

Martina Sunde

Freizügigkeitsabkommen und Steuerrecht

Auslegung im Spannungsfeld von nationalem Recht,
Unionsrecht und Völkerrecht

Martina Sunde

Freizügigkeitsabkommen und Steuerrecht. Auslegung im Spannungsfeld von nationalem Recht, Unionsrecht und Völkerrecht

Dissertationen der LMU München

Band 21



Universitätsbibliothek
Ludwig-Maximilians-Universität München

Freizügigkeitsabkommen und Steuerrecht

Auslegung im Spannungsfeld von
nationalem Recht, Unionsrecht
und Völkerrecht

von
Martina Sunde

Herausgegeben von der
Universitätsbibliothek der Ludwig-Maximilians-Universität
Geschwister-Scholl-Platz 1
80539 München

Text © Martina Sunde 2018
Erstveröffentlichung 2018
Zugleich Dissertation der Universität zu München 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet abrufbar über <http://dnb.dnb.de>

Herstellung über:
readbox unipress
in der readbox publishing GmbH
Am Hawerkamp 31
48155 Münster
<http://unipress.readbox.net>
Münsterscher Verlag für Wissenschaft

Open-Access-Version dieser Publikation verfügbar unter:
<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:19-215550>

978-3-95925-077-1 (Druckausgabe)
978-3-95925-078-8 (elektronische Version)

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	1
2	Das Freizügigkeitsabkommen als „Europarecht sui generis“ ...	5
2.1	EU und Schweiz.....	5
2.1.1	Sonderstellung der Schweiz	5
2.1.2	Historische Entwicklung	7
2.1.3	Das Thema Freizügigkeit.....	10
2.1.4	Das Thema Steuerrecht.....	12
2.1.5	Zusammenfassung.....	12
2.2.1	Zielsetzung.....	13
2.2.2	Aufbau und Regelungstechnik.....	14
2.2.3	Steuerrelevante Regelungen	16
2.2.3.1	Gewährleistungen	16
2.2.3.2	Rechtfertigungsgründe.....	20
2.2.4	Sonstige Regelungen	22
2.3	Ergebnis und Stellungnahme	23
3	Literatur und Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen	27
3.1	Literatur.....	27
3.1.1	Art. 16 Abs. 1 FZA	28
3.1.2	Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA.....	29
3.1.2.1	Begriffe des Gemeinschaftsrechts	29
3.1.2.2	Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung..	30
3.1.3	Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA.....	33
3.1.4	Zusammenfassung.....	34
3.2	Rechtsprechung	35
3.2.1	EuGH.....	36
3.2.1.1	Urteile.....	36
3.2.1.2	Zusammenfassung	48
3.2.2	Oberste deutsche Gerichte, insbesondere Bundesfinanzhof.....	51

3.2.2.1	Vorlagebeschlüsse vom 30. Oktober 2008, Schwemmer, und vom 22. Dezember 2011, Brück.....	52
3.2.2.2	Beschluss vom 7. September 2011, Abzugssteuer	53
3.2.2.3	Urteile vom 9. Mai 2012, Schulgeld I und Schulgeld II	54
3.2.2.4	Zusammenfassung	55
3.2.3	Schweizer Bundesgericht	57
3.2.3.1	Nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung	59
3.2.3.2	Insbesondere: Steuerliche Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens	63
3.3	Ergebnis und Stellungnahme	71
4	Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung.....	75
4.1.1	„Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung.....	76
4.1.1.1	Art. 16 Abs. 1 FZA.....	76
4.1.1.2	Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA	77
4.1.1.3	Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA	79
4.1.1.4	Zusammenfassung	84
4.1.2	Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen als Parallelproblem	85
4.1.2.1	Rechtliche und methodische Grundlage	86
4.1.2.2	Schlussfolgerungen für Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA.....	88
4.1.2.3	Parallelitätszielsetzung des Freizügigkeitsabkommens.....	89
4.1.2.4	Zusammenfassung	90
4.1.3	Ergebnis	91
4.2	Europarechtskonforme Auslegung in der Schweiz	93
4.2.1	Bundesgericht.....	93
4.2.1.1	Bilaterale Übernahme von Unionsrecht	93
4.2.1.2	Unilaterale Übernahme von Unionsrecht.....	94
4.2.1.3	Weitere Fälle	96
4.2.1.4	Zusammenfassung	97
4.2.2	Literatur	99

4.2.3	Zusammenfassung.....	101
4.2.4	Stellungnahme.....	102
4.2.4.1	Rechtsvereinheitlichung und Rechtsharmonisierung	102
4.2.4.2	Mehrebenensystem	104
4.2.4.3	Schubert-Praxis.....	106
4.2.5	Ergebnis	108
4.2.6	Ausblick.....	109
4.3	Einheitliche Auslegung in der EU.....	110
4.3.1	Überschießende Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen	111
4.3.1.1	Überblick	111
4.3.1.2	EWR-Abkommen	112
4.3.1.3	Literatur	114
4.3.1.4	Zusammenfassung	115
4.3.2	Überschießende Anwendung von Unionsrecht im nationalen Recht der Mitgliedstaaten.....	115
4.3.2.1	Überblick	115
4.3.2.2	Urteile.....	116
4.3.2.3	Zwischenfeststellung.....	121
4.3.3	Zusammenfassung.....	122
4.3.4	Stellungnahme.....	123
4.3.4.1	Gegenstand des Vorlageverfahrens und Auslegungszuständigkeit.....	123
4.3.4.2	Art. 267 AEUV als „institutionalisiertes“ Kooperationsmodell	124
4.3.4.3	Einheitliche Kriterien.....	127
4.3.5	Ergebnis	130
5	Freizügigkeitsabkommen und unionsrechtliche Kompetenzordnung	133
5.1	Gemischtes Abkommen	134
5.2	Rechtsprechung des EuGH.....	136
5.2.1	Urteile vom 30. September 1987, Demirel, vom 30. April 1974, Haegeman, und vom 26. Oktober 1982, Kupferberg	136

5.2.2	Gemischte Abkommen im Übrigen	138
5.2.2.1	Urteil vom 16. Juni 1998, Hermès	139
5.2.2.2	Urteil vom 14. Dezember 2000, Dior	140
5.2.2.3	Urteil vom 11. September 2007, Merck	141
5.2.2.4	Urteil vom 18. Juli 2013, Daiichi Sankyo	141
5.2.3	Zusammenfassung	143
5.3	Stellungnahme	143
5.3.1	Assoziierungsabkommen und sonstige gemischte Abkommen	143
5.3.2	Abschluss- und Auslegungszuständigkeit	144
5.3.3	Dynamische Betrachtungsweise	146
5.3.4	Unterschiedliche Bereiche	148
5.3.4.1	Grundfreiheiten versus Einwanderungs- bzw. Handelspolitik	149
5.3.4.2	Genehmigungsbeschluss des Rates	151
5.3.4.3	Urteil vom 27. Februar 2014, Vereinigtes Königreich/Rat	152
5.3.4.4	Einheitliche Kriterien	154
5.4	Ergebnis	156
6	Zusammenfassung	159
	Hinweis zu den Fundstellennachweisen	167
	Literaturverzeichnis	169

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2017 als Dissertation angenommen.

Die Frage nach der Übertragbarkeit der „Binnenmarktauslegung“, die in dieser Arbeit untersucht wird, tritt keineswegs nur im Kontext des Freizügigkeitsabkommens auf. Der „Brexit“ wird ihr zu neuer Aktualität verhelfen, denn auch bei den Abkommen, die künftig zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich ausgehandelt werden, wird sich die Frage stellen, inwieweit sie in Anlehnung an das Unionsrecht ausgelegt werden können.

Ich möchte Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Schön dafür danken, dass er mich ermunterte, diese Dissertation zu schreiben und mir mit einer Stelle als wissenschaftlicher Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen ermöglichte, dies in einem Umfeld zu tun, das man sich nicht hätte besser wünschen können. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Streinz für die vielen hilfreichen Hinweise, die er mir als Zweitgutachter zukommen ließ. Herzlich danken möchte ich auch meinen Kollegen am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen für die offene und angenehme Arbeitsatmosphäre. Mein besonderer Dank gilt meiner Familie, allen voran meinem Ehemann Uwe Sunde, der mich beständig ermutigt und auch sonst in jeder Hinsicht unterstützt hat. Bedanken möchte ich mich zudem bei meiner Mutter, die sich jederzeit und mit großer Freude unserer Kinder angenommen hat und mir dadurch den Rücken freihielt, und bei meinem Vater, der bereitwillig mithalf, wo immer dies nötig war.

München, im Dezember 2017

Martina Sunde

1 Einleitung

Das am 21. Juni 1999 abgeschlossene und am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit („Freizügigkeitsabkommen“ bzw. „FZA“)¹ enthält Bestimmungen zur Ein- und Ausreise, Aufenthalt, selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit sowie der Erbringung bzw. Entgegennahme grenzüberschreitender Dienstleistungen. Das Abkommen sieht ferner Regelungen im Bereich der sozialen Sicherheit und der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen vor.

Aufgrund seiner inhaltlichen Ausrichtung scheint das Freizügigkeitsabkommen von eher geringem steuerlichem Interesse. Bei näherem Hinsehen ist jedoch festzustellen, dass sich eine Reihe steuerlicher Regelungen darin finden. Zudem brachten die Vertragsparteien in der Präambel ihre Überzeugung zum Ausdruck, „dass die Freizügigkeit der Personen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei wesentlicher Bestandteil einer harmonischen Entwicklung ihrer Beziehungen ist“ und zeigten sich entschlossen, „diese Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“. Bei den in der damaligen EG bzw. der heutigen EU² geltenden Bestimmungen zur Freizügigkeit handelt es sich jedoch insbesondere um die Grundfreiheiten – und gerade diese dienten dem EuGH als Ausgangspunkt für eine umfangreiche steuerliche Kasuistik. Unter der Prämisse, dass die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, diese jedoch ihre Befugnisse unter Wahrung des Unionsrechts³ und damit insbesondere der Grundfreiheiten ausüben müssen, schlug der EuGH zahlreiche Bre-

1 ABl. L 114 v. 30. April 2002, S. 6 ff. (EU); BGBl. 2001 II, S. 811 ff. (Deutschland); SR 0.142.112.681 (Schweiz).

2 Gemäß Art. 1 Abs. 3 Satz 3 EUV tritt die EU an die Stelle der EG und ist deren Rechtsnachfolgerin.

3 Erstmals EuGH, Urteil v. 28. Januar 1986, Rs. 270/83, *Avoir fiscal*, Rdnr. 24, aktuell z.B. EuGH, Urteil v. 11. Juni 2015, Rs. C-98/14, *Berlington Hungary*, Rdnr. 34.

schen in das Steuerrecht der Mitgliedstaaten⁴. Ein anschauliches Beispiel hierfür bildet das deutsche Einkommensteuergesetz, in dem sich – regelmäßig als Antwort auf entsprechende Urteile des EuGH – an verschiedener Stelle explizite Regelungen für Sachverhalte mit Bezug zur EU bzw. den EWR finden⁵.

Nun fragt sich, ob der Geltungsbereich dieser Regelungen aufgrund des Freizügigkeitsabkommens womöglich auf das Verhältnis zur Schweiz erweitert werden muss. Tatsächlich zeichnet sich eine entsprechende Entwicklung ab. So entschied der EuGH in Ettwein⁶, dass es gegen das Freizügigkeitsabkommen verstößt, wenn deutschen Staatsangehörigen, die mit ihren gesamten steuerpflichtigen Einkünften der Besteuerung in Deutschland unterliegen, die Zusammenveranlagung unter Berücksichtigung des Splitting-Verfahrens allein deshalb verweigert wird, weil sich ihr Wohnsitz in der Schweiz befindet. In Reaktion auf das Urteil erging ein BMF-Schreiben, das die Anwendung von § 1a EStG durch die Finanzverwaltung auf bestimmte Sachverhalte mit Bezug zur Schweiz ausdehnt⁷. In Bukovansky⁸ stellte der EuGH klar, dass im Verhältnis zwischen dem Freizügigkeitsabkommen und dem deutsch-schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen die gleichen Grundsätze gelten, wie im Verhältnis der unionsrechtlichen Grundfreiheiten und den Doppelbesteuerungsabkommen der Mitgliedstaaten.

Ob die steuerliche EuGH-Rechtsprechung beim Freizügigkeitsabkommen Anwendung findet, ist Teil der allgemeineren Fragestellung, ob – bzw. inwieweit – die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens genauso zu verstehen sind wie das korrespondierende Unionsrecht, mit anderen Worten, die „Binnenmarktauslegung“ auf das Abkommen übertragen werden kann. In der Schweiz wurde diese Problematik schon bald nach dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens

4 Musil/Fähling, DStR 2010, 1501.

5 Z.B. § 1a Abs. 1, § 2a Abs. 2a, § 3 Nr. 26, § 7 Abs. 5 EStG.

6 Urteil v. 28. Februar 2013, Rs. C-425/11.

7 Lüdicke, IStR 2013, S. 928 ff.

8 Urteil v. 19. November 2015, Rs. C-241/14.

diskutiert⁹. In der EU fand sie dagegen wenig Beachtung. Dies änderte sich etwas, als sich die nationale Rechtsprechung und im weiteren Verlauf der EuGH mit dem Abkommen zu befassen hatte¹⁰.

Die Diskussion eint, dass die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung zwar einerseits regelmäßig als „bloßes“ Auslegungsproblem angesehen wird. Andererseits werden aber durchaus institutionelle Aspekte ins Feld geführt, um ein Verständnis des Freizügigkeitsabkommens i.S.d. EuGH-Rechtsprechung zu begründen. So soll etwa nach der herrschenden Meinung in der Literatur gemäß Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA von der „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung für das Freizügigkeitsabkommen auszugehen sein – jedenfalls, wenn es sich um Rechtsprechung handelt, die vor Abschluss des Abkommens ergangen ist. Sollte es sich nicht nur um ein materielles, sondern auch um ein institutionelles Problem handeln, würde dies möglicherweise dazu führen, dass es nicht nur *eine* Antwort auf die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung gibt. Denkbar wäre vielmehr, dass es so viele Antworten gibt wie Abkommensparteien am Freizügigkeitsabkommen beteiligt sind. Dieser Aspekt ist umso interessanter, als es sich um ein gemischtes Abkommen handelt, an dem neben der EU auch deren Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind.

9 Z.B. aus den Jahren von 2001 bis 2005: Breitenmoser/Isler, in: Schaffhauser/Schürer (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU-CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz (2001), S. 197, 208 f.; Maritz, in: Felder/Kaddous (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen) (2001), S. 331, 334; Filliez, in: Felder/Kaddous (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen) (2001), S. 183, 203 ff.; Kahil-Wolff/Mosters, in: Schaffhauser/Schürer (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU-CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz (2001), S. 9, 21 ff.; Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, S. 5, 7; Cottier/Evtimov, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG (2002), S. 179, 198 ff.; Hangartner, AJP 2003, S. 257 ff.; Hinnny, IFF Forum für Steuerrecht 2004, S. 165 ff.; Hinnny, IFF Forum für Steuerrecht 2004, S. 251 ff.; Kolb, IFF Forum für Steuerrecht 2004, S. 22, 27; Cadosch, The influence on Swiss tax law of the Swiss-EC agreement on the free movement of persons (2005).

10 Zwischenzeitlich liegen zwei „nicht-schweizerische“ Dissertationen zur Frage der steuerlichen Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens vor, vgl. Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013); Englmaier, Agreement with Switzerland on the Free Movement of Persons (2013).

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, herauszufinden, ob sich diese Vermutung belegen lässt. Zu diesem Zweck wird in [Kapitel 2](#) der Frage nachgegangen, warum die Übertragbarkeit der steuerlichen EuGH-Rechtsprechung bzw. der auf ihr basierenden Binnenmarktauslegung überhaupt problematisch ist. Im Zuge dessen wird das Verhältnis zwischen EU und Schweiz näher beleuchtet ([Ziff. 2.1](#)) und ein Überblick über das Freizügigkeitsabkommen gegeben ([Ziff. 2.2](#)). In [Kapitel 3](#) wird analysiert, wie sich Literatur ([Ziff. 3.1](#)) und Rechtsprechung ([Ziff. 3.2](#)) zur Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung auf das Freizügigkeitsabkommen positioniert haben. Dabei liegt der Schwerpunkt auf einer Gegenüberstellung der einschlägigen Rechtsprechung von EuGH und Schweizer Bundesgericht. Nicht unerwähnt bleiben sollen jedoch auch die Entscheidungen der obersten deutschen Gerichte, insbesondere des BFH. In [Kapitel 4](#) wird der Frage nachgegangen, ob es sich bei der Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung um ein Sonderproblem des Freizügigkeitsabkommens handelt ([Ziff. 4.1](#)) bzw. in welchen rechtsordnungsspezifischen Gesamtzusammenhang sich diese Frage aus der Perspektive der Schweizer Rechtsordnung ([Ziff. 4.2](#)) und aus der Perspektive des Unionsrechts ([Ziff. 4.3](#)) einordnen lässt. In [Kapitel 5](#) wird schließlich ein Blick darauf geworfen, welche Fragen das Freizügigkeitsabkommen als ein gemischtes Assoziierungsabkommen ([Ziff. 5.1](#)) in der unionsrechtlichen Kompetenzordnung aufwirft. Zunächst wird dazu auf die Rechtsprechung des EuGH ([Ziff. 5.2](#)) zu den Assoziierungsabkommen und den gemischten Abkommen im Übrigen eingegangen und sodann dazu Stellung genommen ([Ziff. 5.3](#)). Den Schluss der Untersuchung bildet schließlich eine zusammenfassende Darstellung der gefundenen Ergebnisse.

2 Das Freizügigkeitsabkommen als „Europarecht sui generis“

In Kapitel 2 wird das Verhältnis von EU und Schweiz näher beleuchtet (Ziff. 2.1). Dabei wird auf die Sonderstellung der Schweiz (Ziff. 2.1.1) im Vergleich zu anderen Drittstaaten, die historische Entwicklung des Verhältnisses zwischen EU und Schweiz (Ziff. 2.1.2) sowie die Rolle der Themen Freizügigkeit (Ziff. 2.1.3) und Steuerrecht (Ziff. 2.1.4) eingegangen und diese Punkte anschließend zusammengefasst (Ziff. 2.1.5). Im Anschluss daran erfolgt ein Überblick über das Freizügigkeitsabkommen (Ziff. 2.2). Im Fokus stehen dabei die Zielsetzung (Ziff. 2.2.1) sowie Aufbau und Regelungstechnik (Ziff. 2.2.2) des Abkommens, dessen steuerrelevante (Ziff. 2.2.3) sowie dessen sonstige Regelungen (Ziff. 2.2.4), soweit diese für die vorliegende Fragestellung von Interesse sind. Am Ende des Kapitels werden schließlich die Ergebnisse zusammengefasst (Ziff. 2.3).

2.1 EU und Schweiz

2.1.1 Sonderstellung der Schweiz

Die EU und die Schweiz sind auf das Vielfältigste miteinander verbunden – nicht nur durch „Teile der Geschichte, sondern auch Werte, Kulturen und gemeinsame Sprachen“¹¹. Wirtschaftlich ist die EU für die Schweiz der mit Abstand wichtigste Handelspartner. In 2016 erfolgten 48,27 % aller Warenausfuhren der Schweiz in die EU und 55,77 % aller Wareneinfuhren kamen aus der EU¹². Umgekehrt spielt auch die

11 Europabericht 2006 des Schweizerischen Bundesrats v. 28. Juni 2006, BBl. v. 5. September 2006, S. 6815, 6846.

12 Eidgenössisches Bundesamt für Statistik, Tabelle „Ausfuhr nach Handelspartnern (Länder)“ abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/aussenhandel/handelsbilanz-einfuhr-ausfuhr.assetdetail.2680773.html> und Tabelle „Einfuhr nach Handelspartnern (Länder)“, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/aussenhandel/handelsbilanz-einfuhr-ausfuhr.assetdetail.2680766.html> (jeweils zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

Schweiz für die EU eine bedeutende wirtschaftliche Rolle. In 2016 fand sie sich nach den USA und China auf Rang drei der wichtigsten Handelspartner der EU¹³.

Die gegenseitigen wirtschaftlichen Verflechtungen sind jedoch nicht auf den Handel beschränkt – es leben und arbeiten zahlreiche Bürger der EU-Mitgliedstaaten in der Schweiz, genauso wie zahlreiche Eidgenossen ihr Auskommen in den EU-Mitgliedstaaten finden. So wanderten allein in 2016 103.597 Staatsangehörige der EU-Mitgliedsstaaten in die Schweiz ein¹⁴. Deutsche Staatsangehörige bildeten dabei mit über 20 % den größten Anteil¹⁵. In 2016 lebten 464.409 Schweizer in den EU-Mitgliedstaaten, davon 89.390 in Deutschland¹⁶. Ferner waren im zweiten Quartal 2017 durchschnittlich 322.028 ausländische Grenzgänger in der Schweiz tätig, davon 61.963 aus Deutschland¹⁷. Grundlage dieser engen wirtschaftlichen Verbundenheit ist ein Netz gegenseitiger Abkommen. Vergleichbare Beziehungen unterhält die EU zu keinem anderen Staat¹⁸. Damit ist die Schweiz zwar aus Sicht der EU nach wie vor ein Drittstaat – gleichwohl nimmt sie jedoch eine Sonderstellung ein.

13 Veröffentlichung der EU v. 3. Mai 2017, S. 9, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/switzerland/> unter „More statistics on switzerland“ (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

14 Eidgenössisches Bundesamt für Statistik, Tabelle „Internationale Wanderungen der ständigen Wohnbevölkerung nach Staatsangehörigkeit, Geschlecht und Alter, 1991-2016“, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

15 A.a.O. (Fn. 14).

16 Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Tabelle „Auslandschweizerstatistik“, abrufbar unter https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/de/documents/publications/AuslandschweizerinnenundAuslandschweizer/Auslandschweizerstatistik/2016-Auslandschweizerstatistik_de.pdf (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

17 Eidgenössisches Bundesamt für Statistik, Tabelle „Ausländische Grenzgänger“, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbstaetigkeit-arbeitszeit/erwerbstaetige/schweizer-innen-auslaender-innen/grenzgaenger-innen.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

18 Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik v. 17. September 2010, BBl. v. 2. November 2010, S. 7239, 7265; Tobler, SZIER 2014, S. 3, 8.

2.1.2 Historische Entwicklung

Als die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft („EWG“) gegründet wurde, gingen der Schweiz deren ambitionierte politische Ziele zu weit. Um in Europa nicht isoliert zu werden, schloss sie sich wenige Jahre später mit sechs weiteren Staaten in der Europäischen Freihandelsassoziation („EFTA“) zusammen. Die EFTA konnte zunächst weitere Mitglieder gewinnen, verlor aber bereits 1972 zwei Mitglieder an die EWG¹⁹. In den 1970iger Jahren näherten sich EWG und EFTA auf bilateralem Wege an. Es folgte der Abschluss einer Reihe von Freihandelsabkommen²⁰, u.a. mit der Schweiz²¹. 1984 einigten sich EWG und EFTA in der sog. „Luxemburger Erklärung“ darauf, einen dynamischen europäischen Wirtschaftsraum zu schaffen²². Zunächst war damit eine Art Vorstufe zur EWG angedacht – eine Struktur, durch die beitriftswillige Staaten der EWG angenähert und auf den Beitritt vorbereitet werden würden²³. Im Bericht des Schweizer Bundesrats über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 24. August 1988 wird insoweit ausgeführt²⁴:

Freilich kann es nicht darum gehen, die EFTA-Länder einfach am EG-Binnenmarkt als solchem teilhaben zu lassen. In diese Richtung lautende Formulierungen haben wiederholt Anlass zu Missverständnissen und Irritationen gegeben. Es geht vielmehr darum, soweit als möglich binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen, wo die vier Freiheiten, je nach den spezifischen Voraussetzungen und Interessenlagen aller Beteiligten, in abgestuftem Mass verwirklicht werden können. Anzustreben ist ein grösstmögliches Mass an Parallelität im Ausbau des EG-Binnen-

19 Vgl. Aufstellung der chronologischen Entwicklung im Internetauftritt der EFTA, abrufbar unter <http://www.efta.int/about-efta/history> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

20 A.a.O. (Fn. 19).

21 Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. L 300 v. 31. Dezember 1972, S. 189 ff.

22 Bericht über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess v. 24. August 1988, BBl. v. 20. September 1988, S. 249, 294.

23 Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik v. 17. September 2010, BBl. v. 2. November 2010, S. 7239, 7264.

24 A.a.O. (Fn. 22), S. 301.

marktes einerseits und in der Vertiefung der Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und den EFTA-Ländern andererseits;

Diese Sichtweise wurde von der Kommission jedoch nicht geteilt. Sie lehnte es ab, zusammen mit der EFTA Organe und Verfahren einzuführen, die die Entscheidungsharmonie der EG gefährden könnten²⁵. Ähnliche Vorbehalte wurden auch im EWR I-Gutachten des EuGH geäußert²⁶. Die Entwicklung mündete schließlich 1992 im Abschluss des EWR-Abkommens, in dem sich im Ergebnis weitestgehend die Sichtweise der Kommission durchgesetzt hatte. Dies führte dazu, dass Finnland, Norwegen und die Schweiz gleichzeitig mit Abschluss des Abkommens den Beitritt in die damalige EG beantragten. Da im Vorfeld schon Portugal in die EG gewechselt war und Österreich sowie Schweden einen Beitrittsantrag gestellt hatten, blieben mit Island²⁷ und Liechtenstein lediglich zwei EFTA-Mitgliedstaaten, die nicht der EU beitreten wollten²⁸.

Die Beteiligung der Schweiz am EWR-Vertrag scheiterte jedoch. Das Schweizer Stimmvolk lehnte das Abkommen bei einer historisch hohen Stimmbeteiligung von 78,7 %²⁹ mit dem denkbar knappen Ergebnis von 50,3 %³⁰ ab. Infolgedessen wurde das Beitrittsgesuch

25 A.a.O. (Fn. 23), S. 7265.

26 EuGH, Gutachten v. 14. Dezember 1991, Rs. 1/91, EWR I, Rdnr. 46.

27 Island stellte 2009 einen Beitrittsantrag, vgl. dazu und zu der daraus folgenden Problematik für EFTA und EWR, Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik v. 17. September 2010, BBl. v. 2. November 2010, S. 7239, 7265. Island zog den Beitrittsantrag aber Anfang 2015 wieder zurück.

28 Vgl. Aufstellung der chronologischen Entwicklung im Internetauftritt der EFTA, abrufbar unter <http://www.efta.int/about-efta/history> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

29 Die durchschnittliche Stimmbeteiligung bei eidgenössischen Volksabstimmungen in den Jahren 1991-2010 lag lediglich bei 44,1 %, vgl. Eidgenössisches Bundesamt für Statistik, Tabelle „Entwicklung der Stimmbeteiligung bei eidgenössischen Volksabstimmungen“, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/abstimmungen.assetdetail.3602770.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

30 1.762.872 Ja-Stimmen gegenüber 1.786.708 Nein-Stimmen, vgl. Schweizerische Bundeskanzlei, Internetseite „Volksabstimmung vom 6.12.1992“, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/19921206/> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

der Schweiz nicht weiterverfolgt³¹. Die schweizerische Regierung verstand die Ablehnung jedoch als Auftrag, alle Optionen im Hinblick auf einen späteren Beitritt zum EWR bzw. der EG offen zu halten³². Im Zuge dessen sollte eine Annäherung zum einen durch den „autonomen Nachvollzug“ von Gemeinschaftsrecht erfolgen³³. Daher wurde an den Anpassungen des Schweizer Rechts, die im Rahmen des EWR-Vertrages notwendig geworden wären, festgehalten³⁴, und das Schweizer Recht auch in der Folgezeit immer wieder dem Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht angepasst³⁵. Zum anderen trat die Schweiz zum Zwecke der Aufnahme bilateraler Verhandlungen an die EU heran³⁶. Diese mündeten schließlich – sieben Jahre nach dem Nein zum EWR-Vertrag – im Abschluss von sieben sektoralen Abkommen im Jahr 1999, darunter das Abkommen über die Freizügigkeit. Anders als bei der Entscheidung über den EWR bestanden diese Abkommen vor dem Schweizer Stimmvolk³⁷. Weitere bilaterale Abkommen folgten im Jahr 2004³⁸. Im Ergebnis war der Schweiz damit das gelungen, was ursprünglich Zielsetzung des

31 Europabericht 2006 des Schweizerischen Bundesrats v. 28. Juni 2006, BBl. v. 5. September 2006, S. 6815, 6846 f.

32 Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens v. 24. Februar 1993, BBl. v. 23. März 1993, S. 805, 810.

33 A.a.O. (Fn. 32).

34 Sog. „Swisslex I Paket“, vgl. dazu Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) v. 27. Mai 1992, BBl. v. 25. August 1992, S. 1 ff.; Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) v. 15. Juni 1992, BBl. v. 1. September 1992, S. 520 ff. Bereits seit 1988 werden in der Schweiz neue Gesetze und Gesetzesänderungen auf ihre Vereinbarkeit mit Europarecht überprüft, vgl. Cottier/Liechti, EuZW 2012, S. 849, 850; Europabericht 2006 des Schweizerischen Bundesrats v. 28. Juni 2006, BBl. v. 5. September 2006, S. 6815, 6831.

35 Oesch, in: Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz (2012), S. 13 ff.

36 Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens v. 24. Februar 1993, BBl. v. 23. März 1993, S. 805, 810.

37 1.497.093 Ja-Stimmen gegenüber 730.980 Nein-Stimmen bei einer Beteiligung von 48,3 %, vgl. Schweizerische Bundeskanzlei, Internetseite „Volksabstimmung vom 21.05.2000“, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20000521/index.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

38 Überblick des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten, abrufbar unter <https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/bilaterale-abkommen/inkrafttreten.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

Luxemburger Folgeprogramms gewesen war – eine individuell maßgeschneiderte Beteiligung am Binnenmarkt.

2.1.3 Das Thema Freizügigkeit

Das Thema Freizügigkeit ist in der Schweiz umstritten. Dies trat nicht nur bei der Abstimmung zum EWR-Abkommen zutage, bei der es gerade die Bestimmungen zum freien Personenverkehr waren, die sich als innenpolitisch problematisch erwiesen³⁹. Es zeigte sich auch bei den Verhandlungen des ersten Pakets der Bilateralen Verträge. Aufgrund der Erfahrungen mit dem EWR-Abkommen war die Schweiz nicht an dem Thema Freizügigkeit interessiert, als sie zur Aufnahme bilateraler Verhandlungen an die EG herantrat⁴⁰. Ihr Interesse galt vielmehr anderen Bereichen⁴¹. Die Thematik wurde jedoch von den Vertretern der EG in die Verhandlungen eingebracht⁴² und diese beharrten nicht nur auf dem zeitgleichen Abschluss des Freizügigkeitsabkommens, sondern auch auf einer Verknüpfung der Wirksamkeit dieses Abkommens mit der der anderen sechs Abkommen⁴³.

Damit war das Thema Freizügigkeit jedoch keineswegs abgeschlossen. Dies folgt zum einen daraus, dass jede EU-Erweiterung die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EU-Mitgliedstaaten durch gesonderte völkerrechtliche Vereinbarungen erforderlich macht und diese in der Schweiz dem Referendum unterliegen⁴⁴. Zum anderen

39 Vgl. Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 18 f.; Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG v. 23. Juni 1999, BBl. v. 31. August 1999, S. 6128, 6309.

40 Botschaft, a.a.O. (Fn. 39), S. 6139.

41 Botschaft, a.a.O. (Fn. 39), S. 6137.

42 Botschaft, a.a.O. (Fn. 39), S. 6137; Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 29.

43 Vgl. die sog. „Guillotineklausel“ gemäß Art. 25 Abs. 4 FZA, nach der die Kündigung des Freizügigkeitsabkommens nach sechs Monaten automatisch die Unwirksamkeit der anderen sechs bilateralen Abkommen nach sich zieht.

44 Die entsprechenden Abstimmungen zu den EU-Osterweiterungen 2004 und 2007 fielen positiv aus, vgl. Schweizerische Bundeskanzlei, Internetseite „Volksabstimmung vom 25.09.2005“, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20050925/index.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017), sowie Internetseite „Volksabstimmung vom 08.02.2009“, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20090208/index.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

lancierte die Schweizerische Volkspartei eine Volksinitiative „gegen die Masseneinwanderung“, die im Februar 2014 mit einer knappen Mehrheit von 50,3 % angenommen wurde⁴⁵. Als Konsequenz erhielt die Schweizer Bundesverfassung eine neue Bestimmung, die vorsieht, dass sämtliche Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländern durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt werden⁴⁶. Zudem müssen Schweizer bei der Einstellung vorrangig berücksichtigt werden⁴⁷. Völkerrechtliche Verträge, die diesen Vorgaben nicht entsprechen, dürfen nicht abgeschlossen werden⁴⁸. Bestehende völkerrechtliche Verträge, bei denen dies der Fall ist, sind innerhalb von drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen⁴⁹. Infolge der Initiative sah sich der Schweizer Bundesrat daran gehindert, das Zusatzprotokoll zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien als das jüngste EU-Mitglied zu unterzeichnen⁵⁰. Dieses wurde jedoch zwischenzeitlich ratifiziert und trat am 1. Januar 2017 in Kraft. Es bleibt abzuwarten, welches Schicksal dem Freizügigkeitsabkommen nach Ablauf der dreijährigen Umsetzungsfrist zuteilwird. In der Presse wird vermutet, dass das Thema Zuwanderung in dem bereits seit längerem von der Schweiz und der EU angestrebten institutionellen Rahmenabkommen aufgegriffen und damit auf eine neue Grundlage gestellt

45 Schweizerische Bundeskanzlei, Internetseite „Volksabstimmung vom 09.02.2014“, „Volksinitiative vom 14.02.2012, Gegen Masseneinwanderung“, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20140209/index.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017). Dagegen wurde einer weiteren Initiative („Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen“, kurz „Ecopop“) mit ähnlicher Zielrichtung eine Absage erteilt, vgl. Schweizerische Bundeskanzlei, Internetseite „Volksabstimmung vom 30.11.2014“, „Volksinitiative vom 02.11.2012, Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen“, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/20141130/index.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

46 Schweizer Bundesrat, Medienmitteilung v. 9. Februar 2014, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-02-09.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

47 A.a.O. (Fn. 46).

48 Siehe Art. 121 a Abs. 4 BV (neu), abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis413t.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

49 Siehe Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV (neu), a.a.O. (Fn. 48). Zur Thematik auch Tobler, SZIER 2014, S. 3 ff.

50 NZZ v. 16. Februar 2014, „Horizon 2020‘ auf Eis gelegt“, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/horizon-2020-auf-eis-gelegt-1.18244833> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

werden könnte⁵¹. Im Falle der Bestätigung durch Referendum wäre die Initiative „gegen die Masseneinwanderung“ dann gegenstandslos⁵².

2.1.4 Das Thema Steuerrecht

Die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zu den steuerlichen Vorgaben der Grundfreiheiten erfolgte mehr oder weniger parallel zu den Verhandlungen zwischen der EG und der Schweiz über die bilateralen Abkommen. Noch während mit der Schweiz über die Übernahme des Besitzstands⁵³ gerungen wurde, veränderte sich dieser. War diese Entwicklung aus Sicht der damaligen EG als ein Mehr an Integration zu begrüßen, stellte sie sich für die Mitgliedstaaten als problematisch heraus. Denn die steuerliche Dimension, die der EuGH den Grundfreiheiten zuerkannte, wirkte sich regelmäßig zu Lasten ihrer Fiskalinteressen aus. Sie dürften daher kaum ein Interesse gehabt haben, dieser Rechtsprechung mit dem Freizügigkeitsabkommen ihr Placet zu erteilen – wenn ihnen denn überhaupt aufgrund der Gleichzeitigkeit der Entwicklungen die Tragweite der aufkommenden steuerlichen EuGH-Rechtsprechung bewusst war. Dies gilt umso mehr, als dass das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Schweiz ohnehin aufgrund der Schwarzgeldproblematik stark vorbelastet war. Während somit aus Sicht der Schweiz die ausländerrechtlichen Aspekte der Freizügigkeit ein Reizthema waren, dürften den Mitgliedstaaten dessen mögliche steuerrechtliche Aspekte ein Dorn im Auge gewesen sein.

2.1.5 Zusammenfassung

Das Verhältnis zwischen der EU (bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen) und der Schweiz steht in einem Spannungsverhältnis. Während das Interesse der EU bereits aufgrund der geographischen Lage der Schweiz darauf gerichtet ist, diese im Kreis ihrer Mitgliedstaaten zu sehen, pocht die Schweiz seit jeher auf ihre Eigenständigkeit. Infolge-

51 Spiegel-Online v. 24. August 2014, „Was wurde eigentlich aus dem Schweizer Votum gegen Zuwanderung“, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/was-wurde-aus-der-schweizer-initiative-gegen-masseneinwanderung-a-986956.html> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

52 A.a.O. (Fn. 51).

53 Zur Problematik des Begriffs „Besitzstand“, vgl. Delcourt, Common Market Law Review 2001, S. 829 ff.

dessen ist die Schweiz weder Mitglied der EU, noch des EWR. Gleichzeitig ist sie mit der EU in einer Art und Weise verbunden wie kein anderer Drittstaat.

Das Freizügigkeitsabkommen ist Teil dieser Beziehung. Zugleich veranschaulicht es geradezu exemplarisch deren Problematik. So hatte die Schweiz aufgrund der innenpolitischen Brisanz des Themas Freizügigkeit kein Interesse am Abschluss des Abkommens. Sie musste sich jedoch dem Druck der EU beugen, da sich diese sonst dem Abschluss der anderen bilateralen Abkommen verweigert hätte. Während es somit der EU darauf ankam, dass der freizügigkeitsrechtliche Besitzstand von der Schweiz übernommen wurde, wollte die Schweiz davon nur so wenig wie möglich anerkennen. Zusätzlich verkompliziert wurde die Ausgangslage dadurch, dass der EuGH mehr oder weniger zeitgleich zu den Verhandlungen zwischen der damaligen EG und der Schweiz seine Rechtsprechung zu den steuerlichen Vorgaben der Grundfreiheiten entwickelte, die zwar dem Integrationsinteresse der EU entsprach, nicht aber dem Fiskalinteresse der Mitgliedstaaten. Mit dem Freizügigkeitsabkommen musste folglich ein Kompromiss zwischen den gegenläufigen Interessen der EU, der Mitgliedstaaten und der Schweiz gefunden werden.

2.2 Überblick über das Freizügigkeitsabkommen

2.2.1 Zielsetzung

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, betonten die Vertragsparteien in der Präambel des Freizügigkeitsabkommens den hohen Stellenwert der Freizügigkeit für ihre Beziehungen und zeigten sich „entschlossen, diese Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“. Zudem kamen sie in der „Gemeinsame[n] Erklärung über die Durchführung des Abkommens“ in der Schlussakte überein, die erforderlichen Vorkehrungen für die „Anwendung des gemeinschaftlichen Besitzstands“ gemäß dem zwischen ihnen getroffenen Abkommen zu treffen.

Ausweislich dieser Absichtsbekundungen wird mit dem Abkommen offenbar das Ziel verfolgt, den Binnenmarkt – jedenfalls im Hinblick auf die Freizügigkeit – auf die Schweiz zu erstrecken. Art. 1 FZA, der explizit mit „Ziel“ überschrieben ist, kommt allerdings ungleich nüchterner und ohne jede Bezugnahme auf das Unionsrecht bzw. das damalige Gemeinschaftsrecht⁵⁴ aus. Danach ist das Abkommen darauf gerichtet, den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten bzw. der Schweiz Rechte auf Einreise und Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie auf Verbleib im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien einzuräumen. Dem genannten Personenkreis soll zudem die Dienstleistungserbringung im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien erleichtert und insbesondere kurzzeitige Dienstleistungen liberalisiert werden. Ferner sollen die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und der Schweiz ein Recht auf Einreise und Aufenthalt erhalten, auch wenn sie keine Erwerbstätigkeit ausüben. Schließlich sollen ihnen die gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie Inländern eingeräumt werden.

Damit formuliert Art. 1 FZA einen eigenen, unabhängig vom Unionsrecht bestehenden Regelungsanspruch für das Abkommen. Folglich werden offenbar *zwei* Zielsetzungen verfolgt – einerseits soll das Abkommen eigenständige Regelungen enthalten, andererseits der freizügigkeitsrelevante Besitzstand übernommen werden.

2.2.2 Aufbau und Regelungstechnik

Das Freizügigkeitsabkommen setzt sich aus dem Abkommenstext, drei Anhängen und der Schlussakte zusammen. Der Abkommenstext besteht aus zwei Teilen. Die „Grundbestimmungen“ beginnen mit Art. 1 FZA und enthalten in den folgenden Artikeln nähere Beschreibungen der in Art. 1 FZA genannten Rechte. Dabei wird jeweils auf die detaillierten Regelungen in den Anhängen I bis III verwiesen. Dies führt dazu, dass der erste Teil des Abkommens gleichsam den Eindruck eines ausführlichen Inhaltsverzeichnisses erweckt. Der zweite Teil, die

⁵⁴ Da das Freizügigkeitsabkommen zeitlich vor dem Vertrag von Lissabon abgeschlossen wurde, ist darin nicht von Europäischer Union bzw. Unionsrecht, sondern von Europäischer Gemeinschaft bzw. Gemeinschaftsrecht die Rede.

„Allgemeine[n] und Schlussbestimmungen“ sehen im Wesentlichen Übergangs- und Verfahrensbestimmungen, institutionelle Regelungen zur Schaffung eines Gemischten Ausschusses, dessen Zusammensetzung und Kompetenzen, Kollisionsregeln, sowie weitere Bestimmungen vor.

Anhang I enthält die einzelnen Freizügigkeitsgewährleistungen. Neben einem allgemeinen Teil finden sich dort Rechte bestimmter Personengruppen bzw. Rechte für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten. Anhang II regelte die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und Anhang III die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen. Sowohl Anhang II als auch Anhang III bestehen im Grunde genommen lediglich aus Verweisen auf das EU-Sekundärrecht. Im Unterschied dazu enthält Anhang I weitestgehend eigene, wenn auch am Unionsrecht angelehnte Regelungen. Nur in drei Fällen sind dort unmittelbare Verweise auf das Unionsrecht vorgesehen⁵⁵.

Diese Regelungstechnik führt zu einer abgestuften Anlehnung an das Unionsrecht. Zu unterscheiden ist zwischen Verweisen auf das Unionsrecht, dessen wörtlicher oder sinngemäßer Übernahme sowie eigenständigen Regelungen. Die größte Nähe besteht dort, wo unmittelbar auf das Sekundärrecht verwiesen wird. Denn diese Verweise beziehen sich auf die jeweiligen Rechtsakte im Ganzen. Der in Bezug genommene Rechtsakt wird folglich in seinem Binnenzusammenhang in das Abkommen integriert. Dagegen betreffen die wörtlichen Übernahmen aus dem Unionsrecht immer nur Einzelregelungen, die aus ihrem ursprünglichen systematischen Zusammenhang gelöst und im Freizügigkeitsabkommen in einen neuen Zusammenhang gesetzt werden.

55 Diese betreffen das Verbleiberecht, Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA, den Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA, sowie die Entsendung von Arbeitnehmern, Art. 22 Abs. 2 Satz 2 Anhang I FZA.

2.2.3 Steuerrelevante Regelungen

2.2.3.1 Gewährleistungen

Arbeitnehmer

Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA enthält ein ausdrückliches steuerliches Gleichbehandlungsgebot für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen. Danach genießen diese „dort“ – d.h. im Tätigkeitsstaat⁵⁶ – die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer und deren Familienangehörige. Im Unionsrecht findet sich mit Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 eine nahezu identische Regelung. Der EuGH sah diese bzw. die Vorgängernorm, Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68, als Ausfluss des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgebots auf dem Gebiet der Entlohnung an⁵⁷. In seiner Rechtsprechung zog er die sekundärrechtliche Bestimmung eine Zeitlang neben der Arbeitnehmerfreizügigkeit heran⁵⁸. Später berief er sich jedoch nur noch auf die Grundfreiheit⁵⁹. Den dogmatischen Anknüpfungspunkt seiner Rechtsprechung bildet folglich die primärrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit und nicht etwa das steuerliche Gleichbehandlungsgebot des Art. 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68, das Vorlage für die Regelung im Freizügigkeitsabkommen gewesen war.

Selbständige

Das steuerliche Gleichbehandlungsgebot für Arbeitnehmer gilt nach Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA sinngemäß für die in Kapitel 3 Anhang I genannten Selbständigen. Im Unionsrecht findet sich keine vergleichbare Regelung. Das Verbot der steuerlichen Diskriminierung von Selbständigen folgt allerdings nach der EuGH-Rechtsprechung unmittelbar aus der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit⁶⁰. Auf diese können sich gemäß Art. 54 AEUV auch Gesellschaften berufen.

56 Dies erschließt sich aus der Zusammenschau von Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 Anhang I FZA.

57 EuGH, Urteil v. 8. Mai 1990, Rs. C-175/88, Biehl, Rdnr. 11 f.

58 Z.B. EuGH, Urteil v. 16. Mai 2000, Rs. C-87/99, Zurstrassen, Rdnr. 20; EuGH, Urteil v. 26. Januar 1999, Rs. C-18/95, Terhoeve, Rdnr. 29.

59 Z.B. EuGH, Urteil v. 16. Oktober 2008, Rs. C-527/06, Renneberg, Rdnr. 36.

60 Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 2012, Art. 49 AEUV, Rdnr. 70.

Im Freizügigkeitsabkommen fehlt eine entsprechende Bestimmung zu den Gesellschaften im Kapitel für Selbständige, während sie im Kontext der Dienstleistungserbringung vorgesehen ist⁶¹.

Dienstleistungserbringer und -empfänger

In Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 FZA sowie in Kapitel IV Anhang I wird zwischen Dienstleistungserbringern auf der einen und Dienstleistungsempfängern auf der anderen Seite unterschieden. Zugunsten von Dienstleistungsempfängern enthält Art. 17 lit. a) Anhang I FZA das Verbot, grenzüberschreitende Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei zu beschränken, wenn deren Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Art. 21 Abs. 1 Anhang I FZA enthält weitere Erläuterungen der 90 Tage-Grenze. In Art. 22 Anhang I FZA finden sich einige Bereichsausnahmen⁶². In Art. 18 Anhang I FZA ist die Gleichstellung von Gesellschaften vorgesehen. Nach Art. 19 Anhang I FZA kann ein Dienstleistungserbringer, der zur Erbringung von Dienstleistungen berechtigt ist oder dem eine entsprechende Erlaubnis erteilt wurde, seine Tätigkeit vorübergehend im Staat der Erbringung nach Maßgabe von Anhang I, II und III FZA unter den gleichen Bedingungen ausüben, wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt.

Für Dienstleistungsempfänger sind dagegen keine Beschränkungs- oder Diskriminierungsverbote, sondern in Art. 23 Anhang I FZA lediglich Aufenthalts- und Bewegungsrechte vorgesehen.

Zwar erfasst die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 57 Abs. 3 AEUV ebenfalls nur vorübergehende Tätigkeiten. Im Unterschied zum Freizügigkeitsabkommen kennt das Primärrecht aber keine 90 Tage-Grenze. Zudem ist anerkannt, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht nur die aktive Dienstleistungserbringung, d.h. den Grenzübertritt des Leistenden zum Zwecke der Dienstleistungserbringung,

61 Art. 18 Anhang I FZA.

62 U.a. für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen sowie Finanzdienstleistungen.

erfasst, sondern auch passive Dienstleistungen⁶³ und Korrespondenzdienstleistungen⁶⁴, d.h. die Fälle, in denen nicht der Leistende, sondern der Leistungsempfänger sich zwecks Entgegennahme der Dienstleistung über die Grenze bewegt bzw. weder Leistender, noch Leistungsempfänger, sondern lediglich die Dienstleistung die Grenze übertritt⁶⁵. Im Unionsrecht gilt folglich auch für diese Arten der Dienstleistungserbringung ein Beschränkungsverbot, während im Freizügigkeitsabkommen für die passive Dienstleistungserbringung lediglich Aufenthalts- und Bewegungsrechte des Dienstleistungsempfängers vorgesehen sind und Korrespondenzdienstleistungen überhaupt nicht erwähnt werden.

Nichterwerbstätige

Für Nichterwerbstätige stellt sich die Regelungssituation im Freizügigkeitsabkommen ähnlich dar wie für Dienstleistungsempfänger. Gemäß Art. 24 Anhang I FZA bestehen lediglich Aufenthalts- und Bewegungsrechte, nicht hingegen spezielle Beschränkungs- oder Diskriminierungsverbote.

Allgemeines Diskriminierungsverbot

Unter der Überschrift „Nichtdiskriminierung“ sieht Art. 2 FZA vor, dass die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des FZA gemäß den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Ähnlich wie im Unionsrecht besteht damit neben den speziellen Diskriminierungs- bzw. Beschränkungsverboten ein allgemeines Diskriminierungsverbot.

Im Unionsrecht sieht der EuGH das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV als eigenständige Anspruchsgrundlage an, hält die Bestimmung jedoch nur dann für einschlägig, wenn ein Sachverhalt gegeben ist, der zwar einerseits in den Anwendungsbereich des Unionsrechts

63 Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 2012, Art. 56 AEUV, Rdnr. 37.

64 Müller-Graff a.a.O. (Fn. 63), Rdnr. 40.

65 Z.B. die telefonische Beratung durch Anwälte oder Steuerberater über die Grenze hinweg, vgl. Müller-Graff a.a.O. (Fn. 63), Rdnr. 40.

fällt, andererseits aber nicht vom Regelungsbereich der speziellen Diskriminierungsverbote erfasst wird⁶⁶.

Im Freizügigkeitsabkommen ist bereits fraglich, ob Art. 2 FZA überhaupt als eigene Anspruchsgrundlage zu verstehen ist. In der Bestimmung wird, wie bei sämtlichen anderen Artikeln des ersten Teils (mit Ausnahme der Zielbestimmung gemäß Art. 1 FZA), ausdrücklich auf die Anhänge des Abkommens verwiesen. In den Anhängen finden sich jeweils detaillierte Regelungen. Damit werden die gleichen Fragen an unterschiedlichen Stellen aufgegriffen. Nicht nur bei Art. 2 FZA, sondern generell ist damit unklar, in welchem Verhältnis Teil I auf der einen und die Anhänge auf der anderen Seite stehen. Auswirkungen hat dies insbesondere im Hinblick auf Dienstleistungsempfänger bei passiver Dienstleistung und bei Nichterwerbstätigen⁶⁷. Für diese sind in Anhang I weder Beschränkungs- noch Diskriminierungsverbote vorgesehen, so dass sich die Frage stellt, ob sie sich auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA berufen können⁶⁸.

Zusammenfassung

Das Freizügigkeitsabkommen sieht für Arbeitnehmer ein spezielles steuerliches Gleichbehandlungsgebot vor, das auf Selbständige sinngemäß Anwendung findet. Zugunsten von Dienstleistungserbringern gilt ein allgemeines Beschränkungsverbot. Dieses setzt jedoch voraus, dass es sich um eine Dienstleistung handelt, deren Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Korrespondenzdienstleistungen finden bei der „Dienstleistungsfreiheit“ des Freizügigkeitsabkommens keine Erwähnung. Dagegen wird die passive Dienstleistung

66 EuGH, Urteil v. 5. Mai 2009, Rs. C-222/07, UTECA, Rdnr. 37; EuGH, Urteil v. 11. Januar 2007, Rs. C-40/05, *Lyyski*, Rdnr. 33.

67 Es gibt jedoch noch weitere Abweichungen zwischen den Ausgangsbestimmungen in Teil I FZA und den Anhängen. Z.B. regeln gemäß Art. 7 lit. e) FZA die Vertragsparteien gemäß Anhang I das Recht der Familienangehörigen auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit. Anders als diese Bestimmung vermuten lässt, wird dieses Recht jedoch nicht sämtlichen Familienangehörigen, wie in Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA definiert, gewährt, sondern nur einem Teil davon, vgl. Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA.

68 Vgl. dazu Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 119 ff. m.w.N.

ausdrücklich genannt. Dienstleistungsempfänger kommen jedoch lediglich in den Genuss der für alle Personenkategorien geltenden Ein- und Ausreiserechte sowie spezieller Aufenthalts- und Bewegungsrechte; Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbote sind dagegen nicht vorgesehen. Gleiches gilt für Nichterwerbstätige. Zwar kennt das Freizügigkeitsabkommen mit Art. 2 FZA ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Unklar ist jedoch, ob diesem neben den speziellen Regelungen in den Anhängen, insbesondere in Anhang I, ein eigener Regelungsgehalt zukommt.

2.2.3.2 Rechtfertigungsgründe

Die im Freizügigkeitsabkommen vorgesehenen Gewährleistungen gelten nicht vorbehaltlos; allerdings dürfen sie nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA „nur“ durch Maßnahmen eingeschränkt werden, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Zur Konkretisierung verweist Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA auf mehrere unionsrechtliche Richtlinien⁶⁹.

Obwohl Art. 5 Anhang I FZA eine abschließende Regelung vorzugeben scheint, finden sich weitere Vorbehalte. So hindert nach Art. 21 Abs. 3 FZA keine Bestimmung des Abkommens die Vertragsparteien daran, Maßnahmen zu beschließen oder anzuwenden, um nach Maßgabe der Bestimmungen der nationalen Steuergesetzgebung einer Vertragspartei oder der zwischen der Schweiz einerseits und einem oder mehreren Mitgliedstaaten der EG andererseits geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen oder sonstiger steuerrechtlicher Vereinbarungen die Besteuerung sowie die Zahlung und die tatsächliche Erhebung der Steuern zu gewährleisten oder die Steuerflucht zu verhindern.

⁶⁹ Diese wurden in der EU allerdings zwischenzeitlich durch die Richtlinie 2004/38/EG ersetzt und infolge dessen aufgehoben, vgl. Art. 38 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158 v. 30. April 2004, S. 77 ff.

Eine vergleichbare Bestimmung ist im Unionsrecht nicht gegeben. Allerdings hat der EuGH in seiner Rechtsprechung eine Reihe spezieller steuerlicher Rechtfertigungsgründe entwickelt, die teilweise ähnliche Vorgaben enthalten, teilweise jedoch auch über die Regelung in Art. 21 Abs. 3 FZA hinausgehen⁷⁰. Letzteres gilt etwa im Hinblick auf die Rechtfertigungsgründe der Kohärenz des Steuersystems⁷¹, das Territorialitätsprinzip bzw. die angemessene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse⁷². Nach dem EuGH handelt es sich bei diesen Rechtfertigungsgründen um „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“⁷³.

Zwar sind auch im Freizügigkeitsabkommen die „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ genannt, allerdings nur im Kapitel, das die Dienstleistungen betrifft. So lassen gemäß Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA das Beschränkungsverbot des Art. 17 lit. a) Anhang I FZA und das Gleichbehandlungsgebot in Art. 19 Anhang I FZA die Rechts- und Verwaltungsvorschriften jeder Vertragspartei betreffend die Erbringung von Dienstleistungen mit einer Dauer von höchstens 90 tatsächlichen Arbeitstagen unberührt, sofern diese aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.

Damit findet sich der allgemeine Anknüpfungspunkt für die Rechtfertigungsgründe bei den Spezialvorschriften für die Dienstleistungen, während im allgemeinen Teil des Abkommens lediglich bestimmte Rechtfertigungsgründe genannt sind. Es bleibt somit unklar, ob eine Rechtfertigung von Eingriffen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses außerhalb des Dienstleistungsbereichs überhaupt in Betracht kommen kann⁷⁴.

70 Vgl. dazu Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 187 ff., 277 ff.

71 EuGH, Urteil v. 23. Oktober 2008, Rs. C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz, Rdnr. 43; EuGH, Urteil v. 28. Januar 1992, Rs. C-204/90, Bachmann, Rdnr. 28.

72 EuGH, Urteil v. 25. Februar 2010, Rs. C-337/08, X Holding, Rdnr. 28 ff.; EuGH, Urteil v. 13. Dezember 2005, Rs. C-446/03, Marks & Spencer, Rdnr. 45 f.; EuGH, Urteil v. 12. Mai 1998, Rs. C-336/96, Gilly, Rdnr. 30 f., 53.

73 Z.B. EuGH, Urteil v. 23. Oktober 2008, Rs. C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz, Rdnr. 40.

74 Vgl. dazu Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 187 ff.

2.2.4 Sonstige Regelungen

Neben den vorstehend dargestellten Gewährleistungen und Rechtfertigungsgründen finden sich in Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 FZA weitere Bestimmungen mit ausdrücklichem Steuerbezug. Art. 21 Abs. 1 FZA sieht vor, dass die Bestimmungen der bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EG, insbesondere die darin festgelegte Begriffsbestimmung des Grenzgängers, von den Bestimmungen des Abkommens unberührt bleiben. Die Regelung erfolgte offenbar mit Blick darauf, dass in Art. 7 Anhang I und Art. 14 Anhang I FZA aufenthaltsrechtliche Sonderregelungen für abhängig beschäftigte und selbständige Grenzgänger enthalten sind. In diesen Bestimmungen wird der Begriff des Grenzgängers definiert und festgelegt, dass diese im Unterschied zu den sonstigen Arbeitnehmern und Selbständigen keine Aufenthaltserlaubnis benötigen.

Nach Art. 21 Abs. 2 FZA ist keine Bestimmung des Abkommens so auszulegen, dass sie die Vertragsparteien daran hindert, bei der Anwendung ihrer Steuervorschriften eine Unterscheidung zwischen Steuerpflichtigen zu machen, die sich – insbesondere hinsichtlich ihres Wohnsitzes – nicht in vergleichbaren Situationen befinden.

Schließlich ist mit Art. 16 FZA eine Regelung gegeben, die mit „Bezugnahme auf das Gemeinschaftsrecht“ überschrieben ist. Nach Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien zur Erreichung der Ziele des Abkommens alle Maßnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der EG, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Gemäß Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA wird, soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens wird die Schweiz nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 FZA unterrichtet. Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA sieht schließlich vor, dass der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen der nachvertraglichen

EuGH-Rechtsprechung feststellt, um das ordnungsgemäße Funktionieren des Abkommens sicherzustellen.

2.3 Ergebnis und Stellungnahme

Aufgrund der geographischen Lage der Schweiz inmitten von Europa ist ein Miteinander von EU und der Schweiz unerlässlich. Wie dieses Miteinander zu gestalten ist, darüber herrschen allerdings unterschiedliche Ansichten. Während die EU (bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen) die Schweiz am liebsten im Kreis ihrer Mitgliedstaaten sehen würde, pocht letztere auf ihre Eigenständigkeit. Getreu dieser zwei Standpunkte zeigt sich das beiderseitige Verhältnis als ein vielschichtiger Kompromiss aus Anpassung und Abgrenzung.

Das Freizügigkeitsabkommen versinnbildlicht diese ambivalente Beziehung geradezu exemplarisch. Denn obwohl dieses Abkommen deutlich am Unionsrecht angelehnt ist, geht es doch inhaltlich ebenso deutlich teils eigene Wege oder lässt manche Fragen schlicht offen. Letzteres gilt insbesondere im Hinblick auf die aus den Grundfreiheiten folgenden steuerlichen Vorgaben. Von vornherein besteht hier das Problem, dass sich im Freizügigkeitsabkommen lediglich vereinzelte Elemente der Grundfreiheiten finden. Zudem wurde insbesondere Anhang I des Abkommens, in dem die einzelnen Freizügigkeitsrechte detailliert geregelt sind, weniger in Anlehnung an das Primärrecht, als an das einschlägige Sekundärrecht konzipiert⁷⁵. Zwar lässt sich das frei-

75 So geben z.B. die Regelungen zur Ein- und Ausreise gemäß Art. 1 Anhang I FZA im Wesentlichen die entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie 68/360/EWG des Rates v. 15. Oktober 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 v. 19. Oktober 1968, S. 13 ff., und der Richtlinie 73/148/EWG des Rates v. 21. Mai 1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. L 172 v. 28. Juni 1973, S. 14 ff., wieder. Die aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen der Art. 6 Anhang I und Art. 12 Anhang I FZA greifen ebenfalls Regelungen der genannten Richtlinien auf. In Art. 9 Anhang I FZA wurden nahezu wörtlich die Bestimmungen von Art. 7, Art. 8 und Art. 9 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates v. 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 v. 19. Oktober 1968, S. 2 ff., übernommen und in Art. 24 Anhang I FZA finden sich Bestimmun-

zügigkeitsrelevante Sekundärrecht als Ausprägung der Grundfreiheiten verstehen. Selbst wenn es im Freizügigkeitsabkommen lückenlos übernommen worden wäre, kann daraus aber nicht geschlossen werden, dass der Gehalt der jeweiligen Grundfreiheit vollständig erfasst werden sollte. Hinzu kommt, dass manche Elemente der steuerlichen EuGH-Rechtsprechung zwar aufgegriffen wurden, andere jedoch wiederum nicht. Das Problem ist folglich, dass im Freizügigkeitsabkommen nicht lediglich das freizügigkeitsrelevante Unionsrecht kopiert, sondern dass es auch modifiziert bzw. mitunter ignoriert wurde.

Cottier hat diese Situation treffend beschrieben⁷⁶. Zwar beziehen sich seine Ausführungen nicht auf die bilaterale, sondern die unilaterale Übernahme von Unionsrecht durch die Schweiz, den sog. „autonomen Nachvollzug“. Die Ausgangslage ist jedoch ganz ähnlich:

Research also shows that Swiss legislation is often prepared on the basis of EU law, but undergoes substantial changes in domestic legislative processes and outcomes. What results is often a set of rules inspired by, but not fully compatible with, EU law. Also, the process seeks to learn from past experience and come up with simpler and more manageable solutions than adopted within the EU. What results, in other words, is a rather complex European law ‘sui generis’ in Switzerland.

Anders als die Verlautbarungen der Vertragsparteien in Präambel und Schlussakte vermuten lassen, ist das Freizügigkeitsabkommen nicht ein bloßes Abbild des freizügigkeitsrelevanten Besitzstands. Ebenso wenig lässt es sich jedoch als eine vom Unionsrecht völlig autarke Regelung begreifen, wie dies Art. 1 FZA glauben machen will. Vielmehr ist es als „Europarecht sui generis“ gewissermaßen eine Art Rechtszwitter. Es ist wie Unionsrecht und doch etwas anderes.

gen der Richtlinie 90/364/EWG des Rates v. 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. L 180 v. 13. Juli 1990, S. 26 ff., sowie der Richtlinie 93/96/EWG des Rates v. 29. Oktober 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. L 317 v. 18. Dezember 1993, S. 59 ff.

76 Cottier, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, S. 377, 382 f. Zum Thema auch Cottier/Liechti, EuZW 2012, S. 849 ff.

Die Problematik, die daraus resultiert, wird im Vorlagebeschluss des BSG an den EuGH in Sachen Grimme⁷⁷ deutlich. Darin ging es u.a. um die Frage, ob die durch das Freizügigkeitsabkommen gewährte Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften gilt. Das BSG führte aus, Wortlaut und systematischer Zusammenhang sprächen gegen einen Einbezug von Gesellschaften⁷⁸, während Erwägungsgründe, Schlussakte und Art. 16 Abs. 1 FZA eine integrationsfreundliche Auslegung nahelegten, die einen Einbezug von Gesellschaften zulasse⁷⁹. Eine Entscheidung zwischen den beiden Varianten traf das BSG nicht. Vielmehr hielt es beide für vertretbar und ließ den EuGH die Frage entscheiden⁸⁰.

⁷⁷ BSG, Beschluss v. 27. Februar 2008, Rs. B 12 KR 5/07 R, Grimme, BeckRS 2008, 55044, Rdnr. 31; siehe dazu auch [S. 36](#).

⁷⁸ BSG, a.a.O. (Fn. 77).

⁷⁹ BSG, a.a.O. (Fn. 77).

⁸⁰ BSG, a.a.O. (Fn. 77).

3 Literatur und Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen

Im vorliegenden Kapitel wird untersucht, wie Literatur (Ziff. 3.1) und Rechtsprechung (Ziff. 3.2) mit dem „Europarecht sui generis“ im Freizügigkeitsabkommen umgehen. Im Mittelpunkt steht dabei nicht die Frage, wie die einzelnen Regelungen des Abkommens zu verstehen sind, sondern ob sich bestimmte verallgemeinerungsfähige Voraussetzungen ausmachen lassen, unter denen von der Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung bzw. der „Binnenmarktauslegung“ auszugehen ist. Zunächst wird dazu die Literatur zu Art. 16 Abs. 1 FZA (Ziff. 3.1.1), Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA (Ziff. 3.1.2) und Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA (Ziff. 3.1.3) dargestellt und zusammengefasst (Ziff. 3.1.4). Unter Ziff. 3.2 wird sodann auf die einschlägigen Entscheidungen des EuGH (Ziff. 3.2.1), der obersten deutschen Gerichte, insbesondere des BFH (Ziff. 3.2.2), sowie des Schweizer Bundesgerichts (Ziff. 3.2.3) eingegangen.

3.1 Literatur

Die Frage, ob und inwieweit die Binnenmarktauslegung auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden kann, wird in der Literatur regelmäßig im Kontext von Art. 16 FZA diskutiert⁸¹. Die Bestim-

81 Z.B. Lang, in: Reich/Uttinger/Rentzsch et. al. (Hrsg.), *Dogmatik und Praxis im Steuerrecht* (2014), S. 409, 409 ff.; Maier, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU* (2013), S. 68 ff.; Enz, *Grenzgängerregelungen* (2012), Rdnr. 517 ff.; Beiser, *IStR* 2012, S. 303, 304; Bieber, in: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU* (2011), S. 1, 14; Aubry Girardin, in: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU* (2011), S. 29, 37 ff.; Epiney, in: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU* (2011), S. 81, 85 f.; Häck, *IStR* 2011, S. 797, 798; Oesch, in: Borghi/Zufferey/Dubey et. al. (Hrsg.), *L'homme et son droit* (2011), S. 361, 366 ff.; Boillet, *L'Interdiction de Discrimination en Raison de la Nationalité au Sens de l'Accord sur la Libre Circulation des Personnes* (2010), S. 53 ff.; Delli, *Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?* (2009), S. 188 ff.; Hiny, *IFF Forum für Steuerrecht* 2009, S. 77, 86; ders. *IFF Forum für Steuerrecht* 2004, S. 165, 169 ff.; Cordewener, *IStR* 2008, S. 536, 540; Imhof, *ZESAR* 2007, S. 155, 160 ff.; Weigell, *IStR* 2006, S. 190, 191; Cadosch, *The influence on Swiss tax law of the*

mung, insbesondere Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA, wird als besondere Auslegungsregel angesehen⁸². Allerdings bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, wie sie zu verstehen ist.

3.1.1 Art. 16 Abs. 1 FZA

Art. 16 Abs. 1 FZA verpflichtet die Vertragsparteien, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der EG, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Teilweise wird dies als Ausdruck für das generelle Bestreben des Freizügigkeitsabkommens verstanden, eine parallele Rechtslage zum Unionsrecht herzustellen⁸³. Nach anderer Ansicht wird durch die Bestimmung der gemeinschaftsrechtliche Besitzstand per 21. Juni 1999 auf das Abkommen übertragen⁸⁴. Allerdings soll sich Art. 16 Abs. 1 FZA nicht auf sämtliche Fälle beziehen, in denen sich im Freizügigkeitsabkommen Parallelen zum Unionsrecht finden. Da in der Bestimmung explizit nur EG-Rechtsakte genannt sind, „auf die Bezug genommen wird“, soll sie vielmehr nur insoweit einschlägig sein, als im Freizügigkeitsabkommen – wie v.a. in den Anhängen II und III, aber auch an drei Stellen in Anhang I – explizit auf Unionsrecht verwiesen wird⁸⁵. Danach wäre von einer Übernahme des freizügigkeitsrelevanten Besitzstands folglich in Abhängigkeit von der in dem Abkommen verwendeten Regelungstechnik auszugehen.

Swiss-EC agreement on the free movement of persons (2005), S. 12 ff.; Epiney, ZBJV 2005, S. 1, 5 ff.; Kessler/Eicker/Obser, IStR 2005, 658; Kolb, IFF Forum für Steuerrecht 2004, S. 22, 29; Schreiber/Jaun, Der Schweizer Treuhänder 2004, S. 769, 775; Hangartner, AJP 2003, S. 257, 257 f.; Hailbronner, EuZ 2003, S. 48, 49; Cottier/Diebold, Jusletter v. 2. Februar 2002, S. 1, 38 ff.; Kokott, in: Cremer/Giegerich/Richter et. al. (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts (2002), S. 771, 785 ff.

82 Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 68; Enz, Grenzängerregelungen (2012), Rdnr. 521; Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? (2009), S. 188; Imhof, ZES-AR 2007, S. 155, 161; ähnlich Cottier/Diebold, Jusletter v. 2. Februar 2002, S. 1, 38.

83 So wohl Lang, in: Reich/Urtinger/Rentzsch et. al. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht (2014), S. 409, 410; Enz, Grenzängerregelungen (2012), Rdnr. 517; Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, S. 5, 7.

84 Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 68.

85 Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 68; Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 98 ff.

3.1.2 Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA

3.1.2.1 Begriffe des Gemeinschaftsrechts

Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA sieht die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung vor, „soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“. Solche Begriffe sollen dann gegeben sein, wenn sich weder im Freizügigkeitsabkommen, noch im Unionsrecht eine ausdrückliche Definition findet, wie etwa beim Begriff der Erwerbstätigkeit selbständiger oder unselbständiger Art⁸⁶. Denn in diesen Fällen bestehe die Gefahr der divergierenden Auslegung⁸⁷. Als solche Begriffe werden beispielhaft genannt „Arbeitnehmer“, „Niederlassung“, „Dienstleistung“ oder „Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“⁸⁸. Ferner sei von „Begriffe[n] des Gemeinschaftsrechts“ auszugehen, soweit im Freizügigkeitsabkommen explizit auf Sekundärrecht der EU verwiesen werde oder es sich um Bestimmungen handle, die dem Primär- oder Sekundärrecht der EU nachgebildet sind⁸⁹ bzw. daraus wörtlich übernommen wurden⁹⁰. Nach Ansicht einiger Autoren soll Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA darüber hinaus anwendbar sein, soweit im Freizügigkeitsabkommen auf „Konzepte“ des Gemeinschaftsrechts zurückgegriffen wurde⁹¹. Begründet wird dies unter Heranziehung anderer Sprachfassungen des Abkommens und einem Verweis auf Art. 6 EWR-Abkommen⁹² bzw. mit der aus der Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA folgenden Zielsetzung der Schaffung einer parallelen Rechtslage zum Unionsrecht⁹³. Vertreten wird ferner, dass von einer „Parallelität der Konzepte“ zwischen Frei-

86 Benesch a.a.O. (Fn. 85), S. 102.

87 Benesch a.a.O. (Fn. 85), S. 102.

88 Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 70.

89 Cortier/Diebold, Jusletter v. 2. Februar 2002, S. 1, 39; Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, S. 5, 7.

90 Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 70.

91 Maier a.a.O. (Fn. 90), S. 73; Enz, Grenzgängerregelungen (2012), Rdnr. 526; Epiney/Metz/Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (2012), S. 167; Epiney, ZBJV 2005, S. 1, 8 f.

92 Maier a.a.O. (Fn. 90), S. 71 f.

93 Epiney, ZBJV 2005, S. 1, 8.

zügigkeitsabkommen und Unionsrecht bereits dann auszugehen sei, wenn dem Abkommen nicht eindeutig zu entnehmen ist, dass eine andere Rechtslage als im Unionsrecht zugrunde gelegt werden sollte⁹⁴.

3.1.2.2 Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung

In Art. 16 Abs. 2 FZA wird zwischen vor- und nachvertraglicher EuGH-Rechtsprechung unterschieden. Zu berücksichtigen ist nach Satz 1 lediglich die vor Abschluss des Abkommens am 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung. Überwiegend wird hieraus – insbesondere mit Hinweis auf die Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtslage zum im Unionsrecht zu schaffen – eine Rechtspflicht zur Anwendung der bis zum Abschluss des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGH entnommen⁹⁵. Teilweise wird jedoch auch ein restriktiverer Ansatz vertreten, wonach bei entsprechender Begründung von der maßgeblichen EuGH-Rechtsprechung abgewichen werden kann⁹⁶. Argumentiert wird insoweit mit der im Freizügigkeitsabkommen verwendeten Terminologie. So werde in den Anhängen II und III bei Bezugnahmen auf Sekundärrecht danach unterschieden, ob die entsprechenden Rechtsakte anzuwenden, zu berücksichtigen

94 Epiney/Metz/Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (2012), S. 159; Boillet, L'Interdiction de Discrimination en Raison de la Nationalité au Sens de l'Accord sur la Libre Circulation des Personnes (2010), S. 57; Epiney a.a.O. (Fn. 93), S. 9.

95 Enz, Grenzängerregelungen (2012), Rdnr. 525; Epiney/Metz/Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (2012), S. 157; Aubry Girardin, in: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (2011), S. 29, 43; Boillet a.a.O. (Fn. 94), S. 56; Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? (2009), S. 190; Imhof, ZESAR 2007, S. 155, 163; Jaag/Zihlmann, in: Thüerer/Weber/Portmann et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU (2007), S. 65, Rdnr. 55; Epiney/Mosters, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ (2006), S. 57, 63; Epiney a.a.O. (Fn. 93), S. 25; Hinnny, IFF Forum für Steuerrecht 2004, S. 165, 170.

96 So wohl Lang, in: Reich/Urtinger/Rentzsch et al. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht (2014), S. 409, 411, der betont, dass Art. 16 Abs. 2 FZA „keine absolute Bindung an die Rechtsprechung des EuGH“ normiert; Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 75; Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 99; Cottier/Diebold, Jusletter v. 2. Februar 2002, S. 1, 41; vgl. aber auch Cottier/Evtimov, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG (2002), S. 179, 200.

oder lediglich zur Kenntnis zu nehmen seien⁹⁷. An diese Unterschiede knüpfe eine unterschiedliche Rechts- und Bindungskraft an⁹⁸. Zwischen Anwendung und Berücksichtigung müsse folglich unterschieden werden. Zudem wird auf die unterschiedliche Formulierung von Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA auf der einen und der Parallelregelung in Art. 1 Abs. 2 des gleichzeitig mit dem Freizügigkeitsabkommen abgeschlossenen Luftverkehrsabkommens⁹⁹ auf der anderen Seite hingewiesen¹⁰⁰.

Im Hinblick auf die nach dem Abkommensabschluss ergangene EuGH-Rechtsprechung besteht weitgehend Einigkeit, dass diese zu berücksichtigen ist, wenn es sich um lediglich präzisierende Rechtsprechung handelt¹⁰¹. Nach einer weitergehenden Meinung führt die mit dem Abkommen verfolgte Zielsetzung der Schaffung einer parallelen Rechtslage¹⁰² zur grundsätzlichen Verbindlichkeit der späteren Rechtsprechung des EuGH¹⁰³ – es sei denn, diese stellt eine nicht vorausseh-

97 Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 99.

98 Benesch a.a.O. (Fn. 97).

99 Art. 1 Abs. 2 des Luftverkehrsabkommens lautet auszugsweise: „Soweit diese Bestimmungen im Wesentlichen mit den entsprechenden Regeln des EG-Vertrags und den in Anwendung des EG-Vertrags erlassenen Rechtsvorschriften übereinstimmen, sind sie hinsichtlich ihrer Umsetzung und Anwendung in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des Gerichtshofs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auszulegen.“

100 Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 75; Cottier/Diebold, Jusletter v. 2. Februar 2002, S. 1, 41; vgl. aber auch Cottier/Evtimov, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG (2002), S. 179, 200.

101 Maier, a.a.O. (Fn. 100), S. 87 f.; Enz, Grenzgängerregelungen (2012), Rdnr. 530 f.; Epiney/Metz/Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (2012), S. 167 ff.; Boillet, L'Interdiction de Discrimination en Raison de la Nationalité au Sens de l'Accord sur la Libre Circulation des Personnes (2010), S. 69; Hinny, IFF Forum für Steuerrecht 2009, S. 77, 86; Lang/Lüdicke/Reich, ISrR 2008, S. 709, 714 f.; Epiney, ZBJV 2005, S. 1, 16; Hinny, IFF Forum für Steuerrecht 2004, S. 165, 170; Hailbronner, EuZ 2003, S. 48, 52; Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, S. 5, 7; kritisch Haslehner, SWI 2007, S. 221, 225 (dort Fn. 36).

102 Epiney, ZBJV 2005, S. 1, 24 f.

103 Epiney/Metz/Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (2012), S. 169, 170; Epiney, in: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (2011), S. 81, 85; Epiney/Mosters, in: Epi-

bare Modifizierung der früheren Rechtsprechung dar oder es sprechen gewichtige, aus dem Abkommen selbst folgende Gründe gegen deren Übernahme, etwa, wenn die Rechtsprechung auf eine Änderung des Unionsrechts zurückzuführen ist¹⁰⁴. Zur Begründung wird insbesondere auf Art. 6 EWR-Abkommen verwiesen, der sehr viel strengere Vorgaben enthalten soll als Art. 16 FZA, die Gerichte jedoch nicht daran hindere, dennoch im Rahmen des EWR-Abkommens die nachgelagerte EuGH-Rechtsprechung heranzuziehen¹⁰⁵.

Nach anderer Ansicht ist die Rechtsprechung durch die Regelung in Art. 16 Abs. 2 FZA nicht daran gehindert, nach dem Stichtag ergangene Urteile des EuGH heranzuziehen; eine Verpflichtung dazu besteht jedoch nicht¹⁰⁶. Teilweise wird vertreten, die zeitliche Grenze in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA beziehe sich nur auf solche EuGH-Rechtsprechung, die die Souveränität der Vertragsparteien beschränke¹⁰⁷. Restriktivere EuGH-Rechtsprechung, z.B. die Ausweitung von Rechtfertigungsgründen, müsse daher auch dann berücksichtigt werden, wenn sie nach dem 21. Juni 1999 ergangen sei¹⁰⁸.

ney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ (2006), S. 57, 71, 72; Epiney a.a.O. (Fn. 102), S. 25.

104 Epiney/Metz/Pirker a.a.O. (Fn. 103), S. 170; Epiney a.a.O. (Fn. 102), S. 25; ähnlich Imhof, ZESAR 2007, S. 155, 167; Cadosch, The influence on Swiss tax law of the Swiss-EC agreement on the free movement of persons (2005), S. 16, 17, wobei sich Cadosch lediglich mit dem Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit befasst.

105 Cadosch a.a.O. (Fn. 104), S. 17.

106 Lang, in: Reich/Urtinger/Rentzsch et. al. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht (2014), S. 409, 412; Delli, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? (2009), S. 207; Lang/Lüdicke/Reich, IStR 2008, S. 709, 714 f.; Cottier/Evtimov, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG (2002), S. 179, 200; Filliez, in: Felder/Kaddous (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen) (2001), S. 183, 205; Kahil-Wolff/Mosters, in: Schaffhauser/Schürer (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU-CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz (2001), S. 9, 23.

107 Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 93.

108 Maier a.a.O. (Fn. 107).

3.1.3 Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA

Unterschiedliche Auffassungen werden schließlich zu der Frage vertreten, ob der Gemischte Ausschuss befugt ist, die Wirkung von nach dem Abschluss des Abkommens ergangenen Urteilen verbindlich festzustellen. Eine Reihe von Autoren bejahen dies¹⁰⁹, u.a. unter Hinweis auf die Zielsetzung des Abkommens und die Kompetenz des Gemischten Ausschusses, die Anhänge II und III des Abkommens zu ändern¹¹⁰. Nach anderer Auffassung soll der Gemischte Ausschuss jedenfalls nicht die Wirksamkeit nachgelagerter Urteile des EuGH in einer für die Gerichte bindenden Art und Weise feststellen können¹¹¹. Denn eine Feststellung des Gemischten Ausschusses gemäß Art 16 Abs. 2 Satz 3 FZA könne nicht als „rechtssetzender Akt“ betrachtet werden¹¹². Andere Autoren halten es demgegenüber für vertretbar, in einem Beschluss des Gemischten Ausschusses zur Übernahme neuer EuGH-Rechtsprechung eine Vertragsänderung zu sehen, zu deren Vornahme der Schweizer Bundesrat durch das Abkommen ermächtigt worden sei¹¹³. Allerdings dürfe dies nicht eine Umgehung der parlamentarischen Gesetzgebung und des fakultativen Referendums zur Folge haben¹¹⁴.

109 Maier a.a.O. (Fn. 107), S. 31, 74; Boillet, *L'Interdiction de Discrimination en Raison de la Nationalité au Sens de l'Accord sur la Libre Ciruculation des Personnes* (2010), S. 71 ff.; Epiney, ZBJV 2005, S. 1, 22; wohl auch Delli, *Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?* (2009), S. 191; Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, S. 5, 7.

110 Boillet a.a.O. (Fn. 109), S. 71 ff., die allerdings anmerkt, dass es sich lediglich um eine theoretische Fragestellung handele, da der Gemischte Ausschuss bislang keinen entsprechenden Beschluss gefasst habe; Epiney, ZBJV 2005, S. 1, 22.

111 Jaag/Zihlmann, in: Thüerer/Weber/Portmann et. al. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU* (2007), S. 65, Rdnr. 56; Benesch, *Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft* (2007), S. 104.

112 Jaag/Zihlmann, a.a.O. (Fn. 111).

113 Cottier/Diebold, *Jusletter v. 2. Februar 2002*, S. 1, 44.

114 Cottier/Diebold, a.a.O. (Fn. 113).

3.1.4 Zusammenfassung

In der Literatur ist Art. 16 FZA ein zentraler Anknüpfungspunkt für die Frage, inwieweit die EuGH-Rechtsprechung und damit die Binnenmarktauslegung auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden kann. Allerdings ist die Bedeutung der Bestimmung alles andere als klar.

Dies betrifft *erstens* die Frage, wann die EuGH-Rechtsprechung überhaupt eine Rolle spielt. Zweifelhaft ist insoweit, ob die Verpflichtung zur Schaffung „gleichwertige[r] Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft“ gemäß Art. 16 Abs. 1 FZA nur insoweit gilt, als im Freizügigkeitsabkommens unmittelbar auf Unionsrecht verwiesen wird, oder auch dann, wenn Unionsrecht wörtlich oder sinngemäß übernommen wurde. Unklar ist ferner, was unter „Begriffe[n] des Gemeinschaftsrechts“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA zu verstehen ist. Für die meisten Autoren kommt es darauf an, ob im Freizügigkeitsabkommen explizit auf unionsrechtliche Regelungen verwiesen wird oder diese wörtlich übernommen bzw. im Abkommen nachgebildet werden. Vertreter einer weitergehenden Ansicht halten Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA dagegen nicht nur bei der Verwendung von „Begriffe[n] des Gemeinschaftsrechts“ für einschlägig, sondern auch, soweit im Freizügigkeitsabkommen „Konzepte“ des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts herangezogen werden.

Zweitens werden unterschiedliche Ansichten dazu vertreten, welche Rolle der EuGH-Rechtsprechung für das Freizügigkeitsabkommen zukommt. Überwiegend wird angenommen, dass Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA eine Rechtspflicht zur Anwendung der bis zum Abschluss des Abkommens ergangenen EuGH-Rechtsprechung begründet. Nur vereinzelt finden sich Stimmen, die Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA keinen zwingenden Charakter zugestehen. Unterschiedliche Ansichten finden sich des Weiteren zu der Frage, ob auch die dem Vertragsschluss nachfolgende EuGH-Rechtsprechung Beachtung finden muss. Im Hinblick auf präzisierende Rechtsprechung wird dies von den meisten Autoren bejaht. Handelt es sich dagegen nicht um lediglich präzisierende Rechtsprechung, soll eine Heranziehung zwar möglich,

nicht aber verpflichtend sein. Allerdings finden sich auch Stimmen, die einen weitergehenden Ansatz vertreten und die Beachtung der späteren Rechtsprechung ebenfalls für verbindlich halten – jedenfalls, wenn nicht besondere Gründe im Einzelfall dagegen sprechen.

Schließlich ist *drittens* zweifelhaft, welcher Stellenwert den Feststellungen des Gemischten Ausschusses nach Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA zukommt. Ein Teil der Literatur erachtet den Gemischten Ausschuss für zuständig, die Verbindlichkeit späterer EuGH-Rechtsprechung mit bindender Wirkung für die Gerichte festzustellen. Andere Autoren sind hingegen der Ansicht, entsprechende Beschlüsse des Gemischten Ausschusses könnten allenfalls die jeweilige Exekutive, nicht aber die Judikative binden.

3.2 Rechtsprechung

Während dem EuGH erstmals im Jahr 2005 eine Frage zum Freizügigkeitsabkommen vorgelegt wurde¹¹⁵, hatte sich das Bundesgericht als das höchste Schweizer Gericht bereits kurz nach Inkrafttreten des Abkommens mit dessen Auslegung zu befassen¹¹⁶. Seitdem ist das Freizügigkeitsabkommen ein fester Bestandteil in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Allein die Anzahl der deutschsprachigen Urteile des Bundesgerichts beläuft sich – soweit ersichtlich – auf über 600¹¹⁷.

115 Das Verfahren wurde jedoch nach den Schlussanträgen zurückgezogen, so dass es zu keinem Urteil kam, vgl. EuGH, Beschluss v. 4. August 2006, Rs. C-339/05, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols.

116 Das Freizügigkeitsabkommen wurde zwar am 21. Juni 1999 abgeschlossen, trat jedoch erst am 1. Juni 2002 in Kraft. Vgl. z.B. Bundesgericht, Urteil v. 6. September 2002, Rs. 2P.31/2002 /bmt; Bundesgericht, Urteil v. 3. Oktober 2002, Rs. 2P.198/2002/FRA/bie, 2A.434/2002; Eidgenössisches Versicherungsgericht, Urteil v. 24. Oktober 2002, Rs. B 18/02, (das Eidgenössische Versicherungsgericht wurde später Teil des Bundesgerichts); Bundesgericht, Urteil v. 4. November 2002, Rs. 2A.524/2002 /leb.

117 Eine Schlagwortsuche mit dem deutschen Kürzel „FZA“ in den Urteilen ab 2000 auf der Internetseite des Schweizer Bundesgerichts (<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>) führt zu einer Ergebnisliste von 661 Urteilen (Stand: 11. Dezember 2017), wobei darunter selbstverständlich der eine oder andere nicht einschlägige Treffer sein mag. Hinzu kommen die entsprechenden französisch- und italienischsprachigen Urteile (nur wenn diese zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen werden, er-

Demgegenüber hatte der EuGH bislang nur über eine überschaubare Zahl von Vorabentscheidungsverfahren zum Freizügigkeitsabkommen zu entscheiden.

3.2.1 EuGH

3.2.1.1 Urteile

Urteil vom 12. November 2009, Grimme

In Grimme¹¹⁸ war zu entscheiden, ob sich Herr Grimme, ein deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland, auf § 1 Satz 4 SGB VI berufen konnte. Die Bestimmung befreit in Deutschland beschäftigte Vorstände deutscher Aktiengesellschaften von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung. Herr Grimme war allerdings nicht Vorstand einer deutschen, sondern Verwaltungsrat einer schweizerischen Aktiengesellschaft und gleichzeitig Leiter von deren deutscher Zweigniederlassung.

In der Vorlageentscheidung warf das BSG die Frage auf, ob § 1 Satz 4 SGB VI aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von deutschen und schweizerischen Aktiengesellschaften gegen die im Freizügigkeitsabkommen vorgesehene Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit verstoße¹¹⁹. Zu klären war, ob sich die Niederlassungsfreiheit des Freizügigkeitsabkommens überhaupt auf Gesellschaften erstreckt¹²⁰ und inwieweit von einem korrespondierenden Gewährleistungsinhalt zwischen Freizügigkeitsabkommen und Grundfreiheiten auszugehen ist¹²¹.

folgt eine Übersetzung des Tenors in die anderen Landessprachen, so dass sie von der Schlagwortsuche mit dem Kürzel „FZA“ erfasst werden).

118 EuGH, Urteil v. 12. November 2009, Rs. C-351/08, Grimme; vgl. dazu Baudenbacher, *European Law Reporter* 2010, S. 34 ff.; Tobler, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2009/2010, S. 369 ff.

119 BSG, Beschluss v. 27. Februar 2008, Rs. B 12 KR 5/07 R, Grimme, BeckRS 2008, 55044, Rdnr. 22.

120 BSG a.a.O. (Fn. 119), Rdnr. 31.

121 BSG a.a.O. (Fn. 119), Rdnr. 32, 39.

In seiner Antwort auf die Vorlagefrage legte der EuGH dar, dass die Schweiz das EWR-Abkommen und damit den Beitritt zum Binnenmarkt der Gemeinschaft zurückgewiesen habe¹²². Stattdessen sei das Freizügigkeitsabkommen zur Stärkung der Bindungen zwischen den Vertragsparteien abgeschlossen worden¹²³. In diesem Zusammenhang könne die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden, sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen sei¹²⁴. Der EuGH verwies dabei auf sein Urteil in der Rechtssache Polydor¹²⁵. Dort hatte er klargestellt, dass die Ähnlichkeit des Wortlauts nicht als ausreichender Grund für eine Übertragung der Binnenmarktauslegung angesehen werden könne¹²⁶. Denn die Rechtsprechung sei aus Sicht der Ziele und Tätigkeit der Gemeinschaft zu beurteilen. Diese strebe die Errichtung eines Binnenmarktes an. Diese Zielsetzung unterscheide sich von derjenigen des Freihandelsabkommens mit Portugal, das in Polydor zu beurteilen war¹²⁷. Deshalb könnten sich auf Grundlage des Freihandelsabkommens auch Maßnahmen als zulässig erweisen, die im Rahmen der Gemeinschaft nicht zulässig seien¹²⁸.

In Grimme führte der EuGH weiter aus, Art. 16 Abs. 1 FZA ordne zwar die Geltung des gemeinschaftlichen Besitzstandes in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien an; dies geschehe allerdings nur im Rahmen der Ziele des Abkommens¹²⁹ und nur soweit auf gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Gemeinschaft Bezug genommen werde¹³⁰. Anknüpfend an den Wortlaut kam der EuGH sodann zu dem Ergebnis, dass das Freizügigkeitsabkommen und sein Anhang I juristischen Personen lediglich ein bestimmtes Recht auf

122 EuGH, Urteil v. 12. November 2009, Rs. C-351/08, Grimme, Rdnr. 27.

123 EuGH a.a.O. (Fn. 122), Rdnr. 28.

124 EuGH a.a.O. (Fn. 122), Rdnr. 29.

125 EuGH, Urteil v. 9. Februar 1982, Rs. C-270/80.

126 EuGH a.a.O. (Fn. 125), Rdnr. 15.

127 EuGH a.a.O. (Fn. 125), Rdnr. 16, 18.

128 EuGH a.a.O. (Fn. 125), Rdnr. 19.

129 EuGH, Urteil v. 12. November 2009, Rs. C-351/08, Grimme, Rdnr. 37.

130 EuGH a.a.O. (Fn. 129), Rdnr. 38.

Erbringung von Dienstleistungen, jedoch keine weiteren Rechte, wie etwa ein Niederlassungsrecht, einräume¹³¹. Das Dienstleistungsrecht sei jedoch aufgrund seiner zeitlichen Beschränkung nicht anwendbar, da eine dauerhafte Dienstleistung erbracht werde¹³². Schließlich könne sich Herr Grimme auch als Arbeitnehmer nicht auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 9 Anhang I FZA berufen, da dieses lediglich den Fall einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gegenüber einem Angehörigen einer Vertragspartei im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei erfasse. Als deutscher Staatsangehöriger könne Herr Grimme somit aus Art. 9 Anhang I FZA keine Rechte gegenüber seinem eigenen Herkunftsstaat herleiten¹³³. Im Ergebnis blieb es damit bei der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung.

Urteil vom 11. Februar 2010, Fokus Invest

In der Rechtssache Fokus Invest¹³⁴ verwies der EuGH auf seine Ausführungen in Grimme und wiederholte, dass eine Übertragung der Binnenmarktauslegung auf das Freizügigkeitsabkommen nicht möglich sei¹³⁵. Auf dieser Grundlage entschied er, dass das Gleichbehandlungsgebot für den Erwerb von Immobilien gemäß Art. 25 Anhang I FZA nur für natürliche Personen gelte¹³⁶ und Art. 48 EG insoweit nicht zur Auslegung herangezogen werden könne¹³⁷.

131 EuGH a.a.O. (Fn. 129), Rdnr. 35, 39.

132 EuGH a.a.O. (Fn. 129), Rdnr. 44; insoweit hob der EuGH auf die Tätigkeit von Herrn Grimme ab, obwohl es eigentlich um die Frage der Dienstleistungserbringung durch die schweizerische Aktiengesellschaft ging. Die Ausführungen des BSG sind in diesem Punkt klarer, vgl. BSG, Beschluss v. 27. Februar 2008, Rs. B 12 KR 5/07 R, Grimme, BeckRS 2008, 55044, Rdnr. 39. Das BSG warf die Frage auf, wie Niederlassung und Dienstleistungserbringung voneinander abzugrenzen sind, wenn juristischen Personen nach dem Freizügigkeitsabkommen kein Niederlassungsrecht gewährt wird. In diesem Zusammenhang verwies es auf EuGH, Urteil v. 4. Dezember 1986, Rs. 205/84, Kommission/Bundesrepublik, Rdnr. 20 f., wo der EuGH entschieden hatte, dass sich ein Unternehmen, das in einem Mitgliedstaat über eine Zweigniederlassung verfüge, für seine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung nicht mehr auf die Dienstleistungsfreiheit berufen könne.

133 EuGH a.a.O. (Fn. 129), Rdnr. 46 ff.

134 EuGH, Urteil v. 11. Februar 2010, Rs. C-541/08.

135 EuGH a.a.O. (Fn. 134), Rdnr. 28.

136 EuGH a.a.O. (Fn. 134), Rdnr. 37.

137 EuGH a.a.O. (Fn. 134), Rdnr. 34.

Urteil vom 5. Juli 2010, Hengartner und Gasser

In der Rechtssache Hengartner und Gasser¹³⁸ mussten die Kläger, zwei schweizerische Staatsangehörige, für ihr österreichisches Jagdrecht eine höhere Abgabe zahlen als österreichische Staatsangehörige. Darin sahen sie einen Verstoß gegen die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens.

Diese Auffassung wurde vom EuGH *nicht* geteilt. Unter Verweis auf Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge wies er darauf hin, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Lichte seiner Ziele auszulegen sei¹³⁹. Zwar enthalte Art. 2 FZA einen Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Dieser verbiete jedoch nicht generell und absolut jede Ungleichbehandlung von Staatsangehörigen einer der Vertragsparteien, die sich im Hoheitsgebiet der anderen Partei aufhielten. Vielmehr erfasse er nur Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit und das auch nur, soweit die Situation der Betroffenen in den sachlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen der Anhänge des Freizügigkeitsabkommens falle¹⁴⁰. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Zwar seien die Kläger als Dienstleistungsempfänger anzusehen; allerdings enthalte das Abkommen keine spezifischen Regelungen zur Anwendung fiskalischer Bestimmungen im Zusammenhang mit Dienstleistungen¹⁴¹. Zudem sei die Schweiz nicht dem Binnenmarkt der Gemeinschaft beigetreten, so dass die den unionsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden könne, sofern dies im Abkommen selbst nicht ausdrücklich angeordnet werde¹⁴².

138 EuGH, Urteil v. 15. Juli 2010, Rs. C-70/09.

139 EuGH a.a.O. (Fn. 138), Rdnr. 36.

140 EuGH a.a.O. (Fn. 138), Rdnr. 39.

141 EuGH a.a.O. (Fn. 138), Rdnr. 40.

142 EuGH a.a.O. (Fn. 138), Rdnr. 41 f.

Urteile vom 14. Oktober 2010, Schwemmer, vom 18. November 2010, Xhymshiti, und vom 10. März 2011, Borger

Nach Hengartner und Gasser folgten mit Schwemmer¹⁴³, Xhymshiti¹⁴⁴ und Borger¹⁴⁵ drei Urteile, bei denen es um die Auslegung von Sekundärrecht der EG bzw. EU ging, auf das in Anhang II FZA unmittelbar verwiesen wird. In diesen Entscheidungen problematisierte der EuGH nicht, ob das Sekundärrecht anders als im Binnenmarktkontext auszulegen sei. Vielmehr behandelte er die Sachverhalte mit Bezug zur Schweiz so, als sei die Schweiz den Mitgliedstaaten der EU gleichgestellt¹⁴⁶. Dabei verwies er u.a. auf Urteile, die nach Abschluss des Abkommens und damit nach dem Stichtag des Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA ergangen waren¹⁴⁷.

Urteil vom 6. Oktober 2011, Graf und Engel

In Graf und Engel¹⁴⁸ hatten ein Schweizer Landwirt und dessen deutscher Verpächter geklagt, da ihnen der Abschluss eines Pachtvertrages von den deutschen Behörden untersagt worden war. Die Behörden stützten sich auf eine Bestimmung, die die Beanstandung eines Landpachtvertrages erlaubte, wenn das verpachtete Grundstück der Erzeugung landwirtschaftlicher Produkte diene, die außerhalb des Gemeinsamen Marktes zollfrei verbracht werden konnten und dadurch Wettbewerbsverzerrungen entstanden.

Fraglich war, ob die besagte Vorschrift gegen das Freizügigkeitsabkommen verstieß. In seinem Urteil sah der EuGH den Schweizer Landwirt als selbständigen Grenzgänger im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Anhang I FZA an, für den der Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA gilt. Bei diesem Grundsatz handele es sich, so der

143 EuGH v. 14. Oktober 2010, Rs. C-16/09.

144 EuGH v. 18. November 2010, Rs. C-247/09.

145 EuGH, Urteil v. 10. März 2011, Rs. C-516/09.

146 EuGH v. 14. Oktober 2010, Rs. C-16/09, Schwemmer, Rdnr. 31; EuGH v. 18. November 2010, Rs. C-247/09, Xhymshiti, Rdnr. 31 ff.

147 EuGH v. 14. Oktober 2010, Rs. C-16/09, Schwemmer, Rdnr. 33, 37, 41; EuGH v. 18. November 2010, Rs. C-247/09, Xhymshiti, Rdnr. 43; EuGH, Urteil v. 10. März 2011, Rs. C-516/09, Borger, Rdnr. 26.

148 EuGH, Urteil v. 6. Oktober 2011, Rs. C-506/10.

EuGH, um einen „Begriff des Unionsrechts“, der nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur offensichtliche, sondern auch versteckte Formen der Diskriminierung verbiete¹⁴⁹. Da diese Rechtsprechung bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens bestanden habe, gelte sie nach Art. 16 Abs. 2 FZA auch für das Abkommen¹⁵⁰. Von einer versteckten Diskriminierung sei auszugehen, wenn sich unter den in der Schweiz ansässigen Grenzgängern eine erheblich größere Zahl von Schweizer Staatsangehörigen als deutschen Staatsangehörigen finde¹⁵¹. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies zutreffe¹⁵².

Werde eine solche Diskriminierung festgestellt, könne diese nicht durch die vom Landratsamt vorgebrachten Gründe gerechtfertigt werden. Zwar seien die Raumordnung und die angemessene Aufteilung landwirtschaftlicher Flächen unter bestimmten Umständen ein berechtigtes Ziel des Allgemeininteresses¹⁵³. Vorschriften wie die im Ausgangsverfahren könnten jedoch unter keinen Umständen dem Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA zugeordnet werden¹⁵⁴. Zwar habe sich die Schweiz nicht für die Teilnahme am EWR und am Binnenmarkt der Union entschieden¹⁵⁵. Gleichwohl sei sie durch eine Vielzahl von Abkommen mit dieser verbunden¹⁵⁶. Diese deckten weite Bereiche ab und sähen spezifische Rechte und Pflichten vor, die in mancher Hinsicht den im Vertrag festgelegten entsprächen¹⁵⁷. Da die Zielsetzung dieser Abkommen darin bestehe, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der EU und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu intensivieren, seien die in Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genannten Rechtfertigungsgründe als abschließend anzusehen und als Ausnahme von grundlegenden Regeln wie dem Grundsatz der Gleichbehandlung¹⁵⁸.

149 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 26.

150 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 26.

151 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 27.

152 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 36.

153 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 34.

154 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 30 f.

155 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 33.

156 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 33.

157 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 33.

158 EuGH a.a.O. (Fn. 148), Rdnr. 33.

Urteil vom 15. Dezember 2011, Bergström

In Bergström¹⁵⁹ stand, wie schon bei Schwemmer, Xhymshiti und Borger, erneut die Auslegung der über den Verweis in Anhang II FZA anwendbaren Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 in Frage. Als Vorfrage war zu klären, ob sich Frau Bergström im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens auch gegenüber ihrem Herkunftsstaat auf die Rechte aus der besagten Verordnung berufen konnte¹⁶⁰. Zweifel hieran wurden insbesondere aufgrund des Wortlauts von Art. 2 FZA sowie Art. 9 Anhang I FZA geäußert¹⁶¹; zu letzterer Vorschrift hatte der EuGH zudem in Grimme festgestellt, dass sie Diskriminierungen eigener Staatsangehöriger durch deren Herkunftsstaat nicht erfasse¹⁶². Damit stellte sich die Frage, ob das im Rahmen „autonomer“ Auslegung entwickelte Verständnis des Freizügigkeitsabkommens auf den Bezugnahmebereich durchschlagen würde mit der Konsequenz, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Kontext des Freizügigkeitsabkommens gegebenenfalls anders auszulegen ist als im Binnenmarktkontext.

Unter Verweis auf die Zielsetzung in der Präambel des Abkommens gab der EuGH jedoch der Binnenmarktauslegung den Vorzug und entschied, dass die vereinbarte Freizügigkeit beeinträchtigt werde, wenn ein Staatsangehöriger eines Vertragsstaats in seinem Herkunftsland einen Nachteil allein deshalb erlitte, weil er sein Freizügigkeitsrecht ausgeübt habe¹⁶³. Unter Heranziehung weiterer Argumente bejahte der EuGH daraufhin die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens auch gegenüber dem Herkunftsstaat.

159 EuGH, Urteil v. 15. Dezember 2011, Rs. C-257/10.

160 Generalanwalt Mazák, Schlussanträge v. 21. Juni 2011, Rs. C-257/10, Bergström, Rdnr. 27.

161 Generalanwalt Mazák a.a.O. (Fn. 160).

162 EuGH, Urteil v. 12. November 2009, Rs. C-351/08, Grimme, Rdnr. 48.

163 EuGH, Urteil v. 15. Dezember 2011, Rs. C-257/10, Bergström, Rdnr. 27, 28.

Urteil vom 28. Februar 2013, Ettwein

In Ettwein¹⁶⁴ ging es um ein deutsches Ehepaar, das seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte und in Deutschland gewerblich bzw. selbständig tätig war. Infolgedessen waren die Eheleute in Deutschland beschränkt bzw. nach ihrem Antrag gemäß § 1 Abs. 3 EStG unbeschränkt steuerpflichtig. Ihnen wurde allerdings vom deutschen Fiskus die Anwendung des Splittingtarifs verwehrt, da dies gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1, § 1a Abs. 1 Nr. 2 Satz 2, Nr. 1 Satz 2 EStG u.a. voraussetzte, dass der Ehegatte seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR hat.

Der EuGH sah darin einen Verstoß gegen das steuerliche Gleichbehandlungsgebot des Art. 15 Abs. 2 Anhang I, Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA¹⁶⁵. Seiner Ansicht nach handelte es sich bei den Eheleuten Ettwein um selbständige Grenzgänger im Sinne von Art. 13 Anhang I FZA¹⁶⁶. Anders als Generalanwalt Jääskinen¹⁶⁷ hielt es der EuGH nicht für schädlich, dass die Eheleute Ettwein über den bloßen Wohnsitzwechsel hinaus nicht die Absicht verfolgt hatten, in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Zwar sei ein selbständiger Grenzgänger auch ein „Selbständiger“ im Sinne von Art. 12 Anhang I FZA. Art. 13 Anhang I FZA enthalte jedoch eine eigene Definition dieses Begriffes¹⁶⁸. Art. 12 Anhang I FZA sei lediglich eine Aufenthaltsregelung; aus Art. 13 Abs. 2 Anhang I FZA folge jedoch, dass selbständige Grenzgänger keine Aufenthaltserlaubnis benötigten¹⁶⁹. Die separate Regelung für selbständige Grenzgänger hebe die besondere Situation dieser Gruppe von Selbständigen hervor und lasse den Willen erken-

164 EuGH, Urteil v. 28. Februar 2013, Rs. C-425/11; vgl. dazu Confederation Fiscale Europeenne, Opinion Statement ECJ-TF 4/2013 of the CFE on the decision of the European Court of Justice in case C-425/11, Katja Ettwein, concerning personal tax benefits in Germany for Swiss residents, 2013, abrufbar unter: http://www.cfe-eu-tax.org/sites/default/files/ECJ-TF_4-2013_%20Ettwein.pdf (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017); Cloer/Vogel, Der Betrieb 2013, S. 1141 ff.; Sunde, IStR 2013, S. 568 ff.; Brocke, IWB 2013, S. 226 ff.; ders., IWB 2012, S. 925 ff.

165 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 49, 52.

166 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 35.

167 Schlussanträge v. 18. Oktober 2012, Rs. C-425/11, Ettwein, Rdnr. 42, 48.

168 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 36.

169 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 37.

nen, deren Freizügigkeit und Mobilität zu erleichtern¹⁷⁰. Dies finde seine Bestätigung in Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA, der ein Aufenthaltsrecht auch dann gewähre, wenn keine Erwerbstätigkeit ausgeübt werde¹⁷¹. Als selbständige Grenzgänger könnten sich die Eheleute Ettwein gegenüber dem „Aufnahmeland“ Deutschland und damit gegenüber dem eigenen Herkunftsstaat auf den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA berufen, der sich gemäß Art. 15 Abs. 2 Anhang I, Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA auch auf steuerliche Vergünstigungen erstrecke¹⁷².

Allerdings müsse Art. 21 Abs. 2 FZA beachtet werden, der eine in steuerlicher Hinsicht unterschiedliche Behandlung von Gebietsansässigen und Gebietsfremden nur dann erlaube, wenn sie sich nicht in einer vergleichbaren Situation befänden¹⁷³. Diese Bestimmung sei im Lichte der Urteile Schumacker¹⁷⁴, Asscher¹⁷⁵ und Wielockx¹⁷⁶ zu verstehen¹⁷⁷. Daraus ergebe sich, dass eine vergleichbare Situation dann anzunehmen sei, wenn – wie bei den Eheleuten Ettwein – trotz Ansässigkeit in einem anderen Staat sämtliche oder nahezu sämtliche Einkünfte im Tätigkeitsstaat erzielt würden. Denn in diesem Fall könne die persönliche Steuerkraft, die sich im Hinblick auf Gesamteinkünfte, persönlichen Verhältnisse und Familienstand des Steuerpflichtigen ergebe, mangels Einkünften im Wohnsitzstaat dort keine Berücksichtigung finden. Infolgedessen verstoße die Verweigerung der Anwendung des Splittingtarifs auf die Eheleute Ettwein gegen die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens¹⁷⁸.

Am Ende des Urteils verwies der EuGH darauf, dass das Abkommen gemäß Art. 1 lit. a) u.a. darauf abziele, den Staatsangehörigen der Ver-

170 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 38.

171 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 39.

172 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 41 f.

173 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 44 f.

174 EuGH, Urteil v. 14. Februar 1995, Rs. C-279/93.

175 EuGH, Urteil v. 27. Juni 1996, Rs. C-107/94.

176 EuGH, Urteil v. 11. August 1995, Rs. C-80/94.

177 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 46 f.

178 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 48 f.

tragsparteien ein Aufenthaltsrecht in deren Hoheitsgebiet einzuräumen¹⁷⁹. Ferner stellte er unter Verweis auf Bergström fest, dass das von ihm gefundene Ergebnis der Linie seiner Rechtsprechung folge, wonach die Freizügigkeit, die die Vertragsparteien nach der Präambel des Abkommens zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Union geltenden Bestimmungen zu verwirklichen entschlossen seien, beeinträchtigt würde, wenn ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei in seinem Herkunftsland einen Nachteil allein deshalb erlitte, weil er sein Freizügigkeitsrecht ausgeübt habe¹⁸⁰.

Urteil vom 19. November 2015, Bukovansky

In Bukovansky¹⁸¹ war der Kläger als angestellter Geschäftsführer einer deutschen GmbH tätig. Er verlegte seinen Wohnsitz von Deutschland in die Schweiz und ging von dort aus seiner Tätigkeit – nunmehr als Grenzgänger – weiter nach. Das Finanzamt unterwarf den Kläger unter Verweis auf Art. 4 Abs. 4 DBA D-CH mit seinen Einkünften aus unselbständiger Tätigkeit der deutschen Besteuerung und rechnete die Schweizer Steuer an. Nach Art. 4 Abs. 4 DBA D-CH kann Deutschland bei einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person, die nicht die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt und die in Deutschland insgesamt mindestens fünf Jahre unbeschränkt steuerpflichtig war, in dem Jahr, in dem die unbeschränkte Steuerpflicht zuletzt geendet hat, und in den folgenden fünf Jahren die aus Deutschland stammenden Einkünfte, ungeachtet anderer Bestimmungen des DBA D-CH, besteuern. Wäre der Kläger Schweizer Staatsangehöriger gewesen, hätte die Bestimmung keine Anwendung gefunden und er wäre in den Genuss der niedrigeren Schweizer Besteuerung gekommen. Der Kläger – und ihm folgend das FG Baden-Württemberg¹⁸² – sah darin einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA und das Gebot steuerlicher Gleichbehandlung des Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA.

179 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 50.

180 EuGH a.a.O. (Fn. 164), Rdnr. 51.

181 EuGH, Urteil v. 19. November 2015, Rs. C-241/14.

182 FG Baden-Württemberg, Beschluss v. 19. Dezember 2013, 3 K 2654/11, BeckRS 2013, 96765.

Im Unionsrecht unterscheidet der EuGH nach ständiger Rechtsprechung zwischen Regelungen, an denen die Aufteilung der Steuerhoheit zwischen den Mitgliedstaaten anknüpft und Regelungen, die die Ausübung der – solchermaßen aufgeteilten – Steuerhoheit betreffen¹⁸³. Erstere, d.h. die Kriterien für die Aufteilung der Steuerhoheit, stellen keine Diskriminierungen dar, die gegen die Grundfreiheiten verstoßen¹⁸⁴, während bei letzteren, d.h. den Ausübungsregelungen, die Grundfreiheiten zu beachten sind¹⁸⁵. Knüpft die Aufteilung der Steuerhoheit an das Kriterium der Staatsangehörigkeit an, ist dies folglich unproblematisch¹⁸⁶. Handelt es sich dagegen um eine Ausübungsregelung, muss diese den Grundsatz der Gleichbehandlung von Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten und der eigenen Staatsangehörigen, die von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht haben, wahren¹⁸⁷.

Aus der Perspektive des Unionsrechts war somit entscheidend, ob es sich bei Art. 4 Abs. 4 DBA D-CH um eine *Aufteilungs-* oder eine *Ausübungsregelung* handelt. Der EuGH sprach sich für ersteres aus¹⁸⁸ und wies unter Hinweis auf Gilly¹⁸⁹ darauf hin, dass das DBA D-CH verhindern solle, dass ein- und dieselben Einkünfte in beiden Vertragsstaaten besteuert werden. Es sei dagegen nicht das Ziel, dass die Steuern, die in einem Vertragsstaat erhoben werden, nicht höher sind als die, die im anderen Vertragsstaat erhoben werden¹⁹⁰. Die unterschiedliche Behandlung, die dem Kläger aufgrund seiner deutschen Staatsbürgerschaft widerfahren sei, sei die Folge der Aufteilung der Steuerhoheit zwischen Deutschland und der Schweiz und ergebe sich aus den Unterschieden der Steuerordnungen der beiden Vertragsparteien¹⁹¹.

183 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 37 f. m.w.N.; Generalanwalt Mengozzi, Schlussanträge v. 30. April 2015, Rs. C-241/14, Bukovansky, Rdnr. 59 ff. m.w.N.

184 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 37; Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. 60 f.

185 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 37; Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183) Rdnr. 63.

186 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 38.

187 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 37; Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183) Rdnr. 63.

188 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 41.

189 EuGH, Urteil v. 12. Mai 1998, Rs. C-336/96.

190 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 44.

191 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 45.

Die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung hätte damit – an sich – nicht weiter thematisiert werden müssen. Denn selbst wenn die Grundfreiheiten unmittelbar einschlägig gewesen wären, hätte dies Herrn Bukovansky nicht weiter geholfen. Nichtsdestotrotz nutzte der EuGH die Gelegenheit, um seine Rechtsprechung weiter fortzuführen. Anknüpfungspunkt dafür war die Bestimmung des Art. 21 Abs. 1 FZA. Danach lässt das FZA die Bestimmungen der bilateralen DBA zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten unberührt. Wie so viele Bestimmungen des Abkommens lässt sich auch diese auf zwei Arten verstehen: erstens „integrationsfreundlich“ i.S.d. Binnenmarktauslegung und zweitens – auf Grundlage von Wortlaut und Systematik – „autonom“.

Für ein Verständnis im letzteren Sinne sprachen sich die beteiligten Mitgliedstaaten Schweden und Deutschland sowie Generalanwalt Mengozzi aus¹⁹². Sie waren der Ansicht, ein Verstoß des DBA gegen die Rechte aus dem FZA scheitere bereits daran, dass das FZA gemäß Art. 21 Abs. 1 FZA keine Anwendung auf das DBA finde¹⁹³. Dies folge aus dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 FZA¹⁹⁴ sowie aus einem Vergleich mit Art. 22 FZA. Letzterer sehe im Verhältnis zu anderen Abkommen als DBA und sozialrechtlichen Abkommen vor, dass diese vom Freizügigkeitsabkommen nur insoweit unberührt blieben, als sie mit diesem vereinbar sind¹⁹⁵. Ein solches Verständnis führe auch nicht dazu, dass das Freizügigkeitsabkommen praktisch sinnentleert werde, da sich Art. 21 Abs. 1 FZA ausschließlich auf bilaterale Bestimmungen steuerlicher Art beziehe und es den Vertragsparteien damit nach wie vor verwehrt sei, das Freizügigkeitsabkommen auf unilateralem Wege auszuhöhlen¹⁹⁶. Schließlich wies Generalanwalt Mengozzi auf die Ausführungen des EuGH in Grimme hin, wonach das Freizügigkeitsabkommen nicht bezwecke, die Grundfreiheiten als Ganzes auf die Schweiz zu beziehen¹⁹⁷. Folglich sei es gerechtfertigt, wenn den

192 Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. 40, 42 ff.

193 Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. 40.

194 Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. 43.

195 Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. 44.

196 Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. 49 ff.

197 Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. 52.

Mitgliedstaaten durch Art. 21 Abs. 1 FZA umfangreichere Befugnisse als im Kontext des Binnenmarktes verblieben¹⁹⁸.

Der EuGH trat jedoch der „autonomen“ Auslegung entgegen und schloss sich unter Hinweis auf die Präambel, Art. 1 lit. d) und Art. 16 Abs. 2 FZA¹⁹⁹ dem „integrationsfreundlichen“ Verständnis der Kommission an²⁰⁰. Ohne weiter auf die Argumentation des Generalanwalts einzugehen entschied er, dass Art. 21 Abs. 1 FZA nicht auf eine Weise interpretiert werden könne, die den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens die praktische Wirksamkeit nehme²⁰¹. Er wollte folglich Art. 21 Abs. 1 FZA nicht so verstanden wissen, dass die Bestimmung im Widerspruch zu seiner Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen dem Primärrecht der Union und den zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen DBA steht. Denn, so der EuGH, diese Rechtsprechung „muss entsprechend für das Verhältnis zwischen dem Abkommen über die Freizügigkeit und den zwischen den Mitgliedstaaten und der Schweizerischen Eidgenossenschaft geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen gelten.“²⁰²

3.2.1.2 Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen lässt sich in drei Phasen einteilen.

In der *ersten* Phase, in die die Urteile Grimme, Fokus Invest sowie Hengartner und Gasser fallen, positionierte sich der EuGH deutlich gegen ein paralleles Verständnis von Freizügigkeitsabkommen und Unionsrecht. Er berief sich auf die Polydor-Grundsätze und erteilte damit der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung eine pauschale Absage. Als Begründung diente ihm der Umstand, dass das EWR-Abkommen und damit der gemeinsame Binnenmarkt von der Schweiz abgelehnt worden war.

198 Generalanwalt Mengozzi, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. 53.

199 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 40.

200 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 41.

201 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 41.

202 EuGH a.a.O. (Fn. 181), Rdnr. 39.

Die *zweite* Phase betraf mit Schwemmer, Xhymshiti und Borger die Auslegung von gemeinschaftsrechtlichen Verordnungen, die aufgrund des Verweises in Anhang II FZA Anwendung fanden. In diesen Entscheidungen wurde die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nicht problematisiert. Vielmehr ging der EuGH von einer Übernahme des Besitzstandes gemäß Art. 16 Abs. 1 FZA aus. Zu dieser Bestimmung hatte er bereits in Grimme ausgeführt, sie ordne die Geltung des gemeinschaftlichen Besitzstandes in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien und im Rahmen der Ziele des Abkommens an²⁰³, soweit auf gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Gemeinschaft Bezug genommen werde²⁰⁴.

In der zweiten Phase zeichnete sich folglich ab, dass der EuGH nur dort, wo das Freizügigkeitsabkommen eigene materielle Regelungen bereithielt, aufgrund des Polydor-Verdikts von der Notwendigkeit einer autonomen Auslegung ausging, während er bei den Verweisen auf das Sekundärrecht eine Übernahme des entsprechenden Besitzstands annahm.

Mit Graf und Engel nahm schließlich die *dritte* Phase ihren Anfang, in deren Verlauf nicht nur das Polydor-Verdikt fallen gelassen wurde, sondern auch eine klare Annäherung des Abkommens an das Unionsrecht erfolgte. So zog der EuGH in Graf und Engel die Binnenmarktauslegung erstmals unter explizitem Verweis auf Art. 16 Abs. 2 FZA heran und stellte fest, dass es sich beim Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß Art. 15 Abs. 1 Anhang 1 FZA um einen Begriff des Gemeinschaftsrechts handele und folglich nicht nur offene, sondern auch versteckte Formen der Diskriminierung erfasst seien. Er gab allerdings – anders als im Binnenmarktkontext²⁰⁵ – zu verstehen, dass er nicht bereits die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung für ausreichend erachtete, sondern das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung durch das vorliegende Gericht positiv festgestellt wissen wollte²⁰⁶.

203 EuGH, Urteil v. 12. November 2009, Rs. C-351/08, Grimme, Rdnr. 37.

204 EuGH a.a.O. (Fn. 203), Rdnr. 38.

205 EuGH, Urteil v. 27. Juni 1996, Rs. C-107/94, Asscher, Rdnr. 49.

206 EuGH, Urteil v. 6. Oktober 2011, Rs. C-506/10, Graf und Engel, Rdnr. 36.

Ferner bezeichnete er die in Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA vorgesehenen Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit als „abschließend“, so dass zweifelhaft blieb, ob er die seiner Rechtsprechung entstammende Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls überhaupt zulassen würde.

Bergström betraf wiederum den Bezugnahmebereich, allerdings machte der EuGH in dieser Entscheidung – in Abkehr von Grimme – den Weg frei für die Herleitung von Rechten aus dem Freizügigkeitsabkommen gegenüber dem eigenen Herkunftsstaat. Diesen Weg setzte er in Ettwein und damit interessanterweise gerade auf dem Gebiet des Steuerrechts fort, indem er – neben der autonomen Interpretation des Abkommens – seine Rechtsprechung, die im Kontext des Binnenmarkts ergangen war, bei der Auslegung ausdrücklich heranzog – allerdings ohne dabei auf Art. 16 FZA einzugehen und ohne Urteile zu nennen, die nach dem 21. Juni 1999 ergangen waren²⁰⁷. Ein weiterer Schritt folgte schließlich, ebenfalls im steuerlichen Bereich, mit Bukovansky. Darin bestätigte der EuGH erneut, dass sich eigene Staatsangehörige gegenüber ihrem Herkunftsstaat auf das Freizügigkeitsabkommen berufen können. Er entschied zudem, dass seine Rechtsprechung zum Verhältnis der Grundfreiheiten zu DBA der Mitgliedstaaten – entgegen der anderslautenden Bestimmung des Art. 21 Abs. 1 FZA – auf das Freizügigkeitsabkommen zu übertragen sei.

Die Einstellung des EuGH zur Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung unterlag folglich einem Wandel. Während er anfangs eine ablehnende Haltung einnahm bzw. die Heranziehung der Binnenmarktauslegung lediglich im Bezugnahmebereich zuließ, erfolgte im weiteren Verlauf eine klare Annäherung des Freizügigkeitsabkommens an das Unionsrecht.

²⁰⁷ In Ettwein hatte der EuGH nur auf Urteile verwiesen, die entweder unmittelbar das Freizügigkeitsabkommen betroffen hatten, vgl. Rdnr. 33, 41, oder vor dessen Abschluss ergangen waren, vgl. Rdnr. 46 f.

3.2.2 Oberste deutsche Gerichte, insbesondere Bundesfinanzhof

Dem EuGH wurden bislang acht Vorabentscheidungsverfahren zum Freizügigkeitsabkommen von den deutschen Gerichten vorgelegt, davon jeweils eines von BGH und BSG, sowie zwei vom BFH²⁰⁸.

Der Vorlagebeschluss des *BGH* betraf die Rechtssache Stamm und Hauser²⁰⁹. Dieser lag ein ganz ähnlicher Sachverhalt zugrunde wie später Graf und Engel²¹⁰. Anders als dort wurde jedoch die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nicht thematisiert. Vielmehr ging es lediglich darum, ob das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA nur für die in der Bestimmung explizit genannten Selbständigen gilt oder auch für die in Art. 13 Anhang I FZA genannten selbständigen Grenzgänger²¹¹.

Der Vorlagebeschluss des *BSG* erging in der Rechtssache Grimme²¹². Auf die Ausführungen des BSG wurde bereits an anderer Stelle eingegangen²¹³.

Der *BFH* legte dem EuGH Brück²¹⁴ und Schwemmer²¹⁵ vor. Mit der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung setzte er sich

208 FG Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, Beschluss v. 19. Dezember 2013, Rs. 3 K 2654/11, Bukovansky, BeckRS 2013, 96765; BFH, Beschluss v. 22. Dezember 2011, Rs. II R 32/05, Brück, BeckRS 2012, 94557, (wurde zurückgenommen); FG Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, Beschluss v. 7. Juli 2011, Rs. 3 K 3752/10, Ertwein, BeckRS 2011, 96338; Amtsgericht Waldshut-Tiengen, Beschluss v. 22. September 2010, Graf und Engel, nicht veröffentlicht; FG Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, Beschluss v. 18. Juni 2009, Rs. 3 K 1214/08, Xhymshiti, BeckRS 2009, 26027552; BFH v. 30. Oktober 2008, Rs. III R 92/07, Schwemmer, DStRE 2009, S. 350 ff.; BSG, Beschluss v. 27. Februar 2008, Rs. B 12 KR 5/07 R, Grimme, BeckRS 2008, 55044; BGH, Beschluss v. 23. November 2007, Rs. BLw 10/07, Stamm und Hauser, BeckRS 2008, 00395.

209 BGH a.a.O. (Fn. 208).

210 Siehe dazu oben S. 40 ff.

211 BGH a.a.O. (Fn. 208), Rdnr. 12 ff.

212 BSG a.a.O. (Fn. 208).

213 Siehe oben Ziff. 2.3 (S. 23).

214 BFH a.a.O. (Fn. 208).

215 BFH a.a.O. (Fn. 208).

jedoch auch in weiteren Entscheidungen auseinander, ohne dass dies zu einer Vorlage an den EuGH geführt hätte.

Nachfolgend werden die Entscheidungen des BFH kurz dargestellt.

3.2.2.1 Vorlagebeschlüsse vom 30. Oktober 2008, Schwemmer,
und vom 22. Dezember 2011, Brück

Sowohl in Schwemmer²¹⁶, als auch in Brück²¹⁷ ging es um die Auslegung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71²¹⁸, die – da es sich um einen Sachverhalt mit Bezug zur Schweiz handelte – über den Verweis in Anhang II FZA Anwendung fand.

In Schwemmer führte der BFH dazu aus, der EuGH sei für die Beantwortung der vorgelegten Fragen zuständig, da es um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht gehe²¹⁹. Unerheblich sei, dass die Verordnung im Verhältnis zur Schweiz nur auf Grundlage des Freizügigkeitsabkommens zur Anwendung gelange²²⁰. Denn es bestehe nach der Rechtsprechung des EuGH²²¹ ein klares Interesse der Gemeinschaft daran, dass Gemeinschaftsrecht unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen es angewendet werde, einheitlich ausgelegt werde, um in der Zukunft voneinander abweichende Auslegungen zu verhindern²²².

In Brück verwies der BFH hingegen lediglich auf Art. 267 Satz 3 AEUV, ohne die Zuständigkeit des EuGH weiter zu erläutern²²³.

216 BFH v. 30. Oktober 2008, Rs. III R 92/07, DStRE 2009, S. 350 ff.

217 BFH, Beschluss v. 22. Dezember 2011, Rs. II R 32/05, BeckRS 2012, 94557. Das Verfahren wurde vom BFH zurückgenommen, vgl. EuGH, Beschluss v. 23. April 2013, Rs. C-126/12, Brück, Rdnr. 1.

218 ABl. L 149 v. 5. Juli 1971, S. 2 ff. (ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166 v. 30. April 2004, S. 1 ff).

219 BFH v. 30. Oktober 2008, Rs. III R 92/07, Schwemmer, DStRE 2009, S. 350, 350.

220 BFH a.a.O. (Fn. 219).

221 Der BFH verweist insoweit auf EuGH, Urteil v. 16. Juni 1998, Rs. C-53/96, *Hermès*, Rdnr. 32.

222 BFH a.a.O. (Fn. 219).

223 BFH, Beschluss v. 22. Dezember 2011, Rs. II R 32/05, Brück, BeckRS 2012, 94557, Rdnr. 6.

3.2.2.2 Beschluss vom 7. September 2011, Abzugssteuer

Im Beschluss vom 7. September 2011²²⁴ war zu klären, ob das Freizügigkeitsabkommen einer Bestimmung des deutschen Steuerrechts entgegenstand, die die Geltendmachung von Betriebsausgaben im Steuerabzugsverfahren ausschloss. Für das Unionsrecht hatte der EuGH in Scorpio²²⁵ unter Verweis auf Gerritse²²⁶ entschieden, dass diese deutsche Regelung nicht mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sei²²⁷. Der BFH hatte nun in einem AdV-Verfahren darüber zu befinden, ob diese Rechtsprechung auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden konnte.

In seiner Entscheidung ließ der BFH es dahingestellt, ob die Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen so umfassend gewährt wird wie im Unionsrecht, da er von vornherein davon ausging, dass Art. 16 Abs. 2 FZA einer Heranziehung von Scorpio entgegensteht²²⁸. Art. 16 Abs. 2 FZA enthalte, so der BFH, eine „besondere vertragliche Auslegungsregel“, in Form eines statischen Verweises auf die EuGH-Rechtsprechung. Damit könne zwar die einschlägige EuGH-Rechtsprechung zu inhaltsgleichen Bestimmungen berücksichtigt werden, die vor Abschluss des Abkommens ergangen war; nicht hingegen Entscheidungen, die nach diesem Zeitpunkt ergangen seien²²⁹. Etwas anderes gelte nur, soweit der Gemischte Ausschuss dies beschlossen habe oder wenn es sich um lediglich präzisierende Rechtsprechung handle, die sich bereits vor dem Stichtag des Art. 16 Abs. 2 FZA hinreichend konkret abgezeichnet habe. Dies sei bei Scorpio jedoch nicht der Fall²³⁰. Das Freizügigkeitsabkommen gebe mit Art. 16 Abs. 2 FZA eine „qualitativ-zeitliche Grenze“ zur Berücksichtigung der EuGH-Rechtspre-

224 BFH, Beschluss v. 7. September 2011, Rs. IB 157/10, Abzugssteuer, IStR 2012, S. 112 ff.; dazu Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 307 ff.; Fritsch, SteuK 2012, S. 36 ff.

225 EuGH, Urteil v. 3. Oktober 2006, Rs. C-290/04.

226 EuGH, Urteil v. 12. Juni 2003, Rs. C-234/01.

227 EuGH, Urteil v. 3. Oktober 2006, Rs. C-290/04, Scorpio, Rdnr. 42 f.

228 BFH, Beschluss v. 7. September 2011, Rs. IB 157/10, Abzugssteuer, IStR 2012, S. 112, Rdnr. 32.

229 BFH a.a.O. (Fn. 228), Rdnr. 33.

230 BFH a.a.O. (Fn. 228), Rdnr. 33.

chung vor²³¹. Da aus dem Wortlaut nicht entnommen werden könne, dass die Bestimmung ihre „Schutzfunktion“ ausschließlich zugunsten der Schweiz entfalte, gelte sie auch für Deutschland²³². Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA sei nicht einschlägig, da die angegriffene Regelung an die beschränkte Steuerpflicht und nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfe²³³.

3.2.2.3 Urteile vom 9. Mai 2012, Schulgeld I und Schulgeld II

In den Urteilen vom 9. Mai 2012²³⁴ war zu entscheiden, ob in Deutschland ansässige Steuerpflichtige das für ihre Kinder an ein Schweizer Internat gezahlte Schulgeld als Sonderausgabe von der Bemessungsgrundlage der deutschen Einkommensteuer abziehen konnten. Die Kläger beriefen sich insoweit auf die Urteile Schwarz und Gootjes-Schwarz sowie Kommission/Deutschland, in denen der EuGH entschieden hatte, dass § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG in der damaligen Fassung gegen die Dienstleistungsfreiheit bzw. die allgemeine Freizügigkeit verstoße, soweit danach ein steuerlicher Abzug von Schulgeld, das an Schulen im EU-Ausland gezahlt worden war, nicht zugelassen wurde²³⁵.

Der BFH verneinte die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf das Freizügigkeitsabkommen und berief sich dabei im Wesentlichen auf die Ausführungen des EuGH in Hengartner und Gasser. Im Einzelnen argumentierte er, Art. 2 FZA sei nicht einschlägig, da die Vorschrift lediglich Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit erfasse, und dies nur, soweit die konkrete Situation in den sachlichen

231 BFH a.a.O. (Fn. 228), Rdnr. 33.

232 BFH a.a.O. (Fn. 228), Rdnr. 34.

233 BFH a.a.O. (Fn. 228), Rdnr. 35.

234 BFH, Urteil v. 9. Mai 2012, Rs. X R 3/11, Schulgeld I, ISrR 2012, S. 508 ff.; BFH, Urteil v. 9. Mai 2012, Rs. X R 43/10, Schulgeld II, BeckRS 2012, 96179; dazu Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 303; Fritsch, SteuK 2012, S. 314 ff.

235 EuGH, Urteil v. 11. September 2007, Rs. C-76/05, Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rdnr. 67, 98; EuGH, Urteil v. 11. September 2007, Rs. C-318/05, Kommission/Deutschland, Rdnr. 121, 137.

Anwendungsbereich der Anhänge des Abkommens falle²³⁶. Ferner schütze das Freizügigkeitsabkommen die Kläger nicht in ihrer passiven Dienstleistungsfreiheit, da es nur Einreise- und Aufenthaltsrechte für Dienstleistungsempfänger vorsehe, nicht hingegen ein Diskriminierungsverbot im Hinblick auf fiskalische Regelungen²³⁷. Des Weiteren gewähre das Freizügigkeitsabkommen keine allgemeine Freizügigkeit, sondern sehe eine Gleichbehandlung nur im Zusammenhang mit der Freizügigkeit von Arbeitnehmern, Selbständigen und Dienstleistungserbringern, nicht aber Dienstleistungsempfängern, vor²³⁸. Schließlich stehe einer Heranziehung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH die „qualitativ-zeitliche Grenze“ des Art. 16 Abs. 2 FZA entgegen, da die einschlägige Rechtsprechung nach dem Abschluss des Abkommens ergangen sei und sie nicht als lediglich präzisierend qualifiziert werden könne²³⁹. Zwar sehe Art. 6 EWR-Abkommen eine ähnliche Regelung vor wie Art. 16 Abs. 2 FZA und der EuGH lege dennoch EWR-Abkommen und Unionsrecht gleich aus. Allerdings ziele das EWR-Abkommen darauf ab, einen homogenen Wirtschaftsraum zu schaffen und unterscheide sich daher grundlegend von der Zielsetzung des Freizügigkeitsabkommens. Daher könne die Rechtsprechung des EuGH zum EWR-Abkommen, selbst wenn sie zu fast wortgleichen Vorschriften ergangen ist, nicht ohne weiteres übertragen werden²⁴⁰.

3.2.2.4 Zusammenfassung

Bislang mussten sich die obersten deutschen Gerichte nur vereinzelt mit dem Freizügigkeitsabkommen auseinandersetzen. Ihren Entscheidungen lassen sich dennoch einige interessante Aspekte entnehmen.

236 BFH, Urteil v. 9. Mai 2012, Rs. X R 3/11, Schulgeld I, IStR 2012, S. 508, Rdnr. 28; BFH, Urteil v. 9. Mai 2012, Rs. X R 43/10, Schulgeld II, BeckRS 2012, 96179, Rdnr. 26.

237 BFH, Schulgeld I, a.a.O. (Fn. 236), S. 508, Rdnr. 29 ff.; BFH, Schulgeld II, a.a.O. (Fn. 236), Rdnr. 27 f.

238 BFH, Schulgeld I, a.a.O. (Fn. 236), Rdnr. 34; BFH, Schulgeld II, a.a.O. (Fn. 236), Rdnr. 32.

239 BFH, Schulgeld I, a.a.O. (Fn. 236), Rdnr. 37 f., 42 ff.; BFH, Schulgeld II, a.a.O. (Fn. 236), Rdnr. 34 f., 39 ff.

240 BFH, Schulgeld I, a.a.O. (Fn. 236), S. 508, Rdnr. 39 ff.; BFH, Schulgeld II, a.a.O. (Fn. 236), Rdnr. 36 ff.

So machte das BSG im Vorlagebeschluss Grimme deutlich, dass es sowohl ein auf Wortlaut und Systematik gestütztes Verständnis des Freizügigkeitsabkommens für vertretbar hielt, als auch die Übertragung der Binnenmarktauslegung im Wege einer „integrationsfreundlichen“ Auslegung. Die Entscheidung zwischen beiden Varianten überließ es dem EuGH²⁴¹.

Der BFH entschied die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung dagegen selbst. Dabei zeigte sich ein ähnlich schematischer Ansatz wie in der EuGH-Rechtsprechung. So unterschied der BFH danach, ob im Freizügigkeitsabkommen unmittelbar auf Unionsrecht verwiesen wird oder nicht. Außerhalb des Bereichs unmittelbarer Bezugnahmen hielt er zwar die Heranziehung der Binnenmarktauslegung bei „inhaltsgleichen“ Vorschriften unter dem Vorbehalt der „qualitativ-zeitlichen Grenze“ des Art. 16 Abs. 2 FZA für möglich. Art. 16 Abs. 2 FZA und Art. 6 EWR-Abkommen sah er allerdings nicht als inhaltsgleich an. Vielmehr führte er unter Hinweis auf die Polydor-Rechtsprechung des EuGH aus, dass angesichts der unterschiedlichen Zielsetzung von Freizügigkeitsabkommen einerseits und EWR-Abkommen bzw. Unionsrecht andererseits die Binnenmarktauslegung auch bei nahezu wortgleichen Vorschriften nicht ohne weiteres übertragen werden könne.

Im Vorlagebeschluss Schwemmer, in dem die Auslegung von Sekundärrecht in Frage stand, auf das im Freizügigkeitsabkommen unmittelbar verwiesen wurde, ging der BFH dagegen unter Hinweis auf das EuGH-Urteil Hermès von einem „klaren Interesse“ der Gemeinschaft an einer einheitlichen Auslegung des Sekundärrechts aus. Damit begründete der BFH jedoch nicht die Anwendung der EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung des Abkommens, sondern vielmehr die Auslegungszuständigkeit des EuGH. In Schwemmer spielte für ihn die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung folglich nicht im *materiell*rechtlichen, sondern vielmehr im *verfahrens*rechtlichen Kontext eine Rolle. Vergleichbare Ausführungen finden sich weder

241 Siehe dazu oben S. 25.

im Vorlagebeschluss Brück, noch in den Vorlagebeschlüssen von BGH und BSG. Dort wird lediglich unter Hinweis auf mehrere Fundstellen festgestellt, dass der EuGH zuständig ist, das Freizügigkeitsabkommen auszulegen²⁴².

3.2.3 Schweizer Bundesgericht

Das Schweizer Bundesgericht geht überall dort von einer Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes gemäß Art. 16 Abs. 1 FZA per 21. Juni 1999 aus, wo das Freizügigkeitsabkommen Regelungen des Unionsrechts „nachbildet“²⁴³. In diesen Fällen sieht es die vorvertragliche EuGH-Rechtsprechung gemäß Art. 16 Abs. 2 FZA als „maßgebend“ an²⁴⁴. Auf welche Weise die „Nachbildung“ erfolgt, ist unbeachtlich. So bejahte das Bundesgericht die Übernahme von Unionsrecht nicht nur in Fällen, in denen im Freizügigkeitsabkommen unmittelbar auf Unionsrecht verwiesen²⁴⁵, sondern auch dort, wo es davon ausging, dass Unionsrecht inhaltlich nachvollzogen wurde. In Art. 2 FZA sah es etwa eine Übernahme des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EGV bzw. Art. 18 AEUV²⁴⁶. Ferner zog es bei der Auslegung

242 BFH, Beschluss v. 22. Dezember 2011, Rs. II R 32/05, Brück, BeckRS 2012, 94557, Rdnr. 6; BSG, Beschluss v. 27. Februar 2008, Rs. B 12 KR 5/07 R, Grimme, BeckRS 2008, 55044, Rdnr. 11; BGH, Beschluss v. 23. November 2007, Rs. BLW 10/07, Stamm und Hauser, BeckRS 2008, 00395, Rdnr. 5.

243 Bundesgericht, Urteil v. 31. Januar 2014, Rs. 2C_187/2013, BGE 140 II 112, E. 3.2; Bundesgericht, Urteil v. 24. März 2009, Rs. 2C_577/2008, BGE 135 II 265, E. 3.3; Bundesgericht, Urteil v. 6. August 2004, Rs. 2A.94/2004, E. 2.1; Bundesgericht, Urteil v. 4. November 2003, Rs. 2A.91/2003, Familiennachzug I, BGE 130 II 1, E. 3.3.

244 Bundesgericht, Urteil v. 4. September 2014, Rs. 2C_772/2013, BGE 140 II 460, E. 4.1; Bundesgericht, Urteil v. 23. Juni 2014, Rs. 2C_348/2013, 2C_349/2013, Rentenversicherung II, BGE 140 II 364, E. 5.3; Bundesgericht, Urteil v. 23. Februar 2014, Rs. 2C_757/2013, E. 3.3; Bundesgericht, Urteil v. 31. Januar 2014, Rs. 2C_187/2013, BGE 140 II 112, E. 3.2; Bundesgericht, Urteil v. 22. März 2013, Rs. 2C_65/2012, Aufenthaltsrecht, BGE 139 II 393, E. 4.1.1; Bundesgericht, Urteil v. 5. Januar 2010, Rs. 2C_269/2009, Familiennachzug III, BGE 136 II 65, E. 3.1; Bundesgericht, Urteil v. 29. September 2009, Rs. 2C_196/2009, Familiennachzug II, BGE 136 II 5, E. 3.4.

245 Z.B. Bundesgericht, Urteil v. 19. Februar 2013, Rs. 2C_998/2012, E. 3.1; Bundesgericht, Urteil v. 6. Juni 2011, Rs. 2C_903/2010, E. 4.1 ff.; Bundesgericht, Urteil v. 19. April 2007, Rs. I 816/06, E. 5.1 f.; Bundesgericht, Urteil v. 9. Dezember 2003, Rs. H 132/03, E. 5.2.

246 Bundesgericht, Urteil v. 23. Juni 2014, Rs. 2C_348/2013, 2C_349/2013, Rentenversicherung II, BGE 140 II 364, E. 6.1; Bundesgericht, Urteil v. 29. Januar 2014, Rs. 2C_490/2013, Quellensteuer III, E. 4.3; Bundesgericht, Urteil v. 18. Juli 2012, Rs.

des speziellen Gleichbehandlungsgebots für Arbeitnehmer in Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA ebenfalls die EuGH-Rechtsprechung heran²⁴⁷, ebenso wie es davon ausging, dass durch die Regelungen zum Familiennachzug der entsprechende unionsrechtliche Besitzstand übernommen wurde²⁴⁸. Demgegenüber weicht seiner Ansicht nach die passive Dienstleistungsfreiheit des Abkommens von den unionsrechtlichen Regelungen ab²⁴⁹. Des Weiteren soll auch der Begriff der Unionsbürgerschaft keinen Eingang in das Freizügigkeitsabkommen gefunden haben²⁵⁰.

Durch Art. 16 Abs. 2 FZA sieht sich das Bundesgericht nicht daran gehindert, auch die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung anzuwenden. So entschied es, dass diese zur Auslegung des Abkommens herangezogen werden könne, zumal wenn es sich lediglich um die Präzisierung früherer Rechtsprechung handele²⁵¹. In seiner Rechtsprechung zum Familiennachzug entwickelte es sogar einen noch weitergehenden Ansatz. Auf diesen, sowie auf die Urteile zu den steuerlichen Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens, wird nachfolgend gesondert eingegangen.

2C_1049/2011, E. 5.3; Bundesgericht, Urteil v. 27. März 2006, Rs. K 163/03, E. 6.1; Bundesgericht, Urteil v. 27. November 2003, Rs. 2P.305/2002, BGE 130 I 26, E. 3.2.2; Bundesgericht, Urteil v. 21. November 2003, Rs. 1P.665/2002 / 1P.27/2003, BGE 129 I 392, E. 3.2.3.

247 Bundesgericht, Urteil v. 7. November 2003, Rs. 2P.142/2003, E. 3.4, vgl. dazu auch unten [Ziff. 3.2.3.2 \(S. 63 ff.\)](#).

248 Bundesgericht, Urteil v. 17. Januar 2003, Rs. 2A.246/2002, BGE 129 II 249, E. 4.2.

249 Bundesgericht, Urteil v. 22. Oktober 2007, Rs. 8C_192/2007, BGE 133 V 624, Regeste; offen gelassen Bundesgericht, Urteil v. 1. Juni 2006, Rs. I 135/04, E. 5.5 f.

250 Bundesgericht, Urteil v. 22. März 2013, Rs. 2C_65/2012, Aufenthaltsrecht, BGE 139 II 393, E. 4.1.2; Bundesgericht, Urteil v. 5. Januar 2010, Rs. 2C_269/2009, Familiennachzug III, BGE 136 II 65, E. 4.2; Bundesgericht, Urteil v. 7. April 2004, Rs. 2A.273/2003, BGE 130 II 176, E. 4.4.1.

251 Bundesgericht, Urteil v. 19. Dezember 2003, Rs. 2A.246/2003, BGE 130 II 113, E. 5.2; Bundesgericht, Urteil v. 9. Januar 2006, Rs. I 383/05, BGE 132 V 53, E. 2; Hinweis, dass Heranziehung nachgelagerter EuGH-Rechtsprechung möglich sei ohne ausdrückliche Beschränkung auf lediglich präzisierende Rechtsprechung in Bundesgericht, Urteil v. 24. März 2009, Rs. 2C_577/2008, BGE 135 II 265, E. 3.3; Bundesgericht, Urteil v. 22. Februar 2010, Rs. 8C_475/2009, E. 5.1.

3.2.3.1 Nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung

Urteil vom 4. November 2003, Familiennachzug I

In Familiennachzug I²⁵² führte das Bundesgericht aus, dass die Regelungen des Freizügigkeitsabkommens zum Familiennachzug dem Gemeinschaftsrecht nachgebildet seien²⁵³. Sodann stellte es fest, dass ein einschlägiges Urteil des EuGH zwar vorhanden, jedoch für die Anwendung des Abkommens nicht verbindlich sei, da es sich um Rechtsprechung handle, die nach Abschluss des Abkommens ergangen sei²⁵⁴. Die zu beurteilende Sachfrage ließ das Bundesgericht dann jedoch offen, da es bereits die Anwendbarkeit der Familiennachzugsregelungen verneinte²⁵⁵.

Um zu diesem Ergebnis zu kommen, stützte es sich allerdings auf das EuGH-Urteil Akrich vom 23. September 2003²⁵⁶ und damit auf Rechtsprechung, die *nach* Abschluss des Freizügigkeitsabkommens ergangen war. Zwar sei es, so das Bundesgericht, an diese Rechtsprechung nicht gebunden; trotzdem könne sie bei der Auslegung berücksichtigt werden²⁵⁷. Da das Freizügigkeitsabkommen die gemeinschaftsrechtliche Regelung in Inhalt und Tragweite im Wesentlichen übernehme, um die gleiche Freizügigkeit wie in der EG zu realisieren, sei die Regelung genauso auszulegen²⁵⁸, selbst wenn sich die einschränkende Auslegung nicht aus dem Wortlaut ergebe²⁵⁹ und der EuGH in seiner vor Abschluss des Abkommens ergangenen Rechtsprechung noch anders argumentiert habe²⁶⁰.

Damit lag der Verdacht nahe, dass das Bundesgericht die nach Abschluss des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH gezielt zum Zwecke einer einschränkenden Auslegung des Abkom-

252 Bundesgericht, Urteil v. 4. November 2003, Rs. 2A.91/2003, BGE 130 II 1.

253 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 252), E. 3.3.

254 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 252), E. 3.5.

255 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 252), E. 3.5.

256 Rs. C-109/01.

257 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 252), E. 3.6.1.

258 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 252), E. 3.6.4.

259 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 252), E. 3.6.3.

260 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 252), E. 3.6.2.

mens herangezogen hatte. Dieser Verdacht wurde jedoch durch die nachfolgenden Familiennachzugsfälle entkräftet.

Urteil vom 29. September 2009, Familiennachzug II

In Familiennachzug II²⁶¹ war das Bundesgericht damit konfrontiert, dass der EuGH zwischenzeitlich von seiner Akrich-Rechtsprechung Abstand genommen hatte. In seinem Urteil stellte es erneut fest, dass es nicht verpflichtet sei, die nach Abschluss des Freizügigkeitsabkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH zu übernehmen²⁶². Sodann führte es jedoch unter Verweis auf die Zielsetzung in der Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA aus, dass in den von dem Abkommen erfassten Bereichen eine parallele Rechtslage verwirklicht werden sollte und es, um dieses Abkommensziel nicht zu gefährden, Rechtsprechungsänderungen des EuGH, die nach dem Stichtag des Art. 16 Abs. 2 FZA ergingen, in angemessener Weise in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen werde²⁶³. Dies gelte allerdings nur, soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreife²⁶⁴. Da zudem der EuGH nicht dazu berufen sei, für die Schweiz verbindlich über die Auslegung des Abkommens zu entscheiden, sei es dem Bundesgericht nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung zu gelangen²⁶⁵. Dies werde es allerdings mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun²⁶⁶. Sodann prüfte das Bundesgericht, ob die geänderte Rechtsprechung des EuGH auf eine nachträgliche – und somit für die Schweiz unverbindliche – Änderung der Rechtslage zurückzuführen war oder ob es sich um eine Neuentwicklung der Rechtsprechung handelte²⁶⁷. Nachdem es letzteres bejahte und die Rechtsprechung des EuGH inhaltlich würdigte, schloss es sich dieser geänderten Rechtsprechung an²⁶⁸.

261 Bundesgericht, Urteil v. 29. September 2009, Rs. 2C_196/2009, BGE 136 II 5.

262 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 261), E. 3.4.

263 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 261), E. 3.4.

264 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 261), E. 3.4.

265 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 261), E. 3.4.

266 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 261), E. 3.4.

267 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 261), E. 3.6.

268 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 261), E. 3.7.

Urteil vom 5. Januar 2010, Familiennachzug III

Im dritten Urteil zum Familiennachzug²⁶⁹ griff das Bundesgericht die in Familiennachzug II aufgestellten Grundsätze auf²⁷⁰. Zunächst stellte es fest, dass die zu beurteilende Rechtsfrage vom EuGH im Urteil Baumbast²⁷¹ bereits entschieden worden sei, es sich jedoch um ein nach Abschluss des Freizügigkeitsabkommens ergangenes Urteil handle, das als solches für die Schweiz nicht verbindlich sei²⁷². Es wendete das Urteil dennoch an²⁷³ und begründete dies damit, dass das Urteil die für das Freizügigkeitsabkommen maßgeblichen Bestimmungen auslege²⁷⁴. Zudem habe der EuGH bereits vor dem Stichtag des Art. 16 Abs. 2 FZA entschieden, dass die in Frage stehende Regelung weit auszulegen sei, wenn er dabei auch nicht die Streitgegenständliche Rechtsfrage entschieden habe; das Urteil Baumbast führe diese Rechtsprechung gewissermaßen fort²⁷⁵.

Urteil vom 22. März 2013, Aufenthaltsrecht

Im Urteil vom 22. März 2013²⁷⁶ schränkte das Bundesgericht die in den Nachzugsfällen entwickelte Selbstbindung an die nachgelagerte EuGH-Rechtsprechung wieder ein²⁷⁷. Es führte aus, dass die Vertragsstaaten gemäß Art. 16 Abs. 1 FZA übereingekommen seien, in den vom Freizügigkeitsabkommen erfassten Bereichen alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um eine dem Unionsrecht möglichst parallele Rechtslage herzustellen²⁷⁸. Daher weiche es in seiner Rechtsprechung von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher

269 Bundesgericht, Urteil v. 5. Januar 2010, Rs. 2C_269/2009, BGE 136 II 65.

270 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 269), E. 3.1.

271 EuGH, Urteil v. 17. September 2002, Rs. C-413/99.

272 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 269), E. 4.1.

273 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 269), E. 4.6.

274 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 269), E. 4.3.

275 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 269), E. 3.4, 4.3.

276 Bundesgericht, Urteil v. 22. März 2013, Rs. 2C_65/2012, Aufenthaltsrecht, BGE 139 II 393.

277 Bereits in einem früheren Urteil des Bundesgerichts klingt ein weniger weitgehender Ansatz an. Dort führt es aus, „später ergangene Urteile sind heranzuziehen, sofern sie sich darauf beschränken, bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen und ohne neue Elemente auf einen gleichartigen Fall anzuwenden“, vgl. Bundesgericht, Urteil v. 26. April 2012, Rs. 9C_728/2011, BGE 138 V 258, E. 3.3.2.

278 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 276), E. 4.1.1.

Bestimmungen durch den EuGH nicht leichthin, sondern nur beim Vorliegen „triftiger“ Gründe ab²⁷⁹. Bezüglich „neuer“ Entwicklungen bestehe nach Art. 16 Abs. 2 FZA jedoch keine Befolgungspflicht, sondern höchstens ein Beachtungsgebot in dem Sinn, dass diese Entwicklungen zwar einerseits nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, andererseits aber aus der Sicht der Vertragspartner nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürften²⁸⁰. Denn dafür seien im Freizügigkeitsabkommen die Verfahren gemäß Art. 17 „Entwicklung des Rechts“ und Art. 18 „Revision“ vorgesehen. Der Schweizer Richter müsse daher die Tragweite der neuen Rechtsprechung des EuGH jeweils auf dem Stand des 1999 übernommenen „Acquis communautaire“ würdigen und auslegungsweise klären, ob deren Gehalt (noch) dem Regelungsgegenstand des an sich statisch ausgestalteten Freizügigkeitsabkommen entspreche oder ausschließlicher Teil der dynamischen Weiterbildung des Unionsrechts seit dem 21. Juni 1999 sei und den Rahmen des FZA damit sprengt²⁸¹.

Zusammenfassung

In den Familiennachzugsfällen betonte das Bundesgericht, dass es nicht zur Anwendung der nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung verpflichtet sei. Es erlegte sich jedoch eine Art Selbstverpflichtung zur Beachtung dieser Rechtsprechung auf. Später konkretisierte es seine Selbstverpflichtung und stellte klar, dass diese sich nur auf solche der „neuen“ EuGH-Urteile erstreckt, die den durch das Freizügigkeitsabkommen gesteckten Rahmen nicht verließen, da Vertragsänderungen grundsätzlich Sache der Vertragsparteien seien. Mittlerweile führt es regelmäßig aus, dass es „praxisgemäß“ von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum „nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen ‚triftiger‘ Gründe“ abweicht²⁸².

279 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 276), E. 4.1.1.

280 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 276), E. 4.1.1.

281 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 276), E. 4.1.1.

282 Bundesgericht, Urteil v. 4. September 2014, Rs. 2C_772/2013, BGE 140 II 460, E. 4.1; Bundesgericht, Urteil v. 23. Juni 2014, Rs. 2C_348/2013, 2C_349/2013, Rentenversicherung II, BGE 140 II 364, E. 5.3; Bundesgericht, Urteil v. 23. Februar 2014,

3.2.3.2 Insbesondere: Steuerliche Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens

Das Schweizer Bundesgericht entschied mit „Quellensteuer I“ bereits drei Jahre vor dem EuGH seinen Fall Ettwein. Danach bot sich dem Bundesgericht noch weitere Male die Gelegenheit, zu den Auswirkungen des Freizügigkeitsabkommens auf das Schweizer Steuerrecht Stellung zu nehmen. Die entsprechenden Urteile werden nachfolgend vorgestellt.

Urteil vom 26. Januar 2010, Quellensteuer I

In Quellensteuer I²⁸³ ging es um einen Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Frankreich, der 95 % seiner Einkünfte in der Schweiz erwirtschaftete. Mit diesen Einkünften war er in der Schweiz quellensteuerpflichtig. Anders als im normalen Besteuerungsverfahren konnte der Kläger im Rahmen der Quellenbesteuerung bestimmte Aufwendungen nicht von der Bemessungsgrundlage abziehen.

Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob dies gegen die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens verstieß. In seinem Urteil nahm es das Ergebnis des EuGH in Ettwein bereits vorweg – wenn auch mit teilweise anderer Begründung. So führte es aus, dass Art. 2 FZA in Art. 18 AEUV sowie Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA in Art. 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ihre Entsprechung fänden und folglich die einschlägige Rechtsprechung des EuGH bis zum Abschluss des Freizügigkeitsabkommens heranzuziehen sei²⁸⁴. Konkret berief sich das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auf die Urteile Biehl²⁸⁵, Schumacker²⁸⁶, Wielockx²⁸⁷ und Asscher²⁸⁸, die alle vor Abschluss des Freizügigkeitsabkommens – aber auch auf Gschwind²⁸⁹ und Zurstras-

Rs. 2C_757/2013, E. 3.3; Bundesgericht, Urteil v. 31. Januar 2014, Rs. 2C_187/2013, BGE 140 II 112, E. 3.2.

283 Bundesgericht, Urteil v. 26. Januar 2010, Rs. 2C_319/2009, 2C_321/2009, BGE 136 II 241, dazu Oesterheld, IFF Forum für Steuerrecht 2010, S. 211 ff.

284 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 283), E. 12.

285 EuGH, Urteil v. 8. Mai 1990, Rs. C-175/88.

286 EuGH, Urteil v. 14. Februar 1995, Rs. C-279/93.

287 EuGH, Urteil v. 11. August 1995, Rs. C-80/94.

288 EuGH, Urteil v. 27. Juni 1996, Rs. C-107/94.

289 EuGH, Urteil v. 14. September 1999, Rs. C-391/97.

sen²⁹⁰, die danach ergangen waren²⁹¹. Aus dieser Rechtsprechung folge, so das Bundesgericht, dass sich aus Art. 2 und Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA auch Ansprüche gegen den Herkunftsstaat ergeben könnten, wenn ein Staatsangehöriger eines Vertragsstaats von den Rechten aus dem Freizügigkeitsabkommen und seiner Anhänge Gebrauch gemacht habe²⁹². Da der Kläger mit seinem Umzug nach Frankreich sein Recht nach Art. 24 Anhang I FZA ausgeübt habe, könne er sich folglich auf Art. 2 und Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA gegenüber der Schweiz berufen²⁹³. Denn er befinde sich gegenüber der Schweiz in der gleichen Situation wie andere Personen, die von ihren Rechten aus dem Freizügigkeitsabkommen Gebrauch gemacht hätten²⁹⁴. Folglich müsse seine persönliche und familiäre Situation im Tätigkeitsstaat steuerlich berücksichtigt werden, wenn er dort den wesentlichen Teil seiner Einkünfte erziele²⁹⁵. Zwar seien die Beschränkungen des Art. 21 FZA zu beachten²⁹⁶. Diese griffen jedoch wiederum die Rechtsprechung des EuGH auf und führten daher nicht zu einem anderen Ergebnis²⁹⁷. Die schweizerische Regelung verstoße daher gegen Art. 2 FZA und Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA.

Urteil vom 23. November 2010, Quellensteuer II

Ebenfalls im Jahr 2010 hatte das Bundesgericht erneut über die Vereinbarkeit der beschränkten Abzugsmöglichkeiten im Rahmen der Quellenbesteuerung mit dem Freizügigkeitsabkommen zu entscheiden²⁹⁸. In Quellensteuer II beantragte der Kläger im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens die Nichtigerklärung bestimmter kantonaler Regelungen, aus denen sich die beschränkte Abzugsmöglichkeit ergab. Zwar stellte das Bundesgericht unter Hinweis auf Quellensteuer

290 EuGH, Urteil v. 16. Mai 2000, Rs. C-87/99.

291 Bundesgericht, Urteil v. 26. Januar 2010, Rs. 2C_319/2009, 2C_321/2009, Quellensteuer I, BGE 136 II 241, E. 11.3.

292 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 291), E. 11.3.

293 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 291), E. 11.4.

294 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 291), E. 11.4.

295 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 291), E. 13.3.

296 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 291), E. 14.

297 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 291), E. 14.1 ff.

298 Bundesgericht, Urteil v. 23. November 2010, Rs. 2C_21/2010, Quellensteuer II.

I erneut einen Verstoß gegen das Freizügigkeitsabkommen fest²⁹⁹. Dennoch sah es von einer Nichtigkeitsklärung der kantonalen Bestimmungen ab und begründete dies damit, dass die kantonale Steuerverwaltung auf Antrag die entsprechenden Kosten anerkenne³⁰⁰.

Urteil vom 21. März 2011, Rentenversicherung I

Im ersten Urteil zur Rentenversicherung³⁰¹ wehrte sich der Kläger, ein österreichischer Staatsangehöriger, der in der Schweiz ansässig und dort im streitigen Veranlagungszeitraum Arbeitnehmer gewesen war, dagegen, dass seine von der Deutschen Rentenversicherung bezogene Rente in der Schweiz voll besteuert wurde, während die im gleichen Jahr erbrachten Einkaufsbeträge in diese Versicherung jedoch steuerlich unberücksichtigt blieben.

Nach Ansicht des Bundesgerichts war die Besteuerung der Rentenbezüge zu Recht erfolgt, allerdings hätten auch die Einkaufsbeträge steuerlich Berücksichtigung finden müssen³⁰². Dies begründete das Bundesgericht zum einen damit, dass die Einkaufsbeträge bereits aus Sicht des Schweizer Steuerrechts voll abziehbar seien³⁰³. Zum anderen berief es sich auf das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 2 FZA sowie das steuerliche Gleichbehandlungsgebot für Arbeitnehmer gemäß Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, ohne dabei jedoch auf die EuGH-Rechtsprechung zu rekurrieren. Dabei führte es aus, es liege eine gegen diese Bestimmungen verstoßende indirekte Diskriminierung vor, wenn der Einkauf in eine ausländische Vorsorgeeinrichtung steuerlich anders behandelt werde, als der Einkauf in eine entsprechende schweizerische Einrichtung³⁰⁴.

299 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 298), E. 4.3.1.

300 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 298), E. 4.3.2, 4.4.

301 Bundesgericht, Urteil v. 21. März 2011, Rs. 2C_530/2010, Rentenversicherung I.

302 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 301), E. 4.1.

303 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 301), E. 3.3.5.

304 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 301), E. 3.4.2.

Urteil vom 23. Januar 2014, Schuldzinsen

Im Urteil vom 23. Januar 2014³⁰⁵ entschied das Bundesgericht zum einen, dass ein Schuldzinsenüberschuss für einen Zweitwohnsitz in Frankreich zwar bei der Bestimmung des Steuersatzes der Direkten Bundessteuer zu berücksichtigen sei, er jedoch als Auslandsverlust gemäß Art. 6 Abs. 3 Satz 3 DBG nicht bei der Bemessungsgrundlage in Abzug gebracht werden könne³⁰⁶. Zum anderen stellte es fest, dass darin kein Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote des Freizügigkeitsabkommens in Art. 2, Art. 9 Abs. 2 Anhang I bzw. Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA liege³⁰⁷.

Geklagt hatte ein französisches Ehepaar, das in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtig war und dort wohl auch einer Erwerbstätigkeit nachging. Die Kläger hatten sich auf eine ganze Reihe steuerlicher EuGH-Urteile berufen³⁰⁸. Das Bundesgericht sah diese jedoch als nicht einschlägig an, da bei den Klägern nicht die Situation gegeben sei, dass sie von ihrem Ansässigkeitsstaat aufgrund einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Staat steuerlich diskriminiert werden³⁰⁹.

Ob die Diskriminierungsverbote des Abkommens auch als Beschränkungsverbote zu verstehen sind, d.h. unterschiedslos anwendbare Maßnahmen verbieten, wenn diese geeignet sind, die Freizügigkeit zu behindern, ließ das Bundesgericht offen³¹⁰. Die entsprechende steuerliche EuGH-Rechtsprechung sei nicht einschlägig, da es im vorliegenden Fall nicht um die Erbringung von Dienstleistungen gehe und die Unionsbürgerschaft keinen Niederschlag im Freizügigkeitsabkommen gefunden habe³¹¹. Schließlich behindere Art. 6 Abs. 3 Satz 3 DBG nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt, sondern beschränke vielmehr die

305 Bundesgericht, Urteil v. 23. Januar 2014, Rs. 2C_960/2012, 2C_961/2012, BGE 140 II 141.

306 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 305), E. 5.3.

307 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 305), E. 7.2.3.

308 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 305), E. 6.

309 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 305), E. 7.1.2.

310 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 305), E. 7.2.3.

311 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 305), E. 7.2.3.

Steuerkompetenz der Schweiz³¹². Wenn überhaupt, sei die Regelung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverkehrsfreiheit problematisch; diese werde im Freizügigkeitsabkommen jedoch nicht garantiert³¹³.

Urteil vom 29. Januar 2014, Quellensteuer III

Gegenstand des Urteils Quellensteuer III³¹⁴ war erneut eine Besonderheit des Schweizer Quellensteuerregimes. Dieses sieht im Falle eines unterjährigen Wohnsitzwechsels in einen anderen Kanton die Aufteilung des Besteuerungsrechts zwischen den jeweiligen Kantonen vor. Im Gegensatz dazu kommt bei ordentlich veranlagten Steuerpflichtigen allein der Kanton zum Zuge, in dem der Steuerpflichtige am Ende der Steuerperiode seinen Wohnsitz hat. Der Kläger, ein deutscher Staatsangehöriger, fühlte sich aufgrund dieser Regelung diskriminiert. Er war am Jahresende vom Kanton St. Gallen in den Kanton Schwyz gezogen. Da er der Quellensteuer unterlag, traf ihn dennoch die im Schweizer Vergleich hohe St. Gallische Steuerlast, während er bei ordentlicher Veranlagung von der günstigen Schwyzer Besteuerung profitiert hätte.

In der Entscheidung referierte das Bundesgericht zunächst die aus der Personenfreizügigkeit nach der EuGH-Rechtsprechung folgenden steuerlichen Vorgaben, wobei es neue EuGH-Rechtsprechung mit einbezog³¹⁵. Sodann führte es aus, dass das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 2 FZA zwar Art. 18 AEUV entspreche, sich jedoch nur auf die im Freizügigkeitsabkommen erfassten Gegenstände beziehe³¹⁶. U.a. mit Hinweis auf Grimme sowie Hengartner und Gasser, d.h. Urteile des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen, führte es weiter aus, dass die Schweiz gerade nicht dem Binnenmarkt beigetreten sei, mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollten, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen³¹⁷.

312 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 305), E. 7.2.3.

313 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 305), E. 7.2.3.

314 Bundesgericht, Urteil v. 29. Januar 2014, Rs. 2C_490/2013.

315 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 4.1.

316 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 4.3.

317 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 4.3.

Daher könne auch die Binnenmarktauslegung nicht automatisch auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden³¹⁸.

Nichtsdestotrotz sei in der angegriffenen Regelung eine versteckte Diskriminierung gemäß Art. 2, Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA zu sehen³¹⁹, so dass geprüft werden müsse, ob diese gemäß Art. 21 Abs. 3 FZA gerechtfertigt sei³²⁰. Da Art. 21 Abs. 3 FZA keine gemeinschaftsrechtlichen Begriffe verwende, müsse die Bestimmung autonom unter Heranziehung völkerrechtlicher Grundsätze ausgelegt werden³²¹. Ergänzend zog das Bundesgericht dennoch ein Urteil des EuGH heran³²². Dabei kam es zu dem Ergebnis, dass die Quellensteuer als solche durch den in Art. 21 Abs. 3 FZA genannten Sicherungszweck gerechtfertigt sei, da zwischen der Schweiz und der EU im Bereich der direkten Steuern keine Amtshilferegelung bestehe³²³. Die in Frage stehende Regelung sei jedoch nicht durch das System der Quellensteuer bedingt und verstoße daher gegen das Freizügigkeitsabkommen³²⁴.

Urteil vom 23. Juni 2014, Rentenversicherung II

Auslöser des zweiten Urteils zur Rentenversicherung³²⁵ war die Klage eines Deutschen, der in der Schweiz wohnte und in Frankreich für ein deutsches Unternehmen arbeitete. Der Kläger begehrte die steuerliche Abzugsfähigkeit von freiwilligen Beiträgen an eine Schweizer Vorsorgeeinrichtung. Diese wurde ihm vom Schweizer Recht nur deswegen versagt, weil er aufgrund seiner Erwerbstätigkeit nicht der schweizerischen, sondern der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung unterstellt war.

318 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 4.4.

319 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 5.1.

320 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 5.5.

321 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 5.5.2.

322 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 5.5.2.

323 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 5.5.2.

324 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 314), E. 5.5.3 ff.

325 Bundesgericht, Urteil v. 23. Juni 2014, Rs. 2C_348/2013, 2C_349/2013, Rentenversicherung II, BGE 140 II 364.

Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob darin ein Verstoß gegen das Freizügigkeitsabkommen lag. Es wies zunächst unter Bezug auf die Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA auf die Parallelitätszielsetzung des Abkommens hin und stellte fest, dass nach Art. 16 Abs. 2 FZA die einschlägige vorvertragliche EuGH-Rechtsprechung „maßgeblich“ sei, soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden. Es weiche jedoch praxismäßig auch von der nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen nicht leichthin ab, sondern nur bei Vorliegen „triftiger“ Gründe³²⁶. Sodann führte es aus, dass Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 Anhang I FZA „materiell“ mit Art. 45 AEUV übereinstimmten und wortwörtlich der damaligen sekundärrechtlichen Freizügigkeitsverordnung entsprechen³²⁷. Allerdings könne der Kläger nicht als Arbeitnehmer im Sinne dieser Bestimmungen angesehen werden, da er in der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit nachgehe³²⁸. Dies bestätige auch der Umstand, dass es mit Art. 24 Anhang I FZA eine spezielle Bestimmung für Personen ohne Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat gebe³²⁹. Auf den Kläger könne jedoch das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäß Art. 2 FZA angewendet werden³³⁰. Dessen Anwendungsbereich sei eröffnet, da es sich beim Kläger um einen Nichterwerbstätigen im Sinne von Art. 24 Anhang I FZA handele³³¹. Eine offene Diskriminierung sei jedoch nicht gegeben, da die einschlägigen Bestimmungen des Schweizer Rechts unterschiedslos anwendbar seien³³². Zwar erfasse Art. 2 FZA auch mittelbare bzw. versteckte Diskriminierungen³³³. Eine solche liege jedoch nicht vor, da die Schweizer Bestimmungen an das Erwerbortsprinzip als ein neutrales Kriterium anknüpfen, das zudem in den gemeinsa-

326 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 5.3.

327 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 5.4.

328 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 5.4.

329 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 5.5.

330 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 6.1.

331 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 6.2.

332 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 6.2.

333 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 6.3.

men Regelungen über die Koordinierung der Sozialversicherungssysteme vorgesehen sei³³⁴.

Zusammenfassung

Das Bundesgericht geht davon aus, dass die in der EuGH-Rechtsprechung zur Personenfreizügigkeit entwickelten steuerlichen Vorgaben im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Anwendung finden, da durch Art. 2 FZA, Art. 9 Abs. 2 Anhang I und Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA das entsprechende Unionsrecht übernommen wurde. Personen, die von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht haben, dürfen daher durch steuerliche Vorschriften weder unmittelbar, noch mittelbar diskriminiert werden. Dies gilt auch für Schweizer Staatsangehörige, so dass diese sich gegenüber der Schweiz als ihrem Herkunftsstaat ebenfalls auf das Abkommen berufen können. Ob von den Diskriminierungsverboten auch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen erfasst sind, sie mithin als Beschränkungsverbote verstanden werden können, ist im steuerlichen Bereich bislang offen.

Verstöße gegen das Abkommen bejahte das Bundesgericht insbesondere bei bestimmten Sonderregelungen im Rahmen des Schweizer Quellensteuerregimes. Zum einen betraf dies den eingeschränkten Werbungskostenabzug. Gleichzeitig sah das Bundesgericht jedoch in einem weiteren Verfahren keine Notwendigkeit, die entsprechende kantonale Regelung für nichtig zu erklären und begründete dies damit, dass der volle Werbungskostenabzug auf Antrag gewährt werde. Zum anderen sah es einen Verstoß aufgrund der abweichenden und im konkreten Fall nachteiligen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Kantonen bei einem unterjährigen Wohnortwechsel. Gleichzeitig betonte es, dass die Quellensteuer als Instrument zur Sicherstellung der Steuer gemäß Art. 21 Abs. 3 FZA grundsätzlich zulässig sei.

Ebenfalls als unvereinbar mit dem Freizügigkeitsabkommen sah das Bundesgericht die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Ein-

³³⁴ Bundesgericht a.a.O. (Fn. 325), E. 6.4.

kaufsbeträgen in eine ausländische Vorsorgeeinrichtung und in eine Schweizer Vorsorgeeinrichtung an. Dagegen verneinte es eine indirekte Diskriminierung in einem Fall, in dem die steuerliche Abzugsfähigkeit für freiwillige Beiträge an eine Schweizer Vorsorgeeinrichtung nur deswegen nicht möglich war, weil der Steuerpflichtige nicht der Schweiz, sondern in Deutschland der gesetzlichen Rentenversicherung unterlag. Ebenso soll die Nichtabzugsfähigkeit von Schuldzinsüberschüssen, die auf eine ausländische Immobilie entfallen, mit dem Abkommen vereinbar sein.

3.3 Ergebnis und Stellungnahme

Literatur und Rechtsprechung zeigen, dass die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung beim Freizügigkeitsabkommen nicht nur eine Frage des jeweiligen Einzelfalls ist, sondern offenbar auch von bestimmten, verallgemeinerungsfähigen Voraussetzungen abhängt. So herrscht in der Literatur weitgehend Einigkeit darüber, dass die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nach Art. 16 FZA zu beurteilen ist. Mehrheitlich wird dabei von der Verbindlichkeit der vorvertraglichen und der präzisierenden nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung ausgegangen, soweit im Freizügigkeitsabkommen Unionsrecht nachgebildet wurde. Ob dies durch Verweis, wörtliche oder nur sinngemäße Übernahme des Unionsrechts erfolgt, spielt keine Rolle. Teilweise wird darauf abgestellt, ob in dem Abkommen „Konzepte“ des Unionsrechts aufgegriffen werden. Nach einer weitergehenden Ansicht soll auch die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung grundsätzlich verbindlich sein. Vereinzelt wird jedoch auch die Meinung vertreten, dass der EuGH-Rechtsprechung nach Art. 16 FZA überhaupt keine Verbindlichkeit zukommt. Eine eher untergeordnete Rolle nimmt die Frage ein, welche Bedeutung möglichen Feststellungen des Gemischten Ausschusses zur nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA zukommt. Diskutiert wird insbesondere, ob die Feststellungen Bindungswirkung für die Gerichte entfalten können. Dies wird teilweise bejaht und teilweise verneint.

Das Schweizer Bundesgericht liegt im Grunde genommen auf der Linie der Mehrheitsmeinung in der Literatur. Demgemäß geht es von der Verbindlichkeit der vorvertraglichen und wohl auch von der lediglich präzisierenden nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung aus. „Praxisgemäß“ wendet es jedoch auch die (sonstige) nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung an, allerdings ohne sich dazu nach Art. 16 FZA verpflichtet zu fühlen.

Der EuGH vertritt demgegenüber einen eher schematischen Ansatz. Er geht von der Maßgeblichkeit der Binnenmarktauslegung nach Art. 16 Abs. 1 FZA aus, wenn im Freizügigkeitsabkommen unmittelbar auf Unionsrecht verwiesen wird. Gleiches gilt nach Art. 16 Abs. 2 FZA, wenn Begriffe des Unionsrechts, wie etwa der Grundsatz der Gleichbehandlung, in dem Abkommen verwendet werden. Allerdings scheint für den EuGH keine zwingende Verbindung zwischen der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung und Art. 16 FZA zu bestehen. Denn er zieht seine Rechtsprechung auch ohne jeden Hinweis auf Art. 16 FZA heran.

Das BSG sieht Art. 16 FZA als Aufhänger für eine „integrationsfreundliche“ Auslegung. Ob diese zum Zuge kommt oder nicht, hat seiner Ansicht nach der EuGH zu entscheiden. Der BFH scheint dies anders zu sehen. Bislang legte er dem EuGH nur Fragen zum Freizügigkeitsabkommen vor, bei denen es um die Auslegung von Sekundärrecht ging, das über den Verweis in Anhang II FZA zur Anwendung kam. Dabei begründete er die Zuständigkeit des EuGH einmal mit dem „klaren Interesse der Gemeinschaft“ an der einheitlichen Auslegung in diesen Fällen und das andere Mal mit dem bloßen Hinweis auf Art. 267 S. 3 AEUV. Ansonsten entschied der BFH selbst über die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung – und lehnte sie jeweils ab. Dabei bezog er sich u.a. auf Art. 16 FZA. Auf Grundlage dieser Regelung hält er die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung bei inhaltsgleichen Regelungen nach Maßgabe der „qualitativ-zeitlichen Grenze“ in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA zwar für möglich. Wegen Polydor reicht dafür jedoch ein übereinstimmender oder ähnlicher Wortlaut allein nicht aus. Zudem kann die EuGH-Rechtsprechung, die nach Abschluss des

Abkommens ergangen ist, nur herangezogen werden, wenn dies vom Gemischten Ausschuss beschlossen wurde oder sie sich bereits zum Stichtag hinreichend konkret abgezeichnet hat.

Man mag den Eindruck gewinnen, dass die Voraussetzungen für die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung zwar teilweise unterschiedlich sind, aber im Ergebnis nicht weit auseinanderliegen. Tatsächlich werden diese Voraussetzungen jedoch von den Gerichten sehr unterschiedlich gehandhabt. Gerade das Schweizer Bundesgericht zeigte sich von Anfang an für eine weitgehend parallele Auslegung von Freizügigkeitsabkommen und Unionsrecht offen, während der EuGH – jedenfalls zu Beginn – die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung mit Hinweis auf Polydor pauschal ablehnte. Dies überrascht, hatte im Vorfeld doch gerade die EU die Schweiz zur Anpassung an das Unionsrecht gedrängt, während die Schweiz dem ablehnend gegenüber stand.

Angesichts der Interessenlage bei Abschluss des Abkommens wäre folglich eher zu erwarten gewesen, dass der EuGH die Gemeinsamkeiten zum Unionsrecht betont und das Bundesgericht die Unterschiede herausgekehrt. Beobachten lässt sich jedoch genau der umgekehrte Fall. Im Vergleich dazu entspricht der restriktive Ansatz des BFH zwar den Erwartungen, schließlich stieß die steuerliche Rechtsprechung des EuGH bei den Mitgliedstaaten von vornherein auf wenig Gegenliebe. Dennoch ist überraschend, dass sich der BFH als Gericht eines EU-Mitgliedstaats mit Blick auf die (nachvertragliche) EuGH-Rechtsprechung auf eine angebliche „Schutzwirkung“ von Art. 16 Abs. 2 FZA beruft. Insgesamt herrscht bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens somit eine verkehrte Welt – das Bundesgericht als Drittstaatsgericht sieht die EuGH-Rechtsprechung praktisch als verbindlich an, während sich die EU-Gerichte davon distanzieren.

Der EuGH beharrte jedoch nicht auf seiner Ausgangsposition. Nachdem das Bundesgericht in Familiennachzug III seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und in Quellensteuer I entschieden hatte, dass sich aus dem Freizügigkeitsabkommen Ansprüche auf steuerliche Gleich-

behandlung gegenüber dem Herkunftsstaat ergeben können, begann er in Graf und Engel, auch außerhalb des Bereichs der unmittelbaren Bezugnahme die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens der Binnenmarktauslegung anzunähern. Diese Entwicklung fand ihren bisherigen Höhepunkt in Ettwein. Darin kam der EuGH, wenn auch mit anderer Begründung, zum gleichen Ergebnis wie das Bundesgericht drei Jahre zuvor in Quellensteuer I. Fast ein Jahr nach Ettwein zeigt sich allerdings mit Quellensteuer III, dass auch das Bundesgericht seine Rechtsprechung anpasst. Während sich in der EuGH-Rechtsprechung die Annäherung des Freizügigkeitsabkommens an das Unionsrecht unter anderem dadurch manifestierte, dass die Ausführungen zur Ablehnung des EWR-Abkommens durch die Schweiz und dem daraus folgenden Hemmnis für eine einheitliche Auslegung aus den Urteilsbegründungen verschwanden, tauchten die entsprechenden Passagen plötzlich in den Urteilen des Bundesgerichts auf und dieses begann, Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, wie z.B. Art. 21 Abs. 3 FZA, autonom und nicht mehr unter Rückgriff auf die EuGH-Rechtsprechung zum Binnenmarkt auszulegen.

Diese Entwicklung zeigt, dass es offenbar sowohl für den EuGH, als auch für das Schweizer Bundesgericht nicht ohne Einfluss ist, wie sich das jeweils andere Gericht zur Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung positioniert. Ohne dass dies deutlich gemacht wird, scheinen folglich Gegenseitigkeitserwägungen – und damit Gesichtspunkte, die außerhalb des Freizügigkeitsabkommens liegen – eine Rolle zu spielen. Dies weckt Zweifel daran, ob es sich bei der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung – wie dies die Literatur nahelegt – allein um eine Frage des „richtigen“ Verständnisses von Art. 16 FZA handelt. Nicht ausgeschlossen erscheint vielmehr, dass Art. 16 FZA weniger Teil der Lösung als Ausdruck eines Problems ist, das an einer ganz anderen Stelle wurzelt. In eine ähnliche Richtung weisen die Entscheidungen der obersten deutschen Gerichte, in denen die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung teils als materielle, teils aber auch als verfahrensrechtliche Frage behandelt wird.

4 Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung

Die Gegenüberstellung der Rechtsprechung von EuGH, Schweizer Bundesgericht und den obersten deutschen Gerichten lässt Zweifel daran aufkommen, ob es sich bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung um ein Sonderproblem des Freizügigkeitsabkommens handelt, dessen Lösung in dem Abkommen selbst – und zwar in erster Linie in Art. 16 FZA – zu suchen ist. Nachfolgend soll daher untersucht werden, welche Rolle Art. 16 FZA tatsächlich spielt (Ziff. 4.1), wie man sich insbesondere die „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung, die aus Art. 16 FZA folgen soll, vorzustellen hat (Ziff. 4.1.1), und ob sich möglicherweise Schlussfolgerungen für die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung aus der Diskussion zur dynamischen Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen ziehen lassen (Ziff. 4.1.2). Die gefundenen Ergebnisse werden sodann zusammengefasst (Ziff. 4.1.3). Im Anschluss daran wird auf die Frage eingegangen, in welchen rechtsordnungsspezifischen Gesamtkontext die Problematik in der Schweiz (Ziff. 4.2) bzw. der EU (Ziff. 4.3) einzuordnen ist.

4.1 Sonderproblem des Freizügigkeitsabkommens?

Das Schweizer Bundesgericht und die Mehrheit in der Literatur gehen unter Hinweis auf Art. 16 FZA von der „Verbindlichkeit“ der vorvertraglichen und der präzisierenden nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung aus. In der Literatur wird zudem diskutiert, ob der nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung über den Gemischten Ausschuss generell zu einer verbindlichen Wirkung verholfen werden kann. Bedeutet dies, dass die EuGH-Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen angewendet werden *muss*, weil sie – unmittelbar oder mittelbar über den Gemischten Ausschuss – *verbindlich* ist?

4.1.1 „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung

4.1.1.1 Art. 16 Abs. 1 FZA

Art. 16 Abs. 1 FZA bestimmt, dass die Vertragsparteien alle erforderlichen Maßnahmen treffen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den EG-Rechtsakten, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Zwar wird die EuGH-Rechtsprechung in der Bestimmung nicht explizit genannt. Welche Rechte und Pflichten auf Grundlage der EG-Rechtsakte gelten, wird aber u.a. durch die EuGH-Rechtsprechung konkretisiert, so dass diese gewissermaßen implizit miterfasst ist.

Allerdings betrifft Art. 16 Abs. 1 FZA offenbar nicht sämtliche Fälle, in denen sich Regelungen des Freizügigkeitsabkommens am früheren Gemeinschafts- bzw. heutigem Unionsrecht orientieren, sondern nur die, in denen explizit auf Sekundärrecht verwiesen wird. Denn an den drei Stellen, an denen dies in Anhang I der Fall ist, findet sich jeweils ein ausdrücklicher Rückverweis auf Art. 16 FZA³³⁵. Zudem wird nicht nur in Art. 16 Abs. 1 FZA der Begriff der Bezugnahme verwendet, sondern auch in den Anhängen II und III. Dort wird ausdrücklich zwischen Rechtsakten differenziert, „auf die Bezug genommen wird“³³⁶, Rechtsakten, die die Vertragsparteien „berücksichtigen“³³⁷ und Rechtsakten, die die Vertragsparteien „zur Kenntnis“³³⁸ nehmen. Benesch spricht insoweit von den unterschiedlichen „Modi“ des Freizügigkeitsabkommens³³⁹.

Art. 16 Abs. 1 FZA trifft lediglich eine Regelung zum Bezugnahmebereich und lässt sich insoweit als Pendant zu Art. 1 Abs. 1 Anhang II FZA bzw. Ziff. 1 Anhang III FZA verstehen, in denen sich ähnliche Regelungen finden. Als Sonderregelung für den Bezugnahmebereich – und somit in Abhängigkeit von der Regelungstechnik – begründet

335 Vgl. Art. 4 Abs. 2 Anhang I, Art. 5 Abs. 2 Anhang I und Art. 22 Abs. 2 Satz 2 Anhang I FZA.

336 Abschnitt A Anhang II und Abschnitt A Anhang III.

337 Abschnitt B Anhang II.

338 Abschnitt C Anhang II und Abschnitt B Anhang III.

339 Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 99.

Art. 16 Abs. 1 FZA lediglich die Verpflichtung der Vertragsparteien, „alle erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie im korrespondierenden Unionsrecht gelten. Weder wird festgelegt, welche Maßnahmen das überhaupt sein sollen, noch wird konkret die Bindungswirkung der EuGH-Rechtsprechung vorgesehen. Es bleibt folglich den Vertragsparteien anheimgestellt, wie sie diese Vorgabe umsetzen. Als ausreichende Grundlage für eine unmittelbare „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung kann Art. 16 Abs. 1 FZA somit nicht verstanden werden.

4.1.1.2 Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA

Wortlaut und Systematik

Nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA wird die vorvertragliche EuGH-Rechtsprechung berücksichtigt, wenn sie einschlägig ist und im Freizügigkeitsabkommen Begriffe des Gemeinschaftsrecht herangezogen werden. Die EuGH-Rechtsprechung wird folglich lediglich „berücksichtigt“, während nach Art. 16 Abs. 1 FZA gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft „Anwendung finden“. Die unterschiedliche Terminologie innerhalb ein- und desselben Artikels scheint nicht lediglich der sprachlichen Vielfalt geschuldet, findet sich doch eine ganz ähnliche Differenzierung in den Anhängen II und III³⁴⁰.

Nach Art. 2 Abs. 1 Anhang II FZA ist den zu berücksichtigenden Rechtsakten „gebührend Rechnung“ zu tragen. Dies spricht zwar dafür, dass die EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung des Abkommens heranzuziehen, nicht jedoch, dass sie *zwingend* anzuwenden ist. Anhand von Wortlaut und Systematik lässt sich die „Verbindlichkeit“ der vorvertraglichen EuGH-Rechtsprechung somit nicht belegen.

„Europarecht sui generis“

Das vorstehende Ergebnis scheint sich jedoch kaum mit der Parallelitätszielsetzung in der Präambel vereinbaren zu lassen. Zudem widerspricht es den Verlautbarungen der Vertragsparteien in der Schlussakte,

³⁴⁰ Benesch, a.a.O. (Fn. 339).

gingen diese doch von der „Anwendung des gemeinschaftlichen Besitzstands“ aus und man sollte meinen, dass die EuGH-Rechtsprechung davon mit erfasst ist. Erwägungsgründe und Schlussakte legen folglich eine integrationsfreundliche Auslegung im Sinne einer „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung nahe, während Wortlaut und Systematik dagegen sprechen.

Die „Auslegungsregel“³⁴¹ des Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA ist somit selbst auslegungsbedürftig. Sie stellt einen vor das gleiche Problem wie all die anderen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die zwar am Unionsrecht angelehnt, gleichzeitig aber eigenständige Regelungen sind. Eine Antwort auf die Frage, wie das Abkommen zum Unionsrecht zu positionieren ist, findet sich in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA gerade nicht. Die Bestimmung gibt folglich keine Handhabe für das „Europarecht sui generis“ im Freizügigkeitsabkommen. Sie ist vielmehr selbst Teil davon.

Stare decisis

Selbst wenn man sich der Erkenntnis verschließen wollte, dass Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA nicht Teil der Lösung, sondern Teil des Problems ist, würde sich die Frage stellen, wie man sich die „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung eigentlich vorzustellen hätte. Die innerprozessuale Bindungswirkung, d.h. die Rechtskraft, kann damit kaum gemeint sein, ist diese doch in sachlicher und persönlicher Hinsicht auf den jeweiligen Streitgegenstand beschränkt. Weder ist der EuGH jedoch im Freizügigkeitsabkommen als gemeinsames Gericht vorgesehen; gemäß Art. 11 Abs. 3 FZA entscheidet bei Klagen vielmehr das „zuständige nationale Gericht“. Noch bezieht sich Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA auf die Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen; die Bestimmung betrifft vielmehr die Rechtsprechung zum Unionsrecht, d.h. zu anderen Normen als denen des Freizügigkeitsabkommens.

Am ehesten ließe sich die „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung mit der Vorstellung einer erga omnes-Wirkung erklären,

³⁴¹ Vgl. Fn. 82 (S. 28).

wie sie auf Grundlage der *stare decisis*-Doktrin in den Staaten des anglo-amerikanischen Rechtskreises gilt³⁴². Im Schweizer Recht wäre eine solche „echte“ Präjudizwirkung allerdings ein Fremdkörper, erwächst doch selbst die Rechtsprechung des Bundesgerichts gemäß Art. 61 des Gesetzes über das Bundesgericht³⁴³ „nur“ in Rechtskraft. Aus der Perspektive des Unionrechts würde es sich bei der EuGH-Rechtsprechung zwar nicht um die eines fremden Gerichts handeln. Nichtsdestotrotz würde die Selbstbindung des EuGH an seine eigene frühere Rechtsprechung zu anderen Normen ebenfalls ein *Novum* darstellen³⁴⁴. Angesichts dessen scheint eine rechtliche Verbindlichkeit der EuGH-Rechtsprechung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA kaum vorstellbar.

4.1.1.3 Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA

Da weder aus Art. 16 Abs. 1 FZA, noch aus Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA unmittelbar eine „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung folgt, stellt sich die Frage, ob sich diese *mittelbar* gemäß Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA über den Gemischten Ausschuss herstellen lässt.

Der Gemischte Ausschuss setzt sich aus weisungsabhängigen Vertretern der Vertragsparteien zusammen³⁴⁵, die nur einvernehmlich handeln können³⁴⁶. Er fungiert damit als gemeinsame Konsenserar-

³⁴² Cottier/Evtimov, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG (2002), S. 179, 199 f.

³⁴³ SR 173.110.

³⁴⁴ Der EuGH ist nicht an seine eigenen Entscheidungen gebunden, vgl. Generalanwalt La Pergola, Schlussanträge v. 12. Februar 1998, Rs. C-262/96, Sürül, Rdnr. 36; Generalanwalt Fenelly, Schlussanträge v. 6. Juni 1996, Rs. C-267/95, C-268/95, Merck und Beecham, Rdnr. 139 f. Zur Bindungswirkung von EuGH-Urteilen, vgl. Ehrlicke, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht (1997).

³⁴⁵ Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 213 f.

³⁴⁶ Art. 14 Abs. 1 Satz 3 FZA. Offenbar gilt das Einstimmigkeitserfordernis auch für Empfehlungen, vgl. Art. 9 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Gemischten Ausschusses EG-Schweiz i.d.F. des Vorschlags für den Beschluss des Rates über den Standpunkt der Gemeinschaft zu Beschluss Nr. 1/2002 des mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit eingesetzten Gemischten Ausschusses (KOM(2002) 476 endgültig), abrufbar unter <http://ec.europa.eu/>

beitungsstelle der Vertragsparteien. Ihm stehen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 FZA mit der Beschlussfassung und der Empfehlung zwei Handlungsalternativen zur Verfügung, wobei es der allgemeine Sprachgebrauch nahelegt, dass nur die Beschlussfassung, nicht aber die Empfehlung auf die Herbeiführung verbindlicher Rechtswirkungen gerichtet ist. Seine Feststellungen können als „spätere Übereinkunft der Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen“ gemäß Art. 31 Abs. 3 lit. a) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge („WÜRV“)³⁴⁷ anzusehen und damit als authentische Auslegung³⁴⁸ maßgeblich sein; hierfür sind keine besonderen Formerfordernisse zu erfüllen. Vielmehr kommt es lediglich darauf an, dass aus der Übereinkunft die Absicht der Vertragsparteien hervorgeht, sie zur Grundlage einer übereinstimmenden Auslegung machen zu wollen³⁴⁹. Zudem können die Feststellungen eine konkludente Änderung des Abkommens darstellen, die den Vertragsparteien als den Herren des Vertrages grundsätzlich jederzeit frei steht³⁵⁰.

transparency/regdoc/rep/1/2002/DE/1-2002-476-DE-F1-1.Pdf (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

³⁴⁷ Das WÜRV findet gemäß Art. 1 zwar nur für Verträge zwischen Staaten Anwendung. Für das Freizügigkeitsabkommen, dessen Vertragspartei auch die EU ist, wäre daher an sich das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisation v. 21. März 1986 einschlägig. Dieses sieht in Art. 31 bis Art. 33 gleichlautende Auslegungsregeln wie das WÜRV vor. Es ist jedoch bislang noch nicht in Kraft getreten, vgl. Internetseite der Vereinten Nationen, abrufbar unter: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en#top (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017). Das ist jedoch nicht weiter problematisch, da die Auslegungsregeln der Art. 31 bis Art. 33 WÜRV ohnehin als Völkergewohnheitsrecht angesehen werden und daher auch für solche völkerrechtliche Verträge maßgeblich sind, auf die das WÜRV selbst keine Anwendung findet, vgl. Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012, Art. 31, Rdnr. 7; Wassermeyer, in: Wassermeyer/Kaeser/Schwenke/Drüen, Doppelbesteuerung, Stand Januar 2008, Vor Art. 1 MA, Rdnr. 37.

³⁴⁸ Dörr a.a.O. (Fn. 347), Rdnr. 74.

³⁴⁹ Dörr a.a.O. (Fn. 347), Rdnr. 75.

³⁵⁰ Dörr a.a.O. (Fn. 347), Rdnr. 74.

Änderungsbefugnis

Bevor die Vertreter der Vertragsparteien „vertragsändernden“ Feststellungen des Gemischten Ausschusses im Rahmen von Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA zustimmen können, müssten jedoch die in der Rechtsordnung der jeweiligen Vertragspartei dafür vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sein. Das müssen nicht zwingend die gleichen Voraussetzungen wie für den Abschluss des Abkommens sein. In Betracht kommt z.B. ein vereinfachtes Verfahren, wenn die jeweilige Rechtsordnung die Möglichkeit einer Delegation der Änderungsbefugnis an den Gemischten Ausschuss eröffnet³⁵¹ und Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA als eine solche Kompetenzdelegation zu verstehen ist. Gegen letzteres spricht jedoch, dass dem Gemischten Ausschuss durch Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA keine Beschlusskompetenz zugewiesen wird; in der Bestimmung ist lediglich die Rede von „stellt ... fest“. Zudem wird in Art. 18 FZA, der mit „Revision“ überschrieben ist, explizit klargestellt, dass „[d]ie Änderung dieses Abkommens ... nach Abschluss der jeweiligen internen Verfahren in Kraft [tritt]“. Nur für die Änderung der Anhänge II und III gilt nach Art. 18 Satz 2 HS 2 FZA eine Ausnahme³⁵². Danach kann die Änderung dieser Anhänge unmittelbar vom Gemischten Ausschuss beschlossen werden und tritt sofort nach dessen Beschluss in Kraft. Für alle anderen Fälle – und damit auch Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA – ist daher vom „Regelfall“ auszugehen.

Auslegungsbefugnis

Was würde jedoch gelten, wenn sich der Gemischte Ausschuss im Hinblick auf die EuGH-Rechtsprechung auf einen gemeinsamen Auslegungsstandpunkt einigt, d.h. gerade nicht von einer Vertragsänderung ausgeht? Könnte man insoweit nicht argumentieren, dass ihm gemäß Art. 19 Abs. 1 FZA die Zuständigkeit übertragen wurde, über die Auslegung des Abkommens zu entscheiden und er daher auch die Kompetenz haben müsste festzulegen, was noch als Auslegung und was

351 Diese Möglichkeit besteht grundsätzlich – nach Maßgabe weiterer Voraussetzungen – im Unionsrecht (vgl. Art. 218 Abs. 7 Satz 1, Abs. 9 AEUV), im deutschen Verfassungsrecht (vgl. Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG) und im Schweizer Verfassungsrecht (Art. 166 Abs. 2 HS 2 BV).

352 Vgl. dazu Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG v. 23. Juni 1999, BBl. v. 31. August 1999, S. 6128, 6157 (Ziff. 148.3).

als Vertragsänderung zu gelten hat³⁵³? In diesem Sinne argumentieren etwa – aus Sicht des Schweizer Rechts – Wüger/Scarpelli, die sich dafür aussprechen, in den entsprechenden Befugnissen des Gemischten Ausschusses eine Übertragung der „Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Vereinbarungen über die authentische Auslegung“ des jeweiligen Bilateralen Abkommens zu sehen³⁵⁴.

Der Gemischte Ausschuss setzt sich aus Vertretern der EU-Kommission³⁵⁵ und des Schweizer Bundesrats³⁵⁶ zusammen. Es handelt sich folglich um den „verlängerten Arm“ der Exekutive der Vertragsparteien. Sein Auslegungsstandpunkt hätte daher – sei er nun vertragsändernd oder nicht – jedenfalls bindende Wirkung für die Verwaltungsbehörden der Vertragsparteien³⁵⁷. Die Frage, ob ihn die Gerichte ebenfalls zu beachten hätten, wird sich nur dann stellen, wenn die Anwendung des Auslegungsstandpunkts zu nachteiligen Ergebnissen für den Einzelnen führt. Nur in diesem Fall wird sich der Betroffene vor den Gerichten dagegen zur Wehr setzen. Gerade die EuGH-Rechtsprechung zu den steuerlichen Vorgaben der Grundfreiheiten wirkt sich jedoch im Regelfall rechtlich vorteilhaft oder jedenfalls neutral für den Einzelnen aus³⁵⁸. Nachteile bringt sie üblicherweise nur für den Fiskus mit sich. Die Frage nach der Bindungswirkung für die Gerichte dürfte sich daher kaum je stellen. Denn entweder hat eine der Vertrags-

353 Vgl. zur verwandten Problematik der (rückwirkenden) „klärenden Feststellung“ des geltenden Rechts durch den Gesetzgeber aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts, BVerfG, Beschluss v. 17. Dezember 2013, Rs. 1 BvL 5/08, BeckRS 2014, 47561.

354 Wüger/Scarpelli, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, S. 287, 315.

355 Art. 2 des Beschlusses des Rates und – bezüglich des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit – der Kommission v. 4. April 2002 über den Abschluß von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. L 114 v. 30. April 2002, S. 1 ff.

356 Vgl. Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten/Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG v. 6. September 2007, abrufbar unter: https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/publikationen_dea/Aide-m%C3%A9moire-final_fr.pdf (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

357 Aus Schweizer Perspektive „analog einer Verwaltungsverordnung“, vgl. Wüger/Scarpelli, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, S. 287, 315.

358 Die Belastung resultiert in diesen Fällen aus dem nationalen Steuerrecht und nicht aus der EuGH-Rechtsprechung.

parteien von vornherein kein Interesse daran, über den Gemischten Ausschuss für die Anwendbarkeit einer Rechtsprechung zu sorgen, die ihrem fiskalischen Interesse zuwiderläuft. Oder der davon Begünstigte hat kein Interesse daran, sich gegen die Anwendung einer solchen Feststellung zur Wehr zu setzen.

Sollte es zu einer anderen Konstellation kommen und die Gerichte hätten den Auslegungsstandpunkt des Gemischten Ausschuss als bindend hinzunehmen, stände es der Exekutive im Ergebnis offen, selbständig und ohne gerichtliche Kontrolle zu Lasten des Einzelnen über den Umfang ihrer eigenen Befugnisse zu bestimmen. Es kann jedoch nicht angehen, dass sie über den Umweg des Völkerrechts die Möglichkeit erhält, sich der Kontrolle ihres Handels zu entziehen.

Ließe sich jedoch nicht argumentieren, dass eben dies auch bei einer Kompetenzdelegation geschieht? Für die Kompetenzdelegation gelten jedoch von vornherein Grenzen³⁵⁹. Mit diesen dürfte sich die generelle Zuständigkeit des Gemischten Ausschusses zur verbindlichen Abgrenzung von Auslegung und Änderung kaum vereinbaren lassen. Hinzu kommt, dass gerade in der – wirksamen – Kompetenzdelegation die notwendige Ermächtigung für ein begrenztes legislatives Tätigwerden der Exekutive liegt. Ist keine solche Delegation gegeben, muss sich die Exekutive folglich in dem durch die Gerichte vorgegebenen

359 Im Unionsrecht scheint Art. 218 Abs. 7 Satz 1 AEUV lediglich formelle Voraussetzungen vorzusehen. Vgl. aber auch EuGH, Gutachten v. 10. April 1992, Rs. 1/92, EWR II, Rdnr. 22. Aus deutscher Perspektive BVerfG, Urteil v. 12. Juli 1994, Rs. 2 BvE 3/92, 2 BvE 5/93, 2 BvE 7/93, 2 BvE 8/93, Auslandseinsätze Bundeswehr, NJW 1994, S. 2207 ff., sowie die Parallelproblematik der Bindungswirkung von Verständigungsvereinbarungen auf der Grundlage von Doppelbesteuerungsabkommen, dazu BFH, Urteil v. 10. Juni 2015, Rs. I R 79/13, IStR 2015, 785; BFH, Urteil v. 2. September 2009, Rs. I R 111/08, DStRE 2009, S. 2235, 2237, und – u.a. – Lehner, IStR 2011, S. 733 ff.; Hummel, IStR 2011, S. 397 ff.; Ismer, IStR 2009, S. 366 ff.; Schröder, IStR 2009, S. 48 ff. Nach Schweizer Recht ist eine Kompetenzdelegation gemäß Art. 141 Abs. 1 lit. d) Ziff. 3 BV in dem Bereich ausgeschlossen, der dem fakultativen Referendum unterliegt, vgl. Wüger/Scarpelli, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, S. 287, 310. Dies ist der Fall, soweit „wichtige rechtsetzende Bestimmungen“ betroffen sind oder soweit die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen „den Erlass von Bundesgesetzen erfordert“. Zudem muss sich auch der Rahmen der Delegation aus dem Vertragstext ablesen lassen, vgl. Wüger/Scarpelli a.a.O., S. 311.

Auslegungsrahmen halten und kann diesen nicht umgekehrt in einer für die Gerichte bindenden Weise vorgeben. Im Ergebnis ist es somit nichts anderes als der Gesetzesvorbehalt, der dem Handeln der Exekutive und damit auch dem des Gemischten Ausschusses Grenzen setzt.

4.1.1.4 Zusammenfassung

Aus Art. 16 Abs. 1 FZA bzw. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA folgt weder unmittelbar die „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung, noch lässt sich diese ohne weiteres über Feststellungen des Gemischten Ausschusses nach Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA herbeiführen. Art. 16 Abs. 1 FZA bezieht sich von vornherein nur auf die Fälle, in denen im Freizügigkeitsabkommen unmittelbar auf Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht verwiesen wird und begründet insoweit die Verpflichtung der Vertragsparteien, „alle erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie im korrespondierenden Unionsrecht gelten. Weder wird jedoch festgelegt, welche Maßnahmen das überhaupt sein sollen, noch wird konkret die Bindungswirkung der EuGH-Rechtsprechung vorgesehen.

Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA wird zwar immer wieder als „Auslegungsregel“ bezeichnet, ist jedoch selbst auslegungsbedürftig. Dabei sprechen Wortlaut und Systematik gegen, Präambel und Schlussakte jedoch für ein Verständnis im Sinne einer „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA ist damit selbst „Europarecht sui generis“ und als solches ein anschauliches Beispiel für die Ambivalenz des Freizügigkeitsabkommens.

Selbst wenn man dies anders sehen wollte ist unklar, wie man sich die „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung vorzustellen hätte. Da der EuGH im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens nicht als gemeinsames Gericht vorgesehen ist und es sich bei der Rechtsprechung zum Unionsrecht, auf die sich Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA bezieht, um die Rechtsprechung zu anderen Normen als zu denen des Freizügigkeitsabkommens handelt, scheidet eine Bindungswirkung in Gestalt der Rechtskraft von vornherein aus. Jede andere Bindungswirkung – etwa eine „echte“ Präjudizwirkung – wäre sowohl aus der Per-

spektive der Schweizer Rechtsordnung, als auch der des Unionsrechts ein Fremdkörper.

Bei dem Gemischten Ausschuss handelt es sich wiederum um den „verlängerten Arm“ der Exekutive der Vertragsparteien. Seine Feststellungen nach Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA wären daher jedenfalls für die Exekutive der Vertragsparteien verbindlich. Da sich jedoch in Art. 16 Abs. 3 Satz 3 FZA, anders als in Art. 18 Satz 2 HS 2 FZA, keine Anhaltspunkte für eine Delegation der Befugnis das Abkommen zu ändern auf den Gemischten Ausschuss finden, gilt diese Verbindlichkeit nur in den durch den Gesetzesvorbehalt gezogenen Grenzen. Insbesondere Eingriffe in die Rechte des Einzelnen lassen sich daher nicht lediglich auf Feststellungen des Gemischten Ausschusses zur EuGH-Rechtsprechung stützen, wenn dies gleichzeitig auf eine Änderung des Abkommens hinauslaufen würde. Wo die Grenze zwischen Auslegung und Änderung zu verorten ist, bestimmen dabei die Gerichte und nicht der Gemischte Ausschuss.

4.1.2 Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen als Parallelproblem

Die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung weist einige Parallelen auf zu der Frage nach der Rolle der Kommentare des OECD-Steuer Ausschusses bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen („DBA“). In den OECD-Kommentaren finden sich Erläuterungen zu den jeweiligen Regelungen des OECD-Musterabkommens, wie z.B. Angaben zur Entstehungsgeschichte oder zu Zweifelsfragen³⁶⁰. In den DBA, die auf Grundlage des OECD-Musterabkommens konzipiert wurden, wird jedoch in der Regel weder auf das OECD-Musterabkommen verwiesen, noch auf die Kommentare, die zusammen mit dem Abkommen veröffentlicht werden³⁶¹. Dennoch haben insbesondere die Kommentare einen hohen Stellenwert bei der Auslegung³⁶².

³⁶⁰ Lang, ÖStZ 2006, S. 203, 204.

³⁶¹ Vgl. zu den Ausnahmen Lehner, in: Vogel/Lehner, DBA, 2015, Grundlagen, Rdnr. 124b.

³⁶² Ault, Intertax 1994, 144.

Als die OECD dazu überging, sie immer öfter zu ändern³⁶³, führte dies zu einer Diskussion darüber, ob auch Änderungen, die nach Abschluss des jeweiligen DBA erfolgt sind, bei der Auslegung berücksichtigt werden können, das DBA mithin dynamisch auszulegen ist³⁶⁴. Im Zuge dessen stellte sich die Frage, auf welcher methodischen Grundlage die Kommentare überhaupt herangezogen werden können.

Wie beim Freizügigkeitsabkommen liegt dieser Fragestellung eine Dreieckskonstellation zugrunde, die aus zwei mehr oder weniger statischen und einer dynamischen Komponente besteht. Beim Freizügigkeitsabkommen sind dies das Abkommen, das Unionsrecht als dessen Vorlage, sowie die EuGH-Rechtsprechung als Konkretisierung dieser Vorlage. Bei den DBA sind dies die jeweiligen Abkommen, das OECD-Musterabkommen als deren Vorlage sowie der OECD-Musterkommentar als Konkretisierung dieser Vorlage. Angesichts dieser Parallelen fragt sich, ob sich aus der Diskussion zu den DBA möglicherweise Schlussfolgerungen für das Freizügigkeitsabkommen ziehen lassen.

4.1.2.1 Rechtliche und methodische Grundlage

Die Auslegung von DBA als völkerrechtliche Verträge erfolgt auf Grundlage der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätzen gemäß Art. 31 ff. WÜRV³⁶⁵. Nach Art. 31 Abs. 1 WÜRV ist ein völkerrechtlicher Vertrag in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Aus Art. 31 Abs. 2 WÜRV ergibt sich, dass mit dem Zusammenhang in erster Linie der innere Zusammenhang des jeweiligen Vertrages gemeint ist, der

³⁶³ Dazu Lang, ÖStZ 2006, S. 203, 204.

³⁶⁴ Z.B. Lampert, IStR 2012, S. 513 ff.; Oesterhelt, ASA 80 (2011/2012), S. 373 ff.; Lehner, in: Vogel/Lehner, DBA, 2015, Grundlagen, Rdnr. 127 ff.; Lang, ÖStZ 2006, S. 203 ff.; Schnitger, IStR 2002, S. 407 ff.; Lang, IStR 2001, S. 536 ff.; Wassermeyer, in: Wassermeyer/Kaesler/Schwenke/Drüen, Doppelbesteuerung, Stand Januar 2008, Vor Art. 1 MA, Rdnr. 37 ff.; Prokisch, in: Vogel (Hrsg.), Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany (1998), S. 103 ff.; Lang, SWI 1995, S. 412 ff.; Ault, Intertax 1994, S. 144 ff.; Prokisch, SWI 1994, S. 52 ff. Vgl. auch BFH, Beschluss v. 11. Dezember 2013, Rs. I R 4/13, IStR 2014, S. 219, Rdnr. 15.

³⁶⁵ Lang, ÖStZ 2006, S. 203, 205.

sich aus dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen ergibt. Gemäß Art. 31 Abs. 2 und Abs. 3 WÜRV ist darüber hinaus auch der äußere Zusammenhang einzubeziehen, allerdings nur, soweit er in der beschriebenen Art und Weise Niederschlag gefunden hat. Dies ist allerdings weder bei OECD-Musterabkommen, noch bei den OECD-Kommentaren der Fall³⁶⁶. Nach Ault soll es sich bei beidem jedoch um ergänzende Auslegungsmittel i.S.v. Art. 32 WÜRV handeln³⁶⁷. Diese können herangezogen werden, um die sich unter Anwendung des Art. 31 WÜRV ergebende Bedeutung zu bestätigen oder zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Art. 31 WÜRV die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt.

Zwar werden in Art. 32 WÜRV lediglich die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsschlusses als ergänzende Auslegungsmittel genannt. Dies ist jedoch nur eine beispielhafte und damit eine nicht abschließende Aufzählung³⁶⁸. Als ergänzendes Auslegungsmittel könne der Musterkommentar, so Ault, als Nachweis bzw. Bestätigung dafür herangezogen werden, dass die Vertragsparteien einem Ausdruck eine besondere Bedeutung i.S.v. Art. 31 Abs. 4 WÜRV beilegen wollten³⁶⁹. Nach Art. 31 Abs. 4 WÜRV ist einem Ausdruck, abweichend von Art. 31 Abs. 1 WÜRV, nicht die gewöhnliche, sondern eine besondere Bedeutung beizulegen, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben.

Im Unterschied zu Ault geht Prokisch davon aus, dass die sich aus dem Musterkommentar und den sonstigen OECD-Materialien ergebende

366 Lang a.a.O. (Fn. 365), S. 206; Lehner, in: Vogel/Lehner, DBA, 2015, Grundlagen, Rdnr. 125a; Wassermeyer, in: Wassermeyer/Kaesler/Schwenke/Drüen, Doppelbesteuerung, Stand Januar 2008, Vor Art. 1 MA, Rdnr. 41.

367 Ault, Intertax 1994, S. 144, 146; zustimmend Lehner a.a.O. (Fn. 366), Rdnr. 126a; a.A. Wassermeyer a.a.O. (Fn. 366), Rdnr. 38; Prokisch, in: Vogel (Hrsg.), Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany (1998), S. 103, 105.

368 Dörr, in: Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012, Art. 32, Rdnr. 24.

369 Ault, Intertax 1994, S. 144, 146; für Art. 31 Abs. 4 WÜRV auch Lang, ÖStZ 2006, S. 203, 206; Wassermeyer, in: Wassermeyer/Kaesler/Schwenke/Drüen, Doppelbesteuerung, Stand Januar 2008, Vor Art. 1 MA, Rdnr. 44.

Bedeutung nicht als besondere Bedeutung i.S.v. Art. 31 Abs. 4 WÜRV, sondern als gewöhnliche Bedeutung i.S.v. Art. 31 Abs. 1 WÜRV zu verstehen ist³⁷⁰. Dies folge daraus, dass in internationalen DBA nicht etwa ein alltägliches Begriffsverständnis, sondern von vornherein eine „internationale Steuersprache“ zugrunde gelegt werde³⁷¹. Deren Umfang erschließe sich u.a. aus dem OECD-Musterkommentar³⁷².

4.1.2.2 Schlussfolgerungen für Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA

Zwar gehen die Ansätze von Ault und Prokisch von unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen für die Berücksichtigung der OECD-Kommentare aus. Sie stimmen jedoch darin überein, dass es sich bei den Kommentaren letztlich um Mittel handelt, anhand derer die von den Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages beabsichtigte Bedeutung einer Regelung erhellt werden kann³⁷³. Diese Erwägung lässt sich ohne weiteres auf das Freizügigkeitsabkommen und die EuGH-Rechtsprechung übertragen. Denn je ähnlicher die Regelungen des Freizügigkeitsabkommens dem damaligen Gemeinschaftsrecht sind, desto eher ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien sie wie dieses verstanden wissen wollten. Wie das Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht zu verstehen ist, ergibt sich jedoch insbesondere aus der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung³⁷⁴. Nichts anderes wird in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA zum Ausdruck gebracht³⁷⁵.

Legt man dieses Verständnis zugrunde, erklärt sich nicht nur, weshalb Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA an Begriffe des Gemeinschaftsrechts anknüpft und die EuGH-Rechtsprechung lediglich „berücksichtigt“

370 Prokisch, in: Vogel (Hrsg.), *Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany* (1998), S. 103, 105, 106; ders., *SWI 1994*, S. 52, 57, 58; zustimmend Lehner, in: Vogel/Lehner, *DBA, 2015, Grundlagen*, Rdnr. 126; ebenso Matteotti, *Intertax 2005*, S. 336, 339.

371 Prokisch, in: Vogel (Hrsg.), *Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany* (1998), S. 103, 105, 106; ders., *SWI 1994*, S. 52, 58.

372 Prokisch, in: Vogel (Hrsg.), *Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany* (1998), S. 103, 105, 106; ders., *SWI 1994*, S. 52, 58, 59.

373 Vgl. Wassermeyer, in: Wassermeyer/Kaesler/Schwenke/Drüen, *Doppelbesteuerung*, Stand Januar 2008, Vor Art. 1 MA, Rdnr. 38.

374 Lang/Lüdicke/Reich, *IStR 2008*, S. 709, 714.

375 Lang/Lüdicke/Reich a.a.O. (Fn. 374), S. 714.

wird und nicht „Anwendung findet“; es erhellt sich auch, weshalb Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA sich nur auf die vorvertragliche EuGH-Rechtsprechung bezieht. Denn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses konnten die Vertragsparteien nicht absehen, wie sich die EuGH-Rechtsprechung künftig entwickeln würde³⁷⁶. Folglich konnten sie auch kein Verständnis im Sinne einer solchen künftigen Entwicklung beabsichtigt haben³⁷⁷. Die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Vertragsschlusses erklärt sich folglich daraus, dass Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA als Ausdruck der historischen Auslegungsmethode zu verstehen ist³⁷⁸.

4.1.2.3 Parallelitätszielsetzung des Freizügigkeitsabkommens

Die historische Auslegung ist jedoch nicht die einzige Auslegungsmethode. Vielmehr steht sie neben der grammatischen, der systematischen und der teleologischen Auslegung. Dies gilt gleichermaßen im Rahmen der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze, die für das Freizügigkeitsabkommen maßgeblich sind³⁷⁹. So ist nach Art. 31 Abs. 1 WÜRV zwar die gewöhnliche Bedeutung ausschlaggebend. Diese ist jedoch „im Lichte seines [d.h. des Vertrages] Zieles und Zweckes“ zu sehen. Da das Freizügigkeitsabkommen ausweislich Präambel und Schlussakte (die, wie sich aus Art. 31 Abs. 2 WÜRV ergibt, zum Zusammenhang zählen) darauf gerichtet ist, eine möglichst parallele Rechtslage zum Unionsrecht herzustellen, spricht dies dafür, dass auch die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung Berücksichtigung finden muss. Während die historische – bzw. die auf Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA, Art. 31 Abs. 1 oder Abs. 4 WÜRV gestützte – Auslegung somit eine statische Betrachtungsweise vorgibt, spricht die teleologische – bzw. ebenfalls auf Art. 31 Abs. 1 WÜRV beruhende – Auslegung folglich für ein dynamisches Verständnis.

Hat sich die EuGH-Rechtsprechung nach Abschluss des Freizügigkeitsabkommens weiterentwickelt, stellt sich die Frage, ob auf Grundlage der teleologischen Auslegung die nachvertragliche oder auf Grund-

³⁷⁶ Im Zusammenhang mit den DBA, vgl. Lang, ÖStZ 2006, S. 203, 209.

³⁷⁷ Lang a.a.O. (Fn. 376).

³⁷⁸ „Statische Betrachtungsweise“, vgl. Lang/Lüdicke/Reich, IStR 2008, S. 709, 714.

³⁷⁹ Vgl. Fn. 347 (S. 80).

lage der historischen Auslegung die vorvertragliche EuGH-Rechtsprechung maßgeblich ist. Ausweislich der Literatur soll es in diesem Zusammenhang darauf ankommen, ob es sich um „neue“ oder um eine „lediglich präzisierende“ Rechtsprechung handelt³⁸⁰. Dadurch wird suggeriert, dass vor- und nachvertragliche Rechtsprechung in Bezug zueinander zu setzen sind. Tatsächlich ist die nachvertragliche Rechtsprechung jedoch zur jeweiligen Regelung im Freizügigkeitsabkommen in Bezug zu setzen und danach zu fragen, ob sie darin ausreichenden Rückhalt findet und damit über eine adäquate gesetzliche Legitimation verfügt oder ob dies nicht der Fall ist. Für die Berücksichtigung der nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung gilt folglich nichts anderes als für die Berücksichtigung der vorvertraglichen EuGH-Rechtsprechung. Selbst eine ganz unwesentliche Änderung der EuGH-Rechtsprechung kann somit dazu führen, dass sich diese nicht mehr heranziehen lässt, wenn dadurch der Auslegungsrahmen überschritten wird, der durch das Freizügigkeitsabkommen vorgegeben ist.

4.1.2.4 Zusammenfassung

Die Ausgangssituation beim Freizügigkeitsabkommen ist der bei DBA, die auf dem OECD-Musterabkommen beruhen, in mancherlei Hinsicht ähnlich. In beiden Fällen ist eine Dreieckskonstellation aus dem völkerrechtlichen Abkommen, dessen Vorlage und deren Konkretisierungen gegeben. Die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung findet bei den DBA gewissermaßen ihre Entsprechung in der Frage nach der dynamischen Auslegung. Dabei kann die Diskussion bei den DBA insoweit für das Freizügigkeitsabkommen fruchtbar gemacht werden, als dass sich auch die EuGH-Rechtsprechung – wie die OECD-Kommentare bei den DBA – als Mittel verstehen lässt, mit dem sich erhellen lässt, wie die Vertragsparteien Bestimmungen, die sie auf Grundlage der jeweiligen Vorlage – Gemeinschaftsrecht bzw. OECD-Musterabkommen – konzipiert haben, verstanden wissen wollten. Vor diesem Hintergrund erschließt sich, weshalb grundsätzlich nur die EuGH-Rechtsprechung bis zum Vertragsschluss, nicht

³⁸⁰ Siehe oben [Ziff. 3.1.2.2.](#) (S. 30).

hingegen die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung eine Rolle spielen kann. Nichts anderes bringt im Ergebnis Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA zum Ausdruck.

Das ist aber nur ein Aspekt. Denn im Unterschied zu den DBA, bei denen in der Regel weder auf das OECD-Musterabkommen, noch auf die OECD-Kommentare verwiesen wird, zielt das Freizügigkeitsabkommen explizit auf eine parallele Rechtslage zum Unionsrecht ab. Aus teleologischen Gründen ist daher gemäß Art. 31 Abs. 1 WÜRV (bzw. dem darin zum Ausdruck kommenden völkergewohnheitsrechtlichen Auslegungsgrundsatz) auch die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung zu berücksichtigen. Ebenso wie die vorvertragliche EuGH-Rechtsprechung kann sie jedoch nur maßgeblich sein, wenn sie ausreichenden Rückhalt in der jeweiligen Regelung findet. Ist dies der Fall, handelt es sich um lediglich präzisierende Rechtsprechung; andernfalls stellt die EuGH-Rechtsprechung ein *Aliud*³⁸¹ dar.

4.1.3 Ergebnis

Art. 16 FZA, insbesondere Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA, ist regelmäßig der Anknüpfungspunkt, wenn es um die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung auf das Freizügigkeitsabkommen geht. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Bestimmung nicht Teil der Lösung, sondern Teil des Problems ist. Zwar wird sie als „Auslegungsregel“ bezeichnet. Sie ist jedoch selbst auslegungsbedürftig. Wie bei den anderen Bestimmungen des Abkommens ist folglich auch bei Art. 16 FZA eine Entscheidung zwischen einem „integrationsfreundlichen“ und einem „autonomen“ Verständnis zu treffen. Steht diese Entscheidung einmal fest, erweist sich Art. 16 FZA fortan als Hebel für die korrespondierenden Auslegungsentscheidungen bei den anderen Bestimmungen des Abkommens. Befasst man sich jedoch einmal genauer mit der Frage, ob sich Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA „integrati-

³⁸¹ Dieser Begriff geht auf Gosch zurück, der ihn auf dem D-A-CH-Steuerkongress 2013 bei einer Fragestellung im Zusammenhang mit der dynamischen Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen verwendet hat, vgl. allgemein zum D-A-CH-Steuerkongress 2013 Geißler/Lehner/Sunde, IStR 2013, S. 641 ff.

onsfreundlich“ im Sinne einer „Verbindlichkeit“ der vorvertraglichen und der präzisierenden nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung verstehen lässt, so zeigt sich, dass dies kaum in Betracht kommt. Denn sowohl für die Schweiz als auch für die EU wäre eine solche „Verbindlichkeit“ ein Fremdkörper.

Begreift man die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nicht als Sonderproblem des Freizügigkeitsabkommens, sondern als Konsequenz aus der dem Abkommen zugrunde liegenden Dreieckskonstellation, öffnet dies die Augen dafür, dass bei der Auslegung von DBA eine ganz ähnliche Problematik gegeben ist. Vor diesem Hintergrund ergibt sich nicht nur eine einfache Erklärung für Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA. Es zeigt sich zudem, dass es sich bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung um ein Auslegungsproblem handelt, bei dem es schlicht und ergreifend darum geht, ob die freizügigkeitsrelevante EuGH-Rechtsprechung – unabhängig davon, ob sie nun vor- oder nachvertraglich ist – über eine ausreichende gesetzliche Grundlage im Freizügigkeitsabkommen verfügt oder nicht.

Das eigentliche Problem ist jedoch nicht diese Auslegungsfrage, sondern die Grundsatzentscheidung, die dahinter steht. Denn gleichzeitig mit der Auslegungsfrage gilt es für die Gerichte der Vertragsparteien zu entscheiden, welcher Einflussbereich dem Unionsrecht über das Freizügigkeitsabkommen zugestanden wird. Betrachtet man die Problematik aus diesem Blickwinkel, so wird klar, dass es bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung im Kern um die Abgrenzung der Einflussphären von Unionsrecht und nationalem Recht geht. Wirklich verstehen lässt sich die Problematik daher nicht, wenn man den Blick auf das Freizügigkeitsabkommen beschränkt. Vielmehr ist es erforderlich, sie in ihren rechtsordnungsspezifischen Gesamtkontext einzuordnen.

4.2 Europarechtskonforme Auslegung in der Schweiz

In der Schweiz wird die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nicht nur beim Freizügigkeitsabkommen diskutiert. Unter der Bezeichnung „europarechtskonforme“ bzw. „europakompatible“ Auslegung taucht die Problematik vielmehr in unterschiedlichen Bereichen auf. Dabei ist sie nicht nur bei anderen völkerrechtlichen Abkommen ein Thema, sondern auch im nationalen Recht, soweit dieses auf dem sog. „autonomen Nachvollzug“ von Unionsrecht beruht. Sie zieht sich damit gewissermaßen quer durch die Schweizer Rechtsordnung.

4.2.1 Bundesgericht

4.2.1.1 Bilaterale Übernahme von Unionsrecht

Das Freizügigkeitsabkommen ist nicht der einzige völkerrechtliche Vertrag mit Geltung in der Schweiz, der Parallelen zum Unionsrecht aufweist. Ein weiteres Beispiel³⁸² bildet das Lugano-Übereinkommen³⁸³. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu dem Abkommen wird die Frage der europarechtskonformen Auslegung ganz ähnlich gehandhabt wie beim Freizügigkeitsabkommen. So bezeichnete das Bundesgericht die vor Abschluss des Lugano-Übereinkommens ergangene EuGH-Rechtsprechung zu dem damaligen gemeinschaftsrechtlichen Parallelabkommen³⁸⁴ unter Hinweis auf das Protokoll Nr. 2 des Lugano-Übereinkommens als „verbindliche Entscheidungsgrundlage“³⁸⁵. Zwischenzeitlich unterscheidet das Bundesgericht nicht

382 Vgl. dazu Furrer, SZIER 2006, S. 311, 321 f.; Probst, BJM 2004, S. 225, 241 ff.

383 Übereinkommen v. 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11), mittlerweile ersetzt durch das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12).

384 Dabei handelte es sich um das damalige Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27. September 1967 (EuGVÜ). Dieses wurde durch die Verordnung 44/2001/EWG v. 22. Dezember 2000 (EuGVO) abgelöst. Diese Verordnung wurde mittlerweile ebenfalls aufgehoben und durch die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 v. 12. Dezember 2012 (in Kraft seit 10. Januar 2015) ersetzt.

385 Bundesgericht, Urteil v. 26. September 1997, BGE 123 III 414, E. 4, vgl. dazu Probst, BJM 2004, S. 225, 242.

mehr zwischen vor- und nachvertraglicher EuGH-Rechtsprechung. Vielmehr folgt es bei der Auslegung des Lugano-Übereinkommens „nach ständiger Praxis“ der EuGH-Rechtsprechung³⁸⁶. Dabei betont es jedoch, dass diese nicht unbesehen auf das Lugano-Übereinkommen übertragen werden könne, soweit sie sich auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze stütze, die weder dem Lugano-Übereinkommen, noch den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten entnommen worden seien³⁸⁷. Nach übereinstimmender Analyse von Probst³⁸⁸ bzw. Furrer³⁸⁹ scheint ein solcher Fall jedoch kaum je vorzukommen.

4.2.1.2 Unilaterale Übernahme von Unionsrecht

Grundlegende Ausführungen zur Rolle der EuGH-Rechtsprechung im Kontext des autonomen Nachvollzugs, d.h. der unilateralen Übernahme von Unionsrecht durch die Schweiz, machte das Bundesgericht anlässlich einer – vielbeachteten³⁹⁰ – Entscheidung zur Frage der Haftung des Betriebsübernehmers für Lohnforderungen im Konkursfall³⁹¹. Darin stellte es fest, dass das EU-Recht zwar keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht entfalte, es im Falle des autonomen Nachvollzugs jedoch als „Auslegungshilfe“ beizuziehen sei³⁹². Nachvollzogenes Binnenrecht müsse „im Zweifel“ europarechtskonform ausgelegt werden³⁹³. Es sei harmonisiertes Recht und

386 Bundesgericht, Urteil v. 8. Mai 2014, Rs. 4A_740/2012, BGE 140 III 320, E. 6.1.

387 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 386).

388 Probst, BJM 2004, S. 225, 242.

389 Furrer, SZIER 2006, S. 311, 322.

390 Mit dem Urteil setzen sich u.a. auseinander Kobierski, ASA 78 (2009/2010), S. 105, 112 f.; Amstutz, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ (2006), S. 93 ff.; Furrer, SZIER 2006, S. 311, 328 f.; Probst, BJM 2004, S. 225, 253 ff.; Wiegand, in: Forstmoser/von der Crone, Hans Caspar/Weber et. al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 171, 184.

391 Bundesgericht, Urteil v. 25. März 2003, Rs. 4C.316/2002, Art. 333 OR, BGE 129 III 335, E. 6.

392 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 391); ähnlich bereits Bundesgericht, Urteil v. 19. März 1998, BGE 124 II 193, E. 6.a, „Erkenntnisquelle“; Bundesgericht, Urteil v. 7. Mai 1999, BGE 125 II 293, E. 4.e, „Auslegungshilfe“; ebenso später Bundesgericht, Urteil v. 30. April 2004, Rs. 2A.334/2003 /sng, E. 2.3: „Erkenntnisquelle und Interpretationshilfe“.

393 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 391); ebenso Bundesgericht, Urteil v. 26. November 2003, Rs. 4C.233/2003, BGE 130 III 182, E. 5.5.1.

als solches im Ergebnis – wie das Staatsvertragsrecht – Einheitsrecht³⁹⁴. Zwar sei es kein Einheitsrecht in Form von vereinheitlichtem Recht³⁹⁵. Werde jedoch die schweizerische Ordnung einer ausländischen, insbesondere der europäischen, angeglichen, sei die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulasse³⁹⁶. Ein solcher „Angleichungsspielraum“ sei im vorliegenden Fall offensichtlich gegeben und daher auch auszuschöpfen³⁹⁷. Dabei dürfe sich die Angleichung in der Rechtsanwendung nicht bloß an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt³⁹⁸. Vielmehr habe sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten³⁹⁹.

Zurückhaltender äußerte sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum Mehrwertsteuergesetz⁴⁰⁰. Zwar stehe es außer Frage, so das Bundesgericht, dass die schweizerische Verbrauchsbesteuerung durch die Mehrwertsteuer derjenigen der EG und ihrer Mitgliedstaaten angenähert werden sollte, um die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaft zu stärken⁴⁰¹. Im Zuge dessen habe sich der Verfassungsgeber bei der Ausgestaltung der Mehrwertsteuer von den Grundsätzen leiten lassen, die in den ausländischen Mehrwertsteuerordnungen Eingang gefunden haben⁴⁰². Das Umsatzsteuerrecht der EG und ihrer Mitgliedstaaten habe daher exemplarische Bedeutung für die Schweiz und bilde eine nicht zu vernachlässigende Erkenntnisquelle bei der Interpretation des schweizerischen Mehrwertsteuer-

394 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 391).

395 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 391).

396 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 391).

397 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 391). In seiner Entscheidung hatte das Bundesgericht zuvor die Solidarhaftung des Betriebsübernehmers „contra verba legis“ ausgeschlossen, vgl. E. 5.8.

398 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 391).

399 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 391).

400 Dazu Kobierski, ASA 78 (2009/2010), S. 105, 119 ff.

401 Bundesgericht, Urteil v. 19. März 1998, BGE 124 II 193, E. 6.a.

402 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 401).

rechts⁴⁰³. Es könne jedoch nicht das alleinige Argument bei der Auslegung der schweizerischen Normen bilden⁴⁰⁴. Zum einen sei die Schweiz als Nichtmitglied durch die Rechtsordnung der EG nicht gebunden⁴⁰⁵. Zum anderen sei der Verfassungsgeber selbst von den europäischen Normen abgewichen, wo ihm das sachlich richtig erschien⁴⁰⁶. Nur soweit das inländische Mehrwertsteuerrecht nicht „ausdrücklich und bewusst“ vom Richtlinienrecht der EU abweiche und einen eigenständigen Weg einschlage, könne dieses bei der Anwendung des schweizerischen Rechts fallweise als Erkenntnisquelle und Auslegungshilfe herangezogen werden⁴⁰⁷. Dabei gelte jedoch, dass das Richtlinienrecht des Rates und die EuGH-Rechtsprechung „keine präjudizierende Wirkung“ entfalten, die schweizerische Rechtsprechung mithin nicht zu binden vermögen⁴⁰⁸.

4.2.1.3 Weitere Fälle

Wie das Kodak-Urteil⁴⁰⁹ zeigt, geht das Bundesgericht nicht nur bei bilateraler oder unilateraler Übernahme des Unionsrechts auf die EuGH-Rechtsprechung ein, sondern auch in anderen Fällen. Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die Beklagte Kodak-Produkte, die sie zuvor ordnungsgemäß im englischen Markt erworben hatte, an der schweizerischen Alleinvertriebsgesellschaft vorbei in der Schweiz in den Verkehr gebracht⁴¹⁰. Streitig war, ob sie dadurch eine Patentverletzung begangen hatte⁴¹¹. Dies hing davon ab, ob im Schweizer

403 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 401).

404 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 401).

405 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 401).

406 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 401).

407 Bundesgericht, Urteil v. 27. November 2013, Rs. 2C_628/2013, E. 2.2.3; Bundesgericht, Urteil v. 13. April 2012, Rs. 2C_399/2011, BGE 138 II 251, E. 2.5.1; Bundesgericht, Urteil v. 9. Juli 2008, Rs. 2C_743/2007, E. 4.5; Bundesgericht, Urteil v. 30. April 2004, Rs. 2A.334/2003 /sng, E. 2.3.

408 Bundesgericht, Urteil v. 27. November 2013, Rs. 2C_628/2013, E. 2.2.3; ähnlich Bundesgericht, Urteil v. 13. April 2012, Rs. 2C_399/2011, BGE 138 II 251, E. 2.5.1; Bundesgericht, Urteil v. 9. Juli 2008, Rs. 2C_743/2007, E. 4.5; Bundesgericht, Urteil v. 30. April 2004, Rs. 2A.334/2003 /sng, E. 2.3.

409 Bundesgericht, Urteil v. 7. Dezember 1999, BGE 126 III 129, E. 7.c, dazu Wyss, AJP 2007, S. 717, 726 f.

410 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 409), S. 130.

411 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 409), S. 130.

Patentrecht der Grundsatz der nationalen oder der internationalen Erschöpfung zur Anwendung kommt⁴¹².

Das Bundesgericht stellte fest, dass diese Frage weder im schweizerischen, noch im für die Schweiz geltenden internationalen Recht geregelt sei und folglich eine Lücke vorliege⁴¹³. Eine sachgerechte Rechtsfindung und damit Lückenfüllung lasse sich, so das Bundesgericht, namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr „ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen“⁴¹⁴. Dies gelte besonders, wo sich vordringlich wirtschaftspolitische Fragen stellten und darauf zu achten sei, dass durch einen isolationistischen Rechtszustand weder Privilegierungen noch Diskriminierungen auf dem internationalen Markt begründet werden⁴¹⁵. Im Rahmen seiner rechtsvergleichenden Untersuchung ging das Bundesgericht sodann nicht nur – u.a. – auf die deutsche, französische, österreichische und italienische Rechtslage⁴¹⁶, sondern auch auf die EuGH-Rechtsprechung ein⁴¹⁷.

4.2.1.4 Zusammenfassung

Für das Bundesgericht spielt die EuGH-Rechtsprechung nicht nur bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens eine Rolle, sondern auch in anderen Bereichen. Zum einen zieht es die EuGH-Rechtsprechung bei anderen völkerrechtlichen Abkommen, wie etwa dem Lugano-Übereinkommen, heran. Dabei verfährt es in ähnlicher Weise wie beim Freizügigkeitsabkommen. Es sieht die EuGH-Rechtsprechung – sei sie nun vor- oder nachvertraglich – als maßgeblich an, behält sich jedoch vor, davon abzuweichen, wenn sie sich auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze stützt, die weder dem Lugano-Übereinkommen, noch den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten entnommen wurden. Von diesem „Divergenzvorbehalt“ macht es jedoch offenbar ebenso wenig Gebrauch, wie von den „triftigen Gründen“ beim Freizügigkeitsabkommen.

412 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 409), E. 1.b.

413 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 409), E. 1.b.

414 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 409), E. 4.

415 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 409), E. 4.

416 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 409), E. 7.a.

417 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 409), E. 7.b-c.

Zum anderen berücksichtigt das Bundesgericht die EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung des nationalen Rechts. Dies geschieht immer dann, wenn ein Zusammenhang zum Unionsrecht besteht. Ein solcher Zusammenhang ist nicht nur gegeben, wenn es sich bei dem nationalen Recht um autonom nachvollzogenes Unionsrecht handelt. Wie das Urteil zur Haftung des Betriebsübernehmers zeigt, reicht bereits die „Nachbarschaft“ zu autonom nachvollzogenem Unionsrecht aus. Denn in diesem Urteil ging es nicht um Art. 333 Abs. 1 OR, der im Rahmen des autonomen Nachvollzugs an das Unionsrecht angepasst worden war, sondern um Art. 333 Abs. 3 OR⁴¹⁸. Diese Bestimmung entsprach dem bisherigen Recht, führte aber durch die Änderung von Abs. 1 zu Wertungswidersprüchen, da die Ausrichtung der Norm durch die Übernahme von Unionsrecht in ihr Gegenteil verkehrt worden war⁴¹⁹. Wie Kodak schließlich zeigt, muss der Zusammenhang nicht einmal rechtlicher Natur sein, vielmehr reicht es aus, wenn ein grenzüberschreitendes – und damit ein tatsächliches – Element gegeben ist.

Anders als bei Freizügigkeitsabkommen und Lugano-Übereinkommen geht das Bundesgericht im nationalen Kontext jedoch keineswegs von der Maßgeblichkeit der EuGH-Rechtsprechung aus. Sie dient ihm vielmehr lediglich als „Auslegungshilfe“ bzw. „Inspirationsquelle“. Damit zählt sie für das Bundesgericht nicht als „alleiniges Argument“, sondern nur als eines unter mehreren Argumenten bei der Auslegung.

Die Herangehensweise des Bundesgerichts ist damit im nationalen Kontext eine andere als im internationalen Kontext. Zwar verfolgt das Bundesgericht hier wie dort einen dynamischen Ansatz, d.h. es

418 Vgl. Probst, BJM 2004, S. 225, 253 f.

419 Nach Art. 333 Abs. 1 OR in der Fassung vor der Anpassung an das Unionsrecht konnte der Betriebserwerber den Übergang der Arbeitsverhältnisse im Wege des Betriebsübergangs ablehnen und so der solidarischen Haftung für Lohnforderungen nach Art. 333 Abs. 3 OR entgehen, vgl. Bundesgericht, Urteil v. 25. März 2003, Rs. 4C.316/2002, Art. 333 OR, BGE 129 III 335, E. 5.1. Diese Möglichkeit entfiel mit der Anpassung an das Unionsrecht, so dass der Betriebserwerber nach dem nach wie vor unverändert geltenden Art. 333 Abs. 3 OR stets für die bereits fällig gewordenen Lohnforderungen haftete, vgl. Bundesgericht a.a.O., E. 5.2.

bezieht die jeweils aktuelle EuGH-Rechtsprechung in seine Erwägungen ein. Während es sich ihr jedoch bei Freizügigkeitsabkommen und Lugano-Übereinkommen regelmäßig anschließt und sie damit fast so behandelt, als wäre die Schweiz ein EU-Mitgliedstaat, misst es ihr im nationalen Kontext eher eine mit einer Kommentarstelle vergleichbare Rolle zu.

4.2.2 Literatur

In der Literatur wird, anknüpfend an die bundesgerichtliche Rechtsprechung, zwischen drei Bereichen unterschieden, in denen sich die Frage der Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung stellt⁴²⁰. *Ers*tens, der Bereich der bilateralen Rechtsvereinheitlichung; *zweitens*, der Bereich des autonomen Nachvollzugs von Unionsrecht, und *drittens*, der Bereich des sonstigen Schweizer Rechts.

Die größte Aufmerksamkeit erfährt die Frage nach der europakompatiblen Auslegung im Kontext des autonomen Nachvollzugs⁴²¹. Die bilaterale Übernahme von Unionsrecht wird dagegen als Sonderfall angesehen, für den die in den jeweiligen Abkommen vorgesehenen Spezialregelungen⁴²² bzw. eine völkerrechtliche Pflicht zur Befolgung bzw. Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung gelten⁴²³. Im Bereich des sonstigen Schweizer Rechts wird die Heranziehung der EuGH-Rechtsprechung schließlich als Folgeproblem des autonomen

420 Zu dieser Systematisierung Furrer, SZIER 2006, S. 311, 326 ff.; Probst, BJM 2004, S. 225, 239; Cottier/Dzamko/Evtimov, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, S. 357, 359 f.

421 Z.B. Oesch, in: Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz (2012), S. 13, 32 ff.; Kobierski, ASA 78 (2009/2010), S. 105 ff.; Furrer, SZIER 2006, S. 311, 328 ff.; Amstutz, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ (2006), S. 93 ff.; Amstutz, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, S. 235 ff.; Probst, BJM 2004, S. 225, 247 ff.; Cottier/Dzamko/Evtimov, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, S. 357, 360 ff.; Wiegand, in: Forstmoser/von der Crone, Hans Caspar/Weber et. al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (1999), S. 171 ff.; Bühler, AJP 1993, S. 1425 ff.

422 Jedenfalls im Hinblick auf das Freizügigkeitsabkommen (Art. 16 FZA), vgl. Cottier/Dzamko/Evtimov, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, S. 357, 379 ff.

423 Z.B. Probst, BJM 2004, S. 225, 246 f.; für einen einheitlichen Ansatz dagegen offenbar Furrer, SZIER 2006, S. 311, 329 ff.

Nachvollzugs bzw. als Phänomen allgemeiner rechtsvergleichender Betrachtungen ausgemacht⁴²⁴. Demzufolge soll die Heranziehung der EuGH-Rechtsprechung dort entweder aus systematischen Gründen oder schlicht als „Erkenntnis- und Inspirationsquelle“⁴²⁵ erfolgen.

Im Bereich des autonomen Nachvollzugs sollen die allgemeinen Auslegungsgrundsätze die methodische Grundlage für die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung bilden⁴²⁶. Nach der Ansicht von Bühler und Amstutz sind diese jedoch zu modifizieren. Bühler geht davon aus, dass der Bezugsrahmen für die Abwägungsentscheidung bei der Auslegung von nachvollzogenem Unionsrecht nicht das Schweizer Recht, sondern das Unionsrecht ist⁴²⁷. Amstutz sieht zwar die Schweizer Rechtsordnung als den maßgeblichen Bezugs- und Werterahmen an⁴²⁸. Er ist jedoch der Ansicht, dass durch den Nachvollzug von Unionsrecht ein Gebot europakompatibler Auslegung als „methodentheoretische Kollisionsnorm“ begründet wird⁴²⁹. Im Unterschied dazu geht die überwiegende Anzahl der Autoren davon aus, dass bei der Übernahme von Unionsrecht die allgemeinen Auslegungsgrundsätze Anwendung finden und damit letztlich die Eigengesetzlichkeit der Schweizer Rechtsordnung in Kauf zu nehmen ist⁴³⁰. Die mit dem autonomen Nachvollzug verfolgte Zielsetzung, das Schweizer Recht dem Unionsrecht anzugleichen, kann folglich – soweit sie tatsächlich vorliegt – eine Rolle spielen, muss dies aber nicht. Wiegand geht schließlich davon aus, dass die allgemeinen Auslegungsgrundsätze, wie sie vom Schweizer Bundesgericht gehandhabt werden, „elastisch“ genug sind, um die Übernahme der EuGH-Rechtsprechung zu erlau-

424 Vgl. ins. Probst a.a.O. (Fn. 423), S. 250.

425 Probst a.a.O. (Fn. 423).

426 Probst a.a.O. (Fn. 423), S. 246 ff.

427 Bühler, AJP 1993, S. 1425, 1430.

428 Amstutz, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ (2006), S. 93, 117 (Rdnr. 25).

429 Amstutz a.a.O. (Fn. 428).

430 Kobierski, ASA 78 (2009/2010), S. 105, 131 f.; wohl auch Furrer, SZIER 2006, S. 311, 331 ff.; Probst, BJM 2004, S. 225, 249; Cottier/Dzamko/Evtimov, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, S. 357, 391.

ben⁴³¹. Für ihn ist die Problematik der europakompatiblen Auslegung daher eher eine Frage des Wollens und nicht des Könnens und kein Anlass, sich mit grundsätzlichen Fragen wie der generellen Bedeutung des Wortlauts für die Auslegung oder den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auseinanderzusetzen⁴³².

4.2.3 Zusammenfassung

Der Blick in die Schweizer Rechtsordnung zeigt, dass die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung bzw. die europarechtskonforme Auslegung unterschiedlich gehandhabt wird, je nachdem, ob es um die Auslegung völkerrechtlicher Abkommen geht oder um die Auslegung des nationalen Rechts. Im nationalen Recht zieht das Bundesgericht zwar die jeweils aktuelle EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung von Bestimmungen heran, bei denen ein Zusammenhang mit dem Unionsrecht besteht. Dabei dient ihm die EuGH-Rechtsprechung jedoch lediglich als „Erkenntnisquelle“ bzw. „Auslegungshilfe“; sie ist damit nur eines unter mehreren Argumenten.

Im Gegensatz dazu kommt ihr bei völkerrechtlichen Abkommen wie dem Freizügigkeitsabkommen oder dem Lugano-Übereinkommen zentrale Bedeutung zu. Zwar sieht das Bundesgericht nur die vorvertragliche EuGH-Rechtsprechung als „verbindlich“ an; dennoch hält es auch die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung für maßgeblich und schließt sich ihr regelmäßig an.

In der Literatur zeichnet sich ein ähnlich zweigeteiltes Bild ab. Im nationalen Kontext wird die Eigengesetzlichkeit der Schweizer Rechtsordnung betont und die europarechtskonforme Auslegung nur bei Vorliegen eines entsprechenden Auslegungsspielraums für möglich gehalten. Beim Freizügigkeitsabkommen wird hingegen mehrheitlich ein „integrationsfreundliches“ Verständnis von Art. 16 FZA – und damit mittelbar des gesamten Abkommens – im Sinne einer „Verbind-

431 Wiegand, in: Forstmoser/von der Crone, Hans Caspar/Weber et. al. (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz* (1999), S. 171, 187 ff.

432 Wiegand a.a.O. (Fn. 431), S. 186 f.

lichkeit“ der vorvertraglichen und der präzisierenden nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung befürwortet.

4.2.4 Stellungnahme

4.2.4.1 Rechtsvereinheitlichung und Rechtsharmonisierung

Die unterschiedliche Herangehensweise bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung überrascht, ist doch die Ursache des Problems die gleiche – unabhängig davon, ob es im nationalen Recht auftritt oder in einem völkerrechtlichen Abkommen. Eine Erklärung für die unterschiedlichen Ansätze des Bundesgerichts lässt sich möglicherweise einem Schreiben des Gerichts an den Schweizer Bundesrat entnehmen⁴³³. Darin führt es Folgendes aus:

Es liegt im Interesse der Schweiz, dass die gleichen Bestimmungen im ganzen Anwendungsbereich der bilateralen Verträge das Gleiche bedeuten. Da die EU im Vergleich zur Schweiz räumlich und personell den weitaus grösseren Bereich abdeckt, entspricht es der seit Jahren etablierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, sich soweit als möglich der Rechtsauslegung des EuGH anzuschliessen.

Dies zeigt, dass es dem Bundesgericht mit seiner „integrationsfreundlichen“ Rechtsprechung bei Freizügigkeitsabkommen und Luga-no-Übereinkommen offenbar nicht in erster Linie um die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung geht, sondern vielmehr um die einheitliche Auslegung der Abkommen in der EU und der Schweiz. Anknüpfungspunkt für die bundesgerichtliche Rechtsprechung sind folglich nicht die inhaltlichen Parallelen zum Unionsrecht, sondern vielmehr die Absicht der Abstimmung mit dem EuGH als parallel zuständigem Gericht. Ein solcher Abstimmungsbedarf besteht beim autonomen Nachvollzug nicht. Denn im nationalen Kontext entsteht

⁴³³ Schreiben des Bundesgerichts v. 29. Juni 2011 betreffend „Eröffnung Meinungs-austausch zwischen dem Bundesrat und dem Bundesgericht über die Mechanismen zur Auslegung der bilateralen Abkommen Schweiz-EU“, veröffentlicht auf der Internetseite der Direktion für europäische Angelegenheiten unter „Weiterführende Informationen“, abrufbar unter <https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/verhandlungen-offenthemen/verhandlungen/institutionelle-fragen.html?lang=de> (zuletzt besucht am 11. Dezember 2017).

kein vereinheitlichtes, sondern lediglich harmonisiertes Recht. Folglich ist neben dem Bundesgericht auch kein weiteres „gleichrangiges“ Gericht vorhanden, das die gleichen Normen auslegt.

Für den „integrationsfreundlichen“ Ansatz des Bundesgerichts beim Freizügigkeitsabkommen findet sich damit eine ebenso einfache wie einleuchtende Erklärung. Offenbar ging das Bundesgericht davon aus, der EuGH werde das Abkommen ebenso verstehen wie das korrespondierende Unionsrecht. Um eine einheitliche Auslegung in der Schweiz sicherzustellen, übertrug es seinerseits die Binnenmarktauslegung. Die Erwartung an die EuGH-Rechtsprechung erfüllte sich jedoch nicht. Denn der EuGH ging offenbar davon aus, dass die Schweizer Gerichte die in den Verhandlungen zutage getretene restriktive Linie der Schweizer Verhandlungsführer weiterverfolgen und das Freizügigkeitsabkommen „autonom“ auslegen würden. Dementsprechend grenzte er das Abkommen seinerseits vom Unionsrecht ab. Beide Seiten antizipierten folglich die vermeintliche Position ihres gerichtlichen Gegenübers und erreichten damit das Gegenteil von dem, was sie eigentlich beabsichtigt hatten. Als dies im Laufe der Zeit klar wurde, begannen sie, ihre Positionen anzupassen. Der EuGH näherte das Freizügigkeitsabkommen dem Unionsrecht an und das Bundesgericht begann, das Abkommen auf Grundlage der restriktiven EuGH-Rechtsprechung vom Unionsrecht abzugrenzen.

Die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung erscheint vor diesem Hintergrund weniger als eine Rechtsfrage, als vielmehr eine Komponente in einem strategischen Spiel. Das Koordinationsproblem zwischen Bundesgericht und EuGH, das dabei zutage tritt, dürfte jedoch vorübergehender Natur sein. Denn wenn sich der EuGH der Gefolgschaft des Bundesgerichts sicher sein kann, dürfte für ihn nichts dagegen sprechen, das Freizügigkeitsabkommen dem Unionsrecht mehr und mehr anzunähern, um den Weg fortzuführen, den die EU gegenüber der Schweiz seit jeher verfolgt.

4.2.4.2 Mehrebenensystem

Der „integrationsfreundliche“ Ansatz des Bundesgerichts bei Freizügigkeitsabkommen und Lugano-Übereinkommen lässt Züge erkennen, die Ähnlichkeit mit dem von Sauer beschriebenen Kooperationsmodell⁴³⁴ haben. Sauer analysiert Konflikte zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen – sog. „Mehrebenensystemen“ – und versucht anhand der gefundenen Ergebnisse ein allgemeines Modell zur Lösung solcher Jurisdiktionskonflikte zu entwickeln⁴³⁵. Seiner Ansicht nach sind Mehrebenensystemen gegenseitige Loyalitäts- und Rücksichtnahmepflichten immanent, da ohne solche Pflichten die Funktionsfähigkeit dieser Systeme nicht gewährleistet werden kann⁴³⁶. Auf Grundlage dieser Pflichten müsse der Entscheidungsvorrang eines der Gerichte ermittelt werden⁴³⁷. Diesen hätten die anderen Gerichte als „weiche“ Bindungswirkung“ im Sinne einer „partiellen ebenenübergreifenden Rechtsprechungskonkordanz“ zu beachten⁴³⁸. Je nach Konflikttyp bedeute das, dass eine Rechtsfrage in Orientierung an der Judikatur des anderen Gerichts zu entscheiden sei oder dass sich ein Gericht aus einer bestimmten Entscheidungskompetenz ganz zurückziehen müsse⁴³⁹.

Durch die Forderung nach einem endgültigen Kompetenzrückzug unterscheidet sich das Kooperationsmodell von Sauer von den von ihm in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁴⁰ betitelten „Solange-Ansätzen“⁴⁴¹. Dabei handelt es sich ebenfalls um Kooperationsmodelle, die jedoch einen „Notfallvorbehalt“ vorsehen, nach dem der Entscheidungsvorrang des anderen Gerichts unter bestimmten Bedingungen nicht mehr akzeptiert werden muss⁴⁴².

434 Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen (2008), S. 357 f.

435 Sauer a.a.O. (Fn. 434), S. 452 ff.

436 Sauer a.a.O. (Fn. 434), S. 402 ff.

437 Sauer a.a.O. (Fn. 434), S. 452.

438 Sauer a.a.O. (Fn. 434), S. 452.

439 Sauer a.a.O. (Fn. 434), S. 527 (Ziff. 8.4).

440 BVerfGE 37, 271; 73, 339.

441 Sauer a.a.O. (Fn. 434), S. 454 f.

442 Sauer a.a.O. (Fn. 434), S. 455.

Mahlmann bezeichnet diese Ansätze als „bedingte Rechtshierarchien“ und beschreibt sie folgendermaßen⁴⁴³:

The point of such conditioned hierarchies is that the idea of a hierarchy of law is not abandoned but qualified in certain crucial respects tailored to the particular challenges posed by multilevel orders of law: A hierarchy is ascertained in principle but only if certain conditions are fulfilled. If that is not the case, the hierarchical order ceases to be effective and is replaced by a different kind of normative default system.

Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung scheint die Vorstellung einer solchen bedingten Hierarchie zugrunde zu liegen⁴⁴⁴. Demnach ist die EuGH-Rechtsprechung für das Freizügigkeitsabkommen grundsätzlich maßgeblich, d.h. dem EuGH kommt insoweit ein Entscheidungsvorrang zu. Allerdings gilt dies nur unter bestimmten Bedingungen. Voraussetzung ist, dass das Abkommen „auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift“ und keine „triftigen Gründe“ für eine abweichende Rechtsauffassung gegeben sind⁴⁴⁵. In ganz ähnlicher Weise verfährt das Bundesgericht beim Lugano-Übereinkommen⁴⁴⁶.

Die Problematik der von Sauer analysierten Jurisdiktionskonflikte⁴⁴⁷ basiert allerdings darauf, dass Gerichte unterschiedlicher Rechtsebenen, z.B. Bundesverfassungsgericht, EuGH und EGMR⁴⁴⁸, auf ein- und denselben Sachverhalt unterschiedliche Rechtsnormen anwenden oder zwar die gleichen Rechtsnormen anwenden, diese aber unter-

443 Mahlmann, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, S. 395, 396.

444 Mahlmann weist darauf hin, dass die Frage nach der Rechtshierarchie auch eine institutionelle Seite hat, soweit sie die Beziehung der konkretisierenden Gerichte betrifft, vgl. Mahlmann a.a.O. (Fn. 443), S. 410 (dort Fn. 72).

445 Bundesgericht, Urteil v. 29. September 2009, Rs. 2C_196/2009, Familiennachzug II, BGE 136 II 5, E. 3.4.

446 Voraussetzung ist dort, dass sich der EuGH nicht „massgeblich auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze stützt, die weder dem LugÜ noch den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten entnommen worden sind“, vgl. Bundesgericht, Urteil v. 8. Mai 2014, Rs. 4A_740/2012, BGE 140 III 320, E. 6.1.

447 Zu den verschiedenen Arten von Jurisdiktionskonflikten, vgl. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen (2008), S. 83 ff.

448 Zu dem „Konfliktdreieck“ dieser Gerichte bei der Grundrechtskontrolle, vgl. Sauer a.a.O. (Fn. 447), S. 261 ff.

schiedlich verstehen und sich daraus widersprechende Rechtsfolgen ergeben. Zentrales Problem ist folglich, dass für einen Sachverhalt aufgrund materieller bzw. institutioneller Überlappung verschiedener Ebenen widersprechende Handlungsanweisungen begründet werden.

Bei der bilateralen Übernahme von Unionsrecht durch die Schweiz entsteht jedoch kein derartiges Gesamtsystem. Denn weder können übernommenes und originäres Unionsrecht gleichzeitig auf ein- und denselben Sachverhalt Anwendung finden. Noch kommt die gleichzeitige Zuständigkeit von Schweizer Bundesgericht und EuGH in Betracht. Das Problem der Überlappung, das die von Sauer beschriebenen Jurisdiktionskonflikte charakterisiert, ist bei der bilateralen Übernahme von Unionsrecht folglich nicht gegeben.

Demzufolge sind auch keine Wertungswidersprüche denkbar, die die Anwendung des Kooperationsmodells rechtfertigen würden. Weicht das übernommene Unionsrecht vom originären Unionsrecht ab, ist dies kein Zeichen mangelnder Systemkohärenz, sondern vielmehr Ausdruck der Regelungshoheit der Vertragsparteien – ebenso wie es Ausdruck der Unabhängigkeit der Schweizer Rechtsordnung bzw. der Unionsrechtsordnung ist, wenn EuGH und Bundesgericht eine Regelung des Freizügigkeitsabkommens auf unterschiedliche Weise interpretieren. Anders als bei Sauer besteht das Problem somit nicht darin, dass die jeweiligen Ebenen auf ihrer Unabhängigkeit beharren und sich damit der Einordnung in ein Gesamtsystem entziehen. Vielmehr ist der umgekehrte Fall gegeben – das Bundesgericht ordnet sich ein, obwohl überhaupt kein Gesamtsystem vorhanden ist. Es wird damit gewissermaßen selbst systembildend tätig.

4.2.4.3 Schubert-Praxis

Würde das Bundesgericht das Kooperationsmodell im nationalen Kontext, d.h. bei der Auslegung autonom nachvollzogenen Unionsrechts anwenden, hätte der Schweizer Gesetzgeber jederzeit die Möglichkeit – wenn auch u.U. nur mit Wirkung für die Zukunft – einer seiner Ansicht nach zu „integrationsfreundlichen“ Rechtsprechung korrigierend entgegenzuwirken. Im völkerrechtlichen Kontext besteht

die Option unilateraler Korrekturmaßnahmen jedoch nicht ohne weiteres. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts genießen völkerrechtliche Verträge grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht, selbst wenn dieses erst nach dem völkerrechtlichen Vertrag erlassen wurde⁴⁴⁹.

Die Lex-posterior-Regel kommt im Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht nicht zur Anwendung⁴⁵⁰. Eine Ausnahme gilt nur im Rahmen der sog. „Schubert-Rechtsprechung“⁴⁵¹. Danach sieht sich das Bundesgericht im Fall eines echten Normenkonflikts zwischen nationalem Recht und Völkerrecht an späteres nationales Recht gebunden, wenn der Gesetzgeber den völkerrechtlichen Vorgaben „bewusst“ bzw. „beabsichtigt“ widersprochen hatte⁴⁵². Dies soll allerdings nur dann der Fall sein, wenn die völkerrechtlichen Aspekte und Auswirkungen bzw. der mögliche Verstoß gegen Völkerrecht anlässlich der Beratung des Bundesgesetzes eingehend thematisiert wurden⁴⁵³. Keine Anwendung findet die Schubert-Rechtsprechung bei völkerrechtlichen Abkommen, die den Schutz von Menschenrechten zum Gegenstand haben⁴⁵⁴, d.h. hier ist ein Treaty-Override ausgeschlossen. Vereinzelt wird sogar vertreten, dass Gleiches für das Freizügigkeitsabkommen in Erwägung zu ziehen ist, da dieses „grundrechtsähnliche Rechte“ vorsieht⁴⁵⁵.

Bei der bilateralen Übernahme von Unionsrecht wird das Schweizer Recht somit von zwei „bedingten Rechtshierarchien“ in die Zange genommen. Im Verhältnis zum Unionsrecht gilt das Kooperationsmodell und im Verhältnis zum Völkerrecht die Schubert-Praxis. Beides

449 Bundesgericht, Urteil v. 12. Oktober 2012, Rs. 2C_828/2011, Ausschaffungsinitiative, BGE 139 I 16, E. 5.1 m.w.N.

450 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 449).

451 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 449).

452 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 449); Bundesgericht, Urteil v. 19. September 2012, Rs. 2C_743/2011, Grenzabkommen Italien, BGE 138 II 524, E. 5.3.2.

453 Bundesgericht a.a.O. (Fn. 452), E. 5.3.2.

454 Bundesgericht, Urteil v. 12. Oktober 2012, Rs. 2C_828/2011, Ausschaffungsinitiative, BGE 139 I 16, E. 5.1; vgl. auch Ziff. 6 des Schreibens v. 29. Juni 2011 (siehe Fn. 433); mit weiteren Hinweisen.

455 Epiney, Jusletter v. 16. Dezember 2013, S. 1, 8 f. (Rdnr. 18).

zusammen führt dazu, dass die Stellung der Schweiz – wenn auch nur sektorspezifisch – der eines EU-Mitgliedstaats sehr nahekommt. Denn aufgrund des Kooperationsmodells richtet sich das Bundesgericht inhaltlich an der EuGH-Rechtsprechung aus und durch den Vorrang des Völkerrechts im Schweizer Recht bzw. die Schubert-Praxis wird sichergestellt, dass der Schweizer Gesetzgeber dies kaum mehr unilateral korrigieren kann, sondern nur noch im Einvernehmen mit den anderen Abkommensparteien. Diese dürften einem solchen Ansinnen jedoch kaum ihre Zustimmung erteilen, entspricht der Ansatz des Bundesgerichts doch genau dem, was sie sich ursprünglich vorgestellt hatten, im Verhandlungswege jedoch nicht durchsetzen konnten⁴⁵⁶.

4.2.5 Ergebnis

Aus Schweizer Perspektive ist die Problematik der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nicht auf das Freizügigkeitsabkommen beschränkt. Ihr Hauptanwendungsgebiet ist vielmehr der autonome Nachvollzug von Unionsrecht. Bundesgericht und Literatur sehen den EuGH insoweit als eine Art „persuasive authority“ an, d.h. seine Rechtsprechung bzw. die darauf basierende Binnenmarktauslegung ist zwar nicht bindend, kann aber als „Inspirationsquelle“ und „Auslegungshilfe“ herangezogen werden. Im Zuge dessen erfolgt die Abgrenzung der Einflussphären von nationalem Recht und Unionsrecht von Fall zu Fall, abhängig vom Kompatibilitätsgrad des „Europarecht sui generis“.

Anders verfährt das Bundesgericht dagegen bei Freizügigkeitsabkommen und Lugano-Übereinkommen, d.h. bei der bilateralen Übernahme von Unionsrecht. Dort wendet es die EuGH-Rechtsprechung auf Grundlage eines Kooperationsmodells regelmäßig – wenn auch unter Vorbehalt – an. Damit soll jedoch offenbar nicht sichergestellt werden, dass das jeweilige Abkommen genauso ausgelegt wird wie das Unionsrecht. Vielmehr scheint es dem Bundesgericht in erster Linie

⁴⁵⁶ Laut Benesch beabsichtigte die EG ursprünglich die Einbeziehung des EuGH als Rechtsprechungsorgan mit Zuständigkeit für das Freizügigkeitsabkommen, vgl. Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 33. Die Schweizer Seite wehrte sich allerdings dagegen, da das Schweizer Recht nicht von einem „fremden Richter“ bestimmt und beeinflusst werden sollte, vgl. Benesch a.a.O., S. 232.

darum zu gehen, dass das jeweilige Abkommen von ihm und dem EuGH auf die gleiche Weise interpretiert und damit in der Schweiz und der EU einheitlich angewendet wird. Die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung ist für das Bundesgericht bei der bilateralen Übernahme von Unionsrecht folglich nicht das eigentliche Ziel, sondern lediglich Mittel zum Zweck der einheitlichen Auslegung.

Durch das Kooperationsmodell gesteht das Bundesgericht dem EuGH dabei eine Stellung zu, als sei er als gemeinsames Gericht eingesetzt worden. Dies wurde jedoch weder von den Vertragsparteien vorgesehen, noch ist es aus Gründen der Systemkohärenz zwingend. Gerade unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung erscheint das Kooperationsmodell daher problematisch. Dies gilt umso mehr, als im Schweizer Recht grundsätzlich der Vorrang des Völkerrechts gilt und das Bundesgericht durch die Schubert-Rechtsprechung nur beschränkte Möglichkeiten für unilaterale Korrekturmaßnahmen belässt.

4.2.6 Ausblick

Insbesondere vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Freizügigkeitsabkommens mutet das Kooperationsmodell des Bundesgerichts befremdlich an, scheint es doch das im Verhandlungswege mühsam behauptete Schweizer Souveränitätsinteresse zu konterkarieren. Weder das Kooperationsmodell, noch der Vorrang des Völkerrechts konnten jedoch verhindern, dass die Uhr für das Freizügigkeitsabkommens aufgrund der angenommenen Volksinitiative „gegen die Masseneinwanderung“ tickt⁴⁵⁷. Womöglich findet sich hier auch die Erklärung für die Vorgehensweise des Bundesgerichts. Anders als der Gesetzgeber ist es nicht von direktdemokratischer Bestätigung abhängig und kann daher Vorstöße wagen, die andernfalls wenig Aussicht auf Erfolg hätten. Vielleicht ist es gerade das direktdemokratische Element in der Schweizer Bundesverfassung, das nach einem unabhängigen Gegengewicht durch die Rechtsprechung verlangt. Cottier stellt etwa in diesem Zusammenhang Folgendes fest⁴⁵⁸:

⁴⁵⁷ Siehe Ziff. 2.1.3 (S. 10 f.).

⁴⁵⁸ Cottier, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, S. 377, 385.

Swiss democracy essentially works bottom up and incrementally. It is able to deal with specific issues, but is not suitable to deal with large scale political projects, the implications of which are difficult to anticipate. There is no grand design, no binding government programme, and there is no long term thinking under the premises of Swiss democracy. This is not necessarily bad. The country is well managed, and able to take on larger projects, such as restructuring energy supplies in a sequence of steps. But it fails to anticipate long-term developments in foreign affairs and to bring them to the table.

An anderer Stelle bescheinigen Cottier et al. den Schweizer Gerichten, "immer wieder durch unmittelbare Anwendung von Staatsverträgen, namentlich im Bereich der EMRK und der Freizügigkeit ... einen für die Schweiz wegleitenden Ausgleich zwischen direktdemokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen erzielt" zu haben⁴⁵⁹. Vor diesem Hintergrund mag das Kooperationsmodell des Bundesgerichts ein Ansatz sein, dem in der Schweiz vorherrschenden Europaskeptizismus – wenigstens stellenweise – entgegenzuwirken.

4.3 Einheitliche Auslegung in der EU

Ebenso wie in der Schweiz stellt sich im Unionsrecht die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nicht nur beim Freizügigkeitsabkommen, sondern auch bei anderen völkerrechtlichen Abkommen, die sich inhaltlich am Unionsrecht anlehnen. Zudem ist die „einheitliche Auslegung“ ein Thema bei der „überschießenden Anwendung“⁴⁶⁰ von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten. Diese stellt gewissermaßen das Pendant zum autonomen Nachvollzug dar und liegt vor, wenn Mitgliedstaaten, ohne unionsrechtlich dazu verpflichtet zu sein, Regelungen im nationalen Recht vorsehen, die denen des Unionsrechts entsprechen. Vor diesem Hintergrund wird nachfol-

459 Cottier/Diebold/Kölliker et al., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union (2014), Rdnr. 116.

460 Vgl. zu diesem Begriff Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2016, Art. 267 AEUV, Rdnr. 5; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf, EU-Recht, Mai 2013, Art. 267 AEUV, Rdnr. 21.

gend zwischen der überschießenden Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen und der überschießenden Anwendung von Unionsrecht im mitgliedstaatlichen Recht unterschieden.

4.3.1 Überschießende Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen

4.3.1.1 Überblick

Es gibt – und gab – eine ganze Reihe völkerrechtlicher Abkommen, bei denen der EuGH sich mit der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung auseinanderzusetzen hatte. Seine Rechtsprechung gibt jedoch kein einheitliches Bild ab. So lehnte er in *Polydor* und *Kupferberg* die Heranziehung der Binnenmarktauslegung bei der Interpretation des Freihandelsabkommens mit Portugal ab und begründete dies mit der unterschiedlichen Zielsetzung dieses Abkommens und des EWG-Vertrages⁴⁶¹. Unter Verweis auf *Kupferberg* verneinte er auch bei der Auslegung des Freihandelsabkommens mit Österreich die Möglichkeit, auf ein zum Gemeinschaftsrecht ergangenes Urteil zurückzugreifen⁴⁶². Mit Urteil vom gleichen Tag kam er jedoch für eine andere Bestimmung des gleichen Abkommens zu einem Ergebnis, das der Rechtslage im Gemeinschaftsrecht entsprach⁴⁶³. Allerdings geschah dies im Wege einer autonomen Auslegung des Abkommens; die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung blieb dabei offen⁴⁶⁴. Ebenso sah er bei den Assoziierungsabkommen mit Polen bzw. Tschechien einmal Raum für eine Auslegung wie im Gemeinschaftsrecht⁴⁶⁵,

461 EuGH, Urteil v. 9. Februar 1982, Rs. C-270/80, *Polydor*, Rdnr. 15 ff.; EuGH, Urteil v. 26. Oktober 1982, Rs. C-104/81, *Kupferberg*, Rdnr. 30.

462 EuGH, Urteil v. 1. Juli 1993, Rs. C-312/91, *Metalsa*, Rdnr. 17, 19.

463 EuGH, Urteil v. 1. Juli 1993, Rs. C-207/91, *Eurim-Pharm*, Rdnr. 24 ff.

464 EuGH a.a.O. (Fn. 463).

465 EuGH, Urteil v. 20. November 2001, Rs. C-268/99, *Jany*, Rdnr. 38; EuGH, Urteil v. 29. Januar 2002, Rs. C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, Rdnr. 44; übereinstimmende Auslegung auch bei Bestimmungen der Freihandelsabkommen mit Schweden, EuGH, Urteil v. 16. Juli 1992, Rs. C-163/90, *Legros*, Rdnr. 26; EuGH, Urteil v. 17. Juli 1997, Rs. C-114/95, C-115/95, *Texaco*, Rdnr. 33, bzw. Norwegen, EuGH, Urteil v. 25. Mai 1993, Rs. C-228/91, *Kommission/Italien*, Rdnr. 48; bestätigt durch EuGH, Urteil v. 5. Oktober 1995, Rs. C-125/94, *Aprile*, Rdnr. 39; und des Assoziierungsabkommens mit Griechenland, EuGH, Urteil v. 29. April 1982, Rs. C-17/81, *Pabst & Richarz*, Rdnr. 26.

das andere Mal hingegen nicht⁴⁶⁶. Letzteres begründete er wiederum damit, dass die Abkommen schlicht bezweckten, einen geeigneten Rahmen für die schrittweise Integration der Assoziierungspartner zum Zwecke des späteren Beitritts zur Verfügung zu stellen, während durch den EG-Vertrag ein Binnenmarkt errichtet werde⁴⁶⁷. Das Assoziierungsabkommen mit der Türkei bzw. die auf dessen Grundlage ergangenen Beschlüsse des Assoziationsrats legte er dagegen „soweit wie möglich“ wie das Gemeinschaftsrecht aus⁴⁶⁸. Für andere Assoziierungsabkommen lehnte er diese „soweit wie möglich“-Betrachtungsweise wiederum ab⁴⁶⁹. Schließlich rekurrierte der EuGH auch beim Luftverkehrsabkommen – neben dem Freizügigkeitsabkommen eines der insgesamt sieben bilateralen Abkommen des Jahres 1999 mit der Schweiz – auf die Polydor-Grundsätze und lehnte, u.a. unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen, die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung ab⁴⁷⁰.

4.3.1.2 EWR-Abkommen

In Grimme hatte der EuGH die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung auf das Freizügigkeitsabkommen unter Hinweis auf Polydor mit dem Argument abgelehnt, dass die Schweiz das EWR-Abkommen und damit „das Vorhaben eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen mit einem einheitlichen Markt“ zurückgewiesen habe⁴⁷¹. Allerdings war das EWR-Abkommen ursprünglich selbst ein Anwendungsfall der Polydor-Rechtsprechung. So führte der EuGH im EWR I-Gut-

466 EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-63/99, Gloszczuk, Rdnr. 52; EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-257/99, Barkoci und Malik, Rdnr. 55, ebenso für das Assoziierungsabkommen mit Bulgarien, EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-235/99, Kondova, Rdnr. 55.

467 EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-257/99, Barkoci und Malik, Rdnr. 53; EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-63/99, Gloszczuk, Rdnr. 50; EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-235/99, Kondova, Rdnr. 53.

468 EuGH, Urteil v. 6. Juni 1995, Rs. C-434/93, Bozkurt, Rdnr. 20; EuGH, Urteil v. 2. März 1999, Rs. C-416/96, El-Yassini, Rdnr. 53 m.w.N. Dazu auch Hailbronner, ZAR 2011, S. 322 ff.

469 Assoziierungsabkommen mit Marokko, vgl. EuGH, Urteil v. 2. März 1999, Rs. C-416/96, El-Yassini, Rdnr. 61; Assoziierungsabkommen mit Tunesien, vgl. EuGH, Urteil v. 14. Dezember 2006, Rs. C-97/05, Gattoussi, Rdnr. 36.

470 EuGH, Urteil v. 7. März 2013, Rs. C547/10 P, Schweiz/Kommission, Rdnr. 78 ff.

471 EuGH, Urteil v. 12. November 2009, Rs. C-351/08, Rdnr. 27.

achten aus, die wörtliche Übereinstimmung der Bestimmungen des EWR-Abkommens mit den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen bedeute nicht, dass diese notwendigerweise gleich auszulegen seien⁴⁷². Ein völkerrechtlicher Vertrag wie das EWR-Abkommen sei vielmehr gemäß Art. 31 WÜRV nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes zu interpretieren⁴⁷³. Ziel und Kontext des EWR-Abkommens auf der einen und des EWG-Vertrages auf der anderen Seite seien aber unterschiedlich⁴⁷⁴. Ebenso wenig könne die Homogenität der Rechtsnormen im gesamten EWR durch Art. 6 des EWR-Abkommens gewährleistet werden⁴⁷⁵. Denn Art. 6 sehe lediglich die Maßgeblichkeit der bis zum Tag der Unterzeichnung des EWR-Abkommens ergangenen Entscheidungen des EuGH für die Auslegung des Abkommens vor. Die Rechtsprechung entwickle sich jedoch weiter und es werde sich daher nur schwer zwischen alter und neuer Rechtsprechung unterscheiden lassen⁴⁷⁶. Überdies beziehe sich Art. 6 EWR-Abkommen offenbar nicht auf wesentliche Elemente der EuGH-Rechtsprechung, wie etwa die Entscheidungen zum Anwendungsvorrang⁴⁷⁷. Denn in Protokoll Nr. 35 zum EWR-Abkommen sei die Verpflichtung der EFTA-Staaten enthalten, im Falle von Konflikten zwischen EWR-Bestimmungen und sonstigen Bestimmungen den Anwendungsvorrang der EWR-Bestimmungen nötigenfalls gesetzlich vorzusehen⁴⁷⁸.

In späteren Entscheidungen wollten jedoch weder das EuG, noch der EuGH von diesen Ausführungen noch etwas wissen. Das EuG machte in Opel Austria geltend, der EuGH habe sich lediglich auf die im Rahmen des EWR I-Gutachtens erfolgte Prüfung des EWR-Gerichtssystems bezogen und nicht auf die Frage, ob im Einzelfall eine ihrem

472 EuGH, Gutachten v. 14. Dezember 1991, Rs. 1/91, EWR I, Rdnr. 14.

473 EuGH a.a.O. (Fn. 472).

474 EuGH a.a.O. (Fn. 472), Rdnr. 15 ff.

475 EuGH a.a.O. (Fn. 472), Rdnr. 25.

476 EuGH a.a.O. (Fn. 472), Rdnr. 26.

477 EuGH a.a.O. (Fn. 472), Rdnr. 27 f.

478 EuGH a.a.O. (Fn. 472), Rdnr. 27.

wesentlichen Gehalt nach identische Bestimmung in EWR-Abkommen und Gemeinschaftsrecht in Einklang mit den Entscheidungen des EuGH und des EuG auszulegen sei⁴⁷⁹. In Ospelt und Schlössle Weissenberg stellte der EuGH fest, die möglichst umfassende Verwirklichung der Grundfreiheiten sei eines der Hauptziele des EWR-Abkommens, so dass der innerhalb des Gebietes der Gemeinschaft verwirklichte Binnenmarkt auf die EFTA-Staaten ausgeweitet werde⁴⁸⁰. Im Hinblick darauf dienen mehrere Bestimmungen des EWR-Abkommens dazu, eine möglichst einheitliche Auslegung im gesamten EWR sicherzustellen⁴⁸¹. In diesem Rahmen sei es seine Aufgabe, darüber zu wachen, dass die Vorschriften des EWR-Abkommens, die im Wesentlichen mit denen des Vertrages identisch sind, innerhalb der Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt würden⁴⁸².

4.3.1.3 Literatur

Schenkt man den Autoren Glauben, die sich mit der EuGH-Rechtsprechung auseinandergesetzt haben, so lassen sich über die Kriterien, die der EuGH zugrunde legt, lediglich Vermutungen anstellen. Ott geht etwa davon aus, dass zwischen den besonderen, dem System des EG-Rechts innewohnenden Prinzipien wie z.B. dem Vorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht, der unmittelbaren Wirkung oder aber der Francovich-Rechtsprechung auf der einen und den sonstigen Interpretationsansätzen des EuGH auf der anderen Seite unterschieden werden müsse und lediglich eine Übertragung der sonstigen Interpretationsansätze, nicht aber der Prinzipien, auf völkerrechtliche Verträge in Betracht komme⁴⁸³. Hailbronner attestiert dem EuGH, kein einheitliches und in sich konsistentes Konzept zu verfolgen⁴⁸⁴. Er mutmaßt, die Frage der Beitrittsperspektive könne eine Rolle spielen, hinterfragt aber gleichzeitig die Sinnhaftigkeit dieses Abgrenzungskriteriums⁴⁸⁵.

479 EuG, Urteil v. 22. Januar 1997, Rs. T-115/94, Rdnr. 109.

480 EuGH, Urteil v. 23. September 2003, Rs. C-452/01, Rdnr. 29.

481 EuGH a.a.O. (Fn. 480).

482 EuGH a.a.O. (Fn. 480).

483 Ott, EuZW 2000, S. 293, 297 f., unter Hinweis auf Generalanwalt Cosmas, Schlussanträge v. 19. Januar 1999, Rs. C-321/97, Andersson, Rdnr. 45, 49.

484 Hailbronner, ZAR 2011, S. 322, 325.

485 Hailbronner a.a.O. (Fn. 484).

Delli sieht die Rechtsprechung als der Rechtssicherheit abträglich an⁴⁸⁶. Sie deutet die Urteile des EuGH dahingehend, dass immer dann eine Anlehnung an das Unionsrecht erfolgt, wenn ein Kernbereich der betroffenen Freiheit berührt ist⁴⁸⁷.

4.3.1.4 Zusammenfassung

Soweit sich bei der Interpretation völkerrechtlicher Abkommen die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung stellt, betont der EuGH in der Regel die unterschiedliche Zielsetzung des jeweiligen Abkommens und des Unionsrechts. Hieraus folgert er unter Verweis auf seine *Polydor*-Entscheidung, dass selbst in den Fällen, in denen Bestimmungen den gleichen Wortlaut haben wie im Unionsrecht, diese nicht automatisch gleich ausgelegt werden könnten. Dies schließt es allerdings nicht aus, dass er dennoch im Einzelfall zu einem dem Unionsrecht entsprechenden Ergebnis kommt. Bei manchen Abkommen gilt das „*Polydor*-Verdikt“ allerdings nicht, z.B. bei dem Assoziierungsabkommen mit der Türkei bzw. den darauf beruhenden Assoziationsratsbeschlüssen. Auf diese überträgt der EuGH die Binnenmarktauslegung „soweit wie möglich“. Das EWR-Abkommen war vom EuGH im *EWR I*-Gutachten zunächst ebenfalls als *Polydor*-Fall angesehen worden. In späteren Urteilen betonte der EuGH jedoch, er „wache“ darüber, dass die Vorschriften des Abkommens, die im Wesentlichen mit Unionsrecht identisch seien, genauso ausgelegt werden wie das Unionsrecht.

4.3.2 Überschießende Anwendung von Unionsrecht im nationalen Recht der Mitgliedstaaten

4.3.2.1 Überblick

Die „überschießende Anwendung“ von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten erfolgt insbesondere, um zu verhindern, dass für rein nationale Sachverhalte etwas anderes gilt als für grenzüberschreitende Sachverhalte. In Frage steht in diesen Fällen nicht, ob eine bereits

486 Delli, *Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?* (2009), S. 185.

487 Delli a.a.O. (Fn. 486), S. 184 f., unter Verweis auf Kaddous, in: Felder/Kaddous (Hrsg.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen)* (2001), S. 77, 106 ff.

bestehende Binnenmarktauslegung auf die mitgliedstaatliche Bestimmung übertragen werden kann, sondern vielmehr, ob der EuGH einen Sachverhalt, der sich außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts abspielt, zum Anlass nehmen kann, um im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens eine Binnenmarktauslegung überhaupt erst zu entwickeln. Anders als bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen spielt sich die Fragestellung folglich nicht in einem materiellen, sondern in einem prozessualen Kontext ab. Ihr Anknüpfungspunkt ist die Auslegungszuständigkeit des EuGH als Sachentscheidungsvoraussetzung für das Vorlageverfahren.

4.3.2.2 Urteile

Urteil vom 18. Oktober 1990, Dzodzi

Frau Dzodzi, die Witwe eines belgischen Staatsangehörigen, die selbst die togolesische Staatsangehörigkeit besaß, beehrte eine Aufenthaltserlaubnis in Belgien. Frau Dzodzi und ihr Ehegatte hatten nie von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht, so dass das für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts nötige grenzüberschreitende Element fehlte und sich der Sachverhalt allein nach belgischem Recht beurteilte⁴⁸⁸. Dieses ordnete allerdings die Gleichbehandlung grenzüberschreitender und rein nationaler Sachverhalte an⁴⁸⁹. Das nationale Gericht legte dem EuGH daraufhin die Frage vor, wie der Ausgangsrechtsstreit zu entscheiden sei, wenn ein grenzüberschreitender Bezug vorhanden wäre⁴⁹⁰.

Der EuGH wies zunächst auf die Einschätzungsprärogative des mitgliedstaatlichen Gerichts hinsichtlich der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage hin⁴⁹¹ und stellte fest, dass weder dem Wortlaut, noch dem Zweck der Bestimmung zu den Vorabentscheidungsverfahren entnommen werden könne, dass solche Verfahren ausgeschlossen werden

488 Generalanwalt Darmon, Schlussanträge v. 3. Juli 1990, Rs. C-297/88, C-197/89, Dzodzi, Rdnr. 6.

489 Generalanwalt Darmon a.a.O. (Fn. 488), Rdnr. 7.

490 Generalanwalt Darmon a.a.O. (Fn. 488), Rdnr. 7.

491 EuGH, Urteil v. 18. Oktober 1990, Rs. C-297/88, C-197/89, Dzodzi, Rdnr. 34.

sollten, die eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts „in dem besonderen Fall“ betreffen, dass das nationale Recht eines Mitgliedstaats auf sie verweise, um einen rein internen Sachverhalt zu regeln⁴⁹². Es bestehe im Gegenteil für die Gemeinschaftsrechtsordnung ein „offensichtliches Interesse“ daran, dass jede Bestimmung des Gemeinschaftsrechts unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewendet werde, eine einheitliche Auslegung erhalte, damit künftige unterschiedliche Auslegungen verhindert würden⁴⁹³.

Dabei beschränke sich der EuGH darauf, aus „Buchstaben und Geist“ der betreffenden Gemeinschaftsvorschriften deren Bedeutung abzuleiten. Anschließend obliege es allein den nationalen Gerichten, die so ausgelegten Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Umstände des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits anzuwenden⁴⁹⁴. Für den EuGH bestehe bei der Verteilung der Rechtsprechungsaufgaben durch das Vorabentscheidungsverfahren keine Verpflichtung, die Umstände zu prüfen, die zu der Vorlage führten⁴⁹⁵. Etwas anderes gelte nur dann, wenn klar zutage trete, dass das Vorabentscheidungsverfahren zweckentfremdet werde⁴⁹⁶. Es sei allein Sache des nationalen Gerichts, die genaue Tragweite der Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht zu beurteilen⁴⁹⁷. Der EuGH könne in seiner Antwort an das vorlegende Gericht nicht die allgemeine Systematik der Bestimmungen des nationalen Rechts berücksichtigen, die gleichzeitig mit der Verweisung auf das Gemeinschaftsrecht deren Umfang festlegten⁴⁹⁸. Für die Berücksichtigung der Grenzen, die der nationale Gesetzgeber der Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf rein interne Sachverhalte setzen wollte, gelte daher das innerstaatliche Recht⁴⁹⁹.

492 EuGH a.a.O. (Fn. 491), Rdnr. 36.

493 EuGH a.a.O. (Fn. 491), Rdnr. 37.

494 EuGH a.a.O. (Fn. 491), Rdnr. 38.

495 EuGH a.a.O. (Fn. 491), Rdnr. 39.

496 EuGH a.a.O. (Fn. 491), Rdnr. 40.

497 EuGH a.a.O. (Fn. 491), Rdnr. 41.

498 EuGH a.a.O. (Fn. 491), Rdnr. 42.

499 EuGH a.a.O. (Fn. 491), Rdnr. 42.

Urteil vom 28. März 1995, Kleinwort Benson

In Kleinwort Benson⁵⁰⁰ verneinte der EuGH seine Auslegungszuständigkeit. Er begründete dies damit, dass das für den Ausgangsrechtsstreit geltende nationale Gesetz keine „unmittelbare und unbedingte“ Verweisung auf das in Rede stehende gemeinschaftsrechtliche Übereinkommen enthalte, sondern sich darauf beschränke, dieses als Muster zu nehmen⁵⁰¹. Zwar gebe das nationale Gesetz fast wörtlich die Bestimmungen des gemeinschaftsrechtlichen Übereinkommens wieder; sein Wortlaut weiche jedoch auch von dem des Übereinkommens ab⁵⁰². Zudem sei den Behörden gesetzlich die Möglichkeit eingeräumt, Anhänge des Gesetzes so zu ändern, dass keine Übereinstimmung mehr mit den entsprechenden Bestimmungen des gemeinschaftlichen Übereinkommens bestehe⁵⁰³.

Überdies seien die Gerichte gesetzlich nicht verpflichtet, die Auslegung des gemeinschaftlichen Übereinkommens durch den EuGH bei der Interpretation der Bestimmungen des nationalen Gesetzes „absolut und unbedingt“ anzuwenden⁵⁰⁴. Die Rechtsprechung des EuGH sei insoweit lediglich zu berücksichtigen, während das gleiche Gesetz für den Fall der Anwendbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Abkommens die zwingende Beachtung der EuGH-Rechtsprechung anordne⁵⁰⁵. Demzufolge stände es dem nationalen Gericht im ersteren Fall frei, die vom EuGH gegebene Auslegung anzuwenden oder nicht⁵⁰⁶; es sei hieran nicht gebunden⁵⁰⁷. Da aber nicht angenommen werden könne, dass die Antworten des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren bloß beratende Bedeutung hätten und ihnen keine bindende Wirkung zukomme⁵⁰⁸, sei seine Auslegungszuständigkeit zu verneinen⁵⁰⁹.

500 EuGH, Urteil v. 28. März 1995, Rs. C-346/93.

501 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 16.

502 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 17.

503 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 18.

504 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 20.

505 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 21.

506 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 22.

507 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 23.

508 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 24.

509 EuGH a.a.O. (Fn. 500), Rdnr. 25.

Urteil vom 7. Januar 2003, BIAO

In BIAO⁵¹⁰ betrafen die Vorlagefragen die Auslegung der Vierten Richtlinie 78/660/EWG über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen⁵¹¹. Der zugrunde liegende Sachverhalt betraf Fragen der steuerlichen Bilanzierung bei einer deutschen Zweigniederlassung einer französischen Bank. Er fiel damit weder in den sachlichen, noch in den persönlichen⁵¹² Anwendungsbereich der Vierten Richtlinie⁵¹³.

Allerdings galt für die steuerliche Bilanzierung – vorbehaltlich entsprechender Ausnahmen – der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz. Die handelsbilanziellen Vorschriften griffen wiederum – wenn auch nicht wörtlich – entsprechende Grundsätze auf, die auch Gegenstand der Vierten Richtlinie waren, wie insbesondere den Grundsatz, dass der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild vermitteln müsse.

Dem EuGH genügte dies, um seine Auslegungszuständigkeit zu bejahen⁵¹⁴. Zur Begründung wies er darauf hin, dass der deutschen Regierung zufolge bei der Aufstellung der Rechnungsabschlüsse solcher Einheiten wie der betroffenen Niederlassung nach den deutschen Rechtsvorschriften nichts der uneingeschränkten Beachtung des Zwecks, der Grundsätze und der Bestimmungen der Vierten Richtlinie entgegen stehe⁵¹⁵. Zudem habe die deutsche Regierung geltend gemacht, dass die Auslegung der Vierten Richtlinie durch den EuGH für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens durch das vorle-

510 EuGH, Urteil v. 7. Januar 2003, Rs. C-306/99.

511 Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates v. 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. L 222 v. 14. August 1978, S. 11 ff.

512 Zu einem späteren Zeitpunkt wurde der persönliche Anwendungsbereich durch weitere Richtlinien auch auf Zweigniederlassungen von Kreditinstituten erweitert, vgl. EuGH, Urteil v. 7. Januar 2003, Rs. C-306/99, BIAO, Rdnr. 71.

513 Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge v. 15. November 2001, Rs. C-306/99, BIAO, Rdnr. 2.

514 EuGH, Urteil v. 7. Januar 2003, Rs. C-306/99, BIAO, Rdnr. 94.

515 EuGH a.a.O. (Fn. 514), Rdnr. 92.

gende Gericht bindend sei; dies gehe ferner aus dem Vorlagebeschluss hervor⁵¹⁶.

Urteil vom 22. Dezember 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves*

In *Les Vergers du Vieux Tauves*⁵¹⁷ war erneut ein Sachverhalt gegeben, der nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fiel, deren Auslegung begehrt wurde. Wiederum bejahte der EuGH seine Auslegungszuständigkeit unter Hinweis darauf, dass die nationale Vorschrift auf die Richtlinie verweise, um die Diskriminierung von inländischen Gesellschaften bei reinen Inlandssachverhalten zu vermeiden⁵¹⁸. Er wies darauf hin, dass die belgische Regierung vorgebracht habe, dass das vorliegende belgische Gericht im Ausgangsrechtsstreit nicht an die Auslegung der Richtlinie durch den EuGH gebunden sei und sich das Gericht selbst dazu nicht geäußert habe⁵¹⁹. Jedoch führe Umstand, dass sich dieses Gericht mit einer Vorlagefrage an den EuGH gewendet habe, dazu, „dieses Gericht als an dieses Urteil gebunden anzusehen“⁵²⁰.

Urteil vom 21. Dezember 2011, *Cicala*

In *Cicala*⁵²¹ sah das vorliegende Gericht die Auslegungszuständigkeit des EuGH als gegeben an, da das nationale Gesetz für das Verwaltungshandeln auf die „Grundsätze der Gemeinschaftsordnung“ verwies⁵²². Der EuGH betonte, dass er bislang bei rein innerstaatlichen Sachverhalten seine Auslegungszuständigkeit nur in Fällen bejaht habe, in denen nationale Bestimmungen Vorschriften des Unionsrechts übernommen und dabei deren Anwendung augenscheinlich nicht eingeschränkt hatten⁵²³. Im vorliegenden Fall seien diese Voraussetzungen aber nicht gegeben, denn es sei nicht erkennbar, dass der allgemeine

516 EuGH a.a.O. (Fn. 514), Rdnr. 92.

517 EuGH, Urteil v. 22. Dezember 2008, Rs. C-48/07.

518 EuGH a.a.O. (Fn. 517), Rdnr. 22.

519 EuGH a.a.O. (Fn. 517), Rdnr. 25.

520 EuGH a.a.O. (Fn. 517), Rdnr. 25.

521 EuGH, Urteil v. 21. Dezember 2011, Rs. C-482/10, *Cicala*.

522 EuGH a.a.O. (Fn. 521), Rdnr. 3.

523 EuGH a.a.O. (Fn. 521), Rdnr. 17.

Verweis auf die Grundsätze der Gemeinschaftsordnung gerade auf die Anwendbarkeit der vom vorlegenden Gericht genannten konkreten unionsrechtlichen Bestimmungen zur Begründungspflicht abziele⁵²⁴.

4.3.2.3 Zwischenfeststellung

Der EuGH bejaht in ständiger Rechtsprechung⁵²⁵ seine Auslegungsbeugnis in Fällen der „überschießenden Anwendung“ von Unionsrecht durch einzelne Mitgliedstaaten, wenn ein „klares Interesse“ der EU an einer einheitlichen Auslegung besteht. Dabei betont er, dass die Auslegung der in Frage stehenden Bestimmungen arbeitsteilig zwischen dem nationalem Gericht und ihm erfolgt. Während ersteres die Erforderlichkeit der Vorlage, die Erheblichkeit der vorgelegten Fragen sowie die genaue Tragweite der Verweisung auf das Unionsrecht zu beurteilen hat, sieht er seine Zuständigkeit darauf beschränkt, die unionsrechtlichen Bestimmungen zu prüfen.

Ein „klares Interesse“ an der einheitlichen Auslegung besteht, wenn durch die mitgliedstaatliche Regelung Unionsrecht „unmittelbar und unbedingt“ zur Anwendung kommt. Diente das Unionsrecht

524 EuGH a.a.O. (Fn. 521), Rdnr. 29.

525 Neben den bereits genannten Urteilen, z.B. EuGH, Urteil v. 7. November 2013, Rs. C-313/12, *Romeo*, Rdnr. 21 f.; EuGH, Urteil v. 14. März 2013, Rs. C-32/11, *Allianz Hungária Bztosító Zrt.*, Rdnr. 20; EuGH, Urteil v. 18. Oktober 2012, Rs. C-603/10, *Pelati*, Rdnr. 18; EuGH, Urteil v. 18. Oktober 2012, Rs. C-583/10, *Nolan*, Rdnr. 46; EuGH, Urteil v. 12. Juli 2012, Rs. C-602/10, *SC Volksbank România SA*, Rdnr. 87; EuGH, Urteil v. 7. Juli 2011, Rs. C-310/10, *Agafitei*, Rdnr. 39; EuGH, Urteil v. 20. Mai 2010, Rs. C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, Rdnr. 33; EuGH, Urteil v. 2. März 2010, Rs. C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08, *Salahadin Abdulla*, Rdnr. 48; EuGH, Urteil v. 10. Dezember 2009, Rs. C-323/08, *Rodríguez Mayor*, Rdnr. 27; EuGH, Beschluss v. 16. April 2008, Rs. C-186/07, *Club Náutico de Gran Canaria*, Rdnr. 19; EuGH, Urteil v. 11. Dezember 2007, Rs. C-280/06, *ETI*, Rdnr. 21 f.; EuGH, Urteil v. 14. Dezember 2006, Rs. C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, Rdnr. 19 f.; EuGH, Urteil v. 16. März 2006, Rs. C-3/04, *Poseidon Chartering*, Rdnr. 15 f.; EuGH, Urteil v. 15. Januar 2002, Rs. C-43/00, *Andersen og Jensen*, Rdnr. 18; EuGH, Urteil v. 11. Januar 2001, Rs. C-1/99, *Kofisa Italia*, Rdnr. 20 ff.; EuGH, Urteil v. 3. Dezember 1998, Rs. C-247/97, *Schoonbroodt*, Rdnr. 14 f.; EuGH, Urteil v. 26. November 1998, Rs. C-7/97, *Bronner*, Rdnr. 16; EuGH, Urteil v. 16. Juli 1998, Rs. C-264/96; EuGH, Urteil v. 17. Juli 1997, Rs. C-28/95, *Leur-Bloem*, Rdnr. 24 f.; EuGH, Urteil v. 17. Juli 1997, Rs. C-130/95, *Giloy*, Rdnr. 20, 28; EuGH, Urteil v. 8. November 1990, Rs. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, Rdnr. 24 f.; EuGH, Urteil v. 26. September 1985, Rs. 166/84, *Thomasdünger*, Rdnr. 11.

der mitgliedstaatlichen Regelung lediglich als Muster, besteht hingegen kein Interesse an einer einheitlichen Auslegung. Anhand welcher Kriterien zwischen beiden Fällen zu unterscheiden ist, geht aus der EuGH-Rechtsprechung nicht eindeutig hervor. Ob die Übernahme des Unionsrechts dadurch erfolgt, dass das mitgliedstaatliche Recht eine unionsrechtliche Regelung wortlautgetreu oder lediglich sinngemäß übernimmt, auf konkrete Bestimmungen des Unionsrechts verweist oder schlicht die Inländergleichbehandlung im entsprechenden Bereich anordnet, scheint unbeachtlich. Zwar lehnte der EuGH in Kleinwort Benson seine Auslegungszuständigkeit u.a. mit dem Argument ab, dass die zu beurteilende Regelung teilweise vom Wortlaut der unionsrechtlichen Parallelbestimmung abweiche. In BIAO störte er sich hingegen nicht daran, dass unionsrechtliche Bestimmungen nicht wortlautgetreu übernommen worden waren. Für den EuGH scheint vielmehr der mit der mitgliedstaatlichen Regelung verfolgte Zweck ausschlaggebend zu sein – insbesondere, wenn dieser darin besteht, eine Vereinheitlichung mit dem Unionsrecht herbeizuführen, etwa, um Wettbewerbsverzerrungen oder die Diskriminierung von Inländern zu verhindern. Von Bedeutung scheint ferner zu sein, dass das vorliegende Gericht an die Entscheidung des EuGH gebunden ist. Ob diese Bindung rechtlicher oder faktischer Natur ist, bzw. woraus sie sich überhaupt ergibt, bleibt jedoch offen.

4.3.3 Zusammenfassung

Bei den völkerrechtlichen Abkommen betont der EuGH in der Regel die unterschiedliche Zielsetzung des jeweiligen Abkommens und des Unionsrechts und folgert daraus, dass selbst die wörtliche Übereinstimmung nicht automatisch zu einer übereinstimmenden Auslegung führt. Demgegenüber stellt er bei der unilateralen Übernahme mit wiederkehrender Regelmäßigkeit ein „klares Interesse“ der Unionsrechtsordnung an einer einheitlichen Auslegung fest und folgert daraus seine Auslegungsbefugnis im jeweiligen Vorabentscheidungsverfahren. In beiden Fällen trifft der EuGH jedoch auch abweichende Entscheidungen. So legt er das Assoziierungsabkommen mit der Türkei bzw. die auf dessen Grundlage ergangenen Assoziationsratsbeschlüsse „soweit wie möglich“ wie das korrespondierende Unionsrecht aus. Eine ein-

heitliche Auslegung erfolgt auch beim EWR-Abkommen, obwohl der EuGH noch im EWR I-Gutachten auf die unterschiedliche Zielsetzung von EWR-Abkommen und EG-Vertrag hingewiesen hatte. Gleichmaßen – wenn auch mit umgekehrtem Vorzeichen – verneint der EuGH ein klares Interesse an einer einheitlichen Auslegung bei der unilateralen Übernahme von Unionsrecht, wenn das Unionsrecht der mitgliedstaatlichen Regelung lediglich als Muster gedient hat. Ob dies der Fall ist, scheint im Wesentlichen von der mit der mitgliedstaatlichen Regelung verfolgten Zielsetzung und dem Umstand abzuhängen, ob das vorliegende Gericht an die Auslegung des EuGH gebunden ist.

4.3.4 Stellungnahme

Wie in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigen sich auch in der EuGH-Rechtsprechung gegenläufige Tendenzen bei der Beurteilung der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung, abhängig davon, in welcher Konstellation sie sich stellt.

4.3.4.1 Gegenstand des Vorlageverfahrens und Auslegungszuständigkeit

Bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen der EU legt der EuGH – nach entsprechender Vorlage durch das mitgliedstaatliche Gericht – unmittelbar das jeweilige Abkommen und damit das überschießende Unionsrecht aus. Ob die Binnenmarktauslegung übertragbar ist oder nicht, ist dabei Teil der generellen Frage, wie das Abkommen zu verstehen ist.

Bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht im mitgliedstaatlichen Recht ist die Situation dagegen anders. Da der EuGH nicht für die Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts zuständig ist, kann Gegenstand des Vorlageverfahrens nicht das überschießend angewendete, sondern nur das originäre Unionsrecht sein. Anders als im völkerrechtlichen Kontext besteht somit kein einheitlicher, sondern ein gespaltener Verfahrensgegenstand. Denn während sich das Ausgangsverfahren auf das mitgliedstaatliche Recht bezieht, betrifft das Vorlageverfahren das Unionsrecht.

Zudem ist die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht im mitgliedstaatlichen Recht nicht Teil der Vorlagefrage, sondern vielmehr Voraussetzung des Vorlageverfahrens. D.h. der EuGH kommt überhaupt erst dann zum Zuge, wenn die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte bejaht wird⁵²⁶. Anders als bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen der EU hängt seine Auslegungszuständigkeit folglich zwingend von der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung ab.

4.3.4.2 Art. 267 AEUV als „institutionalisiertes“ Kooperationsmodell

Ob dem EuGH in den Fällen der überschießenden Anwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten überhaupt eine Auslegungsbefugnis zukommen kann, ist umstritten⁵²⁷. Insbesondere die Generalanwälte üben immer wieder heftige Kritik an der EuGH-Rechtsprechung⁵²⁸.

⁵²⁶ Vgl. EuGH, Urteil v. 16. Juli 1998, Rs. C-264/96, Rdnr. 31 ff.

⁵²⁷ Bejahend z.B. Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2016, Art. 267 AEUV, Rdnr. 5; Bärenz, DStR 2005, S. 243, 244 (zwar keine unionsrechtliche Vorlagepflicht, aber nationale Pflicht, das Vorlagerecht in Anspruch zu nehmen); Hess, RabelsZ 2002, S. 470, 486 ff.; Schnorbus, RabelsZ 2001, S. 654, 693 ff.; Wassermeyer, Der Betrieb 2001, S. 1053, 1056 f.; Meilicke, BB 1999, 890; Schön, in: Flick/Klein (Hrsg.), Unternehmen Steuern (1997), S. 573, 580 f.; ablehnend dagegen Krumm, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, August 2015, § 5 EStG, Rdnr. 99 (allerdings nur im Hinblick auf die Frage einer Vorlagepflicht zum Steuerbilanzrecht, da nach Ansicht von Krumm aufgrund der eigenen Sachgesetzmäßigkeiten des Steuerrechts im Vergleich zum Handelsbilanzrecht bereits keine einheitliche Auslegung möglich ist); Habersack/Mayer, JZ 1999, S. 913, 919 ff.

⁵²⁸ Z.B. Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge v. 15. November 2001, Rs. C-306/99, BIAO, Rdnr. 47 ff.; Generalanwalt Ruiz-Jarabo, Schlussanträge v. 26. September 2000, Rs. C-1/99, Kofisia Italia, Rdnr. 22 ff.; Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge v. 17. September 1996, Rs. C-28/95, C-130/95, Leur-Bloem; Giloy, Rdnr. 47 ff.; Generalanwalt Cosmas, Schlussanträge v. 19. Januar 1999, Rs. C-321/97, Andersson, Rdnr. 22 ff.; Generalanwalt Tesouro, Schlussanträge v. 31. Januar 1995, Rs. C-346/93, Kleinwort Benson, Rdnr. 19 ff.; Generalanwalt Darmon, Schlussanträge v. 3. Juli 1990, Rs. C-231/99, Gmurzynska, Rdnr. 12; Generalanwalt Darmon, Schlussanträge v. 3. Juli 1990, Rs. C-297/88, C-197/89, Dzodzi, Rdnr. 9 ff.; Generalanwalt Mancini, Schlussanträge v. 15. Mai 1985, Rs. 166/84, Thomasdüniger, Rdnr. 2.

Gegen die Auslegungsbefugnis des EuGH brachten sie u.a. vor, dass die Auslegung einer Bestimmung regelmäßig nur im Hinblick auf die jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen erfolgen könne⁵²⁹. Fehle es jedoch an dem tatsächlichen und normativen Kontext, der in der auszulegenden Vorschrift des Unionsrechts vorausgesetzt werde, sei die Auslegung durch den EuGH möglicherweise nicht sachgerecht⁵³⁰. Die Entscheidung des EuGH könne für das nationale Gericht ferner nur dann von Bedeutung sein, wenn die nationale Bestimmung entsprechend den Auslegungsgrundsätzen des nationalen Rechts die vom EuGH gegebene Auslegung trage. Denn anders als im Kontext des Unionsrechts könne außerhalb von dessen Anwendungsbereich keine Verdrängung des nationalen Rechts erfolgen⁵³¹. Des Weiteren verkenne der EuGH bei seiner Interpretation der Bestimmung zu den Vorabentscheidungsverfahren den Grundsatz der Einzelermächtigung⁵³². Die Verträge beauftragten den EuGH nicht damit, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts liegen⁵³³. Hinzu komme, dass keineswegs von der Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung ausgegangen werden könne. Aufgrund einer möglicherweise divergierenden Auslegung könne höchstens eine mittelbare und zudem lediglich vorübergehende Gefahr für die unrichtige Auslegung des Unionsrechts entstehen⁵³⁴. Zudem sei klar, dass die Auslegung einer unionsrechtlichen Bestimmung durch ein nationales Gericht nicht auf einer Entscheidung des EuGH beruhe und daher in Frage gestellt werden könne, sobald sie sich im unionsrechtlichen Kontext erneute stelle⁵³⁵. Im Übrigen sei es in den Verträgen vorgesehen, dass die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in erster Linie durch die nationalen Gerichte erfolge, da nur in den wenigen Fällen, in denen

529 Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge v. 17. September 1996, Rs. C-28/95, C-130/95, *Leur-Bloem*; Giloy, Rdnr. 51; Generalanwalt Ruiz-Jarabo, Schlussanträge v. 26. September 2000, Rs. C-1/99, *Kofisia Italia*, Rdnr. 31.

530 Generalanwalt Ruiz-Jarabo a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 32.

531 Generalanwalt Jacobs a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 63.

532 Generalanwalt Ruiz-Jarabo a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 33.

533 Generalanwalt Ruiz-Jarabo a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 35.

534 Generalanwalt Ruiz-Jarabo a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 37; Generalanwalt Jacobs a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 49.

535 Generalanwalt Ruiz-Jarabo a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 37; Generalanwalt Jacobs a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 49.

oberste Gerichte entschieden, eine Vorlagepflicht bestehe⁵³⁶. Problematisch sei schließlich, dass die nationalen Gerichte außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts nicht verpflichtet seien, der Auslegung durch den Gerichtshof zu folgen⁵³⁷. Von einer entsprechenden Folgepflicht könne auch deswegen nicht ausgegangen werden, da nicht anzunehmen sei, dass die auf nationaler Ebene vorgesehene Europäisierung im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung erfolgen und durch das Vorabentscheidungsverfahren erzwungen werden dürfe⁵³⁸.

Bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht ist eine ähnliche Situation gegeben wie bei der (nicht überschießenden) Umsetzung von Richtlinien. Hier wie dort ist die unionsrechtliche Vorfrage für den Ausgangsrechtsstreit entscheidungserheblich; hier wie dort ist ein unterschiedlicher Verfahrensgegenstand in Ausgangs- und Vorlageverfahren gegeben. Anders als im Richtlinienfall fällt der Sachverhalt bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht jedoch nicht gleichzeitig unter die mitgliedstaatliche und die unionsrechtliche Regelung. Vielmehr ist ausschließlich das mitgliedstaatliche Recht betroffen.

Machen die mitgliedstaatlichen Gerichte in dieser Situation vom Vorabentscheidungsverfahren Gebrauch, verhalten sie sich ähnlich wie das Schweizer Bundesgericht mit dem Kooperationsmodell bei der bilateralen Übernahme von Unionsrecht. Denn Art. 267 AEUV ist im Ergebnis nichts anderes als eine Art „institutionalisiertes“ Kooperationsmodell. Als solches dient er dazu, im Mehrebenensystem aus Unionsrecht und nationalem Recht ebenenübergreifende Normkonflikte zu vermeiden und damit die Kohärenz innerhalb dieses Systems sicherzustellen. Weicht bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht das übernommene vom originären Unionsrecht ab, kommt ein solcher ebenenübergreifender Normkonflikt jedoch nicht in Betracht. Eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Vorlage nach Art. 267 AEUV

536 Generalanwalt Jacobs a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 49.

537 Generalanwalt Ruiz-Jarabo a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 38; Generalanwalt Jacobs a.a.O. (Fn. 529), Rdnr. 61.

538 Generalanwalt Cruz Villalón, Schlussanträge v. 25. Oktober 2012, Rs. C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt., Rdnr. 47.

kann daher kaum bestehen. Legen die nationalen Gerichte dennoch vor, werden sie folglich – ebenso wie das Schweizer Bundesgericht – gewissermaßen selbst „systembildend“ tätig⁵³⁹.

Damit ist die Frage der Auslegungsbefugnis des EuGH weniger ein Problem des Unionsrechts, als vielmehr des nationalen Rechts. Aus dessen Perspektive beurteilt sich, ob das zuständige nationale Gericht seine Entscheidung selbst zu treffen hat oder – wenigstens partiell – auf den EuGH auslagern kann bzw. muss. Ob dafür lediglich die materielle Anknüpfung an das Unionsrecht bzw. die „Ähnlichkeit“ einer Regelung des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht ausreicht, erscheint zweifelhaft. Schließlich finden sich im nationalen Recht regelmäßig Querbezüge zwischen unterschiedlichen Rechtsbereichen, ohne dass dies Auswirkungen auf die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit hätte⁵⁴⁰. Wie eine Regelung auszulegen ist, ist damit die eine Frage; welches Gericht für die Auslegung zuständig ist, eine andere. Scheidet Art. 267 AEUV mangels der Gefahr ebenenübergreifender Normkonflikte als Kompetenznorm aus, müsste folglich erst einmal eine nationale Kompetenznorm geschaffen werden, bevor die nationalen Gerichte außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts den EuGH einschalten können.

4.3.4.3 Einheitliche Kriterien

Obwohl die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung in den Fällen der überschießenden Anwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten als Frage des mitgliedstaatlichen Rechts von den mitgliedstaatlichen Gerichten zu entscheiden ist, stellt der EuGH eigene

539 Anders als bei dem Kooperationsmodell des Schweizer Bundesgerichts besteht dabei immerhin der Unterschied, dass es dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber frei steht, sich aus der Verknüpfung mit dem Unionsrecht durch Änderung des mitgliedstaatlichen Rechts auf unilateralem Wege wieder zu lösen.

540 Vgl. z.B. Schön, in: Meller-Hannich (Hrsg.), *Rechtslage, Rechtserkenntnis, Rechtsdurchsetzung* (2015), S. 119 ff., der sich mit der Frage befasst, ob für den Schadenersatzanspruch des Mandanten gegen den Rechtsanwalt oder Steuerberater die Rechtslage nach Auffassung des über den Anspruch entscheidenden Regressgerichts maßgeblich ist oder ob es vielmehr auf die – gegebenenfalls hypothetische – Auffassung der bei entsprechender Beratung bzw. Verfahrensführung zur Entscheidung berufenen Gerichte ankommt.

Kriterien dafür auf, die gewissermaßen als „Eintrittsschwelle“ für das Vorabentscheidungsverfahren dienen.

Diese Kriterien sind teilweise materieller Natur, soweit es auf die „unmittelbare und unbedingte“ Anwendung des Unionsrechts in Abgrenzung zur bloßen Verwendung als Muster ankommt. Teilweise scheinen aber auch institutionelle Erwägungen eine Rolle zu spielen, da der EuGH immer wieder betont, dass seinen Entscheidungen bindende Wirkung zukommen müsse. Die EuGH-Rechtsprechung erweckt dabei den Eindruck, als seien die materiellen und die institutionellen Kriterien gegenseitig substituierbar. Selbst wenn Unionsrecht nur als Muster genommen wurde, kommt die einheitliche Auslegung offenbar in Betracht, wenn die Bindungswirkung gegeben ist. Aber auch wenn keine Bindungswirkung gegeben ist, scheint die einheitliche Auslegung nicht ausgeschlossen, wenn das Unionsrecht – etwa aufgrund eines Verweises – „unmittelbar und unbedingte“ anwendbar ist. Ist jedoch weder die Bindungswirkung gegeben und diene das Unionsrecht lediglich als Muster, scheidet die einheitliche Auslegung aus.

Gerade letzteres dürfte bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen jedoch regelmäßig der Fall sein. Zum einen hat das Unionsrecht für diese Abkommen meistens lediglich die Funktion eines Musters. Zum anderen kommt den Entscheidungen des EuGH – jedenfalls für die Gerichte der Abkommensparteien, die nicht gleichzeitig EU-Mitgliedstaaten sind – keinerlei Bindungswirkung zu. Dies könnte eine Erklärung dafür sein, dass in der EuGH-Rechtsprechung die Tendenz besteht, diese Abkommen vom Unionsrecht abzugrenzen. Zwar bestehen zwischen der EuGH-Rechtsprechung zur überschießenden Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen und der zur überschießenden Anwendung im mitgliedstaatlichen Recht keinerlei *Quer*verbindungen⁵⁴¹. Es zeigen sich darin jedoch ähnliche Ansätze.

⁵⁴¹ Eine Ausnahme gilt für gemischte Abkommen, vgl. EuGH, Urteil v. 8. März 2011, Rs. C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, Rdnr. 42; EuGH, Urteil v. 16. Juni 1998, Rs. C-53/96, *Hermès*, Rdnr. 31 f.

Augenscheinlich wird dies insbesondere beim Freizügigkeitsabkommen. Bei diesem ging der EuGH anfangs nur im Bezugnahmebereich von der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung aus, d.h. in den Fällen, in denen Unionsrecht durch Verweis „unmittelbar und unbedingt“ anwendbar wurde. Ansonsten grenzte er das Abkommen unter Hinweis auf Polydor vom Unionsrecht ab. Erst als klar wurde, dass das Bundesgericht sich auf Grundlage des Kooperationsmodells an seine Rechtsprechung zwar nicht rechtlich, aber faktisch gebunden fühlte und sich ihr regelmäßig anschloss, begann er, das Abkommen außerhalb des Bezugnahmebereichs dem Unionsrecht anzunähern.

Die Anerkennung der Bindungswirkung seiner Urteile war für den EuGH auch im Rahmen der EWR-Gutachten⁵⁴² entscheidend. So sah er das institutionelle System des EWR-Abkommens erst dann als mit der Gemeinschaftsrechtsordnung vereinbar an, nachdem er sein Monopol für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts – selbst im außergemeinschaftlichen Kontext des EWR – gesichert wähnte. Konkret war für ihn entscheidend, dass der gemischte EWR-Ausschuss die Verbindlichkeit seiner Entscheidungen zu achten hatte⁵⁴³, und diesen auch in den anderen Fällen, in denen ihm durch das EWR-Abkommen eine Rolle zudedacht war, verbindliche Wirkung zuerkannt wurde⁵⁴⁴.

Womöglich war auch die Abkehr vom „Polydor-Verdikt“ beim EWR-Abkommen eine Reaktion auf die „integrationsfreundliche“ Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs. Festzustellen ist jedenfalls, dass der Entscheidung Ospelt und Schlössle Weissenberg, in der es der EuGH plötzlich zu seiner Aufgabe erklärte, über die einheitliche Auslegung der identischen Bestimmungen in EWR-Vertrag und Unionsrecht zu wachen, u.a. die Entscheidungen Sveinbjörnsdóttir⁵⁴⁵ und

542 EuGH, Gutachten v. 14. Dezember 1991, Rs. 1/91, EWR I; EuGH, Gutachten v. 10. April 1992, Rs. 1/92, EWR II.

543 EuGH, Gutachten v. 10. April 1992, Rs. 1/92, EWR II, Rdnr. 22 ff., 30. Die „Vereinbarte Niederschrift zu Art. 105“ des Entwurfs des EWR-Abkommens, auf die sich der EuGH bezieht, findet sich in Protokoll Nr. 48 zum (endgültigen) EWR-Abkommen.

544 EuGH a.a.O. (Fn. 543), Rdnr. 33 ff., 37.

545 EFTA-Gerichtshof, Gutachten v. 10. Dezember 1998, Rs. E-9/97, EFTA-Gerichtshof Report 1998, S. 95 ff.

Karlsson⁵⁴⁶ vorausgegangen waren, in denen der EFTA-Gerichtshof die Francovich-Rechtsprechung des EuGH über die ungeschriebene Staatshaftung wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung von Richtlinien für den EWR übernommen hatte⁵⁴⁷.

4.3.5 Ergebnis

Ähnlich wie in der Schweiz ist in der EU die Problematik der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nicht auf das Freizügigkeitsabkommen beschränkt, sondern tritt auch in anderen Fällen zutage. Anders als das Schweizer Bundesgericht bei der bilateralen Übernahme von Unionsrecht steht der EuGH der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen – der Ausgangskonstellation des Freizügigkeitsabkommens – jedoch in der Regel skeptisch gegenüber. Selbst wenn eine Regelung wörtlich mit dem Unionsrecht übereinstimmt, bedeutet dies für ihn nicht zwingend, dass sie genauso zu verstehen ist. Zwar kommt er mitunter auch zum selben Ergebnis wie im Unionsrecht. Dies geschieht jedoch nicht zwingend aufgrund eines Parallelschlusses zum Unionsrecht, sondern oft auf Basis der autonomen Auslegung des jeweiligen Abkommens. Etwas anderes gilt allerdings für das EWR-Abkommen und das Assoziierungsabkommen mit der Türkei. Bei ersterem „wacht“ der EuGH darüber, dass es genauso ausgelegt wird wie das Unionsrecht. Letzteres versteht er „soweit als möglich“ wie das Unionsrecht.

Bei der überschießenden Anwendung von Unionsrecht im mitgliedstaatlichen Recht zeigt sich ein anderes Bild. Dort geht der EuGH regelmäßig von einem „klaren Interesse“ der EU an einer einheitlichen Auslegung aus. Zwar legt er in diesen Fällen nicht das überschießend angewendete, sondern das originäre Unionsrecht aus. Zudem beurteilt nicht er, sondern das mitgliedstaatliche Gericht, ob die Binnenmarktauslegung übertragen werden kann. Da die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung jedoch gleichzeitig „Eintrittsschwelle“ für das Vorabentscheidungsverfahren ist, hat der EuGH eigene Kriterien dafür entwickelt. Maßgeblich ist für ihn dabei zum einen der inhaltliche Kon-

546 EFTA-Gerichtshof, Urteil v. 30. Mai 2002, Rs. E-4/01, EFTA-Gerichtshof Report 2002, S. 240 ff.

547 Vgl. dazu Ott, EuZW 2000, S. 293 ff.

nex zum Unionsrecht. So darf das Unionsrecht nicht nur Vorlage gewesen sein; vielmehr muss es „unmittelbar und unbedingt“ anwendbar sein. Zum anderen steht für ihn die Bindungswirkung seiner Urteile an zentraler Stelle. Beide Kriterien – inhaltlicher Konnex und Bindungswirkung – scheinen gegenseitig substituierbar, d.h. ein schwacher Konnex zum Unionsrecht kann durch eine starke Bindungswirkung überbrückt werden und umgekehrt.

Zwar führt der EuGH diese Kriterien ausdrücklich nur in seiner Rechtsprechung zur überschießenden Anwendung von Unionsrecht im mitgliedstaatlichen Recht an. Mit ihnen ließe sich jedoch auch die EuGH-Rechtsprechung zur überschießenden Anwendung von Unionsrecht in völkerrechtlichen Abkommen der EU – und insbesondere die Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen – erklären.

Bei den völkerrechtlichen Abkommen fehlt es regelmäßig an der Bindungswirkung der EuGH-Rechtsprechung. Zwar ist die EuGH-Rechtsprechung zu den völkerrechtlichen Abkommen der EU aufgrund Unionsrechts für die mitgliedstaatlichen Gerichte maßgeblich. Dies gilt jedoch nicht für die Gerichte der Abkommensparteien, bei denen es sich um Drittstaaten handelt. Die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung muss daher von vornherein ausscheiden, es sei denn, die mangelnde Bindungswirkung wird durch einen ausreichend starken inhaltlichen Konnex zum Unionsrecht kompensiert. Dafür reicht nach Ansicht des EuGH jedoch die lediglich punktuelle Übernahme von Unionsrecht offenbar nicht aus, selbst wenn die entsprechende Regelung wörtlich mit dem Unionsrecht übereinstimmt. Wird allerdings, wie in Anhang II und III des Freizügigkeitsabkommens, Unionsrecht nicht nur punktuell übernommen, sondern ganze Sekundärrechtsakte durch Verweis in das Abkommen einbezogen, kann dieser inhaltliche Konnex die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung offenbar selbst ohne Bindungswirkung rechtfertigen. Umgekehrt bedarf es scheinbar keines ausgeprägten inhaltlichen Konnexes (mehr), wenn aus der Rechtsprechung des Drittstaatsgerichts hervorgeht, dass es sich – wenn auch nicht rechtlich, aber jedenfalls faktisch – an die EuGH-Rechtsprechung gebunden fühlt.

5 Freizügigkeitsabkommen und unionsrechtliche Kompetenzordnung

Die Untersuchung in [Kapitel 3](#) hat gezeigt, dass die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung in verschiedenen Konstellationen auftreten kann. Aus der Perspektive des Unionsrechts ist dabei zu differenzieren, ob sich diese Frage bei der Auslegung des Unionsrechts stellt oder bei der Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts. Im ersten Fall handelt es sich (ausschließlich) um eine *materielle* Auslegungsfrage, die der EuGH zu entscheiden hat. Im zweiten Fall handelt es sich hingegen (auch) um eine *formelle* Frage, von der abhängt, welches Gericht – das mitgliedstaatliche Gericht oder der EuGH – überhaupt zur Auslegung befugt ist. Im Kontext des mitgliedstaatlichen Rechts wandelt sich die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung folglich gleichsam zu einer „doppeltrelevanten“ Tatsache. Ob die Binnenmarktauslegung übertragen werden kann oder nicht hat dabei grundsätzlich das mitgliedstaatliche Gericht zu entscheiden.

Auf den ersten Blick scheint diese Differenzierung für das Freizügigkeitsabkommen keine Rolle zu spielen. Jedenfalls sah sich der EuGH bislang in keiner seiner Entscheidungen dazu veranlasst, Ausführungen zu seiner Auslegungszuständigkeit zu machen. Dies ist jedoch keineswegs selbstverständlich. Denn das Freizügigkeitsabkommen wurde nicht wie die anderen sechs bilateralen Abkommen des Jahres 1999 als ein reines Gemeinschaftsabkommen abgeschlossen, sondern als ein sog. gemischtes Abkommen. Vertragsparteien sind – neben der Schweiz – *sowohl* die EG bzw. nunmehr die EU, *als* auch die Mitgliedstaaten.

Es versteht sich damit keineswegs von selbst, dass die Frage nach der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung ausschließlich das *inhaltliche* Verständnis des Freizügigkeitsabkommens betrifft. Sollte das Abkommen aufgrund seines gemischten Charakters teilweise als mitgliedstaatliches Recht anzusehen sein, würde von der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung vielmehr auch abhängen, ob der EuGH *überhaupt* berufen ist, die entsprechenden Abkommensvorschriften

auszulegen. Zudem hätte in diesem Fall nicht der EuGH, sondern das mitgliedstaatliche Gericht zu entscheiden, ob die Binnenmarktauslegung übertragbar ist oder nicht.

Im vorliegenden Kapitel wird untersucht, ob sich Konsequenzen aus der gemischten Natur des Freizügigkeitsabkommens für die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung ergeben, und falls ja, welche. Dazu wird zunächst der Frage nachgegangen, weshalb die gemischte Natur des Freizügigkeitsabkommens in Rechtsprechung und Literatur offenbar keine Rolle spielt (Ziff. 5.1). Im Anschluss daran wird die Rechtsprechung des EuGH zu den gemischten Abkommen vorgestellt (Ziff. 5.2) und dazu Stellung genommen (Ziff. 5.3).

5.1 Gemischtes Abkommen

In den Vorlagebeschlüssen von BGH⁵⁴⁸ und BSG⁵⁴⁹ zum Freizügigkeitsabkommen wurde der gemischte Charakter des Abkommens nicht problematisiert und die Auslegungszuständigkeit des EuGH mit einem bloßen Hinweis auf die Bestimmungen zum Vorabentscheidungsverfahren begründet⁵⁵⁰. Im Unterschied dazu berief sich der BFH in Schwemmer auf die EuGH-Rechtsprechung zur überschießenden Anwendung von Unionsrecht im mitgliedstaatlichen Recht⁵⁵¹. Die späteren Verfahren Abzugssteuer⁵⁵², Schulgeld I⁵⁵³ und Schulgeld II⁵⁵⁴ legte er dem EuGH nicht vor, sondern entschied die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung selbst. Ob der

548 BGH, Beschluss v. 23. November 2007, Rs. BLw 10/07, Stamm und Hauser, BeckRS 2008, 00395.

549 BSG, Beschluss v. 27. Februar 2008, Rs. B 12 KR 5/07 R, Grimme, BeckRS 2008, 55044; siehe dazu oben S. 20.

550 BGH a.a.O. (Fn. 548) Rdnr. 5; BSG a.a.O. (Fn. 549), Rdnr. 11.

551 BFH v. 30. Oktober 2008, Rs. III R 92/07, DStRE 2009, S. 350, 350; siehe dazu oben Ziff. 3.2.2.1 (S. 52).

552 BFH, Beschluss v. 7. September 2011, Rs. I B 157/10, IStR 2012, S. 112 ff.; siehe dazu oben Ziff. 3.2.2.2 (S. 53).

553 BFH, Urteil v. 9. Mai 2012, Rs. X R 3/11, IStR 2012, S. 508 ff.; siehe dazu oben Ziff. 3.2.2.3 (S. 54).

554 BFH, Urteil v. 9. Mai 2012, Rs. X R 43/10, BeckRS 2012, 96179; siehe dazu oben Ziff. 3.2.2.3 (S. 54).

BFH in diesen Verfahren gerade deswegen von einer Vorlage an den EuGH absah, *weil* er die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung verneinte, erscheint allerdings fraglich. Denn jedenfalls in Schulgeld I berief er sich darauf, dass es sich um einen „acte claire“ handele und er daher nicht zu einer Vorlage verpflichtet sei⁵⁵⁵.

Anders als der EuGH gingen die Generalanwälte in ihren Schlussanträgen – wenigstens vereinzelt – auf den gemischten Charakter des Freizügigkeitsabkommen bzw. die Auslegungsbefugnis des EuGH ein. Generalanwalt Ruiz-Jarabo wies in der Rechtssache Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, dem ersten Verfahren zum Freizügigkeitsabkommen, darauf hin, dass das Abkommen sowohl von der EG, als auch von deren Mitgliedstaaten abgeschlossen worden sei, da es sich auf Bereiche erstreckte, die außerhalb der Gemeinschaftszuständigkeit liegen⁵⁵⁶. Unter Hinweis auf das EuGH-Urteil in der Rechtssache Demirel⁵⁵⁷ bejahte er jedoch die Auslegungszuständigkeit des EuGH⁵⁵⁸. In den Schlussanträgen von Generalanwalt Mengozzi in der Rechtssache Bukovansky findet sich der Hinweis, dass die Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens „nunmehr unumstritten“ sei⁵⁵⁹.

In der Literatur wird die gemischte Natur des Freizügigkeitsabkommens mitunter erwähnt, aber nicht weiter problematisiert⁵⁶⁰. Begründet wird dies – wenn überhaupt – wie in den Schlussanträgen von

555 BFH a.a.O. (Fn. 553), S. 508, Rdnr. 47.

556 Generalanwalt Ruiz-Jarabo, Schlussanträge v. 6. Juni 2006, Rs. C-339/05, Rdnr. 28.

557 EuGH, Urteil v. 30. September 1987, Rs. C-12/86.

558 Generalanwalt Ruiz-Jarabo a.a.O. (Fn. 556).

559 Schlussanträge v. 30. April 2015, Rs. C-241/14, Rdnr. 29.

560 Z.B. Maier, Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (2013), S. 32 f., 192 f.; Benesch, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (2007), S. 37 f., 208; Jaag/Zihlmann, in: Thüerer/Weber/Portmann et. al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU (2007), S. 65, Rdnr. 23; Cottier/Evtimov, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG (2002), S. 179, 204; Fehrenbacher, NVwZ 2002, 1344; Kaddous, in: Felder/Kaddous (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen) (2001), S. 77, 100; Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, S. 5, 6.

Generalanwalt Ruiz-Jarabo mit dem Hinweis auf das EuGH-Urteil Demirel⁵⁶¹.

De facto besteht damit offenbar ein allgemeiner Konsens, dass das Freizügigkeitsabkommen ungeachtet dessen, dass es sich um ein gemischtes Abkommen handelt, wie ein reines Unionsabkommen zu behandeln ist. Als einzige Begründung dient – wenn eine solche überhaupt für notwendig erachtet wird – das Urteil des EuGH in Sachen Demirel.

5.2 Rechtsprechung des EuGH

5.2.1 Urteile vom 30. September 1987, Demirel, vom 30. April 1974, Haegeman, und vom 26. Oktober 1982, Kupferberg

In Demirel⁵⁶² ging es um die Auslegung des Assoziierungsabkommens mit der Türkei, das ebenfalls als gemischtes Abkommen abgeschlossen worden war. In dem Verfahren zweifelten die Regierungen einiger Mitgliedstaaten die Auslegungszuständigkeit des EuGH an. Sie brachten vor, die Bestimmungen des Abkommens, die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer betreffen, seien durch die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer eigenen Zuständigkeit mit der Türkei vereinbart worden; folglich sei der EuGH für deren Auslegung nicht zuständig⁵⁶³. Der EuGH wies diesen Einwand zurück und führte aus, dass Assoziierungsabkommen besondere und privilegierte Beziehungen mit einem Drittstaat schaffen. Da der Drittstaat zumindest teilweise am Gemeinschaftssystem teilhaben müsse, räume die Assoziierungskompetenz der Gemeinschaft notwendigerweise die Zuständigkeit dafür ein, die Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten in allen vom EWG-Vertrag erfassten Bereichen, mithin auch bezüglich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gemäß Art. 48 ff. EWG-Vertrag, sicherzustellen⁵⁶⁴. Die Frage, ob er für die Entscheidung über die Auslegung einer Bestimmung eines gemischten Abkommens zuständig sei, die eine Verpflichtung enthalte, die nur die Mitgliedstaaten im Bereich ihrer eigenen

561 Z.B. Maier a.a.O. (Fn. 560), S. 192 f.; Benesch a.a.O. (Fn. 560), S. 208 (dort Fn. 456).

562 EuGH, Urteil v. 30. September 1987, Rs. C-12/86.

563 EuGH a.a.O. (Fn. 562), Rdnr. 8.

564 EuGH a.a.O. (Fn. 562), Rdnr. 9.

Zuständigkeiten übernehmen konnten, stelle sich daher nicht⁵⁶⁵. Seine Zuständigkeit könne auch nicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil die Mitgliedstaaten aufgrund des derzeitigen Stands des Gemeinschaftsrechts für den Erlass der Durchführungsvorschriften zuständig seien⁵⁶⁶. Denn wie er bereits im Kupferberg-Urteil festgestellt habe, stelle es eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten dar, dafür zu sorgen, dass die Verpflichtungen aus einem von den Gemeinschaftsorganen geschlossenen Abkommen eingehalten werden⁵⁶⁷.

Bereits zuvor hatte der EuGH in der Rechtssache Haegeman⁵⁶⁸ zu dem Assoziierungsabkommen mit Griechenland – bei dem es sich ebenfalls um ein gemischtes Abkommen handelte – entschieden, dass dessen Bestimmungen mit ihrem Inkrafttreten einen „integrierenden Bestandteil“ der Gemeinschaftsrechtsordnung bildeten und er im Rahmen dieser Rechtsordnung zur Auslegung des Abkommens befugt sei⁵⁶⁹.

In der Rechtssache Kupferberg⁵⁷⁰, auf die er in Demirel verwiesen hatte, ergänzte er, dass die Bestimmungen eines Abkommens aufgrund ihres gemeinschaftsrechtlichen Charakters keine unterschiedlichen Rechtswirkungen entfalten könnten, je nachdem, ob sie von den Gemeinschaftsorganen oder den Mitgliedstaaten anzuwenden seien und abhängig davon, welche Wirkungen das Recht des jeweiligen Mitgliedstaats völkerrechtlichen Abkommen in der innerstaatlichen Rechtsordnung zuerkenne. Es sei daher Sache des EuGH, im Rahmen seiner Zuständigkeit zur Auslegung der Bestimmungen von Abkommen deren einheitliche Anwendung innerhalb der gesamten Gemeinschaft sicherzustellen⁵⁷¹. Kupferberg betraf allerdings das Abkommen

565 EuGH a.a.O. (Fn. 562), Rdnr. 9.

566 EuGH a.a.O. (Fn. 562), Rdnr. 10.

567 EuGH a.a.O. (Fn. 562), Rdnr. 11.

568 EuGH, Urteil v. 30. April 1974, Rs. C-181/73.

569 EuGH a.a.O. (Fn. 568), Rdnr. 2/6.

570 EuGH, Urteil v. 26. Oktober 1982, Rs. C-104/81.

571 EuGH a.a.O. (Fn. 570), Rdnr. 14.

mit Portugal, das nur von der Gemeinschaft ohne Beteiligung der Mitgliedstaaten abgeschlossen worden war.

Nach Demirel erachtete der EuGH die Frage, wie Assoziierungsabkommen zuzuordnen sind, offenbar als geklärt. In späteren Entscheidungen sah er jedenfalls keine Notwendigkeit mehr für Erläuterungen⁵⁷². In den Schlussanträgen der Generalanwälte finden sich dagegen zum Teil noch kurze Ausführungen zur Zuständigkeit des EuGH⁵⁷³, so auch, wie bereits erwähnt, in dem das Freizügigkeitsabkommen betreffende Verfahren Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols⁵⁷⁴.

5.2.2 Gemischte Abkommen im Übrigen

Demirel markierte zusammen mit Haegemann und Kupferberg den Beginn der Rechtsprechung des EuGH zu den völkerrechtlichen Abkommen der EG (bzw. ihrer Rechtsnachfolgerinnen). Während es für Assoziierungsabkommen bei den Feststellungen dieser Urteile blieb, entwickelte sich die Rechtsprechung zu den sonstigen gemischten Abkommen weiter. Den Ausgangspunkt hierfür bildete das WTO-Gutachten⁵⁷⁵. Darin nahm der EuGH auf Veranlassung der Kommission gemäß Art. 228 Abs. 6 EG-Vertrag, der Vorgängernorm von Art. 218 Abs. 11 AEUV, zur Zuständigkeit der EG zum Abschluss des GATS⁵⁷⁶ und des TRIPS⁵⁷⁷ Stellung. Dabei kam er zu dem Ergebnis, dass diese Abkommen von der EG und den Mit-

572 Z.B. Assoziierungsabkommen mit Tschechien EuGH, Urteil v. 20. November 2001, Rs. C-268/99, Jany; EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-257/99, Barkoci und Malik. Assoziierungsabkommen mit Polen EuGH, Urteil v. 29. Januar 2002, Rs. C-162/00, Pokrzepowicz-Meyer; EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-63/99, Gloszczuk. Assoziierungsabkommen mit Bulgarien EuGH, Urteil v. 27. September 2001, Rs. C-235/99, Kondova.

573 Z.B. Generalanwalt Alber, Schlussanträge v. 14. September 2000, Rs. C-63/99, Gloszczuk, Rdnr. 32 ff.; Generalanwalt Alber, Schlussanträge v. 14. September 2000, Rs. C-235/99, Kondova, Rdnr. 41 ff.

574 Generalanwalt Ruiz-Jarabo, Schlussanträge v. 6. Juni 2006, Rs. C339/05, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Rdnr. 29, 30; siehe oben [Ziff. 5.1 \(S. 134\)](#).

575 EuGH, Gutachten v. 15. November 1994, Rs. 1/94.

576 General Agreement on the Trade in Services (Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen). Mit dem GATS befasste sich der EuGH erneut in EuGH, Gutachten v. 30. November 2009, Rs. 1/08, GATS.

577 Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum).

gliedstaaten aufgrund geteilter Zuständigkeit gemeinsam abzuschließen seien. Er stellte insbesondere fest, dass für die Vereinbarung von Maßnahmen im TRIPS zur Gewährleistung eines wirksamen Schutzes für die Rechte am geistigen Eigentum eine geteilte Zuständigkeit bestehe⁵⁷⁸. Denn insoweit komme der Gemeinschaft die Zuständigkeit für die Harmonisierung der nationalen Vorschriften zu, soweit sich diese gemäß Art. 100 EG-Vertrag unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des gemeinsamen Binnenmarktes auswirken⁵⁷⁹. Allerdings habe die Gemeinschaft bisher diese Zuständigkeit nur punktuell ausgeübt⁵⁸⁰.

Nach dem – gemischten – Abschluss des TRIPS wurden einzelne Bestimmungen dieses Abkommens immer wieder zum Gegenstand von Vorabentscheidungsverfahren. In diesen Verfahren sah sich der EuGH aufgrund der genannten Ausführungen im WTO-Gutachten regelmäßig genötigt, zu seiner Auslegungszuständigkeit Stellung zu nehmen. Die TRIPS-Entscheidungen dokumentieren damit gewissermaßen die Entwicklungslinie der Rechtsprechung des EuGH zu den gemischten Abkommen. Dies rechtfertigt es, hierauf ein Hauptaugenmerk zu richten, auch wenn daneben (zahlreiche) weitere einschlägige Entscheidungen vorhanden sind⁵⁸¹.

5.2.2.1 Urteil vom 16. Juni 1998, *Hermès*

In *Hermès*⁵⁸² wurde eine Frage zur Auslegung von Art. 50 TRIPS aufgeworfen. Die Regierungen einiger Mitgliedstaaten bezweifelten unter Hinweis auf das WTO-Gutachten die Auslegungszuständigkeit des EuGH, da es sich bei Art. 50 TRIPS um eine Bestimmung handelte, die dem Bereich des Rechtsschutzes zuzuordnen war⁵⁸³. Der EuGH trat dem jedoch entgegen und führte aus, dass die Anforderungen an das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß Art. 50 TRIPS

578 EuGH, Gutachten v. 15. November 1994, Rs. 1/94, WTO, Rdnr. 104.

579 EuGH a.a.O. (Fn. 578).

580 EuGH a.a.O. (Fn. 578).

581 Überblick z.B. bei Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge v. 15. Juli 2010, Rs. C-240/09, *Lesoochránárske zoskupenie*, Rdnr. 43 ff.

582 EuGH, Urteil v. 16. Juni 1998, Rs. C-53/96.

583 EuGH a.a.O. (Fn. 582), Rdnr. 23.

auch bei der Durchsetzung von Rechten aus der Gemeinschaftsmarke zu beachten seien⁵⁸⁴. Zwar sei im zu beurteilenden Verfahren nicht die Gemeinschaftsmarke, sondern eine nationale Marke betroffen⁵⁸⁵. Es sei jedoch zum einen Sache des vorlegenden Gerichts, über die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung für das zu erlassende Urteil zu entscheiden⁵⁸⁶. Zum anderen bestehe ein klares Interesse der Gemeinschaft daran, dass eine Vorschrift, die sowohl auf Sachverhalte anwendbar ist, die dem innerstaatlichen Recht unterliegen, als auch auf solche, die dem Gemeinschaftsrecht unterliegen, einheitlich ausgelegt werde, um in Zukunft voneinander abweichende Auslegungen zu verhindern⁵⁸⁷. Dieses Interesse bestehe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen diese Vorschrift angewendet werde⁵⁸⁸.

5.2.2.2 Urteil vom 14. Dezember 2000, Dior

In Dior⁵⁸⁹ musste der EuGH erneut zu seiner Auslegungszuständigkeit im Hinblick auf Art. 50 TRIPS Stellung nehmen. Er stellte insoweit klar, dass er im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zuständig sei, die durch das TRIPS von der Gemeinschaft übernommenen Verpflichtungen zu bestimmen und hierzu das Abkommen auszulegen⁵⁹⁰. Sodann unterschied er danach, ob ein Bereich betroffen ist, auf den das TRIPS Anwendung findet und in dem die Gemeinschaft bereits Vorschriften erlassen hat⁵⁹¹ oder in dem die Gemeinschaft noch keine Vorschriften erlassen hat und der demgemäß in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt⁵⁹². Im ersteren Fall seien die Gerichte der Mitgliedstaaten nach Gemeinschaftsrecht verpflichtet, bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen zum Schutz von Rechten, die zu diesem Bereich gehören, soweit wie möglich Wortlaut und Zweck von Art. 50 TRIPS zu beachten. Im letzteren Fall gebiete es das Gemeinschafts-

584 EuGH a.a.O. (Fn. 582), Rdnr. 28 f.

585 EuGH a.a.O. (Fn. 582), Rdnr. 30.

586 EuGH a.a.O. (Fn. 582), Rdnr. 31.

587 EuGH a.a.O. (Fn. 582), Rdnr. 32; ebenso später EuGH, Urteil v. 8. März 2011, Rs. C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, Rdnr. 42.

588 EuGH a.a.O. (Fn. 582), Rdnr. 31.

589 EuGH, Urteil v. 14. Dezember 2000, Rs. C-300/98; C-392/98.

590 EuGH a.a.O. (Fn. 589), Rdnr. 33.

591 EuGH a.a.O. (Fn. 589), Rdnr. 47.

592 EuGH a.a.O. (Fn. 589), Rdnr. 48.

recht nicht, schlieÙe es aber auch nicht aus, dass die mitgliedstaatliche Rechtsordnung Art. 50 Abs. 6 TRIPS unmittelbare Wirkung zuerkenne⁵⁹³.

5.2.2.3 Urteil vom 11. September 2007, Merck

Im Urteil Merck⁵⁹⁴, das ebenfalls die Auslegung des TRIPS betraf, griff der EuGH die Unterscheidung aus Dior auf und führte aus, diese erfordere eine Prüfung der Frage der Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten⁵⁹⁵. Da die in Frage stehende Vorschrift, Art. 33 TRIPS, dem Bereich der Patente zuzuordnen sei, sei zu ermitteln, ob insoweit eine Gemeinschaftsregelung existiere⁵⁹⁶. Dies sei jedoch nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts zu verneinen⁵⁹⁷. Zwar gäbe es vereinzelte gemeinschaftsrechtliche Regelungen; diese beträfen jedoch lediglich ein punktuelles, isoliertes Gebiet des Patentrechts, in dem die Schutzdauer, die in Art. 33 TRIPS angesprochen werde, nicht geregelt sei⁵⁹⁸, bzw. Regelungen, die dem Patentschutz nicht gleichgestellt werden könnten⁵⁹⁹. Die Gemeinschaft habe daher ihre Zuständigkeit auf interner Ebene bisher in zu geringem Umfang ausgeübt, als dass angenommen werden könne, dass dieser Bereich derzeit unter das Gemeinschaftsrecht falle⁶⁰⁰. Art. 33 TRIPS sei daher einem Bereich zuzuordnen, in dem die Mitgliedstaaten bei der gegenwärtigen Entwicklung des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich zuständig blieben, weshalb es ihnen freistehe, der Bestimmung unmittelbare Wirkung zuzuerkennen oder nicht⁶⁰¹.

5.2.2.4 Urteil vom 18. Juli 2013, Daiichi Sankyo

In Daiichi Sankyo⁶⁰² stand erneut das TRIPS und die Auslegungszuständigkeit des EuGH in Frage. Seit Merck hatte sich jedoch das

593 EuGH a.a.O. (Fn. 589), Rdnr. 48.

594 EuGH, Urteil v. 11. September 2007, Rs. C-431/05.

595 EuGH a.a.O. (Fn. 594), Rdnr. 36.

596 EuGH a.a.O. (Fn. 594), Rdnr. 39.

597 EuGH a.a.O. (Fn. 594), Rdnr. 40.

598 EuGH a.a.O. (Fn. 594), Rdnr. 41.

599 EuGH a.a.O. (Fn. 594), Rdnr. 42.

600 EuGH a.a.O. (Fn. 594), Rdnr. 46.

601 EuGH a.a.O. (Fn. 594), Rdnr. 47.

602 EuGH, Urteil v. 18. Juli 2013, Rs. C-414/11.

Primärrecht aufgrund des Vertrags von Lissabon geändert und es bestand gemäß Art. 207 Abs. 1 AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit der EU für die „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“. Der EuGH stellte hierzu fest, die Frage der Zuständigkeitsaufteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten sei auf Grundlage des derzeit geltenden Vertrages zu prüfen⁶⁰³. Da sowohl das WTO-Gutachten, als auch das Urteil Merck auf Grundlage der weniger weitgehenden Vorgängerbestimmungen ergangen seien, könnten sie nicht mehr herangezogen werden⁶⁰⁴.

Da Art. 207 Abs. 1 AEUV nur den Handelsverkehr mit Drittländern und nicht den Handelsverkehr im Binnenmarkt betreffe⁶⁰⁵, fielen nur solche Vorschriften im Bereich des geistigen Eigentums unter die Bestimmung, denen ein „spezifischer Bezug“ zum internationalen Handelsverkehr zukomme⁶⁰⁶. Dies sei beim TRIPS der Fall, da es integrierender Bestandteil und gleichzeitig wesentlicher Pfeiler des WTO-Systems sei⁶⁰⁷. Die Bestimmungen des TRIPS zielten gerade darauf, den Schutz des geistigen Eigentums weltweit zu verstärken und zu harmonisieren⁶⁰⁸. Sie ständen daher nicht im Zusammenhang mit der Harmonisierung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU⁶⁰⁹, die im Übrigen noch immer nach Maßgabe der entsprechenden Binnenkompetenzen – wenn auch unter Beachtung der Vorgaben des TRIPS – erfolgen könne⁶¹⁰. Schließlich sei auch zu berücksichtigen, dass in Art. 207 Abs. 1 AEUV die Begrifflichkeiten aus dem Titel des TRIPS übernommen wurden, was ebenfalls dafür spreche, dass das Abkommen von dieser ausschließlichen Außenkompetenz erfasst werden sollte⁶¹¹.

603 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 48. Ähnlich bereits EuGH, Urteil v. 11. September 2007, Rs. C-431/05, Merck, Rdnr. 47, „im gegenwärtigen Stadium der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts“.

604 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 48.

605 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 50.

606 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 52.

607 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 53 f.

608 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 58.

609 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 60.

610 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 59.

611 EuGH a.a.O. (Fn. 602), Rdnr. 55.

5.2.3 Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des EuGH zur Frage seiner Auslegungszuständigkeit bei gemischten Abkommen ist zweigeteilt. Gemischt abgeschlossene Assoziierungsabkommen werden auf Grundlage der Demirel-Entscheidung ohne weitere Zuständigkeitsabgrenzung dem Unionsrecht zugeordnet. Bei sonstigen gemischten Abkommen geht der EuGH dagegen differenzierter vor. Zunächst ermittelt er, ob die auszulegende Bestimmung eine Verpflichtung für die EU oder für die Mitgliedstaaten enthält. Ersteres bejaht er, wenn die EU in dem von der Bestimmung des Abkommens erfassten Bereich nach dem jeweils aktuellen Unionsrecht über eine ausschließliche Zuständigkeit verfügt. Besteht hingegen lediglich eine geteilte Zuständigkeit, so kommt es weiter darauf an, ob die EU diese ausgeübt und in dem von der betreffenden Abkommensbestimmung erfassten Bereich Vorschriften erlassen hat⁶¹². In diesem Fall ist wiederum die Auslegungszuständigkeit des EuGH gegeben. Führt die Zuständigkeitsabgrenzung zu dem Ergebnis, dass die auszulegende Bestimmung einem Bereich angehört, der sowohl in die Zuständigkeit der EU, als auch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, sieht der EuGH seine Auslegungszuständigkeit wegen des Interesses an einer einheitlichen Auslegung selbst dann als gegeben an, wenn konkret nicht der unionsrechtliche, sondern der mitgliedstaatliche Bereich betroffen ist⁶¹³.

5.3 Stellungnahme

5.3.1 Assoziierungsabkommen und sonstige gemischte Abkommen

Ausweislich des Genehmigungsbeschlusses des Rates vom 4. April 2002⁶¹⁴ wurde das Freizügigkeitsabkommen auf Grundlage von Art. 310 EG (nunmehr Art. 217 AEUV) und damit – wie das Abkom-

612 Vgl. auch EuGH, Urteil v. 8. März 2011, Rs. C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie, Rdnr. 31 ff.

613 Vgl. auch EuGH a.a.O. (Fn. 612), Rdnr. 42.

614 Beschluss des Rates und – bezüglich des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit – der Kommission v. 4. April 2002 über den Abschluß von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. L 114 v. 30. April 2002, S. 1 ff.

men mit der Türkei, um das es in Demirel gegangen war – als Assoziierungsabkommen abgeschlossen. Für den EuGH war in Demirel jedoch nicht allein ausschlaggebend gewesen, *dass* die auszulegende Bestimmung Teil eines Assoziierungsabkommens war, sondern dass sie eine Verpflichtung im Bereich der „Freizügigkeit der Arbeitnehmer“ und damit in einem „nach den Artikeln 48 ff. EWG-Vertrag [...] vom Vertrag erfaßten Bereiche“ betraf⁶¹⁵.

Bereits in Demirel zeigte sich folglich eine ähnliche Argumentation wie in der späteren Rechtsprechung zu den gemischten Abkommen. Hier wie dort ist für den EuGH offenbar entscheidend, dass die auszulegende Bestimmung des jeweiligen Abkommens einen Bereich betrifft, der vom Unionsrecht „besetzt“ ist, mithin eine – wenigstens partielle – Überlappung mit dem Unionsrecht vorliegt. Dies zeigt, dass die unterschiedliche Herangehensweise in der EuGH-Rechtsprechung bei Assoziierungsabkommen auf der einen und sonstigen gemischten Abkommen auf der anderen Seite nicht daraus resultiert, dass bei Assoziierungsabkommen der gemischte Charakter keine Rolle spielt. Die Besonderheit dieser Abkommen besteht vielmehr darin, dass für sie – anders als für die anderen gemischten Abkommen – der Bereich der Grundfreiheiten einschlägig sein kann – und damit ein Bereich, in dem die EU ihre Zuständigkeiten bereits in umfassenderem Maße ausgeübt hat, als in den anderen Bereichen.

5.3.2 Abschluss- und Auslegungszuständigkeit

Der Gedanke, dass die auszulegende Bestimmung einen Bereich betrifft, der bereits vom Unionsrecht „besetzt“ ist, zeigt sich nicht nur in der EuGH-Rechtsprechung zu den gemischten Abkommen – seien es nun Assoziierungsabkommen oder andere gemischte Abkommen – sondern auch an anderer Stelle. So ist für die Auslegungsbefugnis des EuGH bei überschießender Anwendung von Unionsrecht im mitgliedstaatlichen Recht ebenfalls zentral, dass die mitgliedstaatliche Bestimmung sich – wenigstens partiell – mit dem Unionsrecht überschneidet und damit einen Bereich betrifft, der bereits vom Unions-

615 EuGH, Urteil v. 30. September 1987, Rs. C-12/86, Demirel, Rdnr. 9.

recht „besetzt“ ist. Ist dies der Fall, besteht nach der EuGH-Rechtsprechung ein „klares Interesse“ des Unionsrechts an einer einheitlichen Auslegung⁶¹⁶. Allerdings begründet der EuGH damit lediglich seine Auslegungsbefugnis. Diese bezieht sich nicht auf die für den Ausgangsrechtsstreit maßgebliche mitgliedstaatliche Bestimmung, sondern auf das korrespondierende Unionsrecht⁶¹⁷. Das „Interesse“ des Unionsrechts an einer einheitlichen Auslegung ändert in diesen Fällen folglich nichts an der Zugehörigkeit der jeweiligen Bestimmung zum mitgliedstaatlichen Recht – was u. a. zur Folge hat, dass der Vorrang des Unionsrechts nicht zum Zuge kommen kann⁶¹⁸.

Bei den gemischten Abkommen ist die Situation weniger klar. So geht aus der Rechtsprechung des EuGH nicht wirklich hervor, ob er sich für auslegungsbefugt hält, weil die auszulegende Bestimmung in dem gemischten Abkommen Teil des Unionsrechts ist – oder weil sie *wie* Unionsrecht ist⁶¹⁹. Unklar ist damit, ob es ihm bei der Zuständigkeitsabgrenzung lediglich um die Frage seiner Auslegungszuständigkeit geht oder um die Frage der Rechtszuordnung – bzw. ob für ihn der Unterschied zwischen beidem überhaupt relevant ist.

Jedenfalls aus der Perspektive des deutschen Rechts ist dies problematisch. Denn in der deutschen Rechtsordnung kommt dem Völkerrecht, anders als dem Unionsrecht, kein genereller Anwendungsvorrang zu. Für das Verhältnis zum nationalen Recht, insbesondere den Umgang mit Normkonflikten⁶²⁰, kann es daher durchaus einen Unterschied machen, ob eine Regelung in einem gemischten Abkommen als Teil

616 Siehe oben Ziff. 4.3.2.3 (S. 121).

617 Siehe oben Ziff. 4.3.4.1 (S. 123).

618 EuGH, Urteil v. 7. Juli 2011, Rs. C-310/10, *Agafitei*, Rdnr. 46.

619 Vgl. insbesondere die Fälle von „doppeltrelevanten“ Regelungen, d.h. Regelungen in gemischten Abkommen, die sowohl in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, als auch der EU fallen. Bei diesen beruft sich der EuGH unmittelbar auf seine Rechtsprechung zur überschießenden Anwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten, EuGH, Urteil v. 8. März 2011, Rs. C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, Rdnr. 42; EuGH, Urteil v. 16. Juni 1998, Rs. C-53/96, *Hermès*, Rdnr. 32.

620 Vgl. zu dieser Problematik, BVerfG, Beschluss v. 15. Dezember 2015, 2 BvL 1/12, auf den Vorlagebeschluss des BFH v. 10. Januar 2012, Rs. IR 66/09, *Treaty Override*, DStR 2012, S. 949 ff.

einer völkerrechtlichen Vereinbarung der EU oder der Mitgliedstaaten – und damit Deutschlands – anzusehen ist.

5.3.3 Dynamische Betrachtungsweise

Aus der Rechtsprechung zu den gemischten Abkommen geht hervor, dass für den EuGH nicht die Zuständigkeitsordnung bei Abschluss des jeweiligen Abkommens ausschlaggebend ist, sondern vielmehr die jeweils aktuelle Zuständigkeitsverteilung. Besonders deutlich wird das in *Daiichi Sankyo*, wo der EuGH seine eigenen Entscheidungen bzw. Gutachten aufgrund der Änderungen des Primärrechts durch den Vertrag von Lissabon als überholt ansah⁶²¹. Sollte es dem EuGH tatsächlich um die *Rechtszuordnung* gehen, würde dies bedeuten, dass sich in gemischten Abkommen – unabhängig vom Zeitpunkt ihres Abschlusses – die jeweils aktuelle Zuständigkeitsverteilung der EU widerspiegelt. Dies würde voraussetzen, dass Änderungen der Zuständigkeitsverteilung automatisch einen korrespondierenden Rechtsübergang nach sich ziehen. Auf welcher dogmatischen Grundlage dieser Rechtsübergang erfolgt, bleibt allerdings völlig unklar.

In der Rechtsprechung des EuGH tritt dieses Phänomen noch an anderer Stelle auf. In *International Fruit Company*⁶²² hatte der EuGH zu entscheiden, ob Sekundärrecht gegen die Bestimmungen des GATT⁶²³ verstieß. Dies setzte u.a. voraus, dass die damalige Gemeinschaft überhaupt an die Verpflichtungen des GATT gebunden war. Fraglich war dies, da das Abkommen noch aus den Zeiten vor der Gründung der EWG stammte und diese nicht Vertragspartei war⁶²⁴. Der EuGH stellte jedoch fest, dass die Mitgliedstaaten die vom GATT betroffenen Zuständigkeiten der Zoll- und Handelspolitik auf die Gemeinschaft übertragen haben und dabei ihren Willen erkennen ließen, die

621 „Unter Berücksichtigung dieser bedeutsamen Entwicklung des Primärrechts ist die Frage der Aufteilung der Zuständigkeiten der Union und derjenigen der Mitgliedstaaten auf der Grundlage des derzeit geltenden Vertrags zu prüfen“, vgl. EuGH, Urteil v. 18. Juli 2013, Rs. C-414/11, *Daiichi Sankyo*, Rdnr. 48.

622 EuGH, Urteil v. 12. Dezember 1972, Rs. C-21–24/72, *International Fruit Company*.

623 General Agreement on Tariffs and Trade.

624 EuGH a.a.O. (Fn. 622), Rdnr. 10/13.

Gemeinschaft an die Verpflichtungen des GATT zu binden⁶²⁵. Diese Zuständigkeitsverlagerung sei von den anderen Vertragsparteien anerkannt worden und die Gemeinschaft sei als Teilnehmerin an den Zollverhandlungen und als Partei der im Rahmen des GATT abgeschlossenen Übereinkommen aufgetreten⁶²⁶. Soweit daher die Gemeinschaft auf Grundlage des EWG-Vertrages früher von den Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des GATT ausgeübte Befugnisse übernommen habe, sei sie an die Bestimmungen dieses Abkommens gebunden⁶²⁷. Allerdings begründeten die in Frage stehenden Bestimmungen des GATT kein Recht der Gemeinschaftsangehörigen, sich vor Gericht auf sie zu berufen⁶²⁸. Deshalb könne auch nicht die Gültigkeit des Sekundärrechts davon abhängen⁶²⁹.

Mit *International Fruit Company* wurde somit die Rechtsfigur der Funktionsnachfolge geschaffen⁶³⁰, aufgrund derer ein Rechtsübergang mitgliedstaatlicher Abkommen auf die EU möglich sein sollte. In seiner späteren Rechtsprechung griff der EuGH mit wiederkehrender Regelmäßigkeit auf diese Rechtsfigur zurück, sah ihre Voraussetzungen jedoch ebenso regelmäßig als nicht erfüllt an⁶³¹. In den meisten Fällen ermangelte es seiner Ansicht nach an der erforderlichen Zuständigkeitsverlagerung von den Mitgliedstaaten auf die EU (bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen)⁶³². Insoweit sah er es als nicht ausreichend an, dass die EU lediglich bestimmte ausschließliche Zuständigkeiten

625 EuGH a.a.O. (Fn. 622), Rdnr. 14/18.

626 EuGH a.a.O. (Fn. 622), Rdnr. 14/18.

627 EuGH a.a.O. (Fn. 622), Rdnr. 14/18.

628 EuGH a.a.O. (Fn. 622), Rdnr. 27.

629 EuGH a.a.O. (Fn. 622), Rdnr. 28.

630 Dazu z.B. Dörr, in: Grabitz/Hilf, EU-Recht, Mai 2011, Art. 47 EUV, Rdnr. 50; Pache/Bielitz, EuR 2006, S. 316, 321 ff.

631 Z.B. EuGH, Urteil v. 21. Dezember 2011, Rs. C-366/10, *Air Transport Association*, Rdnr. 71; EuGH, Urteil v. 22. Oktober 2009, Rs. C-301/08, *Bogiatzi*, Rdnr. 32; EuGH, Urteil v. 3. Juni 2008, Rs. C-308/06, *Intertanko*, Rdnr. 48; EuGH, Urteil v. 14. Juli 1994, Rs. C-379/92, *Peralta*, Rdnr. 16.

632 Z.B. EuGH, Urteil v. 21. Dezember 2011, Rs. C-366/10, *Air Transport Association*, Rdnr. 69; EuGH, Urteil v. 4. Mai 2010, Rs. C-533/08, *TNT Express Nederland*, Rdnr. 62; EuGH, Urteil v. 22. Oktober 2009, Rs. C-301/08, *Bogiatzi*, Rdnr. 25; EuGH, Urteil v. 3. Juni 2008, Rs. C-308/06, *Intertanko*, Rdnr. 48; EuGH, Urteil v. 14. Juli 1994, Rs. C-379/92, *Peralta*, Rdnr. 16.

im Anwendungsbereich des in Frage stehenden Abkommens erlangt hatte⁶³³. Vielmehr mussten für eine Funktionsnachfolge *sämtliche* zuvor von den Mitgliedstaaten ausgeübten Befugnisse im sachlichen Anwendungsbereich des jeweiligen Abkommens vollständig in die ausschließliche Zuständigkeit der EU übergegangen sein⁶³⁴.

Damit stellt der EuGH an den Rechtsübergang mitgliedstaatlicher Abkommen durch Funktionsnachfolge sehr viel höhere Anforderungen als im Rahmen seiner Rechtsprechung zu gemischten Abkommen. Denn dort reicht es aus, wenn die auszulegende Bestimmung des jeweiligen Abkommens in die Zuständigkeit der EU fällt. Welche Zuständigkeiten für den Rest des Abkommens bestehen, ist unbeachtlich. Sieht man den eigentlichen Grund für den Rechtsübergang in der Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedstaaten auf die EU, dürften für rein mitgliedstaatliche Abkommen eigentlich keine anderen Anforderungen gelten als für gemischte Abkommen. Eine Erklärung für diese Differenzierung ist daher nicht ersichtlich und es drängt sich der Verdacht auf, dass sie letztlich ergebnisorientiert ist. Denn bei den mitgliedstaatlichen Abkommen verhindert die restriktive Deutung der Funktionsnachfolge, dass die EU ihr Sekundärrecht an den Vorgaben der entsprechenden Abkommen auszurichten hat. Damit bleibt ihr Handlungsspielraum erhalten. Würde der EuGH bei der Beurteilung gemischter Abkommen gleiche Maßstäbe anwenden, hätte dies hingegen eine deutliche Einschränkung seiner Auslegungszuständigkeit zur Folge. Deshalb stellt er hier offenbar weniger strenge Anforderungen.

5.3.4 Unterschiedliche Bereiche

In den Schlussanträgen zu Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols griff Generalanwalt Ruiz-Jarabo die Argumentation des EuGH aus *Demirel* auf. Er stellte fest, dass der EuGH „zur Auslegung der Vorschriften von gemischten Abkommen in Bereichen des originären Rechtes befugt ist, da sie einen Bestandteil der Gemeinschafts-

633 EuGH, Urteil v. 21. Dezember 2011, Rs. C-366/10, *Air Transport Association*, Rdnr. 69.

634 EuGH a.a.O. (Fn. 633), Rdnr. 69 ff.; EuGH, Urteil v. 22. Oktober 2009, Rs. C-301/08, *Bogiatzi*, Rdnr. 33.

rechtsordnung bilden⁶³⁵. Art. 9 Anhang I FZA, dessen Auslegung in Frage stand, gewährleiste die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern und begründe damit eine Verpflichtung auf einem Gebiet des Gemeinschaftsrechts, „womit die Bestimmung, da sie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer berührt, der Auslegung durch den Gerichtshof unterliegt“⁶³⁶.

Mit Art. 9 Anhang I FZA wurde mehr oder weniger wörtlich Art. 7 der Verordnung 1612/68 übernommen⁶³⁷. Diese Verordnung wurde auf Grundlage von Art. 49 EWG-Vertrag erlassen, dem heutigen Art. 46 AEUV, und damit einer Kompetenznorm aus dem Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Argumentation des Generalanwalts scheint daher zutreffend.

Allerdings ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, ebenso wie Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, in räumlicher Hinsicht auf das Territorium der Mitgliedstaaten und in persönlicher Hinsicht auf die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten begrenzt. Wird eine Regelung wie Art. 7 der Verordnung Nr. 1612/68 in einem Abkommen mit einem Drittstaat vereinbart, ändert sie folglich ihren Charakter, so dass fraglich ist, ob Art. 46 AEUV und damit der Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit überhaupt einschlägig sein kann.

5.3.4.1 Grundfreiheiten versus Einwanderungs- bzw. Handelspolitik

Aus Demirel wurde gefolgert, dass es die Bestimmung zu den Assoziierungsabkommen ermögliche, die in die Zuständigkeit der EU fallenden Bereiche von der gemeinschaftsinternen territorialen und persönlichen Bindung zu lösen und auf den Außenbereich zu übertragen⁶³⁸.

635 Generalanwalt Ruiz-Jarabo, Schlussanträge v. 6. Juni 2006, Rs. C-339/05, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Rdnr. 29.

636 Generalanwalt Ruiz-Jarabo a.a.O. (Fn. 635), Rdnr. 30.

637 Die Verordnung wurde zwischenzeitlich aufgehoben, Art. 7 jedoch in die Nachfolgeverordnung Nr. 492/2011 (dort ebenfalls Art. 7) übernommen.

638 Evtimov, WiRO 2001, 289; Krück, EuR 1984, S. 289, 298; strittig, vgl. dazu Lukashchek/Weidel, in: Griller/Weidel (Hrsg.), *External economic relations and foreign policy in the European Union* (2002), S. 113, 143 ff. Für ein solches „weites“ Verständnis

Als Demirel entschieden wurde, galt allerdings der EWG-Vertrag. Seitdem wurde das Primärrecht durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon geändert. U.a. verfügt die EU mittlerweile über Kompetenzen im Bereich der Einwanderungspolitik und eines ihrer erklärten Ziele in diesem Bereich ist die Annäherung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen, die sich legaler Weise im Raum des Binnenmarktes aufhalten, an die von Unionsbürgern⁶³⁹. Hinzu gekommen ist ferner eine Ausweitung der gemeinsamen Handelspolitik. So hatte der EuGH im GATS-Gutachten festgestellt, dass von der gemeinsamen Handelspolitik nicht nur Korrespondenzdienstleistungen erfasst sind, sondern auch die Erbringung von Dienstleistungen mittels kommerzieller Präsenz oder mittels Präsenz natürlicher Personen sowie die Auslandserbringung, bei der sich der Dienstleistungsempfänger in das Land des Dienstleistungserbringers begibt⁶⁴⁰.

Mit Einwanderungs- bzw. Handelspolitik sind im Primärrecht folglich Sachbereiche gegeben, die – wie die Grundfreiheiten – die selbstän-

z.B. auch Bungenberg, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 2015, Art. 217 AEUV, Rdnr. 32 ff.; Mögele, in: Streinz, EUV/AEUV, 2012, Art. 217 AEUV, Rdnr. 18; Vöneyk/Beilage-Haarmann, in: Grabitz/Hilf, EU-Recht, April 2015, Art. 217 AEUV, Rdnr. 15; Vedder, EuR 2007, S. 57, 60 f.; Schön, Der rechtliche Rahmen für Assoziierungen der Europäischen Gemeinschaft vor dem aktuellen Hintergrund der Annäherungs- und Mitgliedschaftswünsche der mittel- und osteuropäischen Staaten (1994), S. 27; Richter, Die Assoziierung osteuropäischer Staaten durch die Europäischen Gemeinschaften (1993), S. 110 f.; kritisch Eeckhout, EU external relations law (2011), S. 127; für ein „restriktives“ Verständnis dagegen Schmalenbach, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2016, Art. 217 AEUV, Rdnr. 13; Heliskoski, Nordic Journal of International Law 69 (2000), S. 395, 400 f.; Hailbronner, EuR 1984, S. 54, 60; Knopf, Europarechtliche und völkerrechtliche Fragen einer Entwicklungspolitik der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten (1983), S. 42 ff.; Meesen, EuR 1980, S. 36, 38 ff.; Petersmann, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht (ZaöRV) 33 (1973), S. 266, 283 ff.

⁶³⁹ Vgl. z.B. Richtlinie 2003/109/EG des Rates v. 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16 v. 23. Januar 2004, S. 44, Erwägungsgrund 2; Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. Dezember 2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABl. L 343 v. 23. Dezember 2011, S. 1, Erwägungsgrund 2.

⁶⁴⁰ EuGH, Gutachten v. 30. November 2009, Rs. 1/08, GATS, Rdnr. 119.

dige und unselbständige Tätigkeit bzw. die Erbringung von Dienstleistungen betreffen, ohne dass jedoch deren persönlicher bzw. territorialer Anwendungsbereich auf die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten bzw. das Gebiet der Mitgliedstaaten beschränkt wäre. Angesichts dessen fragt sich, ob der Bereich der Grundfreiheiten – die dynamische Sichtweise des EuGH zugrunde gelegt – nach dem heutigen Stand des Unionsrechts überhaupt noch einschlägig sein kann.

5.3.4.2 Genehmigungsbeschluss des Rates

Interessant ist vor diesem Hintergrund Erwägungsgrund 3 des Ratsbeschlusses, mit dem das Freizügigkeitsabkommen genehmigt wurde. Darin wurde Folgendes festgestellt⁶⁴¹:

Hinsichtlich des Abkommens über die Freizügigkeit sind das Königreich Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland an die in dem Abkommen enthaltenen Verpflichtungen nach Titel IV, dritter Teil EG-Vertrag nicht als Verpflichtungen gebunden, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, sondern als Verpflichtungen aufgrund einer zwischen diesen Mitgliedstaaten und der Schweizerischen Eidgenossenschaft eingegangenen Verpflichtung.

Titel IV des dritten Teils des EG-Vertrages war damals überschrieben mit „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ und wurde durch den Vertrag von Lissabon zu Titel V, „Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Unter diesen Titel fällt u.a. die Einwanderungspolitik. Die Grundfreiheiten sind demgegenüber in Titel IV, „Die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr“, geregelt.

Gemäß der Protokolle Nr. 21 und 22 zu den Verträgen gelten Maßnahmen, die unter Titel V fallen, nicht für das Vereinigte Königreich und Dänemark, es sei denn, diese beteiligen sich im Wege eines „opt in“

641 Beschluss des Rates und – bezüglich des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit – der Kommission v. 4. April 2002 über den Abschluß von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. L 114 v. 30. April 2002, S. 1 ff.

ausdrücklich daran⁶⁴². Der Rat ging somit offenbar davon aus, dass das Freizügigkeitsabkommen oder jedenfalls Teile davon in den sachlichen Anwendungsbereich von Titel V fallen und daher insoweit keine unionsrechtlichen, sondern lediglich völkerrechtliche Verpflichtungen für das Vereinigte Königreich und Dänemark begründet würden. Wäre der Rat hingegen der Meinung gewesen, dass nicht Titel V, sondern Titel IV, d.h. die Grundfreiheiten, einschlägig gewesen wären, wäre Erwägungsgrund 3 überflüssig. Denn im Rahmen der Grundfreiheiten gelten die Sonderrechte der Protokolle Nr. 21 und 22 nicht. Für das Freizügigkeitsabkommen kommen damit, anders als Generalanwalt Ruiz-Jarabo in Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols suggeriert, nicht nur der Bereich der Grundfreiheiten in Betracht, sondern auch die Handels- bzw. Einwanderungspolitik. Da diese Bereiche jedoch anderen Zuschnitts sind als die Grundfreiheiten, fragt sich, wie beides voneinander abzugrenzen ist.

5.3.4.3 Urteil vom 27. Februar 2014, Vereinigtes Königreich/Rat

Mit der Frage der Zuständigkeitsabgrenzung hatte sich der EuGH in Vereinigtes Königreich/Rat⁶⁴³ auseinanderzusetzen. In dem Verfahren beehrte das Vereinigte Königreich, einen Ratsbeschluss für nichtig zu erklären, in dem die EU festgelegt hatte, im Gemischten Ausschuss für eine Aktualisierung von Anhang II FZA über die Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme zu stimmen⁶⁴⁴.

Der Beschluss des Rates war zunächst auf Grundlage von Art. 79 Abs. 2 lit. b), Art. 218 Abs. 9 AEUV erlassen worden, d.h. unter Zuziehung einer Kompetenzgrundlage aus dem Bereich der Einwanderungspolitik⁶⁴⁵ – obwohl er inhaltlich darauf abzielte, Sekundärrecht in Anhang II FZA aufzunehmen, das seinerseits auf Kompetenzgrundlagen aus dem Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit gestützt worden war. Als Teil der Einwanderungspolitik galt der Beschluss gemäß Protokoll

⁶⁴² Dazu z.B. Fahey, CMLR 47 (2010), S. 673 ff.

⁶⁴³ EuGH, Urteil v. 27. Februar 2014, Rs. C-656/11.

⁶⁴⁴ EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 16. Die Problematik trat nicht nur beim Freizügigkeitsabkommen, sondern auch beim EWR-Abkommen auf, vgl. EuGH, Urteil v. 26. September 2013, Rs. C431/11, Vereinigtes Königreich/Rat.

⁶⁴⁵ EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 16.

Nr. 21 zu den Verträgen nicht für das Vereinigte Königreich. Dieses lehnte einen „opt in“ ab und wollte stattdessen eine separate Regelung mit der Schweiz abschließen⁶⁴⁶.

Nachdem die Schweizer Behörden mitgeteilt hatten, dass sie den Beschluss des Gemischten Ausschusses nicht mittragen würden, erließ der Rat einen neuen Beschluss⁶⁴⁷. Dieser verwies nicht mehr auf Art. 79 Abs. 2 lit. b) AEUV, sondern vielmehr auf Art. 48 AEUV und damit eine Rechtsgrundlage aus dem Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit⁶⁴⁸.

Gegen diesen Beschluss wandte sich das Vereinigte Königreich mit der Nichtigkeitsklage. Es brachte vor, dass die Sonderregelungen des Protokolls Nr. 21 im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht gelten und es daher gezwungen sei, an dem Beschluss teilzunehmen⁶⁴⁹. Art. 48 AEUV sei jedoch die falsche Rechtsgrundlage⁶⁵⁰. Denn die beabsichtigten Änderungen des Anhangs II würden u.a. darin bestehen, Rechte auf schweizerische Staatsangehörige, die weder selbst erwerbstätig, noch Mitglied der Familie einer erwerbstätigen Person seien, zu erstrecken⁶⁵¹. Art. 48 AEUV betreffe jedoch zum einen lediglich die Freizügigkeit innerhalb der EU und nicht zwischen der EU und Drittländern wie der Schweiz; zum anderen beziehe sich die Vorschrift nur auf Personen, die selbst oder deren Familien erwerbstätig seien, nicht auf Nichterwerbstätige⁶⁵². Die richtige Rechtsgrundlage sei daher Art. 79 Abs. 2 lit. b) AEUV⁶⁵³, mithin nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern die Einwanderungspolitik.

646 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 17.

647 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 17.

648 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 17.

649 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 29.

650 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 27 ff. Prozessual bestand die Besonderheit, dass sich das Verfahren zwischenzeitlich erledigt hatte. Denn die im angegriffenen Beschluss des Rates vorgesehenen Änderungen von Anhang II FZA wurden vom Gemischten Ausschuss bereits beschlossen, vgl. Rdnr. 18.

651 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 28.

652 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 28.

653 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 28.

Der EuGH lehnte diese Argumentation ab. Er führte unter Hinweis auf Graf und Engel aus, die Schweiz habe sich zwar nicht für die Teilnahme am EWR und am Binnenmarkt der EU entschieden, sei aber gleichwohl durch eine Vielzahl bilateraler Abkommen mit der EU verbunden⁶⁵⁴. Diese deckten weite Bereiche ab und würden spezifische Rechte und Pflichten vorsehen, die in mancher Hinsicht den im AEUV festgelegten entsprächen⁶⁵⁵. Das Ziel dieser Abkommen, einschließlich des Freizügigkeitsabkommens, bestehe darin, die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz zu intensivieren⁶⁵⁶. Zudem hätten die Vertragsparteien nach der Präambel des Abkommens beschlossen, zwischen ihnen die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen⁶⁵⁷. Im Hinblick auf die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit werde die Schweiz bei der Anwendung der Verordnungen in Anhang II FZA einem Mitgliedstaat gleichgestellt⁶⁵⁸. Durch den angegriffenen Beschluss solle Anhang II aktualisiert werden, um eine kohärente und korrekte Anwendung der Rechtsakte der EU zu gewährleisten und administrative und etwaige rechtliche Schwierigkeiten zu vermeiden⁶⁵⁹. Art. 48 AEUV sei daher die richtige Rechtsgrundlage⁶⁶⁰.

5.3.4.4 Einheitliche Kriterien

Der EuGH führt in Vereinigtes Königreich/Rat bei der „formellen“ Frage der Rechtsgrundlage die gleichen Argumente an, wie in seiner Rechtsprechung zur inhaltlichen Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung. Er beruft sich sogar unmittelbar auf seine entsprechende Rechtsprechung. In Anhang II FZA, dessen Aktualisierung in Vereinigtes Königreich/Rat zur Debatte stand, wird auf Unionsrecht verwiesen. Wie Schwemmer, Xhymshiti und Borger⁶⁶¹ gezeigt

654 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 53.

655 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 53.

656 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 53.

657 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 55.

658 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 56 ff.

659 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 62.

660 EuGH a.a.O. (Fn. 643), Rdnr. 64.

661 Siehe dazu oben S. 40.

haben, ging der EuGH insoweit von Anfang an von der Übernahme des entsprechenden Besitzstands durch die Schweiz und die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung aus. Angesichts dessen erscheint es konsequent, dass er in Vereinigtes Königreich/Rat eine Rechtsgrundlage befürwortet, die ebenfalls aus dem Bereich der Grundfreiheiten stammt. Welche Schlussfolgerungen lassen sich jedoch daraus für die Teile des Freizügigkeitsabkommens ziehen, in denen nicht unmittelbar auf Unionsrecht verwiesen wird?

Anfangs stand das Freizügigkeitsabkommen unter dem „Polydor-Verdikt“. In Grimme hatte der EuGH explizit festgestellt, 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“⁶⁶². Vor diesem Hintergrund lässt sich kaum argumentieren, dass die Auslegungszuständigkeit des EuGH daraus folgt, dass die entsprechende Bestimmung dem Bereich der Grundfreiheiten zuzuordnen ist. Denn entweder handelt es sich um eine Bestimmung, die die Grundfreiheiten auf die Schweiz erstreckt – dann ist sie auch so zu verstehen. Oder es handelt sich um etwas anderes – dann kann jedoch nicht gleichzeitig der Bereich der Grundfreiheiten für die Zuständigkeitsfrage maßgeblich sein. Vielmehr stellt sich in diesem Fall die Frage, ob möglicherweise Einwanderungs- bzw. Handelspolitik einschlägig sind.

Im letzteren Fall liegt die Auslegungszuständigkeit des EuGH nicht mehr unbedingt auf der Hand. Zwar verfügt die EU im Bereich der Handelspolitik über eine ausschließliche Zuständigkeit⁶⁶³, nicht hingegen bei der Einwanderungspolitik, denn bei dieser handelt es sich lediglich um eine geteilte Zuständigkeit⁶⁶⁴. Auf Grundlage der EuGH-Rechtsprechung zu den gemischten Abkommen käme es folglich darauf an, inwieweit die EU ihre Kompetenzen in diesem Bereich überhaupt ausgeübt hat. Soweit der EuGH die Übertragbarkeit der

662 EuGH, Urteil v. 12. November 2009, Rs. C-351/08, Grimme, Rdnr. 29.

663 Art. 3 Abs. 1 lit. e) AEUV.

664 Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV.

Binnenmarktauslegung verneint und das Freizügigkeitsabkommen von den Grundfreiheiten abgrenzt, stellt sich daher die Frage, woraus er eigentlich seine Auslegungszuständigkeit ableitet.

Wie die Rechtsprechungsanalyse ergeben hat, grenzte der EuGH das Freizügigkeitsabkommen jedoch nur anfangs von den Grundfreiheiten ab. Später ging er dazu über, es ihnen mehr und mehr anzunähern. Womöglich ist daher die Zuständigkeitsfrage in Zeiten von Ettwein anders zu entscheiden als in Zeiten von Grimme – und dies nicht, weil sich Primär- oder Sekundärrecht geändert hätten, sondern vermutlich deswegen, weil sich das Schweizer Bundesgericht mit dem Kooperationsmodell der EuGH-Rechtsprechung unterworfen hat. Welche Zuständigkeitsbereiche EU-intern maßgeblich sind, würde damit im Ergebnis – jedenfalls faktisch – von der Rechtsprechung des Gerichts eines Drittstaats abhängen.

5.4 Ergebnis

Von Generalanwältin Sharpston wurde die Rechtsprechung des EuGH zu den gemischten Abkommen als „gelegentlich verwickelt“ bezeichnet⁶⁶⁵. Tatsächlich wirft diese Rechtsprechung eine Reihe von Fragen auf.

So geht aus ihr nicht wirklich hervor, ob es dem EuGH bei der Zuständigkeitsabgrenzung um die *Rechtszuordnung* geht oder lediglich um seine Auslegungszuständigkeit, die – wie die Fälle der überschießenden Anwendung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten zeigen – offenbar auch außerhalb des eigentlichen Anwendungsbereichs des Unionsrechts bestehen kann. Ferner ist unklar, welche dogmatische Grundlage der dynamischen Betrachtungsweise des EuGH bei der Zuständigkeitsabgrenzung zugrunde liegt. Ein Vergleich mit der Rechtsprechung zur Funktionsnachfolge zeigt jedenfalls, dass bei den gemischten Abkommen ganz andere Maßstäbe zur Anwendung kommen.

⁶⁶⁵ Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge v. 15. Juli 2010, Rs. C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie, Rdnr. 42.

Allerdings scheint all dies für gemischt abgeschlossene Assoziierungsabkommen wie das Freizügigkeitsabkommen ohnehin keine Rolle zu spielen, steht doch seit Demirel fest, dass für sie der Bereich der Grundfreiheiten einschlägig ist und der EuGH damit zuständig, diese Abkommen auszulegen. Seit Demirel haben jedoch die Verträge von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon zum Hinzutreten neuer bzw. der Erweiterung bestehender Zuständigkeitsbereiche der EU geführt. Mit Einwanderungs- bzw. Handelspolitik sind im Primärrecht mittlerweile Kompetenzfelder gegeben, die ebenfalls die selbständige und unselbständige Tätigkeit sowie die Erbringung von Dienstleistungen betreffen – und damit Bereiche, die im Freizügigkeitsabkommen geregelt sind. Das Urteil Vereinigtes Königreich/Rat zeigt, dass dadurch die Notwendigkeit entstanden ist, die Grundfreiheiten von diesen Bereichen abzugrenzen, und dass der EuGH für diese Abgrenzung die gleiche Argumentation heranzieht wie bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung. Zwischen der *formellen* Frage der Auslegungszuständigkeit und der *inhaltlichen* Frage der Übertragbarkeit der (grundfreiheitlichen) Binnenmarktauslegung besteht folglich ein Konnex.

Der EuGH befindet sich damit in einer Zwickmühle. Verneint er die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung, müsste er eigentlich gesondert begründen, weshalb er sich dennoch für auslegungsbefugt hält und nicht das mitgliedstaatliche Gericht. Bejaht er hingegen die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung, mag zwar seine Auslegungsbefugnis (jedenfalls auf Grundlage seiner Rechtsprechung) unproblematisch sein. Allerdings besteht das Risiko, dass sich das Drittstaatsgericht – im Falle des Freizügigkeitsabkommens also das Schweizer Bundesgericht – nicht an seine Rechtsprechung gebunden fühlt und infolge dessen die EU bzw. die Mitgliedstaaten gezwungen sind, weitergehende Rechte nach dem Abkommen zu gewähren als die Schweiz.

Der EuGH hat sich für die – aus seiner Perspektive – beste aller Welten entschieden. Einerseits hat er sein strategisches Spiel um die Binnenmarktauslegung mit dem Schweizer Bundesgericht gespielt, ande-

rerseits aber gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten nie einen Zweifel daran aufkommen lassen, dass er allein zuständig ist, das Freizügigkeitsabkommen auszulegen. Beides zusammen lässt sich jedoch kaum begründen – weder auf Grundlage der unionsrechtlichen Kompetenzordnung, noch auf Grundlage seiner eigenen Rechtsprechung.

6 Zusammenfassung

1. Das Freizügigkeitsabkommen zielt ausweislich seiner Präambel auf eine parallele Rechtslage wie im Unionsrecht und übernimmt, insbesondere in Anhang II und III, ganze Sekundärrechtsakte im Wege der Bezugnahme. Daneben sieht es jedoch auch eigene Regelungen vor oder lässt manches schlicht offen. Letzteres gilt vor allem im Hinblick auf die an den Grundfreiheiten anknüpfende steuerliche Rechtsprechung des EuGH. Außer einigen einschränkenden Elementen finden sich dazu keine expliziten Regelungen. Im Ergebnis ist das Freizügigkeitsabkommen damit keine bloße Kopie des Unionsrechts; das Unionsrecht diente ihm vielmehr lediglich als Vorlage. Bereits bei Abschluss des Abkommens bestanden folglich Divergenzen zum Unionsrecht, die sich, da sich das Unionsrecht stetig weiterentwickelt, kontinuierlich vertiefen.

Dieser Befund ist keineswegs überraschend. Bereits bei den Verhandlungen zum EWR-Abkommen strebte die Schweiz keine bloße Teilhabe am Binnenmarkt, sondern vielmehr einen Binnenmarkt *à la carte* an, konnte sich damit aber nicht durchsetzen. Nachdem das Referendum über das EWR-Abkommen in der Schweiz gescheitert war, schlossen die damalige EG und die Schweiz nach einer fast sieben Jahre währenden Verhandlungsphase ein erstes Paket sektoraler bilateraler Abkommen ab, darunter das Freizügigkeitsabkommen. Da sich das Thema Freizügigkeit bereits beim EWR-Abkommen als zentrales Hemmnis erwiesen hatte, war die Schweiz am Abschluss des Freizügigkeitsabkommens nicht interessiert; sie musste jedoch einlenken, da die EG sich sonst den anderen sektoralen Abkommen verweigert hätte. Den Mitgliedstaaten, die am Abschluss des Freizügigkeitsabkommens ebenfalls beteiligt waren, dürfte wiederum wenig daran gelegen haben, die Rechtsprechung des EuGH zu den steuerlichen Vorgaben der Grundfreiheiten, die sich mehr oder weniger parallel zu den Verhandlungen mit der Schweiz entwickelt hatte, im Freizügigkeitsabkommen aufzugreifen. Sie dürften kaum Interesse daran gehabt haben, im Verhältnis zur Schweiz, das durch die Schwarzgeldproblematik vorbelastet

war, steuerliche Zugeständnisse zu machen. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass Divergenzen zwischen Freizügigkeitsabkommen und Unionsrecht auszumachen sind.

2. Sowohl in der Literatur, als auch in der Rechtsprechung lässt sich allerdings die Tendenz ausmachen, diese Divergenzen zu relativieren.

Nach überwiegender Ansicht in der Literatur soll sowohl die vorvertragliche, d.h. die vor Abschluss des Freizügigkeitsabkommens ergangene, als auch die „lediglich präzisierende“ nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung gemäß Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA für das Abkommen „verbindlich“ sein, wenn im Abkommen „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ verwendet werden. Dies soll der Fall sein, soweit das Abkommen das Unionsrecht „nachbildet“ bzw. „Konzepte“ des Unionsrechts übernimmt. Die „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ bilden damit gewissermaßen eine Einbruchstelle für das Unionsrecht. Sie markieren den Überschneidungsbereich von Freizügigkeitsabkommen und Unionsrecht, in dem sich das Abkommen gleichsam in eine Art „materielles“ Unionsrecht verwandelt.

Dabei bleibt allerdings unklar, wie man sich die angebliche „Verbindlichkeit“ der EuGH-Rechtsprechung vorzustellen hat. Denn jedenfalls aus der Perspektive des deutschen bzw. des Schweizer Rechts wäre die Verbindlichkeit der Rechtsprechung eines Gerichts zu anderen Normen als den auszulegenden über die Grenzen der Rechtskraft hinaus ungewöhnlich. Hinzu kommt, dass offen ist, wann von der Übernahme von „Konzepten“ des Gemeinschaftsrechts und damit von einer ausreichenden Ähnlichkeit zwischen Freizügigkeitsabkommen und Unionsrecht auszugehen ist. Dies bereitet insbesondere dann Schwierigkeiten, wenn eine Trennung zwischen Unionsrecht und dessen Auslegung kaum möglich ist, weil beides – wie insbesondere bei der Rechtsprechung zu den steuerlichen Vorgaben der Grundfreiheiten – nahtlos ineinander übergeht. Das gleiche Problem besteht bei der Frage, wann die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung „lediglich präzisierend“ und wann sie „neu“ ist.

Der EuGH grenzte das Freizügigkeitsabkommen zunächst vom Unionsrecht ab. Er entschied unter Hinweis auf *Polydor*, dass die Binnenmarktauslegung selbst bei Bestimmungen, die wortwörtlich aus dem Unionsrecht übernommen wurden, nicht zwingend auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden kann, da die Schweiz das EWR-Abkommen und damit einen gemeinsamen Binnenmarkt abgelehnt hat. Soweit im Freizügigkeitsabkommen allerdings, wie in Anhang II und III, unmittelbar auf Sekundärrecht verwiesen wird, thematisierte der EuGH die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung nicht, sondern ging schlicht davon aus, dass die entsprechenden Bestimmungen ebenso auszulegen sind wie im Unionsrecht.

Ein ähnliches Bild zeigte sich in der – bislang allerdings nur wenige Urteile umfassenden – Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichte. Dabei ist erwähnenswert, dass diese die Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung zum Teil selbst entschieden, wie etwa der BFH, der sie unter Hinweis auf die „Schutzwirkung“ des Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA in zwei Fällen verneinte; zum Teil sahen sie sich jedoch auch, wie etwa das BSG in Sachen *Grimme*, dazu verpflichtet, diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen.

Anders als der EuGH zeigte sich das Schweizer Bundesgericht von vornherein für eine parallele Auslegung von Freizügigkeitsabkommen und Unionsrecht offen. Wie dies auch in der Literatur vertreten wurde, ging es dabei von der „Verbindlichkeit“ der vorvertraglichen EuGH-Rechtsprechung aus. Zur Übernahme der nachvertraglichen EuGH-Rechtsprechung sah sich das Bundesgericht zwar nicht verpflichtet; in den Familiennachzugsfällen legte es sich allerdings dahingehend fest, auch die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung regelmäßig anwenden zu wollen, wenn nicht „triftige Gründe“ dagegen sprechen.

Im Ergebnis hielt damit der EuGH als das Gericht der Abkommenspartei, die die Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands in das Freizügigkeitsabkommen durchsetzen wollte, die Binnenmarktauslegung und damit seine eigene Rechtsprechung für nicht übertragbar, wäh-

rend das Schweizer Bundesgericht als das Gericht eines Drittstaats sie für sich als „verbindlich“ erachtete – und dies, obwohl es vormalig das Ziel der Schweizer Verhandlungsführer gewesen war, von den Regelungen zur Freizügigkeit nur so wenig wie möglich zu übernehmen.

Im weiteren Verlauf, beginnend mit der Entscheidung Graf und Engel, ging der EuGH seinerseits dazu über, das Freizügigkeitsabkommen mehr und mehr dem Unionsrecht anzunähern. Umgekehrt fanden sich in den Urteilen des Schweizer Bundesgerichts plötzlich Hinweise auf Polydor und die anfängliche restriktive EuGH-Rechtsprechung, wie sie etwa in Grimme zum Ausdruck gekommen war.

Jedenfalls das Schweizer Bundesgericht macht somit keinen Hehl daraus, dass es sich bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung – auch – an der EuGH-Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen orientiert. Dabei geht es ihm aber offenbar nicht in erster Linie darum, das Freizügigkeitsabkommen wie das korrespondierende Unionsrecht auszulegen; vielmehr scheint es sicherstellen zu wollen, dass das Abkommen als vereinheitlichtes Recht von den Gerichten – also insbesondere ihm selbst und dem EuGH – einheitlich ausgelegt wird. Die Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung ist für das Bundesgericht somit anscheinend nur ein Mittel zum Zweck der einheitlichen Auslegung. Dies lässt vermuten, dass es das Freizügigkeitsabkommen nur deswegen von Anfang an wie das korrespondierende Unionsrecht verstand, weil es davon ausging, der EuGH werde dies ebenfalls tun.

Weshalb der EuGH dazu überging, das Freizügigkeitsabkommen in Abkehr zu seiner anfänglichen Rechtsprechung dem Unionsrecht anzunähern, legt er nicht offen, so dass sich darüber lediglich Mutmaßungen anstellen lassen. Eine denkbare Erklärung könnte die „integrationsfreundliche“ Rechtsprechung des Bundesgerichts gewesen sein – und insbesondere dessen Bereitschaft, sowohl die vor-, als auch die nachvertragliche EuGH-Rechtsprechung – vorbehaltlich „triftiger Gründe“ – als maßgeblich für sich anzuerkennen. Bestärkt wird diese Vermutung durch einen Vergleich mit der Rechtsprechung des EuGH

zum EWR-Abkommen, in der sich ein ähnlicher Wandel bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung vollzog, just nachdem der EFTA-Gerichtshof als das gerichtliche Gegenüber des EuGH die Übernahme der Francovich-Rechtsprechung des EuGH über die ungeschriebene Staatshaftung wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung von Richtlinien und damit den Nachvollzug unionsrechtlichen Richterrechts für die EFTA-Staaten entschieden hatte. Ferner zeigt auch die EuGH-Rechtsprechung zur sogenannten „überschießenden“ Anwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten, dass die Verbindlichkeit seiner Rechtsprechung für den EuGH ein maßgebliches Kriterium bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung darstellt.

Damit scheint es so, als ob es sich bei der Frage der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung für die Gerichte weniger um eine Rechtsfrage handelt, die „autark“ im Bezugssystem der jeweiligen Rechtsordnung zu entscheiden ist. Vielmehr handelt es sich offenbar um eine Art strategischer Schaltstelle, für die – jedenfalls faktisch – Gegenseitigkeitsabwägungen (mit) ausschlaggebend sind.

3. Ein ganz ähnliches Problem wie beim Freizügigkeitsabkommen stellt sich bei Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) mit der Frage der dynamischen Auslegung. Diskutiert wird, inwieweit sich DBA „dynamisieren“ lassen, indem auf ihre Auslegung über Änderungen des OECD-Musterkommentars bzw. den Abschluss gegenseitiger Verwaltungsabkommen Einfluss genommen wird. Nach überwiegender Ansicht sind dem allerdings Grenzen gesetzt. So soll der OECD-Musterkommentar lediglich Mittel der historischen Auslegung sein, mit dessen Hilfe sich erhellen lässt, wie die Vertragsparteien Bestimmungen, die sie aus dem OECD-Musterabkommen übernahmen, verstanden wissen wollten. Da die Vertragsparteien aber spätere Änderungen des Musterkommentars bei Abschluss des jeweiligen DBA nicht voraussehen konnten, können diese bei der Auslegung keine Berücksichtigung finden – es sei denn, es handelt sich um bloße Klarstellungen. Ebenso sollen gegenseitige Verwaltungsvereinbarungen für die Rechtsprechung keine Verbindlichkeit entfalten können, wenn sie nicht über

eine ausreichende gesetzliche Grundlage – entweder im DBA selbst oder im nationalen Recht – verfügen.

Die Diskussion offenbart, dass sich hinter der Frage der dynamischen Auslegung von DBA ein Zuständigkeitskonflikt verbirgt. Bei diesem geht es darum, inwiefern die Exekutive als die im Vergleich zur Legislative sehr viel flexiblere Gewalt über den Umweg des Völkerrechts gestalterisch und damit gewissermaßen gesetzgebend tätig werden kann bzw. inwieweit korrespondierend dazu die Befugnisse der Legislative der jeweiligen Abkommenspartei – um der völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit willen – zu relativieren sind. Beim Freizügigkeitsabkommen und der Übertragbarkeit der Binnenmarktauslegung geht es im Kern um das gleiche Problem, nämlich die Frage, bis zu welchem Grad das Freizügigkeitsabkommen dem Unionsrecht angenähert und damit „dynamisiert“ werden kann, ohne dass dies einer zusätzlichen Legitimierung durch die Legislative der jeweiligen Abkommenspartei bedarf. Ob die Binnenmarktauslegung übertragbar ist oder nicht, ergibt sich damit nicht aus dem Freizügigkeitsabkommen selbst. Vielmehr handelt es sich um ein Problem des Binnenrechts der jeweiligen Abkommenspartei. Dieses ist folglich der Bezugsrahmen für die Frage, ob das Freizügigkeitsabkommen dem Unionsrecht ausreichend ähnlich ist und damit „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ vorliegen bzw. eine EuGH-Rechtsprechung als lediglich präzisierend anzusehen ist.

4. Zuständig für diese Abgrenzung sind die Gerichte der jeweiligen Abkommenspartei. Wie die Analyse der Rechtsprechung zeigt, treffen diese allerdings ihre Entscheidungen nicht (mehr) völlig autark, sondern unter Einbindung in eine Art gegenseitiges, wenn auch teilweise bedingtes Referenzsystem. So hat das Schweizer Bundesgericht in seiner Rechtsprechung – ähnlich dem Bundesverfassungsgericht mit den „Solange“-Entscheidungen – eine Art „bedingte Hierarchie“ zur EuGH-Rechtsprechung implementiert. Diese bindet den Schweizer Gesetzgeber. Zwar ist nach Maßgabe der „Schubert“-Grundsätze ein nationaler Treaty Override nicht vollends ausgeschlossen; er ist jedoch an enge Voraussetzungen geknüpft. Solange folglich die Grenze der „triftigen Gründe“ nach Auffassung des Bundesgerichts nicht erreicht

wird, partizipieren die Teile des Freizügigkeitsabkommens, die es als „materielles“ Unionsrecht ausgemacht hat, automatisch an den vergangenen und zukünftigen Weiterentwicklungen der Binnenmarktauslegung durch den EuGH.

Dieses Referenzsystem gilt jedoch nicht nur im Verhältnis Schweiz-EU, sondern auch im Verhältnis der Mitgliedstaaten und der EU. Denn das Freizügigkeitsabkommen wurde als ein gemischtes Abkommen abgeschlossen. Es besteht folglich aus einem unionsrechtlichen und einem mitgliedstaatlichen Teil. Für letzteren versteht sich die Auslegungszuständigkeit des EuGH nicht von selbst. An sich bedarf es daher einer Abgrenzung beider Teile. Allerdings zeigt sich, dass dieser Abgrenzung wiederum der Gedanke des „materiellen“ Unionsrechts zugrunde gelegt wird. Weil im Freizügigkeitsabkommen Regelungen vorgesehen wurden, die so ähnlich sind wie das freizügigkeitsrelevante Unionsrecht, wird das Abkommen folglich dem Unionsrecht zugeschlagen. Dabei bleibt allerdings unklar, ob es sich lediglich um einen Fall der Auslegungszuständigkeit des EuGH aufgrund einer „überschießenden“ Anwendung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten handelt oder der EuGH deswegen zuständig ist, weil es sich beim Freizügigkeitsabkommen (vollumfänglich) um Unionsrecht handelt. Damit verwischen die Grenzen zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht zugunsten des Unionsrechts. Dies führt nicht nur zu einer Bündelung der Rechtsprechungskompetenz beim EuGH, sondern auch dazu, dass das Abkommen als potentiell Unionsrecht dem Anwendungsvorrang unterliegt.

5. Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge ist schwierig und langwierig. Es müssen eine Vielzahl von Partikularinteressen gebündelt werden und oftmals überholt die tatsächliche Entwicklung den Stand der Verhandlungen und der Vertrag ist bereits bei seinem Abschluss veraltet. Dies ist kein spezielles Problem des Freizügigkeitsabkommens, sondern ein allgemeines Phänomen. Bei den Doppelbesteuerungsabkommen lassen sich bereits seit geraumer Zeit Versuche beobachten, diesem Phänomen durch eine gewisse „Dynamisierung“ entgegen zu steuern. Rechtsprechung und Literatur haben jedoch die Grenzen sol-

cher Versuche aufgezeigt. Beim Freizügigkeitsabkommen ist es nun die Rechtsprechung, die auf „materiellem“ Wege mittels Übertragung der Binnenmarktauslegung in einer Art multipolaren ebenenübergreifenden Referenzsystems die „Dynamisierung“ des Abkommens betreibt. Dies erscheint auf der einen Seite als ein effizienter Weg, um auf die zweifellos erstrebenswerte einheitliche Auslegung des Abkommens hinzuwirken. Auf der anderen Seite erfolgt diese Systembildung ohne ausreichende institutionelle Rückkopplung. Es erscheint daher an der Zeit, auch hier die Grenzen einer solchen Dynamisierung kritisch auszuloten.

Hinweis zu den Fundstellennachweisen

Sowohl die Urteile des EuGH (Startseite: <http://curia.europa.eu>; Suchformular: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>), als auch die des Schweizer Bundesgerichts (Startseite: <http://www.bger.ch/index.htm>; Suchformular: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>) sind im Internet abrufbar. Auf gesonderte Fundstellennachweise wurde daher verzichtet. Soweit es sich bei den Urteilen des Bundesgerichts um sog. „Leitentscheide“ handelt, die in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts (BGE) veröffentlicht sind (Suchformular: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm>), wurden allerdings die entsprechenden BGE-Fundstellen genannt. Auf Schweizerische Gesetze wurde i.d.R. mit der Ordnungsnummer in der Systematischen Rechtssammlung (SR) verwiesen. Diese sind ebenfalls im Internet abrufbar (Suchformular: <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/systematische-sammlung.html>).

Literaturverzeichnis

- Amstutz, Marc, Interpretatio multiplex. Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: Epiney, Astrid/Rivière, Florence (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Schulthess, Zürich u.a. 2006, S. 93–119.
- Amstutz, Marc, Normative Kompatibilitäten. Zum Begriff der Europakompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, S. 235–251.
- Aubry Girardin, Florence, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Epiney, Astrid/Metz, Beate/Mosters, Robert (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis, Schulthess, Zürich u.a. 2011, S. 29–48.
- Ault, Hugh J., The Role of the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties, Intertax 1994, S. 144–148.
- Bärenz, Christian, Anmerkung zu BFH, Urteil vom 15. September 2004, I R 5/04, DStR 2005, S. 243–244.
- Baudenbacher, Laura Melusine, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag. (Christian Grimme ./ . Deutsche Angestellten-Krankenkasse, EuGH (Vierte Kammer), Urteil vom 12. November 2009, C-351/08, European Law Reporter 2010, S. 34–37.
- Beiser, Reinhold, Die Freizügigkeit zwischen der EU und der Schweiz: Versteinerung, Aushöhlung oder dynamische Auslegung – eine kritische Sicht der Rechtsprechung des BFH –, IStR 2012, S. 303–305.
- Benesch, Sebastian, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft. Ein Beitrag zum schweizerischen Europäisierungsprozess, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Bieber, Roland, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Epiney, Astrid/Metz, Beate/Mosters, Robert (Hrsg.), Das Personen-

- freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis, Schulthess, Zürich u.a. 2011, S. 1–27.
- Boillet, Véronique, L'Interdiction de Discrimination en Raison de la Nationalité au Sens de l'Accord sur la Libre Circulation des Personnes, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2010.
- Breitenmoser, Stephan/Isler, Michael, Der Rechtsschutz gemäss dem Personenfreizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 im Bereich der Sozialen Sicherheit, in: Schaffhauser, René/Schürer, Christian (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU-CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz. Referate der Tagung vom 29. November 2000 in Luzern, Inst. für Rechtswiss. und Rechtspraxis, St. Gallen 2001, S. 197–215.
- Brocke, Klaus von, Gerechtfertigte Ungleichheit im Recht? Zu den Schlussanträgen in der EuGH-Rs. C-425/11 Ettwein, IWB 2012, S. 925–928.
- Brocke, Klaus von, Erweiterung der Schumacker-Grundsätze gegenüber der Schweiz. Zu dem EuGH-Urteil vom 28.2.2013 – Rs. C-425/11, Ettwein, IWB 2013, S. 226–228.
- Bühler, Roland, Definition des Produktfehlers im Produkthaftungsgesetz (PrHG), AJP 1993, S. 1425–1439.
- Bungenberg, Marc, in: Von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2015.
- Cadosch, Roger M., The influence on Swiss tax law of the Swiss-EC agreement on the free movement of persons, Staempfli, Berne 2005.
- Cloer, Adrian/Vogel, Nina, Ausdehnung der Schumacker-Rechtsprechung auch auf Schweizer Grenzgänger. – Anm. zu EuGH vom 28.2.2013 – Rs. 425/11, Ettwein –, Der Betrieb 2013, S. 1141–1144.
- Cordewener, Axel, Seminar A: Der Einfluss von EU-Nichtdiskriminierungsregeln auf Nicht-EU-Staaten, IStR 2008, S. 536–541.
- Cottier, Thomas/Diebold, Nicolas, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen. Zur Anwendung und Auslegung von nachvollzogenem Recht

- und Staatsverträgen unterschiedlicher Generation, Jusletter v. 2. Februar 2002, S. 1–16.
- Cottier, Thomas/Dzambo, Daniel/Evtimov, Erik, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, S. 357–392.
- Cottier, Thomas/Evtimov, Erik, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in: Cottier, Thomas/Oesch, Matthias (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG. Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht; Tagung vom 28. Februar 2002 an der Universität Bern, Stämpfli, Bern 2002, S. 179–207.
- Cottier, Thomas, Swiss Model of European Integration, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, S. 377–393.
- Cottier, Thomas/Diebold, Nicolas/Kölliker, Isabel/Liechti-McKee, Rachel/Oesch, Matthias/Payosova, Tetyana/Wüger, Daniel, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Stämpfli, Bern 2014.
- Cottier, Thomas/Liechti, Rachel, Zwischen Skylla und Charybdis: Die Rezeption des europäischen Wirtschaftsrechts in der Schweiz, EuZW 2012, S. 849–854.
- Delcourt, Christine, The Acquis Communautaire: Has the Concept had its Day?, Common Market Law Review 2001, S. 829–870.
- Delli, Chantal, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Helbing Lichtenhahn, Basel 2009.
- Dörr, Oliver, in: Dörr, Oliver/Schmalenbach, Kirsten (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Springer, Berlin Heidelberg 2012.
- Dörr, Oliver, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, C.H. Beck, München 2017.
- Eeckhout, Piet, EU external relations law, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford/New York 2011.

- Ehricke, Ulrich, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozeßrecht und nach Gemeinschaftsrecht, Europa-Institut, Universität des Saarlandes, Saarbrücken 1997.
- Englmair, Vanessa, Agreement with Switzerland on the Free Movement of Persons. Extension of the Fundamental Freedoms to Switzerland under Consideration of the ECJ Case Law in the Area of Direct Taxation, Wirtschaftsuniversität, Wien 2013.
- Enz, Marc, Grenzgängerregelungen, Stämpfli, Bern 2012.
- Epiney, Astrid, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Epiney, Astrid/Metz, Beate/Mosters, Robert (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis, Schulthess, Zürich u.a. 2011, S. 81–126.
- Epiney, Astrid, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Eine politische oder eine rechtliche Frage?, Jusletter v. 16. Dezember 2013, S. 1–11.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Pirker, Benedikt, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Schulthess, Zürich 2012.
- Epiney, Astrid, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 1–31.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Epiney, Astrid/Rivière, Florence (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Schulthess, Zürich u.a. 2006, S. 57–73.
- Evtimov, Erik, Die Tragweite der Niederlassung in den Assoziierungsabkommen mit den Mittel- und Osteuropäischen Ländern (MOEL) im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH, WiRO 2001, S. 289–294.
- Fahey, Elaine, Swimming in a Sea of Law: Reflections on Water Borders, Irish (-British)-Euro Relations and Opting-Out and Opting-In after the Treaty of Lisbon, CMLR 47 (2010), S. 673–707.

- Fehrenbacher, Ansgar, Freier Personenverkehr zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft Änderungen durch das bilaterale Abkommen zur Personenfreizügigkeit, NVwZ 2002, S. 1344–1347.
- Filliez, Fabrice, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Felder, Daniel/Kaddous, Christine (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen), Helbing & Lichtenhahn, Bâle u.a. 2001, S. 183–208.
- Fritsch, Rainer, Steuerabzug bei einem in der Schweiz ansässigen Vergütungsgläubiger, SteuK 2012, S. 36.
- Fritsch, Rainer, Kein Sonderausgabenabzug des an eine schweizerische Privatschule gezahlten Schulgeldes, SteuK 2012, S. 314.
- Furrer, Andreas, Der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das schweizerische Wirtschaftsprivatrecht, SZIER 2006, S. 311–334.
- Geißler, Patrick/Lehner, Martin/Sunde, Martina, D-A-CH Steuer-Kongress 2013: Probleme aus der aktuellen DBA-Praxis, IStR 2013, S. 641–649.
- Habersack, Mathias/Mayer, Christian, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, JZ 1999, S. 913–921.
- Häck, Nils, Stundung der Vermögenszuwachssteuer (§ 6 AStG) bei Wegzug in die Schweiz, IStR 2011, S. 797–800.
- Hailbronner, Kay, Die Freizügigkeit türkischer Staatsangehöriger nach dem Assoziations-Abkommen EWG/Türkei, EuR 1984, S. 54–84.
- Hailbronner, Kay, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, S. 48–57.
- Hailbronner, Kay, Einreise und Aufenthalt türkischer Staatsangehöriger im Assoziationsrecht EWG-Türkei – Anmerkungen zur Rechtsprechung des EuGH, ZAR 2011, S. 322–329.
- Hangartner, Yvo, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, S. 257–269.
- Haslehner, Werner, Die Anwendung von EG-Grundfreiheiten im Verhältnis zur Schweiz, SWI 2007, S. 221–229.

- Heliskoski, Joni, The Jurisdiction of the European Court of Justice to Give Preliminary Rulings on the Interpretation of Mixed Agreements, *Nordic Journal of International Law* 69 (2000), S. 395–412.
- Hess, Burkhard, Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens, *RabelsZ* 2002, S. 470–502.
- Hinny, Pascal, Personenverkehrsabkommen und Schweizer Quellensteuerordnung, *IFF Forum für Steuerrecht* 2004, S. 251–269.
- Hinny, Pascal, Das Diskriminierungsverbot des Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht, *IFF Forum für Steuerrecht* 2004, S. 165–188.
- Hinny, Pascal, Tendenzen der (Grundfreiheiten-)Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Steuerrechts – Auswirkungen auf die Schweiz, *IFF Forum für Steuerrecht* 2009, S. 77–90.
- Hummel, Lars, Zur innerstaatlichen Bindungswirkung von auf Doppelbesteuerungsabkommen beruhenden Konsultationsvereinbarungen. Betrachtungen anlässlich der Ergänzung von § 2 AO durch das Jahressteuergesetz 2010, *IStR* 2011, S. 397–403.
- Imhof, Edgar, Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode. – Sind auch die Urteile Bosman, Kohll und Jauch bei der Auslegung zu berücksichtigen? –, *ZESAR* 2007, S. 155–167.
- Ismer, Roland, DBA-Konkretisierung durch die Exekutive? Zur Bindungswirkung von Verständigungsvereinbarungen nach Art. 25 Abs. 3 Satz 1 OECD-MA, *IStR* 2009, S. 366–371.
- Jaag, Tobias/Zihlmann, Magda, Institutionen und Verfahren, in: Thürer, Daniel/Weber, Rolf H./Portmann, Wolfgang et. al. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU. Handbuch*, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 2007, S. 65–102.
- Kaddous, Christine, Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne, in: Felder, Daniel/Kaddous, Christine (Hrsg.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen)*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle u.a. 2001, S. 77–115.
- Kahil-Wolff, Bettina/Mosters, Robert, Struktur und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz/EG, in: Schaffhauser, René/Schürer, Christian (Hrsg.), *Die Durchführung des Abkommens EU-CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz*.

- Referate der Tagung vom 29. November 2000 in Luzern, Inst. für Rechtswiss. und Rechtspraxis, St. Gallen 2001, S. 9–26.
- Kahil-Wolff, Bettina/Mosters, Robert, Das Abkommen über die Freizügigkeit EG – Schweiz, *EuZW* 2001, S. 5–10.
- Karpenstein, Ulrich, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München 2017.
- Kessler, Wolfgang/Eicker, Klaus/Obser, Ralph, Die Schweiz und das Europäische Steuerrecht – Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Recht der direkten Steuern im Verhältnis zu Drittstaaten am Beispiel der Schweiz –, *IStR* 2005, S. 658–669.
- Knopf, Peter, *Europarechtliche und völkerrechtliche Fragen einer Entwicklungspolitik der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten*, Duncker & Humblot, Berlin 1983.
- Kobierski, Marlene, Die europarechtskonforme Auslegung im schweizerischen Mehrwertsteuerrecht, *ASA* 78 (2009/2010), S. 105–138.
- Kokott, Juliane, Die Schweiz und Europa – unter besonderer Berücksichtigung der Personenfreizügigkeit, in: Cremer, Hans-Joachim/Giegerich, Thomas/Richter, Dagmar et. al. (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Berlin 2002, S. 771–804.
- Kolb, Andreas, Bilaterale Verträge I – Personenfreizügigkeit / Grenzgängerbesteuerung, *IFF Forum für Steuerrecht* 2004, S. 22–31.
- Krück, Hans, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei, *EuR* 1984, S. 289–310.
- Krumm, Marcel, in: Heuermann, Bernd/Brandis, Peter (Hrsg.), *Blümich, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Kommentar*, Franz Vahlen, München 2017.
- Lampert, Steffen, Die dynamische Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen unter besonderer Beachtung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen, *IStR* 2012, S. 513–518.
- Lang, Michael, Wer hat das Sagen im Steuerrecht? Die Bedeutung des OECD-Steuerausschusses und seiner Working Parties, *ÖStZ* 2006, S. 203–210.
- Lang, Michael, Die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung des Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeitsabkommen, in: Reich,

- Markus/Uttinger, Laurence/Rentzsch, Daniel P. et. al. (Hrsg.), *Dogmatik und Praxis im Steuerrecht. Festschrift für Markus Reich, Schulthess, Zürich 2014*, S. 409–434.
- Lang, Michael/Lüdicke, Jürgen/Reich, Markus, *Beteiligungen im Privatvermögen: Die Besteuerung des Wegzugs aus Österreich und Deutschland in die Schweiz – Teil II*, IStR 2008, S. 709–719.
- Lang, Michael, *Haben die Änderungen der OECD-Kommentare für die Auslegung älterer DBA Bedeutung?*, SWI 1995, S. 412–416.
- Lang, Michael, *Seminar B, Teil 2: Das OECD-Musterabkommen – 2001 und darüber hinaus: Welche Bedeutung haben die nach Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens erfolgten Änderungen des OECD-Kommentars?*, IStR 2001, S. 536–539.
- Lehner, Moris, *Die Umsetzung von abkommensrechtlichen Konsultationsvereinbarungen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung und Doppelnichtbesteuerung durch Rechtsverordnungen*, IStR 2011, S. 733–739.
- Lehner, Moris, in: *Vogel, Klaus/Lehner, Moris, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen, Kommentar auf Grundlage der Musterabkommen*, 6. Aufl., C.H. Beck, München 2015.
- Lüdicke, Jürgen, *Umsetzung des EuGH-Urteils vom 28. 2. 2013 in der Rs.C-425/11, Ettwein, § 1a EStG bei Wohnsitz Schweiz. BMF Schreiben vom 16. 9. 2013 IV C 3 – S 1325/11/10014*, IStR 2013, S. 928.
- Lukaschek, Anita/Weidel, Birgit, *Exclusive External Competence of the European Community*, in: *Griller, Stefan/Weidel, Birgit (Hrsg.), External economic relations and foreign policy in the European Union*, Springer, Wien, New York 2002, S. 113–150.
- Mahlmann, Matthias, *Conditioned Hierarchies of Law in Europe*, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013*, S. 395–414.
- Maier, Julian, *Die steuerlichen Implikationen der Mobilitätsgarantien des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU*, *Nomos, Baden-Baden 2013*.
- Maritz, Daniel, *Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen*, in: *Felder, Daniel/Kaddous, Christine (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) Bilaterale*

- Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen), Helbing & Lichtenhahn, Bâle u.a. 2001, S. 331–351.
- Matteotti, René, Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules – A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary, *Intertax* 2005, S. 336–350.
- Meesen, Karl Matthias, Das Abkommen von Lomé als gemischter Vertrag, *EuR* 1980, S. 36–50.
- Meilicke, Wienand, Zur Vorlagepflicht des BFH in Bilanzierungsfragen, *BB* 1999, S. 890–894.
- Mögele, Rudolf, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012.
- Müller-Graff, Peter-Christian, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012.
- Musil, Andreas/Fähling, Lars, Neue Entwicklungen bei den europarechtlichen Rechtfertigungsgründen im Bereich des Ertragsteuerrechts, *DStR* 2010, S. 1501–1505.
- Oesch, Matthias, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: Cottier, Thomas (Hrsg.), *Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2012, S. 13–39.
- Oesch, Matthias, Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU. Zugang zum Beruf des Notars und Anerkennung von Berufsqualifikationen als aktuelle Beispiele, in: Borghi, Marco/Zufferey, Jean-Baptiste/Dubey, Jacques et. al. (Hrsg.), *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65e anniversaire*, Schulthess, Zürich u.a. 2011, S. 361–382.
- Oesterhelt, Stefan, Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, *ASA* 80 (2011/2012), S. 373–396.
- Oesterhelt, Stefan, Quellensteuerordnung verstößt gegen die Bilateralen Abkommen, *IFF Forum für Steuerrecht* 2010, S. 211–230.
- Ott, Andrea, Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (*acquis communautaire*). Anmerkung zu den EuGH-Urteilen Andersson und Rechberger

- vom 15.6.1999 und der EFTA-Rechtssache Sveinbjörnsdóttir vom 10.12.1998, EuZW 2000, S. 293–298.
- Pache, Eckhard/Bielitz, Joachim, Das Verhältnis der EG zu den völkerrechtlichen Verträgen ihrer Mitgliedstaaten, EuR 2006, S. 316–339.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, Struktur und aktuelle Rechtsfragen des Assoziationsrechts, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht (ZaöRV) 33 (1973), S. 266–311.
- Probst, Thomas, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004, S. 225–260.
- Prokisch, Rainer, Fragen der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, SWI 1994, S. 52–59.
- Prokisch, Rainer, Does it Make Sense if We Speak of an ‘International Tax Language’?, in: Vogel, Klaus (Hrsg.), Interpretation of tax law and treaties and transfer pricing in Japan and Germany, Kluwer Law International, The Hague, Boston 1998, S. 103–110.
- Richter, Stefan, Die Assoziierung osteuropäischer Staaten durch die Europäischen Gemeinschaften. Eine Untersuchung der rechtlichen Grundlagen der Vertragsgestaltung zwischen den Europäischen Gemeinschaften und Polen, Ungarn und der Tschechoslowakei: Recht der Europäischen Gemeinschaften und GATT, Springer, Berlin/New York 1993.
- Sauer, Heiko, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen, Springer, Berlin/New York 2008.
- Schmalenbach, Kirsten, in: Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2016.
- Schnitger, Arne, Die Einbeziehung des OECD-Kommentars in der Rechtsprechung des BFH, IStR 2002, S. 407–410.
- Schnorbus, York, Autonome Harmonisierung in den Mitgliedstaaten durch die Inkorporation von Gemeinschaftsrecht. Eine Untersuchung zur einheitlichen Anwendung und Auslegung europäischen und autonomen nationalen Rechts und zur entsprechenden Zustän-

- digkeit des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, *RabelsZ* 2001, S. 654–705.
- Schön, Cordula, *Der rechtliche Rahmen für Assoziierungen der Europäischen Gemeinschaft vor dem aktuellen Hintergrund der Annäherungs- und Mitgliedschaftswünsche der mittel- und osteuropäischen Staaten*, P. Lang, Frankfurt am Main/New York 1994.
- Schön, Wolfgang, *Beraterhaftung und hypothetischer Inzidentprozess*, in: Meller-Hannich, Caroline (Hrsg.), *Rechtslage, Rechtserkenntnis, Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag*, Beck, München 2015, S. 119–138.
- Schön, Wolfgang, *Steuerliche Einkünfteermittlung, Maßgeblichkeitsprinzip und Europäisches Bilanzrecht*, in: Flick, Hans/Klein, Franz (Hrsg.), *Unternehmen Steuern. Festschrift für Hans Flick zum 70. Geburtstag*, O. Schmidt, Köln 1997, S. 573–584.
- Schreiber, René/Jaun, Roger, *EuGH-Urteil zur Wegzugsbesteuerung – eine Chance für die Schweiz? Niederlassungsfreiheit höher gewichtet als Besteuerung stiller Reserven*, *Der Schweizer Treuhänder* 2004, S. 769–776.
- Schröder, Holger, *Die auslegende Konsultationsvereinbarung am Beispiel des Besteuerungsrechtes für Abfindungszahlungen*, *IStR* 2009, S. 48–51.
- Sunde, Martina, *Entfalten die Grundfreiheiten ihre steuerlichen Auswirkungen auch im Verhältnis zur Schweiz? Besprechung des EuGH-Urteils vom 28. 2. 2013, C-425/11, Ettwein*, *IStR* 2013, S. 568–573.
- Tobler, Christa, *„Die Geister, die ich rief ...“ Zum Ja der Schweiz zur Masseneinwanderungsinitiative und zum umgekehrten „Drei-Kreise-Modell“ der EU*, *SZIER* 2014, S. 3–9.
- Tobler, Christa, *Die EuGH-Entscheidung Grimme – Die Wiederkehr von Polydor und die Grenze des bilateralen Rechts*, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2009/2010, S. 369–384.
- Vedder, Christoph, *Die Außenbeziehungen der EU und die Mitgliedstaaten: Kompetenzen, gemischte Abkommen, völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Wirkungen des Völkerrechts*, *EuR* 2007, S. 57–91.
- Vöneky, Silja/Beylage-Haarmann, Britta, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München 2017.

- Wassermeyer, Franz, Auswirkungen der neueren Entscheidungen des Großen Senats zum Bilanzsteuerrecht, *Der Betrieb* 2001, S. 1053–1057.
- Wassermeyer, Franz, in: Wassermeyer, Franz/Kaesler, Christian/Schwenke, Michael/Drüen, Klaus-Dieter (Hrsg.), *Doppelbesteuerung, Kommentar*, C.H. Beck, München 2017.
- Wegener, Bernhard W., in: Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar*, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2016.
- Weigell, Jörg, Geltung der Niederlassungsfreiheit auch im Verhältnis zur Schweiz, *IStR* 2006, S. 190–195.
- Wiegand, Wolfgang, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: Forstmoser, Peter/von der Crone, Hans Caspar/Weber, Rolf H. et. al. (Hrsg.), *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Schulthess, Zürich 1999, S. 171–189.
- Wüger, Daniel/Scarpelli, Samuele, Die vernachlässigten institutionellen Aspekte der Bilateralen Verträge und die Aushandlung eines Rahmenvertrages, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2005/2006, S. 287–325.
- Wyss, Martin Philipp, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, *AJP* 2007, S. 717–728.

Macht der Bürger eines EU-Mitgliedstaats von seinen Freizügigkeitsrechten Gebrauch und erleidet dadurch steuerliche Nachteile, kann er sich gegenüber dem Fiskus auf die unionsrechtlich garantierte Freizügigkeit berufen. Gilt das Gleiche möglicherweise auch bei Sachverhalten mit Bezug zur Schweiz – obwohl die Schweiz weder Mitglied der EU, noch des EWR ist? Immerhin gelten auf Grundlage des Freizügigkeitsabkommens bestimmte Freizügigkeitsrechte auch im Verhältnis zur Schweiz.

In dieser Arbeit wird untersucht, ob diese Rechte auf eine ähnliche Weise zu verstehen sind wie die Grundfreiheiten des Unionsrechts, ob somit die „Binnenmarktauslegung“ auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden kann. Dazu werden Literatur und Rechtsprechung analysiert, wobei die Analyse nicht auf das Freizügigkeitsabkommen beschränkt ist, sondern auch andere Bereiche einbezieht, in denen sich die gleiche Frage stellt – wie dies insbesondere bei der „überschießenden Anwendung“ von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten oder dem „autonomen Nachvollzug“ von Unionsrecht durch die Schweiz der Fall ist.

16,50 €
ISBN 978-3-95925-077-1

