

Astrid Epiney / Sian Affolter

## Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie

---

Le 7 décembre 2018, le Conseil fédéral a publié le projet d'Accord institutionnel entre la Suisse et l'UE. Depuis lors, ses différents aspects sont intensivement discutés, entre autres la pertinence de la Directive de l'UE sur les droits de séjour du citoyen. La contribution, d'une part, esquisse les modifications qui y sont associées et, d'autre part, elle analyse d'un point de vue juridique si et, cas échéant, dans quelle mesure sur la base de l'Accord la directive est couverte par l'obligation développée dans le projet d'adopter la législation communautaire, et quelle est la portée juridique de l'Accord à cet égard. (jp)

---

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit européen; Accords bilatéraux CH-UE

Proposition de citation: Astrid Epiney / Sian Affolter, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, in : Jusletter 11 mars 2019

## Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Die Unionsbürgerrichtlinie als Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts – ein Überblick
  - 1. Zur Tragweite der RL 2004/38
  - 2. Die Rechtslage nach der RL 2004/38 und dem FZA im Vergleich
- III. Unionsbürgerrichtlinie und InstA: keine Pflicht zur Übernahme
  - 1. Die RL 2004/38 zwischen Freizügigkeitsrechten und Unionsbürgerschaft
    - a. Zur Rechtslage im EWR
    - b. Die Neuerungen der RL 2004/38: nur eine teilweise Weiterentwicklung des dem FZA zugrundeliegenden unionsrechtlichen Besitzstands
  - 2. Zum «Übernahmemechanismus» des InstA – unter besonderer Berücksichtigung des Anhangs I FZA und der RL 2004/38
  - 3. Zur Streitbeilegung
- IV. Fazit

### I. Einleitung

[Rz 1] Seit der Veröffentlichung des Entwurfs des Rahmenabkommens bzw. des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU (InstA) am 7. Dezember 2018 werden diverse Aspekte des Entwurfs diskutiert, wobei u.a. die Frage nach der **Relevanz der sog. Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)**<sup>1</sup> aufgrund der im Entwurf grundsätzlich vorgesehenen **dynamischen Übernahme von Weiterentwicklungen des EU-Rechts** in den Rahmen der erfassten sektoriellen Abkommen Gegenstand besonders intensiver Diskussionen ist. Die RL 2004/38 wird im InstA nicht erwähnt, so dass sie *a priori* im Rahmen der dynamischen Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts in den Rahmen des einschlägigen sektoriellen Abkommens relevant ist bzw. sein könnte. Zu beachten ist andererseits, dass das Abkommen auch nicht präzisiert, dass die Richtlinie (vollumfänglich) Teil des zu übernehmenden unionsrechtlichen Besitzstandes ist.

[Rz 2] Dies soll zum Anlass genommen werden, unter (weitgehender) Aussparung der sonstigen (wichtigen) Aspekte des InstA<sup>2</sup> nachfolgend einerseits die **Tragweite der Unionsbürgerrichtlinie** im Vergleich zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (FZA)<sup>3</sup> zu skizzieren (II.) und andererseits aus rechtlicher Sicht zu analysieren, ob und ggf. inwieweit die Unionsbürgerrichtlinie auf der Grundlage des Institutionellen Abkommens (InstA) – so wie es jetzt im Entwurf vorliegt – von der **Pflicht zur Übernahme** erfasst ist bzw. welche rechtliche Tragweite dem InstA in dieser Beziehung zukommt (III.). Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Fazit (IV.).

---

<sup>1</sup> RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten ABl. 2004 L 158, 77. Die Bezeichnung «Unionsbürgerrichtlinie» knüpft an den offiziellen Titel der Richtlinie, der auf «Unionsbürger» Bezug nimmt, an und wird häufig auch in den EU-Mitgliedstaaten gebraucht. Vor dem Hintergrund, dass es in der Richtlinie primär um Freizügigkeitsrechte geht, könnte aber auch der Begriff «Freizügigkeitsrichtlinie» verwendet werden.

<sup>2</sup> Vgl. den Überblick bei ASTRID EPINEY, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, in: Jusletter 17. Dezember 2018.

<sup>3</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen), SR 0.142.112.681 abgeschlossen am 21. Juni 1999, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juni 2002 .

## II. Die Unionsbürgerrichtlinie als Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts – ein Überblick

[Rz 3] Ausgehend von der **Zielsetzung des FZA**, die **Schweiz in die in der Union gewährleistete Personenfreizügigkeit einzubinden** (vgl. auch die Präambel des FZA), übernimmt das Abkommen letztlich in weiten Teilen im Verhältnis zur Schweiz die entsprechende Rechtslage in der EU auf der Grundlage von Rechtsetzung und Rechtsprechung zum Zeitpunkt seiner Unterzeichnung (1999).<sup>4</sup> Diese Übernahme erfolgt einerseits über den **Verweis auf EU-Sekundärrecht** (in den Anhängen II und III FZA für die Bereiche der Sozialen Sicherheit und der Diplomanerkennung), andererseits durch die **Anlehnung der Formulierung der Freizügigkeitsrechte** selbst an die 1999 geltenden unionsrechtlichen Regelungen im Anhang I FZA. Während die Anhänge II und III FZA nach Art. 18 FZA durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können (was auch bereits einige Male geschehen ist), ist für eine Änderung des die eigentlichen Freizügigkeitsrechte betreffenden Anhangs I FZA eine Modifikation des Abkommens selbst notwendig, eine Unterscheidung, die auch im Rahmen der im InstA vorgesehenen dynamischen Übernahme von zentraler Bedeutung ist.<sup>5</sup>

[Rz 4] In der **Union** wurde das Freizügigkeitsrecht durch den Erlass der **Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)**,<sup>6</sup> aber auch durch die **VO 492/2011**<sup>7</sup> neu gefasst. Eine **Anpassung des FZA an diese Weiterentwicklungen erfolgte nicht** (wobei dies im Wesentlichen nur für die RL 2004/38 relevant ist, schreibt die VO 492/2011<sup>8</sup> doch die vorher geltende Rechtslage fort bzw. kodifiziert die bis dahin erfolgten Modifikationen); eine solche Übernahme dieser Rechtsentwicklungen wäre auch wegen der erwähnten **Notwendigkeit, das Abkommen selbst zu modifizieren**, zumindest sehr schwierig gewesen. Im Übrigen hat es der Bundesrat auch abgelehnt, auf das Anliegen der Union, das FZA an die RL 2004/38 anzupassen, einzutreten.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> S. eingehend zum Freizügigkeitsabkommen **ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER**, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich 2012, insbesondere 103 ff., 154 ff., 203 ff.; **CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN** (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Volume II: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014; s. sodann die Überblicke (jeweils m.w.N.) bei **THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD/ISABEL KÖLLIKER/RACHEL LIECHTI MCKEE/MATTHIAS OESCH/TETYANA PAYOSOVA/DANIEL WÜGER**, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, 263 ff.; **MARTINA CARONI/NICOLE SCHEIBER/CHRISTA PREISIG/MARGARITE ZOETWEIJ**, Migrationsrecht, 4. Aufl., Bern 2018, 325 ff.; spezifisch zur Auslegung des FZA **BENEDIKT PIRKER**, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 (296 ff.); **FRANCESCO MAIANI**, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; **MATTHIAS OESCH**, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; **ASTRID EPINEY**, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Bernhard Altermatt/Gilbert Casaus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963/2013, Zürich 2013, 141 ff.; **MATTHIAS OESCH**, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; **THOMAS COTTIER**, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff. Für einen Überblick über die relevante Rechtsprechung des Bundesgerichts die regelmässigen Berichte im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt **ASTRID EPINEY/DANIELA NÜESCH**, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht/Annuaire du droit de la migration 2017/2018, Bern 2018, 273 ff.

<sup>5</sup> Vgl. insoweit noch unten III.2.

<sup>6</sup> Fn. 1.

<sup>7</sup> VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

<sup>8</sup> Die umfassend die Einzelheiten des Freizügigkeitsrechts der Arbeitnehmer sowie diverse Begleitrechte, so insbesondere gewisse Rechte von Familienangehörigen der Arbeitnehmer, regelt. Sie stellt im Verhältnis zur RL 2004/38 für Arbeitnehmer die speziellere Regelung dar.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu, m.w.N., **CHRISTA TOBLER**, Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie – Reise- und Aufenthaltsrechte im Ankara-Abkommen, dem FZA Schweiz-EU und dem EWR-Recht, in: Astrid Epiney/Lena

[Rz 5] Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden zunächst die inhaltliche Tragweite der RL 2004/38 im Vergleich zum bis dahin geltenden Unionsrecht skizziert werden (1.), um auf dieser Grundlage danach zu fragen, ob und inwieweit eine vollständige Übernahme der RL 2004/38 in den Rahmen des FZA Modifikationen mit sich brächte (2.). Dabei kann es jedoch nicht um eine umfassende Darstellung der Unionsbürgerrichtlinie – zu der inzwischen auch zahlreiche Urteile des EuGH ergangen sind – gehen; ebensowenig kann ein umfassender Vergleich der Rechtslage auf der Grundlage der RL 2004/38 mit derjenigen nach dem FZA geleistet werden. Vielmehr geht es jeweils eher darum, die **grossen Linien der mit der RL 2004/38 verbundenen Weiterentwicklungen aufzuzeigen**, dies mit Hilfe einer Kategorisierung der grundsätzlichen Inhalte der Richtlinie im Vergleich zu der bis dahin geltenden Rechtslage und damit des FZA.<sup>10</sup>

## 1. Zur Tragweite der RL 2004/38

[Rz 6] Wie bereits erwähnt, wurden die **sekundärrechtlichen Gewährleistungen des Aufenthaltsrechts** 2004 durch den Erlass der **RL 2004/38**<sup>11</sup> revidiert. Diese regelt umfassend die Freizügigkeit der Unionsbürger. Bei ihrem Erlass standen zwei Aspekte im Vordergrund: Einerseits sollten die das Aufenthaltsrecht regelnden sekundärrechtlichen Bestimmungen in einem einzigen Rechtsakt zusammengeführt werden,<sup>12</sup> weshalb auch in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage angeknüpft wird. Andererseits sollte die tatsächliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtert werden, indem administrative Hürden verringert werden, der Status von Familienangehörigen möglichst umfassend definiert wird, ein Recht auf Daueraufenthalt für die Unionsbürger eingeführt wird und die Möglichkeiten der Verweigerung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeschränkt bzw. präzisiert werden.<sup>13</sup>

[Rz 7] Die Richtlinie regelt insbesondere das **Recht auf Ein- und Ausreise** und die hierfür zulässigen Formalitäten (Art. 4, 5), das **Aufenthaltsrecht für erwerbstätige und nicht erwerbstätige Unionsbürger sowie ihre Familienangehörigen**, inklusive der entsprechenden Verwaltungsformalitäten und der Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts im Falle der Modifikation bestimm-

---

Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Bern/Zürich 2018, 433 (443 f.); ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2016 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Bern/Zürich 2017, 69 (75).

<sup>10</sup> Ansonsten sei zur Vertiefung einiger in diesem Beitrag aufgegriffenen Fragen auf folgende Beiträge verwiesen: CHRISTA TOBLER, Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz. Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 55 ff.; TOBLER, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Fn. 9), 433 ff.; ASTRID EPINEY/GAËTAN BLASER, L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques – un aperçu, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 37 ff.; SILVIA GASTALDI, L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 121 ff.; ANDREAS ZÜND/THOMAS HUGI YAR, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 157 ff.

<sup>11</sup> Fn. 1.

<sup>12</sup> So löste die RL 2004/38 insbesondere folgende Aufenthaltsrichtlinien ab: RL 90/364/EWG (allg. Aufenthaltsrecht), ABl. L 180/1990, 26; RL 93/96/EG (Studenten), ABl. L 317/1993, 59; RL 90/365/EWG (Rentner), ABl. L 180/1990, 28.

<sup>13</sup> In Bezug auf den zuletzt genannten Punkt und im Zusammenhang mit dem FZA ist von Bedeutung, dass die RL 2004/38 auch die RL 64/221 aufhob. Weiter hob sie neben den bereits in Fn. 12 erwähnten folgende Rechtsakte auf: RL 68/360, RL 72/194, RL 73/148, RL 75/34, RL 75/35. Vgl. im Einzelnen zur RL 2004/38 insbesondere ELSPEZ GUILD/STEVE PEERS/JONATHAN TOMKIN, The EU Citizenship Directive. A Commentary, Oxford 2014.

ter Umstände (Art. 6 ff.), das Recht auf **Daueraufenthalt** für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 16 ff.), die **Rechte der Aufenthaltsberechtigten** (insbesondere das Recht, erwerbstätig zu sein oder eine selbstständige Tätigkeit aufzunehmen, sowie das Diskriminierungsverbot, Art. 22 ff.) und die zulässigen **Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts** (Art. 27 ff.). Darüber hinaus bleiben die **besonderen Regeln der VO 492/2011**<sup>14</sup> über die Rechtsstellung der **Arbeitnehmer** anwendbar, die spezifische Rechte vorsehen. So ist in Bezug auf die Kinder von Arbeitnehmern Art. 10 VO 492/2011 massgeblich, und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen für Arbeitnehmende richtet sich nach Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011, wobei diese Regelungen im Wesentlichen die bereits in der VO 1612/68 enthaltenen Grundsätze aufgreifen,<sup>15</sup> die ihrerseits in weiten Teilen wörtlich oder sinngemäss auch in das FZA Eingang gefunden haben.<sup>16</sup>

[Rz 8] Obwohl der Titel der Richtlinie dies nahelegen könnte, werden durch die RL 2004/38 die **Unterschiede zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern** nicht völlig im Sinne der Schaffung eines einheitlichen «Unionsbürgerstatus» aufgehoben. Vielmehr unterscheiden zahlreiche Rechte nach wie vor zwischen diesen beiden Kategorien von Personen: So gilt für Arbeitnehmer – abgesehen von den durch die RL 2004/38 implizierten Modifikationen – weiterhin die spezifische und teilweise weitergehende VO 492/2011; weiter differenziert auch die RL 2004/38 zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern. Nur für einen Aufenthalt unter drei Monaten gilt nach Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 für alle Unionsbürger ein ohne weitere Bedingungen und Formalitäten bestehendes Aufenthaltsrecht (unter der Voraussetzung des Besitzes eines gültigen Ausweises).

[Rz 9] Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage können die in der **RL 2004/38 figurierenden Bestimmungen bzw. Rechte** in **fünf grosse Kategorien** eingeteilt werden (wobei darüber hinaus aufgrund der Zusammenfassung der diversen Rechtsakte in einem einzigen Rechtsakt auch gewisse Systematisierungen zu verzeichnen sind):

- Erstens knüpfen zahlreiche Bestimmungen an die bis dahin geltenden Rechtsakte an bzw. **übernehmen bereits vorher bestehende Regelungen** (wenn auch mitunter mit einer etwas abweichenden Formulierung). Zu erwähnen sind hier insbesondere folgende Rechte bzw. Bestimmungen: Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige (Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38), zahlreiche Aspekte der Rechte der Aufenthaltsberechtigten (Art. 23 RL 2004/38), die meisten Aspekte des Daueraufenthaltsrechts für Arbeitnehmende (Art. 17 RL 2004/38) und ihre Familienangehörigen (bislang unter der Bezeichnung Verbleiberechte geregelt) sowie Teile der die Beendigung des Aufenthaltsrechts betreffenden Bestimmungen (Art. 27 ff. RL 2004/38). Soweit eine solche Anknüpfung erfolgt (wobei dies jeweils differenziert zu betrachten ist), führte der Erlass der RL 2004/38 somit nicht zu einer Modifikation der Rechtslage und auch die Rechtsprechung des EuGH zu den «alten» Richtlinien bleibt relevant.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Fn. 7.

<sup>15</sup> Vgl. ausführlich zum Verhältnis der verschiedenen sekundärrechtlichen Regelungen nach Erlass der RL 2004/38 ASTRID EPINEY, Rechtsgrundlagen der Migration in Europa. Zur Regelung eines «Anspruchs auf Aufenthalt» im Völker- und Europarecht, in: Hartmut Bauer/Pedro Cruz Villalon/Julia Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, Baden-Baden 2009, 115 ff.

<sup>16</sup> Vgl. insoweit im Einzelnen EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 10), 37 ff.

<sup>17</sup> Dies gilt dann auch für das FZA, wovon auch das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung ausgeht. Als Beispiel sei hier auf das Grundsatzurteil des Bundesgerichts hingewiesen, in dem dieses die grundsätzliche Massgeblichkeit

- Zweitens wird in einigen Bestimmungen die **Rechtsprechung des EuGH** aufgegriffen und ausdrücklich in der RL 2004/38 verankert, so z.B. in weiten Teilen der Art. 27 ff. RL 2004/38, welche die Beendigung des Aufenthalts regeln, aber auch z.B. in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38, wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfe «nicht automatisch» zu einer Ausweisung führen darf, oder im Ergebnis auch in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38, der ein Art. 18 AEUV entsprechendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert und damit auch an die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV anknüpft.<sup>18</sup>
- Drittens kann an bereits **vorher gewährleistete Rechte angeknüpft** werden; diese können aber in ihrem **Umfang erweitert** werden, wobei es eher um eine «quantitative» denn um eine «qualitative» Weiterentwicklung geht. Als Beispiel können hier die Regelungen betreffend die Familienzusammenführung bzw. den Familiennachzug angeführt werden: Hier wurde (nur, aber immerhin) der Kreis der nachzugsberechtigten Personen erweitert, dies unter ansonsten vollumfänglicher Anknüpfung an das bereits bis dahin verankerte «Grundkonzept» des Familiennachzugs (wobei hier aber beachtliche Präzisierungen in der Rechtsprechung zu verzeichnen sind, wobei diese aber nicht im Zusammenhang mit der in der RL 2004/38 erfolgten (Neu-)Regelung des Familiennachzugs stehen dürften). Gleiches gilt für gewisse Aspekte des Daueraufenthaltsrechts für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen; hier wurden die (quantitativen) Voraussetzungen in einigen wenigen Punkten etwas gelockert.<sup>19</sup>
- Viertens wurden teilweise **bislang nicht geregelte Bereiche** präzisiert, womit eine Einschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums einhergeht. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf die (erstmalig so in der RL 2004/38 verankerten) Regelungen betreffend Verwaltungsmodalitäten.<sup>20</sup>
- Schliesslich enthält die RL 2004/38 teilweise auch **echte Neuerungen bzw. Erweiterungen betreffend die Rechte der Unionsbürger**. Dies ist im Wesentlichen und insbesondere (neben dem Recht auf quasi voraussetzungslosen Kurzaufenthalt von bis zu drei Monaten, Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38) in Bezug auf die Einführung des sog. Daueraufenthaltsrechts für Unionsbürger der Fall. So steht jedem Unionsbürger, der sich rechtmässig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, ein Daueraufenthaltsrecht zu

---

auch der neueren Rechtsprechung des EuGH festhielt: Bei der Frage der Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug des Freizügigkeitsabkommens auch auf Fallgestaltungen, in denen die nachzuziehenden Personen noch keinen rechtmässigen Aufenthalt im Gebiet einer der Vertragsparteien haben, übernahm das Bundesgericht den (bejahenden) Ansatz eines Urteils des EuGH (EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241), das sich auf die einschlägigen Bestimmungen der RL 2004/38 bezog, dies mit dem Argument, dass die Richtlinie inhaltlich für die zu beurteilende Frage des Familiennachzugs keine wesentlichen Neuerungen mit sich gebracht habe, vgl. BGE 136 II 5.

<sup>18</sup> Vgl. zu Fragen der Sozialhilfe auch noch unten II.2.

<sup>19</sup> Vgl. EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 10), 37 (44).

<sup>20</sup> Bezeichnend ist in Bezug auf derartige Regelungen auch, dass das Bundesgericht mitunter durchaus auf die RL 2004/38 Bezug nimmt, um Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens auszulegen, dies jeweils mit dem Hinweis, dass die neue Rechtslage in der Union auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten sei, vgl. z.B. BGE 136 II 5. S. auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_558/2009 vom 26. April 2010, in dem das Bundesgericht auf Art. 8 Abs. 1–3 RL 2004/38, die bislang auch in der Union nicht explizit geregelte Pflichten der Unionsbürger zur Anmeldung o.ä. betreffen, hinweist und als Auslegungshilfe für die Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung (die für Unionsbürger bestimmte Anmeldepflichten am Wohnort vorsah) mit dem Freizügigkeitsabkommen heranzieht, indem es darauf hinweist, auch nach der RL 2004/38 seien solche, nicht im FZA geregelte Vorgaben zulässig.

(Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38).<sup>21</sup> Das Recht auf Daueraufenthalt kann, wenn einmal erworben, nur durch eine Abwesenheit von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren verloren werden (Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38) und erstreckt sich auch auf drittstaatsangehörige Familienangehörige, die sich mit dem betroffenen Unionsbürger ebenfalls während fünf Jahren rechtmässig und ununterbrochen – wobei hier die gleichen Ausnahmeregelungen wie für den Unionsbürger gelten – im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben. Ein Aufenthalt gilt dann als rechtmässig, wenn er die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt, dass nicht erwerbstätige Unionsbürger die für einen rechtmässigen Aufenthalt vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen müssen.<sup>22</sup> Ein Daueraufenthaltsrecht kann somit «nicht etwa durch einen fünfjährigen faktischen Aufenthalt gleichsam ersessen»<sup>23</sup> werden.

## 2. Die Rechtslage nach der RL 2004/38 und dem FZA im Vergleich

[Rz 10] Wie erwähnt, ist es im vorliegenden Rahmen nicht möglich, einen umfassenden Vergleich der Rechtslage nach der RL 2004/38 einerseits und dem FZA andererseits zu leisten. In Anknüpfung an die obige Kategorisierung kann aber festgehalten werden, dass die **Unterschiede bzw. Weiterentwicklungen deutlich weniger weit gehen als oft angenommen**, knüpft doch die Richtlinie in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage an oder kodifiziert die (sowieso massgebliche bzw. vom Bundesgericht beachtete) Rechtsprechung des EuGH. Im Einzelnen ist in erster Linie auf folgende Aspekte hinzuweisen:

- Die bei weitem **bedeutendste Weiterentwicklung** stellt das **Recht auf Daueraufenthalt** dar, das es in dieser Form im FZA nicht gibt. Dieses kennt vielmehr nur Verbleiberechte für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen unter gewissen Voraussetzungen, die allerdings weitgehend den in Art. 17 RL 2004/38 verankerten Rechten entsprechen, so dass die Implikationen der RL 2004/38 insoweit nicht ins Gewicht fallen.<sup>24</sup> Deutlich wird damit auch, dass das Daueraufenthaltsrecht im Vergleich zur Rechtslage nach dem FZA im Wesentlichen für Nichterwerbstätige von Bedeutung ist. Da diesen aber nur dann ein Aufenthaltsrecht zusteht, wenn sie über ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung verfügen und das Recht auf Daueraufenthalt erst nach fünf Jahren erworben wird, stellt sich die Frage, ob die Zahl derjenigen Personen, die nach Ablauf dieser fünf Jahre nur aufgrund eines Daueraufenthaltsrechts nach dem FZA aufenthaltsberechtigt wären (also m.a.W. gerade nicht mehr über ausreichende Existenzmittel verfügen) ins Gewicht fallen würde.
- Sodann verankert Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 ein **voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht** in einem anderen Mitgliedstaat für einen Zeitraum von **bis zu drei Monaten** (immerhin un-

<sup>21</sup> Irrelevant für die Erfüllung des Kriteriums des ununterbrochenen Aufenthalts von fünf Jahren sind vorübergehende Abwesenheiten von bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr, längere Abwesenheiten aufgrund der Erfüllung militärischer Pflichten oder eine einzige Abwesenheit von höchstens zwölf aufeinander folgenden Monaten, sofern diese aus wichtigen Gründen erfolgte, vgl. Art. 16 Abs. 3 RL 2004/38.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-325/09 (Dias), Rn. 48 ff.

<sup>23</sup> DANIEL THYM, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 (87).

<sup>24</sup> Allerdings dürfte Art. 18 RL 2004/38, der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein Recht auf Daueraufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen einräumt, deren Rechte erweitern; eine Entsprechung im FZA ist nicht ersichtlich.

ter der Voraussetzung des Besitzes eines gültigen Ausweises), wobei keine (unangemessene) Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen zu verzeichnen sein darf (Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38). Dem FZA ist auf den ersten Blick kein solches Recht zu entnehmen, wobei die Frage aber durch die Rechtsprechung bislang nicht klar beantwortet wurde und in der Literatur umstritten ist.<sup>25</sup> Im Ergebnis dürften die besseren Gründe eher dagegen sprechen, dass das FZA ein solches Recht verankert, geht es doch um eine eigentliche Neuerung der RL 2004/38 und damit um ein Recht, das in der Union zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens noch nicht existierte.<sup>26</sup> Allerdings kann ein Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten aufgrund anderer Grundlagen bestehen. So sieht etwa Art. 9 VZAE vor, dass nicht erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten keiner Bewilligung bedürfen und sich auch nicht anmelden müssen. Wenn es sich bei diesen Personen um Unionsbürgerinnen oder -bürger handelt, die somit auch visumsfrei in die Schweiz einreisen können, entsteht somit wohl quasi eine Parallele zu einem voraussetzungslosen Kurzaufenthaltsrecht, wie es im Rahmen der RL 2004/38 besteht (wobei die Rechtsgrundlage des Aufenthaltsrechts aber für die Frage nach der Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung von Bedeutung sein kann). Deutlich wird damit, dass die Einführung eines voraussetzungslosen Kurzaufenthaltsrechts in das bilaterale Recht entsprechend Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 faktisch wohl keine tiefgreifenden Änderungen für die in der Schweiz geltende Rechtslage implizierte.

- In Bezug auf den **Familiennachzug** sieht Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA vor, dass auch der Lebenspartner in eingetragener Partnerschaft als Familienangehöriger anzusehen ist.
- Die Frage, ob und inwieweit (aufenthaltsberechtigten) **Unionsbürgern ohne Erwerbstätigkeit ein Anspruch auf Sozialhilfe**<sup>27</sup> zusteht, ist auf der Grundlage des **Art. 24 RL 2004/38** zu beantworten. Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 verankert ein Gleichbehandlungsgebot bzw. ein Diskriminierungsverbot und verbietet im Anwendungsbereich der Verträge (grundsätzlich) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit von Unionsbürgern, die sich aufgrund der RL 2004/38 in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten (womit auch dauer-

<sup>25</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung BGE 143 IV 97 E. 1.5; aus der Literatur PETER UEBERSAX, Freizügigkeitsabkommen und Landesverweisung, Plädoyer 1/2018, 37 ff.; TOBLER, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Fn. 9), 433 (445 ff.).

<sup>26</sup> TOBLER, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Fn. 9), 433 (446).

<sup>27</sup> Dabei umfasst der Begriff der Sozialhilfe im Sinne der RL 2004/38 «sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichtete Hilfssysteme [...], die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates belasten muss, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die dieser Staat gewähren kann», vgl. so EuGH, Rs. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 (Brey), Rn. 61; ebenso EuGH, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 (Dano), Rn. 63. Der Begriff der Sozialhilfe ist dementsprechend weit und umfasst sowohl die «klassische» Sozialhilfe als auch weitere beitragsunabhängige Leistungen, die der Existenzsicherung dienen, wie etwa Ergänzungsleistungen der AHV und IV, so im Zusammenhang mit dem FZA auch das BGE in BGE 135 II 265, E. 3.7; bestätigt etwa in Urteil des Bundesgerichts 2C\_222/2010 vom 29. Juli 2010, E. 6.2.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_407/2013 vom 15. November 2013, E. 3.3. Im Übrigen ist der Begriff der Sozialhilfe im Sinne der RL 2004/38 nach der Rechtsprechung nicht nur insofern autonom auszulegen, als allfällige Auslegungen nach nationalem Recht irrelevant sind. Vielmehr kann er auch von der Begrifflichkeit anderer EU-Rechtsakte abweichen. So fallen unter den in der RL 2004/38 verwendeten Begriff der Sozialhilfe nicht zwingend dieselben Leistungen wie unter die Sozialhilfe im Sinne der Verordnungen des koordinierenden Sozialrechts. So begründet der EuGH in EuGH, Rs. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 (Brey), Rn. 50 ff., eine unterschiedliche Definition des Sozialhilfebegriffs in der RL 2004/38 und in der VO 883/2004 mit den unterschiedlichen Zielsetzungen der Rechtsakte. Hierzu auch THYM, NZS 2014 (Fn. 23), 81 (82 ff.).



aufenthaltsberechtigte Personen erfasst sind). Nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 sind die Mitgliedstaaten jedoch nicht verpflichtet, Nichterwerbstätigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts und Arbeitssuchenden Sozialhilfe zu gewähren. Der Gerichtshof hatte sich in den vergangenen Jahren verschiedentlich mit der Auslegung dieser Bestimmung auseinander gesetzt und den Anspruch von Nichterwerbstätigen auf Sozialhilfe insgesamt eher restriktiv ausgelegt; insbesondere setzt Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 voraus.<sup>28</sup> Von besonderer Bedeutung ist in unserem Zusammenhang, dass Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 letztlich den bereits in Art. 18 AEUV verankerten Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aufgreift und insofern an das Primärrecht anknüpft.<sup>29</sup> Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor dem Erlass der RL 2004/38 ergibt sich aber bereits ein Anspruch auf Gleichbehandlung und damit auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe auf der Grundlage des Art. 18 AEUV, dies allerdings unter gewissen Voraussetzungen,<sup>30</sup> die in der Rechtsprechung zu Art. 24 RL 2004/38 aufgegriffen werden; vor diesem Hintergrund ist auch eine Rechtfertigung jedenfalls materieller Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit möglich.<sup>31</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Formulierung des Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 (wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen «nicht automatisch» zu einer Ausweisung führen darf) eine Kodifizierung der Rechtsprechung darstellt.<sup>32</sup> Weiter ist zu erwähnen, dass für **Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen ein umfassender Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfeleistungen** besteht, dies aufgrund der besonderen Vorschriften für Arbeitnehmende, die heute in der **VO 492/2011** figurieren, wobei die Verordnung diesbezüglich an die bis dahin geltende Rechtslage anknüpft. Allerdings präzisiert Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 diejenigen Konstellationen, in denen die Arbeitnehmereigenschaft aufrechterhalten bleibt (mit der Konsequenz, dass auch ein diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialhilfe zu gewährleisten ist, wobei es im Ergebnis insbesondere bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit einen entsprechenden Anspruch während sechs Monaten gibt).

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 69. S. weiter aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; EuGH, Rs. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen), ECLI:EU:C:2016:114. Zur Problematik instruktiv STAMATIA DEVETZI/FRANK SCHREIBER, Diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialleistungen – nur noch nach Maßgabe der Unionsbürger-Richtlinie?, ZESAR 2016, 15 ff.; DOMINIK STEIGER, Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer – Vom Verlust der richtigen Balance zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Rechten des Einzelnen sowie der Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie, EuR 2018, 304 ff.; MAXIMILIAN FUCHS, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Sozialleistungen, ZESAR 2015, 95 ff.; SANDRA MANTU/PAUL MINDERHOUD, EU citizenship and social solidarity, MJ 2017, 703 ff.; THOMAS OBERHÄUSER/EVA STEFFEN, Rechtswidriger Leistungsausschluss für Unionsbürger, ZAR 2017, 149 ff.; mit Bezug zum FZA auch TOBLER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 10), 55 ff.

<sup>29</sup> S. insoweit auch THYM, NZS 2014 (Fn. 23), 81 (88), der betont, der Unionsgesetzgeber habe mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV kodifizieren wollen.

<sup>30</sup> Vgl. schon EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458; s. auch EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), ECLI:EU:C:2004:488.

<sup>31</sup> In diese Richtung geht auch die Rechtsprechung des EuGH, s. die Nachweise in Fn. 30. Aus der Literatur, m.w.N., THYM, NZS 2014 (Fn. 23), 81 (87 f.); ASTRID EPINEY, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, Baden-Baden 2019, § 10, Rn. 4 ff.

<sup>32</sup> S. diese Formulierung so (soweit ersichtlich) erstmals in EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458.

- Betrachtet man die **Rechtslage auf der Grundlage des FZA**, so ist zu unterscheiden: Der **Zugang von Erwerbstätigen<sup>33</sup> zu Sozialhilfe** ergibt sich bereits heute und im Wesentlichen **parallel wie im Unionsrecht aus dem FZA**, dies insbesondere aufgrund des Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA,<sup>34</sup> wobei auch hier Rechtfertigungen von materiellen Diskriminierungen zulässig sein können.<sup>35</sup> Gleiches gilt für Personen mit einem Verbleiberecht aufgrund des FZA,<sup>36</sup> während die Situation bei unfreiwillig Arbeitslosen umstritten ist; letztlich ist hier die Frage des Fortbestands der Arbeitnehmereigenschaft entscheidend (vgl. Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA).<sup>37</sup> Auch auf der Grundlage des FZA können **Arbeitssuchende** nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA von der **Sozialhilfe ausgeschlossen** werden. Für **Nichterwerbstätige** sieht **Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA** ausdrücklich vor, dass deren Aufenthaltsrecht nur so lange besteht, wie die Berechtigten die Bedingungen des Art. 24 Abs. 1 FZA erfüllen, so dass es in denjenigen Konstellationen, in denen keine ausreichenden finanziellen Mittel mehr vorhanden sind, automatisch wegfällt. Diesfalls ist der Anwendungsbereich des Abkommens nicht mehr eröffnet, womit das Art. 18 AEUV nachgebildete allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit des Art. 2 FZA (das nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>38</sup> und herrschender Lehre<sup>39</sup> parallel zu Art. 18 AEUV auszulegen ist) – nicht anwendbar ist. Da die Inanspruchnahme von Sozialhilfe dazu führt, dass die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA für ein Aufenthaltsrecht gerade nicht mehr gegeben sind, besteht auf der Grundlage des FZA somit ein «Automatismus», der durch Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 gerade ausgeschlossen ist, was impliziert, dass auch Nichterwerbstätige einen gewissen Anspruch auf Sozialhilfe haben können. Allerdings ist diese Differenz zu relativieren: Denn die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen stellt auch nach der RL 2004/38 jedenfalls einen (gewichtigen) Anhaltspunkt dafür dar, dass die Voraussetzung der ausreichenden Existenzmittel im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 gerade nicht mehr erfüllt ist, so dass diese Inanspruchnahme zum Anlass genommen werden darf zu prüfen, ob das Aufenthaltsrecht weiter besteht. Eine Ausweisung kann dann durchaus – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit – grundsätzlich zulässig sein.<sup>40</sup> Insofern kann auch aus der RL 2004/38 mitnichten ein

<sup>33</sup> Vgl. zur Frage des Einbezugs von Selbständigen (wobei die besseren Gründe für eine Bejahung dieses Einbezugs sprechen), EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen (Hrsg.), Code annoté (Fn. 4), Art. 4 ALCP, Rn. 34.

<sup>34</sup> Zum Einbezug von Sozialhilfe in den Begriff der sozialen Vergünstigungen EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 10), 37 (41); GASTALDI, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 10), 121 (132).

<sup>35</sup> So wäre eine Einschränkung des Zugangs zu Sozialhilfeleistungen auf Personen mit Wohnsitz in der Schweiz wohl zulässig, vorausgesetzt, dass die Ungleichbehandlung auf einem objektiven Grund beruht und verhältnismässig ist (vgl. EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 10), 37 (41), mit Verweisen auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68, dem die Bestimmung des FZA nachgebildet ist). Als Rechtfertigungsgrund kommt das finanzielle Gleichgewicht der Systeme sozialer Sicherheit in Frage, und eine ausreichende Verbindung zum Aufnahmemitgliedstaat wäre ein sachliches Differenzierungskriterium.

<sup>36</sup> Art. 7 VO 1251/70 und RL 75/34, auf die Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA verweist.

<sup>37</sup> So dass die Vereinbarkeit von Art. 61a Abs. 3 AIG mit dem FZA zweifelhaft ist. Vgl. aber Botschaft vom 4. Mail 2016 zur Änderung des Ausländergesetzes, BBl 2016 3007, 3053.

<sup>38</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.325/2004 vom 25. August 2005 E. 3.3; BGE 129 I 392 E. 3.2; BGE 131 V 209; BGE 134 II 10 E. 3.6.

<sup>39</sup> Vgl. nur, m.w.N., EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen (Hrsg.), Code annoté (Fn. 4), Art. 4 ALCP, Rn. 1 ff.

<sup>40</sup> Zuzugeben ist allerdings, dass die Rechtsprechung hier mitunter etwas schwankt, so wenn der EuGH teilweise festhält, die RL 2004/38 erkenne eine «bestimmte finanzielle Solidarität» der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denjenigen der anderen Mitgliedstaaten an, und es sei zu prüfen, ob die Gewährleistung der Sozialhilfe eine Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem des betreffenden Mitgliedstaats darstelle, vgl. EuGH,

unbeschränktes Recht Nichterwerbstätiger auf Zugang zu Sozialhilfe abgeleitet werden. Jedoch geht die Unionsbürgerrichtlinie insoweit deutlich weiter als das FZA, als im Falle des Daueraufenthaltsrechts nach Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 jedenfalls ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe anzunehmen ist, wobei dieser Anspruch letztlich eine inhärente Konsequenz der Einführung des Daueraufenthaltsrechts darstellt.

- Schliesslich sei auf die Vorgaben zur **Aufenthaltsbeendigung** hingewiesen, die in Art. 27 ff. RL 2004/38 geregelt sind. Diese Bestimmungen betreffen die Voraussetzungen, unter denen der **Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt** werden kann und formulieren einige, bereits in der (durch die RL 2004/38 aufgehobenen) RL 64/221 enthaltene Grundsätze (ausschliessliche Massgeblichkeit des persönlichen Verhaltens des Betroffenen, kein «Automatismus» von strafrechtlicher Verurteilung und Ausweisung, vgl. Art. 3 Abs. 1, 2 RL 64/221), fügen dem aber noch eine Reihe weiterer Anforderungen bzw. Präzisierungen hinzu, so den Ausschluss wirtschaftlicher Gründe, die Massgeblichkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, die Unzulässigkeit generalpräventiver Erwägungen und die Anforderung, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38). Weiter sind bei der Entscheidung über die Ausweisung die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmass seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen (Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38). All diese Anforderungen hat der EuGH bereits auf der Grundlage der RL 64/221 bzw. der primärrechtlichen Vorschriften und in Anknüpfung an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz entwickelt,<sup>41</sup> und sie werden auch in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgericht vollumfänglich herangezogen.<sup>42</sup> Daher ist davon auszugehen, dass **Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert** und mit diesen Vorgaben **keine eigentlichen Neuerungen** verbunden sind. Insofern ist auch die neue Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 Abs. 1, 2, 28 Abs. 1 RL 2004/38 grundsätzlich beachtlich. Eine eigentliche Neuerung enthalten aber Art. 28 Abs. 2, 3 RL 2004/38, die für **Personen mit Daueraufenthaltsrecht** (Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38) und **Personen mit zehnjährigem Aufenthalte oder Minderjährige** (Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38) einen **weitergehenden Schutz vor Ausweisungen** vorsehen (diese darf im ersten Fall nur aus «schwerwiegenden Gründen» der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und im zweiten Fall nur aus «zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit» erfolgen,<sup>43</sup> womit höhere Anforderungen an den «Schweregrad» der geforderten Gefährdung

---

Rs. C-140/12 (Brey), ECLI:EU:C:2013:337. Andere Urteile sind hier jedoch bedeutend zurückhaltender, s. insbesondere EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 69. S. weiter aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; EuGH, Rs. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen), ECLI:EU:C:2016:114.

<sup>41</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), ECLI:EU:C:1977:172, Rn. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115–116/81 (Adoui et Cornuaille), ECLI:EU:C:1982:183, Rn. 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), ECLI:EU:C:1999:6, Rn. 24 ff.; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:1989:204, Rn. 17; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), ECLI:EU:C:2002:712, Rn. 40 ff.

<sup>42</sup> S. z.B. Urteil des Bundesgerichts 2C\_991/2017 vom 1. Februar 2018; Urteil des Bundesgerichts 2C\_401/2017 vom 26. März 2018; s. ansonsten die Nachweise bei EPINEY/NÜESCH, Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018 (Fn. 4), 273 (309 ff.).

<sup>43</sup> Zu dieser «dritten Stufe» der Einschränkungen des Aufenthaltsrechts EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), ECLI:EU:C:2010:708 (Berechnung des zehnjährigen Aufenthalts, der eine im Vergleich zu Art. 28 Abs. 2

durch den Betreffenden gestellt werden). Daneben präzisieren einige weitere, in Art. 27 ff. RL 2004/38 enthaltene Vorgaben im Wesentlichen Fragen des Verfahrens und enthalten besondere Vorgaben betreffend die Gefährdung der öffentlichen Gesundheit. Mit letzteren gehen zwar gewisse Konkretisierungen des mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums einher, wobei sich ihr «Neuigkeitswert» jedoch in Grenzen hält, und sie enthalten jedenfalls keine weiteren Anforderungen an die grundsätzliche Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung. Damit kann im **Ergebnis** festgehalten werden, dass sich die **Weiterentwicklungen der RL 2004/38** im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage im Unionsrecht und im Freizügigkeitsabkommen im Wesentlichen aus der eine echte Neuerung darstellenden Verankerung des **Daueraufenthaltsrechts** ergeben: Dieses räumt den Berechtigten nicht nur ein Aufenthaltsrecht ein, sondern bringt auch – aufgrund des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe mit sich und zieht einen verstärkten Schutz vor Ausweisung nach sich. Eigentliche weitergehende Aufenthaltsrechte werden darüber hinaus lediglich noch durch die weitere Fassung des Begriffs des nachzugsberechtigten Familienangehörigen vorgesehen.

### III. Unionsbürgerrichtlinie und InstA: keine Pflicht zur Übernahme

[Rz 11] Nach dem Gesagten stellt die **RL 2004/38** durchaus eine **Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts in der EU** und damit **zumindest teilweise auch des FZA** – welche an das EU-Freizügigkeitsrecht anknüpft bzw. dieses übernimmt – dar. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass alle Aspekte der Richtlinie als eine Weiterentwicklung des FZA anzusehen sind. Denn die RL 2004/38 beruht – wie schon ihre Bezeichnung («Unionsbürgerrichtlinie») verrät – auf dem Konzept der Unionsbürgerschaft, welches anerkanntermassen gerade keinen Eingang in das FZA gefunden hat. Aufgeworfen wird damit die Frage, welche Aspekte der RL 2004/38 spezifisch an die Unionsbürgerschaft anknüpfen und somit von vornherein keine Weiterentwicklung des dem Freizügigkeitsabkommen zugrundeliegenden unionsrechtlichen Besitzstandes sein können (1.), bevor auf die Problematik des Einbezugs der RL 2004/38 in den Kreis des zu übernehmenden weiterentwickelten EU-Rechts (2.) eingegangen und auf die Streitbeilegung hingewiesen (3.) wird.

#### 1. Die RL 2004/38 zwischen Freizügigkeitsrechten und Unionsbürgerschaft

[Rz 12] Der durch den **Maastrichter Vertrag** (am 1. November 1993 in Kraft getreten) eingeführte **Unionsbürgerstatus** ist nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des EuGH der **grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten**, der ihnen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet allfälliger Ausnahmen Anspruch auf die gleiche rechtliche Behandlung einräumt.<sup>44</sup> Den Unionsbürgern stehen diverse Rechte zu, so insbesondere das **Recht auf Freizügigkeit**. Freizügigkeitsrechte gibt es in der Union allerdings schon seit langem, wobei diese

---

RL 2004/38 erheblich höhere «Hürde» der Ausweisung darstelle). S. auch EuGH, Rs. C-348/09 (P.I.), ECLI:EU:C:2012:300.

<sup>44</sup> S. z.B. EuGH, Rs. C-304/14 (CS), ECLI:EU:C:2016:674; EuGH, Rs. C-165/14 (Randon Marin), ECLI:EU:C:2016:675.

sukzessive ausgedehnt wurden. Besonders bedeutsam war die **sekundärrechtliche Verankerung von Freizügigkeitsrechten** für Nichterwerbstätige durch in den **Jahren 1990 und 1993 erlassene Richtlinien**,<sup>45</sup> wobei diese Rechte nur unter bestimmten Voraussetzungen (insbesondere hinreichende finanzielle Mittel und eine Krankenversicherung) geltend gemacht werden konnten.

[Rz 13] Die RL 2004/38 fasste einerseits die bis dahin geltenden Freizügigkeitsregeln (mit Ausnahme einiger spezifischer Regelungen für Arbeitnehmer, die nach wie vor in einer Verordnung, heute die VO 492/2011, geregelt sind) in einem Rechtsakt zusammen, enthält andererseits aber auch einige «echte» Neuerungen.<sup>46</sup> Fragt man nun danach, welche **Modifikationen** tatsächlich **Weiterentwicklungen der bereits in das Freizügigkeitsabkommen übernommenen Freizügigkeitsrechte** darstellen, so drängt sich zunächst ein Seitenblick auf die Rechtslage im EWR – der ebenfalls an das EU-Recht angelehnte Freizügigkeitsrechte kennt, ohne jedoch die Unionsbürgerschaft übernommen zu haben – auf (a), bevor der Versuch einer entsprechenden Differenzierung unternommen wird (b).

#### a. Zur Rechtslage im EWR

[Rz 14] Anhang V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und Anhang VIII (Niederlassungsfreiheit) EWRA sehen ausdrücklich vor, dass die **RL 2004/38 grundsätzlich Bestandteil des EWR-Rechts** ist. Diese Fassung des Abkommens geht auf den **Beschluss 158/2007** des Gemeinsamen EWR-Ausschusses zurück.<sup>47</sup> Die Aufnahme der RL 2004/38 in den EWR *acquis* erfolgte im Kontext des in Art. 102 EWR-Abkommen vorgesehenen Mechanismus zur Aufdatierung des Abkommens. So verwies das EWR-Abkommen zum Zeitpunkt des Abschlusses 1992 auf das damals geltende Sekundärrecht. Mit Beschluss des Gemischten EWR-Ausschusses wurden die entsprechenden Verweise jedoch durch die genannten Verweise auf die RL 2004/38 – welche denn auch von der Union explizit mit dem Vermerk «Text von Bedeutung für den EWR» versehen ist – ersetzt.

[Rz 15] In Bezug auf die hier interessierende Fragestellung der (fehlenden) Relevanz der Unionsbürgerschaft im Rahmen des EWR-Abkommens enthält der **Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses** diverse **Präzisierungen**:

- Erw. 8 der Präambel betont, dass das Abkommen den Begriff der «Unionsbürgerschaft» nicht beinhaltet.
- Nach Erw. 9 der Präambel ist die Einwanderungspolitik nicht Gegenstand des EWR-Abkommens.
- Gemäss Erw. 10 der Präambel findet das EWR-Abkommen keine Anwendung auf Drittstaatsangehörige, die jedoch «bestimmte abgeleitete Rechte» (insbesondere als Familienangehörige) geniessen sollen, wobei ausdrücklich auf Art. 12 Abs. 2, Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 RL 2004/38 verwiesen wird, wobei die rechtliche Tragweite dieses Verweises jedoch unklar bleibt, da er auch als Beispiel für abgeleitete Rechte aufgefasst werden kann. Art. 1 Nr. 1

<sup>45</sup> S. Fn. 12.

<sup>46</sup> S: insoweit bereits oben II.1.

<sup>47</sup> Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 vom 7. Dezember 2007 zur Änderung des Anhangs V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und des Anhangs VIII (Niederlassungsrecht) des EWR-Abkommens, ABl 2007 L 124, 20.

lit. b des Beschlusses spricht denn auch nur von «bestimmten, aus der Richtlinie abgeleiteten Rechten», wobei nicht deutlich wird, um welche Rechte es genau geht.

- Art. 1 Nr. 1 des Beschlusses sieht (weitere) Anpassungen in der RL 2004/38 vor: So gilt die Richtlinie nur für die «unter diesen Anhang fallenden Bereiche», also nur für die vom EWR-Abkommen erfassten Freizügigkeitsrechte (lit. a). Der Begriff «Unionsbürger» wird durchgehend durch «Staatsangehörige von EG-Mitgliedstaaten und EFTA-Staaten» ersetzt, und in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 wird der Ausdruck «abgeleitetes Recht» durch «in dem in das Abkommen aufgenommenen abgeleiteten Recht» ersetzt.

[Rz 16] Der Beschluss zur Übernahme der RL 2004/38 wurde von einer **gemeinsamen Erklärung der Vertragsparteien** begleitet. Diese betont, dass der Begriff der Unionsbürgerschaft keine Entsprechung im EWR-Abkommen findet. So enthält das EWR-Abkommen zwar Parallelbestimmungen zu Art. 45 ff. (Arbeitnehmerfreizügigkeit), 49 ff. (Niederlassungsfreiheit) und 56 ff. AEUV (Dienstleistungsfreiheit), nicht aber zu Art. 20 ff. AEUV, die die primärrechtliche Grundlage der Unionsbürgerschaft bilden. Die Erklärung präzisiert sodann, dass die «Aufnahme der Richtlinie 2004/38/EG in das EWR-Abkommen [...] die Bewertung der Bedeutung künftiger Rechtsakte der EU und der künftigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf der Grundlage des Begriffs der Unionsbürgerschaft für das EWR-Abkommen unberührt [lässt].» Mit der Erklärung sollte offenbar festgehalten werden, dass zwar anerkannt wird, dass die RL 2004/38 eine Weiterentwicklung des für den EWR relevanten Freizügigkeitsrechts darstellt und folglich in das Abkommen aufzunehmen ist, das Konzept der Unionsbürgerschaft jedoch im EWR-Recht keine Entsprechung findet und somit darauf basierende Bestandteile der Richtlinie nicht relevant sein können.<sup>48</sup>

[Rz 17] Die bisherige **Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs zur RL 2004/38** betrifft in erster Linie Fragen, die sich aufgrund des Fehlens einer Art. 21 AEUV (Freizügigkeit der Unionsbürger) entsprechenden Bestimmung im EWR-Abkommen ergeben: So fasst der EFTA-Gerichtshof den Anwendungsbereich der RL 2004/38 weiter als der EuGH, dies vor dem Hintergrund, dass die RL 2004/38 nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur die Voraussetzungen der Einreise und des Aufenthalts in einem anderen als dem «eigenen» Mitgliedstaat regelt, so dass «Rückkehrkonstellationen» nicht erfasst sind; Rechte gegenüber dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit die betroffene Person besitzt, können sich jedoch direkt aus Art. 21 AEUV ergeben, dessen Tragweite nach der Rechtsprechung derjenigen der RL 2004/38 entspricht.<sup>49</sup> Da letztere Variante im Rahmen des EWR-Rechts nicht möglich ist, geht der EFTA-Gerichtshof – vor dem Hintergrund des Ziels der Homogenität beider Rechtsordnungen und dem Anliegen zu verhindern, dass Rechte von Angehörigen von EWR/EFTA-Staaten gegenüber ihrem Heimatstaat weniger weit gehen als die entsprechenden Rechte von Unionsbürgern – davon aus, dass die RL 2004/38 auch Rechte gegenüber dem «eigenen» Staat begründen könne.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Vgl. im Einzelnen zu den im Zusammenhang mit der Integration der RL 2004/38 in den EWR-Besitzstand aufgeworfenen Fragen, m.w.N., TOBLER, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Fn. 9), 433 (438 ff.); CHRISTA TOBLER, Free Movement of Persons in the EU v. in the EEA: Of Effect-Related Homogeneity and a Reversed *Polydor* Principle, European Papers 2018, 1429 ff.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-456/12 (O. und B.), ECLI:EU:C:2014:135, Rn. 37 ff.

<sup>50</sup> So EFTA-GH, Rs. E-28/15 (Jabbi), Rn. 60 ff.; EFTA-GH, Rs. E-26/13 (Gunnarsson); s. zu letzterem CIARAN BURKE/OLAFUR ISBERG HANNESSON, Citizenship by the Back door? Gunnarsson, CMLRev, 2015, 1111 ff.; in der Literatur bestehen hinsichtlich der Argumentation des EFTA-GH unterschiedliche Meinungen: zustimmend OLAFUR EINARSSON, in: Finn Arnesen/Halvard Fredriksen/Hans Petter Graver/Ola Mestad/Christoph Vedder

[Rz 18] Noch nicht in der Rechtsprechung geklärt ist die **genaue rechtliche Tragweite des Beschlusses zur Übernahme der RL 2004/38 in den EWR-Rechtsbestand** und der erwähnten gemeinsamen Erklärung der Vertragsparteien, die ausdrücklich festhält, dass die Aufnahme der RL 2004/38 in das EWR-Abkommen nicht bedeutet, dass die (künftige) EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft nicht «automatisch» für den EFTA-GH von Relevanz ist. Immerhin hielt der EFTA-Gerichtshof fest, aus dem Beschluss und der Erklärung folge, dass die Unionsbürgerschaft und die Einwanderungspolitik vom EWR-Abkommen ausgenommen seien. Die Auswirkungen des Ausschlusses der Unionsbürgerschaft seien jeweils im Einzelfall zu bestimmen, aber insbesondere insoweit im Zusammenhang mit Art. 24 RL 2004/38 von Bedeutung, soweit diese Bestimmung dazu führe, dass Daueraufenthaltsberechtigte ein umfassendes Gleichbehandlungsgebot geltend machen können. Hinzuweisen ist allerdings auf das Urteil E-04/11<sup>51</sup> des EFTA-GH, wo dieser befand, dass einer Person gestützt auf ihr Daueraufenthaltsrecht gemäss Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 auch das Recht auf Familiennachzug zustünde, selbst wenn sowohl die Person selbst sowie die nachziehende Familienangehörige Sozialhilfeleistungen bezögen. Das Urteil adressiert jedoch nicht wirklich die Frage danach, ob das Daueraufenthaltsrecht nicht zwingend mit der Unionsbürgerschaft im Zusammenhang steht, wobei es jedoch (implizit) von der Relevanz des Daueraufenthaltsrechts für den EWR ausgeht.

[Rz 19] Damit kann in Bezug auf die «Übernahme» der RL 2004/38 in den Rahmen des EWR **zusammenfassend** folgendes festgehalten werden:

- Mit der Aufnahme der RL 2004/38 in die Anhänge des EWR-Abkommens werden nicht direkt auch das Konzept Unionsbürgerschaft und sämtliche damit verbundenen Rechte übernommen, sondern lediglich die sich direkt aus der Richtlinie ergebenden und sich auf das Freizügigkeitsrecht – d.h. das Recht, sich von einem Staat in den anderen zu bewegen – stützenden Vorgaben.
- Grundsätzlich nicht in das EWR-Recht übernommen werden folglich Rechte, die Unionsbürgern bereits aufgrund ihrer Staatszugehörigkeit zustehen, ohne dass sie von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben müssen.
- Darüber hinaus ist unklar, ob und inwieweit bestimmte neue, durch die RL 2004/38 Unionsbürgern eingeräumte Rechte an den Unionsbürgerstatus selbst anknüpfen und insofern keine Weiterentwicklung des in das EWR-Abkommen übernommenen Freizügigkeitsrechts darstellen können. Angesichts der erwähnten «Reserven» im Beschluss 158/2007 spricht Vieles dafür, dass es solche Rechte offenbar geben muss, hätte man doch ansonsten nicht ausdrücklich betonen müssen, dass die Richtlinie nur für die unter den Anhang bzw. das EWR-Abkommen fallenden Bereiche gilt und die Unionsbürgerschaft gerade keinen Eingang in das Abkommen gefunden hat. Diese Fragestellung könnte – neben dem Diskriminierungsverbot des Art. 24 RL 2004/38 – *a priori* insbesondere für das Recht auf Daueraufenthalt relevant sein, so dass es bedauerlich ist, dass der EFTA-GH in der Rs. E-4/11 diese Problematik nicht ausdrücklich erörtert hat.<sup>52</sup>

---

(Hrsg.), Agreement on the European Economic Area: A Commentary, Baden-Baden 2018, Art. 31 EWR-Abkommen, Rn. 44 ff.; kritisch PAL WENNERÅS, in: ebd., Art. 6 EWR-Abkommen, Rn. 64 ff.; s. auch die Darstellung des Meinungsstands bei TOBLER, European Papers 2018 (Fn. 48), 1429 (insbesondere 1438 ff.), die ebenfalls in verschiedener Hinsicht Kritik an der Argumentation des EFTA-GH äussert.

<sup>51</sup> EFTA-GH, Rs. E-4/11 (Clauder).

<sup>52</sup> S. insoweit auch noch sogleich unten, III.1.b).

**b. Die Neuerungen der RL 2004/38: nur eine teilweise Weiterentwicklung des dem FZA zugrundeliegenden unionsrechtlichen Besitzstands**

[Rz 20] Nach Art. 5, 12 ff. InstA sind **Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands**, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, **schnellstmöglich zu übernehmen**. Damit ist auch impliziert, dass die Übernahmepflicht nur unter der Voraussetzung zum Tragen kommt, dass es um EU-Recht geht, welches in den «Anwendungsbereich» des jeweiligen sektoriellen Abkommens fallendes Recht weiterentwickelt.

[Rz 21] Das Institutionelle Abkommen schweigt sich allerdings darüber aus, unter welchen **Voraussetzungen** genau eine **Weiterentwicklung des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands** anzunehmen ist; es weist hier lediglich auf die «domaines couverts par les accords concernés» (Art. 5 InstA) hin. In der Praxis werden diese Fragen im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung oder in Bezug auf den EWR – in beiden Konstellationen ist die Problematik parallel gelagert – bislang pragmatisch gelöst, indem auf Unionsebene beim Erlass des entsprechenden Sekundärrechtsakts eine Entscheidung darüber erfolgt, ob der jeweilige Rechtsakt Teil des betreffenden Besitzstands ist und ggf. wird er mit einem diesbezüglichen Hinweis versehen. Fehlt ein solcher Bezug, so erfolgt keine Übernahme, und ggf. bleibt die «alte» Bezugnahme bestehen, dies obwohl der entsprechende Rechtsakt (meist nach einer Übergangszeit) in der Union nicht mehr gilt. Dabei kann die Frage, ob ein neuer Rechtsakt Teil des jeweiligen Besitzstands ist, mitunter durchaus umstritten sein und ist somit nicht immer zweifelsfrei zu beantworten. So erschliesst es sich z.B. mit Bezug auf den Schengen/Dublin-Besitzstand nicht auf den ersten Blick, warum die neue Datenschutzgrundverordnung (VO 2016/679)<sup>53</sup> nicht Teil dieses Besitzstands sein soll, während die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46)<sup>54</sup>, welche durch die Datenschutzgrundverordnung abgelöst wird, in den Anhängen zur Schengen- und Dublin-Assoziierung aufgeführt ist. Dabei geht es bei der Frage, ob ein bestimmter neuer Rechtsakt Teil des EWR- oder des Schengen/Dublin-Besitzstands ist, zweifellos um eine Rechtsfrage (handelt es sich doch um unionsrechtliche Begriffe), so dass sie vom EuGH überprüft werden kann;<sup>55</sup> allerdings wurde bislang keine Nichtigkeitsklage gegen Rechtsakte erhoben, in denen diese Frage relevant sein könnte, und derzeit ist nicht abzusehen, ob ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wird. Zu beachten ist im Übrigen, dass die Schweiz keine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV erheben könnte, da sie nicht aktiv legitimiert ist. Letztlich gibt es somit bislang keine gerichtlich belastbare Praxis für die Präzisierung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine solche Weiterentwicklung angenommen werden kann, und die Praxis jedenfalls im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung legt die Annahme nahe, dass hier mitunter auch politische Gründe eine Rolle spielen, dies ungeachtet des Umstands, dass es um eine Rechtsfrage geht und die hier tätigen Organe ein möglicherweise eingeräumtes Ermessen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben auszuüben haben.

[Rz 22] Im Ergebnis dürfte die Frage nach dem Vorliegen einer Weiterentwicklung des vom Anwendungsbereich eines der Bilateralen Abkommen umfassten Besitzstands im **Einzelfall** auf der Grundlage einer Analyse der **rechtlichen Tragweite** einerseits des in Frage stehenden Unions-

<sup>53</sup> VO 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 8.

<sup>54</sup> RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.

<sup>55</sup> Vgl. schon EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 4), 153.



rechts, das in das jeweilige Abkommen überführt wurde, andererseits des neu erlassenen Unionsrechts zu eruieren sein. Dabei dürften folgende Aspekte aus grundsätzlicher Sicht relevant sein, wobei es auch denkbar ist, dass ein neuer EU-Rechtsakt nur teilweise eine Weiterentwicklung von durch ein Abkommen erfassten Bereichen darstellt:

- Die **Aufhebung oder Modifikation eines bestehenden Rechtsakts** auf Unionsebene, der in ein sektorielles Abkommen integriert ist, dürfte grundsätzlich eine zumindest teilweise Weiterentwicklung von in den Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens fallenden EU-Rechts darstellen.
- Das Vorliegen eigentlicher Weiterentwicklungen dürften grundsätzlich dann zu bejahen sein, wenn die **neue Rechtslage an die bislang geltende Rechtslage anknüpft** und die Vorgaben bzw. Rechte «**in dieselbe Richtung**» **fortgeschrieben** werden.
- Bei **neuen Rechtsakten** kann eine Weiterentwicklung dann zu bejahen sein, wenn diese geltendes und in das jeweilige Abkommen übernommenes EU-Recht **ergänzen**, wobei es hier selbstredend auf die Intensität des Zusammenhangs ankommt.
- **Keine Weiterentwicklung** dürfte in der Regel in denjenigen Konstellationen vorliegen, in welchen – möglicherweise auf der Grundlage anderer konzeptioneller Grundentscheidungen – **eigentliche neue Vorgaben oder Rechte** vorgesehen werden, ohne dass ein notwendiger Zusammenhang mit den bestehenden Vorgaben besteht. M.a.W. ist hier nach dem Konnex der neuen Vorgaben mit dem in einem Abkommen übernommenen unionsrechtlichen Besitzstand zu fragen: Je loser dieser ist, desto eher dürfte das Vorliegen einer Weiterentwicklung zu verneinen sein.

[Rz 23] Vor dem Hintergrund, dass die **RL 2004/38** eine Reihe bestehender Rechtsakte, die Grundlage für die Formulierung des Anhangs I FZA waren, aufhebt, ist davon auszugehen, dass jedenfalls **weite Teile der Richtlinie Weiterentwicklungen des bestehenden Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage des FZA** darstellen. Gleichzeitig ist zu beachten, dass die **Unionsbürgerschaft** – ebenso wie im EWR-Recht – gerade **nicht Teil des Freizügigkeitsabkommens** ist, so dass diejenigen Aspekte der RL 2004/38, die aus **der Unionsbürgerschaft abgeleitet sind, keine Weiterentwicklung des FZA** darstellen können. Versucht man vor diesem Hintergrund, die soeben dargelegten Grundsätze auf die oben skizzierten m.E. wichtigsten Aspekte der mit der RL 2004/38 einhergehenden Weiterentwicklungen anzuwenden, so drängen sich folgende **Schlussfolgerungen** auf:

- Soweit die Erweiterung des Kreises der erfassten **nachzugsberechtigten Familienangehörigen** betroffen ist, ist wohl eine Weiterentwicklung des bestehenden Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage des FZA zu bejahen.
- Auch das **voraussetzungslose Kurzaufenthaltsrecht** dürfte letztlich eine Fortschreibung bereits bestehender Rechte sein, kennt doch auch das Freizügigkeitsabkommen bereits Aufenthaltsrechte von Nichterwerbstätigen.
- Soweit die **bisherige Rechtsprechung des EuGH** in Bezug auf durch das FZA erfasste Rechte bzw. Vorgaben kodifiziert wurde, liegt sicherlich eine Weiterentwicklung vor.
- All diejenigen Bestimmungen der RL 2004/38, die gewisse **prozedurale Rechte** präzisieren, sind wohl ebenfalls als Weiterentwicklungen anzusehen, da sie der Effektivität der eingeräumten Rechte Vorschub leisten sollen.

- Hingegen stellt das **Daueraufenthaltsrecht** nach der hier vertretenen Ansicht **keine Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts, wie es für das FZA von Relevanz ist**, dar. Denn dieses Recht geht insofern qualitativ klar über die bislang im FZA verankerten Rechte hinaus, indem es nach Ablauf einer gewissen Zeit für die Berechtigten ein (abgesehen von einem vorherigen rechtmässigen Aufenthalt) voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht verankert. Hingegen kommen die im FZA vorgesehenen Aufenthaltsrechte allesamt nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Arbeitnehmereigenschaft, hinreichende Existenzmittel u.a.m.) zum Zuge, wobei der Aufenthalt im Zuge des Wegfallens der jeweiligen Voraussetzungen beendet werden kann, so dass es *per se* kein Aufenthaltsrecht gibt, das nicht an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, deren Vorliegen nachgewiesen werden muss, womit sie auch nicht (mehr) gegeben sein können. Bezeichnend ist denn auch, dass das Daueraufenthaltsrecht gemäss Erw. 17 RL 2004/38 mit der Begründung eingeführt wurde, dass «wenn Unionsbürger, die beschlossen haben, sich dauerhaft in dem Aufnahmemitgliedstaat niederzulassen, das Recht auf Daueraufenthalt erhielten, [...] dies ihr Gefühl der Unionsbürgerschaft verstärken und entscheidend zum sozialen Zusammenhalt – einem grundlegenden Ziel der Union – beitragen [würde]». <sup>56</sup> Weder die Verstärkung des «Gefühls der Unionsbürgerschaft» noch der soziale Zusammenhalt sind jedoch Ziele des FZA. Dieses stellt vielmehr ein Marktzugangsabkommen dar und soll das Konzept der Personenfreizügigkeit – und nicht, wie bereits mehrfach erwähnt, das Konzept der Unionsbürgerschaft – auf die Schweiz ausweiten. Daher sprechen die besseren Gründe dagegen, dass das Recht auf Daueraufenthalt im Falle einer Übernahme der RL 2004/38 für das bilaterale Recht von Relevanz wäre. Dies hätte dann auch Auswirkungen auf die oben <sup>57</sup> dargelegten Aspekte der RL 2004/38, die mit dem Daueraufenthaltsrecht verbunden sind, so die erschwerte Ausweisung von Daueraufenthaltsberechtigten sowie der Zugang daueraufenthaltsberechtigter Personen zu Sozialhilfe, die – so man der hier vertretenen Ansicht folgt – ebenfalls nicht relevant für das FZA wären. Gegen den hier vertretenen Ansatz kann auch nicht geltend gemacht werden, dass im Rahmen des EWR – jedenfalls nach der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs – das Daueraufenthaltsrecht im Zuge der Übernahme der RL 2004/38 zum Zuge kommt. <sup>58</sup> Denn einerseits beruht der (übrigens nicht wirklich begründete und auch nicht in jeder Beziehung überzeugende) Ansatz des EFTA-GH auf dem Beschluss 158/2007, und der Beschluss betreffend das FZA könnte entsprechend anders ausfallen. Andererseits geht die im Rahmen des EWR erfolgende Integration in den unionsrechtlichen Besitzstand – wie auch der EuGH hervorgehoben hat <sup>59</sup> – deutlich weiter als diejenige im Rahmen der Bilateralen Abkommen. So figurieren im Anhang I FZA – insoweit im Unterschied zum EWR – im Vergleich zur Rechtslage in der Union explizit diverse Abweichungen bzw. Sondervor-

<sup>56</sup> Zum Daueraufenthaltsrecht aus der Rechtsprechung auch EuGH, Rs. C-162/09 (Lassal), Slg. 2010, I-9217: Die RL 2004/38 sei in Anbetracht ihres Kontexts und ihrer Ziele nicht eng auszulegen und dürfe keinesfalls ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden; das Recht auf Daueraufenthalt trage entscheidend zum sozialen Zusammenhalt bei und sei (auch) vorgesehen worden, um das «Gefühl der Unionsbürgerschaft» zu verstärken. S. auch verb. Rs. C-147/11, C-148/11 (Czop und Punakova), ECLI:EU:C:2012:538; Rs. C-378/12 (Onuekwere), ECLI:EU:C:2014:13; EuGH, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), ECLI:EU:C:2014:2068.

<sup>57</sup> S.o. II.

<sup>58</sup> S.o. III.1.a).

<sup>59</sup> S. EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), ECLI:EU:C:2010:430; s. aber auch die etwas andere Akzentsetzung in EuGH, Rs. C-506/10 (Graf/Engel), ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

schriften, womit die eingeschränktere Tragweite der Personenfreizügigkeit im Rahmen des FZA im Vergleich zum EWR deutlich wird. Hinzuweisen ist z.B. auf Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA, wonach Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen sowie gewisse Finanzdienstleistungen nur eingeschränkt erfasst sind, und Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, wonach das Abkommen weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für Studierende regelt. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es wenig überzeugend, das Daueraufenthaltsrecht und die mit ihm verbundenen zusätzlichen Rechte als solche als Weiterentwicklung des in das FZA übernommenen Freizügigkeitsrechts anzusehen. Da Art. 17 Abs. 1 InstA in Bezug auf das Verhältnis des InstA zu den sektoriellen Abkommen vorsieht, dass weder deren Anwendungsbereich, noch ihre Ziele, noch ihr materieller Inhalt modifiziert wird, impliziert das InstA bezüglich dieser Besonderheiten und letztlich Relativierungen hinsichtlich der Relevanz des Unionsrechts bzw. der Reichweite der Beteiligung am Binnenmarkt auch keine Modifikation.

- Ebenso könnte man mit guten Gründen vertreten, dass der **bedingte Anspruch auf Sozialhilfe für Nichterwerbstätige** (ausgehend von Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38) letztlich einen Ausfluss aus der Unionsbürgerschaft darstellen.<sup>60</sup> So begründete der EuGH diesen durch Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 kodifizierten Grundsatz mit dem Aufenthaltsrecht der Unionsbürger und der besonderen Bedeutung des Unionsbürgerstatus.<sup>61</sup> Bemerkenswert ist auch, dass der EFTA-GH gerade Art. 24 RL 2004/38 im Zusammenhang mit dem Zugang zu Sozialhilfe als Beispiel für einen Aspekt der RL 2004/38 anführt, der möglicherweise im Rahmen des EWR-Rechts gerade nicht verbindlich sein könnte.<sup>62</sup> Hinzu kommt, dass Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA bereits heute eine von der Rechtslage in der Union ausdrücklich abweichende Bestimmung enthält.

## 2. Zum «Übernahmemechanismus» des InstA – unter besonderer Berücksichtigung des Anhangs I FZA und der RL 2004/38

[Rz 24] Art. 5 InstA sieht den **Grundsatz der schnellstmöglichen Übernahme von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands**, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, in den Rahmen des jeweiligen Abkommens vor. Auf diese Weise soll die durch die Abkommen angestrebte **Parallelität der Rechtslage** auch dauerhaft gewährleistet werden, was für die Verwirklichung ihrer Zielsetzungen zentral ist.

[Rz 25] Art. 12–14 InstA enthalten die für das **Übernahmeverfahren** – das im Hinblick auf die dynamische Übernahme des weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstands ausgestaltet ist – massgeblichen Vorgaben:<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Im Ergebnis ebenso, mit Bezug zur Rechtsprechung des EFTA-GH, TOBLER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 9), 55 (78 ff.).

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458.

<sup>62</sup> EFTA-GH, Rs. E-15/12 (Wahl), Rn. 77.

<sup>63</sup> S. hierzu, unter Einbezug der Folgen einer Nichtübernahme, im Einzelnen EPINEY, in Jusletter 17. Dezember 2018 (Fn. 2), Rn. 19 ff.

- Erarbeitung und Erlass des betreffenden Unionsrechtsakts erfolgen nach den einschlägigen unionsrechtlichen Regeln durch die Union, so dass die Schweiz nicht mitentscheiden kann. Jedoch sieht Art. 12 InstA umfangreiche Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz am Rechtsetzungsverfahren in der Union vor.
- Sobald der betreffende Rechtsakt auf Unionsebene verabschiedet ist, wird die Schweiz informiert, und der zuständige Gemischte Ausschuss trifft die für seine Integration in das jeweilige Abkommen notwendigen Entscheidungen.
- Sollten für das Inkrafttreten der Modifikation des Abkommens in der Schweiz spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen zum Zuge kommen (womit insbesondere der Erlass eines dem Referendum unterstehenden Rechtsakts gemeint ist), teilt die Schweiz dies der Union mit. Diesfalls verfügt sie verlängerte Fristen.

[Rz 26] In unserem Zusammenhang ist von zentraler Bedeutung, dass die Integration neuer EU-Rechtsakte in den Rahmen eines der Bilateralen Abkommen durch den sektoriellen **Gemischten Ausschuss** in Anwendung der in dem jeweiligen Abkommen vorgesehenen Verfahren erfolgt; falls notwendig, soll der Ausschuss die **Revision des betreffenden Abkommens** vorschlagen, damit der betreffende Rechtsakt in das Abkommen integriert werden kann (Art. 13 Abs. 2 InstA). Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Abkommen in der Regel vorsehen, dass lediglich gewisse Anhänge durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können, die ihrerseits Listen von massgeblichen EU-Rechtsakten enthalten, während dies für den Text selbst der Abkommen oder von gewissen ausformulierten Anhängen grundsätzlich nicht möglich ist. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass in der Schweiz auch die Modifikation von Anhängen der Abkommen durch den Gemischten Ausschuss als Modifikation eines völkerrechtlichen Vertrags angesehen wird, was in Bezug auf das innerstaatliche Genehmigungsverfahren von Bedeutung ist.<sup>64</sup>

[Rz 27] Die Bezugnahme in Art. 13 Abs. 2 InstA einerseits auf einen vom Gemischten Ausschuss zu fassenden Beschluss, andererseits, soweit notwendig, auf einen vom Gemischten Ausschuss zu beschliessenden Vorschlag zur Revision des betreffenden Abkommens lässt erkennen, dass bei der Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den Rahmen der erfassten sektoriellen Abkommen die **Zuständigkeiten in dem betreffenden sektoriellen Abkommen** zu beachten sind, so dass der Gemischte Ausschuss die Übernahme von Weiterentwicklungen nur dann beschliessen kann, wenn sie Modifikationen von Teilen des Abkommens betrifft, die nach den einschlägigen Bestimmungen des Abkommens auch vom Gemischten Ausschuss beschlossen werden können. Dieser Ansatz erscheint trotz der mit ihm einhergehenden Relativierung der Zielsetzung des Institutionellen Abkommens, die Parallelität der Rechtsentwicklung und die Homogenität sicherzustellen, auf der Grundlage des Art. 13 Abs. 2 InstA zwingend, kann diese Bestimmung doch nur in dem Sinn ausgelegt werden, dass die in dem sektoriellen Abkommen vorgesehenen Verfahren und Kompetenzen zu beachten sind, ein Aspekt, auf den Art. 13 Abs. 2 InstA auch ausdrücklich Bezug nimmt («conformément à la procédure établie dans l'accord concernée»). Damit kann also unterschieden werden:

<sup>64</sup> S. insoweit EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 6. September 2007, 6, online unter [https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen\\_dea/Aide-m%C3%A9moire-final\\_fr.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen_dea/Aide-m%C3%A9moire-final_fr.pdf).

- Soweit die Übernahme der in Frage stehenden Weiterentwicklung des Unionsrechts die Modifikation von Teilen eines Abkommens betrifft, die durch den Gemischten Ausschuss geändert werden können, hat der Gemischte Ausschuss so rasch wie möglich einen entsprechenden «**Übernahmebeschluss**» zu treffen. Damit stünde es nicht mit den Verpflichtungen aus dem Abkommen in Einklang, wenn eine der beiden Vertragsparteien der Übernahme nicht zustimmen würde. Insofern werden also die institutionellen Bestimmungen der sektoriellen Abkommen durch das Institutionelle Abkommen überlagert.
- Soweit die Übernahme einer Weiterentwicklung des Unionsrechts auf der Grundlage des jeweiligen sektoriellen Abkommens hingegen nicht durch den Gemischten Ausschuss erfolgen kann, sondern eine **Modifikation des Abkommens** selbst bedingt, kann dieser die Übernahme eben auch nicht beschliessen, sondern muss im Hinblick auf die Übernahme eine entsprechende **Änderung des betreffenden Abkommens vorschlagen**. Hiermit einher geht jedenfalls eine Pflicht beider Parteien, auf die Formulierung eines entsprechenden Vorschlags einzutreten, so dass etwa eine «Verweigerungshaltung» nicht mit dem Institutionellen Abkommen in Einklang stünde. Die Frage, ob und ggf. inwieweit eine Pflicht der Vertragsparteien anzunehmen ist, den Vorschlag einer bestimmten Modifikation des betreffenden Abkommens mitzutragen bzw. diesem zuzustimmen, betrifft letztlich die Problematik des **Begriffs der Weiterentwicklung des in den Anwendungsbereich des betreffenden Abkommens übernommenen Unionsrechts**: Soweit das Vorliegen einer solchen Weiterentwicklung zu bejahen ist, dürfte auch eine Pflicht der Vertragsparteien, einem entsprechenden Vorschlag grundsätzlich zuzustimmen, anzunehmen sein. Allerdings müssen sich die Vertragsparteien auf entsprechende Formulierungen einigen, so dass diese grundsätzliche Pflicht der Zustimmung **keine** eigentliche **Pflicht zu einer Einigung auf einen bestimmten Text** impliziert. Dieser Schluss erscheint schon deshalb zwingend, weil der Gemischte Ausschuss einstimmig entscheidet und Art. 13 Abs. 2 InstA ja auf die Verfahrensbestimmungen der sektoriellen Abkommen verweist. Hinzu kommt, dass eine «Einigungspflicht» dann nicht denkbar ist, wenn zwei Parteien zustimmen müssen, ohne dass der einen Partei eine Art Vorrangstellung zukommt. Allerdings kann die Abgrenzung zwischen der grundsätzlichen Pflicht der Zustimmung und der Möglichkeit der Vertragsparteien, bestimmte Formulierungen abzulehnen, Schwierigkeiten bereiten; hier kommt ggf. die Streitbeilegung zum Zug.<sup>65</sup> Hat der Gemischte Ausschuss einen Vorschlag für eine Modifikation des betreffenden Abkommens unterbreitet, muss diese Modifikation noch erfolgen, wobei – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Institutionellen Abkommen – das ordentliche Vertragsschlussverfahren zu durchlaufen ist. Möglicherweise könnte aber aus Art. 5 InstA – wonach die Vertragsparteien sicherstellen, dass die Übernahme von Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands, der von den in den Anwendungsbereich des Institutionellen Abkommens fallenden Bilateralen Abkommen erfasst ist, schnellstmöglich erfolgt – geschlossen werden, dass die Vertragsparteien verpflichtet wären, das betreffende Abkommen entsprechend den Vorschlägen des Gemischten Ausschusses zu modifizieren. Ein solcher Schluss erscheint jedoch wenig überzeugend, da er letztlich eine Aushebelung der Anforderung der Modifikation der Abkommen implizierte, wäre doch der Entscheid des Gemischten Ausschusses als solcher verbindlich, obwohl ihm keine Befugnis zur Änderung des betreffenden Teils des jeweiligen Abkommens zukommt. Gerade dies steht aber

---

<sup>65</sup> S. sogleich unten III.3.

– wie gezeigt – nicht in Einklang mit Art. 13 Abs. 2 InstA. Damit muss also im Gefolge des Vorschlags des Gemischten Ausschusses das normale **Vertragsschlussverfahren** durchlaufen werden, ohne dass ein bestimmtes Ergebnis vorgegeben wäre oder die Vertragsparteien zum Abschluss verpflichtet wären. Allerdings sind die Vertragsparteien durch das Prinzip von Treu und Glauben sowie den auch im InstA erwähnte Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (s. Art. 13 Abs. 3 InstA in Bezug auf die Übernahme von Weiterentwicklungen) verpflichtet, entsprechend den Zielsetzungen des Abkommens sich für eine den Zielen des InstA entsprechende Weiterentwicklung der Abkommen einzusetzen. Spezifisch in Bezug auf die RL 2004/38 sowie die durch eine (teilweise) Übernahme dieses Rechtsakts notwendige Modifikation von Anhang I FZA ist noch daran zu erinnern, dass Anhang I FZA schon auf der Grundlage der Rechtslage im Jahr 1999 (Jahr der Unterzeichnung des Abkommens) im Verhältnis zum Unionsrecht diverse besondere Bestimmungen enthält (insbesondere Art. 24 Anhang I FZA), was bei einer (teilweisen) Übernahme der RL 2004/38 wohl zu berücksichtigen wäre. Hinzu kommt, dass das Freizügigkeitsabkommen auf Unionsseite ein gemischtes Abkommen darstellt, womit sich die Frage stellt, ob auch Modifikationen durch alle Mitgliedstaaten nach Durchlaufen ihrer verfassungsrechtlichen Genehmigungsverfahren zu ratifizieren wären oder ob angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung des Unionsrechts von einer alleinigen bzw. ausschliesslichen Kompetenz der Union auszugehen ist, eine Frage, der in diesem Rahmen nicht weiter nachgegangen werden kann.

[Rz 28] Damit kann im **Ergebnis** zusammenfassend festgehalten werden, dass eine (teilweise) **Übernahme der RL 2004/38** – die im InstA ja nicht erwähnt wird – in folgenden **Schritten** erfolgen müsste:

- In einem ersten Schritt müsste im Gemischten Ausschuss eruiert werden, inwieweit die RL 2004/38 eine Weiterentwicklung des in den Rahmen des FZA übernommenen Unionsrechts darstellt.
- Auf dieser Grundlage erarbeitet der Gemischte Ausschuss einen Vorschlag zur Revision des FZA bzw. von Anhang I FZA. Hier sind die Vertragsparteien zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet, so dass sie auf diese Arbeiten eintreten müssen, wobei aber keine Pflicht zur Einigung nachweisbar ist.
- Auf dieser Grundlage muss der Vertrag in Anwendung der hier massgeblichen völker- und unionsrechtlichen (soweit die Vertragsparteien auf Seiten der Union betroffen sind) Vorgaben revidiert werden. Eine Pflicht der Vertragsparteien zum Abschluss kann dem Abkommen nicht entnommen werden; allerdings haben die Vertragsparteien den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zu beachten.

[Rz 29] Deutlich wird damit auch, dass im Ergebnis **keine «lineare» Pflicht nachweisbar ist, die RL 2004/38 in das FZA zu übernehmen**; allerdings bestehen diverse verfahrensrechtliche Pflichten.

### 3. Zur Streitbeilegung

[Rz 30] Gemäss Art. 9 InstA verpflichten sich die Vertragsparteien, **Streitigkeiten über die Auslegung des Abkommens oder der erfassten sektoriellen Abkommen** ausschliesslich nach dem

in dem Institutionellen Abkommen selbst vorgesehenen Verfahren zu regeln. Art. 10 InstA sieht hier die Einzelheiten vor (wobei die Einsetzung eines Schiedsgerichts, welches unter gewissen Voraussetzungen den EuGH anruft, vorgesehen ist), und Protokoll 3 InstA enthält diverse Verfahrensvorschriften für das Schiedsgericht.<sup>66</sup>

[Rz 31] Auf der Grundlage des Institutionellen Abkommens könnte dieses Verfahren auch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit sich aus dem Abkommen **Vorgaben** (insbesondere für die Schweiz) im Hinblick auf eine **Übernahme der RL 2004/38 in das FZA** ergeben, zum Zuge kommen. Der Anwendungsbereich des Streitbeilegungsmechanismus' bezieht sich nämlich nach Art. 10 Abs. 1 InstA auf die Auslegung und Anwendung sowohl des Institutionellen Abkommens selbst als auch auf die erfassten sektoriellen Abkommen und die Rechtsakte, die in diesen erwähnt werden. Alle oben erwähnten Fragen betreffen letztlich die Auslegung des Abkommens, so dass das Schiedsgericht im Falle einer Uneinigkeit zwischen Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss angerufen werden könnte.

[Rz 32] Allerdings dürften diese Fragen nicht die Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene unionsrechtliche Begriffe betreffen, so dass das «Zwischenverfahren» der **Anrufung des EuGH** (vgl. Art. 10 Abs. 3 InstA) **nicht zum Zuge kommt** bzw. kommen sollte, wobei die Frage, ob dem EuGH vorgelegt wird, vom Schiedsgericht selbst entschieden wird. Denn alle erwähnten Fragen betreffen letztlich nur die Auslegung des Institutionellen Abkommens bzw. die Tragweite der in diesem enthaltenen Vorgaben, da die Frage der Übernahme weiterentwickelten Unionsrechts in den Rahmen der sektoriellen Abkommen ein spezifisches Thema des InstA ist, welches keine Entsprechung im Unionsrecht findet. Allerdings ist es denkbar, dass im Zusammenhang mit dieser Frage die Auslegung von EU-Recht relevant sein kann, so z.B. die Problematik, ob und ggf. inwieweit das Recht auf Daueraufenthalt mit der Unionsbürgerschaft verbunden ist.

#### IV. Fazit

[Rz 33] Die Frage der Relevanz der RL 2004/38 im Rahmen des Institutionellen Abkommens bzw. für die Weiterentwicklung des FZA wirft zahlreiche **Fragen** auf, die ggf. geklärt werden müssen, so insbesondere die Frage nach dem genauen Umfang, in dem die RL 2004/38 eine Weiterentwicklung des in das FZA integrierten Unionsrechts darstellt, sowie die genaue Reichweite der Verpflichtungen, die dem Institutionellen Abkommen im Zusammenhang mit der grundsätzlich durch das InstA vorgesehenen Übernahme von Weiterentwicklungen, auch soweit damit (wie vorliegend) Modifikationen des Abkommens selbst verbunden sind, zu entnehmen sind. Hinzu kommt der Umstand, dass die Tragweite der sich aus der RL 2004/38 ergebenden Vorgaben mitunter überschätzt wird.

[Rz 34] Die vorstehenden Ausführungen konnten hier aber durchaus Ansatzpunkte und Argumentationslinien für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen aufzeigen. So erforderte die (teilweise) Übernahme eine Modifikation des FZA, wobei Vieles dafür spricht, dass der Ausgang des entsprechenden Verfahrens offen ist. Jedenfalls wird deutlich, dass das Institutionelle Abkommen **keineswegs dazu führen wird, dass die Union einseitig die Schweiz zur vollumfänglichen Übernahme aller Aspekte der RL 2004/38 «zwingen»** kann. In diesem Zusammenhang

<sup>66</sup> Vgl. zu den grossen Linien des Streitbeilegungsverfahrens EPINEY, in: Jusletter 17. Dezember 2018 (Fn. 2), Rn. 45 f.

werden sowohl materiell-rechtliche als auch formell-rechtliche Fragen geklärt werden müssen, was in einem komplexen Prozess erfolgen würde, der sicherlich mehrere Jahre in Anspruch nehmen würde. Nicht zu verkennen ist aber auch, dass im Falle der Uneinigkeit der Vertragsparteien dem Schiedsgericht eine entscheidende Rolle zukommen kann, wobei auch hier daran zu erinnern ist,<sup>67</sup> dass das Streitbeilegungsverfahren zwar obligatorisch für die Parteien ist, jedoch durchaus Raum für gewisse politische Elemente lässt. Hinzu kommt, dass die hier entscheidenden Fragen wohl nicht dem EuGH vorgelegt werden müssten.

[Rz 35] Insgesamt sollte die Frage nach der Relevanz der Unionsbürgerrichtlinie im Zusammenhang mit dem Institutionellen Abkommen nicht überbewertet werden, und es dürften noch zahlreiche Möglichkeiten für politische (und rechtliche) Klärungen bestehen. Jedenfalls besteht nach dem Gesagten wenig Grund, das Institutionelle Abkommen wegen der Nichterwähnung der Unionsbürgerrichtlinie nicht zu unterzeichnen, spricht doch Vieles dafür, dass es gerade nicht zu einer eigentlichen Übernahme der Richtlinie als solche kommen wird bzw. die Schweiz hierzu gerade nicht verpflichtet ist.

---

ASTRID EPINEY, Professorin für Völker- und Europarecht an der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht sowie Rektorin der Universität.

SIAN AFFOLTER, MLaw, Doktorandin an der Universität Freiburg i.Ue. und Gastforscherin an der University of Leeds (UK).

---

<sup>67</sup> Vgl. schon EPINEY, in: Jusletter 17. Dezember 2018 (Fn. 2), Rn. 45 f.