

Zur bilateralen Dienstleistungsfreiheit

Christa Tobler / Daniel Maritz

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung und Überblick
 - I. Der EG-Binnenmarkt und bilaterales Recht
 - II. Keine Anwendung des EG-Dienstleistungsrechts auf Drittstaaten
 - III. Dienstleistungen im bilateralen Recht zwischen der EG und der Schweiz
- B. Generelles zum Dienstleistungsverkehr im FZA
 - I. Hintergrund und Ziele
 - II. Grundsätze für die Auslegung des FZA
 - III. Nicht erfasste und erfasste Dienstleistungen
 - IV. Dauer der Dienstleistungserbringung
- C. Ausgewählte Fragen zum Dienstleistungsverkehr nach dem FZA
 - I. (Aktive) Dienstleistungserbringung
 - II. Der Sonderfall der Entsendung von Arbeitnehmern
 - III. (Passiver) Dienstleistungsempfang
 - IV. Korrespondenzdienstleistungen
- D. Schlussbemerkungen

A. Einleitung und Überblick

I. Der EG-Binnenmarkt und bilaterales Recht

Das Kernprojekt der Europäischen Union ist bekanntlich der Binnenmarkt. Nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c EGV ist er „durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet“. Die Vertragsbestimmungen über die vier Freiheiten gelangen aber nur insoweit zur Anwendung, als das EG-Recht nicht auf der Stufe des Sekundärrechtes (Verordnungen und Richtlinien) spezifische Bestimmungen enthält.¹ Bekanntlich gibt es im EG-Recht eine Vielzahl solcher Regelungen. Aus diesem breiten, aber thematisch deutlich geordneten Spektrum des EG-Rechts greift das bilaterale Recht, welches das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU bzw. der EG (und teilweise auch ihren Mitgliedstaaten) regelt, bestimmte Aspekte heraus und regelt sie in einer Vielzahl von Abkommen. Der bilaterale Acquis ist im Laufe von Jahrzehnten gewachsen. Insofern verwundert nicht, dass er nicht einen mit dem EG-Recht vergleichbaren systematischen Aufbau aufweist. Inhaltlich betrachtet handelt es sich um ein System von „bits and pieces“, das weder voll das EG-Recht abbildet, noch systematisch einheitlich ist. Der Dienstleistungsverkehr im Verhältnis zwischen

¹

Sog. Tedeschi-Prinzip; siehe dazu *Christa Tobler/Jacques Beglinger*, Essential EC Law in Charts, 2007, Tafel 11/7.

der EU und der Schweiz, mit der sich der vorliegende Beitrag befasst, ist dafür ein besonders illustratives Beispiel.²

II. Keine Anwendung des EG-Dienstleistungsrechts auf Drittstaaten

Die EG-rechtlichen Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit sind im Verhältnis zu Drittstaaten nicht anwendbar. Anders als Art. 56 Abs. 1 EGV über die Kapitalverkehrsfreiheit, der über Kapitalbewegungen innerhalb der EU hinaus auch solche zwischen der EU und Drittstaaten erfasst, beziehen sich die Art. 49 und 50 EGV über die Dienstleistungsfreiheit ausdrücklich nur auf Dienstleistungsbewegungen zwischen EU-Mitgliedstaaten und auf Personen mit der Staatsangehörigkeit dieser Staaten. Zwar sieht der zweite Absatz von Art. 49 EGV die Möglichkeit vor, dass der Rat beschliesst, dass das Kapitel über den Dienstleistungsverkehr „auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind“. Allerdings wurde bis heute kein entsprechender Erlass verabschiedet; ein Richtlinienvorschlag der Kommission hatte keinen Erfolg.³ Dasselbe Schicksal war einem Richtlinienvorschlag über die Entsendung von Drittstaatsangehörigen beschieden.⁴ In diesem Bereich profitieren Drittstaatsangehörige aber immerhin bis zu einem gewissen Grad indirekt vom EG-Recht, weil sich die sie grenzüberschreitend entsendenden Unternehmen aus der EU grundsätzlich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können.⁵ Schliesslich ist zu erwähnen, dass das EG-Recht die Dienstleistungsfreiheit nicht einmal den Drittstaatsangehörigen mit Langzeitstatus in der EU gewährt. Zwar ist ihre Rechtsstellung in vielen Punkten derjenigen von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten angeglichen, die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen innerhalb der EU ist aber davon ausdrücklich ausgenommen (Art. 14 Ziff. 5 Bst. b der Richtlinie 2003/109/EG).⁶

Angesichts der fehlenden Anwendbarkeit des EG-Dienstleistungsrechts auf Dienstleistungen aus Drittstaaten ist in der Praxis versucht worden, auf die Kapitalverkehrsfreiheit auszuweichen. Die Rechtssache *Fidium Finanz*⁷ betraf ein schweizerisches

² Für die Situation innerhalb der Schweiz siehe Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Bericht zur Dienstleistungliberalisierung in der Schweiz im Vergleich zur EU, <<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/00018/01808/index.html?lang=de>>.

³ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ausdehnung der grenzüberschreitenden Dienstleistungsfreiheit auf in der Gemeinschaft niedergelassene Staatsangehörige dritter Länder, ABl. 1999 C 67, 17. Dazu etwa *Guiseppa Bertola/Lorenza Mola*, Paths to Harmonization: Legal Evolution of Internal and External Trade in Services through Personal Mobility in the EU, Legal Issues of Economic Integration 2008, 323, 339.

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Entsendung von Arbeitnehmern mit Staatsangehörigkeit eines dritten Landes im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1999 C 67, 12.

⁵ EuGH, Rs. C-168/04, *Kommission/Österreich*, Slg. 2006, I-9041.

⁶ Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2004 L 16, 44.

⁷ EuGH, Rs. C-452/04 *Fidium Finanz AG*, Slg. 2006, I-9521; siehe dazu etwa *Titus van Stiphout*, Freier Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen der EG und Drittstaaten, Eu-

Finanzdienstleistungsunternehmen, das in Deutschland Kredite anbot und sich gegen das nach deutschem Recht bestehende Erfordernis einer Bewilligung wehrte. Das Argument des Unternehmens, seine Tätigkeit werde von der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst, wurde zwar von Generalanwältin Stix-Hackl akzeptiert, nicht aber vom EuGH. Nach seiner Entscheidung liegt der Schwerpunkt eines solchen Falles im Bereich der Dienstleistungen.

Eine Anspruchsgrundlage für die Dienstleistungsfreiheit von Drittstaatsunternehmen kann sich aus einem von der EG und einem oder mehreren Drittstaaten abgeschlossenen Abkommen ergeben. Das ist im Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum der Fall. Auch das Freizügigkeitsabkommen (FZA)⁸ regelt den Bereich der Dienstleistungen, es bietet aber – wie weiter hinten zu zeigen sein wird⁹ – für Finanzdienstleistungen wie im Fall *Fidium Finanz* keine Anspruchsgrundlage.

III. Dienstleistungen im bilateralen Recht zwischen der EG und der Schweiz

Im bilateralen Recht zwischen der Schweiz und der EU gibt es kein allgemeines Dienstleistungsabkommen. Ein solches Traktandum wurde zwar beim Abschluss der Verhandlungen über die sog. „Bilateralen I“ für spätere Verhandlungen vorgesehen; die Gespräche wurden jedoch einvernehmlich suspendiert.¹⁰ Heute sind Dienstleistungsaspekte in verschiedenen Abkommen geregelt, so für den Sonderbereich Verkehr in den Land-¹¹ und Luftverkehrsabkommen,¹² für das öffentliche Beschaffungswesen im Abkommen zu diesem Thema,¹³ und in allgemeiner Hinsicht im FZA. Letzteres regelt Fragen, die im System des EG-Rechts der Personenfreizü-

European Law Reporter 2006, 442-446, *Christa Tobler*, Die *Fidium Finanz*-Entscheidung des EuGH, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 2006, 397, sowie *Martha O'Brien*, *Common Market Law Review* 2007, 1483.

⁸ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, für die EG und ihre Mitgliedstaaten ABl. 2002 L 114, 6, für die Schweiz SR 0.142.112.681.

⁹ Siehe hinten B.III.

¹⁰ *Christoph Nufer*, Bilaterale Verhandlung, wie weiter? Liberalisierung der Dienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU: Gewinner und Verlierer aus Schweizer Sicht, *Basler Schriften zur europäischen Integration* Nr. 79, 2006, 8.

¹¹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, für die EG ABl. 2002 L 114, 91, für die Schweiz SR 0.740.72.

¹² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr, für die EG ABl. 2002 L 114, 73, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68.

¹³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, für die EG ABl. 2002 L 114, 430, für die Schweiz SR 0.172.052.68.

gigkeit, der Dienstleistungsfreiheit und (wenn auch nur am Rande) der Kapitalverkehrsfreiheit zugeordnet werden können.¹⁴

Zehn Jahre nach dem Abschluss des FZA greift der vorliegende Beitrag einige rechtliche Aspekte zu Dienstleistungen im grenzüberschreitenden Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU nach den Vorschriften des FZA auf. Nach einigen allgemeinen Bemerkungen zum Abkommen werden ausgewählte Fragen bezüglich Anwendungsbereich und Inhalt des FZA mit Bezug auf Dienstleistungen besprochen.

B. Generelles zum Dienstleistungsverkehr im FZA

I. Hintergrund und Ziele

Ziel und Hauptinhalt des Freizügigkeitsabkommens ist, die Regeln des freien Personenverkehrs der EU auch für die Schweiz zur Anwendung zu bringen.¹⁵ Der freie Personenverkehr räumt Arbeitnehmern und Selbständigerwerbenden namentlich das Recht ein, ihren Ort des Verbleibs, Aufenthalts und ihrer Arbeits- bzw. Erwerbstätigkeit auf der Basis der in der EU geltenden Regeln (*acquis communautaire*) frei zu wählen. Zentraler Teil dieser auf Dauer ausgerichteten Rechte ist das Recht, sich in einem anderen Staat niederzulassen. Die Regeln über den freien Personenverkehr sind dagegen nicht auf eine bloss vorübergehende Tätigkeit in einem anderen Staat ausgerichtet, bei welcher nicht vom Recht auf Niederlassung Gebrauch gemacht wird. Innerhalb der EU stehen dafür die (gegenüber dem freien Personenverkehr grundsätzlich subsidiären)¹⁶ Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit als Rechtsgrundlage zur Verfügung.

Um im FZA Widersprüche und unsinnige Resultate bei der Anwendung des freien Personenverkehrs (mit der Berechtigung zu Erwerbstätigkeit und Niederlassung im Aufnahmestaat) im Verhältnis zur Schweiz zu vermeiden, wurden darin auch vorübergehende bzw. zeitlich beschränkte grenzüberschreitende Tätigkeiten geregelt. Dabei hat das FZA für den Dienstleistungsverkehr nicht einfach auf den *acquis communautaire* zur Dienstleistungsfreiheit in der EU verweisen können und wollen. Dies lag weder im Mandat der Verhandlungsdelegationen, noch hätte sich die Dienstleistungsfreiheit auf Basis des EG-Rechts von den (parallel verhandelten) Abkommen der Bilateralen I sinnvoll abgrenzen lassen; diese Abkommen, namentlich in den Bereichen Luftverkehr, Landverkehr und öffentliches Beschaffungswesen, beinhalten in ihren Regelungsbereichen bedeutende Liberalisierungsschritte für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung.¹⁷ Indessen regeln sie

¹⁴ Zu Letzterem *Christa Tobler*, Der Kauf von Ferienwohnungen nach EG-Recht und bilateralem Recht. Zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-213/04 Ewald Burtcher – Josef Staude-
rer, Jusletter vom 3. Juli 2006, Rz. 32.

¹⁵ Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, Ziff. 272 und 273.11.

¹⁶ Dazu z.B. *Waltraud Hakenberg*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 49/50, Rn. 8.

¹⁷ Vgl. vorne A.III.

bestimmte Sektoren der Wirtschaft und enthalten keine allgemeingültigen Anspruchsgrundlagen für die Erbringung von Dienstleistungen.

Das FZA nimmt sich der Dienstleistungen wie folgt an: Einerseits musste vermieden werden, dass das FZA Rechte wieder zurücknimmt bzw. ausschliesst, die in anderen Abkommen eingeräumt werden. Der Einleitungssatz von Art. 5 Abs. 1 FZA sichert daher die Rechte der Dienstleistungserbringer aus anderen Abkommen mit einem entsprechenden Vorbehalt.¹⁸ Der Vorbehalt beruht namentlich auf dem Umstand, dass das FZA die Dienstleistungserbringung zeitlich limitiert. Andererseits galt es, den Wertungswiderspruch zu den mit der Personenfreizügigkeit gewährten Rechten des Zugangs zu selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten mit (auf Dauer) eingeräumten Aufenthaltsrechten zu vermindern. Eine zeitlich begrenzte, grenzüberschreitende Tätigkeit sollte ermöglicht werden, ohne jedoch gleich den gesamten *acquis communautaire* zur Dienstleistungsfreiheit zu übernehmen. Dieses Ziel wird in Art. 1 Bst. b FZA dahingehend umschrieben, dass das FZA eine „Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien“ erzielen soll, „insbesondere Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen.“ Wie diese Bestimmung und die Konkretisierungen im FZA und Anhang I auszulegen sind und in der Praxis ausgelegt werden, soll nachstehend näher untersucht werden.

II. Grundsätze für die Auslegung des FZA

Das Freizügigkeitsabkommen erläutert nicht, was unter der „Erbringung von Dienstleistungen“,¹⁹ zu verstehen ist. Ebenso wenig definiert es, wer ein „Dienstleistungserbringer“²⁰ bzw. ein „Dienstleistungsempfänger“²¹ ist und was unter der „Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen“²² zu verstehen ist. Nicht einmal der Begriff der „Dienstleistung“ selber wird umschrieben. Es handelt sich samt und sonders um Begriffe, welche dem EG-Recht entstammen. Für solche Fälle enthält Art. 16 Abs. 2 FZA folgende Auslegungsregel:

„Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt.“

Grundsätzlich erscheint anerkannt, dass „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ in Anlehnung an ihre Bedeutung in der EU auszulegen sind. Nur wenn die Bestimmungen des FZA ausdrücklich vom EG-Recht abweichen, greift diese Auslegungsregel nicht.²³ Auch das Bundesgericht bekennt sich im Prinzip zu diesem Ansatz, macht

¹⁸ Art. 5 Abs. 1 FZA: „Unbeschadet besonderer Abkommen über die Erbringung von Dienstleistungen [...] wird einem Dienstleistungserbringer einschliesslich Gesellschaften gemäss Anhang I das Recht eingeräumt [...].“

¹⁹ Art. 5 Abs. 1 FZA; Art. 17 von Anhang I.

²⁰ Art. 5 Abs. 1 und 2 FZA; Art. 17 - 22 von Anhang I.

²¹ Art. 5 Abs. 3 FZA; Art. 23 von Anhang I.

²² Art. 17 Abs. 1 Bst. a von Anhang I.

²³ Edgar Imhof, Das Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155, 163; Astrid Epiney, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1, 8 f.; Yvo Hangartner, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im

aber im Bereich von medizinischen Behandlungen eine gewichtige Ausnahme, auf welche später näher eingegangen werden soll.²⁴

Was den Zeitpunkt der Rechtsprechung des EuGH anbelangt, so handhabt das Bundesgericht die Grenze des Erlasses von EuGH-Entscheidungen vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA in pragmatischer Weise. Entscheidend ist nicht das Datum als solches, sondern der Inhalt einer Entscheidung. Wenn eine neuere Entscheidung des EuGH ältere Rechtsprechung lediglich bestätigt oder präzisiert, so wird sie dennoch berücksichtigt.²⁵

III. Nicht erfasste und erfasste Dienstleistungen

Die Tragweite der Bestimmungen über die Dienstleistungen wird im FZA eingeschränkt:

- Gewisse Tätigkeitsfelder sind vom Anwendungsbereich der Bestimmungen des FZA zu den Dienstleistungen ausgeschlossen. Dies gilt einerseits für Tätigkeiten der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen und andererseits für Finanzdienstleistungen, für die eine vorherige Genehmigung erforderlich ist und eine Aufsicht besteht.²⁶ Durch diese Bereichsausnahmen sind bedeutende Sektoren wie Bank- und Versicherungsdienstleistungen²⁷ für grenzüberschreitende Angebote vom FZA ausgeschlossen. Dies bedeutet zugleich, dass einschlägige Sekundärgesetzgebung der EG (z.B. die sog. MiFid-Richtlinie)²⁸ nicht relevant sein kann (was aber nicht ausschliesst, dass die Schweiz dadurch in indirekter Weise berührt wird).²⁹ Im Falle der Versicherungen dürften in der Zukunft gewisse Vorschriften im EG-Recht über die Anerkennung der Aufsichtsregime in Drittstaaten auch für die Schweiz von Bedeutung sein (sog. Solvabilität II-Gesetzgebung).³⁰

Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, 257, 258; Kay Hailbronner, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, 48, 51.

²⁴ Siehe hinten C.III.3.

²⁵ Dazu bereits Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Epiney/Theuerkauf/Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 85, 87 und 117.

²⁶ Art. 22 Abs. 3 von Anhang I.

²⁷ Vgl. dazu z.B. Peter Buomberger/Moritz Zander, Versicherungsplatz Schweiz im Hintertreffen, NZZ vom 9. Juli 2008, wo ein umfassendes Versicherungsabkommen gefordert wird.

²⁸ „Markets in Financial Instruments Directive“, Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente, ABl. 2004 L 145, I (mit seitherigen Änderungen).

²⁹ EU-Finanzmarktrichtlinie betrifft die Schweiz. Bankenaufsicht bildet Arbeitsgruppe zur Analyse, NZZ vom 5. Dezember 2006.

³⁰ Siehe dazu Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Lebensversicherungen betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), KOM(2007) 361 endg. Dazu auch: EU-Versicherungsrecht umfassend erneuert. Parlament billigt den Kompromiss zu „Solvabilität II“, NZZ vom 23. April 2009.

- Auf der materiellen Ebene sind weiter – wie im EG-Recht – jene Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des FZA ausgenommen, welche die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der betroffenen Vertragspartei umfassen.³¹

Mit Ausnahme der erwähnten Einschränkungen ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA für die Auslegung der Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit im FZA auf die „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ abzustellen. In Bezug auf den Begriff der „Dienstleistung“ erscheint daher Art. 50 EGV einschlägig. Danach gelten insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten als Dienstleistungen. Der Begriff der Dienstleistung gemäss EG-Recht ist sehr weit und umfasst jede selbständige wirtschaftliche Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.³² Vom selben weiten Verständnis der „Dienstleistungen“ geht auch das Bundesgericht unter dem Freizügigkeitsabkommen aus. So hat es ohne weiteres die Dienstleistungen von Prostituierten unter den Begriff der Dienstleistung des FZA subsumiert.³³ Ebenso bezeichnete es die Finanzierung von Prozessen als Dienstleistung im Sinne des FZA.³⁴ Aber auch medizinische Leistungen sind Dienstleistungen im Sinne des EG-Rechts und des FZA.³⁵

Es ist somit vorab festzuhalten, dass auf das Freizügigkeitsabkommen der Dienstleistungsbegriff gemäss Art. 50 EGV als „Begriff des Gemeinschaftsrechts“ im Sinne von Art. 16 Abs. 2 FZA anzuwenden ist, soweit nicht die im FZA ausdrücklich aufgeführten Einschränkungen (Bereichsausnahmen, zeitliche Beschränkung) greifen.

IV. Dauer der Dienstleistungserbringung

In zeitlicher Hinsicht beschränkt das FZA die von ihm erfasste grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung „im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei“ auf „90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr“.³⁶ Dadurch wird der im EG-Recht (Art. 50 Abs. 3 EG) verwendete, unbestimmte Rechtsbegriff „vorübergehend“ für das FZA zeitlich konkretisiert und eingeschränkt.

C. Ausgewählte Fragen zum Dienstleistungsverkehr nach dem FZA

Im Folgenden werden einige ausgewählte Fragen zum Dienstleistungsverkehr nach den Bestimmungen des FZA besprochen. In einem ersten Teil geht es um die inhaltliche Bedeutung der aktiven Dienstleistungsfreiheit (d.h. um die in diesem Rahmen

³¹ Art. 22 Abs. 1 von Anhang I.

³² EG-Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007, 10 (abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_de.pdf>); vgl. z.B. *Hakenberg* (Fn. 16), Art. 49/50, Rn. 7 ff.

³³ BGer, 2C_334/2007, Urteil vom 14. Januar 2008, E. 2.3.

³⁴ BGer, BGE 131 I 223, 226 f.

³⁵ Z.B. EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone*, Slg. 1984, 377, Rz. 16. Im Einzelnen hinten C.III.3.

³⁶ Art. 5 Abs. 1 FZA sowie Art. 17 Bst. a von Anhang I.

gewährten Rechte), danach um den Spezialfall der Entsendung von Arbeitnehmern, anschliessend um die passive Dienstleistungsfreiheit und schliesslich um Korrespondenzdienstleistungen.

I. (Aktive) Dienstleistungserbringung

Nach der Systematik des EG-Rechtes gewähren die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit dem Erbringer von Dienstleistungen grundsätzlich zwei Arten von Rechten, nämlich einerseits Rechte in Bezug auf den Zugang zum Dienstleistungsmarkt (sog. Marktzugangsrechte) und andererseits Reise- und Aufenthaltsrechte (Ausreise aus dem eigenen Land, Einreise in das andere Land und Aufenthalt dort). Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und gestützt auf welche Bestimmungen auch das FZA solche Rechte gewährt. Auch hier erscheint unter dem Blickwinkel des FZA wichtig, ob und wenn ja welche „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zur Diskussion stehen.

1. Reise- und Aufenthaltsrechte

Im EG-Recht sind die Reise- und Aufenthaltsrechte bereits in Art. 50 EGV impliziert („kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird“). Die Einzelheiten dazu sind im Sekundärrecht geregelt. Zur Zeit der Unterzeichnung des FZA handelte es sich um die Richtlinie 73/148/EWG;³⁷ heute finden sich die einschlägigen Bestimmungen in der Richtlinie 2004/38/EG.³⁸

Im FZA sind die Reise- und Aufenthaltsrechte mit Bezug auf Dienstleistungen auf der Ebene des Abkommens selbst geregelt. Nach Art. 5 Abs. 2 FZA wird dem Dienstleistungserbringer „das Einreise- und Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei eingeräumt, sofern a) er gemäß Absatz 1 oder aufgrund eines in Absatz 1 genannten Abkommens³⁹ zur Erbringung einer Dienstleistung berechtigt ist oder, b) falls die Voraussetzungen unter Buchstabe a nicht erfüllt sind, ihm von den zuständigen Behörden der betreffenden Vertragspartei eine Erlaubnis zur Erbringung einer Dienstleistung erteilt wurde.“ Damit gewährt das FZA Reise- und Aufenthaltsrechte nicht nur im Zusammenhang mit den von ihm selber erfassten Dienstleistungen, sondern auch in Fällen, in welchen ein anderes Abkommen Marktzugang erteilt oder eine Marktzugangsbewilligung des Gaststaates vorliegt.

³⁷ Art. 1 Abs. 1(a) der Richtlinie 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. 1973 L 172, 14.

³⁸ Art. 4 ff. der Richtlinie 2004/38/EG 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. 2004 L 158, 77.

³⁹ Die Bestimmung erwähnt als Beispiel das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen. Vgl. dazu vorn A.III.

2. Marktzugangsrechte

a) Keine Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen

aa) Die Rechtslage gemäss dem EG-Vertrag

Art. 49 Abs. 1 EGV verbietet „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft“ und verweist dazu auf nachfolgende Bestimmungen des EG-Vertrags. Gemäss Art. 50 Abs. 3 EGV „kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“. Der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten der EU soll ohne Beschränkungen möglich sein. Um dies zu sichern, besteht in erster Linie ein Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit. Dieses wird vom EuGH in ständiger Rechtsprechung im Sinne eines Verbotes nicht nur der unmittelbaren (direkten), sondern auch der mittelbaren (indirekten) Diskriminierung ausgelegt. Diese Rechtsprechung reicht weit vor die Unterzeichnung des FZA zurück.⁴⁰ Allerdings ist nicht jede Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit unzulässig. Vielmehr sieht das EG-Recht als Rechtfertigungsgründe die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit vor. Im Falle von indirekten Diskriminierungen besteht darüber hinaus die Möglichkeit der objektiven Rechtfertigung, welche nicht an eine abschliessende Aufzählung von Rechtfertigungsgründen gebunden ist. So sind z.B. Unterscheidungen, die an den Wohnsitz anknüpfen, nicht in jedem Fall unzulässig, auch wenn sie *prima facie* zu einer indirekten Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit führen.

Über Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit hinaus verbietet Art. 49 EGV auch nicht diskriminierende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.⁴¹ Eine Beschränkung liegt nach der Leitentscheidung *Säger* aus dem Jahr 1991⁴² dann vor, wenn eine Massnahme die Dienstleistung unterbindet oder behindert, selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gilt. Eine Ausnahme gilt nach der Entscheidung *Mobistar und Belgacom*⁴³ aus dem Jahr 2005 für Massnahmen, die lediglich zusätzliche Kosten für die betreffende Leistung verursachen und die Erbringung von Dienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten in gleicher Weise wie deren Erbringung innerhalb eines einzigen

⁴⁰ Zum Ganzen *Christa Tobler*, Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, 2005.

⁴¹ Hierfür und für das Folgende siehe etwa *Hakenberg* (Fn. 16), Art. 49/50 Rn. 17 ff.; *Randelshofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band II, Art. 49/50 (18. EL Mai 2001), Rz. 88 ff., sowie *Tobler* (Fn. 40), 75 ff. und 371 ff., mit weiteren Hinweisen.

⁴² EuGH, Rs. C-76/90, *Säger*, Slg. 1991, I-4221, Rz. 12.

⁴³ EuGH, verb. Rs. C-544/03 und C-545/03, *Mobistar und Belgacom*, Slg. 2005, I-7723, Rz. 31; dazu *Christa Tobler*, Endlich: Keck im freien Dienstleistungsverkehr. Einige Anmerkungen zum Urteil des EuGH in den Rechtssachen *Mobistar & Belgacom* vom 8. September 2005, Jusletter vom 31. Oktober 2005, sowie *Joël Cavallini*, Les libertés de circulation: marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (juillet 2005 à juin 2006), *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 2006, 623.

Mitgliedstaats berühren. Solche Massnahmen sind keine Beschränkungen im Sinne von Art. 49 EGV. Beschränkungen können unter bestimmten Umständen objektiv gerechtfertigt werden. Dabei gilt gleich wie bei den anderen Freiheiten das Herkunftslandprinzip, wonach die Regelung der Dienstleistungserbringung dem Herkunftsstaat des Dienstleistungserbringers obliegt. Im Bestimmungsland „darf der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist. Diese Anforderungen müssen ausserdem sachlich geboten sein, um [...] den Schutz der Interessen, den diese bezwecken, zu gewährleisten.“⁴⁴

bb) Die Rechtslage gemäss FZA

Die Regelung der Marktzugangsrechte im FZA lehnt sich offenkundig an das EG-Recht an: Gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA „wird einem Dienstleistungserbringer einschliesslich Gesellschaften gemäß Anhang I das Recht eingeräumt, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet“. Nach Art. 19 von Anhang I kann der „Dienstleistungserbringer, der zur Erbringung von Dienstleistungen berechtigt ist [...], seine Tätigkeit vorübergehend im Staate der Erbringung der Dienstleistung nach Massgabe dieses Anhangs und der Anhänge II und III unter den gleichen Bedingungen ausüben, wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt“. Diese Formulierung entspricht weitgehend Art. 50 Abs. 3 EGV. Sodann verbietet Art. 17 Bst. a) von Anhang I explizit eine „Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei“; diese Formulierung nimmt Bezug auf Art. 49 Abs. 1 EG-Vertrag. Entsprechend ist in diesem Umfang von der Gewährleistung der (aktiven) Dienstleistungsfreiheit durch das FZA auszugehen.⁴⁵ Wie das EG-Recht sieht das FZA Rechtfertigungsgründe vor („Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind“, Art. 5 Abs. 1 in Anhang I).

Entsprechend dieser Parallelität der Regelungen sind die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts daher auch betreffend Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 49 ff. EGV bei der Auslegung des FZA zu berücksichtigen.⁴⁶ Dies gilt auch für das Verbot von Beschränkungen, jedenfalls im Sinne der Entscheidung *Säger*, die vor der Unterzeichnung des FZA ergangen ist. Davon wird in einem Teil der Lehre denn auch

⁴⁴ EuGH, Rs. 205/84, *Kommission gegen Deutschland* (Mitversicherung), Slg. 1986, 3755, Rz. 27.

⁴⁵ *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: *Epiney/Rivière/Theuerkauf/Wyssling* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2004/2005, 2005, 41, 65 und 67.

⁴⁶ So auch *Hangartner* (Fn. 23), 258.

ohne weiteres ausgegangen.⁴⁷ Von anderer Seite wird indessen die Frage gestellt, ob hier allenfalls eine im Vergleich zum EG-Recht unterschiedlich weit reichende Zielsetzung des bilateralen Rechts (begrenzte Liberalisierung statt eines umfassenden gemeinsamen Marktes) einer identischen Auslegung im Wege stehe.⁴⁸ Unbestritten ist jedenfalls, dass (soweit keine Ausnahmeregelung des FZA greift) einem Dienstleistungserbringer gestützt auf das FZA ein Anspruch zusteht, im Gebiet der anderen Vertragspartei wirtschaftlich tätig zu werden, ohne dort direkt oder indirekt gegenüber den einheimischen Dienstleistungserbringern diskriminiert zu werden. Dies anerkennt auch das Bundesgericht.⁴⁹

b) Konkretisierung durch Sekundärrecht

Im EG-Recht wird die Dienstleistungsfreiheit mit Bezug auf bestimmte Dienstleistungen durch Sekundärrecht konkretisiert. Dazu gehört insbesondere die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, welche bis zum 28. Dezember 2009 von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist.⁵⁰ Die Richtlinie erfasst zwar nicht alle Arten von Dienstleistungen und behält zudem andere Spezialgesetzgebung vor (z.B. die Entsenderichtlinie, von der später die Rede sein wird).⁵¹ Für die von ihr erfassten Dienstleistungen verfolgt die Richtlinie das Ziel, bei gleichzeitiger Gewährleistung einer hohen Qualität der Dienstleistungen die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch Dienstleistungserbringer sowie den freien Dienstleistungsverkehr zu erleichtern (Art. 1). Zu diesem Zweck enthält sie insbesondere Bestimmungen über die Vereinfachung von Verwaltungsverfahren, über die Qualität der Dienstleistungen und über die Verwaltungszusammenarbeit. Die EG-Kommission hat ein Handbuch zur Richtlinie⁵² herausgegeben, das jedoch ein blosses *soft law*-Instrument darstellt und deshalb den EuGH in seiner Auslegung der Richtlinie nicht zu binden vermag.

⁴⁷ Daniel Maritz, Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Felder/Kaddous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz - EU (Erste Analysen), 2001, 331, 342, sowie Matthias Becker, Die personenbezogene Dienstleistungserbringung im Rahmen der bilateralen Verträge Schweiz-EG, 2001, 9 ff.

⁴⁸ Christa Tobler/Chantal Delli, Beschränkungsverbot im Personenfreizügigkeitsabkommen? Systematischer Blick auf ein umstrittenes Konzept, AJP 2007, 1367, sowie die in an der Universität Basel im Herbst 2008 eingereichte Doktorarbeit von Chantal Delli (Publikation vorgesehen). Die Frage bejaht z.B. Gerrit Iken, Personenfreizügigkeit: Tendenzen und Entwicklungen im den Rechtskreisen der Schweiz und der EU, 2003, 105 f.

⁴⁹ Siehe z.B. BGer, BGE 130 I 26 (Ärztestopp).

⁵⁰ Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, 36. Anders als ihr Titel vermuten lässt, enthält diese Richtlinie nicht nur Bestimmungen über die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen, sondern auch über die Niederlassung von Dienstleistungserbringern. Zur Richtlinie siehe etwa Catharine Barnard, Unravelling the services directive, Common Market Law Review 2008, 323-394; Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie: von der grundfreiheitlichen Deregulierung zur europäischen Re-Regulierung?, 2007; Heribert Köck/Margit Maria Karollus (Hrsg.), The New Services Directive of the European Union. Hopes and Expectations from the Angle of a (Further) Completion of the Internal Market, FIDE XXIII Congress, 2008; Monika Schlachter/Christoph Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie: Handkommentar, 2008.

⁵¹ Siehe hinten C.II.

⁵² Handbuch (Fn. 32).

Da die Dienstleistungsrichtlinie erst im Jahr 2006 erlassen wurde, ist sie nicht Teil des bilateralen Acquis. Im Rahmen der laufenden Anpassung der Anhänge durch den für das FZA zuständigen Gemischten Ausschuss besteht aus rechtlicher Sicht die Möglichkeit, dass die Richtlinie in der Zukunft auch bilaterales Recht wird.⁵³ Im Übrigen ist es denkbar, dass sich schweizerische Gerichte auch ohne juristische Verpflichtung bei der Auslegung des Begriffes der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an der Richtlinie orientieren, insbesondere an der Kernbestimmung von Art. 16. Diese Bestimmung listet unzulässige Anforderungen an Dienstleistungserbringer, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, auf. Sie ist um einiges konkreter als die Regelungen sowohl im EG-Vertrag als auch im FZA. Allerdings wird dadurch gleichzeitig das im Anwendungsbereich von Art. 49 EGV sonst geltende Bestimmungslandprinzip eingeschränkt.

Ein Beispiel von spezieller Sekundärgesetzgebung über Dienstleistungen, das zum bilateralen Acquis gehört, ist die Richtlinie 77/249/EWG über grenzüberschreitende Dienstleistungen von Anwälten.⁵⁴

3. Anwendungsbeispiele

Das Bundesgericht hat die Rechte der Dienstleistungserbringer unter dem FZA verschiedentlich anerkannt. In den bereits zitierten Urteilen⁵⁵ bestätigte das Bundesgericht, dass „sexuelle Dienstleistungen“ von Prostituierten aus Ungarn einen „Fall der Dienstleistungsfreiheit von Art. 5 Abs. 1 FZA“ darstellen, wenn die Prostituierten in der Schweiz im Namen und auf Rechnung eines in Ungarn ansässigen Unternehmens tätig würden (was aber nicht zutraf, weshalb die blossen Meldeanforderungen bei Dienstleistungserbringungen nicht zum Tragen kamen).⁵⁶ In einem weiteren Fall bestätigte es, dass eine Prozessfinanzierungsgesellschaft gestützt auf Art. 5 FZA und Art. 17 ff. Anhang I FZA einen staatsvertraglichen Anspruch auf wirtschaftliche Betätigung in der Schweiz hat.⁵⁷ In der Lehre wird die aktive Dienstleistungsfreiheit beispielsweise und gerade auch für medizinische Leistungen bejaht: „Fraglos verleiht Art. 5 FZA einem Arzt oder einer Ärztin, die im EU-Ausland ansässig sind, das Recht, in der Schweiz kurzfristige medizinische Dienstleistungen zu erbringen (sog. aktive Dienstleistungsfreiheit).“⁵⁸

Die wenigen angeführten Beispiele scheinen zu bestätigen, dass das FZA den Dienstleistungserbringern einen Anspruch auf ungehinderten Zugang im anderen Vertragsgebiet gewährt, der mit demjenigen innerhalb der EU insoweit übereinstimmt, als die betreffende Dienstleistung nicht vom FZA ausgeschlossen ist⁵⁹ und nicht länger als 90 Arbeitstage pro Jahr dauert.⁶⁰

⁵³ Vgl. dazu *Nufer* (Fn. 10), 30.

⁵⁴ Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. 1977 L 78, 17. Siehe dazu *Christa Tobler*, „Cassis de Dijon“ für die Schweizer Anwaltschaft?, *Anwaltsrevue* 2008, 497.

⁵⁵ Siehe vorne B.III.

⁵⁶ BGer, 2C_334/2007, Urteil vom 14. Januar 2008, E. 3.1.

⁵⁷ BGer, BGE 131 I 227.

⁵⁸ *Imhof* (Fn. 23), 220. Im Einzelnen hinten C.III.3.

⁵⁹ Siehe vorne B.III.

⁶⁰ Siehe vorne B.IV.

II. Der Sonderfall der Entsendung von Arbeitnehmern

Eine besondere Konstellation liegt vor, wenn im Bestimmungsstaat zum Zweck der Dienstleistungserbringung ausländisches Personal eingesetzt wird. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass grundsätzlich auch dies einen Aspekt der aktiven Dienstleistungsfreiheit darstellt.⁶¹ Allerdings wird diese Freiheit durch soziales Arbeitnehmerschutzrecht bis zu einem gewissen Grad eingeschränkt. Das Ziel der Entsenderichtlinie⁶² ist es, den entsandten Arbeitnehmern unabhängig von dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht bezüglich ausgewählter Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Empfangsstaates zu garantieren. Die relevanten Aspekte sind in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie abschliessend aufgezählt, darunter z.B. Höchstarbeitszeiten und für die Arbeitnehmer günstigere Mindestlohnansätze. Ausnahmen sind nur im Interesse der (eng auszulegenden) öffentlichen Ordnung möglich (Art. 3 Abs. 10). Die betreffenden Punkte können aber nur dann durchgesetzt werden, wenn sie im Empfangsstaat durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften und/oder durch allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche festgelegt worden sind. Unter Letzteren sind Tarifverträge oder Schiedssprüche zu verstehen, die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind (Art. 3 Abs. 8). Für Länder, welche kein System der Allgemeinverbindlicherklärung kennen, gelten besondere Regeln.

Die erwähnten Bestimmungen schützen die entsandten Arbeitnehmer, bedeuten aber für den sie entsendenden Dienstleistungserbringer gleichzeitig eine Einschränkung seiner Handlungsfreiheit, weil er nun in den betreffenden Punkten nicht mehr die unter Umständen für ihn günstigeren Vorschriften seines Herkunftsstaates anwenden kann. Hier gilt m.a.W. das Bestimmungslandprinzip statt des sonst im Recht des freien Verkehrs geltenden Herkunftslandprinzips.

Die erwähnte EG-rechtliche Regelung ist auch für die Schweiz relevant, ist doch die Entsenderichtlinie Teil des bilateralen Acquis (Art. 22 Abs. 2 FZA). Sie wurde durch das Entsendegesetz⁶³ umgesetzt. Hier stellt sich die Frage nach der Relevanz einschlägiger Rechtsprechung des EuGH in besonders drängender Weise, weil wichtige Entscheide des EuGH aus der Zeit nach der Unterzeichnung des FZA stammen. Im Zentrum stehen dabei die Rechtssachen *Laval*⁶⁴ und *Rüffert*.⁶⁵ In der Entscheidung *Laval* bestätigte der EuGH vorab, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Massnahme als Grundrecht anzuerkennen ist, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist, dass aber seine Ausübung bestimmten Beschränkungen unterworfen werden kann. Art. 49 EGV sowie Art. 3 der Ent-

⁶¹ Siehe vorne Fn. 5. Siehe dazu auch *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EG, 2009.

⁶² Richtlinie 96/71/EWG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18, 1.

⁶³ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer), SR 823.20.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-341/05, *Laval un Partneri*, Slg. 2007, I-11767.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-346/06, *Dirk Rüffert*, Slg. 2008, I-1989.

senderichtlinie lassen es nicht zu, dass in einem Mitgliedstaat, in welchem Mindestlohnsätze nicht in der durch die Richtlinie vorgeschriebenen Weise festgelegt sind, eine gewerkschaftliche Organisation durch eine kollektive Massnahme versucht, einen Dienstleister aus dem EU-Ausland dazu zu zwingen, mit ihr über die den entsandten Arbeitnehmern zu zahlenden Lohnsätze zu verhandeln und einem Tarifvertrag über diesen Aspekt beizutreten.

Das spätere Urteil *Rüffert* soll hier zur Illustration des Spannungsfeldes zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz etwas umfassender dargestellt werden; es gilt in gewissen Punkten als Verdeutlichung von *Laval*. Ein deutsches Unternehmen setzte zur Erfüllung eines Werkvertrages mit dem deutschen Bundesland Niedersachsen ein in Polen ansässiges Unternehmen ein. Als gegen dieses Unternehmen Ermittlungen wegen des Verdachts auf Beschäftigung von Arbeitern zu einem mehr als 40% unter dem im Baugewerbe-Tarifvertrag vorgesehenen Mindestlohn aufgenommen wurden, kündigte das Land Niedersachsen den Werkvertrag wegen Verstosses der bei der Vergabe vereinbarten Tariftreuepflicht. Der Vertrag wurde auch vom Unternehmen selbst gekündigt, was aber später vom Insolvenzverwalter angefochten wurde. Dies führte zum Rechtsstreit. Es stellte sich die Frage, ob es mit Art. 49 EGV vereinbar ist, wenn das nationale Vergaberecht dem öffentlichen Auftraggeber vorschreibt, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen. Der EuGH zog zur Beantwortung dieser Frage die Entsenderichtlinie heran und untersuchte, ob die Mindestlohnbestimmungen nach den in Art. 3 Abs. 8 statuierten Modalitäten festgelegt worden waren. Er stellte fest, dass die fragliche Gesetzesnorm selber keinen Mindestlohn festlegte, sondern auf tarifvertragliche Regelungen verwies. Der einschlägige Tarifvertrag war nicht allgemein verbindlich erklärt worden. Der EuGH schloss daraus, dass der in diesem Vertrag festgelegte Lohnsatz keine „für die Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung“ im Sinne von Art. 3 der Entsenderichtlinie darstellt, so dass deren Schutzvorschriften in einem solchen Fall nicht greifen. Als Folge musste es dem polnischen Dienstleister möglich sein, seine nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer tiefer zu bezahlen, als im dort geltenden Tarifvertrag festgelegt. In einem solchen Fall wird die Dienstleistungsfreiheit des entsendenden Unternehmens durch die Regelung im Empfangsstaat nicht eingeschränkt. Anders ist die Lage, wenn eine gesetzliche Mindestlohnregelung oder ein allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag vorliegt.

In der Schweiz ist die Auffassung vertreten worden, dass diese Rechtsprechung des EuGH den Arbeitnehmerschutz nicht nur in der EU, sondern auch hierzulande schwäche.⁶⁶ Es stellt sich daher die Frage, inwieweit sie auch im Rahmen des FZA verbindlich ist. Aus formeller Sicht ist dazu zu bemerken, dass beide Leitentscheide, *Laval* und *Rüffert*, lange nach der Unterzeichnung des FZA ergangen sind und inhaltlich Neues bringen. Insofern sind sie für die Schweiz bei ihrer Auslegung des FZA sowie des Entsendegesetzes nicht verbindlich. Aus materieller Sicht ist dem aber hinzuzufügen, dass das Entsendegesetz in Art. 2 über die minimalen Arbeits- und

⁶⁶ Hans Baumann, Arbeitnehmerschutz oder freier Dienstleistungsverkehr? Rote Revue 2008, 17.

Lohnbedingungen Garantien für die entsandten Arbeitnehmer nur dann statuiert, wenn diese Bedingungen „in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR [...] vorgeschrieben sind“. Insofern hat hier das schweizerische Recht die durch das EG-Recht vorgegebenen Standards bereits übernommen. Fraglich könnte nur noch sein, ob auch hier die Kriterien nach Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie so angewendet werden, wie sie vom EuGH in den erwähnten Fällen ausgelegt worden sind.

Ein konkretes Problem, das im Verhältnis zur EU bereits zu Unstimmigkeiten geführt hat, ist die in der Schweiz geltende Voranmeldepflicht von acht Tagen (Art. 6 des Entsendegesetzes).⁶⁷ Mit der Beurteilung von flankierenden Massnahmen nach dem EG-Recht befasste sich der EuGH in der Rechtssache *Kommission gegen Luxemburg*,⁶⁸ in welcher es jedoch nicht um ein eigentliches Voranmeldeverfahren ging. Nach der Auffassung der Kommission ist die schweizerische Voranmeldepflicht nicht mit dem FZA vereinbar. Der für das FZA zuständige Gemischte Ausschuss hat sich mit der Frage befasst, ist aber zu keiner Lösung gelangt.⁶⁹

Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass sich auch in der EU immer wieder Widerspruch zu den Regelungen der Entsenderichtlinie regt, u.a. im Europäischen Parlament. Die Kommission scheint aber bislang nicht gewillt zu sein, einen Vorschlag mit den geforderten Änderungen zur Entsenderichtlinie vorzulegen.⁷⁰

III. (Passiver) Dienstleistungsempfang

Im EG-Recht gilt die Dienstleistungsfreiheit nicht nur für Dienstleistungserbringer, sondern auch für Dienstleistungsempfänger. Ebenso wie erstere geniessen letztere sowohl Marktzugangsrechte (d.h. das Recht auf diskriminierungs- und beschränkungsfreien Zugang zum ausländischen Dienstleistungsmarkt) wie auch Reise- und Aufenthaltsrechte. Dasselbe gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch unter dem FZA.

1. Reise- und Aufenthaltsrechte

Währenddem im EG-Recht die Reise- und Aufenthaltsrechte von Dienstleistungsempfängern auf der Stufe des Sekundärrechts geregelt sind,⁷¹ erscheinen sie im FZA im Abkommenstext selbst. Nach Art. 5 Abs. 3 FZA wird „natürlichen Personen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft oder der

⁶⁷ Dichtes Kontrollnetz über der Freizügigkeit, Flankierung beim freien Personenverkehr wirksam und auch nötig, NZZ vom 24. April 2009.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 2008, I-4323.

⁶⁹ EU ärgert sich über flankierende Massnahmen, Die Schweiz will im Streit mit Brüssel an der achttägigen Voranmeldepflicht für Handwerker aus der EU festhalten, Tagesanzeiger-Fernausgabe vom 1. Juli 2008, sowie Kurt Weigelt, Problematische flankierende Massnahme, Acht-Tage-Frist führt zu Verstimmungen mit dem Ausland, NZZ vom 2./3. August 2008.

⁷⁰ British strikes take on EU dimension, euobserver vom 4. Februar 2009.

⁷¹ Ursprünglich Art. 1 Abs. 1(b) der Richtlinie 73/148/EWG (Fn. 37), heute Art. 4 ff. der Richtlinie 2004/38/EG (Fn. 38).

Schweiz sind und sich nur als Empfänger einer Dienstleistung in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei begeben, [...] das Einreise- und Aufenthaltsrecht eingeräumt“ (vgl. auch Art. 23 in Anhang I).

2. Marktzugangsrechte

Im EG-Recht erscheinen Dienstleistungsempfänger nicht im Wortlaut der Art. 49 und 50 EGV. Ihre Marktzugangsrechte sind die Folge der Auslegung von Art. 50 EGV durch den EuGH. Dieser führt dazu in der Leitentscheidung *Luisi und Carbone*⁷² aus dem Jahr 1984 aus, dass es sich um die notwendige Ergänzung zu dem in Art. 50 Abs. 3 EGV ausdrücklich erwähnten Fall der Dienstleistungserbringer handelt, die dem Ziel entspricht, jede gegen Entgelt geleistete Tätigkeit, die nicht unter den freien Waren- und Kapitalverkehr und unter die Freizügigkeit der Personen fällt, zu liberalisieren. Unseres Erachtens muss dasselbe auch für das FZA gelten. Im Folgenden wird dies anhand von drei ausgewählten Bereichen beleuchtet, nämlich medizinische Behandlungen, Tourismus und Bildung bzw. Studiengebühren.

3. Medizinische Behandlungen im Ausland

a) Fragestellung

Wenn die Frage gestellt wird, ob das FZA es den Sozialversicherten erlaubt, sich in einem anderen Land als demjenigen ihrer Versicherungszugehörigkeit an einen medizinischen Dienstleistungserbringer zu wenden und die Kostenübernahme von ihrer Versicherung zu verlangen, so sind bereits zwei Fragen negativ beantwortet worden.

In einem ersten Schritt wird jeweils geprüft, ob das nationale Recht für eine Behandlung im Ausland einen Leistungsanspruch erteilt. Im Rahmen des schweizerischen Krankenversicherungsgesetzes ist dies, abgesehen von Notfällen, dann der Fall, wenn in der Schweiz keine Behandlungsmöglichkeit besteht oder eine innerstaatliche medizinische Massnahme erheblich höhere, wesentliche Risiken mit sich bringt.⁷³ Ähnliches gilt im Bereich der Invalidenversicherung, welche für Eingliederungsmassnahmen (beispielsweise ärztliche Behandlungen) im Ausland verlangt, dass solche in der Schweiz unmöglich sind oder im Ausland notfallmässig oder „aus anderen beachtlichen Gründen“ durchgeführt werden.⁷⁴

Werden die Gründe für eine ausländische Behandlung nach nationalem Recht als ungenügend erachtet, so ist in einem zweiten Prüfungsschritt zu klären, ob aus der Verordnung 1408/71/EWG ein Anspruch auf Zugang zu den Behandlungen im Ausland geltend gemacht werden kann. Bei dieser Verordnung handelt es sich um die Basisgesetzgebung der EG über die Koordinierung der Sozialversicherungssysteme (die allerdings innerhalb der EG in der Zukunft durch neuere Gesetzgebung abgelöst

⁷² EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone* (Fn. 35), Rz. 10. Vgl. z.B. *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 41), Art. 49/50, Rz. 43 ff.

⁷³ Art. 34 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 36 KVV.

⁷⁴ Art. 9 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 23^{bis} IVV.

werden soll).⁷⁵ Die Verordnung 1408/71/EWG gehört auch zum bilateralen Acquis⁷⁶ und ist somit für die Schweiz verbindlich.⁷⁷ Nach der Verordnung ist eine Genehmigung vom zuständigen Träger erforderlich, welche insbesondere dann nicht verweigert werden darf, wenn eine im Wohnsitzstaat anerkannte Behandlung nicht rechtzeitig möglich ist.⁷⁸ Abgesehen von diesem Fall sind Sachleistungen während eines Aufenthaltes im EG-Ausland dann zu übernehmen, wenn diese medizinisch notwendig sind.⁷⁹ Liegt weder eine Dringlichkeit noch eine medizinische Notwendigkeit für eine medizinische Massnahme im Ausland vor, so bleibt als mögliche Anspruchsgrundlage einzig die Regelung über die Dienstleistungen im FZA im Sinne der passiven Dienstleistungsfreiheit.⁸⁰

b) Die Rechtslage gemäss EG-Vertrag

Vorab ist daran zu erinnern, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung medizinische Tätigkeiten als von Art. 49 EGV erfasste Dienstleistungen ansieht und Personen, welche eine medizinische Behandlung in Anspruch nehmen, als Dienstleistungsempfänger bezeichnet.⁸¹ In der Rechtssache *Kohll* bejahte der Gerichtshof, dass ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Zahnarzt eine Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrags erbringe; die Regelung eines Mitgliedstaates, welche die Erstattung von Kosten von einer vorherigen Genehmigung des Versicherungsträgers abhängig macht, behindere den **freien** Dienstleistungsverkehr des Arztes wie auch des Patienten.⁸² Für stationäre **Behandlungen** in Spitälern akzeptierte der EuGH indessen im Urteil *Smits und Peerboom* das Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes bei einer Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die verlangte vorgängige Genehmigung durch die Krankenkasse; nur mit dieser Beschränkung könne sichergestellt werden, dass im betreffenden Staat ein ausgewogenes Angebot an qualitativ hochwertiger Spitalversorgung ständig und ausreichend zugänglich sei.⁸³

⁷⁵ Verordnung 883/2004/EG zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166, I.

⁷⁶ SR 0.831.109.268.1, Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der Fassung von Anhang II zum FZA.

⁷⁷ Siehe dazu *Thomas Gächter* (Hrsg.), *Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz. Erfahrungen und Perspektiven*, 2006.

⁷⁸ Art. 22 Abs. 1 Bst. e i.V.m. Abs. 2, zweiter Unterabsatz der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁷⁹ Art. 22 Abs. 1 Bst. a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71.

⁸⁰ Vgl. allgemein auch *Christa Tobler*, *Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und zur EU*, in: Breuss et al. (Hrsg.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, 2007, 11, 31.

⁸¹ EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone* (Fn. 35), Rz. 16.

⁸² EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931, Rz. 29 ff.

⁸³ EuGH, Rs. C-157/99, *Smits und Peerboom*, Slg. 2001, I-5473, Rz. 76 ff.; *Randelzhofer/Forsthoef* (Fn. 41), vor Art. 39-55, Rz. 202.

Es bleibt zu ergänzen, dass die Kommission im Jahr 2008 einen Richtlinienvorschlag über Patientenrechte vorgelegt hat, der die Rechte von Patienten auf medizinische Dienstleistungen im EU-Ausland klären und stärken soll.⁸⁴

c) Die Rechtslage gemäss FZA

aa) *Libérale Auffassung des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich*

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hielt in drei sorgfältig begründeten Entscheiden dafür, dass die Bestimmungen des FZA auch die Berechtigung zur Erlangung medizinischer Dienstleistungen im Ausland umfassen:

- In einem Urteil vom 19. Februar 2004⁸⁵ bejahte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für eine in Deutschland ausgeführte medizinische Therapie. Das Gericht bezeichnete in Erwägung 6.6.1 das Erfordernis der vorherigen Genehmigung der Behandlung (gemäss der VO Nr. 1408/71/EWG) als Verstoss „gegen die passive Dienstleistungsfreiheit in Art. 5 Abs. 3“ FZA. Es hielt in Erwägung 6.6.2 sodann fest, dass die Therapie medizinisch anerkannt sei. Und schliesslich bemerkte das Gericht, dass die Therapie „deutlich kostengünstiger als die vergleichbare, in der Schweiz durchgeführte Therapie“ sei.
- In einem weiteren Urteil vom 16. Mai 2006⁸⁶ bestätigte das Sozialversicherungsgericht, dass der Begriff der Dienstleistung des FZA medizinische Dienstleistungen und insbesondere Krankenhausdienstleistungen erfasse (Erw. 8.4). Es anerkannte, dass das FZA zwar keine mit Art. 49 EGV übereinstimmende Bestimmung enthalte, schloss jedoch aus den Bestimmungen zu den Dienstleistungen des FZA, dass der Bezug von medizinischen Dienstleistungen „unter die Garantie der passiven Dienstleistungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 FZA“ falle (Erw. 8.6). Gleichwohl verneinte das Gericht schliesslich einen Anspruch auf Übernahme der Kosten, weil ansonsten (durch die Umleitung von Patientenströmen ins Ausland) „sowohl das Niveau der Heilkunde als auch die medizinische Versorgung“ in der Schweiz beeinträchtigt würden. Es sah unter diesem Titel – wie der EuGH in der Rechtssache *Smits und Peerboom*⁸⁷ – einen „zwingenden Grund“, der die schweizerische Vorschrift als Hemmnis des Dienstleistungsverkehrs im Bereich Krankenhausversorgung rechtfertige (Erw. 8.7 und 9.3).
- Am einlässlichsten setzte sich das Sozialversicherungsgericht in seinem Urteil vom 22. Januar 2007⁸⁸ mit der Tragweite der Bestimmungen des FZA

⁸⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM(2008)414 endg.

⁸⁵ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, IV.2003.00221, Urteil vom 19. Februar 2004.

⁸⁶ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, KV.2005.00058, Urteil vom 16. Mai 2006.

⁸⁷ Siehe vorne Fn. 83.

⁸⁸ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, IV.2005.00827, Urteil vom 22. Januar 2007.

zu den Dienstleistungen auseinander. Dem Gericht lag eine Stellungnahme des Bundesamtes für Sozialversicherungen vor, worin ausgeführt worden sei, „Art. 5 Abs. 3 FZA regle einzig das Einreise- und Aufenthaltsrecht des Dienstleistungsempfängers und beinhalte keine Verpflichtung des Versicherungsträgers, die Kosten einer im Ausland beanspruchten Behandlung zu vergüten“. Dem widersprach das Gericht in Erwägung 8.3. Es führte aus, die Dienstleistungsfreiheit sei „aufgrund eines Vergleichs mit dem Wortlaut von Art. 49 f. EGV und der Dogmatik dieser Freiheit im Gemeinschaftsrecht“ durch Art. 5 FZA geschützt (Erw. 8.3). Es wies darauf hin, dass die passive Dienstleistungsfreiheit im Wortlaut von Art. 49 f. EGV „überhaupt nicht erkenntlich wird“. Die Regelungen im FZA gingen daher in ihrer Formulierung über Art. 49 f. EGV hinaus. Wichtig erscheinen namentlich folgende Überlegungen des Gerichts:

„[...] Art. 5 Abs. 3 FZA bezweckt sicherlich, die insbesondere im Verhältnis zu einem Nicht-EU-Staat wichtige einreise- und aufenthaltsrechtliche Dimension [...] der passiven Dienstleistungsfreiheit in den Grundbestimmungen des FZA [...] ausdrücklich zu verankern. [...] Dagegen kann und will der über Art. 49 f. EGV hinaus gehende Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 FZA aufgrund der Dogmatik der Dienstleistungsfreiheit nicht das Recht zur Entgegennahme der Dienstleistung in einem andern Staat als jenem des Leistungsempfängers als den hauptsächlichsten Gehalt der passiven Dienstleistungsfreiheit beschränken. Denn letztere stellt laut Rechtsprechung und Lehre die notwendige Ergänzung der aktiven Dienstleistungsfreiheit dar, d.h. der freie Dienstleistungsverkehr als solcher schliesst die passive Dienstleistungsfreiheit ein.“

Das Gericht kam deshalb zum Schluss, dass die Kosten für die Therapie vollumfänglich zu erstatten waren, wobei es anmerkte, dass die in Deutschland durchgeführte Therapie kostengünstiger war als eine vergleichbare Therapie in der Schweiz (E. 9.2).

Seitdem das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich von der gegenteiligen Auffassung des Bundesgerichts Kenntnis genommen hat,⁸⁹ verweigert es „[i]n Nachachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur ambulanten medizinischen Behandlung“ einen Anspruch gemäss Art. 5 Abs. 3 FZA auf Übernahme der Kosten.⁹⁰

bb) Ablehnende Haltung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat die Massgeblichkeit der EuGH-Rechtsprechung zur passiven Dienstleistungsfreiheit in verschiedenen Fällen medizinischer Leistungen verneint. Nach Auffassung des Bundesgerichts sind die Zielsetzungen des EG-Vertrags und des FZA in Bezug auf medizinische Leistungen unterschiedlich. Die Zielsetzung im EG-Recht gehe „über die sektorale und eingeschränkte Integration der Schweiz in diesem Markt hinaus“. Daher sei die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH „nicht Bestandteil des ‚acquis communautaire‘, welchen sich die Schweiz zu über-

⁸⁹ Dazu die nachfolgenden Ausführungen.

⁹⁰ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, KV.2007.00015, Urteil vom 31. März 2008, E. 6.3.

nehmen verpflichtet hat.⁹¹ Das Bundesgericht⁹² bezog sich für seine Auffassung auch auf das EuGH-Urteil *Polydor*, in welchem der EuGH vor knapp 30 Jahren die Übertragung der Auslegung von Bestimmungen zu mengenmässigen Beschränkungen im (damaligen) EWG-Vertrag auf die ähnlichen Bestimmungen im Freihandelsabkommen mit Portugal verneinte.⁹³ Das FZA zielt nach Auffassung des Bundesgerichts bloss auf eine „Erleichterung“ der Erbringung von Dienstleistungen ab, beschränkt die aktive Dienstleistungsfreiheit auf 90 Tage und legt das Schwergewicht auf die Regelung des Aufenthalts eines Dienstleistungserbringers oder -empfängers. Insgesamt ergebe sich ein blosser Teilcharakter des FZA im Verhältnis zum *acquis communautaire*, was im Übrigen auch durch die Schlussakte zu den Bilateralen I bestätigt werde, wonach Verhandlungen über eine allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Besitzstandes erst für die Zukunft vorgesehen worden seien.⁹⁴

cc) Eigene Auffassung

Die Argumentation des Bundesgerichts überzeugt nicht. Wie vorne dargestellt,⁹⁵ sind medizinische Behandlungen im Rahmen des EG-Rechts als Dienstleistungen anzusehen, in Bezug auf welche die üblichen Marktzugangsrechte bestehen. Nirgends ist dem FZA zu entnehmen, dass die bei dessen Unterzeichnung vorhandene Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich unter dem FZA nicht berücksichtigt werden müsse.⁹⁶

Es ist zwar richtig, dass in Gerichtsentscheiden zum Freihandelsabkommen (sowohl des EuGH als auch des Bundesgerichts)⁹⁷ unterschiedliche Zielsetzungen als Grund für abweichende Auslegungen im Vergleich zu ähnlichen Bestimmungen des EG-Vertrages angeführt wurden. Ähnlich argumentierte die EG-Kommission unter dem Luftverkehrsabkommen.⁹⁸ Es mag auch sein, dass im Bereich Dienstleistungen die Zielsetzungen von FZA und EG-Vertrag nicht vollumfänglich deckungsgleich sind. Jedoch stipuliert Art. 16 Abs. 2 FZA eine klare und verbindliche Auslegungsregel: Für „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ ist die Auslegung des EuGH zu berücksichtigen. Als entscheidend erscheint daher primär die Frage, ob und wie weitgehend

⁹¹ BGer, 9C_479/2008, Urteil vom 30. Dezember 2008, E. 6.2; EVG, I 601/06, Urteil vom 12. März 2008, E. 6.6.5; grundlegend BGE 133 V 624 = Pra 2008 Nr. 125, 774 ff., E. 4.3.7, 783 f.

⁹² Pra 2008 Nr. 125, 784.

⁹³ EuGH, Rs. 270/80, *Polydor*, Slg. 1982, 329, Rz. 18: Die Überlegungen zur Auslegung des EWG-Vertrages können nicht für die Bestimmungen des Freihandelsabkommens gelten, weil letztere „nicht die gleiche Zielsetzung haben wie der EWG-Vertrag, da dieser [...] auf die Schaffung eines einheitlichen Marktes abzielt“.

⁹⁴ EVG, I 601/06, Urteil vom 12. März 2008, E. 6.6.5; Pra 2008 Nr. 125, 774 ff., E. 4.3.7 783 f.; vgl. BGer, 9C_479/2008, Urteil vom 30. Dezember 2008, E. 6.2.

⁹⁵ Siehe vorne C.III.3.b.

⁹⁶ Siehe vorne B.II.

⁹⁷ Z.B. BGer, BGE 105 II 49 ff., 59 f.; vgl. BGE 126 III 129 ff., 146.

⁹⁸ Entscheidung der Kommission vom 5. Dezember 2003 zu einem Verfahren bezüglich der Anwendung von Artikel 18 (2), erster Satz, des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr und der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates, ABl. 2004 L 4, 13, 21.

das FZA im Bereich des Dienstleistungsverkehrs solche „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ verwendet. Werden im FZA solche Begriffe herangezogen, so kann deren Tragweite nicht einfach mit dem Argument der unterschiedlichen Zielsetzung des FZA im Vergleich zum EG-Vertrag negiert werden.⁹⁹ Eine unterschiedliche Zielsetzung allein vermag eine unterschiedliche Auslegung nicht zu rechtfertigen.¹⁰⁰ Wenn das Bundesgericht von der Rechtsprechung des EuGH abweichen will, müsste es sich daher konkret und vertieft mit den Bestimmungen des FZA auseinandersetzen und dabei zur Kenntnis nehmen, dass das FZA, entgegen seinem Verständnis nicht „den Akzent auf die Regelung des Aufenthaltes eines Dienstleistungserbringers oder -empfängers“ setzt.¹⁰¹ Das Bundesgericht misst dem Regelungssystem des FZA zur Dienstleistungsfreiheit (mit Festlegung der Prinzipien und der zusätzlichen Sicherungen der Einreise- und Aufenthaltsrechte) deutlich eine ungenügende Bedeutung zu und scheint es in grundlegender Weise zu missverstehen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann daher die passive Dienstleistungsfreiheit nicht mit dem Argument einer im Vergleich zum EG-Recht unterschiedlichen Zielsetzung ausgeschlossen werden.

Unterschiedlich ist – wie erwähnt¹⁰² – in erster Linie der Anwendungsbereich von EG-Recht und FZA. Vorab in Bezug auf die 90-Tage-Limite und den Ausschluss von Arbeitsvermittlung, Arbeitsverleih und Finanzdienstleistungen wäre ein allgemeines Dienstleistungsabkommen nötig. Indessen ist dies allein kein Grund, um auf die vom FZA erfassten Sachverhalte dessen Regelungen nicht gleich anzuwenden, wie die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zur Dienstleistungsfreiheit, werden doch deren Begriffe und Konzepte auch im FZA verwendet.¹⁰³

Unterschiedlich ist – wie ebenfalls bereits erwähnt¹⁰⁴ – zwar auch die Systematik der Abkommen: Anders als der EG-Vertrag erwähnt das FZA ausdrücklich auch Dienstleistungsempfänger, jedoch nur mit Bezug auf Reise- und Aufenthaltsrechte. Angesichts dieser Tatsache könnte allenfalls argumentiert werden, das FZA wolle bezüglich des Dienstleistungsempfangs eben nur diesen einen Aspekt regeln, unter Ausschluss von Marktzugangsrechten. In diesem Zusammenhang muss allerdings daran erinnert werden, dass auch der EG-Vertrag in seinem Wortlaut den Bereich der Dienstleistungen nur rudimentär und insbesondere nur die aktive Dienstleistungsfreiheit regelt. Die passive Dienstleistungsfreiheit (bei welcher sich der Dienstleistungsempfänger über die Landesgrenze begibt) ist nicht erwähnt; sie wurde erst durch die rechtsfortbildende Auslegung des EuGH der aktiven Dienstleistungsfreiheit gleichgestellt. Wenn das Bundesgericht im Bereich der passiven Dienstleistung im FZA „vergleichbare Bestimmungen“ zum EG-Recht vermisst, so verkennt es diese gemeinschaftsrechtliche Ausgangssituation. Dazu kommt, dass im FZA die Regelungen betreffend Dienstleistungsempfang inhaltlich und systematisch den Bestimmungen

⁹⁹ Vgl. Astrid Epiney, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, SJZ 2009, 25, 27.

¹⁰⁰ Imhof (Fn. 23), 163; vgl. z.B. EuGH, Rs. C-207/91, *Eurim-Pharm*, Slg. 1993, I-3723, Rz. 24.

¹⁰¹ So aber Pra 2008 Nr. 125, 783.

¹⁰² Siehe vorne B.III.

¹⁰³ Siehe vorne B.II.

¹⁰⁴ Siehe vorne C.III.1 und 2.

zu den Dienstleistungserbringern angehängt sind.¹⁰⁵ Dass sie hier überhaupt erscheinen, liegt daran, dass das FZA die Reise- und Aufenthaltsrechte sowohl für Dienstleistungserbringer als auch für Dienstleistungsempfänger auf der Ebene der Abkommens selber regelt, statt auf das einschlägige Sekundärrecht der EG zu verweisen. Mit anderen Worten: Das EG-Recht enthält deckungsgleiche Regelungen, nur sind diese auf einer anderen Regelungsebene zu finden. Die Bestimmungen des FZA, welche in Art. 5 Abs. 3 FZA und Art. 23 von Anhang I die Einreise und den Aufenthalt von Dienstleistungsempfängern regeln, können daher nicht so ausgelegt werden, dass alle anderen Rechte der passiven Dienstleistungsfreiheit ausgeschlossen seien.¹⁰⁶ Vielmehr erscheint naheliegend, angesichts der Bezugnahmen des FZA auf die EG-rechtlichen Begriffe der Dienstleistungsfreiheit deren Regelungs- und Auslegungsinhalt auch im FZA zu anerkennen. Ein Ausschluss eines Bereichs von der passiven Dienstleistungsfreiheit müsste dann anerkannt werden, wenn er ausdrücklich im Abkommen verankert wäre, wie dies für Studierende in Art. 24 Abs. 4 in Anhang I der Fall ist.¹⁰⁷ Die Tatsache, dass in Bezug auf medizinische Dienstleistungen eine entsprechende Bestimmung fehlt, ist ein weiteres Argument dafür, dass kein Ausschluss anzunehmen ist.

Schliesslich sind die Konsequenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu bedenken: Die Auslegung des Bundesgerichts bedeutet im Ergebnis, dass das FZA den Dienstleistungsempfängern bloss ein Einreise- und Aufenthaltsrecht, nicht aber ein Recht auf Zugang zu den Leistungen zugestehen würde. Eine solche restriktive Auslegung wäre weitgehend sinnlos.¹⁰⁸ Der Empfang und die Erbringung der Leistung sind Spiegelbilder desselben Rechts. Sie können nicht unterschiedlich weit reichen. Der EuGH hat verschiedentlich darauf hingewiesen, dass dieselbe Freiheitsbeschränkung sowohl gegen die Rechte der Dienstleistungserbringer als auch gegen diejenigen der Dienstleistungsempfänger verstösst.¹⁰⁹ Auch aufgrund dieser Überlegung ist die vom Bundesgericht praktizierte Unterscheidung der Auslegung der Rechte von Dienstleistungserbringern und Dienstleistungsempfängern unter dem FZA fragwürdig.

¹⁰⁵ Art. 5 Abs. 3 betreffend Dienstleistungsempfängern ist in Art. 5 betreffend Dienstleistungserbringern aufgeführt; Art. 23 von Anhang I (Dienstleistungsempfänger) steht unter dem Titel IV Erbringung von Dienstleistungen.

¹⁰⁶ Ebenso *Imhof* (Fn. 23), 222; vgl. *Dieter Gossen/Claire de Coulon*, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Thürier et al. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz* - EU, 2007, 135, 171, welche in Art. 5 Abs. 3 FZA eine Kodifizierung der *Luisi und Carbone* Rechtsprechung erkennen.

¹⁰⁷ Dazu hinten C.III.4.b.

¹⁰⁸ *Epiney/Mosters/Theuerkauf* (Fn. 45), 66.

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-204/90, *Bachmann*, Slg. 1992, I-249, Rz. 31: Ist für einen Steuerabzug in einem Staat erforderlich, dass der Anbieter im betreffenden Staat niedergelassen ist, so hält dies einerseits die Dienstleistungsempfänger davon ab, sich auf Angebote ausländischer Unternehmen einzulassen, und verletzt andererseits die Rechte der Dienstleistungserbringer. EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll* (Fn. 82), Rz. 35: Werden Kosten für medizinische Leistungen im Ausland nur dann zurückerstattet, wenn eine vorherige Bewilligung eingeholt wurde, hält dies die Dienstleistungsempfänger davon ab, sich an ärztliche Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden, „und stellt sowohl für diese wie für ihre Patienten eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar“.

Aus all diesen Gründen bleibt zu hoffen, dass sich das Bundesgericht nochmals offen auf die Frage der Auslegung von Art. 5 FZA, insbesondere in Bezug auf die Dienstleistungsempfänger, einlässt. Im Übrigen sprechen nicht nur bedeutende rechtliche Gründe für ein umfassenderes Verständnis der Bestimmungen im FZA zu den Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags, sondern aus schweizerischer Sicht durchaus auch praktische Gründe, sind doch medizinische Behandlungen im Ausland häufig günstiger als vergleichbare Behandlungen in der Schweiz.

Am Ende dieses Teils ist zweierlei festzuhalten: Der EuGH hatte bisher noch keine Gelegenheit, im Rahmen des FZA zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Es ist daher offen, ob er gleich oder anders als das Bundesgericht entscheiden würde. Weiter sollte nicht übersehen werden, dass sich die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtes nur mit einem ausgewählten Bereich der passiven Dienstleistungsfreiheit befasst, nämlich medizinischen Behandlungen. Selbst wenn man der Argumentation des Bundesgerichtes über die unterschiedliche Zielsetzung der Abkommen folgen möchte, könnte die Ablehnung der passiven Dienstleistungsfreiheit nicht ohne weiteres auf andere Gebiete übertragen werden.

4. Studiengebühren

a) Die Rechtslage gemäss EG-Vertrag

Vorab ist festzuhalten, dass nach der Entscheidung *Luisi und Carbone* Studienreisende Dienstleistungsempfänger sind, welche von den Art. 49 und 50 EGV erfasst werden, wenn die übrigen Bedingungen dieser Vorschriften erfüllt sind.¹¹⁰ Studiengebühren für im Ausland studierende Personen fallen dann in den Anwendungsbereich der allgemeinen Bestimmungen über die Dienstleistung, wenn die Ausbildung im eigentlichen Sinne entgeltlich ist (z.B. Nachdiplomstudien mit namhaften Studiengebühren oder Studien an Privatuniversitäten). Muss nur eine Einschreibgebühr bezahlt werden (wie dies hierzulande an staatlichen Hochschulen der Fall ist), so sind nicht die Art. 49 und 50 EGV anwendbar, sondern das allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 12 EGV (in Verbindung mit den Art. 149 und 150 EGV).¹¹¹

b) Die Rechtslage gemäss FZA

Das FZA enthält zwei spezielle Bestimmungen über Studierende bzw. über Bildung. Art. 3 Abs. 6 in Anhang I betrifft die Kinder von Staatsangehörigen einer Vertragspartei mit Aufenthaltsrecht. Sie dürfen „unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Aufnahmestaates, sofern sie in dessen Hoheitsgebiet wohnen, am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilneh-

¹¹⁰ EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone* (Fn. 35), Rz. 16.

¹¹¹ EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593.

men“. Hier gilt demnach ein Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit.¹¹²

Die zweite Bestimmung, Art. 24 Abs. 4 in Anhang I, betrifft andere Personen. Sie lautet wie folgt:

„Eine Aufenthaltserlaubnis, deren Gültigkeit auf die Dauer der Ausbildung oder, wenn die Dauer der Ausbildung ein Jahr übersteigt, auf ein Jahr beschränkt ist, wird dem Studierenden erteilt, der nicht aufgrund einer anderen Bestimmung dieses Abkommens über ein Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei verfügt, sofern er durch eine Erklärung oder durch andere, zumindest gleichwertige Mittel seiner Wahl den betreffenden nationalen Behörden gegenüber glaubhaft macht, dass er über finanzielle Mittel verfügt, so dass er selber, sein Ehegatte und ihre unterhaltsberechtigten Kinder während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe des Aufnahmestaates in Anspruch nehmen müssen; dies gilt unter der Bedingung, dass er in einer anerkannten Lehranstalt zur Hauptsache zum Erwerb einer beruflichen Bildung eingeschrieben ist und dass er über einen Krankenversicherungsschutz verfügt, der sämtliche Risiken abdeckt. Dieses Abkommen regelt weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden.“

Der letzte Satz dieser Bestimmung über den Zugang zur Ausbildung könnte den Eindruck erwecken, dass im FZA Marktzugangsrechte für Studierende von vornherein ausgeschlossen sind. Betrachtet man aber den systematischen Zusammenhang, so erweist sich dieser Schluss als vorschnell. Art. 24 Abs. 4 in Anhang I entspricht der zur Zeit der Unterzeichnung des FZA geltenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung über Reise- und Aufenthaltsrechte von Studierenden, denen nicht in einem anderen Rahmen solche Rechte zukamen, m.a.W. solche Studierende, die nicht unter die Dienstleistungsfreiheit fallen.¹¹³ Studierende, die demgegenüber Dienstleistungen im Sinne von Art. 49 und 50 EGV in Anspruch nehmen, leiten ihre Rechte aus diesen Bestimmungen ab, einschliesslich des Rechts auf Marktzugang. Auch unter dem FZA verfügen Studierende, soweit sie als Dienstleistungsempfänger anzusehen sind, „aufgrund einer anderen Bestimmung dieses Abkommens [nämlich Art. 5 Abs. 3] über ein Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei“.¹¹⁴ Dementsprechend muss der Ausschluss von Marktzugangsrechten in Art. 24 Abs. 4 des Anhangs I „für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ in diesem einschränkenden Sinne verstanden werden: Nur für Studierende, die nicht als Dienstleistungsempfänger einzustufen sind, sind Marktzugangsrechte ausgeschlossen. In diesem Rahmen wären z.B. die vom Bundesgericht als zulässig erachteten günstigere Benützungsmodalitäten für Hochschulen für die kantonseigene Bevölkerung¹¹⁵ nach dem FZA weiterhin zulässig.

Für Dienstleistungsempfänger dagegen gewährt das FZA nach der hier vertretenen Auffassung auch Marktzugangsrechte.¹¹⁶ Dazu gehört insbesondere das Recht auf diskriminierungsfreie Studiengebühren. Im Falle von unterschiedlichen Gebühren

¹¹² Siehe *Kerstin Odendahl*, Originäre Rechte von Drittstaatsangehörigen auf Zugang zu den Hochschulen in der EG?, in: *Epiney/Egbuna-Joss/Wyssling* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2005/2006, 2006, 347, 366.

¹¹³ Siehe Art. 1 der Richtlinie 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. 1993, L 317, 59. Heute gilt Art. 7 Abs. 1 Bst. c der Richtlinie 2004/38/EG (Fn. 38).

¹¹⁴ Satz 1 von Art. 24 Abs. 4 von Anhang I.

¹¹⁵ BGE 103 Ia 369 ff., 386 (Wäffler).

¹¹⁶ Anders offenbar *Odendahl* (Fn. 102), 367.

würde sich die Frage stellen, ob diese durch ein übergeordnetes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden könnten.

Schliesslich sei erwähnt, dass in der Praxis der hier vertretene Unterschied zwischen verschiedenen Kategorien von Studierenden oft nicht gemacht wird. So wendet z.B. die juristische Fakultät der Universität Leiden (Niederlande) sowohl auf Nachdiplomstudierende als auch auf Bachelor- und Masterstudierende aus der Schweiz dieselben Gebühren an, wie auf Studierende mit der Staatsangehörigkeit eines EU-Staates.¹¹⁷

5. Touristische Dienstleistungen

Der Einschluss von Marktzugangsrechten im Zusammenhang mit der passiven Dienstleistungsfreiheit ins FZA hätte, wie die Rechtsprechung des EuGH zum EG-Recht zeigt, auch im Bereich des Tourismus wichtige Folgen.

a) Die Rechtslage gemäss EG-Vertrag

Auch hier ist vorab festzuhalten, dass Touristen nach der Rechtsprechung des EuGH Dienstleistungsempfänger sind, die von den Art. 49 und 50 EGV erfasst werden.¹¹⁸ Die praktische Bedeutung der passiven Dienstleistungsfreiheit im Tourismus wird aus der Rechtsprechung des EuGH über Museumseintritte deutlich. Im Januar 2003 wurde Italien vom EuGH wegen einer Verletzung von EG-rechtlichen Vorschriften verurteilt, weil das Land seinen eigenen Staatsangehörigen sowie Gebietsansässigen von über 60 bzw. 65 Jahren gratis Eintritt in staatliche Einrichtungen wie z.B. dem Dogenpalast in Venedig und Museen in Florenz gewährt hatte, nicht aber Angehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten.¹¹⁹ In seiner Entscheidung hielt der Gerichtshof fest, dass solche Vorzugsregelungen Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit darstellen, die nach den EG-rechtlichen Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr verboten sind. Bei der Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigen handelt es sich um eine unmittelbare oder direkte Diskriminierung, bei der Bevorzugung von Ansässigen um eine mittelbare oder indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (d.h. um eine Ungleichbehandlung, die zwar nicht formell auf die Staatsangehörigkeit abstellt, in ihren praktischen Wirkungen aber einer solchen nahe kommt).¹²⁰

Der EuGH verneinte auch, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Besteuerung und der zur Diskussion stehenden Massnahme (hier: den Gratis-

¹¹⁷ Vgl. dazu z.B. <<http://www.leidenuniv.nl/en/prospective/index.php3-m=&c=25.htm>>.

¹¹⁸ EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone* (Fn. 35), Rz. 16.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-388/01, *Kommission/Italien*, Slg. 2003, I-721. Siehe dazu etwa *Giovanna Pizzanelli*, Libera prestazione dei servizi, cittadinanza europea, principio di non discriminazione e responsabilità per inadempimento dello Stato unitariamente considerato: il caso della disciplina italiana sull'ingresso a musei gestiti da Regioni ed Enti locali, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2003, 1564-1577; *Anna Cicchetti*, La cultura italiana discrimina il turista europeo?, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2004, 249, sowie *Gareth Davies*, „Any Place I Hang My Hat?“ or: Residence is the New Nationality, *European Law Journal* 2005, 43.

¹²⁰ Kritisch zu diesem Befund *Davies* (Fn. 119), 45.

eintritten) bestehe, welcher die unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen vermöge (Rz. 24):

„Im vorliegenden Fall besteht jedoch kein solcher unmittelbarer Zusammenhang zwischen irgendeiner Besteuerung und der Anwendung der Vorzugstarife für den Zugang zu den öffentlichen Museen und Denkmälern, auf die sich die Vertragsverletzungsklage bezieht. Dies gilt umso mehr, als die Anwendung der streitigen Tarifvorteile davon abhängt, dass der Betreffende im Gebiet der Einrichtung wohnt, die das jeweilige öffentliche Museum oder Denkmal betreibt, wobei alle anderen Personen, die in Italien wohnen und deshalb ebenfalls in diesem Mitgliedstaat steuerpflichtig sind, ausgeschlossen werden.“

Italien musste daraufhin seine Preisregelung anpassen. Ein ähnlicher, spanische Museen betreffender Fall war vom EuGH bereits 1994 entschieden worden.¹²¹

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass der unterschiedlichen Behandlung von Dienstleistungsempfängern enge Grenzen gesetzt sind, selbst wenn sie sich nicht unmittelbar auf die ausländische Staatsangehörigkeit stützt, sondern z.B. auf die Ansässigkeit. Besonders wichtig erscheint in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Bezahlung von Steuern durch die Ansässigen in der Rechtsprechung des EuGH nicht als akzeptabler Rechtfertigungsgrund erscheint. Hier könnte sich allenfalls die Frage stellen, ob die Situation der ansässigen und der nichtansässigen Dienstleistungsempfänger überhaupt vergleichbar ist. So argumentiert jedenfalls die EG-Kommission im Handbuch zur Dienstleistungsrichtlinie. Nach der Einschätzung der Kommission könnten beispielsweise reduzierte Preise für Ansässige für die Benutzung eines lokal betriebenen und finanzierten öffentlichen Schwimmbades zulässig sein, weil die unterschiedlichen Wohnorte relevante und objektive Unterschiede in der Situation der Dienstleistungsempfänger widerspiegeln.¹²² Bekanntlich schliesst (auch) im EG-Recht fehlende Vergleichbarkeit der Situationen das Recht auf Gleichbehandlung aus. Die erwähnte Rechtsprechung über Museumseintritte allerdings scheint die Vergleichbarkeit der Fälle zu implizieren.

b) Die Rechtslage gemäss FZA

Was bedeutet dies nun für das bilaterale Recht? Auch Schweizer Touristen haben in EU-Staaten schon die Erfahrung machen müssen, dass von ihnen bei Besuchen von touristischen Stätten höhere Preise als von EU-Bürgern verlangt werden. Der Presse war beispielsweise zu entnehmen, dass an gewissen Orten in Italien Kinder von Schweizern im Gegensatz zu Kindern mit der Staatsangehörigkeit eines EU-Staates den vollen Eintritt zahlen müssen.¹²³ Der betroffene Vater stellte die Frage, ob dies rechtens sei. In seiner Antwort darauf verwies die italienische Zentrale für Tourismus auf einen Notenaustausch zwischen der schweizerischen Botschaft in Rom und dem italienischen Ministerium für auswärtige Angelegenheiten.¹²⁴ Nach dem hierdurch

¹²¹ EuGH, Rs. C-45/93, *Kommission/Spanien*, Slg. 1994, I-911.

¹²² EG-Kommission, Handbuch (Fn. 32), 52.

¹²³ Z.B. Leserbrief von Guido Leibbrandt, Diskriminierung in Italiens Museen, NZZ vom 16./17. August 2008.

¹²⁴ Museumseintritte und EU-Recht, NZZ vom 6./7. September 2008.

geschlossenen Abkommen¹²⁵ wird den jeweils anderen Staatsangehörigen mit Bezug auf den Besuch kultureller Einrichtungen Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen gewährt. Dieses Abkommen stellt somit eine Sonderlösung für die beiden Vertragsstaaten dar, aufgrund dessen Schwierigkeiten wie denjenigen des erwähnten NZZ-Lesers eigentlich begegnet werden können sollte.

Weil das FZA nach der hier vertretenen Auffassung auch die passive Dienstleistungsfreiheit gewährt, bietet dieses Abkommen im Verhältnis mit sämtlichen EU-Mitgliedsländern eine Grundlage, sich gegen Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit zu wehren, und zwar nicht nur gegen unmittelbare Diskriminierungen (wie in den in der NZZ erwähnten Fällen), sondern auch gegen indirekte Diskriminierungen. Eine solche könnte z.B. vorliegen, wenn Saisonskillette für Ansässige günstiger sind als für auswärtige Personen.

Schliesslich sei ergänzend noch ein Sonderfall erwähnt, bei dem es zumindest teilweise auch um touristische Dienstleistungen geht, und der auch für die Schweiz von Bedeutung ist: Nicht von den allgemeinen Bestimmungen über Dienstleistungen erfasst sind die Rechte von behinderten Flugreisenden. Dafür gilt die luftrechtliche Verordnung 1107/2006/EG,¹²⁶ welche am 1. November 2009 auch für Schweiz in Kraft treten wird.¹²⁷ Die Verordnung verpflichtet Fluggesellschaften und Flughäfen, ihre Dienstleistungen für behinderte Menschen zugänglich zu machen. Analoges gilt in der EU in der Zukunft für Bahnreisende.¹²⁸

IV. Korrespondenzdienstleistungen

Mit Bezug auf den Anwendungsbereich des FZA stellt sich die Frage, ob das FZA einen Anspruch enthält, grenzüberschreitende Dienstleistungen zu erbringen (oder zu empfangen), wenn nur die Dienstleistung selber die Landesgrenze überschreitet, nicht aber die an ihr beteiligten Personen (sog. Korrespondenzdienstleistungen). Das FZA enthält dazu keine expliziten Regeln, und die Frage gab, soweit ersichtlich, noch keinen Anlass für Gerichtsentscheidungen. In der Lehre wird sie nur wenig diskutiert und gegebenenfalls bejaht.¹²⁹

Nach Auffassung des Bundesrates sollen Korrespondenzdienstleistungen demgegenüber wohl generell nicht unter das FZA fallen. Das Abkommen beziehe die Dienstleistungsfreiheit „nur im Sinne der grenzüberschreitenden personenbezogenen Dienstleistungserbringung und nicht vollumfänglich im Sinne des ‚Acquis communautaire‘“ ein¹³⁰ und regle zudem „nur den Aufenthalt auf dem Territorium einer

¹²⁵ Nota verbale des Ministero degli Affari Esteri vom 31. August 2007, Prot. N. 061-P-0286211.

¹²⁶ Verordnung 1107/2006/EG über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität, ABl. 2006 L 204, 1.

¹²⁷ Siehe dazu <http://www.egalite-handicap.ch/deutsch/politische_agenda/gesetzgebungsprozess.html>.

¹²⁸ Verordnung 1371/2007/EG über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. 2007 L 315, 14.

¹²⁹ Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Epiney/Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, 2007, 101, 125; Maritz (Fn. 47), 339 f.

¹³⁰ Botschaft (Fn. 15), Ziff. 273.11.

anderen Vertragspartei, um dort eine Dienstleistung erbringen oder erhalten zu können.“¹³¹ Der Bundesrat scheint somit für die Anwendbarkeit der Regeln über die Dienstleistungen im FZA vorauszusetzen, dass sich die berechnete Person geographisch verschiebt. Woraus sich diese restriktive Auslegung ergeben soll, ist aus dem Wortlaut des Abkommens nicht ersichtlich. Insbesondere erwähnt das FZA kein Erfordernis einer so verstandenen Personenbezogenheit der Dienstleistungen.

Im EG-Recht ergibt sich aus der klaren Rechtsprechung des EuGH, dass der für die Anwendbarkeit der Art. 49 und 50 EGV erforderliche grenzüberschreitende Charakter von Dienstleistungen in allen Fällen gegeben ist, in welchen die Dienstleistung eine Landesgrenze überschreitet.¹³² Der EuGH erklärte in der Entscheidung zur Rechtssache *Alpine Investments*,¹³³ dass Art. 49 EGV „Dienstleistungen erfasst, die ein Leistungserbringer potentiellen Leistungsempfängern, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, telefonisch anbietet und die er ohne Ortswechsel von dem Mitgliedstaat aus erbringt, in dem er ansässig ist“. Zudem konnte bereits einer Entscheidung aus dem Jahr 1991 entnommen werden, dass der grenzüberschreitende Charakter der Dienstleistungen nicht auf den in Art. 50 EGV ausdrücklich erwähnten Fall beschränkt ist, sondern alle Konstellationen erfasst, in welchen „ein Leistungserbringer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen anbietet, in dem er niedergelassen ist“.¹³⁴

Für eine einheitliche Auslegung der Bestimmungen über die Dienstleistungen im EG-Recht und im FZA sollten auch die auf dem Korrespondenzweg erbrachten Dienstleistungen als Teil von Art. 5 FZA akzeptiert werden. Falls Korrespondenzdienstleistungen vom Anwendungsbereich des FZA generell hätten ausgeschlossen werden sollen, so hätte dies im Text des Abkommens aufgeführt werden müssen (beispielsweise wie die Arbeitsvermittlung oder die Finanzdienstleistungen in Art. 22 von Anhang I).¹³⁵ Zumindest die Dienstleistungen, die ausgetauscht werden dürfen, falls der Dienstleistungserbringer oder -empfänger die Grenze tatsächlich übertritt, werden auch dann unter dem FZA zulässig sein, wenn bloss die Leistung allein die Grenze überquert. Beispielsweise muss dies für sämtliche Beratungsleistungen gelten, die nicht nur von Angesicht zu Angesicht, sondern auch mittels Telekommunikationsmitteln grenzüberschreitend erbracht werden dürfen. Eine andere Auslegung erschiene unsinnig.

¹³¹ Antwort des Bundesrates vom 31. August 2005 auf die Anfrage 05.1055 von NR Alexander J. Baumann („Unkontrollierbare Auswirkungen der Personenfreizügigkeit mit der EU“).

¹³² Z.B. *Randelshofer/Forsthoff* (Fn. 41), Art. 49/50 EGV, Rz. 44.

¹³³ EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Rz. 22.

¹³⁴ EuGH, Rs. 154/89, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1991, I-659, Rz. 10. Der Fall betraf u.a. Reiseleiter (Dienstleistungserbringer), welche zusammen mit Reisegruppen (Dienstleistungsempfängerinnen) von einem Mitgliedstaat in einen anderen reisten, um dort tätig zu sein. Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger waren also im selben Mitgliedstaat niedergelassen.

¹³⁵ Vgl. *Maritz* (Fn. 47), 340.

D. Schlussbemerkungen

Die vorstehenden Ausführungen bestätigen, dass das bilaterale Recht nach wie vor keine umfassende Liberalisierung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen vorsieht, sondern Stückwerk ist. Die dritte Freiheit des europäischen Binnenmarktes ist im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz nur für bestimmte Bereiche vorgesehen, und dann nur im engen Rahmen der 90-Tage-Regel.

Die Regelung des Dienstleistungsverkehrs in nur einigen wenigen Bestimmungen eines Staatsvertrags, welche zudem den Wortlaut und Aufbau des EG-Vertrags nicht identisch abbilden, erweist sich als Herausforderung und Nachteil zugleich. Ihre Tragweite und ihr Inhalt werden von den Gerichten festgelegt. Das ist nicht *per se* schlecht, doch lassen sich die Bestimmungen – wie das Bundesgericht im Bereich der medizinischen Behandlungen im Ausland zeigt – auf hohem juristischen Argumentationsniveau so auslegen, dass genau das Gegenteil der vom FZA gemäss dessen Art. 1 bezweckten Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen resultiert. Bei hüben und drüben vorhandenem Willen spräche jedoch nichts gegen eine deckungsgleiche Auslegung des FZA mit den Regeln über die Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrags. Im vorliegenden Beitrag haben wir versucht, dieses Prinzip und dessen Grenzen aufzuzeigen.

Tatsache ist, dass zehn Jahre nach der Unterzeichnung des FZA wichtige Rechtsfragen noch immer ungeklärt sind. So ist die Reichweite der Marktzugangsrechte ungeklärt: Verbietet das FZA „nur“ Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit oder auch Beschränkungen? Offen ist auch, ob die ablehnende Haltung des Bundesgerichts bezüglich der passiven Dienstleistungsfreiheit nur für medizinische Dienstleistungen gilt oder aber auch für andere Dienstleistungsarten. Offen ist weiter, ob der EuGH gleich oder anders als das Bundesgericht entscheiden würde. Diese Fragen sind für wichtige Dienstleistungsbereiche – darunter auch die hier besprochenen Bereiche des Tourismus, der medizinischen Behandlungen und des (bezahlten) Studiums – von grosser praktischer Bedeutung. Von grosser praktischer Bedeutung ist aber auch das Spannungsfeld zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz, das im vorliegenden Beitrag anhand der Entsendung von Arbeitnehmern diskutiert wurde. Hier werden sich Lösungen wohl immer nur im Rahmen von Interessenabwägungen im Einzelfall finden lassen.

Weniger beschränkende Regelungen, grössere Rechtssicherheit und bessere Vorhersehbarkeit der Entscheidungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU würde erst eine allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen entsprechend dem EG-Recht mit sich bringen können. Gerade in den schwierigen Zeiten der Finanz-, Wirtschafts- und Vertrauenskrise schiene es an der Zeit, nun „so bald wie möglich Verhandlungen über eine allgemeine Liberalisierung der Dienstleistungen auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Besitzstands aufzunehmen“, wie dies die Schlussakte des FZA bereits vorsieht.