

Alberto Achermann/Astrid Epiney/Raffael Gnädinger (Hrsg.)

Migrationsrecht in der Europäischen Union und im Verhältnis Schweiz – EU

Die Rechtsprechung des EuGH zum Migrationsrecht, der Arbeitnehmerbegriff und
ein Beitrag zum Stand der Beziehungen Schweiz – EU

Mit Beiträgen von
Gregor T. Chatton, Thomas von Danwitz und Dieter Freiburghaus

2018

Cahiers fribourgeois de droit européen no 24
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 24

Alberto Achermann/Astrid Epiney/Raffael Gnädinger (Hrsg.)

**Migrationsrecht in der Europäischen Union und im
Verhältnis Schweiz – EU**

Die Rechtsprechung des EuGH zum Migrationsrecht, der Arbeitnehmerbegriff und
ein Beitrag zum Stand der Beziehungen Schweiz – EU

Mit Beiträgen von
Gregor T. Chatton, Thomas von Danwitz und Dieter Freiburghaus

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de docteurs, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www.unifr.ch/ius/euroinstitut

Februar 2018

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Alberto Achermann/Astrid Epiney1

Der Gerichtshof der Europäischen Union und das Migrationsrecht

Thomas von Danwitz.....3

I. Einleitung 4

II. Die Schweiz und das Unionsrecht der Personenfreizügigkeit..... 4

III. Grundlinien der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Personenfreizügigkeit 6

1. Personenfreizügigkeit und Sozialleistungsberechtigung 7

2. Familienzusammenführung und Schutz der Familienbeziehungen 8

IV. Zur Rechtsprechung im Asyl- und Flüchtlingsrecht 10

1. Zum Grundverständnis des europäischen Asylsystems 10

2. Zur jüngeren Rechtsprechung in Asylsachen 11

a) Zur Erteilung von Visa aus humanitären Gründen 11

b) Zum Vorliegen einer „Notsituation“ 12

c) Rechtsschutz gegen Überstellungsentscheidungen 13

d) Aufnahmebedingungen und Rückführung von Drittstaatsangehörigen 13

e) Ausschluss von der Anerkennung als Flüchtling 14

V. Schluss..... 15

Die Arbeitnehmereigenschaft gemäss Freizügigkeitsabkommen – eine Bestandaufnahme

Gregor T. Chatton17

I. Einleitung 18

II. Der Arbeitnehmer im Lichte des Freizügigkeitsabkommens 19

1. Die Rechte des Arbeitnehmers 19

2. Abgeleitete oder mit dem Arbeitnehmerstatus verwandte Rechte 21

a) Das Verbleiberecht 22

b) Das Recht auf Familiennachzug 22

c) Der Anspruch auf Sozialleistungen 23

3. Die fehlende Definition der Arbeitnehmereigenschaft im FZA 24

III. Der unionsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers	26
1. Die vom EuGH entwickelten Kriterien	27
a) Ein grenzüberschreitender Bezug	28
b) Die Weisungsgebundenheit	28
c) Eine Tätigkeit von einer gewissen Dauer	29
d) Eine Vergütung	30
2. Eine tatsächliche und echte Tätigkeit	32
IV. Die Aufnahme des Arbeitnehmerbegriffes in die bundesgerichtliche Praxis.....	33
1. Allgemeine Betrachtungen zum Arbeitnehmerbegriff	33
a) Die Auslegung	33
b) Die gängige Definition des Arbeitnehmers	33
2. Die Weisungsgebundenheit	34
3. Eine Tätigkeit von einer gewissen Dauer	35
4. Die Vergütung	36
a) Der Lohn als bloss symbolische Anerkennung einer gesellschaftlichen Leistung.....	36
b) Das allzu geringfügige Gehalt	37
5. Eine tatsächliche und echte Tätigkeit (im Allgemeinen).....	39
a) Eine Aktivität ohne wirtschaftlichen Austausch	39
b) Wiedereingliederungsmassnahmen	40
c) Eine völlig untergeordnete und unwesentliche Arbeitstätigkeit	42
d) Der Rechtsmissbrauch	43
aa) vom (sozial[versicherungs]rechtlich bedingten) Rechtsmissbrauch.....	43
bb) ... zur beschlossenen „Regulierung“ des Zugangs zu Sozialleistungen.....	46
V. Schlussbemerkungen	49

Die Schweiz vor der Quadratur des europapolitischen Zirkels	
<i>Dieter Freiburghaus</i>	51
I. Einleitung	52
II. Der Sonderfall?	53
III. Das grosse Missverständnis	54

IV. Wo lässt uns das?	59
Literatur	63
Abkürzungen.....	67

Vorwort

Am 31. August und 1. September 2017 fanden in Bern die 13. Migrationsrechtstage unter der Federführung von Prof. *Alberto Achermann* statt. Dieser Band enthält die schriftlichen Fassungen von zwei Referaten, welche an den Migrationsrechtstagen gehalten wurden, und ergänzt insoweit die im Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017 veröffentlichten Beiträge: Am Vorabend der Tagung hielt Prof. Thomas von Danwitz, Kammerpräsident am Gerichtshof der Europäischen Union, ein Referat zu den jüngeren Entwicklungen der Rechtsprechung des EuGH im Migrationsrecht, wobei nicht nur diverse Urteile aus unterschiedlichen Bereichen zur Sprache kamen, sondern diese auch in die bisherige Rechtsprechung eingebettet wurden. Weiter erörterte Dr. Gregor T. Chatton an der Tagung die vielfältigen Facetten des Begriffs des Arbeitnehmers, ein unionsrechtlicher Begriff, welcher aber auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU relevant und massgeblich ist.

Diese beiden juristischen Beiträge werden ergänzt durch eine von Prof. Dieter Freiburghaus verfasste Standortbestimmung der Beziehungen Schweiz – EU, der die derzeitige schwierige Situation in einen Zusammenhang mit den bisherigen Entwicklungen stellt und nach den Zukunftsperspektiven fragt.

Gedankt sei an dieser Stelle Herrn Rowan Siegenthaler und Frau Madeleine Bieri für die Finalisierung des Manuskripts.

Alberto Achermann
Bern

Astrid Epiney
Freiburg

Der Gerichtshof der Europäischen Union und das Migrationsrecht

THOMAS VON DANWITZ^{*}

INHALTSÜBERSICHT

- I. Einleitung
- II. Die Schweiz und das Unionsrecht der Personenfreizügigkeit
- III. Die Grundlinien der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Personenfreizügigkeit
- IV. Zur Rechtsprechung im Asyl- und Flüchtlingsrecht
- V. Schluss

^{*} Prof. Dr. Dr. h.c., D.I.A.P (ENA, Paris), Kammerpräsident am Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg.

I. Einleitung

Gerade die aktuellen Diskussionen, die zur Zeit im Rahmen der Brexit-Verhandlungen zur Personenfreizügigkeit geführt werden, zeigen mit großer Deutlichkeit, wie ausgesprochen vielschichtig Interessen in Fragen der Personenfreizügigkeit gelagert sein können und wie schwierig oder vielleicht sogar unmöglich es sein kann, in der arbeitsteiligen und jedenfalls zunehmend interdependenten Welt des 21. Jahrhunderts eine Insel sein zu wollen. Aber auch jenseits der Debatte um den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Union birgt diese Themenstellung oft genug Anlass zu vielfältigen Meinungsverschiedenheiten, die der Gerichtshof immer wieder zu klären hat. Die besondere Schwierigkeit der Materie erklärt sich vor allem mit großen wirtschaftlichen und sozialen Ungleichgewichten der Mitgliedstaaten der erweiterten Union untereinander, soziokulturellen und politischen Identitätsvorstellungen und wirtschaftlichen Interessenlagen, die damit keineswegs übereinstimmen müssen. Dieses durchaus nicht unheikle Verhältnis erfährt in Ansehung von Drittstaatsangehörigen, die gerade im Zuge der jüngsten Flüchtlingsströme in die Europäische Union gekommen sind, eine besonders delikate Akzentuierung, wie namentlich die Klagen der Slowakischen Republik und Ungarns gegen die sog. Relokalisierungsentscheidung 2015/1601 der Union gezeigt haben, über die der Gerichtshof mit Urteil vom 6. September 2017, also in einer Woche, entscheiden wird.

II. Die Schweiz und das Unionsrecht der Personenfreizügigkeit

Dass all diese Fragen in der Schweiz auf ein großes Interesse stoßen, ist für die Kenner der Materie angesichts des Freizügigkeitsabkommens nicht weiter verwunderlich, welches die Schweizerische Eidgenossenschaft, gemeinsam mit 6 weiteren sektoriellen Abkommen, mit der Europäischen Union am 21. Juni 1999 geschlossen hat. Das Abkommen ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten und sukzessive auf die neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erstreckt worden. Nach Artikel 16 Abs. 2 des Freizügigkeitsabkommens wird, soweit für seine Anwendung Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden, die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes berücksichtigt, die vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangen ist. Angesichts der offenkundigen Schwierigkeiten, welche die zuletzt genannte zeitliche Bedingung in der Rechtsprechungspraxis aufgeworfen hat,¹ ist es sehr zu begrüßen, dass das Schweizer Bundesgericht zur Gewährleistung einer möglichst parallelen Rechtslage, aber ohne hierzu verpflichtet zu sein, in ständiger Rechtsprechung judiziert, dass die Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unter-

¹ EuGH, C-506/10 (*Graf und Engel*), ECLI:EU:C:2011:643, Rn. 23 u. 32; sowie C-478/15 (*Radgen*), EU:C:2016:705, Rn. 16 u. 24.

zeichnungsdatum gleichermaßen beachtlich ist. Nur bei Vorliegen „triftiger“ Gründe behält es sich vor, von der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung solcher Begriffe abzuweichen.² Für die Teilnahme der Schweiz an den Systemen von Schengen und Dublin ist das Ziel einheitlicher Rechtsgeltung in der Union und der Schweiz in den Artikeln 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 der jeweiligen, am 1. März 2008 in Kraft getretenen bilateralen Abkommen³ zum Ausdruck gebracht, ohne dieses auf die zum Zeitpunkt der Abkommensunterzeichnung ergangene Rechtsprechung zu beziehen.⁴

Diese Ihnen wohlbekannte Ausgangslage erklärt ganz zwanglos das besondere Interesse der Schweiz an der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Personenfreizügigkeit von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen. Zugleich beleuchtet sie trefflich, wie weitreichend die Auswirkungen für die politische und gesellschaftliche Wirklichkeit sein können, die von der Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts der Union auch jenseits ihrer Grenzen ausgelöst werden. Dennoch ist die Aufgabenstellung, der sich die Schweizer Gerichte, allen voran das Bundesgericht, gegenüber sehen, keineswegs einfach gelagert.

Denn bekanntlich können die Schweizer Gerichte keine Vorlagefragen an den Gerichtshof richten, was allerdings die Möglichkeit nicht ausschließt, dass die Schweiz von ihrem Recht aktiver als bis dato Gebrauch macht, dem Gerichtshof Stellungnahmen in Vorlageverfahren von Gerichten der Mitgliedstaaten der Union zu unterbreiten. Jenseits dieser prozeduralen Schwierigkeit ist zudem zu bedenken, dass die Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht automatisch für die Auslegung von Rechtsbegriffen der bilateralen Abkommen gilt⁵ und sich daher in seiner Rechtsprechung durchaus Beispiele für eine abkommensautonome Auslegung finden,

² BGE 136 II 364, E. 5.3; BGE 139 II 393, E. 4.1.1; BGE 140 II 112, E. 3.2; BGE 142 II 35, E. 3.1.

³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (AS 2008, 481); Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (AS 2008, 515).

⁴ Art. 5 des Dublin-Assoziierungsabkommens lautet:

„1. Um das Ziel der Vertragsparteien einer möglichst einheitlichen Anwendung und Auslegung der in Artikel 1 genannten Bestimmungen zu erreichen, verfolgt der Gemeinsame Ausschuss ständig die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (nachstehend „Gerichtshof“ genannt) sowie die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung der zuständigen schweizerischen Gerichte. Zu diesem Zweck kommen die Vertragsparteien überein, für die unverzügliche gegenseitige Übermittlung dieser gerichtlichen Entscheidungen Sorge zu tragen.

2. Die Schweiz kann in Fällen, in denen ein Gericht eines Mitgliedstaats dem Gerichtshof eine Frage in Bezug auf die Auslegung einer in Artikel 1 genannten Bestimmung zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, beim Gerichtshof Schriftsätze einreichen oder schriftliche Stellungnahmen abgeben.“

Art. 8 des Schengen-Assoziierungsabkommens hat im Wesentlichen denselben Wortlaut.

⁵ EuGH, C-541/08 (*Fokus Invest*), EU:C:2010:74, Rn. 28; C-351/08 (*Grimme*), EU:C:2009:697, Rn. 29; sowie C-70/09 (*Hengartner und Gasser*), EU:C:2010:430, Rn. 42.

bspw. in Fragen der Niederlassungsfreiheit.⁶ Weitere Besonderheiten sind dadurch bedingt, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Personenfreizügigkeit, namentlich im Bereich der Familienzusammenführung, in wesentlicher Hinsicht von Umständen des Einzelfalles abhängt und oftmals auf dem Konzept der Unionsbürgerschaft oder konkreten Bestimmungen der Unionsbürgerschaftsrichtlinie 2004/38 beruht, deren Übertragbarkeit auf Drittstaaten *tel quel* nicht in Betracht kommt. Dennoch können sich solche Erwägungen in durchaus vergleichbarer Weise aufgrund von grundrechtlichen Gewährleistungen stellen. Vor dem Hintergrund dieser schwierigen Gemengelage und angesichts der politisch durchaus heiklen Thematik wird man der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts *cum grano salis* daher nur Anerkennung für die Umsicht und Weitsicht zollen können, mit der diese in einem schwierigen Umfeld zu navigieren gewusst hat.

III. Grundlinien der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Personenfreizügigkeit

Der Gerichtshof ist in den vergangenen Jahren in einer Vielzahl von teils überaus schwierigen und delikaten Fragen der Personenfreizügigkeit von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen befasst worden. Dass diese Fragen dem Gerichtshof in aller Regel von mitgliedstaatlichen Gerichten im Wege der Vorabentscheidung vorgelegt wurden, bezeugt aus Sicht des Gerichtshofes die Funktionsfähigkeit und das besondere Vertrauensverhältnis, das den spezifischen Mehrwert dieses Verfahrens des richterlichen Dialogs ausmacht. In den vom Ersuchen gezogenen Grenzen ermöglicht es dem Gerichtshof, unter Einbeziehung der Stellungnahmen der Kommission, der Regierungen der Mitgliedstaaten und des EEA sowie der Schweiz, auf die Auslegungsfragen des Vorlagegerichts zu antworten und auf diese Weise dafür zu sorgen, dass das Unionsrecht in den Mitgliedstaaten eine prinzipiell einheitliche Anwendung erfährt. Dass der Gerichtshof es im Rahmen dieses Verfahrens oftmals vermeidet, Vorgaben des Unionsrechts mit allzu großer Detailgenauigkeit auszubuchstabieren, sollte nicht als Unzulänglichkeit, sondern vielmehr als vertrauensvolle Zurückhaltung gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten verstanden werden, die es diesen in erster Linie überlässt, die unionsrechtlichen Grundsätze im Rahmen der nationalen Rechtsordnung auszuformen und in concreto zur Anwendung zu bringen.

⁶ EuGH, C-351/08 (*Grimme*), zit. Fn. 5, Rn. 38/39.

1. Personenfreizügigkeit und Sozialleistungsberechtigung

Mit besonderer Aufmerksamkeit ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes in den Rechtssachen *Dano*, *Alimanovic* und *Garcia Nieto* verfolgt worden.⁷ Ein solches Interesse wurde auch dem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen das Vereinigte Königreich entgegen gebracht, das eine nationale Regelung betraf, welche die Kindergeldberechtigung von der Voraussetzung eines rechtmäßigen Aufenthalts des Antragstellers im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates abhängig macht.⁸ Von Seiten mitgliedstaatlicher Regierungen wurde diese Rechtsprechung oftmals mit Erleichterung aufgenommen, im Schrifttum aber durchaus auch mit Kritik bedacht.⁹

Jenseits der mitunter komplexen Auslegungsfragen des einschlägigen Fachrechts beruht diese Rechtsprechungslinie maßgeblich auf der besonderen Bedeutung, die der Gerichtshof den einschlägigen sekundärrechtlichen Bestimmungen, namentlich der Unionsbürgerschaftsrichtlinie 2004/38 zuerkannt hat. Dass diese die vertragsrechtlich gewährleistete Unionsbürgerschaft in einer tendenziell restriktiven Weise konkretisiert, mag integrationspolitisch bedauert werden, ist angesichts der in Artikel 20 Abs. 2, UAbs. 2 AEUV enthaltenen Ermächtigung *per se* aber nicht zu beanstanden, solange die allgemeinen Grenzen dieser Konkretisierungsbefugnis nicht überschritten werden. Dass sich der Gerichtshof angesichts eines solchen Normbefunds seiner Aufgabe mit einer erkennbaren richterlichen Zurückhaltung annimmt, entspricht dem Respekt vor dem Interessenausgleich, der in einer solch heiklen Frage zwischen den im Rat vertretenen Mitgliedstaaten und dem Parlament gefunden wurde. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, in welchem Maße der Gerichtshof interpretatorisch auf die Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 zurückgegriffen hat, um seine Rechtsprechung zu begründen.¹⁰ Damit knüpft diese Rechtsprechung an die tendenziell weite Auslegung der Richtlinie 2004/38 an, die bereits in der Rechtsprechung angelegt war. So hat der Gerichtshof in seinem Urteil *McCarthy* vom 18.12.2014 entschieden, dass diese Richtlinie den Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen, zwar kein autonomes Recht zuerkennt; dennoch ist sie auf die Rechte solcher Familienangehörigen anwendbar, die sich durch Ausübung des Freizügigkeitsrechts eines Unionsbürgers ergeben.¹¹

⁷ EuGH, C-333/13 (*Dano*), EU:C:2014:2358; C-67/14 (*Alimanovic*), EU:C:2015:597; sowie C-299/14 (*García-Nieto u. a.*), EU:C:2016:114.

⁸ EuGH, C-308/14 (*Kommission/Vereinigtes Königreich*), EU:C:2016:436.

⁹ Siehe etwa *Kingreen*, S. 1503; *Düsterhaus*, S. 121; *Thym*, S. 249; *Wallrabenstein*, S. 109; *O'brien*, S. 937.

¹⁰ EuGH, C-333/13 (*Dano*), zit. Fn. 7, Rn. 69 und 74; C-67/14 (*Alimanovic*), zit. Fn. 7, Rn. 49 und 50; C-299/14 (*García-Nieto u. a.*), zit. Fn. 7, Rn. 38 und 39.

¹¹ EuGH, C-202/13 (*McCarthy und McCarthy Rodriguez*), EU:C:2014:2450, Rn. 34 bis 36.

In einer durchaus vergleichbaren Weise hat der Gerichtshof den Arbeitnehmerbegriff in seiner Rechtsprechung zwar prinzipiell weit ausgelegt,¹² jedoch zu der Auslegung von Artikel 12 der Verordnung Nr. 1612/68 in den verbundenen Rechtssachen *Czop* und *Punakova* entschieden, dass diese Bestimmung nur für die Kinder von Arbeitnehmern gilt und ihre Auslegung nicht dazu führen darf, einer nach ihrem Wortlaut klaren und unmissverständlichen Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Daher kann diese Bestimmung, die nur auf Arbeitnehmer abstellt, nicht so ausgelegt werden, dass sie auch für selbständig Erwerbstätige gilt.¹³

2. Familienzusammenführung und Schutz der Familienbeziehungen

Im Bereich der Personenfreizügigkeit gehören Fragen der Familienzusammenführung und des Schutzes der Familienbeziehungen zu den wohl schwierigsten Wertungs- und Abwägungsfragen, die zwischen den individuellen Interessen der Betroffenen und den legitimen Interessen der Aufnahmestaaten zu treffen sind. Hinzu kommt, dass die in diesem Bereich aufgeworfenen Rechtsfragen zwar potentiell von großer Tragweite sind, jedoch in besonderer Weise von der präzisen Erfassung der Umstände des Einzelfalles abhängen, die es zusätzlich erschweren, Auslegungsregeln zu formulieren, die über den Einzelfall hinaus Anwendung finden können. Aus heutiger Sicht möchte man daher fast sagen, dass die in der Rechtssache *Ruiz Zambrano*¹⁴ ergangene Rechtsprechung im Jahr 2011 „verständlicherweise“ für viel Aufsehen und Kritik gesorgt hat, musste der Gerichtshof doch in mehrfacher Hinsicht rechtliches Neuland betreten.

Die seither ergangene Folgerechtsprechung, namentlich in den Rechtssachen *Dereci*, *McCarthy* und *Iida* hat deutlich gemacht, dass der Gerichtshof prinzipiell von einem Gleichlauf der Rechte aus der Richtlinie 2004/38 und der Unionsbürgerschaft ausgeht. Auch die Unionsbürgerschaft eines Familienmitgliedes verschafft Drittstaatsangehörigen also prinzipiell keine eigenen Rechte, sondern nur Rechte, die daraus abgeleitet werden, dass der familienangehörige Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat.¹⁵ Zudem hat der Gerichtshof seither immer wieder betont, dass das Zambrano-Aufenthaltsrecht, um es einmal so zu nennen, nur für ganz besondere Sachverhalte gilt: Es geht um Konstellationen, in denen – obwohl das für das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen geltende abgeleitete Recht nicht anwendbar ist, da der betreffende Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit nicht ausgeübt hat – einem drittstaatsangehörigen Familienmitglied dieses Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht ausnahmsweise nicht verweigert werden darf, wenn sonst dessen Unionsbürger-

¹² EuGH, C-456/02 (*Trojani*), EU:C:2004:488, Rn. 23, 24 und 26.

¹³ EuGH, C-147/11 und C-148/11 (*Czop*), EU:C:2012:538, Rn. 30 bis 33.

¹⁴ EuGH, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), EU:C:2011:124.

¹⁵ EuGH, C-434/09 (*McCarthy*), EU:C:2011:277, Rn. 22; C-256/11 (*Dereci u.a.*), EU:C:2011:734, Rn. 55; sowie C-40/11 (*Iida*), EU:C:2012:691, Rn. 67.

schaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde. Dies ist der Fall, wenn sich dieser Bürger infolge einer solchen Weigerung *de facto* gezwungen sähe, das Gebiet der Union als Ganzes verlassen zu müssen, und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm dieser Status verleiht, verwehrt würde.¹⁶ Dies gilt namentlich für einen das Sorgerecht wahrnehmenden Elternteil eines minderjährigen Unionsbürgers, der Staatsangehöriger eines Drittstaates ist, da das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers praktisch voraussetzt, dass sich die für den minderjährigen Unionsbürger tatsächlich sorgende Person bei ihm aufhalten darf.¹⁷ Eine innereuropäische Aufenthaltsalternative ist indes stets in Betracht zu ziehen.¹⁸

Mit seinen Urteilen vom 13. September 2016 in den Rechtssachen *Rendón Marín*¹⁹ und *CS*²⁰ hat der Gerichtshof schließlich anerkannt, dass auch dieses sachverhaltlich eng begrenzte Aufenthaltsrecht keineswegs absolut gilt, sondern seine Grenzen an den Beschränkungen des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung findet, wie sie sich aus Artikel 27 Abs. 1 und 2 sowie Artikel 28 Abs. 1 der Unionsbürgerschaftsrichtlinie 2004/38 ergeben. Das bloße Vorliegen von Vorstrafen vermag eine automatische Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis in einer sog. Zambrano-Konstellation aber nicht zu rechtfertigen.²¹ Sofern jedoch das persönliche Verhalten des Drittstaatsangehörigen eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft eines Mitgliedstaats berührt, und die verschiedenen, einander gegenüberstehenden Interessen berücksichtigt werden, darf auch in einer sog. Zambrano-Konstellation eine Ausweisungsverfügung erlassen werden.²²

Aus Sicht der Schweiz liegt es natürlich nahe, diese Rechtsprechung mit spitzen Fingern anzufassen, da sie zur Unionsbürgerschaft ergangen ist und nicht die Freizügigkeit *tel quel* zum Gegenstand hat.²³ Zwar ist zu bedenken, dass solche Fragen für die Schweiz eigentlich nur relevant werden können, sofern ein Unionsbürger in der Vergangenheit von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Jedoch wird zu überlegen sein, ob die Wertungen, für die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung an die Unionsbürgerschaft angeknüpft hat, nicht in einer zumindest ähnlichen Weise aus dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Artikel 7 der Charta der Grundrechte bzw. gemäß Artikel 8 EMRK folgen, auf dessen

¹⁶ EuGH, C-256/11 (*Dereci u.a.*), EU:C:2011:734, Rn. 67, 66 und 64; sowie C-40/11 (*Iida*), zit. Fn. 15, Rn. 71.

¹⁷ EuGH, C-200/02 (*Zhu und Chen*), EU:C:2004:639, Rn. 45; und C-86/12 (*Alokpa u. a.*), EU:C:2013:645, Rn. 28.

¹⁸ EuGH, C-86/12 (*Alokpa u. a.*), zit. Fn. 17, Rn. 34, 35; und C-165/14 (*Rendón Marín*), EU:C:2016:675, Rn. 79.

¹⁹ EuGH, C-165/14 (*Rendón Marín*), zit. Fn. 18.

²⁰ EuGH, C-304/14 (*CS*), EU:C:2016:674.

²¹ EuGH, C-165/14 (*Rendón Marín*), zit. Fn. 18, Rn. 84 bis 86.

²² EuGH, C-304/14 (*CS*), zit. Fn. 20, Rn. 50.

²³ BGer, 2C_470/2014 vom 29. Januar 2015.

Berücksichtigung der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung unter Verweis auf die des EGMR hingewiesen hat.²⁴ Allerdings dürfte die praktische Bedeutung der ersten Konstellation durch die zumindest rechtlich bestehende Möglichkeit des Verweises der Betroffenen an den Mitgliedstaat der Staatsangehörigkeit des minderjährigen Unionsbürgers jedenfalls erheblich eingeschränkt sein.²⁵

Unabhängig von den in der Sache gebotenen Erwägungen und ungeachtet der eindrucksvollen Bereitschaft des Schweizer Bundesgerichts zum autonomen Nachvollzug zeigen gerade die sich in der sog. Zambrano-Konstellation stellenden Fragen, dass es sich dabei um eine nur begrenzt taugliche Hilfslösung handelt und überdies, wie misslich es sein kann, den richterlichen Dialog mit dem Gerichtshof nicht selbst pflegen zu können.

IV. Zur Rechtsprechung im Asyl- und Flüchtlingsrecht

Gegenüber diesen ebenso interessanten wie wichtigen Fragen der Personenfreizügigkeit sind seit Herbst 2015 vermehrt Fragen des europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts, das bis dahin als ausgesprochene Spezialmaterie galt, in den Vordergrund der öffentlichen Wahrnehmung getreten. Gestatten Sie mir zunächst einige allgemeine Bemerkungen, bevor ich zur jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes in diesem Bereich komme. Für das Grundverständnis dieser Rechtsprechung erscheint es indes wichtig, an die Zusammenhänge zu erinnern, die diese Materie kennzeichnen.

1. Zum Grundverständnis des europäischen Asylsystems

Insofern genügt der allgemeine Hinweis, dass das europäische Asylsystem seit dem Abschluss des Dubliner Übereinkommens am 15. Juni 1990 schrittweise vergemeinschaftet wurde und heute in Rechtsakten geregelt ist, die von 2011 und 2013 datieren. Das gilt namentlich für die sog. Dublin III Verordnung Nr. 604/2013, für die sog. Asylverfahrensrichtlinie 2013/32, für die sog. Richtlinie über die Aufnahmebedingungen 2013/33 und für die sog. Anerkennungsrichtlinie 2011/95. Mit diesen Unionsregelungen, die gegenüber ihren Vorgängervorschriften eine weitergehende Harmonisierung der Entscheidungsstandards und die Schaffung eines kohärenten Systems bezwecken, soll den vielfältigen Unzulänglichkeiten der vorherigen Regelungen abgeholfen und eine effektive Einhaltung der Schutzverpflichtung der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 durch menschenwürdige Aufnahmebedingungen, effiziente Verfahren und wichtige rechtliche Garantien für Asylbewerber gewährleistet werden.

²⁴ EuGH, C-304/14 (*CS*), zit. Fn. 20, Rn. 48, 49.

²⁵ Siehe erneut EuGH, C-165/14 (*Rendón Marín*), zit. Fn. 18, Rn. 79.

In jüngerer Zeit sind wiederholt Aufforderungen an den Gerichtshof gerichtet worden, schlicht festzustellen, dass die Funktionstauglichkeit des europäischen Asylsystems nicht gewährleistet ist. Demgegenüber verdient der Umstand besondere Hervorhebung, dass es sich bei diesem System um einen in jüngerer Zeit verbesserten Rechtsrahmen handelt, dessen inhaltliche Ausrichtung von den Mitgliedstaaten noch vor wenigen Jahren allgemein gebilligt wurde. Vor diesem Hintergrund erscheint das an den Gerichtshof gerichtete Ansinnen, sich von diesem Rechtsrahmen loszusagen, sei es weil man seine inhaltliche Ausrichtung nicht mehr für politisch opportun hält, sei es weil man die festzustellenden Defizite in seiner Anwendung auf mitgliedstaatlicher Ebene für problematisch erachtet, in verschiedener Hinsicht bemerkenswert. Problematisch ist nicht so sehr, dass damit die Rolle des Gerichtshofes in der gewaltenteiligen Funktionenordnung der Union verkannt und die Fähigkeit des Rechts überschätzt wird, eine Problemstellung solchen Ausmaßes effektiv lösen zu können. Verstörend erscheint vielmehr, wie schnell der Blick auf das große Ganze verloren zu gehen droht, wenn man sich damit begnügt, diesen auf ein bestimmtes rechtliches Ungenügen zu fokussieren, dabei aber die unterschiedlichen Rechtsgüter und Interessenlagen aller Betroffenen aus dem Auge zu verlieren droht. Oder in rheinischer Nonchalance ausgedrückt: Wenn der Gerichtshof bei jeder Gefahr von systemischem Versagen mitgliedstaatlicher Behörden sogleich die Flinte ins Korn geworfen hätte, wären wir in der europäischen Integration nicht weit vorangekommen. Statt vorschnell auf eine gemeinsame Antwort gegenüber einer solchen Herausforderung, die den europäischen Kontinent insgesamt erfasst, verzichten zu wollen, sollten vermehrt gemeinsame Anstrengungen unternommen werden, um die Probleme dort anzugehen, wo sie behoben werden müssen.

2. Zur jüngeren Rechtsprechung in Asylsachen

In seiner jüngeren Rechtsprechung ist der Gerichtshof mit einer Vielzahl ganz unterschiedlich gelagerter Rechtsfragen des Asyl- und Flüchtlingsrechts befasst worden. Im Rahmen dieser Darstellung verdient vor allem diejenige Rechtsprechung Hervorhebung, die für die mitgliedstaatliche Praxis über den Einzelfall hinaus von Bedeutung erscheint.

a) Zur Erteilung von Visa aus humanitären Gründen

Von besonderer Bedeutung für die Entwicklung der Flüchtlingskrise ist die von der Rechtssache *X und X*²⁶ aufgeworfene Fragestellung, ob ein Mitgliedstaat zur Erteilung eines Visums mit räumlich beschränkter Gültigkeit nach Artikel 25 Abs. 1, lit. a) des Visakodex verpflichtet ist, wenn die Gefahr besteht, dass der Antragsteller in einem Drittstaat einem Verstoß gegen Artikel 4 und/oder Artikel 18 der Charta der Grundrechte ausgesetzt wird. Die Bejahung dieser Fragestellung hätte es Drittstaatsangehörigen *de facto* ermöglicht, bei den Vertretungen

²⁶ EuGH, C-638/16 PPU (*X und X*), EU:C:2017:173.

der Mitgliedstaaten im Hoheitsgebiet eines Drittstaates Anträge auf internationalen Schutz zu stellen.

Der Gerichtshof hat dazu betont, dass der Visakodex auf die Erteilung auf Visa keine Anwendung findet, die zwar formal auf der Grundlage von Artikel 25 des Visakodex gestellt wurden, aber einen Aufenthalt zum Zweck der Beantragung von Asyl in einem Mitgliedstaat zum Gegenstand haben und daher nicht die Erteilung eines auf die Dauer von 90 Tagen beschränkten Aufenthaltstitel bezwecken. Derartige Anträge fallen vielmehr ausschließlich unter das nationale Recht, so dass auch die Gewährleistungen der Charta der Grundrechte auf solche Anträge keine Anwendung finden.²⁷ Ergänzend sei hinzugefügt, dass die Annahme einer konkreten, auf die Gefahr bevorstehender Grundrechtseingriffe gestützten *Verpflichtung* zur Erteilung von humanitären Visa grundrechtsdogmatisch ein Novum bedeutet und den Anwendungsbereich der Charta auf Situationen erstreckt hätte, die außerhalb jeglicher Einwirkungsmöglichkeiten der Union und ihrer Mitgliedstaaten liegen.²⁸

b) Zum Vorliegen einer „Notsituation“

Von besonderer Bedeutung für die Beurteilung der Rechtslage im Herbst 2015 ist die vom Gerichtshof in seinen Urteilen *A.S.* und *Jafari* vom 26. Juli 2017²⁹ entschiedene Frage, ob ein „Visum“ erteilt wird oder ein „illegales Überschreiten einer Außengrenze“ im Sinne der Dublin-III-Verordnung in einer Situation vorliegt, in der die Behörden eines Mitgliedstaates mit der Ankunft einer außergewöhnlich hohen Zahl von Drittstaatsangehörigen konfrontiert sind. Mit großer Klarheit hat der Gerichtshof einerseits betont, dass die Dublin-III-Verordnung keinen Anhaltspunkt dafür enthält, dass der Begriff des Visums eine von der üblichen Auslegung abweichende Bedeutung erfahren soll, wenn eine derartige Situation vorliegt.³⁰ Auch im Hinblick auf die Auslegung des Begriffs eines „illegalen Überschreitens“ hat der Gerichtshof bestätigt, dass eine anders geartete Qualifikation einer Einreise unter Abweichung von den allgemein geltenden Einreisevoraussetzungen aus humanitären Gründen mit der allgemeinen Systematik und den Zielen der Dublin-III-Verordnung unvereinbar wäre. Zudem hat er auf die verschiedenen Mechanismen und Instrumente hingewiesen, die das Unionsrecht zur Bewältigung solcher Situationen enthält. Dazu gehört auch die in Artikel 17 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung vorgesehene Befugnis der Mitgliedstaaten, im Geist der Solidarität Anträge auf internationalen Schutz zu prüfen, auch wenn sie nach den in der Verordnung festgelegten Kriterien für diese Prüfung nicht zuständig sind.

²⁷ Ebenda, Rn. 42 bis 44.

²⁸ Siehe dazu die Rechtsprechung des EGMR, Urteil vom 7. Juli 1989 (*Soering v. UK*), ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888, Rn 91; Entscheidung vom 28. Januar 2014 (*Abdul Wahab Khan v. UK*), ECLI:CE:ECHR:2014:0128DEC001198711, Rn 26 bis 28.

²⁹ EuGH, C-646/16 (*Jafari*), EU:C:2017:586; sowie C-490/16 (*A. S.*), EU:C:2017:585.

³⁰ EuGH, C-646/16 (*Jafari*), zit. Fn. 29, Rn. 55.

c) **Rechtsschutz gegen Überstellungsentscheidungen**

Systemische Bedeutung für das europäische Asylverfahrensrecht kommt sodann der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Rechtsschutz gegen Überstellungsentscheidungen zu, die der Gerichtshof in der Rechtssache *Ghezelbash* eingeleitet und nun in *Mengesteab* sowie in *A.S.* fortgesetzt hat.³¹ Der Gerichtshof hat darin entschieden, dass das in Artikel 27 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung vorgesehene Recht auf ein wirksames Rechtsmittel die Befugnis der Antragsteller auf internationalen Schutz umfasst, eine fehlerhafte Anwendung eines in Kapitel III dieser Verordnung festgelegten Zuständigkeitskriteriums geltend zu machen. In Abkehr von der Auslegung, die der Gerichtshof der Dublin-II-Verordnung Nr. 343/2003 in seinem *Abdullahi*-Urteil vom 10.12.2013 gegeben hatte, betonte der Gerichtshof in *Ghezelbash*, dass die Dublin-III-Verordnung sich in wesentlicher Hinsicht von ihrer Vorgängerregelung unterscheidet und namentlich in Erwägungsgrund 19 das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen Überstellungsentscheidungen vorsieht.³²

Von großer praktischer Bedeutung für die Überstellungspraxis ist zudem, dass Artikel 21 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung dahingehend auszulegen ist, dass ein Übernahmegesuch nicht später als drei Monate nach Stellung des Antrags auf internationalen Schutz wirksam unterbreitet werden kann.³³ Ein Antrag auf internationalen Schutz gilt zudem als gestellt, wenn der zuständigen Behörde von einer anderen Behörde bescheinigt worden ist, dass ein Drittstaatsangehöriger um internationalen Schutz ersucht hat.³⁴

d) **Aufnahmebedingungen und Rückführung von Drittstaatsangehörigen**

Angesichts der in verschiedenen Mitgliedstaaten der Union verbreiteten Tendenz, den illegalen Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen als Straftat zu qualifizieren und mit Freiheitsstrafe zu ahnden, ist der Gerichtshof bereits in einer Reihe von Vorlageverfahren mit Fragen konfrontiert worden, die im Kern die Vereinbarkeit dieser Praxis mit der sog. Rückführungsrichtlinie 2008/115 zum Gegenstand haben.³⁵ Der Gerichtshof hat in diesen Verfahren die Bedeutung des von der Richtlinie vorgesehenen Verfahrens der Rückkehr hervorgehoben und betont, dass eine Inhaftierung geeignet sein kann, die Anwendung dieses Verfahrens scheitern

³¹ EuGH, C-63/15 (*Ghezelbash*), EU:C:2016:409; C-670/16 (*Mengesteab*), EU:C:2017:587; sowie C-490/16 (*A. S.*), zit. Fn. 29.

³² EuGH, C-63/15 (*Ghezelbash*), zit. Fn. 31, Rn. 37 f.

³³ EuGH, C-670/16 (*Mengesteab*), EU:C:2017:587, Rn. 67.

³⁴ EuGH, C-670/16 (*Mengesteab*), zit. Fn. 33, Rn. 97, 98 und 103.

³⁵ EuGH, C-61/11 PPU (*El Dridi*), EU:C:2011:268; C-329/11 (*Achughbavian*), EU:C:2011:807; C-430/11 (*Sagor*), EU:C:2012:777; C-38/14 (*Zaizoune*), EU:C:2015:260; C-290/14 (*Celaj*), EU:C:2015:640; C-47/15 (*Affum*), EU:C:2016:408.

zu lassen und auf diese Weise die Rückführung zu verzögern, wodurch die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie beeinträchtigt werden würde.³⁶

In Bezug auf die in der Aufnahmerichtlinie vorgesehene Befugnis der Mitgliedstaaten, eine Person, die um internationalen Schutz ersucht, auf Grund der in Artikel 8 Abs. 3 dieser Richtlinie abschließend geregelten Gründen in Haft zu nehmen, hat der Gerichtshof in seinem Urteil *N.* vom 15.2.2016³⁷ die Notwendigkeit einer strikten Auslegung dieser Haftgründe hervorgehoben und namentlich für die Inhaftierung aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung entschieden, dass diese nur als *ultima ratio*, unter Beschränkung auf den kürzest möglichen Zeitraum, unter Einhaltung der in der Richtlinie vorgesehenen Gewährleistungen und nur solange in Frage kommt, wie die konkrete Gefährdungslage besteht.³⁸ Für die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Inhaftierung von Antragstellern zur Feststellung ihrer Identität oder Staatsangehörigkeit bzw. zur Sicherung der Beweise, auf die sich sein Antrag auf internationalen Schutz stützt, wird der Gerichtshof am 14. September in der Rechtsache *K.*³⁹ sein Urteil verkünden.

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass der Gerichtshof die Überstellung eines schwer kranken Asylbewerbers in den für die Prüfung seines Antrags zuständigen Staat zum Anlass für den Hinweis genommen hat, dass unabhängig vom Vorliegen von Anhaltspunkten für systemische Mängel im Asylsystem eines Mitgliedstaates die Überstellung eines solchen Antragstellers unter Bedingungen erfolgen muss, die es ausschließen, dass mit dieser eine tatsächliche und erwiesene Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung verbunden ist.⁴⁰

e) **Ausschluss von der Anerkennung als Flüchtling**

Die dargestellte Rechtsprechung zeigt, dass der Gerichtshof mit der Einhaltung der Bestimmungen des europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts regelmäßig für den Schutz der betroffenen Antragsteller zu sorgen hat. In der Tat bedingen die Situationen, in denen sich Antragsteller befinden, die um internationalen Schutz nachsuchen, oftmals eine richterliche Entscheidung, um die vollständige Beachtung der Vorschriften des Unionsrechts zu gewährleisten. Allerdings ist der Gerichtshof in gleicher Weise aufgerufen, über die Grenzen des Rechts auf Anerkennung als Flüchtling zu entscheiden.

³⁶ EuGH, C-47/15 (*Affum*), zit. Fn. 35, Rn. 63, 64 und 93

³⁷ EuGH, C-601/15 PPU (*N.*), EU:C:2016:84.

³⁸ Ebenda, Rn. 59 bis 69.

³⁹ EuGH, C-18/16 (*K.*), EU:C:2017:680.

⁴⁰ EuGH, C-578/16 PPU (*C. K. u. a.*), EU:C:2017:127.

So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Lounani* mit Urteil vom 31.01.2017 im Hinblick auf den Ausschluss von der Anerkennung als Flüchtling entschieden, dass ein solcher Ausschluss wegen schwerwiegender Handlungen, die den Zielen und Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen zuwiderlaufen, nicht erst angenommen werden kann, wenn die internationalen Schutz begehrende Person wegen einer terroristischen Straftat verurteilt worden ist, sondern bereits die Beteiligung an den Aktivitäten einer terroristischen Vereinigung den Ausschluss der Anerkennung als Flüchtling im Einzelfall rechtfertigen kann.⁴¹ Eine durchaus vergleichbare Problematik werfen verschiedene anhängige Ersuchen auf, in denen es um die Gültigkeit der in Artikel 14 Abs. 4 bis 6 der Anerkennungsrichtlinie 2011/95 geregelten Befugnis der Mitgliedstaaten geht, den Flüchtlingsstatus aberkennen zu können, wenn der Betroffene als Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen wird.⁴² Im Kern geht es um nichts weniger als die Vereinbarkeit dieser Regelungen mit Artikel 18 der Charta der Grundrechte und der Genfer Flüchtlingskonvention. Auch in diesen Verfahren wird es also um die stets schwierige Abwägung zwischen dem erforderlichen Schutz der Betroffenen und der öffentlichen Sicherheit des Aufnahmestaates gehen.

V. Schluss

Ich komme zum Schluss. Angesichts der durchaus heterogenen Fragen- und Problemstellungen, die sich im Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger einerseits und im Zuwanderungsrecht der Drittstaatsangehörigen andererseits ergeben, fällt es nicht leicht, die Rechtsprechung des Gerichtshofes auf einen gemeinsamen Nenner zurückzuführen. Dennoch sind zwei Grundpositionen festzuhalten, die der Rechtsprechung im Migrationsrecht Form und Richtung geben.

Zunächst ist hervorzuheben, dass sich der Gerichtshof in vorsichtiger Zurückhaltung gegenüber dem Sekundärrecht übt, wenn der Gesetzgeber der Union gesprochen und seine Handlungsfähigkeit durch eine die widerstreitenden Interessen ausgleichende Regelung unter Beweis gestellt hat. Selbst eine die Grundfreiheiten tendenziell restriktiv konkretisierende Regelung wird die Rechtsprechung des Gerichtshofes anleiten können, selbstverständlich innerhalb der Grenzen, die von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gezogen sind. Überdies nimmt der Gerichtshof den Schutz der betroffenen Unionsbürger und Drittstaatsangehörigen ernst und verhilft ihm zur praktischen Wirksamkeit, vor allem wenn dieser grundrechtlich geboten erscheint. Entsprechend der Präambel der Charta der Grundrechte gründet sich die Union auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität. Die Union beruht auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit und stellt den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns. Für den Gerichtshof

⁴¹ EuGH, C-573/14 (*Lounani*), EU:C:2017:71, Rn. 54 und 79.

⁴² EuGH, C-391/16 (*M*), anhängig; C-77/17 (*X*), anhängig; sowie C-78/17 (*X*), anhängig.

sind das keine Sonntagsreden. Es sind die Werte der Union, die seiner Rechtsprechung Fundament und Legitimation verschaffen und diese als unmittelbar geltendes Recht prägen.

Dennoch ist dem Gerichtshof sehr wohl bewusst, dass die Macht des Rechts von seiner Akzeptanz durch die Regierungen der Mitgliedstaaten, ihren Gerichtsbarkeiten und den Rechtsunterworfenen abhängt. Bei seiner Rechtsprechung, gerade in dem politisch sensiblen Bereich der Personenfreizügigkeit und der Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen, darf der Mut der rechtlichen Einsicht also nicht dazu führen, die Kraft des Rechts zu überschätzen. Denn in der Europäischen Union ist das Recht stets ein Instrument zu seiner Integration gewesen und sollte nicht zu Desintegration und Entfremdung führen. Angesichts der großen Unterschiede, die in wichtigen Wertungsfragen zwischen den Mitgliedstaaten bestehen können, bleibt der Gerichtshof jedoch stets den Werten der Union in besonderer Weise verpflichtet. Wie zentral die Beachtung dieser Werte für die Verwirklichung der Ziele der Union ist, bedarf angesichts der aktuellen Sorge um die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten der Union leider keiner weiteren Hervorhebung. Zugleich ist damit aber auch klargestellt, dass die Werte der Union nicht unter dem Vorbehalt einer günstigen Konjunktur oder politischen Wohlwollens gewährleistet sind. Einmal mehr gilt daher, dass in Zeiten der Krise, der Herausforderung des Rechts, das diese Werte verbindlich macht, auch die Stunde der Wahrheit für die Dritte Gewalt in Europa schlägt, gleichviel ob auf nationaler oder auf europäischer Ebene.

*„Cumhari, cumhareddi e cumharazzi,
cchiù non assicutati a stu nnuccenti.
Lassàtilu passari comu ‘u ventu.
Lassàtilu friscari comu l’ària [...].
Spìriti, semu :
Spìriti senza casa e senza frenu“.*

(EMILIO ISGRÒ, L’Orestea di Gibellina – Trilogia siciliana,
in L’Orestea di Gibellina e gli altri testi per il teatro [Martina Treu (Hrsg.)],
Casa Editrici Le Lettere, Florenz 2011, S. 158 ff., 315).

Die Arbeitnehmereigenschaft gemäss Freizügigkeitsabkommen – eine Bestandesaufnahme

GREGOR T. CHATTON^{*/**}

INHALTSÜBERSICHT

- I. Einleitung
- II. Der Arbeitnehmer im Lichte des Freizügigkeitsabkommens
- III. Der unionsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers
- IV. Die Aufnahme des Arbeitnehmerbegriffes in die bundesgerichtliche Praxis
- V. Schlussbemerkungen

* Dr. iur., D.E.A. und Inhaber des Rechtsanwaltspatentes (Genf), LL.M. (Saarbrücken), Bundesverwaltungsrichter (Abt. VI) und Lehrbeauftragter am Hochschulinstitut für öffentliche Verwaltung (IDHEAP) der Universität Lausanne, ehe. Praktikant beim Juristischen Dienst der EU-Kommission unter *Romano Prodi* (Brüssel 2003/04) sowie Bundesgerichtsschreiber und stellv. Präsidialsekretär (II. öffentlich-rechtliche Abteilung; Lausanne 2010-2017).

** Der vorliegende Beitrag, welcher z.T. anlässlich der unter der Schirmherrschaft der Universität Bern und des Zentrums für Migrationsrecht stattfindenden 13. Schweizerischen Migrationsrechtstage am 1. September 2017 mündlich vorgetragen wurde, gibt ausschliesslich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Letzterer widmet ihn seinen leider zu früh verstorbenen italienischen Freunden *Grazia* und *Nino Soldano*. Er bedankt sich darüber hinaus insbesondere bei den Professoren *Astrid Epiney*, *Alberto Achermann* sowie *Peter Uebersax* für ihre freundliche Unterstützung. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt; nichtsdestoweniger beziehen sich die Angaben, wo nicht anders angezeigt, auf Angehörige beider Geschlechter.

I. Einleitung

Das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (nachstehend das Freizügigkeitsabkommen oder das FZA)¹ ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Dieser „klassische“ völkerrechtliche Vertrag,² welcher folglich grundsätzlich im Einklang mit den im Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (nachstehend die WVRK)³ kodifizierten völkergewohnheitsrechtlichen Normen auszulegen ist,⁴ enthält hinreichend konkrete Bestimmungen, um dem Einzelnen Rechte zu verleihen (bzw. Pflichten aufzuerlegen) und somit weitestgehend als unmittelbar anwendbar gelten zu können. Daraus resultiert, dass sich eine betroffene Person vor der Verwaltung und den Gerichten direkt auf diese Bestimmungen berufen kann, um etwaige Rechtsansprüche einzufordern.⁵

Das Freizügigkeitsabkommen besteht aus einem 25 Artikel umfassenden Haupttext und drei ausführlicheren Anhängen, welche sowohl die Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen gewähren (Art. 1-7 FZA und Anhang I FZA) als auch die Systeme der sozialen Sicherheit koordinieren (Art. 8 FZA und Anhang II FZA) sowie die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen erleichtern (Art. 9 FZA und Anhang III FZA). Zu den Hauptzielen, die das Freizügigkeitsabkommen verfolgt, zählen u.a. die Herstellung der vollen Freizügigkeit durch „Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien“ und die Gewährleistung der Inländer(gleich)behandlung durch „Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer“.⁶ Das Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 21. Juni 2001,⁷ auf welches hier nicht näher eingegangen werden wird, sieht für die Angehörigen der EFTA-Mitgliedstaaten eine mit dem FZA übereinstimmende Rechtslage vor.⁸

Der vorliegende Beitrag richtet sein Hauptaugenmerk auf den Begriff des Arbeitnehmers gemäss Art. 4 FZA und Art. 6 ff. Anhang I FZA, spricht auf den Unselbstständigerwerbenden bzw. abhängig Beschäftigten. Im Gegensatz hierzu werden die folgenden Berechtigtenkatego-

¹ SR 0.142.112.681; AS 2002 1529.

² *Epiney*, S. 7; *Kälin*, S. 17.

³ SR 0.111; AS 1990 1112.

⁴ BGE 130 II 113 E. 6.1 S. 121. Siehe auch *Delli*, S. 185 ff.

⁵ Vgl. BGE 136 II 65; 130 II 49 E. 4.2 S. 55; *Cottier et al.*, S. 270; *Grossen/de Palézieux*, S. 107; *Epiney*, S. 8 f. Zur Definition der direkten Anwendbarkeit, siehe bitte: *Wüger*; *Chatton*, S. 420-459.

⁶ Art. 1 litt. a und d FZA; vgl. *Kälin*, S. 12 f.

⁷ SR 0.632.31; AS 1960 590.

⁸ Vgl. Art. 20 EFTA-Übereinkommen.

rien nicht oder ausschliesslich in Bezug auf den Arbeitnehmerbegriff behandelt, namentlich der Selbstständige oder Selbstständigerwerbende (Art. 4 FZA und Art. 12 ff. Anhang I FZA), der Dienstleistungserbringer oder Dienstleister (Art. 5 FZA und Art. 17 ff. Anhang I FZA), einschliesslich des spezifischen Regeln unterworfenen entsandten Arbeitnehmers,⁹ sowie die Person, die keine Erwerbstätigkeit ausübt (Art. 6 FZA und Art. 24 ff. Anhang I FZA). Grösstenteils ausgeklammert werden auch die Konsequenzen des Verlustes der Arbeitnehmerschaft für die Aufenthaltsgenehmigung eines EU- oder EFTA-Ausländers. Darüber hinaus werden die noch auf einige der Vertragsparteien bzw. deren Staatsangehörigen übergangsrechtlich anwendbaren Beschränkungen hier nicht weiter thematisiert.¹⁰

Gegenstand der folgenden Ausführungen wird demnach sein, sich einen Überblick zu verschaffen über die Definition des Arbeitnehmerbegriffs im Lichte des FZA sowie über die damit verbundenen Privilegien (II.), diese Problematik anschliessend in den ursprünglich unionsrechtlichen Kontext einzubetten (III.), um sie daraufhin mit der zuvörderst vom Eidgenössischen Bundesgericht entwickelten Praxis zu konfrontieren (IV.).

II. Der Arbeitnehmer im Lichte des Freizügigkeitsabkommens

1. Die Rechte des Arbeitnehmers

Das Freizügigkeitsabkommen berechtigt die Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses zur Einreise in die Schweiz.¹¹ Es wird ihnen u.a. das Recht eingeräumt, sich im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates aufzuhalten und dort einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, sowie sich in dieses Hoheitsgebiet zu begeben (oder nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit einer Dauer von unter einem Jahr dort zu bleiben), um sich eine Beschäftigung zu suchen, und sich erforderlichenfalls während eines Zeitraumes von bis zu sechs Monaten zwecks Arbeitssuche dort aufzuhalten.¹² Kraft der ihnen zugestandenen Individualrechte besitzen die Betroffenen einen justiziablen Anspruch auf Aushändigung eines – soweit vorgeschrieben – Aufenthaltstitels durch die Behörden des Aufnahmestaates,¹³ wobei der Wert einer solchen aus der Eigenschaft der Betroffenen selbst fliessenden Genehmigung rein deklaratorischer Natur ist.¹⁴

⁹ Siehe hierzu *Veuve*, S. 849-867, 855 f.; *Nguyen*, S. 114 f.

¹⁰ Vgl. Art. 10 FZA.

¹¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA; siehe hierzu BGE 143 IV 97 E. 1 S. 100 f.

¹² Vgl. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA. Siehe auch *Delli*, S. 40; *Garrone*, S. 93.

¹³ *Epiney/Blaser*, ad art. 4 ALCP Rz. 2.

¹⁴ BGE 134 IV 57 E. 4 S. 58; EuGH, C-459/99 (*MRAX*), EU:C:2002:461, Rn. 74; C-363/89 (*Roux*), EU:C:1991:41, Rn. 12. Vgl. *Borghi*, Rz. 158 f.; *Gamma*, S. 62; *Garrone*, S. 101.

EU- und EFTA-Angehörige benötigen zur Stellensuche bis zu einem Aufenthalt von drei Monaten keine Bewilligung.¹⁵ Einer Kurzaufenthaltsbewilligung bedarf es ebenso wenig, falls der Aufenthalt in der Schweiz zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit insgesamt nicht eine Dauer von drei Monaten übersteigt.¹⁶ Gemäss Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA erhält ein Arbeitnehmer, der mit einem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mehr als drei Monaten und weniger als einem Jahr eingegangen ist, eine auf die Dauer des Arbeitsvertrages beschränkte Aufenthaltserlaubnis; bei der Bewilligungsart handelt es sich dabei um eine für die gesamte Schweiz geltende Kurzaufenthaltsbewilligung L-EU/EFTA.¹⁷

Im Fall eines überjährigen Aufenthaltes stellen die Behörden – nach allfälliger Vorlage eines Ausweises sowie einer Einstellungserklärung des Arbeitgebers oder einer Arbeitsbescheinigung –¹⁸ eine Aufenthaltsbewilligung (B-EU/EFTA) zugunsten des Arbeitnehmers aus. Wenn die Anstellung bei einem Unternehmen mehr als ein Jahr dauert bzw. unbefristet ist, sieht Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA die Erstellung einer Aufenthaltsbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von gleich fünf Jahren vor. Diese wird automatisch um mindestens fünf Jahre verlängert, es sei denn der Inhaber ist zum Zeitpunkt der ersten Verlängerung seit mehr als zwölf aufeinander folgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos; in letzterer Situation darf der Aufnahmestaats die Verlängerung auf die Dauer von mindestens einem Jahr begrenzen.¹⁹ Wie *Kälin* treffend darlegt,²⁰ stellt sich die Frage der Verlängerung aber nur selten; auf Grund einzelner bilateraler Abkommen zwischen der Schweiz und den EU- oder EFTA-Mitgliedstaaten besteht nämlich für den EU-/EFTA-Staatsangehörigen bereits nach fünf Jahren ununterbrochenen Aufenthalts in der Schweiz ein Anspruch auf die Erteilung einer nach Art. 34 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (nachstehend das AuG)²¹ geregelten Niederlassungsbewilligung.²² Das FZA enthält keine Bestimmungen betreffend die Niederlassungsbewilligung, welche – vorbehältlich ihres Erlöschens, insbesondere infolge längerer Landesabwesenheit –²³ unbefristet und bedingungslos erteilt wird.²⁴ Allerdings werden die Ausweise ausländerrechtlich alle fünf Jahre überprüft.²⁵

¹⁵ Art. 18 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP; SR 142.203; AS 2002 1741).

¹⁶ Art. 4 Abs. 4 Anhang I VEP.

¹⁷ Siehe Art. 4 Abs. 1 und 2 VEP; *Grossen/de Palézieux*, S. 117; *Kälin*, S. 25; *Zünd/Hugi Yar*, S. 191.

¹⁸ Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA; *Grossen/de Palézieux*, S. 116.

¹⁹ Art. 6 Abs. 1 in fine Anhang I FZA; *Garrone*, S. 93; *Grossen/de Palézieux*, S. 117.

²⁰ *Kälin*, S. 26.

²¹ AuG; SR 142.20; AS 2007 5437.

²² C-EU/EFTA; siehe Art. 34 AuG i.V.m. Art. 2 AuG sowie 5 VEP. Vgl. auch *Zünd/Hugi Yar*, S. 182.

²³ Art. 61 Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 79 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201; AS 2007 5497). Siehe BGer, 2C_471/2012 vom 18. Januar 2013 E. 4, welches zusätzlich betont, dass ein Verbleiberecht nach FZA dem Erlöschen der Niederlassungsbewilligung infolge längerer Landesabwesenheit nicht entgegenstehen kann.

²⁴ Art. 34 Abs. 1 AuG. Siehe auch Art. 23 Abs. 2 VEP; BGer, 2A.98/2003 vom 28. August 2003 E. 2.

²⁵ Art. 6 VEP.

Neben den oben genannten Bewilligungstypen verdient es noch die Grenzgängerbewilligung (G-EU/EFTA), erwähnt zu werden, zumal sie sich auf einen abhängig beschäftigten EU-/EFTA-Staatsangehörigen bezieht, welcher seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei besitzt, indes seine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei ausübt und dazu angehalten wird, mindestens einmal wöchentlich an seinen Wohnort zurückzukehren.²⁶ Wenngleich Grenzgänger laut Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA keine Aufenthaltserlaubnis benötigen, bleibt es den Behörden des beschäftigenden Staates unbenommen, eine „Sonderbescheinigung“ (in der Schweiz „Grenzgängerbewilligung“ genannt)²⁷ mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren oder mit einer der Dauer der Beschäftigung entsprechenden Gültigkeitsdauer zu erteilen, wenn diese mehr als drei Monate und weniger als ein Jahr beträgt.²⁸ Die Grenzgängerbewilligung gilt mit gewissen Ausnahmen für das gesamte Hoheitsgebiet der Schweiz.²⁹ Bei Stellenwechsel oder Wochenaufenthalt in der Schweiz besteht eine Anmeldepflicht bei der zuständigen schweizerischen Behörde.³⁰

2. Abgeleitete oder mit dem Arbeitnehmerstatus verwandte Rechte

Neben den allgemeinen, unmittelbar aus dem FZA fließenden Ansprüchen während des Aufenthalts, insbesondere der Anspruch auf geografische und berufliche Mobilität, das Recht auf Inländergleichbehandlung und auf die grundsätzlich mit einer Drittwirkung versehene³¹ Nichtdiskriminierung sowie das Recht auf Erwerb von Grundstücken,³² verleiht der Arbeitnehmerstatus gemäss FZA den Angehörigen eines Vertragsstaates nicht nur ein Aufenthaltsrecht sowie auch das Recht zur Suche und Ausübung einer abhängigen (oder der hier nicht näher untersuchten unabhängigen) wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates.³³ Er umfasst gewisse andere Prärogativen, von denen einige in jüngster Zeit zu rechtlichen und sozialpolitischen Kontroversen geführt haben.³⁴ Nachstehend werden das

²⁶ Art. 7 Abs. 1 Anhang I FZA; Art. 35 Abs. 1 VEP. *Gamma*, S. 63.

²⁷ Siehe Art. 35 VEP.

²⁸ Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA.

²⁹ Art. 7 Abs. 3 Anhang I FZA; Art. 4 Abs. 2 und 3bis VEP.

³⁰ Art. 9 Abs. 3 Anhang I FZA und VEP.

³¹ EuGH, C-415/93 (*Bosman*), EU:C:1995:463, Rn. 82: „... nicht nur für behördliche Massnahmen gilt, sondern sich auch auf Vorschriften anderer Art erstreckt, die zur kollektiven Regelung unselbständiger Arbeit dienen“; *Kälin*, S. 36.

³² Siehe u.a. Art. 2, 3, 4, 7 FZA; Art. 1, 2, 25 Anhang I FZA. *Cottier et al.*, S. 285 ff.

³³ Gemäss Art. 10 FZA und Art. 14 Anhang I FZA kann einem Angehörigen einer anderen Vertragspartei das Recht auf eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung verweigert werden, sofern diese die Ausübung hoheitlicher Aufgaben umfasst und der Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften dient; *Garrone*, S. 98 (« En pratique, seules les fonctions classiques de l'Etat – par exemple 'les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre; la magistrature, l'administration fiscale et la diplomatie' relèvent de l'exception »); *Kälin*, S. 25 & 32 f.; *Schlachter*, S. 159.

³⁴ Siehe z.B. *Epiney*, S. 25 & 32, u.a. zum Thema der Limitierung des Zugangs zu (beitragsunabhängigen) Sozialleistungen; *Iliopoulou-Penot*, S. 245 und 247. Vgl. bzgl. des Anspruchs durch nicht arbeitstätige EU-Bürger auf beitragsunabhängige Geldleistungen des Sozialstaates: EuGH, C-333/13 (*Dano*), EU:C:2014:2358; *Zünd/Hugi Yar*, S. 158 ff.

Verbleiberecht (a), das Recht auf Familiennachzug (b) sowie das Recht auf Empfang von Sozial(hilfe)leistungen (c) gestreift.

a) Das Verbleiberecht

Art. 7 lit. c FZA und Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA gewähren den Staatsangehörigen einer Vertragspartei und ihren Familienangehörigen nach Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit ein (autonomes) Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei. Art. 16 Abs. 2 Anhang I FZA verweist für weitere Details ausdrücklich auf die Verordnung 1251/70/EWG vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben,³⁵ sowie auf die Richtlinie 75/34/EWG vom 17. Dezember 1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben.³⁶ Erwirbt diesen europäischen Texten zufolge ein Verbleiberecht im Aufnahmestaat (z.B. die Schweiz) derjenige ausländische Arbeitnehmer, welcher bei Erreichen des Rentenalters seine Erwerbstätigkeit beendet hat und zu diesem Zeitpunkt in der Schweiz während der letzten zwölf Monate gearbeitet und mindestens drei Jahre lang gewohnt hat.³⁷ Einen Verbleibeanspruch kann auch der Arbeitnehmer geltend machen, der seine Erwerbstätigkeit infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit aufgeben musste, sofern er sich seit mindestens zwei Jahren im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates aufgehalten hat.³⁸ Auf das Verbleiberecht kann sich ferner der Grenzgänger berufen, welcher zuvor drei Jahre lang in einem Mitgliedstaat gewohnt und gearbeitet hat, der jedoch regelmässig an seinen Wohnort zurückkehrt.³⁹

b) Das Recht auf Familiennachzug

Das einem Arbeitnehmer gemäss FZA zugestandene Aufenthaltsrecht im Aufnahmevertragsstaat wird laut Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA auch – unabhängig von dessen Staatsangehörigkeit aber unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (z.B. Scheinehe oder nachträglich nur noch

³⁵ ABl. L 142 vom 30. Juni 1970.

³⁶ ABl. L 014 vom 20. Januar 1975, S. 10-13. *Dietrich*, S. 295 ff. und 481 f.

³⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a Verordnung 1251/70/EWG.

³⁸ Art. 2 Abs. 1 lit. b Verordnung 1251/70/EWG. Das Erfordernis einer bestimmten vorgängigen Aufenthaltsdauer entfällt allerdings, wenn die ständige Arbeitsunfähigkeit durch Arbeitsunfall oder Berufskrankheit eintritt, auf Grund derer ein Anspruch auf Rente entsteht, die ganz oder teilweise zu Lasten eines Trägers dieses Mitgliedstaates geht. BGE 141 II 1 E. 4 S. 10 ff.: „Ein Verbleiberecht wegen Arbeitsunfähigkeit besteht nur, wenn eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aus diesem Grund aufgegeben wird“ (i.e. eine Kausalität); siehe auch BGer, 2C_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 2.2. Gemäss Urteil des BGer 2C_563/2017 vom 7. November 2017 E. 5.2: „quando è in corso una procedura in materia di assicurazioni sociali volta a chiarire l’incapacità al lavoro (...) per affrontare la questione del diritto al soggiorno in base all’art. 4 allegato I ALC in relazione con l’art. 2 par. 1 lett. b del regolamento 1251/70 occorre di regola attendere che la prima procedura sia conclusa; un’eccezione è ammessa solo quando l’esito della stessa è scontato (DTF 141 II 1 consid. 4.1 e 4.2.1. pag. 11 seg; ...)“.

³⁹ Art. 2 Abs. 1 lit. c Verordnung 1251/70/EWG; siehe auch *Grossen/de Palézieux*, S. 120 f.

als Fassade formal aufrecht erhaltene Ehe) –^{40/41} auf seine Familienangehörigen ausgedehnt, sofern ersterer dort über eine ortsüblich angemessene Wohnung verfügt.⁴² Zu den Familienangehörigen zählt Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA nicht nur den Ehegatten und die Verwandten in absteigender Linie (Kinder bzw. Enkel) auf, die unter 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird (lit. a), sondern auch die eigenen Verwandten sowie die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie (Eltern und Grosseltern), die auf Unterhalt angewiesen sind (lit. b).⁴³ Im Fall von Studierenden gilt der Anspruch auf Familienzusammenführung lediglich für den Ehegatten und die unterhaltsberechtigten Kinder (Art. 3 Abs. 2 lit. c Anhang I FZA).

Als abgeleitete Aufenthaltsberechtigung besteht die Berechtigung der Familie so lange, wie die hauptberechtigte Person ein Anwesenheitsrecht besitzt.⁴⁴ Dieser akzessorische Status erklärt auch, weshalb die einem Familienangehörigen erteilte Aufenthaltserlaubnis die gleiche Gültigkeit besitzt wie die der Person, von der das Recht hergeleitet wird.⁴⁵ Die Familienmitglieder einschliesslich der Kinder bis zum 21. Altersjahr haben selber das Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit im Aufnahmestaat.⁴⁶ Verstirbt der Arbeitnehmer bzw. erfüllt er die Bedingungen für das Verbleiberecht, so wird letzteres Recht *ipso jure* auf dessen Familienmitglieder ausgeweitet.⁴⁷

c) Der Anspruch auf Sozialleistungen

Als Ausfluss des „Kernstück[s] des Freizügigkeitsrechts“,⁴⁸ des Diskriminierungsverbotes auf Grund der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates, darf jeder Arbeitnehmer unter gleichen Vorzeichen, die auch für Inländer gelten, für sich und seine Familienangehörigen – egal welche Staatsangehörigkeit letztere besitzen – sämtliche verfügbaren steuerlichen und sozialen

⁴⁰ *Grossen/de Palézieux*, S. 129.

⁴¹ Siehe BGE 139 II 393 E. 2 S. 395 ff.; BGer, 2C_560/2017 vom 8. September 2017 E. 3.1; 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 6.1. *Zünd/Hugi Yar*, S. 185, weisen darauf hin, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesbzgl. in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Entscheidungen des EuGH stehe, u.a zu 267/83 (*Diatta*), EU:C:1985:67, Rn. 20 und 22 sowie C-40/11 (*Iida*), EU:C:2012:691, Rn. 58: „... dass das eheliche Band nicht als aufgelöst angesehen werden kann, solange dies nicht durch die zuständige Stelle ausgesprochen worden ist, was bei Ehegatten, die lediglich voneinander getrennt leben, nicht der Fall ist, selbst wenn sie die Absicht haben, sich später scheiden zu lassen, so dass der Ehegatte nicht notwendigerweise ständig bei dem Unionsbürger wohnen muss, um Inhaber eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts zu sein“ (zur Frage des Getrenntlebens der Eheleute und des sog. „living apart together“ vs. Art. 49 AuG).

⁴² Vgl. auch *Grossen/de Palézieux*, S. 128 f.; *Kälin*, S. 27.

⁴³ Siehe BGer, 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 1.2 (Antrag auf Nachzug des gemeinsamen Kindes eines kapverdisch-portugiesischen Ehepaars sowie zweier Kinder, die aus einer früheren Beziehung des kapverdischen Vaters hervorgegangen sind). Siehe auch *Carlier*, S. 45.

⁴⁴ *Epiney/Blaser*, S. 49; *Cottier et al.*, S. 280; *Kälin*, S. 27.

⁴⁵ Art. 3 Abs. 4 Anhang I FZA.

⁴⁶ Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA.

⁴⁷ Art. 4 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA; Art. 3 Verordnung 1251/70/EWG; *Epiney/Blaser*, S. 44; *Grossen/de Palézieux*, S. 130.

⁴⁸ *Kälin*, S. 31; siehe auch *Epiney/Blaser*, S. 45.

Vergünstigen beanspruchen.⁴⁹ Mehr noch: Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Familiennachzug gilt sogar dann, wenn der Arbeitnehmer zum Vornherein nicht über ausreichende finanzielle Mittel für den Unterhalt der nachzuziehenden Familienmitglieder verfügt, sodass aller Voraussicht nach die Familie (zumindest in der Anfangszeit) auf Sozialhilfe im Aufnahmestaat angewiesen sein wird.^{50/51}

3. Die fehlende Definition der Arbeitnehmereigenschaft im FZA

Die soeben zusammengefasste, dem Arbeitnehmerstatus entstammende Auswahl an Rechten zeigt die herausragende Bedeutung auf, welche der Arbeitnehmereigenschaft im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zukommt. Umso wichtiger erscheint es, deren Merkmale herauszuschälen bzw. etwaige Abgrenzungen zu anderen Begriffen zu benennen. Allein, weder das Freizügigkeitsabkommen noch dessen Anhänge erläutern den Begriff des unselbstständigen Arbeitnehmers.⁵² Den Weg aus dieser vermeintlichen Bredouille weist einerseits Art. 16 Abs. 2 FZA, laut welchem:

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

M.a.W. gelangt für die Auslegung sowie Anwendung des FZA die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften bzw. (heutzutage) der Europäischen Union (hiernach der EuGH) vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung, d.h. am 21. Juni 1999, zur Anwendung.⁵³ Das Bundesgericht hat dies auch unlängst bestätigt.⁵⁴

⁴⁹ Art. 9 Anhang I FZA. Konkretisiert wurde diese Bestimmung vorrangig durch die Verordnung 1612/68/EWG vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257/2 vom 19. Oktober 1968, welche im EU-Raum nicht mehr in Kraft ist. Ihre Wesensmerkmale wurden jedoch in zwei aktuellere Instrumente überführt, nämlich in eine Verordnung 492/2011/EU vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. L 141/1 vom 27. Mai 2011, und in eine Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158/77 vom 30. April 2004. Siehe hierzu *Epiney/Blaser*, S. 40; *Zünd/Hugi Yar*, S. 173.

⁵⁰ *Epiney/Blaser*, S. 52; *Gastaldi*, S. 131; *Grossen/de Palézieux*, S. 129; *Kälin*, S. 27; *Merz*, S. 282, welcher für die Schweiz das Urteil des BGer 2A.475/2004 vom 25. Mai 2005 E. 5.2 anführt.

⁵¹ Art. 2 Abs. 1, 2. Abschnitt in fine Anhang I FZA ermöglicht es den Vertragsstaaten, Arbeitssuchenden oder Arbeitssuchenden gleichgestellten Kategorien von Ausländern den Genuss von Sozialhilfeleistungen zu verweigern, und nur noch Nothilfe zu gewähren. Vgl. BGE 141 V 321 E. 4 S. 325 ff. (Fall des auf Grund seiner Inhaftierung arbeitslos gewordenen Inhabers einer L-EU/EFTA-Genehmigung); 141 V 688 E. 4 S. 691 ff. (Gesetzesmässigkeit der Walliser Ausschlussklausel bestätigt); *Gastaldi*, S. 146 ff.

⁵² *Borghi*, Rn. 127, S. 64; *Epiney/Blaser*, S. 39; *Merz*, S. 270.

⁵³ Siehe auch *Merz*, S. 256 ff.; *Zünd*, S. 25.

⁵⁴ Siehe z.B. BGE 135 II 265 E. 3.3 S. 269.

Andererseits stellte das Bundesgericht klar, dass es, zwar „ohne dazu verpflichtet zu sein, zum Zwecke der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens auch seither ergangene Urteile des Gerichtshofs heranziehen“ könne.⁵⁵ In der Regel unbedenklich ist die Übernahme einer späteren Rechtsprechung des EuGH, welche lediglich einen vor dem Stichtag ergangenen Entscheid präzisiert.⁵⁶ Aber auch die frühere Rechtsprechung weiterentwickelnden Urteile des EuGH dürfen nicht ungeprüft von den Schweizer Behörden verschmäht werden, solange die „Wurzeln der Rechtsfortbildung im übernommenen Recht und der Praxis des EuGH vor Abschluss des FZA liegen“.⁵⁷ Diesbezüglich betonte das Bundesgericht nämlich, dass die Vertragsparteien sich verpflichtet hätten, das FZA „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen und zur Erreichung dieses Zieles alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden (Art. 16 Abs. 1 FZA)“.⁵⁸ Damit soll also für parallele Verhältnisse zwischen dem Recht der Eidgenossenschaft sowie demjenigen der EU und ihrer Mitgliedstaaten gesorgt werden.⁵⁹ In einem weiteren Schritt, der sich inzwischen zu ständiger Rechtsprechung verdichtet hat, entschied das Bundesgericht, von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum nicht „leicthin“ und nur bei Vorliegen „triftiger“ Gründe abzuweichen.⁶⁰

Diese Vorgabe hindert indes die Schweiz nicht daran, bei vom EuGH (noch) unbeantworteten Fragen autonom eine – sich um EU-Konformität bemühende – Lösung anzupeilen.⁶¹ Letzterer Gedanke erweist sich umso mehr als eine Notwendigkeit, als in (von uns wertungsfrei festgestellter) Ermangelung eines institutionellen Rahmenabkommens mit der EU bzw. einer sektoriellen „Unterwerfung“ unseres Landes unter die Gerichtsbarkeit des EuGH⁶² (bzw. des EFTA-Gerichtshofes) letzterer nicht gutachterlich zu Rate gezogen oder gar von den eidgenössischen Gerichten auf dem Wege des Vorabentscheidungsverfahrens verbindlich angerufen werden könnte.⁶³

Dessen ungeachtet erfährt der oben vermerkte Grundsatz dahingehend Ausnahmen, als sich die Richter von Mon-Repos u.a. vorbehalten, der durch den EuGH vorgenommenen, teilweise

⁵⁵ BGE 135 II 265 E. 3.3 S. 269; 130 II 1 E. 3.6.1 S. 10 f.; 130 II 113 E. 5.2 S. 119 f. Siehe auch *Merz*, S. 259 f.; *Oesch*, S. 36-41.

⁵⁶ BGE 131 II 339 E. 3.1 S. 345; 130 II 113 E. 5.2 S. 119; *Merz*, S. 259.

⁵⁷ *Zünd/Hugi Yar*, S. 172.

⁵⁸ BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 13.

⁵⁹ BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 13; BGer, 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 3.1.

⁶⁰ BGE 142 II 35 E. 3.1 S. 38; 140 II 112 E. 3.2 S. 117; 140 II 460 E. 4.1 S. 466; 139 II 393 E. 4.1.1 S. 397 f.; 136 II 364 E. 5.3 S. 372; 136 II 65 E. 3.1 S. 70 f.; 136 II 5 E. 3.4 S. 12 f. Siehe auch *Epiney*, S. 15; *Pirker*, S. 1218; siehe bereits *Merz*, S. 259.

⁶¹ *Pirker*, S. 1218.

⁶² Siehe hierzu *Epiney*, S. 35 ff.

⁶³ Zum Vorabentscheidungsverfahren: Art. 267 AEUV.

sehr grosszügigen Interpretation des Grundrechtsschutzes in Verbindung mit der Freizügigkeit für die Schweiz nicht zu folgen.⁶⁴

Des Weiteren bleiben die vom Begriff der „Unionsbürgerschaft“ spezifisch beeinflusste, weitergehende EuGH-Rechtsprechung und die fortentwickelte Gesetzgebung i.d.R. für die Schweiz unbeachtlich, da besagtes Konzept keinen Einzug in das FZA genommen hat.⁶⁵ Indes befand das Bundesgericht, dass auch EU-neurechtlich bei der Ausgestaltung der Freizüigkeitsrechte der begrifflichen Unterscheidung der Unionsbürgerschaft von den Grundfreiheiten der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigen keine wesentliche Rolle zukomme.⁶⁶ Daraus könnte man u.E. folgern, dass sowohl neue, nach dem Stichtag erlassene EU-Erlasse als auch nach besagtem Stichtag ergangene Rechtsprechung, welche sich mit der Freizügigkeit befassen und nicht gesondert auf die aus der Unionsbürgerschaft fliessenden Rechte abstellen, grundsätzlich von den schweizerischen Behörden herangezogen werden dürfen.

III. Der unionsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers

Auch innerhalb des kodifizierten Primär- sowie Sekundärrechts der Europäischen Union sucht man vergebens – erstaunlicherweise, zumal der Arbeitnehmerstatus zur Abgrenzung des Geltungsbereichs der Grundfreiheiten dient –⁶⁷ nach einer authentischen Beschreibung des Arbeitnehmerbegriffs. Deren Kenntnis wird demnach immer nur vorausgesetzt.⁶⁸ Der Klärung halber oblag es somit der Rechtsprechung des EuGH, dem Arbeitnehmerbegriff (neues) Leben einzuhauchen.⁶⁹ Anlässlich der Konkretisierung dieses autonomen Begriffes⁷⁰ vollzogen die „Luxemburger Richter“ einen Spagat, um sowohl dem Grundsatz der freien Vertragsgestaltung durch die Parteien gerecht zu sein als auch dem Risiko Rechnung zu tragen, dass die-

⁶⁴ BGE 130 II 113 E. 6.4 S. 122 ff.

⁶⁵ BGE 130 II 176 E. 4.4.1 S. 190; 130 II 113 E. 6.3 S. 121 f. Vgl. *Epiney*, S. 36; *Merz*, S. 257.

⁶⁶ BGE 136 II 5 E. 3.6.3 S. 3.6.3, welcher sich allerdings mit vor dem Stichtag ergangenen Unionsrecht befasste.

⁶⁷ Vgl. Art. 45 AEUV, laut welchem: „(1) Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet. (2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. (3) Sie gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht, a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben; b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen; c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben; d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt. (4) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“.

⁶⁸ *Schlachter*, S. 159.

⁶⁹ EuGH, C-85/96 (*Martinez Sala*), EU:C:1998:217, Rn. 31: „Sodann ist darauf hinzuweisen, dass es im Gemeinschaftsrecht keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff gibt, sondern dass die Bedeutung dieses Begriffes vom jeweiligen Anwendungsbereich abhängt.“; siehe auch Urteil C-256/01 (*Allonby*), EU:C:2004:18, Rn. 63; *Borghesi*, Rz. 127; *Delli*, S. 37; *Nguyen*, S. 67 ff.; *Schnell*, S. 133 ff.

⁷⁰ *Carlier*, S. 45; *Epiney/Blaser*, S. 40; *Maiani/Bieber*, S. 204; *Schlachter*, S. 160.

se Freiheit dazu missbraucht werden könnte, eine tatsächlich bestehende Abhängigkeit des als selbstständig bezeichneten Dienstleistenden zu verschleiern („Scheinselbständigkeit“).⁷¹ Folglich genügt „die blossе Bezeichnung des Vertrages als Vereinbarung über selbstständige Dienste“ nicht, seine Beurteilung als Arbeitsverhältnis im Sinne des EU-Rechtes auszuschliessen.⁷² Nichtsdestotrotz müssen wir der von einem Teil der Lehre (unserer Meinung nach allzu kategorisch) vertretenen Auffassung widersprechen, die „rechtliche Einstufung des Arbeitsverhältnisses [sei] nicht relevant“.⁷³ Letztendlich ist der gemeinschaftsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers nämlich „anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen“,⁷⁴ wozu der Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses durch die Parteien oder den nationalen Gesetzgeber durchaus als ein Hinweis (unter vielen, gewiss) ein Gewicht zukommen sollte, sei es nur im Sinne einer Unterstützung der objektiv(er)en Merkmale zum Vertragsverhältnis.⁷⁵ Schliesslich beabsichtigt die Begründung eines autonomen, unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes unserem Verständnis nach nicht, die nationalen Eigenheiten gänzlich auszublenzen, sondern lediglich zu vermeiden, dass letzterer Begriff „durch eine nationale Rechtsordnung beliebig definiert werden könne“⁷⁶ und dadurch das gemeinschafts-/ unionsrechtliche Konzept aushebelt.

1. Die vom EuGH entwickelten Kriterien

Die vom EuGH abschliessend aufgestellten,⁷⁷ kumulativ zu erfüllenden⁷⁸ Merkmale zur – aus freizügigkeitsfreundlichen, teleologischen Gründen („*effet utile*“) nicht eng auszulegenden –⁷⁹ Arbeitnehmereigenschaft lassen sich je nach Auffassung in drei⁸⁰ oder vier⁸¹ Kategorien mit fliessenden Konturen auffächern. Gemäss ständiger Rechtsprechung des EuGH besteht das „wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses (...) darin, dass jemand während einer

⁷¹ Vgl. EuGH, C-161/07 (*Kommission/Österreich*), EU:C:2008:759, Rn. 37 f.; *Schlachter*, S. 159.

⁷² *Schlachter*, S. 159.

⁷³ *Pirker*, S. 1218.

⁷⁴ EuGH, C-3/87 (*ex parte Agegate*), EU:C:1989:650, Rn. 35; siehe auch C-456/02 (*Trojani*), EU:C:2004:488, Rn. 15 f.; C-138/02 (*Collins*), EU:C:2004:172, Rn. 26; *Zünd/Hugi Yar*, S. 187 ff.

⁷⁵ In diesem Sinne verstehen wir auch – e contrario – die folgende Aussage des EuGH: „Ausserdem ist es für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts ohne Bedeutung, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis sui generis ist (...)“ [siehe C-456/02 (*Trojani*), zit. Fn. 74, Rn. 16], spricht: Wenn die nationale Bezeichnung von den objektiv feststellbaren europäischen Kriterien abweicht, ist diese unbeachtlich; wenn sie diese bekräftigt, stellt sie allerdings eine Art Vermutung für die Richtigkeit der gewählten Bezeichnung auf. In diesem Sinne könnte ggf. auch das von *Nguyen*, S. 98, geltend gemachte Erfordernis, nach welchem der Arbeitsvertrag im Lichte des FZA gültig zu sein habe, verstanden werden.

⁷⁶ *Jungmann*, S. 43.

⁷⁷ EuGH, 197/86 (*Brown*), EU:C:1988:323, Rn. 22: „Das Gemeinschaftsrecht stellt für die Qualifikation einer Person als Arbeitnehmer keine zusätzlichen Voraussetzungen auf“; *Pirker*, S. 1218.

⁷⁸ *Boillet*, S. 14.

⁷⁹ EuGH, C-456/02 (*Trojani*), zit. Fn. 74, Rn. 15; *Borghì*, Rz. 128; *Epiney/Blaser*, S. 40.

⁸⁰ *Borghì*, Rz. 128; *Pirker*, S. 1218.

⁸¹ *Schlachter*, S. 160 f. Vgl. mit *Boillet*, S. 14 f.

bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.⁸²

a) Ein grenzüberschreitender Bezug

Die Anrufung der Freizügigkeit setzt in der Regel⁸³ implizite einen grenzüberschreitenden Bezug voraus; rein innerschweizerische Sachverhalte ohne Auslandsbezug reichen demzufolge regelmässig nicht aus.⁸⁴ Ein solcher Bezug ist jedenfalls dann gegeben, wenn sich der Betroffene, welcher Ansprüche aus seinem Freizügigkeitsrecht geltend machen möchte, zuvor zum Zwecke der Ausübung einer abhängigen Beschäftigung in einen anderen EU-Mitgliedstaat begeben hat oder aus dem EU-Ausland in seinen Herkunftsmitgliedstaat zurückgekehrt ist.⁸⁵ Grundsätzlich genügt aber nach neuerer Rechtsprechung für die Annahme des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes schon die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaates.⁸⁶

b) Die Weisungsgebundenheit

Wie in unserem nationalen (schweizerischen) Rechtssystem auch⁸⁷ gehört im Unionsrecht das Kriterium der Weisungsgebundenheit eines Arbeitnehmers zu den massgebenden Merkmalen, um dessen Status von dem eines selbstständig Erwerbenden zu unterscheiden.⁸⁸ Der EuGH macht neuerdings auch vom Kriterium des Über- und Untergeordnetenverhältnisses Gebrauch, um einen Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber zu unterscheiden.⁸⁹ Prägnant umschreibt Seel, wenngleich in Bezugnahme auf das deutsche Recht, das den abhängigen Arbeitnehmer Kennzeichnende folgendermassen:

⁸² EuGH, C-228/07 (*Petersen*), EU:C:2008:494, Rn. 45; C-138/02 (*Collins*), EU:C:2004:172, Rn. 26; 197/86 (*Brown*), EU:C:1988:323, Rn. 21; 66/85 (*Lawrie-Blum*), EU:C:1986:284, Rn. 17; siehe auch *Grossen/de Palézieux*, S. 95.

⁸³ Siehe indes EuGH, C-127/08 (*Metock*), EU:C:2008:449, Rn. 68, wonach der Nachzug eines Familienmitglieds mit Drittstaatsangehörigkeit nicht mehr voraussetzt, dass sich dieser Familienangehörige bereits rechtmässig mit einem nicht nur vorübergehenden Aufenthaltstitel in einem anderen Vertragsstaat aufgehalten hat. Siehe hierzu die durch das BGER vorgenommene Rechtsprechungsanpassung betreffend das FZA in BGE 136 II 5 E. 3.7 S. 19.

⁸⁴ BGE 135 II 369 E. 2 S. 371. *Carlier*, S. 48; *Cottier et al.*, S. 270.

⁸⁵ Vgl. EuGH, C-370/90 (*Singh*), EU:C:1992:296, Rn. 21; *Schlachter*, S. 161.

⁸⁶ *Ziind/Hugi Yar*, S. 167; *Schnell*, S. 135 ff.

⁸⁷ Vgl. BGER, 2C_243/2015 vom 2. November 2015 E. 3.2.3: „Der Arbeitnehmer bzw. der unselbständig Erwerbende muss (...) in einem weisungsgebundenen Verhältnis stehen, wobei er eine (tatsächliche und echte) Tätigkeit im Interesse eines anderen für eine bestimmte Zeit verrichtet und dafür ein Entgelt bezieht (BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 466). Anhaltspunkte für eine selbständige Erwerbstätigkeit sind demgegenüber die Beteiligung an den geschäftlichen Risiken, die freie Bestimmung der Arbeitszeit, die Weisungsfreiheit und die Auswahl der Mitarbeiter. In einem neueren Urteil bezieht sich der EuGH zur Abgrenzung der Arbeitnehmereigenschaft von derjenigen des selbständig Erwerbstätigen vorrangig auf das Über- und Unterordnungsverhältnis (BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 467)“.

⁸⁸ *Schlachter*, S. 160.

⁸⁹ EuGH, C-151/04 und C-152/04 (*Nadin und Nadin-Lux SA*), EU:C:2005:775, Rn. 10 und 31 f.; C-268/99 (*Jany et al.*), EU:C:2001:616, Rn. 71.

„Ein Beschäftigter ist immer dann Arbeitnehmer, wenn er im Wesentlichen fremdbestimmt und daher weisungsunterworfen für eine andere Person tätig ist und selbst nicht das (unmittelbare) wirtschaftliche Risiko der Verwertbarkeit seiner Arbeitsleistung trägt (...). Hiernach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“.⁹⁰

Anders gesagt berechnen Arbeitsverträge den Arbeitgeber, „die vom Vertragspartner zu erbringende Leistung näher zu konkretisieren, sei es ihren Inhalt, die Art und Weise der Leistungshandlung oder Zeit und Ort der Tätigkeit“.⁹¹ Wie der EuGH betonte, hängt aber die Antwort auf die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis im unionsrechtlichen Sinn gegeben ist, stets „von der Gesamtheit der jeweiligen Faktoren und Umstände ab, die die Beziehungen zwischen den Parteien charakterisieren, wie etwa die Beteiligung an den geschäftlichen Risiken des Unternehmens, die freie Gestaltung der Arbeitszeit und der freie Einsatz eigener Hilfskräfte“.⁹² Die Tätigkeit einer Person als Geschäftsführer schliesst nicht *per se* ihre Arbeitnehmereigenschaft aus.⁹³ Die Weisungsgebundenheit wird nämlich nicht funktional, sondern *in concreto* beurteilt.⁹⁴

c) Eine Tätigkeit von einer gewissen Dauer

Um unter den Arbeitnehmerbegriff zu fallen, muss die geschuldete Arbeitstätigkeit darüber hinaus „während einer bestimmten Zeit“ erbracht werden. Dies ist nicht etwa gleichbedeutend mit einem befristeten Arbeitsverhältnis, also „mit einer auf bestimmte Zeit vereinbarten Laufzeit des Vertrages“.⁹⁵ Mit Schlachter gehen wir darin einig, dass die Aufnahme dieses Kriteriums durch den EuGH den Ausschluss „lediglich ganz kurzzeitig andauernder Aufträge aus dem Begriff des Arbeitsverhältnisses“ (von sog. „Ein-Tages-Arbeitsverhältnissen“) bezweckte.⁹⁶ Die Einführung einer solchen „*de minimis*“-Klausel könnte wiederum das Ziel verfolgen, zum Vornherein oder bloss vermutungsweise (und somit ggf. widerlegbar) Tätigkeiten auszuschliessen, die von ihrer Dauer bzw. Intensität her derart unwesentlich sind, dass sie sich nicht mehr als echte wirtschaftliche Beschäftigung bezeichnen lassen.⁹⁷

Diese Annahme wird von den Ausführungen des EuGH untermauert, wonach ein innerstaatliches Gericht „bei der Beurteilung der Frage, ob es sich jeweils um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handelt, die Unregelmässigkeit und die beschränkte Dauer der im Rahmen eines

⁹⁰ Seel, S. 532.

⁹¹ Schlachter, S. 160.

⁹² EuGH, C-3/87 (*ex parte Agegate*), zit. Fn. 74, Rn. 36.

⁹³ EuGH, C-350/96 (*Clean Car Autoservice*), EU:C:1998:205, Rn. 9 ff. und 30.

⁹⁴ Siehe z.B. EuGH, C-71/93 (*Van Poucke*), EU:C:1994:120, Rn. 19.

⁹⁵ Schlachter, S. 160.

⁹⁶ Schlachter, S. 160.

⁹⁷ Schlachter, S. 160.

Vertrags über Gelegenheitsarbeit tatsächlich erbrachten Leistungen“ berücksichtigen darf, da „der Umstand, dass der Betroffene im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Stunden gearbeitet hat, (...) ein Anhaltspunkt dafür sein [kann], dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind.“⁹⁸

Alternativ (aber eher unwahrscheinlich) könnte die vom EuGH aufgestellte (Un-) Wesentlichkeitsregel dergestalt verstanden werden, dass die europäischen Richter auf dem Luxemburger Kirchberg extrem kurzlebige Arbeitsverhältnisse vom Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu Gunsten einer anderen Grundfreiheit (wohl vorrangig der Dienstleistungsfreiheit) ausnehmen wollten. Belegen liesse sich diese Arbeitshypothese u.E. allerdings nur äusserst schwer. Dass der EuGH das Kriterium „während einer bestimmten Zeit“ sehr grosszügig, sozusagen *pro libertate*, auszulegen gedachte, zeigt sich bereits an dessen Rechtsprechung. So erachtete der Gerichtshof ein lediglich drei Wochen andauerndes Praktikum⁹⁹ bzw. eine Arbeitstätigkeit von zweieinhalb Monaten¹⁰⁰ oder knapp über einem Monat¹⁰¹ als grundsätzlich von der Freizügigkeit erfasst, „sofern die ausgeübte unselbständige Tätigkeit nicht völlig untergeordnet und unwesentlich ist“.¹⁰²

d) Eine Vergütung

Um in den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu fallen, muss die betroffene Tätigkeit nicht nur einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, auf eine gewisse Dauer angelegt sein und in einem Unterordnungsverhältnis erbracht worden sein. Sie muss darüber hinaus im Rahmen eines wirtschaftlichen Austausches erfolgen, was regelmässig die Entgeltlichkeit der charakteristischen Dienstleistung bedingt.¹⁰³ Die Form bzw. Art (ob z.B. als Sach- oder Geldleistung) oder die absolute Höhe der Gegenleistung sind allerdings grundsätzlich nicht von Belang,¹⁰⁴ selbst dann nicht, wenn es die Bezahlung nicht vermag, sämtliche Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers und dessen Familie abzudecken.¹⁰⁵ Es sei denn, die Vergütung wäre vornweg rein symbolischer Natur.¹⁰⁶ Die Honorierung einer von einer Person geleisteten Tätigkeit mittels deren Beteiligung am Ertrag eines Unternehmens ist für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft nicht präklusiv.¹⁰⁷

⁹⁸ EuGH, C-357/89 (*Raulin*), EU:C:1992:87, Rn. 14.

⁹⁹ EuGH, C-169/03 (*Wallentin*), EU:C:2004:403, Rn. 4 und 17 f.

¹⁰⁰ EuGH, C-413/01 (*Ninni-Orasche*), EU:C:2003:600, Rn. 32.

¹⁰¹ EuGH, C-22/08 und C-23/08 (*Vatsouras und Koupatantze*), EU:C:2009:344, Rn. 29.

¹⁰² EuGH, C-413/01 (*Ninni-Orasche*), zit. Fn. 100, Rn. 32.

¹⁰³ *Pirker*, S. 1218; *Schlachter*, S. 160.

¹⁰⁴ Vgl. EuGH, C-109/04 (*Kranemann*), EU:C:2005:187, Rn. 17; C-413/01 (*Ninni-Orasche*), zit. Fn. 100, Rn. 25; 53/81 (*Levin*), EU:C:1982:105, Rn. 16; *Schlachter*, S. 160.

¹⁰⁵ *Boillet*, S. 15.

¹⁰⁶ *Pirker*, S. 1218, mit einem weiteren Literaturhinweis.

¹⁰⁷ EuGH, C-3/90 (*Bernini*), EU:C:1992:89, Rn. 16.

Kraft der vorstehenden Prinzipien hat der EuGH eine Vergütung im Sinne des Unionsrechts oder alternativ das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit selbst in den folgenden Fällen anerkannt: Die Vergütung lag unter dem tariflichen oder gesetzlichen Mindestlohn.¹⁰⁸ Das Gehalt unterschritt den massgeblichen Mindestlohn bzw. das Existenzminimum so deutlich, dass der Betroffene zur Bestreitung seines wirtschaftlichen Daseins auf anderweitige Unterhaltsansprüche oder Sozialleistungen zurückgreifen musste, was den EuGH dazu veranlasste klarzustellen, dass es nicht darauf ankomme, „ob die ergänzenden Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts aus dem Vermögen oder der Arbeit eines Familienmitglieds des Betroffenen herrühren wie bei dem dem Urteil *Levin* zugrundeliegenden Sachverhalt oder ob sie (...) auf einer aus öffentlichen Mitteln des Wohnortmitgliedstaats gezahlten finanziellen Unterstützung beruhen, sofern feststeht, dass es sich um eine echte und tatsächliche Arbeitnehmertätigkeit handelt“.¹⁰⁹ Ferner gingen die „Luxemburger Richter“ auch im Falle des Bezuges von ergänzenden Sozialleistungen im Rahmen einer sozialen Arbeitsbeschaffung für einen Drogenabhängigen von einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit Entgeltcharakter aus, zumal es „für die Frage, ob jemand als Arbeitnehmer anzusehen ist, (...) keine Rolle [spielt], wie hoch seine Produktivität ist oder woher die Mittel für seine Entlohnung stammen“.¹¹⁰

Trotz ihres meist vorwiegenden Ausbildungszweckes können Praktika ebenso unter den Begriff der selbstständigen Arbeit fallen, ungeachtet des Umstandes, dass „die Produktivität eines Praktikanten schwach ist, dass er nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Arbeit leistet und dass er infolgedessen nur eine beschränkte Vergütung erhält“.¹¹¹ Betreffend einen Forscher, der auf der Grundlage eines mit der deutschen Max-Planck-Gesellschaft geschlossenen Stipendienvertrags eine Promotion vorbereitete, gab der EuGH zu bedenken, dass dieser nur dann als Arbeitnehmer anzusehen sei, wenn er seine Tätigkeit während einer bestimmten Zeit nach der Weisung des letztgenannten Forschungsinstituts ausübt und als Gegenleistung für diese Tätigkeit eine Vergütung erhalte, was vom vorlegenden mitgliedstaatlichen Gericht noch zu prüfen sei.¹¹²

¹⁰⁸ EuGH, 139/85 (*Kempf*), EU:C:1986:223, Rn. 14: „..., dass jemand, der eine tatsächliche und echte Teilzeitbeschäftigung ausübt, vom Geltungsbereich dieser Bestimmungen nicht allein deswegen ausgeschlossen werden kann, weil er die unter dem Existenzminimum liegenden Einkünfte aus dieser Tätigkeit durch andere zulässige Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts zu ergänzen sucht.“

¹⁰⁹ EuGH, 139/85 (*Kempf*), zit. Fn. 108, Rn. 14. Siehe auch EuGH, 53/81 (*Levin*), zit. Fn. 104, Rn. 18; C-317/93 (*Nolte*), EU:C:1995:438, Rn. 19; C-444/93 (*Megner und Scheffel*), EU:C:1995:442, Rn. 18; C-213/05 (*Geven*), EU:C:2007:438, Rn. 27.

¹¹⁰ EuGH, 344/87 (*Betray*), EU:C:1989:226, Rn. 5 und 15. Siehe auch EuGH, C-188/00 (*Kurz*), EU:C:2002:694, Rn. 32 (Tätigkeiten i.R. einer Berufsausbildung); C-27/91 (*URSSAF*), EU:C:1991:441, Rn. 8 (Praktikantenausbildung im Hotelgewerbe); 196/87 (*Steymann*), EU:C:1988:475, Rn. 13 (Tätigkeit innerhalb einer religiösen oder weltanschaulichen Vereinigung). *Carlier*, S. 46.

¹¹¹ EuGH, C-10/05 (*Mattern*), EU:C:2006:220, Rn. 21 f.; C-3/90 (*Bernini*), zit. Fn. 107, Rn. 16: Dem einzelnen mitgliedstaatlichen Gericht bleibt es jedoch unbenommen, „bei der Beurteilung der Frage, ob es sich jeweils um tatsächliche und echte Leistungen handelt, (...) u.a. auch zu prüfen, ob der Betroffene genügend Stunden geleistet hat, um sich mit der Arbeit vertraut zu machen“; 66/85 (*Lawrie-Blum*), zit. Fn. 82, Rn. 18; *Merz*, S. 270.

¹¹² EuGH, C-94/07 (*Raccanelli*), EU:C:2008:425, Rn. 37.

2. Eine tatsächliche und echte Tätigkeit

Zusammenfassend ergibt sich das folgende Bild: Grundsätzlich umfasst die vom EuGH definierte Arbeitnehmereigenschaft sämtliche Tätigkeiten, welche auch nur ansatzweise einen grenzüberschreitenden Bezug aufzeigen, weisungsgebunden, gegen Entgelt sowie über eine gewisse (Mindest-) Dauer erfolgen. Innerhalb dieser Kategorien ersannen die Unionsrichter allerdings verschiedene, indes restriktiv zu handhabende Situationen, in welchen selbst bei vordergründig kumulativem Vorliegen der o.g. Merkmale ausnahmsweise die Arbeitnehmereigenschaft verneint werden bzw. sich der Betroffene wegen eines Rechtsmissbrauchs nicht auf die aus ihr abgeleiteten Rechtspositionen berufen darf.

Zu diesen Ausnahmetatbeständen gehören insbesondere eine dermassen kurzweilige Arbeitsbeschäftigung, dass sie zweifelsfrei unter die zuvor erwähnte „*de minimis*“-Klausel fiel oder gar die Eigenschaft einer selbstständigen Tätigkeit verlöre. Laut unionsrechtlicher Rechtsprechung erwiese sich des Weiteren eine Vergütung von rein symbolischem Charakter für die Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit als problematisch, müssen doch Tätigkeiten ausser Betracht bleiben, welche „einen so geringen Umfang hätten, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellten“.¹¹³ Einen solchen seltenen Ausnahmefall anerkannte der EuGH angesichts einer Beschäftigung, welche „nur ein Mittel der Rehabilitation oder der Wiedereingliederung der Arbeitnehmer in das Arbeitsleben darstell[t] und die entgeltliche Arbeit, die auf die körperlichen und geistigen Möglichkeiten des einzelnen zugeschnitten ist, den Betroffenen früher oder später wieder in die Lage versetzen soll, einer gewöhnlichen Beschäftigung nachzugehen oder eine Lebensweise zu finden, die so normal wie möglich ist“.¹¹⁴ Dabei wird fallabhängig vor allem zu prüfen sein, ob die tatsächlich erbrachten Leistungen im Lichte u.a., ihrer Art, der Modalitäten ihrer Erbringung sowie des allgemeinen Kontextes als auf dem Beschäftigungsmarkt als üblich angesehen werden können.¹¹⁵ Der Gerichtshof verdeutlichte indes, dass eine solche Ausnahmesituation nur äusserst einschränkend, in Anwesenheit einer (exakt?) gleich gelagerten Konstellation angenommen werden dürfe.¹¹⁶

¹¹³ EuGH, C-143/16 (*Abercrombie & Fitch Italia Srl*), EU:C:2017:566, Rn. 19; C-316/13 (*Fenoli*), EU:C:2015:200, Rn. 27 und 39.

¹¹⁴ EuGH, 344/87 (*Betray*), zit. Fn. 110, Rn. 17. Vgl. *Delli*, S. 38.

¹¹⁵ EuGH, C-456/02 (*Trojani*), zit. Fn. 74, Rn. 24; *Pirker*, S. 1218; *Zünd/Hugi Yar*, S. 189.

¹¹⁶ EuGH, C-1/97 (*Birden*), EU:C:1998:568, Rn. 31: „Dieses Ergebnis ist nur durch die Besonderheiten jenes Falles erklärbar und liegt zudem nicht auf der Linie der Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffes Arbeitnehmer im Gemeinschaftsrecht (...). Es kann folglich nicht auf eine Situation wie die des Klägers, die keine vergleichbaren Merkmale aufweist, übertragen werden“.

IV. Die Aufnahme des Arbeitnehmerbegriffes in die bundesgerichtliche Praxis

Bislang können weder die Anwendung noch die bundesgerichtliche Auslegung des Freizügigkeitsabkommens einer gemeinschaftsrechtlichen Konformitätsüberprüfung durch den EuGH oder vonseiten eines *ad hoc* ins Leben gerufenen völkerrechtlichen (Schieds-) Gerichts unterzogen werden. Allenfalls können Ungereimtheiten sowie andere Schwierigkeiten im Rahmen des gemäss Art. 14 FZA errichteten, eher politisch-technischen Gemischten Ausschusses thematisiert werden und nach Konsultationen zur Abgabe von Empfehlungen und zu anschliessenden Vertrags- oder Gesetzesanpassungen führen. Umso wichtiger erscheint es zu eruieren, inwieweit die Rezeption der unionsrechtlichen Rechtsprechung durch das Bundesgericht vollzogen wurde oder ob sich das höchste Gericht der Schweiz für bestimmte Bereiche – trotz Anerkennung einer sich weitestgehend überlappenden Methodik –¹¹⁷ einen interpretativen Freiraum vorbehält.

1. Allgemeine Betrachtungen zum Arbeitnehmerbegriff

a) Die Auslegung

Wie bereits a.a.St. erwähnt, stellte das Bundesgericht vor einigen Jahren in Anlehnung an die europäische Rechtsprechung klar, dass sich die Auslegung des Begriffes der Arbeitnehmertätigkeit „nicht (ausschliesslich) nach nationalem Recht“ bestimme; vielmehr müsse „der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 10 FZA, der materiell dem Begriff der unselbstständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 lit. a FZA bzw. des Arbeitnehmers nach Art. 6 ff. Anhang I FZA entspricht“, als Ausgangspunkt genommen werden. Es handele sich um einen durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisierten, autonomen unionsrechtlichen Begriff.¹¹⁸

b) Die gängige Definition des Arbeitnehmers

Im Rahmen einer FZA-relevanten Abgrenzungsfrage betreffend selbstständige und unselbstständige Arbeit gaben die Lausanner Bundesrichter die Luxemburger Rechtsprechung wie folgt wieder: Der unselbstständig Erwerbende stehe „in einem weisungsgebundenen Abhängigkeitsverhältnis, wobei er eine (tatsächliche und echte) Tätigkeit für einen anderen für eine bestimmte Zeit verrichtet und dafür ein Entgelt bezieht“.¹¹⁹ Sie strichen auch hervor, dass laut

¹¹⁷ Siehe *supra* Kapitel III. 2.

¹¹⁸ BGE 140 II 460 E. 4.1 S. 465; 131 II 339 E. 3.1 S. 344 f.; BGer, 2C_1162/2014 vom 8. Dezember 2015 E. 3.4; 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 3.2; 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.2.

¹¹⁹ BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 466. Vgl. BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.2.1; 2C_243/2015 vom 2. November 2015 E. 3.2.2: „Der unselbstständig erwerbstätige Vertragsausländer muss (...) (1) während einer bestimmten Zeit (2) Leistungen für eine andere Person nach deren Weisungen erbringen

Verständnis des EuGH der Begriff des Arbeitnehmers weit auszulegen sei, „um den Schutzbereich dieser Grundfreiheit möglichst vielen Personen zugutekommen zu lassen“.¹²⁰

Demgegenüber kann eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegen, wenn sich der Betroffene an den geschäftlichen Risiken beteiligt, weisungsungebunden seine Arbeit verrichtet sowie frei seine Arbeitszeit bestimmt und seine Mitarbeiter auswählt.¹²¹ Zu Recht fügte das Bundesgericht an, dass sich das nationale Recht „auf ähnliche Kriterien zur Bestimmung der Art der (selbstständigen oder unselbstständigen) Tätigkeit“ stütze, und dass es im Lichte von Art. 1a Abs. 1 VZAE ohne Belang sei, ob der Lohn im In- oder Ausland ausbezahlt und „eine Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt“ werde.¹²² Im vorliegenden Fall schützte das Bundesgericht die vom Luzerner Kantonsgericht vertretene Auffassung, wonach die Beschäftigung einer Prostituierten in einem Club auf Grund der verschiedenen Einflussmöglichkeiten desselbigen (u.a. Wahl der Interessentinnen, denen Räumlichkeiten im Club bereitgestellt werden, ausschliessliche Vermittlung über die Homepage des Clubs ohne direkten Kontakt zu potentiellen Kunden, Anwesenheitssteuerung über den verlangten Tageseintritt) als eine organisatorisch abhängige zu gelten habe.¹²³ Darüber hinaus erklärte das Bundesgericht, dass der variable Charakter einer Vergütung (auf Provisionsbasis) nicht *per se* den Schluss zulasse, der Arbeitnehmer würde gleich einem selbstständigen Unternehmer die geschäftlichen Risiken schultern.¹²⁴

2. Die Weisungsgebundenheit

In einem höchstrichterlichen Entscheid bezüglich zweier niederländischer Eltern, welche in der Schweiz ihre inzwischen volljährige, nach einer bakteriellen Hirnhautentzündung schwer behinderte Tochter – auch dank einer Hilflösenentschädigung – betreuten und aus diesem Verhältnis heraus als unselbstständige Erwerbstätige anerkannt werden wollten, verneinte das Bundesgericht das kumulative Kriterium der Weisungsgebundenheit. Auf Grund ihrer schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigung sähe sich die Tochter nämlich ausser Stande, ihren Eltern gegenüber Weisungen zu ihrer Pflege und Betreuung zu erteilen.¹²⁵

und (3) als Gegenleistung hierfür eine Vergütung erhalten (...). Grundsätzlich kommt es dabei weder auf den zeitlichen Umfang der Aktivität noch auf die Höhe des Lohnes oder die Produktivität der Person an. Die Gelder können auch von der öffentlichen Hand stammen; erforderlich ist jedoch quantitativ wie qualitativ eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Betätigung“.

¹²⁰ BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 466; BGer, 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 3.2.

¹²¹ BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 466.

¹²² BGE 140 II 460 E. 4.1.3 S. 468.

¹²³ BGE 140 II 460 E. 4.2 und 4.3 S. 468 ff.

¹²⁴ BGE 131 II 339 E. 4.2 S. 348.

¹²⁵ BGer, 2C_243/2015 vom 2. November 2015 E. 3.2.4.

3. Eine Tätigkeit von einer gewissen Dauer

Bis *dato* hat sich das Bundesgericht eher selten und nur zurückhaltend mit der Frage der Dauer des Arbeitsverhältnisses zwecks Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft befasst. Dies nimmt allerdings nicht wunder, zumal – wie vorhin aufgezeigt – die unionsrechtliche Jurisprudenz sowie ein Teil der Lehre sich den Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft höchstens bei sehr kurz andauernden Aufträgen, so genannten „Ein-Tages-Arbeitsverhältnissen“, vorstellen möchten.¹²⁶ Umso weniger überrascht es also, wenn das Bundesgericht bei einem Gipser griechischer Herkunft, welcher nach Abschluss seiner Lehre im Jahre 2010 und vor seinem Strafantritt wegen Raserfahrt im Jahr 2013 lediglich temporären Anstellungen nachging und zwischendurch arbeitslos verblieb, sämtliche Arbeitnehmerkriterien im Sinne des FZA als erfüllt betrachtete.¹²⁷

Für ein wenig (vermutlich bloss terminologische) Verwirrung¹²⁸ dürfte demgegenüber die Aussage im Urteil 2C_390/2013 gesorgt haben, wonach es die nach längerer Arbeitslosigkeit erfolgte sukzessive Aufnahme von zwei Arbeitstätigkeiten auf Grund ihrer Kürze und ihrer Isoliertheit inmitten längerer Phasen der Arbeitslosigkeit nicht vermochte, die verwirkte Arbeitnehmereigenschaft einer Beschwerdeführerin zu reaktivieren.¹²⁹ Zum einen konnten diese Beschäftigungen keineswegs als besonders geringfügig oder gar symbolisch eingestuft werden: Bei der ersten handelte es sich um eine effektiv zweimonatige Arbeitsbeschaffungsmassnahme bei der Heilsarmee, welche mit einem Bruttogehalt von immerhin CHF 2'700.- honoriert wurde; die zweite Stelle war auf drei Monate befristet und erfolgte nach einer erneuten sechsmonatigen Stellenlosigkeit in der Privatwirtschaft bei einem Pensum von 80% und einem gesamthaften Lohn von CHF 6'541.-; begleitet wurden diese Tätigkeiten durch Leistungen der Arbeitslosenversicherung bzw. der Wiedereingliederungshilfe.¹³⁰ Zum zweiten befand das Bundesgericht, dass die Betroffene zwar den Arbeitnehmerstatus verloren hatte, aber sich infolge der oben beschriebenen Kurzarbeitszeiten als Arbeitsuchende qualifiziere, was in Wirklichkeit als Ausfluss der Arbeitnehmereigenschaft gilt.¹³¹ Folglich durfte sie nach Been-

¹²⁶ Vgl. supra Kapitel III.

¹²⁷ BGer, 2C_406/2014 vom 2. Juli 2015 E. 3.3 und 3.4. In diesem Urteil erwog das BGer auch, dass der Umstand, „dass der Beschwerdeführer während seiner Haft dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung steht, (...) nicht grundsätzlich [bedeutet], dass er während dieser Zeit nicht weiterhin in den schweizerischen Arbeitsmarkt eingegliedert ist, sofern zu erwarten ist, dass er innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach seiner Haftentlassung wieder eine Beschäftigung findet“ (E. 3.3). Vgl. EuGH, C-482/01 und C-493/01 (*Orfanopoulos und Oliveri*), EU:C:2004:262, Rn. 50.

¹²⁸ Für eine Kritik dieser Argumente, vgl. *Boillet*, S. 17 f.

¹²⁹ BGer, 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 4.2.

¹³⁰ BGer, 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 4.4.

¹³¹ EuGH, C-389/99 (*Rundgren*), EU:C:2001:264, Rn. 32: „Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verliert der Betroffene grundsätzlich die Arbeitnehmereigenschaft, wobei jedoch zum einen diese Eigenschaft nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmte Folgewirkungen haben kann (...) und zum anderen derjenige, der tatsächlich eine Arbeit sucht, ebenfalls als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist“. Siehe auch C-292/89 (*Antonissen*), EU:C:1991:80, Rn. 13; vgl. *Iliopoulou-Penot*, S. 237; *Carlier*, S. 47; *Maiani/Bieber*, S. 205; *Nguyen*, S. 99.

digung ihrer damaligen Arbeit sechs weitere Monate in der Schweiz verweilen, um sich auf eine allfällige neue Stelle bewerben zu können.¹³²

4. Die Vergütung

Das Kriterium der Vergütung – so letztere nicht schon *ab ovo* fehlt – kann aus zwei verschiedenen Perspektiven heraus zur Verneinung bzw. zur Aberkennung der Arbeitnehmereigenschaft führen: Zum einen, was indes nur sehr eingeschränkt angenommen werden darf, weil die Entlohnung im Rahmen einer reinen, nicht marktüblichen Wiedereingliederungsmassnahme erfolgt und ihr dabei zudem ein bloss symbolischer Stellenwert zukommt. Zum anderen, weil die Höhe der Vergütung objektiv derart geringfügig ist, dass ihr die Rolle eines Gegenwertes innerhalb eines marktüblichen, wirtschaftlichen Austausches schlichtweg abgeht.¹³³ Grundsätzlich betont das Bundesgericht indes unter dem Schlagwort der „Working Poor“, dass die Arbeitnehmereigenschaft nicht schon aufgrund der Tatsache erlischt, dass eine Person, welche eine tatsächliche sowie effektive Arbeit leistet (oder gar mehreren Beschäftigungen nachgeht), ein Gehalt bezieht, das nicht dazu ausreicht, um für sich und/oder ihre Familie ohne materiellen „Zustupf“ durch den Staat oder durch private Dritte eine angemessene Lebenshaltung zu gewährleisten.¹³⁴

a) Der Lohn als bloss symbolische Anerkennung einer gesellschaftlichen Leistung

Hinsichtlich der bereits oben erwähnten, von ihren beiden niederländischen Eltern infolge einer schweren Behinderung betreuten Tochter verneinte das Bundesgericht neben der Weisungsgebundenheit überdies das Kriterium der Vergütung: Auch wenn die ausbezahlte Hilflösenentschädigung ggf. dazu dienen mochte, die Betreuung im Schosse der Familie sicherzustellen „und einen damit verbundenen Erwerbsausfall (teilweise) zu decken, handelt[e] es sich dabei dennoch nicht um einen eigentlichen ‚Lohn‘ bzw. eine Abgeltung wirtschaftlicher Natur, sondern um eine (eher als symbolisch zu bezeichnende) Anerkennung der familiären Pflegedienste der schwer behinderten Tochter gegenüber“,¹³⁵ womit an die *Betray*-Rechtsprechung des EuGH angeknüpft wird.¹³⁶ In letzterem europäischen Entscheid, bei dem Mittel zur Wiedereingliederung in das Arbeitsleben im Zentrum der Debatte standen, fehlte

¹³² Vgl. BGer, 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 5.1. Siehe auch Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA.

¹³³ BGE 130 II 339 E. 3.3 S. 346.

¹³⁴ BGer, 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 5.3.1; 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.2.1: „Il découle de ce qui précède que la qualité de travailleur selon l'ALCP s'applique également aux 'working poor', c'est-à-dire aux travailleurs qui, bien qu'exerçant une activité réelle et effective, touchent un revenu qui ne suffit pas pour vivre ou faire vivre leur famille dans l'Etat d'accueil“; *Zünd/Hugi Yar*, S. 190. Vgl. auch das für die amtliche Publikation vorgesehene Urteil des BGer 2C_774/2014 vom 21. Juli 2017 E. 5.4.1 (Mindestlohn im Kanton Neuenburg); *Gastaldi*, S. 133.

¹³⁵ BGer, 2C_243/2015 vom 2. November 2015 E. 3.2.4.

¹³⁶ EuGH, 344/87 (*Betray*), zit. Fn. 110, Rn. 17.

wie im vom Bundesgericht behandelten Fall eindeutig der notwendige Konnex zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit. In einem anderen Fall pflichtete das Bundesgericht dem EuGH dahingehend bei, dass dieser Konnex nicht schon alleine deswegen verloren ginge, weil die betroffene Person zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes ergänzende Mittel von der öffentlichen Hand oder von einem Familienmitglied bezöge.¹³⁷

b) Das allzu geringfügige Gehalt

Zu Ungunsten des Arbeitnehmers, – dies auch, weil es der betroffene Unionsbürger fast gänzlich verabsäumt hatte, die Art, Stundenanzahl sowie die anderen Modalitäten seiner in einem prekären, auf Erfolgsbasis entlohnten „*contrat de mission*“ (*Call-centre*-Verkauf) festgelegten Tätigkeit vor den waadtländischen Behörden zu belegen (vgl. Art. 8 ZGB [Beweislast] sowie Art. 90 AuG [Mitwirkungspflicht des Ausländers]), –¹³⁸ entschied das Bundesgericht bei einer Arbeitsbeschäftigung, welche angeblich monatlich mit CHF 600.- bis 800.- vergütet wurde. Bei einem Lohn von dieser Grössenordnung durfte nämlich das Kantonsgericht vornweg von dessen rein symbolischem oder akzessorischem Charakter ausgehen.¹³⁹ Das Aufleben der Arbeitnehmerschaft verweigerte das Bundesgericht mangels einer quantitativ und qualitativ echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit bei zwei zeitlich begrenzten Praktika, von denen das erste Praktikum, eine Tätigkeit von drei Monaten in einem gemeinnützigen Verein, einzig mit dem kostenlosen Zur-Verfügung-Stellen einer Unterkunft „vergütet“ wurde, während das zweite Praktikum, im Sinne einer etwa dreieinhalbmonatigen Weiterbildungs- und Beschäftigungsmassnahme ausgestaltet, darin bestand, „den Alltag und den Aufbau einer Gemeinschaft zu leben“ und Küchen- sowie Hauswirtschaftsarbeiten zu erbringen.¹⁴⁰

Aus einer gesamthaften Betrachtung heraus hielt das Bundesgericht in einer anderen Streitsache fest, dass ein im Rahmen einer Arbeit auf Abruf ausbezahlter Monatslohn, der ohne jegliche Gewährleistung einer monatlichen Mindestarbeitsstundenzeit zwischen ca. CHF 800 und 1'300.- fluktuiert, ebenso wenig wie ein über zwei Monate gewährtes Bruttomonatsgehalt von CHF 294,40 (sowohl einzeln berechnet als auch zum soeben benannten Lohn addiert) dem Kriterium einer echten und tatsächlichen Beschäftigung gerecht würden.¹⁴¹ Zu einer solch eindeutigen Schlussfolgerung wie in den vorgängigen Dossiers gelangte Mon-Repos bei einem Monatslohn von CHF 3'000.- qua Vergütung einer mehrmonatigen Vollzeitarbeit in einer Wäscherei nicht. Das Kantonsgericht wurde deshalb angewiesen, weitere Abklärungen

¹³⁷ BGE 131 II 339 E. 3.3 S. 346.

¹³⁸ BGer, 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 4.1 f. und E. 4.6.

¹³⁹ BGer, 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 4.4, bestätigt in BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.2.2.

¹⁴⁰ BGE 141 II 1 E. 3.3.2 S. 9 f.

¹⁴¹ BGer, 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 6.2.

vorzunehmen.¹⁴² In einem jüngeren Fall bestätigte das Bundesgericht den Verlust der Arbeitnehmereigenschaft bei einem portugiesischen Staatsangehörigen, welchem es lediglich gelang (nach einer Phase der Stellenlosigkeit), zwischen den Monaten Oktober 2016 und Juli 2017 dank befristeten und Kurzarbeitsverträgen einen Lohn von insgesamt CHF 2'450 zu erzielen, den Mon-Repos praxisgemäss als „extrêmement peu“ einstuft.¹⁴³

Das Bundesgericht verneinte im Falle einer monatlichen Entlohnung von CHF 2'532,65 sowohl den vermeintlich rechtsmissbräuchlichen Zweck als auch den rein akzessorischen Charakter einer im kantonalen Gesundheitswesen zu 80% ausgeübten Hilfstätigkeit. Aus den (zwar spärlichen) Tatsachenfeststellungen durch die waadtländische Vorinstanz ging nämlich hervor, dass die betroffene EU-Staatsangehörige einer echten sowie tatsächlichen, zudem stabilen Arbeit nachging, deren Vergütung im Übrigen der Höhe des im Kontext eines Gesamtarbeitsvertrages ausgehandelten Tarifs für eine derartige Hilfstätigkeit entsprach.¹⁴⁴ Beirren liessen sich die höchsten Richter der Schweiz auch nicht dadurch, dass innerhalb der fünfköpfigen Familie der Arbeitnehmerin ausschliesslich letztere beruflich tätig war, so dass im Lichte des einzigen erarbeiteten, gewiss für schweizerische Verhältnisse geringfügigen (franz.: „modeste“ für bescheiden) Lohnes die Familienmitglieder allesamt als hochgradig fürsorgeabhängig wie auch verschuldet galten. Die Anwesenheit eines „Working Poor“, wengleich man allenfalls hier bemängeln konnte, dass diese alleinige Familienstütze ihr Arbeitspensum nicht wenigstens auf eine Vollzeitstelle aufgestockt hatte, um der Armutsfalle zu enttrinnen, schliesse nämlich nicht *per se* die Arbeitnehmereigenschaft aus. Diese Schlussfolgerung, stellte das Bundesgericht in einem denkwürdigen Satz fest, sei umso mehr berechtigt, als für die Frage, ob eine Arbeitstätigkeit rein akzessorischer Natur sei, vordergründig auf die individuelle Situation des Arbeitnehmers, sprich auf dessen Fähigkeit, für die eigenen Bedürfnisse aufzukommen, abzustellen sei. Die Bestätigung der Arbeitnehmereigenschaft der übrigen Familienangehörigen vorausgesetzt, dürfe in der Tat auch von denjenigen unter ihnen, die sich im arbeitsfähigen Alter (und – möchte man ergänzen – in der gesundheitlichen Verfassung hierzu) befänden, erwartet werden, dass sie unmittelbar nach abgeschlossener Regularisierung bzw. Bestätigung ihres abgeleiteten FZA-Status auf Stellensuche gingen, was u.E. mitunter von den Arbeitsvermittlungs- sowie Sozial(versicherungs)behörden gefördert sowie gefordert und kontrolliert werden dürfte.¹⁴⁵

¹⁴² BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.5; siehe hierzu auch *infra* Ziffer 5. Im Urteil des BGer 2C_835/2015 vom 31. März 2016 E. 3 und 4 überzeugte das Argument der Walliser Behörden nicht, eine über nur kurzfristige Perioden hinweg erzielte Entlohnung von monatlich ca. CHF 3'000.- sei ob der Instabilität der Arbeitsverhältnisse (welche allenfalls zum Verbleib in der Schweiz zwecks Stellensuche berechtigten) und der fehlenden Rückzahlung von Sozialhilfeschulden in Höhe von etwa CHF 10'000.- (kein FZA-relevantes Kriterium) rein akzessorischer Natur und somit nicht „FZA-tauglich“.

¹⁴³ BGer, 2C_897/2017 vom 31. Januar 2018 E. 4.5.

¹⁴⁴ BGer, 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.4.

¹⁴⁵ BGer, 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.4: „... que le caractère suffisant de la rémunération que perçoit le citoyen d'un Etat contractant doit au premier chef se déterminer selon la situation du travailleur individuellement pris, d'autant si l'on sait que d'autres membres de sa famille, qui sont susceptibles de dériver un droit de séjour du statut de travailleur communautaire de la personne précitée, auraient la

Das Bundesgericht anerkannte in einem weiteren Fall die Arbeitnehmereigenschaft einer mit ihrem mazedonischen Lebensgefährten und den zwei gemeinsamen Kindern zusammenlebenden deutschen Staatsangehörigen. Nachdem diese bloss drei Monate lang in der Schweiz als Kellnerin gejobbt und seit April 2015 den sozial(hilfe)rechtlichen „*revenu d’insertion*“ bezogen hatte, legte sie nämlich im Verlauf des Beschwerdeverfahrens (betreffend Widerruf ihrer B-Bewilligung) vor dem waadtländischen Kantonsgericht einen unbefristeten Arbeitsvertrag als Kellnerin zu 50%, in Höhe von CHF 2‘100.- pro Monat (brutto), vor. Das Bundesgericht befand, diese geringfügige Entlohnung gehe über ein rein symbolisches Mass hinaus, obgleich die Betroffene und ihre Familie weiterhin auf Sozialleistungen angewiesen bleiben würden; es ermahnte jedoch den mazedonischen Verlobten dazu, nach der Regulierung seines rechtlichen Status schnellstmöglich seinen familiären Verpflichtungen nachzukommen und sich ebenfalls eine Arbeit zu suchen, um der sozialen Abhängigkeit seiner Familie entgegenzusteuern.¹⁴⁶

5. Eine tatsächliche und echte Tätigkeit (im Allgemeinen)

a) Eine Aktivität ohne wirtschaftlichen Austausch

Hingewiesen sei eingangs auf das in Genf geltende strafgesetzliche Verbot der Bettelei, welches vom Bundesgericht im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle auch im Hinblick auf dessen Vereinbarkeit mit der in Art. 27 BV verbrieften Wirtschaftsfreiheit überprüft wurde. In Ermangelung jeglicher wirtschaftlichen Gegenleistung befand Mon-Repos, die Ausübung der Bettelei tangiere den Schutzbereich dieser Grundfreiheit nicht; geprüft wurde das Verbot letztlich im Lichte des Rechts auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).¹⁴⁷ Daraus kann *a fortiori* gefolgert werden, dass sich ein der Bettelei oder ähnlichen Aktivitäten hingebender Unionsbürger i.d.R. nicht auf den FZA-rechtlichen Arbeitnehmerbegriff berufen dürfte, um in der Schweiz zu verweilen. Unserer Meinung nach dürfte eine strafrechtlich eindeutig bzw. kategorisch verbotene Aktivität auch *per se* nicht unter den Anwendungsbereich des FZA fallen, wenngleich sie sämtliche Merkmale eines wirtschaftlichen Austausches aufzeigte (beispielsweise ein auf die Herstellung und anschliessende Eigentumsübertragung einer „*res extra commercium*“ zielendes Drogengeschäft).¹⁴⁸

possibilité, voire le devoir de rechercher un emploi une fois leur statut dans l'Etat d'accueil régularisé“ cum E. 6.3: „devoir pour le recourant 2 de rechercher sérieusement et de façon soutenue une activité lucrative en vue de contribuer à l'entretien de la famille et, par là-même, de diminuer la dépendance de l'assistance publique de celle-là. Le cas échéant, ces efforts s'effectuèrent sous le contrôle et avec l'appui des autorités chargées de l'application de la législation en matière d'assurance et/ou d'aide sociale, aux conditions applicables aux ressortissants suisses (cf. art. 9 par. 1 et 2 Annexe I ALCP), sans que le droit de séjourner en Suisse en dépende“.

¹⁴⁶ BGer, 2C_813/2016 vom 27. März 2017 E. 3.2. Vgl. auch die Zusammenfassung durch *Leyvraz/Nguyen*, S. 113 ff. Pro memoria (EU-Recht): *Delli*, S. 38 f.: „Teilzeitarbeitsverhältnisse sind grundsätzlich nicht untergeordnet und unwesentlich, und zwar auch dann nicht, wenn das Einkommen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers unter dem Existenzminimum liegt“.

¹⁴⁷ BGE 134 I 214 E. 3 S. 215 & E. 5.3 S. 216 f.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 132 IV 5 E. 3.3 S. 8.

b) Wiedereingliederungsmassnahmen

Angesichts der liberalen Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft wies das Bundesgericht in einem Walliser Dossier die Behauptung der Vorinstanz entschieden zurück, eine im Rahmen eines sozialen Hilfsprogramms zu Wiedereingliederungszwecken zu erfüllende Tätigkeit könne generell – d.h. ohne fallbezogene Analyse sämtlicher Elemente – keine tatsächliche und echte Tätigkeit auf dem normalen Arbeitsmarkt darstellen.¹⁴⁹ Bevor sie in den teilweisen Genuss einer Invaliditätsrente kam, jedoch nachdem sie ihre frühere Beschäftigung als Dienstmädchen in einem Hotel aus gesundheitlichen Gründen hatte kündigen müssen und daraufhin kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse eingegangen war, hatte die betroffene portugiesische Staatsangehörige auf Geheiss der Sozialbehörden im Rahmen eines Wiedereingliederungsprogrammes noch während einer etwa fünfmonatigen Spanne vollzeitlich gegen ein Monatsgehalt von CHF 3'000.- in einer Wäscherei gearbeitet. Diese Elemente stufte das Bundesgericht offenbar als relevant genug ein, um das Kantonsgericht mit weiteren Instruktionmassnahmen zur Feststellung der effektiven Natur der letztgenannten Tätigkeit zu beauftragen, insbesondere hinsichtlich der Charakteristika der Wiedereingliederungsmassnahme und der konkreten Arbeitsmodalitäten in diesem Kontext.¹⁵⁰

In zwei früheren Fällen, von denen einer in eine amtliche BGE-Veröffentlichung mündete, scheint das Bundesgericht indes, die Arbeitnehmereigenschaft in Verbindung mit staatlichen Beschäftigungsmassnahmen eher restriktiv bejahen zu wollen.¹⁵¹ Je nach Lesart und je nachdem, wie diese Argumentationslinie bewertet wird, könnten Fragen zur Vereinbarkeit der höchstrichterlichen Interpretation des Freizügigkeitsabkommens mit der die Arbeitnehmerfreizügigkeit erläuternden Rechtsprechung des EuGH in diesem besonderen Punkt aufgeworfen werden. Im Urteil 2C_390/2013 vom 10. April 2014 entschied nämlich das Bundesgericht, so wie es BGE 141 II 1¹⁵² kurz wiedergibt, „dass arbeitslosenversicherungsrechtliche Beschäftigungsmassnahmen nicht geeignet sind, die Arbeitnehmereigenschaft der betroffenen Person zu begründen bzw. fort dauern zu lassen (E. 4.2): Diese unterschieden sich von einer klassischen Arbeitstätigkeit auf dem ordentlichen Beschäftigungsmarkt insofern, als kein Arbeitsvertrag bestehe, die Tätigkeit dem Betroffenen vielmehr unter Androhung von Leistungseinstellungen zugewiesen werde (Art. 30 Abs. 1 lit. d, 59 Abs. 1-1bis und Art. 64a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz; AVIG; SR 837.0])

¹⁴⁹ BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.5, bestätigt in 2C_695/2016 vom 1. Dezember 2016 E. 4.2.

¹⁵⁰ BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.5.

¹⁵¹ BGE 141 II 1 E. 2.2.5 S. 6 f.; BGer, 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 4.2.

¹⁵² BGE 141 II 1 E. 2.2.5 S. 6 f.

und die betroffene Person keinen arbeitsrechtlichen Lohn erhalte, sondern lediglich das versicherungsrechtliche Taggeld (vgl. Art. 59c und 59cbis AVIG [...])¹⁵³.

Unseres Erachtens sind diese – wenn auch an sich wohl begründeten – Überlegungen zu apodiktisch und gehen als FZA-systemwidrig fehl: Wie *Boillet* in ihrer Kritik zum Urteil 2C_390/2013 unserer Meinung nach zutreffend darlegt,¹⁵⁴ erlaubt der Umstand, dass Beschäftigungsmassnahmen für den Arbeitslosen unter Androhung von Sanktionen verpflichtend sind, für sich allein noch nicht den Rückschluss, solche Arbeitsbeschaffungsmassnahmen könnten allgemeingültig und *ab initio* nicht unter die Arbeitnehmereigenschaft subsumiert werden. Der verbindliche Charakter solcher Massnahmen entspringt generell der sozialversicherungstechnischen Obliegenheit zur Schadensbegrenzung; so weist *Boillet* auch relevanter Weise auf Art. 16 Abs. 1 AVIG hin, laut welchem „[d]er Versicherte (...) zur Schadensminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen [muss]“. Somit wird auf diesem Rechtsgebiet den arbeitslosen Rechtsunterworfenen vonseiten der zuständigen Behörden im Allgemeinen eine zumindest teilweise erzwungene Beschäftigung systematisch auferlegt.¹⁵⁵ Das etwaige Fehlen eines frei eingegangenen, bilateralen Vertragsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gehört soweit ersichtlich aber nicht zu den vom EuGH erarbeiteten einschlägigen Kriterien. So folgen wir auch *Boillet's* Argumentation, wonach das Kriterium der Vergütung vom EuGH – zur Schaffung einer parallelen Rechtslage bisher aber auch vom Bundesgericht – sehr weit gefasst wurde und auch bei weniger ergiebigen Rechtsverhältnissen (man könnte sogar u.U. an die Situation in einer geschützten Werkstatt für behinderte Personen denken) sowie bei mithilfe von öffentlichen Geldern oder anderen Beihilfen gewährten Entlohnungen regelmässig angenommen wird, wohingegen Wiedereingliederungsmassnahmen nur dann ausserhalb des besagten Kriteriums fallen, wenn sie keinerlei reellen Bezug mehr zum Wirtschaftsgebaren aufzeigen.¹⁵⁶ Es wäre demzufolge vonnöten gewesen, dass sich Mon-Repos im Detail mit den gesetzlich erzwungenen Bedingungen der strittigen Massnahme befasste: In diesem Rahmen konnte das Vorliegen eines Untergeordnetenverhältnisses (beinahe schon *a fortiori*) vorausgesetzt werden. Die als Fortbezahlung der in der Regel relativ hoch angesetzten oder zumindest nicht unbeachtlichen Arbeitslosenhilfe ergangene Entlohnung (wobei die Weigerung dieser Beschäftigung durch den Arbeitslosen zu Kürzungen hätte führen können) dürfte FZA-rechtlich als Vergütung betrachtet werden. Schliesslich lässt die Tätigkeit der Betroffenen als Telefonistin („*opératrice*“) bei der kantonalen Steuerverwaltung *prima facie* und ungeachtet ihrer tatsächliche Leistungsfähigkeit auf die Ausübung einer echten wirtschaftlichen Tätigkeit während dieser sechsmonatigen Zeit schliessen.

¹⁵³ BGE 141 II 1 E. 2.2.5 S. 6 f.

¹⁵⁴ *Boillet*, S. 15 f.

¹⁵⁵ *Boillet*, S. 15 f.

¹⁵⁶ *Boillet*, S. 16 f.

c) Eine völlig untergeordnete und unwesentliche Arbeitstätigkeit

Trotz dieser im Wesentlichen weiten Auffassung übernimmt das Bundesgericht in konstanter Praxis die vom EuGH entwickelte Rechtsprechung – und macht, wie auch schon a.a.St. veranschaulicht, gelegentlich davon Gebrauch –, wonach, um unter die Arbeitnehmereigenschaft fallen zu können, eine Beschäftigung sowohl quantitativ als auch qualitativ eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Betätigung zeitigen muss, „wobei Tätigkeiten ausser Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen“ (oder in französischer Sprache: „à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires“).^{157/158}

Diesbezüglich lässt sich das Bundesgericht – unserer Meinung nach EU-rechtskonform –¹⁵⁹ von den folgenden Betrachtungen bzw. Parametern leiten: Wenngleich, wie bereits a.a.O. aufgezeigt, die (irreguläre) Art, die Dauer sowie die geringe Lohnhöhe einer Beschäftigung an und für sich die Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht zu ritzen vermögen, können diese Merkmale dennoch im Zuge einer Gesamtschau sämtlicher Fakten durchaus dazu führen, das echte und tatsächliche wirtschaftliche Wesen einer Beschäftigung in Frage zu stellen. Dies ist umso mehr der Fall, als der Gedanke der Arbeitnehmerfreizügigkeit eigentlich voraussetzt, dass derjenige, der sich auf diese Grundfreiheit beruft, auch über ausreichende Mittel verfügt, um zumindest zu Beginn seines Aufenthaltes im Vertragsstaat, vor allem dann, wenn er sich auf Arbeitssuche begibt, seine eigenen Bedürfnisse finanziell abzudecken.¹⁶⁰ Aus dieser Annahme folgert das hohe Lausanner Gericht, dass für die Frage, ob

¹⁵⁷ In Anlehnung u.a. an EuGH, C-544/11 (*Helga Petersen*), EU:C:2013:124, Rn. 30; C-3/90 (*Bernini*), zit. Fn. 107, Rn. 14; C-139/85 (*Kempf*), zit. Fn. 108, Rn. 10.

¹⁵⁸ Vgl. die Urteile des BGer BGE 131 II 339 E. 3.2 S. 346; 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 3.2; 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.2.1; 2C_495/2014 vom 26. September 2014 E. 3.1; 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 3.1; 2C_1178/2012 vom 4. Juni 2013 E. 2.2.

¹⁵⁹ Vgl. mit EuGH, C-357/89 (*Raulin*), zit. Fn. 98, Rn. 14 f.: „Das innerstaatliche Gericht ist jedoch berechtigt, bei der Beurteilung der Frage, ob es sich jeweils um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handelt, die Unregelmässigkeit und die beschränkte Dauer der im Rahmen eines Vertrags über Gelegenheitsarbeit tatsächlich erbrachten Leistungen zu berücksichtigen. Der Umstand, dass der Betroffene im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Stunden gearbeitet hat, kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind. Das innerstaatliche Gericht kann gegebenenfalls auch den Umstand berücksichtigen, dass sich der Betroffene zur Arbeit auf Abruf des Arbeitgebers zur Verfügung halten muss. Die zweite Vorabentscheidungsfrage ist somit dahin zu beantworten, dass die Dauer der von dem Betroffenen verrichteten Tätigkeiten ein Gesichtspunkt ist, den das innerstaatliche Gericht bei der Beurteilung der Frage berücksichtigen kann, ob es sich hierbei um tatsächliche und echte Tätigkeiten handelt oder ob sie vielmehr einen so geringen Umfang haben, dass sie nur unwesentlich und untergeordnet sind“.

¹⁶⁰ BGE 131 II 339 E. 3.4 S. 347: „Il n'en demeure pas moins que, pour apprécier si l'activité exercée est réelle et effective, on peut tenir compte de l'éventuel caractère irrégulier des prestations accomplies, de leur durée limitée, ou de la faible rémunération qu'elles procurent“; siehe darüber hinaus u.a. BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.2.2; 2C_699/2015 vom 30. März 2016 E. 5.3.2; 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 3.3; 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.2.1. f. Siehe bereits die Kritik von *Jungmann*, S. 44: „... geht es um das berechtigte Interesse der Mitgliedstaaten, die erstmalige Geltendmachung der Freizügigkeit davon abhängig zu machen, dass sie nicht von vornherein zu einer finanziellen Belastung der eigenen Staatsangehörigen zu werden verspricht“.

eine Tätigkeit als völlig untergeordnet und unwesentlich eingestuft werden könne, durchaus von Belang sei, ob ein Arbeitnehmer – beispielsweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages auf Abruf – lediglich eine stark begrenzte Anzahl an Arbeitsstunden absolviere oder nur schwach vergütet werde.¹⁶¹

Die soeben aufgezählten Kriterien kamen gegenüber einer EU-Staatsangehörigen zum Einsatz, welcher infolge einer freiwilligen Arbeitsaufgabe die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des FZA abgesprochen worden war. Ihr Versuch, sozusagen „in letzter Sekunde“ mit Hilfe der Aufnahme von diversen – z.T. sogar parallel geleisteten – prekären Arbeitstätigkeiten ihren Status wieder aufleben zu lassen, schlug fehl. Als unwesentlich erachtete das Bundesgericht insbesondere die Tätigkeit der Betroffenen als Zimmermädchen auf Abruf im Hotelgewerbe, dies ohne einen garantierten Mindestarbeitseinsatz und zu einem Stundenlohn von CHF 22,89, zumal aus den über den knappen Zeitraum von zwei Monaten vorgelegten Lohnauszügen eine Gesamtarbeitszeit von lediglich 115 Stunden sowie ein bescheidenes Monatsgehalt von jeweils CHF 808,30 und 1'330,50 hervorgingen. Als völlig marginal – dies selbst im Zusammenhang bzw. kumuliert mit der parallel geleisteten Arbeit im Hotelbetrieb – bezeichnete das Bundesgericht überdies eine vertraglich auf die Dauer von 16 Stunden pro Monat à CHF 18,40 brutto die Stunde angelegte Beschäftigung als Reinigungskraft, welche zudem offenbar nach zwei Monaten nicht fortgesetzt worden war.¹⁶²

d) Der Rechtsmissbrauch

aa) Vom (sozial[versicherungs]rechtlich bedingten) Rechtsmissbrauch...

Im Fall einer im Kanton Waadt wohnhaften französischen Staatsbürgerin, welche bereits als Minderjährige in unser Land einreiste und dort über mehrere Jahre verweilte, schloss das Bundesgericht vornweg die Möglichkeit aus, die Betroffene hätte – zumindest von Anbeginn an – ein auf den Bezug von Sozialleistungen ausgerichtetes, rechtsmissbräuchliches Verhalten an den Tag gelegt, welches den Verlust bzw. die Nichtbeachtung der Arbeitnehmereigenschaft¹⁶³ nach sich hätte ziehen dürfen; wenn überhaupt könne ihr zeitweilig eine freiwillig herbeigeführte Arbeitslosigkeit nach Art. 6 Abs. 1, 3. Satz, Anhang I FZA vorgeworfen wer-

¹⁶¹ BGE 131 II 339 E. 3.4 S. 347; BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.2.2; 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 3.3; 2C_1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.2.2. Betreffend Arbeit auf Abruf und AVIG, siehe BGer, 8C_532/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 2.2.

¹⁶² BGer, 2C_699/2015 vom 30. März 2016 E. 6.2.

¹⁶³ In der Regel geht das Bundesgericht bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs vom Verlust bzw. von der Nichterneuerung des Arbeitnehmerstatus und des daraus fliessenden (wenngleich nur deklaratorischen) Aufenthaltstitels aus: BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.3. Im Gegensatz hierzu scheint der EuGH den Mitgliedstaaten das Recht einzuräumen, dem Urheber des Rechtsmissbrauches die Arbeitnehmereigenschaft sowie die dazugehörigen Rechte abzuerkennen, ohne indes die (teilweise nationalrechtlich definierte [siehe Art. 23 Abs. 1 VEP]) Aufenthaltsbeendigung ins Auge zu fassen [siehe EuGH, C-413/01 (*Ninni-Orasche*), zit. Fn. 100, Rn. 36; 39/86 (*Lair*), EU:C:1988:322, Rn. 43].

den.¹⁶⁴ Einen Fall von freiwilliger Arbeitslosigkeit, die folglich zur Beendigung der Arbeitnehmereigenschaft geführt hatte,¹⁶⁵ sah das Bundesgericht im Hinblick auf eine portugiesische Arbeitnehmerin als erwiesen an, welche, nachdem sie verschiedentliche zeitlich schlechter dotierte Stellen wahrgenommen hatte, bereits nach etwa fünf Monaten ab Antritt eine attraktivere unbefristete Beschäftigung als Hilfskraft in der Verkaufsbranche mit einer Wochenarbeitszeit von 36 Stunden aufgab. Dabei liessen die obersten Richter den Einwand nicht gelten, wonach diese alleinerziehende Arbeitnehmerin auf Grund fehlender Betreuungsmöglichkeiten für ihre beiden Kinder keine andere Wahl gehabt hätte, als ihren Arbeitsplatz zu kündigen: Einerseits betrug die Entfernung zwischen ihrem Wohnort und ihrem Arbeitsplatz, welcher im Übrigen binnen 26 Minuten mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zu erreichen war und somit die Nutzung eines Privatfahrzeuges entbehrlich machte, lediglich 26 Kilometer; andererseits waren die beiden Kinder der Betroffenen von damals drei und zwölf Jahren aus dem Säuglingsalter herausgewachsen, was die Suche nach geeigneten Betreuungsmöglichkeiten erleichterte.¹⁶⁶

Dieses Beispiel veranschaulicht, mit welchen Nuancen und welcher Vorsicht, aber auch in welchen Konstellationen das Bundesgericht das Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Situation anzunehmen bereit ist.¹⁶⁷ So bejahen die „Luxemburger“ und „Lausanner“ Richter zwar das Bestehen eines Missbrauchsfalls im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, wenn sich der Angehörige eines Mitgliedsstaates in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort eine Scheinarbeitstätigkeit oder eine zeitlich extrem eingeschränkte Tätigkeit einzig zum Zwecke aufzunehmen, um gewisse soziale Vergünstigungen, z.B. Sozialleistungen, welche in seinem Herkunftsland u.U. weniger grosszügig ausgestaltet sind, beanspruchen zu können.¹⁶⁸ Somit kann eine ausländische Person ihre Arbeitnehmereigenschaft verlieren und kann die Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA verweigert bzw. diese gemäss Art. 23 VEP nicht nur dann widerrufen werden, falls die besagte Person freiwillig arbeitslos ist und aus ihrem Verhalten abgeleitet werden kann, dass keine begründete Aussicht auf eine Beschäftigung mehr besteht.¹⁶⁹ Diese Möglichkeit besteht auch „bei Missbrauch, das heisst, wenn die

¹⁶⁴ BGE 131 II 339 E. 4.3 S. 349.

¹⁶⁵ Siehe *Kälin*, s. 34.

¹⁶⁶ Siehe BGer, 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 6.1.

¹⁶⁷ Siehe *Pirker*, S. 1224.

¹⁶⁸ BGE 141 II 1 E. 2.2.1 S. 4; 131 II 339 E. 3.4 S. 347; BGer, 2C_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.3; 2C_412/2014 vom 27. Mai 2014 E. 3.2; 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 3.2 und 4.3; *Pirker*, S. 1224, der feststellt, dass wie der schweizerischen Praxis „der Rechtsprechung des EuGH (...) wohl ein prognostisches Element inne[wohnt], inwieweit auf den ernsthaften Willen zur dauerhaften und tatsächlichen Integration in den Arbeitsmarkt geschlossen werden kann bzw. inwieweit lediglich durch missbräuchliches Verhalten der vorteilhafte Status des Arbeitnehmers angestrebt wird“.

¹⁶⁹ Siehe zur Verneinung der fehlenden Aussicht auf eine Beschäftigung, zumal sich die Betroffene effektiv und nachweislich um einen neuen Arbeitsplatz bemühte: BGer, 2C_1162/2014 vom 8. Dezember 2015 E. 4; zu dessen Bejahung: 2C_1088/2013 vom 9. Dezember 2013 E. 3.4, nicht publiziert in BGE 140 II 1. Vgl. auch EuGH, C-171/91 (*Tsiotras*), EU:C:1993:215, Rn. 14; sowie C-379/11 (*Caves Krier Frères*), EU:C:2012:798, Rn. 26: „Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verliert der Betroffene grundsätzlich die Arbeitnehmereigenschaft, wobei jedoch zum einen diese Eigenschaft nach Beendi-

betroffene Person sich in einen anderen Vertragsstaat begibt, um dort einer fiktiven oder zeitlich stark begrenzten Tätigkeit nachzugehen mit dem einzigen Ziel, in den Genuss bestimmter Leistungen zu kommen, beispielsweise bessere Fürsorgeleistungen als im Herkunftsstaat“.¹⁷⁰

Die Wortwahl dieser Urteile (u.a. „extrem eingeschränkte“; „einzig zum Zwecke“) gibt jedoch zu erkennen, dass der Missbrauchs begriff qualifiziert und ausschliesslich als „ultima ratio“ anzunehmen ist, um den völkerrechtlichen bzw. unionsrechtlichen „*effet utile*“ des FZA bzw. des EU-Rechts nicht zu untergraben. Folglich sollte – sofern überhaupt das Institut des Rechtsmissbrauchs zur Anwendung gelangen kann, was regelmässig nicht der Fall ist, wenn die betroffene Person vorab der Arbeitnehmereigenschaft verlustig gegangen ist –,¹⁷¹ nicht leichtfertig nur deshalb auf einen Rechtsmissbrauch geschlossen werden, weil eine Person nach mehrjähriger Arbeitslosigkeit plötzlich – z.B. nach Ermahnung durch die Behörden – eine (neue) Anstellung finden konnte.¹⁷² Scheinbar durchbrochen wurde diese Zurückhaltung im Falle einer portugiesischen Staatsangehörigen, die infolge der freiwilligen Aufgabe ihrer festen Anstellung über eine längere Zeit hinweg Sozialvergütungen beansprucht hatte, ehe sie sich – vermutlich unter dem Druck der Behörden und im vergeblichen Bemühen um das Wiederaufleben ihres Arbeitsstatus – endlich dazu durchrang, zwei zeitlich sowie finanziell stark eingeschränkte Jobs wahrzunehmen. Obwohl es diese Erwerbsaktivitäten bereits an anderem Orte als völlig untergeordnet und unwesentlich eingestuft hatte, was für sich schon ausgereicht hätte, um der Betroffenen die Arbeitnehmereigenschaft abzusprechen, zweifelte das Bundesgericht überdies unverhohlen den Willen der Betroffenen an, eine besser bezahlte, effektive Stelle zu suchen, um ihre Abhängigkeit von der Sozialhilfe zurückzufahren. Dieser Zweifel sei umso angebrachter, als nach fünf Jahren Stellenlosigkeit die EU-Staatsbürgerin die vorerwähnten zwei Arbeitsverträge erst abschloss, nachdem sie mit einem ablehnenden Bescheid der kantonalen Migrationsbehörde konfrontiert worden war.¹⁷³

Nichtsdestoweniger könnte der Missbrauchsvorbehalt u.E. im Rahmen der nationalstaatlichen Umsetzung und des ihnen hierdurch zukommenden Ermessens als Korrektiv dienen, um gewissen Situationen von „Sozialtourismus“¹⁷⁴ und Scheintätigkeiten wirksam zu begegnen. In der Rechtssache *Lair* gab der EuGH denn auch den Mitgliedstaaten zu verstehen: „Soweit das Vorbringen (...) von der Sorge bestimmt ist, gewissen Missbräuchen vorzubeugen, von denen etwa dann die Rede sein könnte, wenn sich anhand objektiver Merkmale nachweisen liesse, dass sich ein Arbeitnehmer nur in der Absicht in einen Mitgliedstaat begibt, dort nach einer

gung des Arbeitsverhältnisses bestimmte Folgewirkungen haben kann und zum anderen derjenige, der tatsächlich eine Arbeit sucht, ebenfalls als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist“. Vgl. *Carlier*, S. 57; *Zünd/Hugi Yar*, S. 192 ff.

¹⁷⁰ Siehe die bundesrätliche Zusammenfassung des BGer-Urteils 2C_412/2014 vom 27. Mai 2014 E. 3.2, in BBl 2016 3007, S. 3056.

¹⁷¹ BGer, 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 4.1.

¹⁷² *Pirker*, S. 1224; siehe BGE 131 II 339 E. 4.3 S. 347.

¹⁷³ BGer, 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 6.2.

¹⁷⁴ Vgl. *Zünd/Hugi Yar*, S. 159 ff.

*sehr kurzen Berufstätigkeit eine Förderung für Studenten in Anspruch zu nehmen, ist festzustellen, dass solche Missbräuche durch die in Rede stehenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen nicht gedeckt sind“.*¹⁷⁵

Wie kritische Stimmen in der Lehre unterstreichen, würde aber eine zu weite Auslegung des auch im Unionsrecht verankerten Missbrauchsvorbehalts in Verbindung mit dem Arbeitnehmerbegriff durch das Bundesgericht zu einer nicht statthaften schrittweisen Aushöhlung der Tragweite des FZA führen, insofern als letztendlich die Freizügigkeit den nationalstaatlichen Sorgen und einschränkenden Regelungen um die vermehrte Beanspruchung von Sozialhilfe durch EU-Staatsangehörige sachfremd untergeordnet würde.¹⁷⁶ Es wird sich weisen, ob es dem Bundesgericht – aber auch den politischen Behörden der Schweiz in ihren Reformvorhaben – gelingen wird, auf diesem sowohl sozialpolitisch als auch wirtschaftlich brisanten Terrain ein FZA-konformes Gleichgewicht beizubehalten bzw. herzustellen.

bb) ... zur beschlossenen „Regulierung“ des Zugangs zu Sozialleistungen

In Anknüpfung an das vorhin Gesagte – wengleich wir dadurch vom Gebiet des Rechtsmissbrauchs im engeren Sinne abschweifen – sei noch auf die am 16. Dezember 2016 von der Bundesversammlung beschlossene Änderung des Ausländergesetzes hingewiesen, welche unter dem sperrigen Titel der „Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen“ das Erlöschen des Aufenthaltsrechts von EU- und EFTA-Staatsangehörigen nach unfreiwilliger Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Bereich der zulässigen Zeitspannen sowie des Anspruchs auf Sozialhilfe formalgesetzlich im Detail regeln möchte:

„Art. 61a AuG – Erlöschen des Aufenthaltsrechts von EU- und EFTA-Staatsangehörigen

¹ Das Aufenthaltsrecht von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der EFTA mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung erlischt sechs Monate nach unfreiwilliger Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Das Aufenthaltsrecht von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der EFTA mit einer Aufenthaltsbewilligung erlischt sechs Monate nach unfreiwilliger Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn dieses vor Ablauf der ersten zwölf Monate des Aufenthalts endet.

² Wird nach Ablauf der sechs Monate nach Absatz 1 weiterhin Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt, so erlischt das Aufenthaltsrecht mit dem Ende der Entschädigung.

³ Im Zeitraum von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum Erlöschen des Aufenthaltsrechts nach den Absätzen 1 und 2 besteht kein Anspruch auf Sozialhilfe.

¹⁷⁵ EuGH, C-39/86 (*Lair*), zit. Fn. 163, Rn. 43.

¹⁷⁶ *Frick/Gafner/Regamey*, in toto.

⁴ Bei unfreiwilliger Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach den ersten zwölf Monaten des Aufenthalts erlischt das Aufenthaltsrecht von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der EFTA mit einer Aufenthaltsbewilligung sechs Monate nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Wird nach Ablauf der sechs Monate weiterhin Arbeitslosenschädigung ausbezahlt, so erlischt das Aufenthaltsrecht sechs Monate nach dem Ende der Entschädigung.

⁵ Die Absätze 1–4 gelten nicht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund vorübergehender Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, Unfall oder Invalidität sowie für Personen, die sich auf ein Verbleiberecht nach dem [FZA] oder dem [EFTA-Übereinkommen] berufen können.¹⁷⁷

Innerhalb der am 7. April 2017 abgelaufenen gesetzlichen Frist zur Ergreifung des fakultativen Referendums war laut Feststellung der Bundeskanzlei weniger als die Hälfte der verfassungsmässig vorgeschriebenen Anzahl gültiger Unterschriften eingereicht worden, so dass der Bundesrat am 8. Dezember 2017 beschloss, die besagte AuG-Änderung auf den 1. Juli 2018 in Kraft zu setzen.¹⁷⁸ In der Botschaft vom 4. März 2016 zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen)¹⁷⁹ fasste der Bundesrat den Tenor dieses geglückten Reformvorhabens folgendermassen zusammen: „Diese Massnahmen sollen in der ganzen Schweiz eine einheitliche Anwendung des FZA gewährleisten und die Rechtslage klären. Es soll ausgeschlossen werden, dass ausländische Stellensuchende in der Schweiz Sozialhilfe beziehen. Die Vorlage legt zudem die Kriterien fest, wonach Personen aus den EU- und EFTA-Staaten bei unfreiwilliger Stellenlosigkeit (Stellenverlust) ihr Aufenthaltsrecht verlieren“.¹⁸⁰

Dabei stützt sich die Botschaft auf mehrere höchstrichterliche Entscheide ab, deren Inhalt diese zu kodifizieren angibt:

- Im Urteil 2C_967/2010 vom 17. Juni 2011 hielt das Bundesgericht fest, dass der Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, der während 18 Monaten *unfreiwillig* arbeitslos war und Leistungen der Arbeitslosenversicherung, anschliessend der Sozialhilfe, bezog, die Arbeitnehmereigenschaft verlöre.¹⁸¹
- Im Urteil 2C_390/2013 vom 10. April 2014 anerkannte das Bundesgericht, dass eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA während der ersten fünf Jahre der Gültigkeitsdauer widerrufen werden könne, wenn die betroffene Person, deren Erwerbstätigkeit *in casu*

¹⁷⁷ BBl 2016 8917, S. 8919 f.

¹⁷⁸ BBl 2017 3214; AS 2018 737.

¹⁷⁹ Siehe Geschäftsnummer 16.027.

¹⁸⁰ BBl 2016 3007, S. 3008, vgl. ebenso S. 3054 ff.

¹⁸¹ BGer, 2C_967/2010 vom 17. Juni 2011 E. 4.3; BBl 2016 3007, S. 3055. Vgl. auch BGer, 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 4.3.

nach den ersten zwölf Monaten ihres Aufenthalts in der Schweiz (unfreiwillig) endete, die Arbeitnehmereigenschaft verloren habe. Wie in der Botschaft zusammengefasst, hat das Bundesgericht „den Verlust der Arbeitnehmereigenschaft (...) damit begründet, dass der Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung erloschen war (18 Monate Arbeitslosigkeit), die betroffene Person daraufhin von der Sozialhilfe abhängig wurde und kaum Chancen hatte, eine stabile Anstellung zu finden (lange Arbeitslosigkeit, sehr häufige krankheitsbedingte Absenzen und mangelnde berufliche Qualifikation)“.¹⁸²

- Im wenig später ergangenen Urteil 2C_412/2014 vom 27. Mai 2014 befand das Bundesgericht u.a., dass bei *freiwilliger Arbeitslosigkeit* die Arbeitnehmereigenschaft und damit das Aufenthaltsrecht sofort endeten.¹⁸³
- Im eine fünfjährige EU/EFTA-Aufenthaltsgenehmigung betreffenden Grundsatzurteil BGE 141 II 1 vom 12. Januar 2015 bestätigte Mon-Repos seine bisherige Rechtsprechung, wonach „eine arbeitnehmende Person ihren freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätige Person verlieren kann, (1) wenn sie freiwillig arbeitslos geworden ist, (2) aufgrund ihres Verhaltens feststeht, dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass sie in absehbarer Zeit eine andere Arbeit finden wird (...) oder (3) ihr Verhalten gesamthaft als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss“.¹⁸⁴

Die Frage der Vereinbarkeit dieser künftigen gesetzlichen Regelung sowie der bereits heute teilweise vom Bundesgericht praktizierten, soeben zusammengefassten Lösungsansätze mit dem FZA¹⁸⁵ sowie mit der parallelen unionsrechtlichen Auffassung geben in der Lehre Anlass zu kontrovers geführten Diskussionen.¹⁸⁶ Eine eingehende Untersuchung der einzelnen Überlegungen würde den Rahmen unserer Bestandesaufnahme entschieden sprengen, weshalb an dieser Stelle darauf verzichtet wird. Sollte sich (z.B. bei dessen konkreter Anwendung) herausstellen, dass der zukünftige Art. 61a AuG dem Wortlaut oder Zweck des FZA (partiell) zuwiderliefe, sei indes darauf hingewiesen, dass laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung die sog. „Schubert-Praxis“ im Freizügigkeitsrecht zwischen der Schweiz und der EU keine Anwendung fände. Folglich würde die völkerrechtliche Norm im Konfliktfall der nationalen Re-

¹⁸² BGer, 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 4, insbes. 4.3 und 4.4; BBl 2016 3007, S. 3055. Vgl. auch BGer, 2C_1178/2012 vom 4. Juni 2013 E. 2.3-2.5.

¹⁸³ BGer, 2C_412/2014 vom 27. Mai 2014 E. 3.2; BBl 2016 3007, S. 3055; vgl. auch BGer 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 6.

¹⁸⁴ BGE 141 II 1 E. 2.2.1 S. 4; BGer, 2C_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 2.1.

¹⁸⁵ Z.B. im Verhältnis zu Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA; siehe hierzu das Urteil des BGer 2C_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 2.1: „Dabei gelten die von der zuständigen Behörde ordnungsgemäss bestätigten Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit und die Abwesenheiten infolge Krankheit oder Unfall als Beschäftigungszeiten“.

¹⁸⁶ *Boillet*, S. 18 ff.; *Frick/Gafner/Regamey*, S. 38 ff.; *Gastaldi*, S. 140 ff.; *Pirker*, S. 1221 ff.

gelung selbst dann rechtlich vorgehen, wenn der schweizerische Gesetz- oder gar Verfassungsgeber sie aus einer politischen Warte aus wissentlich missachten wollte.¹⁸⁷ Es obläge m.a.W. in einer solchen eher seltenen Hypothese den Gerichten und Verwaltungsbehörden, dieser konträren Bestimmung zugunsten der FZA-konformen Lösung die Anwendung zu versagen, so diese nicht eingangs einer gesetz- und verfassungsmässigen Auslegung zugänglich wäre.

V. Schlussbemerkungen

Im vorliegenden Beitrag wurde dargelegt, wie (weit) es – in Ermangelung einer klaren Definition der Arbeitnehmereigenschaft im Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Union sowie der schweizerischen Rechtsordnung – letztendlich den Gerichten oblag, eine sowohl dogmatisch schlüssige als auch praxistaugliche, kasuistische Begrifflichkeit dieser rechtlich bedeutsamen Eigenschaft zu entwickeln.

Um die Schweiz in einen sozialpolitisch und wirtschaftlich weitestgehend einheitlichen Rechtsraum einzubetten und somit ihren ureigenen Interessen, Werten sowie ihrer stets über den eigenen Tellerrand blickenden Rechtstradition zu entsprechen,¹⁸⁸ fing das Bundesgericht bald nach Inkrafttreten des FZA damit an, seine für die Schweiz höchstrichterliche Auslegung des im Abkommen erwähnten Arbeitnehmerbegriffs an die Interpretation durch den EuGH des parallel bestehenden unionsrechtlichen Arbeitnehmerkonzeptes zu koppeln. Zumal der Einfluss der EU-spezifischen Unionsbürgerschaft im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit (noch) zweitrangig ausfällt, gelang es dem Bundesgericht bis heute u.E. mit grossem Geschick, nicht nur mit der aus Luxemburg stammenden Präzisionsarbeit im Zuge späterer Urteile Schritt zu halten, sondern sogar vereinzelt eigene nationale Akzente zu setzen in Bereichen, zu welchen sich der EuGH (bislang) nicht oder nur spärlich geäußert hat(te).

Diese für Rechtssicherheit sorgende Eigendynamik mutet umso bemerkenswerter an, als sie in eine Zeit fiel/fällt, die von Erweiterungen (neue EU-Beitritte) sowie wirkmächtigen gesellschaftspolitischen Umwälzungen in vielen Partner- und EU-Mitgliedstaaten, die Schweiz inbegriffen, geprägt war und noch immer ist. Allen kritischen Äusserungen zum Trotz erscheint daher die Beibehaltung eines eurokompatiblen, stets anpassungsfähigen Kurses durch das Bundesgericht als eine für unser Land – von einer wirtschafts- und sozialpolitischen Warte aus betrachtet – strategische Notwendigkeit. Dies je mehr sich abzeichnet, dass weitere von der Schweiz erstrebte bilaterale Reformen oder gar neue Kooperationen ohne grössere

¹⁸⁷ BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 39; siehe auch Botschaft vom 26. April 2017 zur (nunmehr zurückgezogenen) Volksinitiative „Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten“ (17.030), in: BBl 2017 3341 ff., S. 3350.

¹⁸⁸ Vgl. *Oesch*, S. 38.

(manchmal auch Irritationen hervorrufende, sachfremde) Zugeständnisse ihrerseits, namentlich hinsichtlich eines institutionellen Rahmenabkommens, im Sande zu verlaufen drohen.

Die vorangegangenen Ausführungen dürfen indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung – wie auch bei Urteilen von manch einem EU-mitgliedstaatlichen Gericht – gelegentlich in ein Spannungsverhältnis zur Praxis des EuGH geraten kann. Wie a.a.St. vermerkt, tritt diese Frage insbesondere auf dem umstrittenen Feld des Sozialrechts zum Vorschein (Stichworte „Sozialtourismus“ und „Scheinarbeitnehmer oder auch -selbstständige“), wo nationale Interessen sowie Rechtsgrundsätze der Parteistaaten mit einer als zu permissiv empfundenen europäischen Rechtsprechung kollidieren können.

Solche Unstimmigkeiten sowie daraus erfolgende Bestrebungen, die Tragweite gewisser EU-Texte sowie EuGH-Urteilssprüche oder der in letzteren gemünzten Termini national einzuhegen, sollten nicht *per se* als schädlich abgekanzelt werden. Vielmehr birgt die gelegentliche bundesgerichtliche Ausreizung oder gar Überstrapazierung einiger freizügigkeitsrechtlicher Konzepte (beispielsweise bei der Einordnung von Wiedereingliederungsmassnahmen, betreffend die Perspektiven bei unfreiwilliger Stellenlosigkeit und bei der Verwendung der „Keule“ des Rechtsmissbrauchs) das Potential, manchmal überfällige Debatten anzustossen, die in zukünftige Reformen oder den neuen Gegebenheiten der Freizügigkeit besser Rechnung tragenden Rechtsprechungsanpassungen am EuGH münden können.

Die Schweiz vor der Quadratur des europapolitischen Zirkels

DIETER FREIBURGHHAUS*

INHALTSÜBERSICHT

- I. Einleitung
- II. Der Sonderfall?
- III. Das grosse Missverständnis
- IV. Wo lässt uns das?

* Professor emeritus für Politik und Europastudien, vormals Institut de hautes études en administration publique in Lausanne.

I. Einleitung

2009 war mein Buch mit dem Titel „Königsweg oder Sackgasse? – 60 Jahre schweizerische Europapolitik“ erschienen. Das Fragezeichen bestand damals noch zu recht. Die zweite Auflage von 2015 trug denselben Titel, doch es war keine Frage mehr: die Schweiz war in eine Sackgasse geraten.

Seither werden immer schlauere, luftigere und windigere Vorschläge gemacht, wie wir da wieder rauskommen könnten. Wir müssten in Brüssel nur selbstsicher genug auftreten, die dortigen Bürokraten würden dann schon zurückweichen, empfehlen die einen. Die andern meinen, wir sollten einfach abwarten, denn die Freizügigkeit werde ohnehin allerorten in Frage gestellt und wie lange die EU noch existiere, stehe ebenfalls in den Sternen. Gewiss würde die Guillotineklausel nicht aktiviert, wenn wir die Freizügigkeit kündigten, oder wir sollten direkt über deren Aufhebung verhandeln! Bis zur Klärung der institutionellen Fragen wolle uns die EU keine neuen Binnenmarktverträge geben? Ja brauchen wir denn überhaupt welche? Bringt uns der Zugang zum Binnenmarkt wirklich mehr Wohlstand? Schutzklauseln wären unproblematisch, wird gesagt, denn die EU kenne ja selbst solche. Wo wir aber die „schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Probleme“ hernehmen sollten, die Voraussetzung für die Anrufung der Schutzklausel sind, bleibt ungeklärt. Eine andere geniale Idee: Man könnte Schweizer Unternehmen verpflichten, von sich aus den Inländervorrang anzuwenden, Brüssel würde gewiss nichts merken! Oder man sollte die Zuwanderer aus der EU mit einer Sondersteuer belegen. Und so weiter. Nach einigen Wochen lösen sich solche Sprechblasen jeweils in Luft auf.

Nun, zurzeit ist die Zuwanderung aus Europa ohnehin kein grosses Problem mehr. Der Verfassungsartikel ist „entschärft“ und die Masseneinwanderung verliert an Masse. Etwas stiller geworden ist es auch um die Idee, im Windschatten von Frau Theresa May gegen Brüssel zu marschieren. Sicher ist dagegen, dass die EU der Schweiz keine Zugeständnisse machen wird, solange auf der grossen Bühne der Brexit gegeben wird! Und sicher ist auch, dass es die EU nun Ernst meint mit einem institutionellen Rahmenabkommen. Mit der helvetischen Verzögerungstaktik wird man nicht mehr durchkommen.

Wie ist die Schweiz, die sonst für pragmatisches Vorgehen und realistische Einschätzungen bekannt ist, in diese Sackgasse geraten? Ich meine, es liege daran, dass man hierzulande den europäischen Integrationsprozess seit jeher falsch eingeschätzt hat: Man wollte immer nur die wirtschaftliche Seite sehen und verkannte den zutiefst politischen Charakter dieses epochalen Unternehmens.

II. Der Sonderfall?

Die Schweiz ist ohne Zweifel ein Sonderfall, zumindest was ihre heutige Stellung in Europa anbelangt: Weder Mitglied der EU noch des EWR, in guter Gesellschaft mit Kosovo, Weissrussland und dem Vatikan. Fragt man den Historiker, wie es dazu gekommen ist, wird er um eine Antwort nicht verlegen sein – im Gegenteil, er ist mit einem *embarras de richesse* an Gründen konfrontiert.

In der Nachkriegszeit war unsere damalige besondere Situation für die aussenpolitische Abstinenz verantwortlich. Wir gehörten weder zu den Siegern noch zu den Besiegten, waren neutral und bald prosperierte die Wirtschaft, denn wir produzierten, was die andern dringend brauchten. Das Volk war durch die geistige Landesverteidigung national ertüchtigt und mit der Scholle verbunden. Auch wenn wir während des Krieges den Achsenmächten in manchem zu gefallen sein mussten, hielten sich die Erzählungen von der bewaffneten Neutralität und der Souveränität hartnäckig. Den zweifelhaften Ruf wegen verschiedener Geschäfte mit den Nazis während des Kriegs wogen wir mit Geld auf, und bald brauchte man uns auch als stramme Antikommunisten.

Später dann wurde auch in der Schweiz das Zerrbild Brüssels als eines gigantomanischen, bürokratischen, undemokratischen und elitären Molochs gepflegt, der in allem das Gegenteil der kleinteiligen und volksnahen Schweiz sei. Sie, die Schweiz, sei, mit ihrer direkten Demokratie, ihrem Föderalismus und ihrer Konkordanz gar nicht in der Lage, an diesem Grosseuropa teilzunehmen. Dazu dann das Allerweltsargument: Es gehe uns ja auch ausserhalb wirtschaftlich gut! Fussnote: solange wir im Binnenmarkt drin sind!

An jeder dieser und weiterer Begründungen für den Sonderfall ist etwas dran, und zusammen erklären sie hinlänglich, warum es heute einem politischen Selbstmord gleichkommt, von einem Beitritt zur EU auch nur zu reden. Selbst der EWR ist im Giftschanke des Schweigens verschwunden. Und seit kurzem ist auch noch das ungeborene Kind „Institutionelles Abkommen“ toxisch!

Doch die erwähnten Gründe des Abseitsstehens erklären eines ungenügend: Die besondere schweizerische Geisteshaltung gegenüber dem Integrationsprozess, eine gewisse Überheblichkeit, Schizophrenie, Ambivalenz, Inkonsistenz, Naivität und Halbblindheit, eine tiefe Unwilligkeit, sich mit dem Thema grundsätzlich auseinanderzusetzen. Was ich damit meine: Die Schweiz schliesst seit Jahrzehnten mit der EU immer neue bilaterale Abkommen ab. Inzwischen sind es weit über einhundert, davon 25 substanzreich. Schon zwei Monate nach dem EWR-Nein vom 6. Dezember 1992 sandte der Bundesrat eine lange Liste mit seinen Wünschen nach Brüssel. Eigentlich eine Chuzpe sondergleichen, nachdem wegen der Schweiz der

EWR nochmals umgearbeitet und verzögert wurde. Die EU liess sich Zeit. Doch kaum war das erste Abkommenspaket unter Dach und Fach, stellte die Schweiz zusätzliche Begehren. Und seither immer weiter so. Es macht den Anschein, als könne der Bundesrat – oder wer auch immer – gar nicht genug davon bekommen. Längst geht es nicht nur um den Binnenmarkt, es geht auch um den Abbau von Grenzkontrollen, um Flüchtlinge, Europol, Eurojust, Verteidigungsagentur, Aussengrenzkontrollen, aber auch um Kultur, Bildung und Forschung, um Statistik und Umwelt, und gegenwärtig um Chemiesicherheit, Strommarkt und Dienstleistungen.

Das meiste haben wir bekommen. Doch jedes Mal, wenn die EU von der Schweiz etwas verlangt, was für einen neutralen Beobachter ziemlich nachvollziehbar und fair erscheint, hebt hierzulande ein Wehklagen an, Erstaunen und Empörung besetzen die Schlagzeilen: Wie können die nur, wir sind doch gar nicht Mitglied! Ja hat denn niemand bemerkt, dass wir uns mit jedem neuen Abkommen stärker in die Abhängigkeit von Brüssel begeben? Dass wir immer mehr EU-Recht übernehmen, ohne bei dessen Fabrikation dabei zu sein? Der frühere Staatssekretär Rossier hat zu Recht gesagt, es gehe ja nicht nur um fremde Richter, es gehe auch um fremdes Recht. Nun vertritt er die Schweiz in Moskau. Die Schweiz hat inzwischen zu etwa 95 Prozent denselben Binnenmarktacquis wie Norwegen, Island und Liechtenstein. Doch ähnliche Institutionen weisen wir weit von uns – Institutionen, die für das gute Funktionieren des grossen Marktes notwendig sind. Seit 2011 insistiert die EU. Und seither beten wir zu Bruder Klaus, er möge uns vor fremden Richtern schützen!

Ist diese Ambivalenz – immer mehr Integration wollen, aber sich nicht gemeinsamen Regeln unterwerfen, dazugehören, um nicht dazugehören zu müssen – Naivität oder Raffinement, Strategie oder Ausweglosigkeit? Meine These ist, dass die Schweiz nie begriffen hat oder nie begreifen wollte, worum es bei der europäischen Integration geht. Sie sah immer nur die Wirtschaft, fürchtete wirtschaftliche Nachteile, verkannte aber den zutiefst politischen Charakter des Unternehmens. Diese These möchte ich nun mittels einiger Ereignisse aus der 60-jährigen Geschichte der schweizerischen Europapolitik erläutern. Anschliessend werde ich zeigen, wie und warum diese Fehlwahrnehmung den bilateralen Weg in die Sachgasse geführt hat.

III. Das grosse Missverständnis

Was war der Marshallplan? Eine ökonomische Aufbauhilfe der USA, um den Kommunismus in Westeuropa (insb. Griechenland, Italien, Frankreich) zu verhindern. Ökonomie zum politischen Zweck. Was war die Montanunion, die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl? Ein gemeinsamer Markt für Montanprodukte, um die deutsche Rüstungsindustrie auch

nach der Erlangung der Souveränität der Bundesrepublik unter Kontrolle zu halten. Zweck Politik, Mittel Ökonomie. Die Schweiz zeigte sich an der supranationalen, französischplanwirtschaftlich inspirierten Montanunion nicht interessiert. Doch als Importeur von Kohle und Stahl und als Bahntransporteur dieser Güter fürchtete sie Diskriminierungen, schickte 1956 eine diplomatische Delegation nach Luxemburg, installierte dort eine Vertretung und schloss ein Abkommen ab: Der Beginn des Bilateralismus zwecks Minimierung der ökonomischen Nachteile des Abseitsstehens!

1957 folgte die Gründung der EWG, einer umfassenden, supranationalen Wirtschaftsgemeinschaft. Von den Niederländern und Ludwig Erhard als liberales Projekt konzipiert, wurde es unter de Gaulle'schem Einfluss französisiert: Zollunion, gemeinsame Handelspolitik, Gemeinsame Agrarpolitik, Teilung der französischen Dekolonialisierungslasten. Die (deutschen) Ökonomen waren skeptisch, doch Adenauer freundete sich mit de Gaulle an und gab den meisten Forderungen des Generals nach. Er, Adenauer, wollte um jeden Preis die Westintegration der Bundesrepublik. Die Präambel des EWG-Vertrags sagt in ihrem ersten Satz: „In dem festen Willen, die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker (nicht der Volkswirtschaften! DF) zu schaffen.“ Ein politisches Projekt mit der Schubkraft wirtschaftlicher Integration. Das wollte die Schweiz nicht, und Arm in Arm mit dem Vereinigten Königreich versuchte sie, die EWG mittels eines Plans für eine grosse Freihandelszone im Rahmen der damaligen OEEC auszuhebeln. Was bekanntlich misslang.

Es kam dann 1960 zur kleinen Freihandelszone der Sieben, der EFTA (European Free Trade Assoziation), dem Wunschprojekt Hans Schaffners, des Chefs der Handelsabteilung und nachmaliger Bundesrat. Der Tagesanzeiger nannte die EFTA einen „Wartesaal für Verschupfte und Verschnupfte“, ein „Spielzeugrevolver, den man der EWG auf die Brust drückt, in der Hoffnung, sie werde ihn für echt halten“. Der Friede währte jedoch nicht lange, schon ein Jahr später entwickelte das UK Beitrittsgelüste, gefolgt von Irland und Dänemark. Britannien ging es wirtschaftlich schlechter als dem Kontinent, doch es gab auch Druck von Seiten der Amerikaner, die EWG im Kampf gegen den Kommunismus zu stärken. Der Beitritt des UK zur Gemeinschaft wäre der Todesstoss für die EFTA als eines ernsthaften Gegenprojekts zur EWG geworden. Es setzten heftige Aktivitäten ein, die in das Projekt einer Assoziation der Rest-EFTA-Staaten an die EWG mündeten. Bei der Konkretisierung zeigten sich jedoch schon damals dieselben materiellen und institutionellen Probleme wie Jahrzehnte später beim EWR. Der Schweiz wurde angst und bange, und als dann de Gaulle die Übung abbrach – er wollte die Angelsachsen nicht auf dem Kontinent – war man hierzulande erleichtert. Und erst recht erleichtert zehn Jahre später, als das Freihandelsabkommen Schweiz – EWG unterzeichnet wurde: Keine Rechtsharmonisierung, keine institutionellen Probleme, kein Multilateralismus – Frieden für unsere Zeit! Nun kehrte Ruhe ein. Die Schweiz hatte, was sie wollte, und der EWG ging es schlecht: Aufhebung des Dollar-Gold-Standards, Jom-Kippur-Krieg,

Erdölkrise, Wirtschaftskrise. Die Schweiz war davon ebenfalls stark betroffen, doch die Rückwanderung der Gastarbeiter dämpfte die Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt.

Das Freihandelsabkommen von 1972 klammerte die Dienstleistungen weitgehend aus, doch die Versicherungswirtschaft wünschte einen besseren Zugang zum grossen Markt. Man begann 1973 zu verhandeln, doch erst 1989 wurde das Abkommen unterzeichnet. Für Franz Blankart, den damaligen Chefunterhändler, war dies das Trainingslager für die EWR-Verhandlungen, denn schon hier, bei diesem Partialabkommen, stellten sich das schien unlösbare Problem – das Trilemma – der Rechtsübernahme. Wir kommen darauf zurück.

Es folgte das Drama des EWR. Die raschen Fortschritte bei der Verwirklichung des EG-Binnenmarktes Ende der achtziger Jahre stellte die EFTA-Staaten vor eine neue Herausforderung. Einige erwogen den Beitritt, und um diese Gelüste abzuwehren, entwarf Delors das Projekt eines Europäischen Wirtschaftsraumes, einer Öffnung des Binnenmarktes für EFTA-Staaten. (Delors wollte zuerst den Binnenmarkt vollenden und die Währungsunion aufgleisen.) Die Schweiz war an einer solchen Assoziation nicht sehr interessiert, da sie die institutionellen Probleme kommen sah. Doch sie wurde vom Malstrom mitgerissen. Man kam 1990/91 mit den EWR-Verhandlungen materiell gut voran, die EG zeigte sich flexibel: keine Zollunion, keine Agrarpolitik, keine Währungspolitik, doch den ganzen Binnenmarkt inklusive Freizügigkeit. Um die Institutionen wurde hart gerungen. Die EG war nicht bereit, den EFTA-Ländern Einfluss auf ihre Entscheidungsprozesse zu gewähren, beharrte aber auf dynamischer Rechtsübernahme und richterlicher Überprüfung. Dies stellte die Souveränität der EFTA-Länder in Frage. Die Schweiz leistete zähen Widerstand. Doch als dann ein EFTA-Staat nach dem andern auf Beitritt umschwenkte, schwand der Einfluss der Schweiz. Es entstand schlussendlich das Zwei-Pfeiler-System mit EWR-EFTA Überwachungsbehörde und -gericht.

Nun beschloss auch der Schweizerische Bundesrat, den Beitritt anzupeilen. Man hatte bisher den EWR als Alternative zum Beitritt angepriesen, und nun wurde er zum Ogi'schen „Trainingslager“ für einen Beitritt. Dieser Strategiewechsel vollzog die Regierung ohne eine vorherige breite Diskussion und Konsultation. Auch die Wirtschaft war überrumpelt und entzog dem EWR teilweise ihre Unterstützung. Es kam, wie es kommen musste: Volk und Stände sagten am 6. Dezember 1992 „Nein“ zum EWR. Delamurazs „schwarzer Tag“. Der damalige vier-zu-drei-Entscheid des Bundesrates für die Beitrittsstrategie ist wohl der grösste strategische Fehler der Regierung seit dem Zweiten Weltkrieg. Norwegen dagegen vertagte die Beitrittsdiskussion auf die Zeit nach der EWR-Abstimmung. Der Beitritt scheiterte, doch man hatte den EWR-Spatz in der Hand.

Guter Rat war nun teuer, denn wegen des EWR und den EU-Beitritten von Österreich, Schweden und Finnland verschlechterte sich die Position der Schweiz gegenüber Vor-EWR-Zeiten zusätzlich. Doch der Bundesrat wusste Rat: Bilateralen Marktzugang dort, wo es der Schweiz passte. Also stellte man 15 Verhandlungsbegehren, die Freizügigkeit war natürlich nicht dabei. Nach langwierigen Verhandlungen kam dann das Sechserpaket zustande, welches die wesentlichen Anliegen der Schweiz enthielt, allerdings auch die Freizügigkeit – und die Guillotineklausele. Damit will die EU verhindern, dass die Schweiz irgendwann die Freizügigkeit aufkündigt, aber auch signalisieren, dass der Binnenmarkt ein Gesamtsystem ist, aus dem man nicht das herauspicken kann, was einem passt.

In Maastricht beschloss die EU die Währungsunion. Die Ökonomen waren mehrheitlich dagegen, denn sie erachteten eine einheitliche Währung über einem uneinheitlichen Wirtschaftsraum ohne starken Staat als gefährlich. Doch Bundeskanzler Kohl entschied sich für die Währungsunion. Der Hauptgrund: Die deutsche Wiedervereinigung hatte in Frankreich und Grossbritannien Skepsis ausgelöst. Andererseits war Frankreich daran interessiert, die Dominanz der D-Mark loszuwerden. Kohl war das Einvernehmen mit Paris wichtiger als die währungspolitische Unabhängigkeit Deutschlands. Dass eine Währungsunion unter diesen Voraussetzungen weitreichende Folgen haben würde – zum Beispiel eigene EU-Finanzen und eine Art von Finanzausgleich zwischen den Staaten – verkannte man nicht, aber man war gegebenenfalls bereit, diese in Kauf zu nehmen und später abzarbeiten. Heute, unter Macron'schem Einfluss und nach Schäubles Abgang als Finanzminister wird es diesbezüglich wohl nun vorangehen.

Zurück zur Schweiz: Wie Sie wissen, hat es der Bundesrat beim ersten Pakete solcher Abkommen nicht bewenden lassen, sondern in der Folge immer weitere Begehren an die EU gerichtet, welche sich mit ihren Gegenforderungen schadlos hielt. Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang das Schengen/Dublin Abkommen von 2004. Die Schweiz war anfänglich nur am Schengener Informationssystem interessiert, doch die EU verlangte eine vollständige und dynamische Teilnahme zu ziemlich strengen Bedingungen: Falls die Schweiz neues Recht nicht übernimmt, oder falls Streitigkeiten über die Auslegung nicht ausgeräumt werden können, oder falls der EuGH und Schweizer Gerichte sich bei der Auslegung nicht einigen können, fällt das Vertragswerk dahin. Das Volk hat ihm 2005 zugestimmt. Wer sich ob der gegenwärtigen institutionellen Forderungen der EU erstaunt und empört zeigt, hat offenbar „Schengen“ nicht gelesen!

Zum Schluss noch drei weitere Müsterchen zur eigenartig ambivalenten Haltung der Schweiz. Die EU leistet massive Hilfe an ihre wirtschaftlich weniger entwickelten Mitglieder. Und das EWR-Abkommen hat einen Kohäsionsfonds eingerichtet, in den Norwegen, Liechtenstein und Island zugunsten östlicher und südlicher Länder einzahlen. 2004 trat die EU an die

Schweiz heran und verlangte ebenfalls Beiträge, da sie, die Schweiz, ja materiell inzwischen den EWR-Staaten etwa gleichgestellt sei. Es kam, nach zähen Ringen, zur „Kohäsionsmilliarde“ für zehn Jahre, die von der Schweiz selbst verwaltet wird. Sie zahlt allerdings weit weniger als etwa Norwegen. Gegenwärtig verlangt die EU eine Fortsetzung dieser Hilfen. Der Bundesrat ist dazu grundsätzlich bereit, verlangt aber im Gegenzug einiges Entgegenkommen der EU bei den anstehenden Dossiers. Doch die EU gibt sich eher barsch, und die Schweiz spielt beleidigte Leberwurst!

Als die EU begann, einige schweizerische Unternehmenssteuerregeln zu kritisieren, und dies mit dem Freihandelsabkommen begründete, regte man sich in der Schweiz auf, denn der Wettbewerbsartikel 23 jenes Abkommens sei damals nicht so gemeint gewesen, es wäre nur um staatliche Beihilfen gegangen. Die EU antwortete, inzwischen hätte sich eben das Wettbewerbsrecht weiterentwickelt und schliesse nun Steuervergünstigungen ein. Die Schweiz erwiderte, es habe sich um ein klassisches statisches Abkommen gehandelt, es gelte also der damalige Rechtsbestand. Die EU antwortete, die Schweiz habe sich inzwischen selbst in den dynamischen Integrationsprozess eingeklinkt. Bern gab nach und kaut seither am harten Brocken der Unternehmenssteuerreform. Vor einem Jahr hat das Volk einen ersten, sehr komplizierten und eigenartig verschachtelten Vorschlag abgelehnt. Und nun ist guter Rat noch teurer.

Ein weiteres Missverständnis: Nach dem Beitritt Kroatiens zur EU im Jahr 2013 wurde die Freizügigkeit mit der Schweiz wie üblich mittels eines Zusatzprotokolls geregelt. Doch wegen der Masseneinwanderungsinitiative kam es zu Verzögerungen bei der Inkraftsetzung. Die EU stoppte daraufhin die Verhandlungen um die Weiterführung der Forschungszusammenarbeit. Wieder war man hierzulande aufgebracht: diese beiden Abkommen hätten doch nichts miteinander zu tun! Doch, doch, sagte Brüssel, denn bei der Forschungszusammenarbeit gehe es eben auch um Personenfreizügigkeit!

Fazit: Anfänglich waren bilaterale Abkommen ein vernünftiger Weg für die Schweiz, einige Dinge mit der EU zu regeln. Doch als solche Verträge dann massenhaft eingesetzt wurden und immer grössere Bereiche des Rechtsbestandes der EU beschlugen, kam es zu einem Umschlag von Quantität in Qualität. Die Schweiz deutete dieses Konvolut von Einzelabkommen zum „bilateralen Weg“, ja zum Königsweg um. Die EU machte lange Zeit mit, denn sie glaubte dem Bundesrat, der über Jahre hinweg behauptet hatte, sein strategisches Ziel sei der Beitritt. Irgendwann merkte man dann in Brüssel, dass es sich dabei nur um eine Luftspiegelung gehandelt hatte, und verlangte nun, logischerweise, ähnliche Institutionen wie die des EWR.

Die Schweiz konnte auf der andern Seite ihre bilateralen Tagträume nur aufrecht erhalten, indem sie alles tat, um zu verhindern, dass das Volk merkte, in welchem Masse wir uns der EU anpassten, wie viele Gesetzes- und Verordnungsänderungen auf die Weiterentwicklung des Binnenmarktacquis zurückgingen. Dass sich das Bundesgericht bei seinen Urteilen eng an die Rechtsprechung des EuGH anlehnt, wird auch nicht an die grosse Glocke gehängt. So konnte man den Souveränitätsmythos weiter pflegen.

IV. Wo lässt uns das?

Zurück zu meiner These. Die Schweiz stecke unter anderem deshalb in der europapolitischen Sackgasse, weil sie den politischen Wesenskern des Integrationsprozesses nie begriffen hat oder begreifen wollte. Sie versuchte, den Binnenmarkt vom Gesamtprojekt zu isolieren, und wollte Zugang nur da, wo es ihr nützlich erschien – und dies mittels bilateraler, statischer Abkommen. Doch dabei hat sie die Rechnung ohne den Wirt gemacht. Um das zu verstehen, ist es zuerst notwendig, den „politischen Wesenskern“ der europäischen Integration genauer zu bestimmen.

Dieses politische System ist ein Kaleidoskop mit vielen farbigen Teilen, das nach jeder Drehung ein neues Bild zeigt. Churchill sprach 1946 von den „Vereinigten Staaten von Europa“. Und irgendwie sind diese Staaten ja nun vereinigt. Immer wieder wurde und wird das „Friedensprojekt“ beschworen. Welcher Friede genau? Eine „immer engere Union der Völker Europas“ soll es werden, sagen mehrfach die Verträge. Dazu trägt die teleologische, integrationsfreundliche Auslegung des Rechts durch den EuGH bei. Oder schauen wir auf das unablässige Weiterschreiten der Integration, das Fahrrad, welches angeblich umfällt, sobald es nicht mehr fährt. Die eine gemeinsame Regelung zieht die nächste nach sich, man spricht von Spill-overs. Mal werden dazu die Verträge geändert, mal agiert man am Rande oder ausserhalb der Verträge. Erstaunlich die Breite, wenn auch nicht immer die Tiefe der beschlagenen Politikbereiche – die Verträge nennen deren dreissig. Wichtig auch die Niederlassungsfreiheit und die Unionsbürgerschaft, der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Neuerdings die gemeinsamen Aussengrenzkontrollen, die Bemühungen um eine Verteidigungsunion. Oder die gemeinsame Währung – wenn auch (noch) nicht für alle. Die Gesetzgebung erfolgt weitgehend mit qualifizierter Mehrheit. Es gilt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts selbst vor nationalen Verfassungen. In kleineren und grösseren Schritten ist das System parlamentarisiert worden. Die Einhaltung der Gesetze wird von der Kommission kontrolliert und die Nichteinhaltung sanktioniert. Gegen Staaten, welche Grundwerte verletzen, wird eingeschritten. Und nicht zuletzt: In mehreren Runden ist die Union von sechs auf 28 Mitglieder gewachsen.

Welches Gesamtbild gibt das? Man frage einmal ein Kaleidoskop nach seinem Wesenskern! Die Verträge schweigen sich darüber aus. Sie sagen nicht etwa, das Ziel sei ein europäischer Bundesstaat, sie setzen der Integration aber auch keine Schranken. Doch wenn man das alles zusammennimmt, dann hat diese Union weit mehr von einem Staat als etwa die alte Eidgenossenschaft. Wer will, kann das einen werdenden Bundesstaat nennen, denn Bundesstaaten sind sehr unterschiedlich verfasst – Belgien ist nicht die Schweiz, und die USA sind nicht die Russländische Föderation. Jedenfalls schreitet der Integrationsprozess weiter, keine wesentliche Kompetenz ist bisher je zurückgefahren worden. Subsidiarität ist in aller Munde, doch weiss niemand so recht, was sie praktisch bedeutet. Die „fourmillière bruxelloise“ trägt emsig neues Material zusammen. Kein Staat ist bisher ausgetreten, obwohl die Verträge dies explizit als Möglichkeit vorsehen. Das Vereinigte Königreich? Nach Churchill hätten diese Inseln gar nie dazugehören sollen. Und nun führt der Brexit möglicherweise dazu, dass der Kontinent näher zusammenrückt. De Gaulle hätte es gemocht! Und was ist mit den Krisen der Integration? Etwa die durch de Gaulle ausgelöste Krise des leeren Stuhls in den 60er Jahren. Oder dann in den 70er Jahren, als die Motoren der Integration jahrelang still standen. Oder die heutige Krise, zusammengesetzt aus Finanzproblemen, Nationalismus und Flüchtlingen. Krisen gehören zu jedem komplexen und dynamischen System, zu jeder Evolution. Pubertät, Midlifecrisis, Sklerose? Kann die EU auseinanderfallen, untergehen? Selbstverständlich, wie jedes tausendjährige Reich. Doch die gegenwärtigen Probleme greifen noch nicht an die Fundamente dieses neuartigen, doch durch seine sechzigjährige Geschichte irgendwie gefestigten Systems.

Und wie führt nun der argumentative Weg zur Schweiz zurück? Via zwei zentrale Eigenschaften der Union. Die eine ist die **Personenfreizügigkeit**. Wie uns „das Blatt“ von der Falckenstrasse immer wieder belehrt, ist diese für die ökonomische Integration nicht unbedingt nötig – das Kapital könne ja wandern. Man erkläre dies mal einem jungen, arbeitslosen Sizilianer! Die Freizügigkeit wurde schon im Römervertrag 1957 unmissverständlich formuliert: „Spätestens bis zum Ende der Übergangszeit (1970 DF) wird innerhalb der Gemeinschaft die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hergestellt. Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.“ Das war mutig, zwölf Jahre nach Kriegsende. Und es war nicht nur eine hehre Absichtserklärung, die Verträge legten detailliert fest, wie dies zu geschehen habe – und es geschah, auch wenn manches etwas länger dauerte. Die Parallele zur Niederlassungsfreiheit, wie sie die schweizerische Bundesverfassung 1848 vorsah, ist offensichtlich: Die ökonomischen Vorteile zum einen, die Förderung der Zusammengehörigkeit zum andern. Sollten die alten und neuen Orte je zu einem Staat zusammenwachsen, sollten gleichsam aus Schwyzern Schweizer werden, war die Niederlassungsfreiheit eine notwendige, wenn auch keine hinreichende Bedingung. Den Rest kann man im „Fähnlein der sieben Aufrechten“ nachlesen! Und nun ebenso für das Zusam-

menwachsen der europäischen Nationalstaaten. Damit dieses Gebilde demokratisch werden kann, bedarf es eines europäischen Demos, einer europäischen Bürgerschaft, eines europäischen Bewusstseins. Dazu reichen sechzig Jahre nicht, aber auch hier ist die Freizügigkeit eine notwendige, wenn auch keine hinreichende Bedingung.

Zwar leben auch heute noch nur etwa drei Prozent der Unionsbürger auf Dauer in einem andern Unionsland, doch grenzüberschreitende Dienstleistungen, Transporte, Massentourismus und Städtewochenende, Städtepartnerschaften, Beamten- und Politikertreffen, Konferenzen und Kongresse, die Zusammenarbeit der Wissenschaftler und der Nichtregierungsorganisationen sowie die geförderte und nichtgeförderte Mobilität der jungen Leute erzeugen langsam, langsam so etwas wie Europäerinnen und Europäer. Die 18–24jährigen Engländer haben zu 73 Prozent gegen den Brexit gestimmt!

Die Freizügigkeit ist also nicht irgendein sekundäres und damit leicht wieder aufhebbares Recht in der Europäischen Union: Es ist eine der wichtigsten Grundlage des ganzen Integrationsprojekts. Und sie steht, klar und deutlich, in den Verträgen, kann also nur durch Zustimmung aller 28 Mitgliedstaaten daraus entfernt oder abgeändert werden. Sowohl die Schweiz als auch das Vereinigte Königreich haben bisher auf Granit gebissen, wenn sie daran rütteln wollten. Und daran wird sich auch künftig nichts ändern. Die „Begrenzungsinitiative“ macht einmal mehr deutlich, wie genau die SVP den Nerv zu treffen weiss!

Der zweite wichtige politische Aspekt sind die **EU-Institutionen**. Diese supranationalen Einrichtungen und Behörden, allen voran die Kommission und der Gerichtshof, dann der Rat und das Parlament als Ko-Legislatoren, begründen ein ausgebautes, entwicklungsfähiges politisches System. Materiell ist der innerste, festeste Bereich immer noch der Binnenmarkt, der supranational nach der Gemeinschaftsmethode arbeitet und, trotz aller Krisen, ziemlich gut funktioniert. Die vier Freiheiten sind das eine. Der Binnenmarkt aber konnte erst entstehen, als die Gemeinschaft mit der Einheitlichen Europäischen Akte die Kompetenz erhielt, tausende von nichttarifären Regeln und Normen einander anzunähern und der Gerichtshof begann, die gegenseitige Anerkennung durchzusetzen. Auch das ist ein äußerst mühsamer Prozess, aber er ist schon weit gediehen, und er geht immer fort. Die Gemeinschaft ist zuallererst eine Rechtsgemeinschaft, dazu bedarf es der Institutionen: Die Staaten müssen übernehmen und umsetzen, dies muss überwacht werden, und es bedarf der Rechtsprechung, damit die Auslegung einheitlich ist und die Akteure zu ihrem Recht kommen. Die Supranationalität ist also die *conditio sine qua non* für die europäische Integration. Wer am Binnenmarkt partizipieren will und dies nicht einsieht, ist mit Blindheit geschlagen.

Die Wirtschaft fordert um jeden Preis ein Verbleiben im Binnenmarkt. Doch die *classe politique* glaubt nicht, die Bevölkerung für supranationale Institutionen gewinnen zu können. Und

das ist auch nicht erstaunlich, denn über Jahrzehnte hinweg hat man der SVP die Lufthoheit über der Europadebatte überlassen. Das dadurch etablierte Zerrbild der Europäischen Union nun wieder zu korrigieren, wird jahrelanger Aufklärungsarbeit bedürfen – und dazu sind unsere Politiker und Politikerinnen offensichtlich nicht bereit oder in der Lage. Das ist der Grund dafür, dass seit Jahren immer schlauere, luftigere und windigere Vorschläge gemacht, wie wir aus dieser Sackgasse hinauskommen könnten. Gegenwärtig hat diese Diskussion einen neuen Höhepunkt erreicht: Bundesräte und Parteichefs streiten darüber, ob man die Verhandlungen zum Rahmenabkommen eher beschleunigen oder eher verzögern sollte! Doch die Schweiz hat keine Wahl: Entweder sie akzeptiert eine supranationale Überwachung oder sie scheidet aus dem Binnenmarkt aus. Oder noch kürzer: Wohlstands- oder Souveränitätsverlust, die Quadratur des Kreises. Schon 1882 hat Ferdinand von Lindemann bewiesen, dass man mit Zirkel und Lineal aus einem Kreis kein flächengleiches Quadrat konstruieren kann – weil Pi keine rationale, sondern eine transzendente Zahl ist. Doch unsere Politiker bemühen sich weiterhin, von Lindemann zu widerlegen!

Literatur

- Boillet, Véronique*: La notion de travailleur au sens de l'ALCP et la révocation des autorisations de séjour avec activité lucrative, in: *Actualité du droit des étrangers*, vol. I [M. Dang/R. Petry (Hrsg.)], Neuenburg 2014, S. 11-22.
- Borghi Alvaro*: La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Genf/Lugano/Brüssel 2010.
- Carlier, Jean-Yves*: La condition des personnes dans l'Union européenne, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Brüssel 2007.
- Chatton, Gregor T.*: Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Diss. Genf, Genf/Zürich/Basel/Paris 2013.
- Cottier, Thomas et al.*: Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014.
- Delli, Chantal*: Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Diss. Basel, Basel 2009.
- Dietrich, Marcel*: Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union, unter Berücksichtigung des schweizerischen Ausländerrechts, Zürich 1995.
- Düsterhaus, Dominik*: *Timeo Danones et dona petentes*: European Court of Justice (Grand Chamber), Judgment of 11 November 2014, Case C-333/13, *Elisabeta and Florin Dano v Jobcenter Leipzig*, in: *European Constitutional Law Review* 2015, S. 121-139.
- Epiney Astrid*: Freizügigkeit Schweiz-EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016* [A. Achermann et al. (Hrsg.)], Bern 2016, S. 3-42.
- Epiney, Astrid/Blaser, Gaëtan*: L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques – Un aperçu, in: *Personnenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen* [A. Epiney/T. Gordzielik (Hrsg.)], Zürich 2015, S. 37-54.
- Epiney, Astrid/Blaser, Gaëtan*: ad art. 4 ALCP, in: *Code annoté de droit des migrations* [C. Amarelle/M. S. Nguyen (Hrsg.)], vol. III, Bern 2014 (zit. *Epiney/Blaser*, ad art. 4 ALCP Rz. [...]).
- Frick, Claudia/Gafner, Magalie/Regamey, Caroline*: La libre circulation à l'épreuve de l'aide sociale, in: *Plaidoyer Nr. 6*, Lausanne 2014, S. 38-43.
- Gamma, Serge*: Les migrations aux fins d'emploi: aperçu de la réglementation en vigueur en Suisse, in: *Migrations et économie* [C. Amarelle et al. (Hrsg.)], Bern 2010, S. 51-65.

- Garrone, Pierre*: La libre circulation des personnes en droit communautaire: effets potentiels en droit suisse, in: Der freie Personenverkehr mit der EU: Chance oder Handicap für die Schweiz? [J. F. Mogg et al. (Hrsg.)], Bern/Zürich 1996, S. 89-105.
- Gastaldi, Silvia*: L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen [A. Epiney/T. Gordzielik (Hrsg.)], Zürich 2015, S. 121-156.
- Grossen, Dieter W./de Palézieux, Claire*: Abkommen über die Freizügigkeit, in: Bilaterale Verträge Schweiz-EG [D. Thürer/R. H. Weber/R. Zäch (Hrsg.)], Zürich 2002, S. 87-137.
- Iliopoulou-Penot, Anastasia*: Les catégories des travailleurs et des citoyens, in: Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne [B. Bertrand (Hrsg.)], Brüssel 2016, S. 235-248.
- Jungmann, Lambert*: Die Freizügigkeit von Arbeitnehmern aus EG-Staaten in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Mainz 1984.
- Kälin, Walter*: Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG [Th. Cottier/M. Oesch (Hrsg.)], Bern 2002, S. 11-37.
- Kingreen, Thorsten*: In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, in: NVwZ 2015, S. 1503-1506.
- Leyvraz, Didier/Nguyen, Minh Son* (Hrsg.), Actualité du droit des étrangers (numéro spécial) – La libre circulation des personnes à la lumière de quinze ans de jurisprudence, Neuenburg 2017.
- Maiani, Francesco/Bieber, Roland*: Précis de droit européen, 3. A., Bern 2016.
- Merz, Laurent*: Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal (RDAF), Lausanne 2009, S. 248-306.
- Nguyen, Minh Son*: Le travailleur, l'indépendant, le prestataire de services et le travailleur détaché en droit suisse des migrations économiques, in: Migrations et économie [C. Amarelle et al. (Hrsg.)], Bern 2010, S. 67-124.
- O'brien, Charlotte*: Civis capitalist sum: Class as the new guiding principle of EU free movement rights, in: CMLR 2016, S. 937-977.
- Oesch, Matthias*: Quand Bruxelles et Luxembourg priment sur Lausanne et Berne, in: Plaidoyer Nr. 6, Lausanne 2011, S. 36-41.
- Pirker, Benedikt*: Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft im Freizügigkeitsabkommen, in: Aktuelle juristische Praxis (AJP), Lachen 2014, S. 1217-1225.

- Schlachter, Monika*: Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union – Wer ist Träger dieses Rechts?, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) Nr. 4, Berlin 2011, S. 156-163.
- Schnell, Christina*: Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010.
- Seel, Henning-Alexander*: Selbstständig oder doch Arbeitnehmer? – Eine Analyse der sozial- und steuerrechtlichen Behandlung von Beschäftigten, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) Nr. 14, München 2011, S. 532-535.
- Thym, Daniel*: When Union Citizens Turn into Illegal Migrants: The Dano Case, in: ELR 2015, S. 249-262.
- Veuve, Daniel*: Les mesures d’accompagnement liées à l’extension de l’Accord sur la libre circulation des personnes, in: Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU [Ch. Kaddous/M. Jametti Greiner (Hrsg.)], Genf/Basel/München/Brüssel/Paris 2006.
- Wallrabenstein, Astrid*: Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, in: JZ 2016, S. 109-120.
- Wüger, Daniel*: Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2005.
- Zünd, Andreas*: The Implementation of the Free Movement of Persons Agreement between Switzerland and the EU, in: The European Law Reporter (ELR), St. Gallen 2013, Nr. 1, S. 23-28.
- Zünd, Andreas/Hugi Yar, Thomas*: Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen [A. Epiney/T. Gordzielik (Hrsg.)], Zürich 2015, S. 157-212.

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.a.St.	an anderer Stelle
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 47–390)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Schweizer Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
C	Communications
CHF	Schweizer Franken
CMLR	Common Market Law Review
d.h.	das heisst
D.I.A.P.	Diplôme International d'Administration Publique
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
EEA	European Economic Area
EG	Europäische Gemeinschaft
ELR	European Law Review
ENA	École nationale d'administration (France)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	folgende
Fn.	Fussnote(n)
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681)

Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
JZ	JuristenZeitung
lit(t).	litera(e)
Nr.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Prof.	Professor
Rn.	Randnummer(n)
Rz.	Randziffer(n)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Schweizer Bundesrechts
u.	und
UAbs.	Unterabsatz
u. a.	und andere
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

Cahiers fribourgeois de droit européen

Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 21 Samantha Besson / Odile Ammann
La pratique suisse relative à la détermination du droit international coutumier
- 22 Dieter Freiburghaus
Sieben Episteln über die Freizügigkeit: Vortrag anlässlich der Diplomverteilung des Weiterbildungsstudiengangs Migrationsrecht an der Universität Bern am 25. November 2016
- 23 Vlad Constantinesco / Jean-Paul Jacqué / Beate Kohler-Koch / Siegfried Magiera
Die Verfassung der Europäischen Union: status quo und Perspektiven
Festgabe zu Ehren von Prof. Roland Bieber
Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur/Francesco Maiani (Hrsg.)
- 24 Gregor T. Chatton / Thomas von Danwitz / Dieter Freiburghaus
Migrationsrecht in der Europäischen Union und im Verhältnis Schweiz – EU
Alberto Achermann/Astrid Epiney/Raffael Gnädinger (Hrsg.)

Am 31. August und 1. September 2017 fanden in Bern die 13. Migrationsrechtstage unter der Federführung von Prof. Alberto Achermann statt. Am Vorabend der Tagung hielt Prof. Thomas von Danwitz, Kammerpräsident am Gerichtshof der Europäischen Union, ein Referat zu den jüngeren Entwicklungen der Rechtsprechung des EuGH im Migrationsrecht. An der Tagung selbst erörterte Dr. Gregor T. Chatton die vielfältigen Facetten des Begriffs des Arbeitnehmers, ein unionsrechtlicher Begriff, welcher aber auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU relevant und massgeblich ist. In Ergänzung zu den im Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017 veröffentlichten Beiträgen werden die schriftlichen Fassungen dieser beiden Beiträge in diesem Band veröffentlicht. Abgerundet wird der Band mit einer von Prof. Dieter Freiburghaus verfassten Standortbestimmung der Beziehungen Schweiz – EU.

Autoren und Herausgeber:

Alberto Achermann, Prof. Dr., Institut für öffentliches Recht, Universität Bern.

Gregor T. Chatton, Dr. iur., Richter am Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen, Lehrbeauftragter an der Universität Lausanne.

Thomas von Danwitz, Prof. Dr. Dr. h.c., D.I.A.P (ENA, Paris), Kammerpräsident am Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg.

Astrid Epiney, Rektorin, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.

Dieter Freiburghaus, Prof. Dr., Professor emeritus, Institut de Hautes Etudes en Administration Publique, Université de Lausanne.

Raffael Gnädinger, MLaw, Unterassistent am Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue.