerspiegelt diese Ausnahmeklausel die begrenzte Integrationsbereitschaft der Mitgliedstaaten in diesem sensiblen Bereich. Damit soll die spezielle Verbundenheit der mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betrauten Personen mit der Staatsgewalt sichergestellt werden. Die Kernkompetenzen und -verantwortungen staatlicher Aufgabenerfü-

<sup>32</sup> JÜRGEN BRÖHMER, in: Christian Calliess, Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV: Kommentar, 4. Aufl., München 2011, Art. 51 AEUV Rz. 1; MARTIN HENSSLER & MATTHIAS KILIAN, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, S. 192, 193; ALBRECHT RANDELZHOFFER & ULRICH FORSTHOFF, in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf & Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, München Stand Mai 2001, Art. 45 EGV Rz. 3; JÜRGEN TIEDJE & PETER TROBERG, in: Hans von der Groeben & Jürgen Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, Art. 45 EG Rz. 1.

lung sollen in den Händen der eigenen Staatsangehörigen verbleiben. Allfällige Interessenkonflikte, denen fremde Staatsangehörige etwa im Fall politischer Krisensituationen ausgesetzt sein könnten, sollen vermieden werden.<sup>33</sup> Unionsbürgerinnen und Unionsbürger aus einem anderen Mitgliedstaat haben diesbezüglich keinen Anspruch auf Nichtdiskriminierung bzw. Inländerbehandlung.

Art. 51 Abs. 1 AEUV stellt eine Ausnahme von der Niederlassungsfreiheit und damit von einer für die Verwirklichung des Binnenmarktes konstitutiven Grundfreiheit dar. Aus diesem Grund sind sich Praxis und Lehre einig, dass die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 51 Abs. 1 AEUV eng auszulegen sind (*in dubio pro libertate*).<sup>34</sup> Damit soll eine allzu ausufernde, der Förderung der grenzüberschreitenden Mobilität von Unternehmern zuwiderlaufende Praxis vermieden werden. Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten soll der Zugang zu lukrativen wirtschaftlichen Tätigkeiten auch im «Dunstkreis» der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nur bei Vorliegen stichhaltiger Gründe verweigert werden. Eine enge Auslegung der Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV scheint umso sachgerechter, als diese Bestimmung mit Blick auf den wirtschaftlichen und politischen Integrationsgrad, den die Union mittlerweile erreicht hat, nicht (mehr) unumstritten ist. Gemäss Albrecht Randelzhofer und Ulrich Forsthoff drängt sich wohl zu Recht die Frage auf, ob dem Interesse am Ausschluss von fremden Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern ein derartiges Gewicht zukommen kann, dass es sich rechtfertigt, die Niederlassungsfreiheit punktuell auszusetzen, wenn ein Mitgliedstaat gleichzeitig bereit ist, die Ausübung öffentlicher Gewalt an Private zu delegieren.<sup>35</sup>

Art. 51 Abs. 1 AEUV ähnelt der Ausnahmebestimmung von Art. 45 Abs. 4 AEUV. Gemäss dieser Bestimmung findet die Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Es ist den Mitgliedstaaten unbenommen, die Beschäftigung in der Verwaltung den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten. Der EuGH verlangt dafür in ständiger Rechtsprechung die unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse; die Tätigkeit muss zudem der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates dienen.<sup>36</sup> Auch wenn die inhaltliche Ähnlichkeit zum

<sup>33</sup> CHRISTIAN CALLIESS & STEFAN KORTE, *Dienstleistungsrecht in der EU*, München 2011, § 3 Rz. 63; PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/EGV: Kommentar*, München 2003, Art. 45 EGV Rz. 3.

<sup>34</sup> Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 42/43; Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, Slg. 1980 3881, Rz. 18–19; BRÖHMER, *supra* Fn. 32, Art. 51 AEUV Rz. 1; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1982; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 31; HENSSLER & KILIAN, *supra* Fn. 32, S. 194; MARKUS KOTZUR, in: Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan & Markus Kotzur (Hrsg.), *EUV/AEUV: Kommentar*, 5. Aufl., München 2010, Art. 51 AEUV Rz. 4; TIEDJE & TROBERG, *supra* Fn. 32, Art. 45 EG Rz. 1; MÜLLER-GRAFF, *supra* Fn. 33, Art. 45 EGV Rz. 3.

<sup>35</sup> RANDELZHOFFER & FORSTHOFF, *supra* Fn. 32, Art. 45 EGV Rz. 2.

<sup>36</sup> Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, Slg. 1980 3881, Rz. 10; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 29.

Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 AEUV ins Licht fällt, sind die beiden Regelungen nicht völlig deckungsgleich.<sup>37</sup> Die Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV ist (noch) enger auszulegen als der Vorbehalt von Art. 45 Abs. 4 AEUV.<sup>38</sup> Der innere Rechtfertigungsgrund für die Bereichsausnahme von Art. 45 Abs. 4 AEUV liegt – zusätzlich zur gemeinsamen *ratio legis*, staatliche Kernaufgaben durch eigene Staatsangehörige erfüllen zu lassen – im stillen Einverständnis, dass die Auswahl und Einstellung von Angestellten des öffentlichen Dienstes allein in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt (Personalhoheit).<sup>39</sup> Während die Bereichsausnahme von Art. 45 Abs. 4 AEUV in der Praxis seit jeher eine prominente Rolle spielt, dürfte die Bedeutung von Art. 51 Abs. 1 AEUV mit der fortlaufenden Auslagerung und Privatisierung staatlicher Verwaltungseinheiten und der damit einhergehenden Delegation von hoheitlichen Tätigkeiten, welche (behaupteterweise) mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, an Private weiter zunehmen.

## 2. Praxis

Der EuGH hat die Tatbestandsvoraussetzungen der Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV in einer Reihe von Fällen konkretisiert. Die Konturen dieser Rechtsprechung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die zentralen Begriffe – Tätigkeit und Ausübung öffentlicher Gewalt – stellen unionsrechtliche Termini dar.<sup>40</sup> Es obliegt folglich dem EuGH, sie autoritativ auszulegen. Mit Blick auf die Tatsache, dass es bis anhin keine allgemeingültige unionsweite Definition vor allem der öffentlichen Gewalt gibt, geht der EuGH bei der Überprüfung einer mitgliedstaatlichen Massnahme gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AEUV zweistufig vor.<sup>41</sup> In einem ersten Schritt gewährt er den Mitgliedstaaten bei der Zuordnung einer fraglichen Tätigkeit zur öffentlichen Gewalt einen gewissen Ermessensspielraum. Insofern ist es durchaus möglich, dass eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert wird, während dies in einem anderen Mitgliedstaat nicht der Fall ist. Gleichzeitig setzt Art. 51 Abs. 1 AEUV dem mitgliedstaatlichen Beurteilungsspielraum Grenzen; damit soll verhindert

<sup>37</sup> Siehe dazu etwa SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 45 EGV Rz. 2; RANDELZHOFFER & FORSTHOFF, *supra* Fn. 32, Art. 45 EGV Rz. 2.

<sup>38</sup> FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1977.

<sup>39</sup> Ähnlich RANDELZHOFFER & FORSTHOFF, *supra* Fn. 32, Art. 45 EGV Rz. 1.

<sup>40</sup> FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1979; MÜLLER-GRAFF, *supra* Fn. 33, Art. 45 EGV Rz. 4; RANDELZHOFFER & FORSTHOFF, *supra* Fn. 32, Art. 45 EGV Rz. 5; vgl. auch Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 84.

<sup>41</sup> Siehe zu diesem Vorgehen SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 45 EGV Rz. 5; gemäss RANDELZHOFFER & FORSTHOFF, *supra* Fn. 32, Art. 45 EGV Rz. 5, handelt es sich beim Begriff der öffentlichen Gewalt um einen «Rahmenbegriff».

werden, «dass der Vertrag durch einseitige Massnahmen der Mitgliedstaaten seiner Wirksamkeit beraubt wird».<sup>42</sup> Deshalb prüft der EuGH in einem zweiten Schritt mit Blick auf Wortlaut, Systematik und Zweck der mitgliedstaatlichen Regelung objektiv nach, ob die fragliche Tätigkeit ihrem Charakter und ihrer Stellung innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung nach tatsächlich als hoheitlich anzusehen und mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.<sup>43</sup>

- Der Anwendungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AEUV ist «auf Tätigkeiten beschränkt, die als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen».<sup>44</sup> Die Tatsache, dass eine fragliche Tätigkeit (auch) die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels bezweckt, genügt für sich allein nicht, um diese Tätigkeit als unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen. Dies folgt etwa daraus, dass die im Rahmen verschiedener reglementierter Berufe ausgeübten Tätigkeiten häufig die Pflicht der sie ausübenden Personen einschliessen, ein solches Ziel zu verfolgen, ohne dass diese Tätigkeiten deshalb mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.<sup>45</sup>
- Der Begriff der Tätigkeit deckt sich nicht mit demjenigen des Berufs; er ist enger.<sup>46</sup> Eine Ausdehnung der Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV auf einen ganzen Beruf fällt nur dann in Betracht, wenn sich die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten nicht sinnvoll von den anderen nichtamtlichen Aufgaben trennen lassen.<sup>47</sup>
- Die Tragweite von Art. 51 Abs. 1 AEUV beschränkt sich auf das, «was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist».<sup>48</sup> Es handelt sich dabei um eine funktionelle und nicht institutionelle Betrachtungsweise.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 48/50; CHRISTOPH U. SCHMID & TOBIAS PINKEL, Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstückverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens *Kommission ./. Deutschland* (EuGH C-54/08), 5 *Hanse Law Review* (2009), S. 129, 135–136.

<sup>43</sup> Rs. C-42/92, *Thijssen*, Slg. 1993 I-4047, Rz. 9–23; SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 45 EGV Rz. 5.

<sup>44</sup> Rs. C-42/92, *Thijssen*, Slg. 1993 I-4047, Rz. 8; Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 44/45; Rs. C-451/03, *Servizi ADC*, Slg. 2006 I-2941, Rz. 46; Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 85.

<sup>45</sup> Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 97.

<sup>46</sup> SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 45 EGV Rz. 7.

<sup>47</sup> FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1984; RANDELZHOFFER/FORSTHOFF, *supra* Fn. 32, Art. 45 EGV Rz. 7; vgl. auch Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 46/47.

<sup>48</sup> Rs. 147/86, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1988 1637, Rz. 7.

<sup>49</sup> CALLIESS & KORTE, *supra* Fn. 33, § 3 Rz. 65; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1983; Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 109.

- Es stellt ein Indiz für die Ausübung öffentlicher Gewalt dar, wenn der Berechtigte über Sonderrechte, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnisse verfügt.<sup>50</sup> Sofern der Berechtigte durch Verwaltungsakt handelt, nimmt er Sonderrechte in Anspruch, und die Tätigkeit fällt vermutungsweise unter Art. 51 Abs. 1 AEUV.<sup>51</sup> Dasselbe gilt, wenn damit die Berechtigung einhergeht, unabhängig vom Willen bzw. sogar gegen den Willen anderer Rechtssubjekte zu handeln.<sup>52</sup> Erfolgt die Tätigkeit demgegenüber auf privatrechtlicher Basis und beruht das Tätigwerden auf einem freiwilligen Entscheid eines bzw. mehrerer Privater, ist dies ein Indiz dafür, dass keine Ausübung öffentlicher Gewalt im Raum steht.<sup>53</sup>
- Die Tätigkeit muss über eine bloße Hilfsfunktion, welche ohne unmittelbare Rechtswirkung gegenüber dem Bürger die eigentliche staatliche Handlung lediglich vorbereitet, hinausgehen.<sup>54</sup> Analog sind von Art. 51 Abs. 1 AEUV Tätigkeiten ausgenommen, deren Ausübung die Beurteilungs- oder Entscheidungsbefugnisse von Verwaltungsbehörden oder Gerichten unberührt lässt, auch wenn die Ausübung solcher Tätigkeiten Kontakte (die organisch in das Verfahren eingebunden sein können) mit Verwaltungsbehörden oder Gerichten mit sich bringen oder sogar einen, möglicherweise obligatorischen, Beitrag zur Erfüllung ihrer Aufgaben umfassen.<sup>55</sup> Mit anderen Worten: Hoheitsträger müssen Entscheidungsautonomie und eine gewisse Letztverantwortung besitzen, damit ihre Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert werden kann.<sup>56</sup>
- Es ist für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch, dass eine Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübt wird. Eine ähnliche Vermutung für die Nichtanwendbarkeit von Art. 51 Abs. 1 AEUV gilt für Fälle, in denen ein Berufsträger persönlich für allfällige Schäden gegenüber Klienten

<sup>50</sup> Rs. C-114/97, *Kommission/Spanien*, Slg. 1998 I-6717, Rz. 37; Schlussanträge von GA MAYRAS in Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 664; BRÖHMER, *supra* Fn. 32, Art. 45 Rz. 6; HENSSLER & KILIAN, *supra* Fn. 32, S. 207.

<sup>51</sup> Sofern es sich nicht bloss um einen vorbereitenden Hilfsakt handelt, Rs. C-42/92, *Thijssen*, Slg. 1993 I-4047, Rz. 22; RANDELZHOFFER & FORSTHOFF, *supra* Fn. 32, Art. 45 EGV Rz. 8.

<sup>52</sup> Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 91.

<sup>53</sup> HENSSLER & KILIAN, *supra* Fn. 32, S. 207; Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 91–93.

<sup>54</sup> Rs. C-42/92, *Thijssen*, Slg. 1993 I-4047, Rz. 22; HENSSLER & KILIAN, *supra* Fn. 32, S. 206.

<sup>55</sup> Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 51/53; Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 87.

<sup>56</sup> MARIE-CHRISTINE FUCHS, Anmerkung: Kein Staatsangehörigkeitsvorbehalt für den Zugang zum Notarberuf (EuGH, Grosse Kammer, Urt. v. 24.5.2011, C-54/08, *Kommission/Deutschland*), Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 12/2011, S. 468, 475–476.

verantwortlich ist, während für behördliches Fehlverhalten in der Regel der Staat haftet.<sup>57</sup>

- Die Tätigkeit, welche die Ausübung öffentlicher Gewalt umfasst, muss mit einer gewissen Häufigkeit erfolgen.<sup>58</sup>

Fälle, in denen sich der EuGH zur Anwendbarkeit von Art. 51 Abs. 1 AEUV äusserte, betrafen etwa die folgenden Berufe bzw. Tätigkeiten: Für den Rechtsanwaltsberuf hat der EuGH entschieden, dass nur diejenigen Tätigkeiten eines Anwalts Inländern vorbehalten werden dürfen, welche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen, nicht aber die anwaltliche Berufsausübung schlechthin.<sup>59</sup> Ebenso wenig unter Art. 51 Abs. 1 AEUV fallen etwa die Gründung privater Unterrichtsanstalten in Griechenland, die Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste in Spanien und Italien, die Tätigkeiten belgischer Wirtschaftsprüfer im Bereich der Prüfung von Versicherungsgesellschaften, die Tätigkeiten spanischer Seekapitäne und erster Seeoffiziere (welche auf ihren Schiffen gewisse staatliche Funktionen wahrnehmen wie Sicherheits- und Polizeiaufgaben, notarielle und personenstandsrechtliche Aufgaben), die Tätigkeiten griechischer Kfz-Sachverständiger, welche von den Gerichten zur Begutachtung von Verkehrsunfällen herangezogen werden können, oder öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen in Deutschland.<sup>60</sup> Diese – nicht vollständige – Aufzählung lässt es erahnen: Soweit ersichtlich hat der EuGH die mitgliedstaatliche Berufung auf die Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV für keinen Beruf bzw. für keine Tätigkeit, die zur Beurteilung vorgelegt wurde, vollumfänglich akzeptiert. Die aus der Sicht der Mitgliedstaaten auffällig bescheidene *Head-to-head*-Statistik basiert allerdings nicht auf einer allzu restriktiven Praxis und einseitigen Parteinahme zugunsten der freien Mobilität von Unternehmern ungeachtet nationaler Sensibilitäten und Souveränitätsvorbehalten.<sup>61</sup> Die Urteile überzeugen inhaltlich und bieten kaum Raum für stichhaltige Kritik. Der EuGH gewichtet Anliegen des Wettbewerbs und der Nichtdiskriminierung auswärtiger Wirtschaftsteilnehmer

<sup>57</sup> Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 110–111.

<sup>58</sup> Rs. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*, Slg. 2003 10391, Rz. 44 (allerdings in Bezug auf die Bereichsausnahme von Art. 45 Abs. 4 AEUV); HENSSLER & KILIAN, *supra* Fn. 32, S. 206.

<sup>59</sup> Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 44/45, 54/55; mittlerweile werden die Freizügigkeitsrechte von Rechtsanwälten im Sekundärrecht spezifisch geregelt, siehe *supra* II.A.3.

<sup>60</sup> Siehe für eine Übersicht über diese (und weitere) Fälle HENSSLER & KILIAN, *supra* Fn. 32, S. 198–207; SCHLAG, *supra* Fn. 9, Art. 45 EGV Rz. 8; TIEDJE & TROBERG, *supra* Fn. 32, Art. 45 EGV Rz. 13–22; 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 2010/2011, Bern/Zürich 2011, S. 75, 118–119; FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 1992–2000.

<sup>61</sup> Vgl. dazu auch HENSSLER & KILIAN, *supra* Fn. 32, S. 193.



höher als Partikularinteressen, welche auf tradierten Berufsbildern und territorialer Exklusivität beruhen. Mit Blick auf den Integrationsgrad, den der europäische Binnenmarkt mittlerweile erreicht hat, scheint es anachronistisch, die an Private ausgelagerte staatliche Aufgabenerfüllung – von besonders sensiblen Ausnahmen abgesehen – an ein Staatsangehörigkeitserfordernis zu knüpfen. Die Urteile folgen dieser Logik. Sie liegen durchwegs auf der Linie, welche der EuGH 1974 im ersten Urteil zur Auslegung dieser Bereichsausnahme vorzeichnete und seither in konstanter Praxis weiterverfolgt: Die Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV ist eng auszulegen und bezieht sich nur auf Tätigkeiten, welche als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.<sup>62</sup> Auch vor diesem Hintergrund scheint die restriktive Praxis des EuGH folgerichtig und sachgerecht.

Gleichzeitig sei daran erinnert, dass die Frage nach der Einschlägigkeit von Art. 51 Abs. 1 AEUV nur mit «Ja» oder «Nein» beantwortet werden kann. Die Voraussetzungen sind entweder erfüllt oder nicht; *tertium non datur*. Auch wenn die Berufung auf Art. 51 Abs. 1 AEUV nicht zulässig ist, gilt die Niederlassungsfrei nicht absolut. Es steht dem betroffenen Mitgliedstaat selbstredend weiterhin offen, die Niederlassungsfreiheit einzuschränken, sofern eine derartige Regelung – etwa das Erfordernis, einen Fähigkeitsausweis darzubringen – auf einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruht und das Verhältnismässigkeitsprinzip respektiert.<sup>63</sup>

### C. Aktuelles Beispiel: Beruf des Notars

Ein aktuelles Beispiel für die mitunter kontroverse Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AEUV betrifft das Staatsangehörigkeitserfordernis für die Ausübung notarieller Tätigkeiten im Rahmen des freien («lateinischen») Notariats. In Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Luxemburg und Österreich wird der Beruf des Notars traditionell den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten. Kommission, Mitgliedstaaten und Berufsverbände debattieren seit Jahrzehnten über die Rechtmässigkeit dieser Regelungen, welche – je nach Betrachtungsweise – entweder sensible und historisch gewachsene Fragen der innerstaatlichen Organisationsautonomie betreffen oder «diskriminierende Relikte nationalstaatlicher Fremdenfeindlichkeit»<sup>64</sup> darstellen. Die binnenmarktrechtliche Problematik fiel dabei zunehmend pointierter ins Licht, wie parallel zu dieser Diskussion die grenzüberschreitende Ausübung des Rechtsanwaltsberufs durch EuGH-Präjudizien und Konkretisierungen im Sekundärrecht sukzessive libera-

<sup>62</sup> Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 44/45.

<sup>63</sup> Siehe zur Zulässigkeit von Einschränkungen *supra* II.A.2.

<sup>64</sup> FUCHS, *supra* Fn. 56, S. 475; für Literaturhinweise zur kontrovers geführten Debatte *infra* Fn. 77.

lisiert wurde.<sup>65</sup> Am 12. Februar 2008 leitete die Kommission gegen die genannten sechs Mitgliedstaaten schliesslich ein Vertragsverletzungsverfahren gestützt auf Art. 258 AEUV ein. Gemäss Kommission verletzen die in diesen Staaten geltenden Staatsangehörigkeitserfordernisse für die Ausübung des Notarberufs die Niederlassungsfreiheit. Die Berufung auf Art. 51 Abs. 1 AEUV scheidet gemäss Kommission aus, weil notarielle Tätigkeiten typischerweise nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. In einem Mahnschreiben, welches die Kommission im Vorfeld des Vertragsverletzungsverfahrens an Deutschland richtete, argumentierte die Kommission unter anderem wie folgt:

«Das Erfordernis der Staatsangehörigkeit erscheint umso anachronistischer, als den Bürgern der Union das passive Wahlrecht zugestanden wurde. Damit gilt das Erfordernis der Staatsangehörigkeit nicht mehr für Mitglieder der Gemeindevertretung, die an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnehmen, indem sie z.B. über kommunale Vorschriften abstimmen und an der Ernennung von Polizeibeamten mitwirken.»<sup>66</sup>

Der EuGH verkündete sein Verdikt am 24. Mai 2011.<sup>67</sup> Er stellt einleitend fest, dass die Klagen allein das in den nationalen Regelungen verankerte Staatsangehörigkeitserfordernis für den Zugang zum Beruf des (freien) Notars betreffen; die Organisation des Notariats oder die Voraussetzungen, die neben der Staatsangehörigkeit für den Zugang zum Beruf des Notars bestehen, waren nicht Gegenstand des Verfahrens.<sup>68</sup> Der EuGH fasst sodann seine ständige Rechtsprechung zusammen, wonach Ausnahmen vom Grundsatz der Niederlassungsfreiheit gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AEUV eng auszulegen sind.<sup>69</sup> 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 Rechtsgeschäften, stellt 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

<sup>65</sup> Siehe etwa Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631; Rs. 107/83, *Klopp*, Slg. 1984 2971; Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991 I-2357; für das Sekundärrecht und Literaturhinweise *supra* II.A.3. und Fn. 31.

<sup>66</sup> Schreiben der Europäischen Kommission vom 8. November 2000, SG(2000)D/108215, S. 5; vgl. zum aktiven und passiven Wahlrecht von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern bei Kommunalwahlen Art. 20 Abs. 2 lit. b AEUV.

<sup>67</sup> Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*; Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*; Rs. C-51/08, *Kommission/Luxemburg*; Rs. C-52/08, *Kommission/Österreich*; Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*; Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland* (alle noch nicht in der Slg. publiziert). Im Folgenden wird auf die einschlägigen Passagen aus dem Urteil Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, verwiesen.

<sup>68</sup> *Id.*, Rz. 75.

<sup>69</sup> *Id.*, Rz. 84–86.

einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden.<sup>70</sup> Das Tätigwerden des Notars setzt vielmehr 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup> Zum selben Schluss kommt der EuGH bei der Beurteilung weiterer Tätigkeiten, welche den Notaren in den betreffenden Mitgliedstaaten übertragen werden, wie etwa die Teilnahme an Immobiliarpfändungen oder das Tätigwerden in Nachlasssachen.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> 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.»<sup>75</sup>

Im zweiten Teil des Urteils weist der EuGH die Rüge der Kommission, wonach die betroffenen Mitgliedstaaten ihren Verpflichtungen zur Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen nicht nachgekommen sind, zurück. 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.<sup>76</sup>

Der EuGH setzt mit diesem Urteil einen Schlussstrich unter die kontrovers diskutierte Frage der allfälligen Anwendbarkeit von Art. 51 Abs. 1 AEUV auf

<sup>70</sup> *Id.*, Rz. 90–98.

<sup>71</sup> *Id.*, Rz. 94.

<sup>72</sup> *Id.*, Rz. 100–101.

<sup>73</sup> *Id.*, Rz. 106.

<sup>74</sup> *Id.*, Rz. 110–111.

<sup>75</sup> *Id.*, Rz. 116.

<sup>76</sup> *Id.*, Rz. 135–142.

die Notariatsstätigkeit.<sup>77</sup> Die Entscheidungsgründe beruhen auf einer engen, funktionalen Lesart der Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV und führen die bisherige Praxis konsequent weiter.<sup>78</sup> Im Ergebnis gilt folglich: Die notariellen Tätigkeiten, wie sie etwa in Deutschland, Österreich und Frankreich zurzeit definiert werden, sind nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Damit steht der Beruf des Notars in diesen Ländern allen Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern offen, sofern sie die einschlägigen berufsrechtlichen Voraussetzungen erfüllen. Ein grenzenloser europaweiter Wettbewerb zwischen Anbietern von Notariatsdienstleistungen ist allerdings kaum zu erwarten. Der EuGH weist in einem *obiter dictum* ausdrücklich darauf hin, dass die notariellen Tätigkeiten punktuell durchaus im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgen (Gewährleistung der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen), womit etwaige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden können, die sich aus «den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit» ergeben.<sup>79</sup> Zum Kernbestand des freien (lateinischen) Notariats zählt der EuGH namentlich nationale Vorgaben für die Zulassung der Notare, die Beschränkung der Anzahl und der örtlichen Zuständigkeiten, die zwingende Kostenordnung, die Unabhängigkeit, die Unabsetzbarkeit und die Unvereinbarkeit mit anderen Ämtern.<sup>80</sup> Das höchstrichterliche Verdikt, wonach der Beruf des Notars nicht unter die Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV fällt, hat immerhin zur Folge, dass die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen auf den Beruf des Notars anwendbar ist.<sup>81</sup> Damit sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein spezielles Anerkennungsverfahren für Notare aus anderen Mitgliedstaaten einzurichten. Dies wird auf eine Eignungs-

<sup>77</sup> 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 THOMAS COTTIER & CHRISTOPHE GERMANN, 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, 102–105; ANNE-CHRISTINE FUCHS, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, 11 Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS) (2008), S. 143–205; STEFAN HAEDER, Das deutsche Notariat als Bereichsausnahme von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit?, 10 ZEuS (2007), S. 117–150; ARMIN C. HERGETH, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag, Baden-Baden 1996; EPINEY & GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 6–7; SCHMID & PINKEL, *supra* Fn. 42, S. 129–161.

<sup>78</sup> Ähnlich SCHMID & PINKEL, *supra* Fn. 42, S. 145–146, welche das Verdikt des EuGH gestützt auf die bisherige Praxis entsprechend prognostizierten.

<sup>79</sup> *Id.*, Rz. 98; vgl. auch MARIE-CHRISTINE FUCHS, *supra* Fn. 56, S. 475, wonach das Urteil «Züge einer Kompromissentscheidung» trägt; SCHMID & PINKEL, *supra* Fn. 42, S. 150–159, mit einer beispielhaften Bewertung der Zulässigkeit von Beschränkungen im deutschen Notariat.

<sup>80</sup> *Id.*, Rz. 98.

<sup>81</sup> Anders offenbar FUCHS, *supra* Fn. 56, S. 475; zu dieser Richtlinie *supra* II.A.3.

prüfung hinauslaufen, welche sich von den traditionellen Notariatsprüfungen nicht wesentlich unterscheiden dürfte. Im Ergebnis bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, den Zugang zum Beruf des Notars auch weiterhin (stark) zu reglementieren.

## D. Zusammenfassung

Die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 49 AEUV gewährleistet das Recht, sich an einem frei gewählten Ort in der Europäischen Union dauerhaft niederzulassen und wirtschaftlich selbständig, d.h. auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, zu betätigen. Ihr persönlicher Geltungsbereich erstreckt sich auf selbständig erwerbstätige Unionsbürgerinnen und Unionsbürger (natürliche Personen) wie auch in einem Mitgliedstaat gegründete und domizilierte Gesellschaften (juristische Personen). Ursprünglich entfaltete die Niederlassungsfreiheit ihre Wirkung primär als spezielle Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbots. In dieser Funktion richtet sie sich gegen offene (*de iure*) und versteckte (*de facto*) Diskriminierungen. Darüber hinaus hat der EuGH die Niederlassungsfreiheit zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot (Übermassverbot) entwickelt. Die Niederlassungsfreiheit gilt nicht absolut. Zum einen enthält Art. 52 AEUV einen *Ordre-public*-Vorbehalt. Diese Bestimmung erlaubt Beschränkungen, welche aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Zum anderen hat der EuGH in rechtsschöpferischer Auslegung von Art. 49 AEUV auch in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt. Beschränkungen, welche unterschiedslos auf eigene und fremde Unternehmer und Gesellschaften anwendbar sind, sind zulässig, sofern sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen und verhältnismässig sind. Schliesslich sind die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht anwendbar, wenn die Voraussetzungen der Bereichsausnahme von Art. 51 AEUV erfüllt sind. Seit Ablauf der Übergangszeit zur schrittweisen Einführung der Niederlassungsfreiheit, d.h. seit 1970, ist die Niederlassungsfreiheit unmittelbar anwendbar. Darüber hinaus werden die primärrechtlichen Vorgaben in einer Vielzahl von Verordnungen und Richtlinien konkretisiert. Von praktischer Relevanz ist dabei insbesondere die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Als Rahmenerlass findet sie vorbehältlich spezieller, davon abweichender Vorschriften auf alle reglementierten Berufe Anwendung.

Auf Tätigkeiten, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung. Art. 51 Abs. 1 AEUV enthält einen entsprechenden «Souveränitätsvorbehalt». Kernkompetenzen und -verantwortungen staatlicher Aufgabenerfüllung sollen in den Händen der eigenen Staatsangehörigen verbleiben. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 51

Abs. 1 AEUV sind eng auszulegen (*in dubio pro libertate*). Der EuGH geht bei der Überprüfung einer mitgliedstaatlichen Massnahme zweistufig vor. In einem ersten Schritt gewährt er den Mitgliedstaaten bei der Zuordnung einer fraglichen Tätigkeit zur öffentlichen Gewalt einen gewissen Ermessensspielraum. In einem zweiten Schritt prüft der EuGH objektiv nach, ob die fragliche Tätigkeit ihrem Charakter und ihrer Stellung innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung nach tatsächlich als hoheitlich anzusehen und mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Dabei ist der Anwendungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AEUV auf Tätigkeiten beschränkt, die als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen. Die Tatsache, dass eine fragliche Tätigkeit die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels bezweckt, genügt für sich allein nicht, um diese Tätigkeit als unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen. Es stellt immerhin ein Indiz für die Ausübung öffentlicher Gewalt dar, wenn der Berechtigte über Sonderrechte, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnisse verfügt. Soweit ersichtlich hat der EuGH die mitgliedstaatliche Berufung auf die Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV noch für keinen Beruf bzw. keine Tätigkeit vollumfänglich akzeptiert.

Ein aktuelles Beispiel für die mitunter kontroverse Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AEUV betrifft das Staatsangehörigkeitserfordernis für den Beruf des Notars. Der EuGH hat am 24. Mai 2011 festgestellt, dass die diesbezüglichen Regelungen in Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Luxemburg und Österreich die Voraussetzungen von Art. 51 Abs. 1 AEUV nicht erfüllen.<sup>82</sup> Mit Blick auf die Haupttätigkeit der Notare, d.h. die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften, stellt 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. Das Tätigwerden des Notars setzt vielmehr voraus, dass zuvor eine Einigung oder Willensübereinstimmung der Parteien zustande gekommen ist. Im Ergebnis beruhen die Erwägungen des EuGH auf einer engen, funktionalen Lesart der Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV. Sie führen die bisherige Praxis schlüssig weiter. Konsequenterweise ist nun die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen auf den Beruf des Notars anwendbar.

<sup>82</sup> Siehe *supra* Fn. 67.

### III. Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU bezweckt, die Personenfreizügigkeit, wie sie sich innerhalb der EU entwickelt hat, punktuell auch auf das bilaterale Verhältnis auszudehnen.<sup>83</sup> Die Präambel bringt diese Zielsetzung anschaulich zum Ausdruck: Die Vertragsparteien sind «entschlossen, diese Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen». Entsprechend lehnt sich das Abkommen eng an die im EU-Recht geltenden Regelungen des Primär- und Sekundärrechts an.<sup>84</sup> In weiten Teilen werden Bestimmungen wörtlich oder sinngemäss übernommen. Dies gilt im Grundsatz auch für das Recht zur Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit auf dem Gebiet einer anderen Vertragspartei, wie es in Art. 12–16 Anhang I FZA gewährleistet wird.

Als Vorbemerkung werden die rechtlichen Vorgaben und praktischen Grundsätze, welche für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens einschlägig sind, rekapituliert (III.A.). Analog zur obigen Darstellung des EU-Rechts werden sodann der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit im bilateralen Verhältnis, die zulässigen Beschränkungen und Ausnahmen sowie die Konkretisierungen im EU-Sekundärrecht, auf die in Anhang II und III FZA verwiesen wird, dargestellt (III.B.), die Bereichsausnahme von Tätigkeiten, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, untersucht (III.C.) sowie die Auswirkungen des *supra* widergegebenen EuGH-Verdikts zur Unzulässigkeit eines Staatsangehörigkeitserfordernisses für den Beruf des Notars auf das bilaterale Verhältnis analysiert (III.D.). Eine Zusammenfassung rundet die Ausführungen zum Freizügigkeitsabkommen ab (III.E.).

<sup>83</sup> Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128, S. 6310. Zeitgleich mit dem Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002 wurden die einschlägigen Bestimmungen der EFTA-Konvention angepasst (Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der EFTA, sog. Vaduzer Übereinkommen; SR 0.632.31). Damit gelten die Freizügigkeitsrechte analog auch vis-à-vis Norwegen und Island. Zwischen der Schweiz und Liechtenstein gilt gestützt auf einen Notenaustausch vom 29. Oktober 2004 die volle Freizügigkeit, DIETER W. GROSSEN & CLAIRE DE COULON, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Daniel Thüer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU: Ein Handbuch, Zürich 2007, Rz. 15 und Fn. 14.

<sup>84</sup> ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, 141 ZBJV (2005), S. 1, 1; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 272.

## A. Vorbemerkung: Auslegung des FZA

Ausgangs- und Referenzpunkt für das methodische Vorgehen bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens bilden die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK).<sup>85</sup> Art. 31 WVRK (allgemeine Auslegungsregel) und Art. 32 WVRK (ergänzende Auslegungsmittel) sind auch für die Auslegung der bilateralen Abkommen einschlägig.<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup> Dabei legen die jeweiligen Vertragsparteien ein Abkommen autonom aus.<sup>88</sup> Eine Bindung an die Auslegung durch eine andere Vertragspartei besteht nicht. Ebenso wenig existiert ein gemeinsamer Streitbeilegungsmechanismus im Sinn eines unabhängigen Drittparteiengerichts, welches das Freizügigkeitsabkommen autoritativ auslegen würde. Der EuGH und das schweizerische Bundesgericht entscheiden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten, d.h. auf entsprechende Beschwerden hin bzw. im Fall des EuGH zusätzlich im Vorabentscheidungsverfahren, letztinstanzlich über die Auslegung des Abkommens.

Dogmatisch neuartige, in der juristischen Methodenlehre kaum thematisierte Fragen stellen sich insbesondere bei der Auslegung von Bestimmungen, welche wörtlich oder sinngemäss EU-Recht nachgebildet sind. Im Mittelpunkt steht die Frage, in welchem Ausmass die spezifisch europarechtliche Bedeutung von dergestalt übernommenem Recht berücksichtigt werden soll bzw. welche Bindungswirkung der Praxis des EuGH zur Auslegung von Vorbild- bzw. Parallelbestimmungen im unionalen Primär- und Sekundärrecht zukommen soll.<sup>89</sup> Art. 16 FZA äussert sich zur geforderten Bezugnahme auf das Unionsrecht wie folgt:

<sup>85</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVRK, SR 0.111, 1155 U.N.T.S. 332).

<sup>86</sup> Rs. C-70/09, *Hengartner und Gasser*, noch nicht in Slg. publiziert, Rz. 36; BGE 133 V 329, 339 E. 8.4; BGE 132 V 53, 60 E. 6.3; ASTRID EPINEY, 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, 186; FABRICE FILLIEZ, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Daniel Felder & Christine Kaddous (eds.), *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaire)*, Basel 2001, S. 183, 201–205; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 279.

<sup>87</sup> THOMAS COTTIER & NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, *Jusletter* vom 2. Februar 2009, Rz. 14.

<sup>88</sup> COTTIER & DIEBOLD, *supra* Fn. 87, Rz. 34.

<sup>89</sup> Siehe dazu etwa MARC AMSTUTZ, Normative Kompatibilitäten: Zum Begriff der Europakompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht, in: Astrid Epiney et al. (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005*, Bern/Zürich 2005, S. 235–251; ALVARO BORGHI, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, Genève 2010, Rz. 625–673; THOMAS BURRI & BENE-



*Art. 16 Bezugnahme auf das Gemeinschaftsrecht*

<sup>1</sup> Zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden.

<sup>2</sup> Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Um das ordnungsgemässe Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.

Art. 16 Abs. 2 FZA stipuliert keine rechtliche Verpflichtung, die Rechtsprechung des EuGH *tel quel* zu übernehmen.<sup>90</sup> Mit Blick auf die *ratio legis* des Freizügigkeitsabkommens (Verwirklichung der vom Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechte auf der Basis des unionalen *Acquis* unter Schaffung einer möglichst parallelen Rechtslage) liegt der Schluss aber nahe, dass 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 Europäisierung des schweizerischen Rechts fungiert.<sup>91</sup> 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 in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH

DIKT PIRKER, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, 20 SZIER (2010), S. 165–188; COTTIER & DIEBOLD, *supra* Fn. 87, Rz. 34–45; EPINEY, *supra* Fn. 84, S. 5–31; EPINEY, *supra* Fn. 86, S. 188–193; ASTRID EPINEY, BEATE METZ & ROBERT MOSTERS (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, Zürich 2011; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 318–336; FRANCESCO MALANI, La «Saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, 130 ZSR (2011), S. 27–53; HANSJÖRG SEILER, 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, S. 9–12.

<sup>90</sup> GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 321–323.

<sup>91</sup> Siehe für die unionsrechtlichen Auslegungsmethoden etwa OPPERMAN, CLASSEN & NETTESHEIM, *supra* Fn. 5, § 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).

auszulegen; es handelt sich um eine Berücksichtigungsobliegenheit.<sup>92</sup> 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 können sich insbesondere dann aufdrängen, 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.<sup>93</sup>

Der EuGH weist in den wenigen Urteilen zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens regelmässig darauf hin, dass «die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden [kann], sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist».<sup>94</sup> Diese Terminologie erinnert an die *Polydor*-Rechtsprechung, wonach der EuGH analogen Bestimmungen im EU-Recht und in Abkommen mit Drittstaaten unter Umständen eine unterschiedliche Bedeutung und Tragweite zuerkennt, wenn die beiden Regelwerke unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen.<sup>95</sup> Trotz dieser zurückhaltenden und «integrationsunfreundlichen» Wortwahl kann mit Blick auf die Praxis des EuGH wohl davon ausgegangen werden, dass sich auch der EuGH von der Vermutung zugunsten der parallelen Auslegung von wörtlich oder sinngemäss übernommenen Bestimmungen leiten lässt, sofern die Regelungsinhalte der

<sup>92</sup> Ähnlich CARL BAUDENBACHER, 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, 829; THOMAS COTTIER & ERIK EVTIMOV, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in: Thomas Cottier & Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, S. 179, 200; EPINEY, *supra* Fn. 86, S. 190–191; EPINEY, *supra* Fn. 84, S. 23–31; ASTRID EPINEY, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, 105 SJZ (2009), S. 25, 26–27; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 318–336.

<sup>93</sup> 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, vgl. dazu BGE 136 II 5, 14f. E. 3.6.

<sup>94</sup> Rs. C-351/08, *Grimme*, Slg. 2009 10777, Rz. 29; ebenso Rs. C-70/09, *Hengartner und Gasser*, noch nicht in Slg. publiziert, Rz. 42; C-541/08, *Fokus Invest AG*, noch nicht in Slg. publiziert, Rz. 28; dazu etwa LAURA MELUSINE BAUDENBACHER, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU–Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, Anmerkungen zu C-351/08, *European Law Reporter* 2010, S. 34–37; BURRI & PIRKER, *supra* Fn. 89, S. 168–173; ASTRID EPINEY, Zu Tragweite und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU. Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010, Rs. C-70/09 – *Hengartner*, 8 Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) (2011), S. 64–68; CHRISTA TOBLER, Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenze des bilateralen Rechts, in: Astrid Epiney & Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern/Zürich 2010, S. 369–384.

<sup>95</sup> Rs. 270/80, *Polydor*, Slg. 1982 329, Rz. 7–21; dazu TOBLER, *supra* Fn. 94, S. 374–382.

fraglichen Bestimmungen im Gesamtkontext des Unionsrechts bzw. des Freizügigkeitsabkommens auf der gleichen *ratio legis* beruhen.<sup>96</sup> Dies dürfte in aller Regel der Fall sein.

Die Praxis des Bundesgerichts beruht konsequent auf dem Grundsatz der europakompatiblen Auslegung. Das Bundesgericht vertritt eine «pragmatische Haltung»<sup>97</sup> und beruft sich bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens regelmässig auf die Rechtsprechung des EuGH zu analogen Begriffen des Unionsrechts.<sup>98</sup> 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:

«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.»<sup>99</sup>

<sup>96</sup> Ähnlich EPINEY, *supra* Fn. 94, S. 64, mit Verweis auf die einschlägige Praxis des EuGH zu Abkommen mit Drittstaaten.

<sup>97</sup> Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (in Beantwortung des Postulats Markwalder 09.3560) vom 17. September 2010, BBl 2010 7239, S. 7301.

<sup>98</sup> Siehe dazu COTTIER & DIEBOLD, *supra* Fn. 87, Rz. 45; EPINEY, *supra* Fn. 92, S. 26–27; EPINEY, *supra* Fn. 86, S. 189–192, welche darauf hinweist, dass sich das methodische Vorgehen des BGer. dabei keineswegs konsistent präsentiert; MALANI, *supra* Fn. 89, S. 30–51; SEILER, *supra* Fn. 89, S. 9–12.

<sup>99</sup> BGE 136 II 5, 12f. E. 3.4; MARC SPESCHA, Urteilsbesprechung «Erweiterte Familiennachzugsrechte für EU-BürgerInnen: *Metock*-Rechtsprechung des EuGH gilt auch im Geltungsbereich des FZA», AJP 2010, S. 102–105; vgl. etwa auch BGE 130 II 1, 5ff. E. 3, wo gemäss BGer. keine «stichhaltigen Gründe» (E. 3.6.4) vorlagen, um von einem im Jahr 2003 ergangenen EuGH-Urteil (Rs. C-109/01, *Akrich*, Slg. 2003 I-9607) abzuweichen, auch wenn das BGer. gewisse Zweifel an der Richtigkeit dieses EuGH-Urteils nicht verhehlen konnte; BGE 132 V 423, 440ff. E. 9.5, wo der seit 1999 ergangenen EuGH-Praxis 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 EuGH-Praxis für die Auslegung des FZA bzw. Anhang I in Bezug auf die Quellenbesteuerung übernommen wurde.

Das höchstrichterliche Diktum ist klar: Soweit das Freizügigkeitsabkommen auf unionsrechtliche Grundsätze und Begriffe zurückgreift, ist es im Einklang mit der einschlägigen EuGH-Praxis auszulegen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein EuGH-Urteil vor oder nach dem Stichtag vom 21. Juni 1999 ergangen ist.<sup>100</sup> Eine Abweichung wird nur dann ins Auge gefasst, wenn gewichtige Gründe dafür sprechen. Diese Grundsätze gelten ebenso für die Auslegung der vorliegend interessierenden Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit, d.h. die Aufenthaltsregelung für selbständig Erwerbstätige gemäss Art. 12 i.V.m. Art. 15 Anhang I FZA und die Bereichsausnahme für Tätigkeiten, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, gemäss Art. 16 Anhang I FZA.

## B. Niederlassungsfreiheit

Art. 1 lit. a FZA nennt als eines der Ziele, welche mit dem Abkommen verwirklicht werden sollen, die «Einräumung eines Rechts (...) auf Niederlassung als Selbstständiger». Art. 4 FZA verweist für die konkreten Rechte und Pflichten auf Anhang I FZA. Das III. Kapitel von Anhang I («Selbstständige») enthält die einschlägigen Bestimmungen. Im Zentrum steht dabei Art. 12 Anhang I FZA, der ausschnittsweise wie folgt lautet:

### *Art. 12 Aufenthaltsregelung*

<sup>1</sup> Ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei, der sich zwecks Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen will (im Folgenden «Selbstständiger» genannt), erhält eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Erteilung, sofern er den zuständigen nationalen Behörden nachweist, dass er zu diesem Zweck niedergelassen ist oder sich niederlassen will.

<sup>2</sup> Die Aufenthaltserlaubnis wird automatisch um mindestens fünf Jahre verlängert, sofern der Selbstständige den zuständigen nationalen Behörden nachweist, dass er eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt.

...

Die Gewährleistung des Rechts auf Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit folgt inhaltlich weitgehend der Regelung zur Niederlassungsfreiheit im AEUV.<sup>101</sup> Obwohl das Recht im bilateralen Verhältnis gemäss offizieller Vertragsterminologie (Überschrift von Art. 12 Anhang I FZA) nicht als Niederlassungsfreiheit betitelt wird, rechtfertigt sich mit Blick auf die weitgehend parallele Ausgestaltung der Gewährleistungen eine identische Namensgebung. Im Übrigen nennt Art. 1 lit. a die Einräumung eines Rechts auf «Niederlassung als

<sup>100</sup> EPINEY, *supra* Fn. 84, S. 30, spricht von der «Relativität des Stichtags»; dazu auch BAUDENBACHER, *supra* Fn. 92, S. 829.

<sup>101</sup> Ähnlich EPINEY, *supra* Fn. 84, S. 3; EPINEY, *supra* Fn. 94, S. 64–68; EPINEY & GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 41.

Selbstständiger» ausdrücklich als eines der Ziele des Abkommens und knüpft damit auch begrifflich an Art. 49 AEUV an.<sup>102</sup> Gleichzeitig weicht der Geltungsbereich von Art. 12 Anhang I FZA in einigen wesentlichen Punkten von der EU-rechtlichen Niederlassungsfreiheit ab. Diese Abweichungen beruhen auf der unterschiedlichen *ratio legis* des AEUV und des Freizügigkeitsabkommens. Sie werden im Folgenden speziell gekennzeichnet.

## 1. Schutzbereich

Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz ein subjektives Recht, sich im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien niederzulassen und einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen.<sup>103</sup> Dazu gehört das Recht, Unternehmen zu gründen und zu leiten.<sup>104</sup> Im Gegensatz zum persönlichen Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 49 i.V.m. 54 AEUV ist Art. 12 Anhang I FZA nur auf natürliche Personen anwendbar. Juristische Personen können sich im bilateralen Verhältnis nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen.<sup>105</sup> Die wörtliche, systematische und auf den Sinn und Zweck abstellende Auslegung der einschlägigen Bestimmungen lässt klarerweise keinen anderen Schluss zu. Der EuGH hat diese Lesart unter Hinweis auf die souveräne Entscheidung der Schweiz, auf die volle Freizügigkeit zu verzichten und stattdessen nur punktuell Rechte zu vereinbaren, bestätigt.<sup>106</sup> Art. 15 Anhang I FZA enthält den zentralen Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Inländerbehandlung). Es ist verboten, Staatsangehörige einer anderen Vertragspartei in Bezug auf den Zugang und die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit schlechter zu behandeln als eigene Staatsangehörige. Diese Bestimmung stellt eine spezielle, auf die Niederlassungsfreiheit zugeschnittene Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA dar.<sup>107</sup> Dabei werden sowohl offene (*de iure*) als auch versteckte (*de facto*) Diskriminierungen erfasst.<sup>108</sup> Kontrovers wird die Frage diskutiert,

<sup>102</sup> Auch die bundesrätliche Botschaft verwendet in Bezug auf Art. 12 Anhang I FZA den Terminus der «Niederlassungsfreiheit», Botschaft Bilaterale I, *supra* Fn. 83, S. 6311.

<sup>103</sup> GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 30.

<sup>104</sup> Botschaft Bilaterale I, *supra* Fn. 83, S. 6311.

<sup>105</sup> GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 96.

<sup>106</sup> Rs. C-351/08, *Grimme*, Slg. 2009 I-10777, Rz. 27–39; Rs. C-541/08, *Fokus Invest AG*, noch nicht in der Slg. publiziert, Rz. 31–32; STEFAN OESTERHELT, Diskriminierungsverbote im internationalen Steuerrecht der Schweiz, 79 Archiv für schweizerisches Abgaberecht (ASA) (2010/2011), S. 269, 290–291.

<sup>107</sup> GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 26; STEFAN OESTERHELT, Quellensteuerordnung verstösst gegen die Bilateralen Abkommen, IFF Forum für Steuerrecht 2010, S. 211, 216–217; zur Auslegung von Art. 15 Anhang I FZA etwa Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*, Slg. 2008 I-11087, Rz. 30–49.

<sup>108</sup> BGE 131 V 209, 215ff. E. 6, zu Art. 2 FZA; BORGHI, *supra* Fn. 89, Rz. 61–64; CHANTAL DELLI, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizü-

ob Art. 12 Anhang I FZA ein Beschränkungsverbot (Übermassverbot) enthält, d.h. ob sich der Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit im bilateralen Verhältnis funktionell auf das Verbot der Diskriminierung von ausländischen Staatsangehörigen beschränkt (wie der Wortlaut von Art. 12 i.V.m. 15 Anhang I FZA nahelegt) oder ob er darüber hinausgehende Ansprüche auf Beseitigung von *per se* übermässigen Marktzugangsbeschränkungen vermittelt (wie sich die Rechtslage in der EU präsentiert).<sup>109</sup> Weder der EuGH noch das Bundesgericht haben sich bis anhin zu dieser Frage geäußert.<sup>110</sup>

Die Kriterien, welche im EU-Recht zur Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit entwickelt wurden, gelten im bilateralen Verhältnis analog.<sup>111</sup> Gemäss Merkblatt zur Personenfreizügigkeit des Integrationsbüro EDA/EVD kann der Nachweis der Selbständigkeit (Errichtung eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte mit existenzsichernder Geschäftstätigkeit) etwa durch Vorlegen von Geschäftsbüchern (Buchhaltung, Aufträge etc.) oder durch bezahlte Sozialversicherungsbeiträge erbracht werden.<sup>112</sup> Der Begriff der Erwerbstätigkeit wird im FZA nicht definiert. Er ist weit zu verstehen und umfasst alle Tätigkeiten, welche auf einen wirtschaftlichen Zweck abzielen. Dabei schützt die Niederlassungsfreiheit nicht nur vor Diskriminierungen durch «klassische» staatliche Massnahmen, sondern auch vor Massnahmen privat organisierter Berufs- und Wirtschaftsverbände mit einer gewissen Kom-

gigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel 2009, S. 50–51; OESTERHELT, *supra* Fn. 106, S. 291.

<sup>109</sup> Siehe dazu umfassend DELLI, *supra* Fn. 108, S. 291–331 (unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit); ferner CHANTAL DELLI & CHRISTA TOBLER, Beschränkungen im Personenfreizügigkeitsabkommen?, AJP 2007, S. 1367–1375; BORGHI, *supra* Fn. 89, Rz. 72; EPINEY, *supra* Fn. 84, S. 9–12; PASCAL HINNY, Das Diskriminierungsverbot des Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht, IFF Forum für Steuerrecht 2004, S. 165, 173; OESTERHELT, *supra* Fn. 106, S. 293–294.

<sup>110</sup> Siehe Urteil des BGer. vom 27. März 2006 (K 163/03), E. 6.3.

<sup>111</sup> Siehe *supra* II.A.1.; dazu auch DELLI, *supra* Fn. 108, S. 41–43; GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 96.

<sup>112</sup> Integrationsbüro EDA/EVD, Personenfreizügigkeit, Merkblatt vom Juli 2010, S. 3, einsehbar unter <[www.europa.admin.ch](http://www.europa.admin.ch)> und Link zu Bilaterale Abkommen/Personenfreizügigkeit (besucht am 1. September 2011); dazu auch Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Weisung zum Vorgehen zur Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit von ausländischen Dienstleistungserbringern vom Oktober 2010, erhältlich unter <[www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch)> und Link zu Flankierende Massnahmen zum freien Personenverkehr CH-EU (besucht am 1. September 2011). – Am 23. September 2011 hat der Bundesrat die Vernehmlassung für eine Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit eröffnet. Mit einer Änderung des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, SR 823.20) soll u.a. die Scheinselbständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer bekämpft werden. Zu diesem Zweck soll neu eine Dokumentationspflicht eingeführt werden, vgl. Pressemitteilung des EVD vom 23. September 2011.

petenz zur Regulierung von Marktzugangsrechten.<sup>113</sup> Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich – analog zum Geltungsbereich der Grundfreiheiten im EU-Recht – allein auf grenzüberschreitende Sachverhalte.<sup>114</sup> Auch das FZA bietet keine rechtliche Handhabe, um gegen allfällige Inländerdiskriminierungen (*discrimination à rebours*) vorzugehen.

Art. 12 Anhang I FZA garantiert das Recht auf Einreise, Aufenthalt und Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, nicht aber auf unbefristete Niederlassung.<sup>115</sup> Die grundsätzlich fünfjährige Aufenthaltsbewilligung – in der Schweiz die sog. «Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA» – wird gemäss Art. 12 Abs. 2 Anhang I FZA immerhin automatisch verlängert, wenn nachgewiesen wird, dass tatsächlich eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Die Personenfreizügigkeit hat ihre volle Wirkung zwischen den Vertragsparteien nicht *ab initio* entfaltet, d.h. ab Inkrafttreten des Abkommens am 1. Juni 2002. Die gegenseitige Liberalisierung des Marktzugangs geschah schrittweise. Art. 10 FZA und die Zusatzprotokolle I und II sehen unterschiedliche Übergangsregelungen für den Zugang von Erwerbstätigen aus der EU-15 plus Malta und Zypern, aus der EU-8 (Beitritt am 1. Mai 2004) sowie aus Bulgarien und Rumänien (Beitritt am 1. Januar 2007) in die Schweiz vor.<sup>116</sup> Diverse Beschränkungen und Kontingentierungen sind bereits ausgelaufen. Für selbständig Erwerbstätige besteht mittlerweile gegenüber allen EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich volle Freizügigkeit. Eine spezielle Schutzklausel erlaubt, bei einer übermässigen Erhöhung des Zuzugs von EU-Staatsangehörigen die Zahl der Aufenthaltsbewilligungen einer bestimmten Kategorie einseitig und für eine maximale Dauer von zwei Jahren zu plafonieren. Diese Schutzklausel gilt bis am 31. Mai 2014. Gegenüber Rumänien und Bulgarien kann die Schutzklausel bis 31. Mai 2019 angerufen werden.

<sup>113</sup> Vgl. dazu auch Art. 9 Anhang I FZA, der kraft Verweis in Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA auch in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit anwendbar ist; zur horizontalen Drittwirkung des Diskriminierungsverbots von Art. 2 FZA BORGHI, *supra* Fn. 89, Rz. 65–67; ASTRID EPINEY, Ausländerklauseln im Amateursport – ausgewählte rechtliche Fragen unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU, Fribourg 2008.

<sup>114</sup> GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 14; WALTER KÄLIN, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier & Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, S. 11, 34–35; anschaulich zur Frage der grenzüberschreitenden Anknüpfung in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit Urteil des BGE. 2C\_319/2009 und 2C\_321/2009 vom 26. Januar 2010, E. 11; zur *discrimination à rebours* (u.a. in Bezug auf den Familiennachzug unter dem FZA) MATTHIAS OESCH, Inländerdiskriminierung, 145 ZBJV (2009), S. 787–820.

<sup>115</sup> Vgl. Art. 4 und 5 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 (VEP, SR 142.203); BGE 130 II 49, 55 E. 4.

<sup>116</sup> Siehe dazu Bundesamt für Migration, Weisungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs vom 1. Mai 2011, erhältlich unter <[www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch)> und dem Link zu Themen/ Personenfreizügigkeit Schweiz-EU/EFTA (besucht am 1. September 2011).

## 2. Beschränkungen und Ausnahmen

Die Niederlassungsfreiheit gilt auch im bilateralen Verhältnis nicht absolut. In der Praxis stehen – analog zum EU-Recht – drei Beschränkungen bzw. Ausnahmen im Vordergrund. Zum einen enthält Art. 5 Anhang I FZA einen *Ordre-public*-Vorbehalt. Diese Bestimmung lehnt sich eng an die Vorbilderregelung im EU-Recht an (vgl. Art. 52 Abs. 1 AEUV). Sie erlaubt den Vertragsparteien, die im Abkommen eingeräumten Rechte einzuschränken, d.h. Staatsangehörigen einer anderen Vertragspartei den Marktzugang zu verweigern, sofern solche Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind.<sup>117</sup> Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verweist für die Auslegung dieser Bestimmung auf die im Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA einschlägigen EU-Richtlinien 64/221/EWG, 72/194/EWG und 75/35/EWG. Diese Richtlinien wurden im EU-Recht in der Zwischenzeit durch die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (sog. Freizügigkeits- oder Unionsbürgerrichtlinie), ersetzt. Die Schweiz hat der Union am 14. Juni 2011 mitgeteilt, dass sie nicht bereit ist, über die Übernahme dieser Richtlinie in das FZA zu verhandeln.<sup>118</sup> Damit beanspruchen im bilateralen Verhältnis weiterhin die «altrechtlichen» Richtlinien Gültigkeit. Massnahmen, welche gestützt auf Art. 5 Anhang I FZA erlassen werden, müssen zudem verhältnismässig sein.<sup>119</sup> Zum anderen können Beschränkungen, welche formal zwar unterschiedslos auf eigene Staatsangehörige und auf Staatsangehörige einer anderen Vertragspartei anwendbar sind, in ihrer praktischen Wirkung aber versteckte Diskriminierungen darstellen, gerechtfertigt werden, sofern sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen und verhältnismässig sind.<sup>120</sup> Insofern enthält auch das Freizügigkeitsabkommen eine immanente Schrankenordnung, deren konkretisierende Ausgestaltung und einzelfallweise Anwendung durch die jeweiligen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden erfolgt.<sup>121</sup>

<sup>117</sup> Siehe dazu BGE 130 II 176, 179ff. E. 3.1; BGE 129 II 215, 220f. E. 6; BORGHI, *supra* Fn. 89, Rz. 218–250, m.w.H. auf die Praxis des BGer.; GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 39–40.

<sup>118</sup> Siehe <[www.europa.admin.ch](http://www.europa.admin.ch)> und den Link zu Dienstleistungen/Archiv/Wichtige Etappen in Bern und Brüssel (besucht am 1. September 2011); ROMAN BUSCH et al., Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EU in der praktischen Anwendung, in: Astrid Epiney & Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2010/2011, Bern/Zürich 2011, S. 469, 476.

<sup>119</sup> BGE 130 II 176, 185ff. E. 4; CHRISTINE KADDOUS & CHRISTA TOBLER, *Droit européen: Suisse – Union européenne*, 15 SZIER (2005), S. 611, 638.

<sup>120</sup> BGE 131 V 209, 214ff. E. 6; DELLI, *supra* Fn. 108, S. 49–50; KÄLIN, *supra* Fn. 114, S. 36. Demgegenüber sind offene (direkte) Diskriminierungen, welche an der fremden Staatsangehörigkeit einer betroffenen Person anknüpfen, keiner ungeschriebenen Rechtfertigung zugänglich.

<sup>121</sup> Sofern die Freizügigkeitsrechte auch unter dem FZA Beschränkungsverbote darstellen (siehe *supra* III.B.1.), ist diese immanente Schrankenordnung – unterschiedslose Anwendung, zwingende Gründe



Schliesslich ermächtigt Art. 16 Anhang I FZA die Vertragsparteien, das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu verweigern, wenn diese Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Darum geht es im nächsten Kapitel (III.C.).

### 3. Direkte Anwendbarkeit und Konkretisierungen in Anhang II und III

Es ist unbestritten, dass diejenigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, welche justiziabel sind, unmittelbar anwendbar (*self-executing*) sind.<sup>122</sup> Dazu gehört die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Anhang I FZA. Natürliche Personen können sich vor schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden direkt auf diese Bestimmung berufen. Dasselbe gilt in Verfahren vor mitgliedstaatlichen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden bzw. vor dem EuGH.<sup>123</sup>

Darüber hinaus verpflichten Art. 8 und 9 FZA die Vertragsparteien, die erforderlichen Massnahmen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Anhang II) und zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Zeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise (Anhang III) zu ergreifen, um den gegenseitigen Zugang zu Erwerbstätigkeiten und deren Ausübung zu erleichtern. Beide Anhänge verweisen auf eine Vielzahl von EU-Rechtsakten, welche dergestalt Eingang in das bilaterale Recht finden.<sup>124</sup> Während die Schweiz die beiden zentralen Verordnungen 1408/71/EWG und 574/72/EWG im Bereich der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit mittels eines Verweises in den einschlägigen Sozialversicherungsgesetzen umgesetzt hat,<sup>125</sup> hat sie in Bezug auf die Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen gemäss Anhang III – von wenigen Ausnahmen abgesehen – auf eine Über-

des Allgemeininteresses, Verhältnismässigkeit – auch für die Beurteilung umstrittener Marktzugsbeschränkungen im Allg. einschlägig.

<sup>122</sup> BGE 129 II 249, 257f. E. 3.3; BGE 130 II 49, 55 E. 4.2; Botschaft Bilaterale I, *supra* Fn. 83, S. 6358; COTTIER & DIEBOLD, *supra* Fn. 87, Rz. 20–28; DELLI, *supra* Fn. 108, S. 24–26; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 275–279; GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 21; KÄLIN, *supra* Fn. 114, S. 18–19; MATTHIAS OESCH, Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt, in: Tomas Poledna & Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitswesen im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 21, Rz. 12; vgl. auch Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 (VEP, SR 142.203), welche die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs unter Berücksichtigung der einschlägigen Übergangsbestimmungen regelt.

<sup>123</sup> Der EuGH geht regelmässig stillschweigend von der direkten Anwendbarkeit des FZA aus, siehe etwa Rs. C-351/08, *Grimme*, Slg. 2009 I-10777; Rs. C-13/08, *Stamm und Hauser*, Slg. 2008 I-11087; Rs. C-70/09, *Hengartner und Gasser*, noch nicht in Slg. publiziert.

<sup>124</sup> Umgekehrt werden jeweils auch die in der Schweiz offiziell verwendeten Berufs- und Diplombezeichnungen aufgelistet.

<sup>125</sup> Botschaft Bilaterale I, *supra* Fn. 83, S. 6359.

tragung ins schweizerische Recht verzichtet.<sup>126</sup> Es wurde davon ausgegangen, dass die rechtsanwendenden Behörden die einschlägigen Bestimmungen unmittelbar anwenden.<sup>127</sup> Dieses pragmatische und unkomplizierte Vorgehen ist sinnvoll und hat sich in der Praxis bewährt.<sup>128</sup>

Die Rechtsetzungstechnik der direkten Verweisung auf EU-Rechtsakte offenbart anschaulich die Problematik, welche die Ausgestaltung des Freizügigkeitsabkommens als «statisches» Abkommen mit sich bringt. Anhang II und III widerspiegelt grundsätzlich den *Acquis Communautaire*, wie er sich im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens am 21. Juni 1999 präsentierte. Mit Blick auf Anhang III handelte es sich damals um eine Vielzahl von teils sektoriell wirkenden, teils allgemein gültigen Richtlinien. In der Zwischenzeit hat die EU das System der gegenseitigen Diplomanerkennung zwischen den Mitgliedstaaten mit der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen auf eine neue Grundlage gestellt.<sup>129</sup> Gemäss Art. 62 der Richtlinie verfügten die Mitgliedstaaten über eine Frist von zwei Jahren, um die Richtlinie im nationalen Recht umzusetzen. Nach Ablauf dieser Frist, d.h. am 20. Oktober 2007, wurden die alten Richtlinien aufgehoben – vorderhand selbstredend nur mit Wirkung für den unionalen Binnenmarkt, während die überholten Richtlinien kraft statischer Verweisung im Anhang III FZA zwischen der Schweiz und der EU weiterhin Gültigkeit beanspruchen.

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.<sup>130</sup> Am 18. Juni 2008 sprach sich der Bundesrat für die Übernahme der Richtlinie in den Anhang III FZA aus und gab grünes Licht für die entsprechenden Vorarbeiten zur Übernahme und Um-

<sup>126</sup> Eine Ausnahme stellt etwa das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61) dar; dazu ROTHENBÜHLER, *supra* Fn. 31, S. 95–122. Gewisse Erlasse verweisen zudem direkt auf das FZA bzw. dessen Anhang III; siehe etwa Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> des Binnenmarktgesetzes (BGBM, SR 943.02); dazu MATTHIAS OESCH & THOMAS ZWALD, BGBM, OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 4 Rz. 4–6.

<sup>127</sup> Vgl. Botschaft Bilaterale I, *supra* Fn. 83, S. 6358.

<sup>128</sup> Siehe dazu etwa BGE 132 II 135, 140ff. E.6; BVGE C-89/2007 vom 2. Juli 2007; NINA GAMMENTHALER, Die schweizerische Rechtsprechung zur Diplomanerkennung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EG, in: Astrid Epiney & Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Zürich 2009, S. 419, 428–438; OESCH, *supra* Fn. 122, Rz. 12; FRÉDÉRIC BERTHOUD, Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU, in: Daniel Thürier et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, Rz. 87; COTTIER & DIEBOLD, *supra* Fn. 87, Rz. 28.

<sup>129</sup> Siehe *supra* II.A.3.

<sup>130</sup> Ähnlich BERTHOUD, *supra* Fn. 128, Rz. 84; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 128, S. 424–425; OESCH, *supra* Fn. 122, Rz. 16.

setzung in der Schweiz.<sup>131</sup> Die Verhandlungen mit der EU gestalteten sich in der Folge allerdings unerwartet harzig.<sup>132</sup> Erst im Herbst 2011 stimmte der Gemischte Ausschuss der Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG in den Anhang III FZA per 1. November 2011 zu.<sup>133</sup> Dabei wurde das folgende Vorgehen vereinbart: Die Richtlinie 2005/36/EG wird vorerst nur provisorisch in Kraft gesetzt. 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 in der Frist erledigt, fällt die provisorische Anwendbarkeit der Richtlinie dahin (*sunset clause*).

### C. Ausübung hoheitlicher Gewalt

Gemäss Art. 16 Anhang I FZA sind die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit auf gewisse Tätigkeiten nicht anwendbar.<sup>134</sup> Diese Regelung lautet wie folgt:

*Art. 16 Ausübung hoheitlicher Befugnisse*

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

Dabei handelt es sich analog zur Vorbilderregelung im EU-Recht nicht um eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, sondern um eine Ausnahme vom sachlichen Geltungs- bzw. Schutzbereich (Bereichsausnahme). Sofern die in

<sup>131</sup> Pressemitteilung vom 18. Juni 2008: Die Schweiz übernimmt neue europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, <[www.bbt.admin.ch](http://www.bbt.admin.ch)> und Link zu Medieninformationen.

<sup>132</sup> So beschwerte sich BR MICHELINE CALMY-REY öffentlich darüber, dass die EU für die Genehmigung neuer Regeln Fristen einführen wollte, «die für unsere Entscheidungsverfahren zu kurz sind – und das, ohne uns zu konsultieren», Der Sonntag vom 10. Juli 2011, S. 3.

<sup>133</sup> Beschluss 2/2011 des Gemischten Ausschusses vom 30. September 2011 über die Änderung von Anhang III FZA. – Gemäss Art. 18 FZA werden Änderungen der Anhänge II und III FZA vom Gemischten Ausschuss beschlossen und können sofort nach dessen Beschluss in Kraft treten, dazu Botschaft Bilaterale I, *supra* Fn. 83, S. 6157; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 302–307. Sofern der Gemischte Ausschuss allerdings über Beschlüsse befindet, welche von «weitreichender Tragweite» sind (was auf die Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG nicht zutrifft), muss zwingend das Parlament involviert werden, vgl. Aide-mémoire des EDA/EVD/EJPD, Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 6. September 2007, S. 7.

<sup>134</sup> Art. 6 des Luftverkehrsabkommens (SR 0.748.127.192.68) enthält eine analoge Bereichsausnahme für Tätigkeiten, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

Art. 16 Anhang I FZA stipulierten Voraussetzungen für eine Tätigkeit erfüllt sind, ist die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ausgeschlossen.

## 1. Ratio legis

Art. 16 Anhang I FZA entspricht inhaltlich der Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV. In Bezug auf die zentralen Begriffe sind diese Bestimmungen identisch formuliert. Ihre *ratio legis* ist in beiden Regelwerken, also im System der Personenfreizügigkeit im Binnenmarkt und im bilateralen Verhältnis, dieselbe. Die unionsrechtlichen Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit für natürliche Personen werden punktuell auf die Schweiz ausgeweitet; ausgenommen davon sind hoheitliche Tätigkeiten, deren Ausübung zwar an Private ausgelagert wird, die aber gleichwohl Kernkompetenzen und -verantwortungen staatlicher Aufgabenerfüllung tangieren und aus diesem Grund weiterhin den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben sollen. Die Schweiz «dockt» diesbezüglich an den unionalen Binnenmarkt an. Das ordnungsgemässe Funktionalisieren des Abkommens wird dabei wesentlich erleichtert, wenn (auch) die Bereichsausnahme von Art. 16 Anhang I FZA EU-seitig und Schweiz-seitig parallel, d.h. in gleicher Weise, ausgelegt und angewendet wird.

Art. 16 Anhang I FZA stellt eine Ausnahme von der im bilateralen Verhältnis geltenden Niederlassungsfreiheit dar. Aus diesem Grund sind die Tatbestandsvoraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit eine Tätigkeit den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden kann, analog zum Unionsrecht eng auszulegen.<sup>135</sup> Die einschlägigen EuGH-Urteile, welche für die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 AEUV eine restriktive Praxis begründeten, ergingen durchwegs vor 1999.<sup>136</sup> Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA müssen sie für die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA «berücksichtigt» werden.<sup>137</sup> Dasselbe gilt gestützt auf den Grundsatz der europakompatiblen Auslegung auch für die Urteile des EuGH nach 1999, welche die Praxis verfeinerten und weiterentwickelten, ohne dabei neuartige, nicht vorhersehbare Konkretisierungen oder gar Praxisänderungen vorzunehmen. Die Analyse der jüngeren EuGH-Urteile zu Art. 51 Abs. 1 AEUV offenbart keine Hinweise auf eine für die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA nicht einschlägige «Neurechtsprechung».<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Vgl. BGE 130 II 176, 182 E. 3.4; GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 38.

<sup>136</sup> Siehe zur Spruchpraxis des EuGH *supra* II.B.2.

<sup>137</sup> GROSSEN & DE COULON, *supra* Fn. 83, Rz. 38, nehmen in ihrer Kommentierung zu Art. 10 und 16 Anhang I FZA ausdrücklich auf die Praxis des EuGH Bezug.

<sup>138</sup> Siehe zum Grundsatz der europakompatiblen Auslegung *supra* III.A.; zur Abgrenzung von «alter» und «neuer» Rechtsprechung GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 325–326.

## 2. Praxis

Im Gegensatz zur Konkretisierung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 51 Abs. 1 AEUV durch den EuGH war Art. 16 Anhang I FZA bis anhin kaum Gegenstand vertiefter Betrachtung. Der EuGH hat sich soweit ersichtlich noch nie mit der Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA beschäftigt. Auch die Botschaft des schweizerischen Bundesrates zum FZA äussert sich nicht dazu.<sup>139</sup> Allein das Bundesgericht befasste sich in einem Urteil vom 6. September 2002 in der Sache B. gegen Standeskommission des Kantons Appenzell I. Rh. 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.<sup>140</sup> 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.<sup>141</sup> 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 Binnenmarktgesetzes.<sup>142</sup> Das Gleiche gilt gemäss Bundesgericht – allerdings ohne nähere Begründung – in Bezug auf 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.; ...).»<sup>143</sup>

<sup>139</sup> Vgl. Botschaft Bilaterale I, *supra* Fn. 83, S. 6312.

<sup>140</sup> BGE 128 I 280; kritisch zu diesem Urteil ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER & HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 581; CATHERINE BENANI et al., La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2002, RDAF 2003 I, S. 357, 429–430; das BGer. hat seine restriktive Haltung betr. der Qualifikation der Beurkundungstätigkeit diverse Male bestätigt, siehe Urteil des BGer. vom 6. August 2003, 2P.110/2002 und 2P.264/2002, E. 4; Urteil des BGer. vom 29. Januar 2004, 2P.237/2003, E. 4; Urteil des BGer. vom 24. August 2005, 2A.169/2005, E. 7; Urteil des BGer. vom 21. August 2007, 2P.42/2007, E. 2; dazu JULIEN SCHLAEPI, La rémunération du notaire de tradition latine, Genf 2009, S. 34–36.

<sup>141</sup> *Id.*, E. 3.

<sup>142</sup> *Id.*, E. 3.

<sup>143</sup> *Id.*, E. 3.

Das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) hat in einem Bericht zur Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG durch die Schweiz vom März 2008 das bundesgerichtliche Diktum übernommen. Demnach fallen Notare nicht in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens.<sup>144</sup> Weiter werden in diesem Bericht «Tätigkeiten der patentierten Ingenieur-Geometer» erwähnt, welche ebenfalls durch die Bereichsausnahme von Art. 16 Anhang I FZA gedeckt werden.

#### D. Aktuelles Beispiel: Beruf des Notars

Die schweizerische Praxis zur Qualifikation des Berufs des Notars im Licht von Art. 16 Anhang I FZA ist scheinbar klar. Das Bundesgericht hat im oben erwähnten *obiter dictum* unmissverständlich festgehalten, dass die Tätigkeit von Urkundspersonen in der Schweiz «zweifellos» eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt und unter die Bereichsausnahme von Art. 16 Anhang I FZA fällt.<sup>145</sup> Den Kantonen ist es folglich erlaubt, den Zugang zum Beruf des Notars schweizerischen Staatsangehörigen vorzubehalten. Diese schweizerische Lesart von Art. 16 Anhang I FZA wurde seither soweit ersichtlich nie ernsthaft in Frage gestellt – bis der EuGH am 24. Mai 2011 seine Urteile zur Unzulässigkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehalts bei der Bestellung von Notaren eröffnete.<sup>146</sup> Das klare Verdikt des EuGH strahlt – in der einen oder anderen Form – zwangsläufig und gleichsam reflexartig auch auf das bilaterale Verhältnis aus. Dabei scheint eine Prognose über die Einschlägigkeit der Erwägungen des EuGH für die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA unterschiedlich schwierig, je nachdem ob der EuGH oder das schweizerische Bundesgericht darüber zu befinden hat:

- Mit Blick auf die bisherige Praxis des EuGH zur Auslegung von Abkommen mit Drittstaaten, inkl. des Freizügigkeitsabkommens Schweiz–EU, kann wohl davon ausgegangen werden, dass der EuGH im Rahmen eines allfälligen Vorabentscheidungsverfahrens Art. 16 Anhang I FZA in Übereinstimmung mit seiner Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 1 AEUV auslegen

<sup>144</sup> Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT), Neue europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG), Anhörung: Erläuternder Bericht, S. 13; GAMMENTHALER, *supra* Fn. 9, S. 271.

<sup>145</sup> BGE 128 I 280, 282 E. 3; siehe *supra* III.C.2.

<sup>146</sup> Siehe *supra* II.C. – Während das BGer. im erwähnten Urteil zur Wohnsitzpflicht von Urkundspersonen die EuGH-Rechtsprechung zur Qualifikation des Rechtsanwaltsberufs (Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631) zitierte, nahm der EuGH in seinen Erwägungen zur Anwendbarkeit von Art. 51 Abs. 1 AEUV auf Notare – wenig überraschend – nicht Bezug auf das gegenteilige *obiter dictum* des BGer. in selbiger Sache.

wird.<sup>147</sup> Dies gilt auch in Bezug auf notarielle Tätigkeiten. Es sind keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, weshalb die diesbezüglichen Erwägungen des EuGH im bilateralen Verhältnis nicht einschlägig sein sollten.

- Die allfällige Fruchtbarmachung des EuGH-Verdikts zum Beruf des Notars für die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA durch schweizerische Verwaltungs- und Gerichtsbehörden wirft heiklere Fragen auf. Die Erwägungen des EuGH stehen im Widerspruch zum *obiter dictum* des Bundesgerichts aus dem Jahr 2002, wonach Urkundspersonen unter die Bereichsausnahme von Art. 16 Anhang I FZA fallen. Eine Anpassung an die mittlerweile geklärte Rechtslage in der EU würde diesbezüglich eine Praxisänderung bedeuten, was – so könnte argumentiert werden – einen «triftigen Grund» darstellt, um *in casu* vom Grundsatz der europakompatiblen Auslegung abzuweichen und für die Notariatstätigkeit in der Schweiz eine vom EU-Recht abweichende Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu bevorzugen.<sup>148</sup> Gleichzeitig sprechen gewichtige Gründe dafür, das EuGH-Verdikt im bilateralen Verhältnis zu übernehmen. Der Grundsatz der europakompatiblen Auslegung gebietet, wörtlich oder sinngemäss vom EU-Recht übernommene Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH auszulegen, sofern den fraglichen Bestimmungen die gleiche *ratio legis* zugrunde liegt.<sup>149</sup> Dieser Grundsatz stellt eine Leitmaxime der schweizerischen Integrationspolitik dar und geniesst einen entsprechend hohen Stellenwert. Er reflektiert das schweizerische Interesse an einem einheitlich ausgestalteten Freizügigkeitsraum und einer möglichst parallelen Rechtsentwicklung. Soweit ersichtlich ist das Bundesgericht bis dato noch nie von diesem Grundsatz abgewichen. Vor diesem Hintergrund scheint die Sachlage klar: Die Erwägungen des EuGH zum Beruf des Notars sind auch im bilateralen Verhältnis einschlägig. Dies gilt umso mehr, als das Verdikt des EuGH keineswegs überraschend kommt. Kommission, EU-Mitgliedstaaten und Berufsverbände diskutieren die Zweck- und Rechtmässigkeit von (allzu) stark reglementierten und abgeschotteten Märkten im Bereich der freien Berufe seit langem kontrovers.<sup>150</sup> Nach der – ebenfalls durch den EuGH initiierten – Öffnung des Marktzugangs für Rechtsanwälte richtete

<sup>147</sup> Siehe zur bisherigen Praxis *supra* II.B.2.

<sup>148</sup> Siehe BGE 136 II 5, 13 E. 3.4 (*supra* III.A. widergegeben), zur Forderung nach «triftigen Gründen».

<sup>149</sup> Siehe dazu *supra* III.A.

<sup>150</sup> Diese Diskussionen waren auch in der Schweiz bekannt, vgl. dazu etwa den Beitrag von COTTIER & GERMANN, *supra* Fn. 77, der zum 100-Jahrjubiläum des Verbandes bernischer Notare veröffentlicht wurde. Darin wird ausdrücklich die Meinung vertreten, das Staatsangehörigkeitserfordernis, wie es gewisse Kantone immer noch kennen, lasse sich auch mit Blick auf die Entwicklungen in der EU nicht mehr rechtfertigen (S. 113–114).

sich der Fokus für weitere (kontrollierte) Liberalisierungsbestrebungen spätestens seit den 1990er-Jahren prominent auf den Beruf der Notare. Es war absehbar, dass es letztlich am EuGH liegen würde, den dafür notwendigen Impetus zu liefern. Die Erwägungen des EuGH beruhen auf der bisherigen Praxis zur Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV und sind sachgerecht. Das in der Schweiz traditionell vorgebrachte Gegenargument, wonach Treue gegenüber dem Staat nur durch Staatsangehörigkeit zu gewährleisten sei, lässt sich im Licht der allgemein erreichten personalen Freizügigkeit und wirtschaftlichen Vernetzung im bilateralen Verhältnis nicht mehr überzeugend vorbringen.<sup>151</sup> Damit bestehen für das Bundesgericht auch aus sachlichen Überlegungen grundsätzlich keine Anhaltspunkte, dem EuGH-Verdikt die Gefolgschaft zu verweigern.<sup>152</sup> Im Ergebnis sprechen nach der hier vertretenen Auffassung überwiegende Gründe dafür, die Erwägungen des EuGH zum Beruf des Notars für die Auslegung der Bereichsausnahme von Art. 16 Anhang I FZA zu übernehmen.<sup>153</sup>

Sofern der EuGH und das Bundesgericht dereinst mit dieser Angelegenheit befasst werden und dem Grundsatz der europakompatiblen Auslegung Vorrang vor überholten, am Nationalstaat anknüpfenden Standesinteressen einräumen, gälte für das freie («lateinische») Notariat auch im bilateralen Verhältnis: Der Beruf des Notars fällt nicht unter die Bereichsausnahme von Art. 16 Anhang I FZA. Die Ausübung notarieller Tätigkeiten kann nicht exklusiv den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden. Zudem findet die Richtlinie 2005/36/EG auch auf den Beruf des Notars Anwendung.<sup>154</sup> Die betroffenen Behörden werden diesfalls nicht darum herumkommen, die Anerkennung von auswärti-

<sup>151</sup> Ähnlich COTTIER & GERMANN, *supra* Fn. 77, S. 113.

<sup>152</sup> Vgl. zur Auslegung des FZA etwa BGE 130 II 1, 5ff. E. 3, wo das BGer. ein EuGH-Präjudiz (Rs. C-109/01, *Akrich*, Slg. 2003 I-9607) berücksichtigte, obwohl dieses Urteil im Widerspruch zur damals von der Europäischen Kommission und vom Bundesamt für Migration vertretenen Auffassung über die korrekte Auslegung des EU-Sekundärrechts stand (dazu EPINEY, *supra* Fn. 84, S. 30, wonach der Grundsatz der europakompatiblen Auslegung auch dann gelten dürfte, «wenn der EuGH offene Auslegungsfragen nicht wie hier restriktiver, sondern «freizügigkeitsfreundlicher» entscheidet als die bis dahin überwiegende Auffassung» es eigentlich erwarten würde), sowie BGE 136 II 5, 12 f. E. 3., wo das BGer. ein weiteres Urteil des EuGH berücksichtigte, mit dem der EuGH das *Akrich*-Urteil korrigierte (Rs. C-127/08, *Metock*, Slg. 2008 I-6241); darin stellte das BGer. u.a. fest, dass «den Gründen für die Änderung der Rechtsprechung durch den EuGH (...) sich die Überzeugungskraft nicht absprechen» lässt (E. 3.7).

<sup>153</sup> Allenfalls unterscheiden sich gewisse notarielle Tätigkeiten in den Kantonen, welche das Modell des freien («lateinischen») Notariats kennen, von den Tätigkeiten der Notare, welche der EuGH seinen Urteilsabwägungen zu Grunde gelegt hat. Diesfalls muss sorgfältig abgeklärt werden, in welchem Umfang die Erwägungen des EuGH auf das Notariat in den betroffenen Kantonen übertragen werden können.

<sup>154</sup> Siehe zur – vorerst provisorischen – Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG in Anhang III FZA *supra* III.B.3.



gen Diplomen und Zulassungen zum Notariat, inkl. praktischer Ausbildung und Erfahrung, mit Blick auf die involvierten öffentlichen Interessen einem neuen Zulassungsregime zuzuführen.<sup>155</sup>

## E. Zusammenfassung

Die Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 12 Anhang I FZA gewährleistet Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz ein subjektives Recht, sich im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien niederzulassen und einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Im Gegensatz zum persönlichen Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit im Unionsrecht ist Art. 12 Anhang I FZA nur auf natürliche Personen anwendbar. Art. 15 Anhang I FZA enthält den zentralen Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Inländerbehandlung). Dabei werden sowohl offene (*de iure*) als auch versteckte (*de facto*) Diskriminierungen erfasst. Kontrovers wird diskutiert, ob Art. 12 Anhang I FZA ein Beschränkungsverbot (Übermassverbot) enthält, d.h. ob die Niederlassungsfreiheit im bilateralen Verhältnis analog zum EU-Recht Ansprüche auf Beseitigung von *per se* übermässigen Marktzugangsbeschränkungen vermittelt. Die Einführung der Personenfreizügigkeit geschah schrittweise. Eine spezielle Schutzklausel ermöglicht der Schweiz, bei einer übermässigen Erhöhung des Zuzugs von EU-Staatsangehörigen die Zahl der Aufenthaltsbewilligungen einseitig zu plafonieren. Die Niederlassungsfreiheit gilt auch im bilateralen Verhältnis nicht absolut. Zum einen enthält Art. 5 Anhang I FZA einen *Ordre-public*-Vorbehalt. Diese Bestimmung erlaubt den Vertragsparteien, Staatsangehörigen einer anderen Vertragspartei den Marktzugang zu verweigern, sofern solche Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Zum anderen können Beschränkungen, welche formal zwar unterschiedslos auf eigene Staatsangehörige und Staatsangehörige einer anderen Vertragspartei anwendbar sind, in ihrer praktischen Wirkung aber versteckte Diskriminierungen darstellen, gerechtfertigt werden, sofern sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen und verhältnismässig sind. Schliesslich enthält Art. 16 Anhang I FZA eine Bereichsausnahme für Tätigkeiten, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Das Recht zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist unmittelbar anwendbar. Darüber hinaus verweisen Anhang II und III auf eine Vielzahl von EU-Rechtsakten, welche dergestalt Eingang in das bilaterale Recht finden. Im Herbst 2011 haben sich die Vertragsparteien darauf geeinigt, die in der Union seit Längerem einschlägige

<sup>155</sup> Vgl. dazu COTTIER & GERMANN, *supra* Fn. 77, S. 113–120, welche u.a. dafür plädieren, das Notariat als Service Public zu begreifen und entsprechende Vorkehren für eine geordnete Dienstleistungserbringung zu prüfen.

Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen auch im bilateralen Verhältnis – vorerst allerdings nur provisorisch – in Kraft zu setzen.

Bei Tätigkeiten, welche dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, kann das Recht auf Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit verweigert werden. Art. 16 Anhang I FZA entspricht inhaltlich der Bereichsausnahme von Art. 51 Abs. 1 AEUV. Die EuGH-Urteile, welche für die Auslegung von Art. 51 Abs. 1 AEUV eine restriktive Praxis begründeten, sind auch für die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA einschlägig. Während sich der EuGH bis anhin noch nie zu Art. 16 Anhang I FZA äusserte, hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 6. September 2002 in einem *obiter dictum* die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Urkundspersonen bejaht, da die öffentliche Beurkundung «eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ» darstellt.<sup>156</sup> Dies gilt gemäss Bundesgericht unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist.

Diese schweizerische Lesart von Art. 16 Anhang I FZA steht im Widerspruch zu den EuGH-Urteilen vom 24. Mai 2011 betreffend die Unzulässigkeit des Staatsangehörigkeitserfordernisses für Notare.<sup>157</sup> Mit Blick auf die bisherige Praxis des EuGH zur Auslegung von Abkommen mit Drittstaaten, inkl. des Freizügigkeitsabkommens Schweiz–EU, kann wohl davon ausgegangen werden, dass der EuGH im Rahmen eines allfälligen Vorabentscheidungsverfahrens Art. 16 Anhang I FZA in Übereinstimmung mit seiner Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 1 AEUV auslegen wird; dies gilt auch in Bezug auf notarielle Tätigkeiten. Auch Schweiz-seitig sprechen gewichtige Gründe dafür, das EuGH-Verdikt zum Beruf des Notars für das bilaterale Verhältnis fruchtbar zu machen. Der Grundsatz der europakompatiblen Auslegung gebietet, wörtlich oder sinngemäss vom EU-Recht übernommene Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH auszulegen, sofern den fraglichen Bestimmungen die gleiche *ratio legis* zugrunde liegt und keine triftigen Gründe eine Abweichung nahelegen. Dieser Grundsatz stellt eine Leitmaxime der schweizerischen Integrationspolitik dar und geniesst einen entsprechend hohen Stellenwert. Das Verdikt des EuGH vom 24. Mai 2011 kam keineswegs überraschend. Es beruht auf der bisherigen Praxis zur Auslegung von Art. 51 Abs. 1 AEUV und überzeugt inhaltlich. Sofern der EuGH und das Bundesgericht dereinst mit dieser Angelegenheit befasst werden und dem Grundsatz der europakompatiblen Auslegung Vorrang vor überholten Standes-

<sup>156</sup> BGE 128 I 280, 281 E. 3.

<sup>157</sup> Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*; Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*; Rs. C-51/08, *Kommission/Luxemburg*; Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*; Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*; Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland* (alle noch nicht in der Slg. publiziert).

interessen und territorialer Exklusivität einräumen, gälte für das freie («lateinische») Notariat auch im bilateralen Verhältnis: Der Beruf des Notars fällt nicht unter die Bereichsausnahme von Art. 16 Anhang I FZA. Die Ausübung notarieller Tätigkeiten kann nicht exklusiv den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten werden. Zudem findet die Richtlinie 2005/36/EG auch auf den Beruf des Notars Anwendung.

## IV. Epilog

Die Niederlassungsfreiheit hat sich in der Europäischen Union über die programmatische Verpflichtung zur Aufhebung von Beschränkungen des Marktzugangs für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten hinaus zu einem Kernbestand spezifischer Rechte entwickelt. Dieser Kernbestand umfasst ein Bündel von Gewährleistungen, die Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern wie auch Gesellschaften die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten und die diskriminierungsfreie Teilnahme am Wirtschaftsleben ermöglichen. Sie schaffen ein *level playing field* für Unternehmer und Unternehmungen unabhängig ihrer Herkunft und Staatsangehörigkeit. Begleitrechte ergänzen die primäre Funktion der Niederlassungsfreiheit; dazu gehören die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die Ausdehnung der Aufenthaltsrechte auf Familienangehörige und der Zugang zu Freizeiteinrichtungen.<sup>158</sup> Die Niederlassungsfreiheit verdankt ihre «Durchschlagskraft» grossenteils dem EuGH, der ihre unmittelbare Anwendbarkeit seit den 1970er Jahren bejaht. Der EuGH hat in einer schöpferischen, zeitweise visionär vorwärts gerichteten Praxis den Geltungsbereich fortlaufend konkretisiert und weiterentwickelt. Die Rolle des EuGH als «Integrationsfaktor erster Ordnung»<sup>159</sup> zeigt sich anschaulich bei der Auslegung der Bereichsausnahme von Art. 51 AEUV. Der EuGH hat im ersten Urteil, in dem die Bedeutung und Tragweite dieser Bereichsausnahme zur Debatte stand, im Jahr 1974 festgehalten, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eng und funktional auszulegen sind.<sup>160</sup> Damit hat der EuGH einer allzu grosszügigen Berufung auf diese Bereichsausnahme durch die Mitgliedstaaten – und damit einer punktuellen Aushebelung der marktöffnenden Stossrichtung der Niederlassungsfreiheit – von vornherein erfolgreich den Riegel geschoben. Diese restriktive Linie verfolgt der EuGH bis heute in konstanter Praxis.

<sup>158</sup> FRENZ, *supra* Fn. 8, Rz. 2220–2228.

<sup>159</sup> WALTER HALLSTEIN, Die echten Probleme der europäischen Integration, Kiel 1965, S. 9; ähnlich HANS-JÜRGEN SCHLOCHAUER, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor, in: Ernst von Caemmerer, Hans-Jürgen Schlochauer & Ernst Steindorff (Hrsg.), Probleme des europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt a.M. 1966, S. 431–452.

<sup>160</sup> Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974 631, Rz. 44/45.

Aus schweizerischer Warte steht der Befund im Vordergrund, dass das Freizügigkeitsabkommen punktuell zu einer weitgehenden Integration in das Recht der EU führt. Der EuGH gibt bei der Auslegung von Bestimmungen, welche wörtlich oder sinngemäss EU-Recht nachgebildet sind, den Takt an. Die Handlungsfreiheit des Bundesgerichts beschränkt sich *de facto* auf diejenigen Bereiche des Abkommens, welche überhaupt noch hinreichend Spielraum für eine autonome Interpretation belassen. Wie das Beispiel der allfälligen Übernahme des EuGH-Verdikts zum Beruf des Notars anschaulich manifestiert, strahlt das EU-Recht dabei auch auf klassische Domänen kantonaler Kompetenzen aus. Damit gerät der Föderalismus weiter unter Druck.<sup>161</sup> Unter Umständen könnte die Unterstellung von Urkundspersonen unter das Freizügigkeitsabkommen weitere Konsequenzen nach sich ziehen. So wurde mit der Revision des Binnenmarktgesetzes von 2006 der sachliche Geltungsbereich dieses Gesetzes bewusst an den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens angepasst.<sup>162</sup> Es ist unklar, ob sich ausserkantonale Notare als Folge einer Praxisänderung unter dem Freizügigkeitsabkommen auch auf das Binnenmarktgesetz berufen könnten.<sup>163</sup> Dieser «Rechtsimport» ist demokratietheoretisch und souveränitätspolitisch problematisch. Die Schweiz hat auf die Auslegung von Vorbild- bzw. Parallelbestimmungen im EU-Recht durch den EuGH keinen Einfluss. Auch wenn es den politischen und gerichtlichen Behörden selbstredend unbenommen bleibt, ein unliebsames EuGH-Urteil für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens nicht fruchtbar zu machen und eine vom EU-Recht abweichende Lesart zu bevorzugen, ist es für die Schweiz mit Blick auf das gute und ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens kaum möglich, sich der Parallelität in der Rechtsanwendung zu widersetzen. Inhalt und Form des Freizügigkeitsabkommens klaffen auseinander: Inhaltlich beteiligt sich die Schweiz weitgehend am unionalen System der Personenfreizügigkeit; sie «dockt» diesbezüglich an den Binnenmarkt an. Formell steckt das Freizügigkeitsabkommen im Kleid des klassischen Staatsvertrags; die Übernahme von Weiterentwicklungen des taktgebenden EU-Rechts erfolgt wenig systematisch und zeitverzögert. Es fehlt ein handlicher Mechanismus, um die Beteiligung der Schweiz bei der Weiterentwicklung sicherzustellen und das Abkommen *up to date* zu halten. Das ist der Rechtssicherheit abträglich. Vor allem die EU fordert seit Längerem,

<sup>161</sup> Siehe dazu Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschiedener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5907, S. 5929–5930; BERNHARD WALDMANN, Föderalismus unter Druck: Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz, in: Markus Gredig et al. (Hrsg.), Peters Dreibratt, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 3–23.

<sup>162</sup> Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02); OESCH & ZWALD, *supra* Fn. 126, Art. 2 Rz. 8.

<sup>163</sup> Das Bundesgericht lehnt es bis heute ab, Urkundspersonen die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und das BGBM zu gestatten, vgl. BGE 128 I 280, 282 E. 3.

die bilateralen Beziehungen zu dynamisieren.<sup>164</sup> In der Sache liegt es letztlich gleichermassen bzw. wohl noch ausgeprägter im Interesse der Schweiz, die bilateralen Beziehungen einer zeitgemässeren institutionellen Architektur zuzuführen. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass die laufenden Gespräche und Verhandlungen möglichst bald zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden können.<sup>165</sup>

<sup>164</sup> Vgl. Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 7. September 2010 zu dem Thema EWR-Schweiz: Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes, P7\_TA(2010)0300, Rz. 19–20; Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 14. Dezember 2010, Rz. 42.

<sup>165</sup> Siehe zu den Optionen aus schweizerischer Perspektive etwa Bericht Europapolitik, *supra* Fn. 97, S. 7298–7319; DANIEL WÜGER & SAMUELE SCARPELLI, 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, 319–324; BAUDENBACHER, *supra* Fn. 92, S. 834–838; ROGER ZÄCH, Die Übernahme von EU-Recht – ein Vorschlag zur Verbesserung der institutionellen Mechanismen, in: Astrid Epiney & Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2010/2011, Bern/Zürich 2011, S. 497–511.