

**Basler Studien
zur Rechtswissenschaft**

Reihe B Öffentliches Recht

Band 94

Florian Fuhrmann

**Konzeption des Hoheitlichkeits-
begriffs unter besonderer
Berücksichtigung der Bedeutung
im Freizügigkeitsrecht**

Helbing Lichtenhahn

Basler Studien
zur Rechtswissenschaft

Florian Fuhrmann

Konzeption des Hoheitlichkeitsbegriffs unter besonderer
Berücksichtigung der Bedeutung im Freizügigkeitsrecht

Basler Studien zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben von

Urs Behnisch, Stephan Breitenmoser, Roland Fankhauser,
Bijan Fateh-Moghadam, Sabine Gless, Felix Hafner,
Lukas Handschin, Peter Jung, Kurt Pärli, Mark Pieth,
Markus Schefer, Ulrich G. Schroeter, Thomas Sutter-Somm,
Daniela Thurnherr, Christa Tobler, Corinne Widmer Lüchinger,
Wolfgang Wohlers, Herbert Zech

Reihe B: Öffentliches Recht

Band 94

Florian Fuhrmann

Konzeption des Hoheitlichkeits-
begriffs unter besonderer
Berücksichtigung der Bedeutung
im Freizügigkeitsrecht

Helbing Lichtenhahn

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

DOI: https://doi.org/10.3256/HELBING_LICHTENHAHN/978-3-7190-4343-2



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Nicht kommerziell -
Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4343-2 (gedruckte Ausgabe)

2022 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Dank

Zum Gelingen dieser Dissertation haben eine Vielzahl von Personen beigetragen, denen ich an dieser Stelle danken möchte.

Ein besonderer Dank gilt zuallererst Prof. Dr. Daniela Thurnherr, LL.M., für die spannende und lehrreiche Assistenzzeit an ihrem Lehrstuhl sowie ihre darüberhinausgehende, stete und vielseitige Unterstützung und Förderung. Prof. Dr. Andreas Stöckli danke ich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens und speziell dafür, dass er in mir – noch während meines Masterstudiums – das Interesse für das Thema der vorliegenden Arbeit geweckt hat. Prof. Dr. Nicolas Diebold, LL.M., danke ich für seine Bereitschaft, als externer Experte die Arbeit zu bewerten.

Die Ausarbeitung und Drucklegung der Arbeit erfuhr von verschiedener Seite finanzielle Unterstützung, für die ich äusserst dankbar bin: Der Werenfels-Fonds der Freiwilligen Akademischen Gesellschaft Basel und die Stiftung zur Förderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Forschung an der Universität Basel haben mir im Anschluss an die Anwaltsprüfung ein fünfmonatiges Forschungssemester ermöglicht. Der Schweizerische Nationalfonds und die Basler Studienstiftung haben sodann grosszügige Beiträge an die Publikations- und Druckkosten geleistet.

Herzlicher Dank gebührt meiner Familie. Meine Eltern, Karin Immler und Dr. Markus Schülin, haben mir meine Ausbildung erst ermöglicht und ich kann mir ihrer Unterstützung in allen Lebenslagen sicher sein. Meinem Vater bin ich besonders dankbar für die kritische Durchsicht des Manuskripts unter gewohnt hohem Zeitdruck. Der grösste Dank geht schliesslich an Lucia Chen, M.A., für ihre vorbehaltlose Unterstützung während der gesamten Ausarbeitungszeit, ihre unermessliche Geduld und nicht zuletzt auch ihre wertvolle Hilfe beim Lektorat.

Diese Arbeit wurde im Sommer 2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten mehrheitlich bis Mai 2021 berücksichtigt werden. Nach diesem Zeitpunkt wurden nur noch vereinzelt Änderungen und Aktualisierungen vorgenommen.

Basel, im Mai 2022

Florian Fuhrmann

Inhaltsübersicht

Dank	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	LI
Einleitung	1
Erster Teil Konzeption und Bedeutungsebenen von Hoheitlichkeit	5
§ 1 Konzeptionelle Annäherung	7
A. Ausgangslage und Methodik	7
B. Begriffliche Sinnvariationen	9
C. Begriffsgeschichtliche Herleitung	10
D. Funktion im modernen Staatsverständnis	14
E. Fazit und Zusammenfassung	18
§ 2 Begriffsverwendung in der aktuellen schweizerischen juristischen Praxis	21
A. Vorbemerkungen und Methodik	21
B. Anknüpfungspunkte im öffentlichen Recht	22
C. Anknüpfungspunkte im Strafrecht	33
D. Anknüpfungspunkte im Privatrecht	36
E. Fazit und Zusammenfassung	38

§ 3	Abgrenzungskriterien und Begriffsfüllung	41
A.	Hoheitlichkeit als enger Kernbereich staatlichen Handelns	41
B.	Abgrenzungskriterien	42
C.	Begriffsabgrenzung und Kategorisierung staatlichen Handelns	44
D.	Fazit und Zusammenfassung	45
Zweiter Teil		
	Hoheitliche Tätigkeiten im Mehrebenensystem des Freizügigkeitsrechts	47
§ 4	Rechtliche Relevanz des Hoheitlichkeitsbegriffs im Freizügigkeitsrecht	49
A.	Vorbemerkungen	49
B.	Überblick über das Freizügigkeitsrecht	50
C.	Ebenen des Freizügigkeitsrechts	54
D.	Bereichsausnahmen für hoheitliche Tätigkeiten	59
E.	Fazit	60
§ 5	Hoheitliche Tätigkeiten im multilateralen Freizügigkeitsrecht	61
A.	Grundzüge des GATS	61
B.	Bereichsausnahme für «hoheitliche» Dienstleistungserbringung	69
C.	Fazit und Zusammenfassung	94
§ 6	Hoheitliche Tätigkeiten im unionalen Freizügigkeitsrecht	97
A.	Wesen der EU	98
B.	Auslegung des Unionsrechts	102
C.	Grundlagen des unionalen Freizügigkeitsrechts	104
D.	Bereichsausnahmen für «hoheitliche» Tätigkeiten	111
E.	Fazit und Zusammenfassung	175
§ 7	Hoheitliche Tätigkeiten im bilateralen Freizügigkeitsrecht	177
A.	Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU	177
B.	Weitere bilaterale Abkommen der Schweiz mit Freizügigkeitsregelungen	214
C.	Fazit und Zusammenfassung	217

§ 8	Hoheitliche Tätigkeiten im nationalen Freizügigkeitsrecht	219
A.	Wirtschaftsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	220
B.	Binnenmarktgesetz	228
C.	Fazit und Zusammenfassung	262
§ 9	Zusammenfassung und Gegenüberstellung der Begriffsverständnisse	265
A.	Hoheitlichkeit als Kerngehalt der Bereichsausnahmen des Freizügigkeitsrechts	265
B.	Hoheitlichkeitsbegriff auf multilateraler Freizügigkeitsebene	265
C.	Hoheitlichkeitsbegriff auf unionaler Freizügigkeitsebene	267
D.	Hoheitlichkeitsbegriff auf bilateraler Freizügigkeitsebene	267
E.	Hoheitlichkeitsbegriff auf nationaler Freizügigkeitsebene	269
F.	Vergleich zum Begriffsverständnis gemäss erstem Teil	270
	Schlusswort	273

Inhaltsverzeichnis

Dank	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	LI
Einleitung	1
Erster Teil Konzeption und Bedeutungsebenen von Hoheitlichkeit	5
§ 1 Konzeptionelle Annäherung	7
A. Ausgangslage und Methodik	7
B. Begriffliche Sinnvariationen	9
C. Begriffsgeschichtliche Herleitung	10
I. Frühzeitliche bzw. spätmittelalterliche Herrschaftstheorien	10
II. Einbruch des Souveränitätsgedankens und Landeshoheit	11
III. Hoheitsrechte als Elemente moderner Staatsgewalt	13
D. Funktion im modernen Staatsverständnis	14
I. Ausgangslage	14
II. Hoheitliches Handeln der Legislative: Rechtssetzung	15
III. Hoheitliches Handeln der Judikative: Rechtsprechung	15
IV. Hoheitliches Handeln der Exekutive: Verfügungen	16
V. Faktisches hoheitliches Staatshandeln	16
VI. Abgrenzungsfunktion des Hoheitlichkeitsbegriffs	17
E. Fazit und Zusammenfassung	18

§ 2	Begriffsverwendung in der aktuellen schweizerischen juristischen Praxis	21
A.	Vorbemerkungen und Methodik	21
B.	Anknüpfungspunkte im öffentlichen Recht	22
I.	Bindung an verfassungsmässige Grundrechte	22
II.	Rechtsschutz	23
1.	Verfügung als Anfechtungsobjekt nach VwVG	23
2.	Gemeindeautonomiebeschwerde nach BGG	23
3.	Rechtsschutzgarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK	24
III.	Behördenbegriff nach VwVG und ausgelagerte Einheiten	25
IV.	Öffentliches Personalrecht	26
V.	Staatshaftung	27
VI.	Mehrwertsteuer	28
VII.	Sozialversicherungsrecht	30
VIII.	Finanzintermediation	31
IX.	Messwesen	32
X.	Marktüberwachung im Bereich technischer Handelshemmnisse	32
XI.	Epidemiengesetz	33
C.	Anknüpfungspunkte im Strafrecht	33
I.	Vorbemerkungen	33
II.	Beamtenbegriff gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB	33
III.	Öffentliche Urkunden gemäss Art. 110 Abs. 5 StGB	34
IV.	Verbotene Handlungen für einen fremden Staat gemäss Art. 271 StGB	35
D.	Anknüpfungspunkte im Privatrecht	36
I.	Vorbemerkungen	36
II.	Erwachsenenschutz	36
III.	Internationales Zivilverfahrensrecht	37
E.	Fazit und Zusammenfassung	38
§ 3	Abgrenzungskriterien und Begriffsfüllung	41
A.	Hoheitlichkeit als enger Kernbereich staatlichen Handelns	41
B.	Abgrenzungskriterien	42
I.	Subordinationsverhältnis	42
II.	Befugnis zur Ausübung von Zwangsgewalt	43
III.	Ausübung von Regierungsbefugnissen	44
IV.	Aufsicht durch eine hoheitlich tätige Behörde	44
C.	Begriffsabgrenzung und Kategorisierung staatlichen Handelns	44
D.	Fazit und Zusammenfassung	45

Zweiter Teil

Hoheitliche Tätigkeiten im Mehrebenensystem des Freizügigkeitsrechts	47
§ 4 Rechtliche Relevanz des Hoheitlichkeitsbegriffs im Freizügigkeitsrecht	49
A. Vorbemerkungen	49
B. Überblick über das Freizügigkeitsrecht	50
I. Begriffsbestimmung im Rahmen der vorliegenden Arbeit	50
II. Regelungsgegenstände	51
III. Funktionen	51
IV. Schranken	52
V. Liberalisierungsprinzipien	53
C. Ebenen des Freizügigkeitsrechts	54
I. Multilaterale Ebene	55
II. Unionale Ebene	55
III. Bilaterale Ebene	56
IV. Nationale Ebene	58
V. Reflexwirkungen zwischen den Ebenen	59
D. Bereichsausnahmen für hoheitliche Tätigkeiten	59
E. Fazit	60
§ 5 Hoheitliche Tätigkeiten im multilateralen Freizügigkeitsrecht	61
A. Grundzüge des GATS	61
I. GATS im Rahmen des WTO-Übereinkommens	61
1. Multilaterale Handelsübereinkünfte der WTO	61
2. WTO-Streitschlichtung	62
3. Unmittelbare Anwendbarkeit	64
II. Ziel und Zweck des GATS	65
III. Allgemeine Rechte und Pflichten	66
IV. Spezifische Rechte und Pflichten	67
V. Geltungsbereich	68
B. Bereichsausnahme für «hoheitliche» Dienstleistungserbringung	69
I. Ausgangslage	69
II. Anknüpfungspunkte in der WTO-Dokumentation	70
1. Publikationen des WTO-Sekretariats	70
2. Stellungnahmen der Mitgliedstaaten	73
3. WTO-Streitbeilegungspraxis	75
III. Auslegung nach WVK	76
1. Vorbemerkungen	76
2. Treu und Glauben	78
3. Wortlaut	78
a) Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden	79
b) Dienstleistungen, die nicht «kommerziell» erbracht werden	80

c) «Ausserhalb des Wettbewerbs» stehende Dienstleistungen	82
d) Zwischenfazit	85
4. Systematik	85
a) Anhänge des GATS	85
b) Spezifische Verpflichtungslisten	87
c) Zwischenfazit	88
5. Teleologie	88
6. Nachvertragliches Parteiverhalten	90
7. Travaux préparatoires	91
8. Weitere Auslegungsprinzipien	92
9. Ergebnis	93
C. Fazit und Zusammenfassung	94
§ 6 Hoheitliche Tätigkeiten im unionalen Freizügigkeitsrecht	97
A. Wesen der EU	98
I. Struktur	98
II. Rechtsnatur	99
B. Auslegung des Unionsrechts	102
C. Grundlagen des unionalen Freizügigkeitsrechts	104
I. Überblick	104
1. Arbeitnehmerfreizügigkeit	105
2. Niederlassungsfreiheit	107
3. Dienstleistungsfreiheit	108
4. Sekundärrechtliche Grundlagen der Freizügigkeit	109
II. Geltungsbereich	110
D. Bereichsausnahmen für «hoheitliche» Tätigkeiten	111
I. Ausgangslage	111
II. Gemeinsame Zielsetzung und historische Entwicklung	112
III. Gemeinsame Systematik	115
IV. Bereichsausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit	118
1. Überblick	118
2. Wortlaut	118
3. Auslegungsperspektiven	118
4. Anknüpfungspunkte	120
a) «Beschäftigung»	120
b) «Öffentliche Verwaltung»	121
5. Rechtsprechung des EuGH	122
a) Rs. 152/73, Sotgiu (Postangestellte)	123
b) Rs. 149/79, Kommission/Belgien (Angestellte öffentlicher Körperschaften)	124
c) Rs. 307/84, Kommission/Frankreich (Krankenpflegepersonal)	127
d) Rs. 66/85, Lawrie-Blum (Referendare für das Lehramt)	128
e) Rs. 225/85, Kommission/Italien (Forscher an staatlichen Einrichtungen)	129

f)	Rs. 33/88, Alluë und Coonan (Fremdsprachenlektorinnen)	129
g)	Rs. C 4/91, Bleis (Lehrpersonen)	130
h)	Rs. C-173/94, Kommission/Belgien et al. (Service public)	131
i)	Rs. C-114/97, Kommission/Spanien et al. (private Sicherheitsdienste)	132
j)	Rs. C-405/01, Colegio (Seekapitäne)	133
k)	Rs. C-392/05, Alevizos (Militäroffiziere)	136
l)	Rs. C-109/04, Kranemann et al. (Rechtsreferendare)	136
m)	Rs. C-270/13, Haralambidis (Präsident der Hafenebehörde)	137
6.	Zwischenfazit	141
V.	Bereichsausnahme der Niederlassungsfreiheit (Art. 51 Abs. 1 AEUV)	143
1.	Überblick	143
2.	Wortlaut	144
3.	Auslegungsperspektiven	144
4.	Anknüpfungspunkte	145
a)	«Tätigkeit»	145
b)	«Öffentliche Gewalt»	148
5.	Rechtsprechung des EuGH	151
a)	Rs. 2/74, Reyners (Anwälte)	152
b)	Rs. 147/86, Frontistiria (Privatschulen)	154
c)	Rs. C-3/88, Kommission/Italien (Datenverarbeitung)	155
d)	Rs. C-306/89, Kommission/Griechenland (Sachverständige für Verkehrsunfälle)	155
e)	Rs. C-42/92, Thijssen (Wirtschaftsprüfer)	156
f)	Rs. C-272/91, Kommission/Italien (Lotteriekonzessionen)	157
g)	Rs. C-114/97, Kommission/Spanien et al. (private Sicherheitsdienste)	158
h)	Rs. C-405/01, Colegio (Seekapitäne)	159
i)	Rs. C- 451/03, Servizi Ausiliari Dottori commercialisti (Steuerhilfezentren)	160
j)	Rs. C-393/05, Kommission/Österreich et al. (Landwirtschaftskontrollstellen)	161
k)	Rs. C-438/08, Kommission/Portugal (Fahrzeugprüfstellen)	162
l)	Rs. C-160/08, Kommission/Deutschland (Krankentransport)	163
m)	Rs. C-372/09, Peñarroja (Dolmetscher)	165
n)	Rs. C-47/08, Kommission/Belgien et al. (Notariat)	165
o)	Rs. C-327/12, SOA Nazionale Costruttori et al. (Zertifizierungsstellen)	171
6.	Zwischenfazit	171
VI.	Würdigung: Gemeinsamer Kerngehalt der Hoheitlichkeit und Parallelität der Bereichsausnahmen	173
E.	Fazit und Zusammenfassung	175
§ 7	Hoheitliche Tätigkeiten im bilateralen Freizügigkeitsrecht	177
A.	Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU	177
I.	Entstehung und Entwicklung	177
II.	Ziel und Zweck	181

III.	Grundzüge	182
IV.	Wesensmerkmale und institutionelle Besonderheiten	183
	1. Rechtsnatur	183
	2. Geltung	183
	3. Anwendung und Rang	184
	4. Auslegung des FZA	186
	a) Autonome Auslegung nach den Grundsätzen der WVK	186
	b) Funktion des Gemischten Ausschusses	187
	c) Grundsatz der eurokompatiblen Auslegung	188
	aa) Bezugnahme auf Begriffe des Unionsrechts	189
	bb) Rechtsprechung vor Unterzeichnung des Abkommens	190
	cc) Rechtsprechung nach Unterzeichnung des Abkommens	191
	d) Praxis des Bundesgerichts	191
	e) Praxis des EuGH	194
	f) Zwischenfazit	196
	5. Exkurs: Institutionelles Rahmenabkommen	197
V.	Bereichsausnahmen für «hoheitliche» Tätigkeiten	200
	1. Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit	200
	a) Grundlagen	200
	b) Rechtsprechung	201
	c) Würdigung	202
	2. Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit	203
	a) Grundlagen	203
	b) Rechtsprechung	204
	c) Würdigung	206
	3. Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreizügigkeit	207
	a) Grundlagen	207
	b) Rechtsprechung	208
	c) Würdigung	208
VI.	Exkurs: Umsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinie	209
VII.	Zwischenfazit	212
B.	Weitere bilaterale Abkommen der Schweiz mit Freizügigkeitsregelungen	214
	I. EFTA	214
	II. Bilaterale Freihandelsabkommen mit Dienstleistungskomponenten	215
	III. Zwischenfazit	217
C.	Fazit und Zusammenfassung	217
§ 8	Hoheitliche Tätigkeiten im nationalen Freizügigkeitsrecht	219
A.	Wirtschaftsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	220
	I. Niederlassungsfreiheit	220
	II. Wirtschaftsfreiheit	220
	1. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit	221
	2. Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit	223
	3. Bereichsausnahme für «hoheitliche» Tätigkeiten?	223
	III. Binnenmarktkompetenz und Freizügigkeitsgarantie	226
	IV. Rechtsgleichheitsgebot	227

B. Binnenmarktgesetz	228
I. Entwicklung der Binnenmarktgesetzgebung	228
II. Ziel und Zweck des BGBM	230
III. Grundzüge des BGBM	231
IV. Geltungsbereich	231
V. Bereichsausnahme für «hoheitliche» Tätigkeiten	232
1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte	232
2. Rechtsprechung des Bundesgerichts	237
a) BGer 2P.433/1997 – Zulassung eines ausserkantonalen Notars als Urkundsperson	237
b) BGE 128 I 280 – Wohnsitzpflicht für Urkundspersonen	237
c) BGer 2P.110/2002 und 2P.264/2002 – Notariatsprüfung des Kantons Zürich	240
d) BGer 2P.237/2003 – Zuger Einführungsgesetz zum BGFA und Beurkundungsgesetz	240
e) BGE 131 II 639 – Vorbehalt der Befugnis zur öffentlichen Beurkundung für im kantonalen Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwälte	241
f) BGE 133 I 259 – Baselstädtisches Notariatsgesetz	242
g) BGer 5A_175/2008 – Offizialverteidiger	242
h) BGer 2C_121/2011 – Gerichtsgutachter	243
i) BGer 2C_335/2013 – Wohnsitzpflicht für Notare des Kantons Graubünden	245
j) Fazit	246
3. Jüngere kantonale Gerichtspraxis	247
4. Würdigung	250
a) Ausgangspunkt	250
b) Lehrstreit	251
c) Stellungnahme	256
C. Fazit und Zusammenfassung	262
§ 9 Zusammenfassung und Gegenüberstellung der Begriffsverständnisse	265
A. Hoheitlichkeit als Kerngehalt der Bereichsausnahmen des Freizügigkeitsrechts	265
B. Hoheitlichkeitsbegriff auf multilateraler Freizügigkeitsebene	265
C. Hoheitlichkeitsbegriff auf unionaler Freizügigkeitsebene	267
D. Hoheitlichkeitsbegriff auf bilateraler Freizügigkeitsebene	267
E. Hoheitlichkeitsbegriff auf nationaler Freizügigkeitsebene	269
F. Vergleich zum Begriffsverständnis gemäss erstem Teil	270
Schlusswort	273

Abkürzungsverzeichnis

a	alt
a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1874
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. C 326 vom 26. Oktober 2012, 47
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
aOG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
Art.	Artikel (im Singular oder Plural)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
aVAMAT	Verordnung des VBS vom 6. Dezember 2007 über das Armeematerial (Armeematerialverordnung; SR 514.20)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BBT	Bundesamt für Berufsbildung und Technologie
BBW	Bundesamt für Bildung und Wissenschaft
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz; SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGMD	Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen vom 14. Dezember 2012 (SR 935.01)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BN	Der Bernische Notar (Bern)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1998 (SR 101)
BVers	Bundesversammlung
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CDV	Controledienst voor de Verzekeringen (niederländisch: Aufsichtsbehörde für Versicherungen)
CRTA	Committee on Regional Trade Agreements
CTS	Council for Trade in Services
d.h.	das heisst
ders.	derselbe (Autor)
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DSU	Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung, Anhang 2 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Köln)

E.	Erwägung
EC	European Communités
ECLIC	EU and comparative law issues and challenges series (Osijek)
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EFTA	European Free Trade Association
EFTA-Kon- vention	Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 0.632.31)
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EJPD	Eidgenössisches Justiz und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 28. September 2012 (SR 818.101)
et al.	et alii (und weitere)
etc.	et cetera
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule(n)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische GrundrechteZeitschrift (Strassburg)
EuR	Europarecht (BadenBaden)
EUV	Vertrag über die Europäische Union, Abl. C 326 vom 26. Oktober 2012, 13
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München)
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Frankfurt am Main)
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)

Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen; SR 0.142.112.681)
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
GA FZA	Gemischter Ausschuss FZA
GA	Generalanwalt
GATS	General Agreement on Trade in Services, Anhang 1.B. Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen der WTO, Anhang 1.B. zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen der WTO, Anhang 1.A. zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20)
GebV-VBS	Verordnung über die Gebühren des VBS (Gebührenverordnung VBS, GebV-VBS) vom 8. November 2006 (SR 172.045.103)
GNS	Group of Negotiations on Services
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Abl. C 326 vom 26. Oktober 2012, 391
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0)
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
i. V.m.	in Verbindung mit
IGEG	Bundesgesetz über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 24. März 1995 (SR 172.010.31)
InstA	Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der schweizerischen Eidgenossenschaft in

	den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt vom 23. November 2018 (abrufbar unter <eda.admin.ch> → Verhandlungen und offene Themen → Verhandlungen → Institutionelles Abkommen)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
ius.full	ius.full, Forum für juristische Bildung (Zürich)
JIEL	Journal of International Economic Law (Oxford)
JuS	Juristische Schulung (München)
Jusletter	Jusletter (online)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KGer	Kantonsgericht
krit.	kritisch
KV	Kantonsverfassung
lit.	litera
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen (Lugano-Übereinkommen) vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinal-berufegesetz) vom 23. Juni 2006 (SR 811.11)
media lex	Zeitschrift für Kommunikationsrecht (Bern)
MessG	Bundesgesetz über das Messwesen (Messgesetz) vom 17. Juni 2011 (SR 941.20)
MWSTG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz) vom 12. Juni 2009 (SR 641.20)
MWStV	Mehrwertsteuerverordnung vom 27. November 2009 (SR 641.201)
N	Note(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt)
not@lex	Revue de droit privé et fiscal du patrimoine (Zürich)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (München)

NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PG	Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (SR 783.0)
PK	Parlamentarische Kommission
pläd	plädoyer (Zürich)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PrHG	Bundesgesetz über die Produktheftpflicht (Produktheftpflichtgesetz) vom 18. Juni 1993 (SR 221.112.944)
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrolle
recht	recht (Bern)
REPRAX	Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis (Zürich)
rev	revidiert
RNRF	Revue Suisse du notariat et du registre foncier (Wädenswil)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Bern)
Rz.	Randziffer(n)
SAV	Schriftenreihe des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Zürich)
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SGK	St. Galler Kommentar
SHZ	Schweizerische Handelszeitung (Zürich)
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations und Wettbewerbsrecht (Zürich)
Sicherheit & Recht	Die juristische Fachzeitschrift für Sicherheitsfragen in den Bereichen Polizei, Militär, Umwelt und Technik (Zürich)
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht (Zürich)
SJZ	Schweizerische JuristenZeitung (Zürich)
SNV	Schweizerischer Notarenverband
sog.	sogenannt

SR	Ständerat
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtsammlung)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StR	Steuer Revue (Bern)
StromVG	Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz) vom 23. März 2007 (SR 734.7)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, Swiss Review of International and European Law (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich)
T + P	Treuhand und Praxis (Zürich)
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (SR 946.51)
TNC	Trade Negotiations Committee
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20)
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
VBPV-EDA	Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung vom 20. September 2002 (SR 172.220.111.343.3)
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VE	Vorentwurf
VEP	Verordnung über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten, zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über den freien Personenverkehr) vom 22. Mai 2002 (SR 142.203)

VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamte (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (SR 170.32)
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VMD	Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen vom 26. Juni 2013 (SR 935.011)
VO Geb VBS	Verordnung über die Gebühren des VBS (Gebührenverordnung VBS) vom 8. November 2006 (SR 172.045.103)
VO	Verordnung
VPBV-EDA	Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung vom 20. September 2002 (SR 172.220.111.343.3)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
VZAG	Verordnung über die operative Zusammenarbeit mit den anderen Schengen-Staaten zum Schutz der Aussengrenzen des Schengen-Raums vom 26. August 2009 (SR 631.062)
WEKO	Wettbewerbskommission
WTO	World Trade Organisation
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111)
z.B.	zum Beispiel
ZAG	Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz) vom 20. März 2008 (SR 364)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Verwaltungsrecht (Zürich bis 1988: Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindeverwaltung, ZSGV [Zürich])
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien (Baden-Baden)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer

ZIK	Publikationen aus dem Zentrum für Informations und Kommunikationsrecht der Universität Zürich (Zürich)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZMessV	Verordnung über die Zuständigkeiten im Messwesen vom 7. Dezember 2012 (SR 941.206)
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis (Köln)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung) vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Frankfurt)

Literaturverzeichnis

- ADLUNG RUDOLF, Öffentliche Dienstleistungen und GATS, in: Ehlers Dirk/Wolffgang Hans-Michael/Lechleitner Marc (Hrsg.), Rechtsfragen des internationalen Dienstleistungsverkehrs, Tagungsband zum 10. Münsteraner Aussenwirtschaftsrechtstag 2005, Frankfurt am Main 2006, 49 ff. (zit. Öffentliche Dienstleistungen)
- Public Services and the GATS, JIEL 2006, 455 ff. (zit. Public Services)
- AMBÜHL MICHAEL/SCHERER DANIELA S., Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens, Auf der Suche nach einem Interessenausgleich, Jusletter vom 4. Februar 2019
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT/NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS/ALLEMANN RETO/ARNOLD FABIA/ARQUINT HILL LADINA, Basler Kommentar, Strafrecht I+II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK StGB, Art. ... N ...)
- ASEMISSEN KONRAD, Berufsankennung und Dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, Die EU-Richtlinien aus der Perspektive der Methodik der Rechtsangleichung und des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, Diss. Halle-Wittenberg 2012, Tübingen 2014
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Epiney Astrid/Metz Beate/Mosters Robert (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich 2011, 29 ff.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl., Bern 2013
- AUER ANDREAS/MARTENET VINCENT, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit, RPW 2004, 277 ff.
- BAUDENBACHER CARL, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz–EU gelöst werden?, in: Sethe Rolf (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 821 ff.

- BECKER HEINZ B., Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Berufsbeamtentum, Diss., Münster 1992
- BECKER ULRICH/HATJE ARMIN/SCHOO JOHANN/SCHWARZE JÜRGEN (Hrsg.), Schwarze EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, Schwarze AEUV, Art. ... N ...)
- BELLANGER FRANÇOIS, Les collectivités publiques et la TVA: De L'état providence à l'état commerçant, in: Auer Andreas/Delley Jean-Daniel/Hottelier Michel/Malinverni Giorgio (Hrsg.), Aux confins du droit, Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand, Basel 2001, 467 ff.
- BENESCH SEBASTIAN, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Ein Beitrag zum schweizerischen Europäisierungsprozess, Diss. Giessen 2006, Tübingen 2007
- BERGMANN ANDREAS, Zur Souveränitätskonzeption des Europäischen Gerichtshofs, Die Autonomie des Unionsrechts und das Völkerrecht, Diss. Hannover 2017, Tübingen 2018
- BERWEGER MARTIN/MAHLER BRUNO/BAUMGARTNER LORIS, Notarielle Beglaubigungen, AJP 2020, 1135 ff.
- BESSON SAMANTHA/AMMANN ODILE, L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE, Une lecture de droit international, in: Epiney Astrid/Diezig Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Bern/Zürich 2014, 331 ff.
- BEYELER FRANCIS CLAUDE, Die kantonale Gebäudeversicherung im Wettbewerb, Diss. Freiburg 2018, Bern 2019
- BIAGGINI GIOVANNI, Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen, ZBl 1996, 49 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI/LIENHARD ANDREAS/SCHOTT MARKUS/UHLMANN FELIX, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 6. Aufl., Basel 2016
- BIEBER ROLAND, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Epiney Astrid/Metz Beate/Mosters Robert (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich 2011, 1 ff.
- BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL/KOTZUR MARKUS, Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 14. Aufl., Zürich 2021
- BLACK HENRY CAMPBELL/GARNER BRYAN A., Black's law dictionary, 11. Aufl., St. Paul 2019
- BLECKMANN ALBERT, Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Köln 1997

- VON BOGDANDY ARMIN, Grundprinzipien, in: von Bogdandy Armin/Bast Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, Dordrecht 2009, 13 ff.
- BOILLET VÉRONIQUE, Le notariat suisse en passe de s'européaniser?, Portée de la jurisprudence de la Cour européenne de justice sur la réglementation du notariat en Suisse, in: Epiney Astrid/Fasnacht Tobias (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2011/2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 277 ff.
- BORMANN JENS, Der EuGH und das Notariat – 'Judicial Self-Restraint' mit zu hinterfragender Begründung, EWS 2011, 1 f.
- BOUCHER-KIND NATASCHA, Staatliche Marktteilnahme, Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungsvorgaben am Beispiel der Post, Diss. Fribourg, Bern 2020
- BRAZEROL RICCARDO, Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit, Die Rechtslage in der Schweiz mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit der Notare in der EU, Jusletter vom 28. Oktober 2013
- BREITENMOSER STEPHAN, Die Europäische Union zwischen Völkerrecht und Staatsrecht, ZaÖRV 1995, 951 ff. (zit. Völkerrecht und Staatsrecht)
- Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf Nicht-EU-Staaten, in: Scherrer Urs/Del Fabro Marco (Hrsg.), Freizügigkeit im europäischen Sport, Zürich 2002, 59 ff. (zit. Einfluss)
 - Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, in: Breitenmoser Stephan/Odendahl Kerstin/Krajewski Markus/Thym Daniel (Hrsg.), Grenzüberschreitungen. Migration. Entterritorialisierung des Öffentlichen Rechts, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Linz vom 5.–8. Oktober 2016, Berlin 2016, 7 ff. (zit. Mehrebenensystem)
- BREITENMOSER STEPHAN/ISLER MICHAEL, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 ff.
- BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, Die Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, EuZW 2012, 854 ff. (zit. Abkommen)
- Breitenmoser Stephan/Weyeneth Robert, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, 1305 ff. (zit. Europäische Bezüge)
 - Europarecht, Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Europarecht)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Basel 1993
- BRUNS ALEXANDER, Die Zukunft des Notariats in Europa – Dienstleistung oder vorsorgende Rechtspflege?, EuZW 2010, 247 ff.

- BUCHER EUGEN, Das Horror-Konstrukt der ‘Zwangsmedikation’: zweimal (ohne Zuständigkeit) ein Ausflug ins juristische Nirwana, Zu BGE 126 I 112–121 und BGE 127 I 630, ZBJV 2001, 764 ff.
- BUENO NICOLAS, L’admission des prestataires de services étrangers en Suisse, Une approche nationale, bilatérale et multilatérale, Jusletter vom 25. Januar 2010
- BÜREN ROLAND von, Notare und Wettbewerb, in: Ruf Peter/Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, 79 ff.
- BÜRGI URS, Kommentierung von Art. 174a IPRG, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K., Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BÜRGI, BSK IPRG, Art. ... N ...)
- BÜRKI CHRISTOPH, Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch schweizerische Gerichte am Beispiel der Personenfreizügigkeit und des öffentlichen Beschaffungswesens, Masterarbeit Bern 2019, online abrufbar unter <kpm.unibe.ch> → Publikationen
- BURRI THOMAS/PIRKER BENEDIKT, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 ff.
- CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS (Hrsg.), EUV/AUEV Kommentar, 5. Aufl., München 2016 (zit. BEARBEITER/-IN, Callies/Ruffert AEUV, Art. ... N ...)
- CARDINAUX BASILE, Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge, Grundlagen und ausgewählte Aspekte, Diss. Freiburg 2007, Zürich/Basel/Genf 2008
- CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976
- COTTIER THOMAS, The Impact from Without: International Law and the Structure of Federal Government in Switzerland, in: Knoepfel Peter/Linder Wolf (Hrsg.), Verwaltung, Regierung und Verfassung im Wandel, Gedächtnisschrift für Raimund E. Germann, Basel 2000, 213 ff. (zit. Impact)
- Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, SJZ 2019, 345 ff. (zit. Souveränität)
- COTTIER THOMAS/ARPAGUS REMO/OESCH MATTHIAS, Grundlagen in Verfassung und Staatsvertragsrecht, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, 1 ff.
- COTTIER THOMAS/BREINING-KAUFMANN CHRISTINE/KENNETT MAXINE, Liberalisation of Higher Education Services in Switzerland: The Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS), in: BBW (Hrsg.), Die Auswirkungen des GATS auf das Bildungssystem der Schweiz, Bern 2003, 65 ff.
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Zur Anwen-

- derung und Auslegung von nachvollzogenem Recht und Staatsverträgen unterschiedlicher Generation, Jusletter vom 2. Februar 2009
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS/KÖLLIKER ISABEL/LIECHTI-MCKEE RACHEL/OESCH MATTHIAS/PAYOSOVA TATYANA/WÜGER DANIEL, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014
- COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003/2004, Bern 2004, 357 ff.
- COTTIER THOMAS/EVTIMOV ERIK, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, 77 ff.
- COTTIER THOMAS/GERMANN CHRISTOPHE, Das Notariat im Europarecht: ein Blick in die Zukunft, in: Ruf Peter/Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, 95 ff.
- COTTIER THOMAS/NADAKAVUKAREN SCHEFER KRISTA, The relationship between World Trade Organization law, national and regional law, JIEL 1998, 83 ff.
- COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS, Die unmittelbare Anwendbarkeit von GATT/WTO-Recht in der Schweiz, SZIER 2004, 121 ff.
- COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS/MEIER JULIA, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Grundlegende Urteile, Bern 2009
- COTTIER THOMAS/WAGNER MANFRED, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Übersicht und kurzer Kommentar, AJP 1995, 1582 ff.
- CRAWFORD JAMES, Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl., Oxford 2012
- DEDERER HANS-GEORG, Keine Ausübung 'öffentlicher Gewalt' durch Notare, Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 24. Mai 2011, Rs. C-54/08, EuR 2011, 865 ff.
- DEDERICHS MARIELE, Die Methodik des EuGH, Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Diss. Münster 2003, Baden-Baden 2004
- DELBRÜCK JOST, Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization, SZIER 2001, 1 ff.
- DENZER HORST, Jean Bodin, in: Maier Hans/Denzler Horst (Hrsg.), Klassiker des politischen Denkens, Erster Band, Von Plato bis Thomas Hobbes, Hamburg 2008, 179 ff.
- DERLÉN MATTIAS, Multilingual Interpretation of CJEU Case Law: Rule and Reality, European law review 2014, 295 ff.

- DIEBOLD NICOLAS, Gerichtliche Sachverständige als hoheitlich tätige Organe?, AJP 2012, 1162 ff. (zit. Sachverständige)
- Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 2015, 209 ff. (zit. Eingriffsdogmatik)
 - Freizügigkeit im Mehrebenensystem, Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Habil. Luzern 2015, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Freizügigkeit)
- DIEBOLD NICOLAS/LUDIN MARTIN, Das Cassis de Dijon-Prinzip in Praxis und Politik, in: Epiney Astrid/Hehemann Lena (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Zürich/Basel/Genf 2017, 371 ff.
- DIEBOLD NICOLAS/OESCH MATTHIAS, Die Durchsetzung von WTO-Recht durch Schweizer Unternehmen, AJP 2008, 1525 ff.
- DIEBOLD NICOLAS/TANNER ANNE-CATHRINE, WTO-Recht und regionale Integration, SZIER 2019, 173 ff.
- DIETRICH MARCEL, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union unter Berücksichtigung des schweizerischen Ausländerrechts, Diss. Freiburg, Zürich 1995
- DOLL CHRISTIAN, Das lateinische Notariat in Deutschland und die gemeinschaftsrechtliche Liberalisierung von Dienstleistungen, Diss. Mainz, Hamburg 2011
- DONATSCH ANDREAS/BLOCHER FELIX, Outsourcing im Strafverfahren, ZStrR 2008, 347 ff.
- EDELMANN HERVÉ, Die europäische Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EWGV und ihre Auswirkungen auf den Zugang zum deutschen öffentlichen Dienst, Diss. Marburg 1991, Frankfurt am Main 1992
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER/-IN, SGK BV, Art. ... N ...)
- ENGELBERGER LUKAS, Die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der Schweiz, Grundlagen und Perspektiven im Kontext internationaler Rechtswentwicklungen, Diss. Bern 2003, Bern 2004
- EPINEY ASTRID, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff. (zit. Rechtsprechung des EuGH)
- Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz–EU, Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17. Dezember 2018 (zit. Entwurf InstA)
 - Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019, Jusletter vom 19. August 2019 (zit. Strafrechtliche Landesverweisung)

- Brexit und die bilateralen Abkommen Schweiz-EU, in: Kramme Malte/Baldus Christian/Schmidt-Kessel Martin (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen: Privat- und Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, Baden-Baden 2020, 201 ff. (zit. Brexit)
- EPINEY ASTRID/GAMMENTHALER NINA, Marktzugang in der EU und in der Schweiz: Rechtsquellen, Tragweite der Grundfreiheiten und des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Epiney Astrid/Gammenthaler Nina/Hochreutener Inge (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich/Basel/Genf 2008, 1 ff.
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/UEBERSAX Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 – Annuaire du droit de la migration 2013/2014, Bern 2014, 358 ff.
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich/Genf/Basel 2012
- EPINEY ASTRID/MOSTERS ROBERT, Europarecht II, Die Grundfreiheiten des AEUV, 4. Aufl., Bern 2019
- EPINEY ASTRID/NÜESCH DANIELA, Inländervorrang und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2018, 6 ff.
- EPPLER ANNEGRET/SHELLER HENRIK, Zur Konzeptionalisierung europäischer Desintegration, Zug- und Gegenkräfte im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2013
- ERIKSEN LARS H., Die Anwendbarkeit des Art. 48 EWGV auf den deutschen juristischen Vorbereitungsdienst, NVwZ 1995, 1061 ff.
- ESCHMANN HARALD, Die Freizügigkeit der EG-Bürger und der Zugang zur öffentlichen Verwaltung, Eine Untersuchung zur gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Stellung der EG-Bürger im öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Osnabrück 1991, Baden-Baden 1992
- FABIS HEINRICH, Neuere Rechtsprechung des EuGH zum Zugang von EU-Ausländern zum öffentlichen Dienst: Art. 48 Abs. 4 EGV, EWS 1998, 371 ff.
- FALKE JOSEF, Normung und Dienstleistung, Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Bremen 2004
- FEINÄUGLE CLEMENS A., Hoheitsgewalt im Völkerrecht, Das 1267-Sanktionsregime der UN und seine rechtliche Fassung, Diss. Heidelberg 2010, Heidelberg/Dordrecht/London/New York 2011

- FELBER MARKUS, 'Heimatschutz' für Innerrhoder Notare, Ohne Wohnsitz keine Zulassung als Urkundsperson, Jusletter vom 23. September 2002
- FLEINER-GERSTER THOMAS, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980
- FRAU ROBERT, Das Brexit-Abkommen und Europarecht, Baden-Baden 2020
- FREIBURGHaus DIETER, Königsweg oder Sackgasse?, Schweizerische Europa-politik von 1945 bis heute, 2. Aufl., Zürich 2015
- FRENZ WALTER, Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für den Zugang zum Notar-beruf verstößt gegen EU-Recht: Anmerkung zu: EuGH Große Kammer, Urteil vom 24.05.2011 C-54/08, DVBL 2011, 887 ff. (zit. Staatsangehörigkeitsvoraus-setzungen)
- Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012 (zit. Europarecht)
- FRENZ WALTER/WÜBBENHORST HENDRIK C. J., Der juristische Vorberei-tungsdienst im europäischen Anerkennungsrecht, NJW 2011, 2849 ff.
- FRITZ GERD, Historische Semantik, 2. Aufl., Stuttgart/Weimar 2006
- FUCHS MARIE-CHRISTINE, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zu-gangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 ff. (zit. Notarberuf)
- Kein Staatsangehörigkeitsvorbehalt für den Zugang zum Notarberuf, Urteilsan-merkung zu EuGH (Grosse Kammer), Urt. v. 24.5.2011 – C-54/08 (Kommission/ Deutschland), EuZW 2011, 468 ff. (zit. Staatsangehörigkeitsvorbehalt)
 - Die Bereichsausnahmen in Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 51 Abs. 1 AEUV, Eine Gesamtbetrachtung unter besonderer Berücksichtigung des Notariats und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Saarbrücken 2012, Baden-Baden 2013 (zit. Bereichsausnahmen)
- FUCHS MAXIMILIAN/RUTZ ALEXANDRA, Die Geltung der Arbeitnehmer-freizügigkeit für Beamte, in: Wallerath Maximilian (Hrsg.), Fiat iustitia, Recht als Aufgabe der Vernunft. Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, 267 ff.
- GAMMENTHALER NINA, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen 2005/36/EG und ihrer möglichen Umsetzung in der Schweiz, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. Diplomanerkennung)
- Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, Jusletter vom 26. September 2011 (zit. Aus-legung)
- GÄRDITZ KLAUS F., Das lateinische Notariat als öffentliches Amt im Binnenmarkt, EWS 2012, 209 ff.

- GAUTHEY DANIELLE/MARKUS ALEXANDER R., Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch, ZSR 2015, 359 ff.
- GEIGER FELIX, Kommentierung von Art. 3 MWSTG, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), MWSTG Kommentar, Schweizerisches Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer mit den Ausführungserlassen sowie Erlasse zum Zollwesen, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK MWSTG, Art. 3 N ...)
- GLASER ANDREAS/BRUNNER ARTHUR, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, Jusletter vom 26. November 2015
- GLASER ANDREAS/DÖRIG HEIDI, Die Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich 2018, 451 ff.
- GLASER ANDREAS/LANGER LORENZ, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, 563 ff.
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 68. Ergänzung, München 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, Grabitz/Hilf AEUV, Art. ... N ...)
- GRIMM DIETER, Souveränität, Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs, Berlin 2009
- GROSS BALZ, Die Haftpflicht des Staates, Vergleich und Abgrenzung der zivil- und öffentlichrechtlichen Haftpflicht des Staates, dargestellt am Beispiel der einfachen Kausalhaftung des Zivilrechts und der Staatshaftungsgesetze des Bundes und des Kantons Zürich, Diss. 1996, Zürich 1997 (zit. Haftpflicht)
- GROSS JOST, Das schweizerische Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001 (zit. Entwicklungstendenzen)
- GROSSEN DIETER W./DE COULON CLAIRE, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I&II, Schweiz-EU, Handbuch, Zürich/Basel/Genf 2007, 135 ff.
- GRÜB MICHAEL, Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, Diss. 1998, Frankfurt 1999
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St.Gallen 2020

- HAFNER FELIX, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, BJM 2004, 281 ff.
- HAFNER FELIX/STÖCKLI ANDREAS/MÜLLER RETO PATRICK, Schutzanspruch der jüdischen Religionsgemeinschaften, Rechtsgutachten zur Rechtslage im Bund sowie in den Kantonen Zürich, Bern und Basel, Zürich/Basel/Genf 2018
- HAHN MICHAEL, Die Kündigung des FZA als Voraussetzung für die Einführung von Kontingenten in Umsetzung des Art. 121a BV – Zugleich Anmerkung zum Entscheid des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 26. 11. 2015, 2C_716/2014 (BGE 142 II 35), in: Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Zürich 2016, 457 ff.
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- HANGARTNER YVO, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007, 137 ff.
- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013
- HEINZ VOLKER G./RITTER THOMAS, Deutsche Notare und Europäische Grundrechte – Grenzüberschreitende notarielle Dienstleistungen vor dem Durchbruch, EuZW 2009, 599 ff.
- HENSSLER MARTIN/KILIAN MATTHIAS, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 ff. (zit. hoheitliche Gewalt)
- Die Stellung des Vermessungsingenieurs im Europarecht, Der Geometer: Im Spannungsfeld von Amtsträgerschaft und Freiem Beruf, Gutachterliche Stellungnahme, 2. Aufl., Augsburg 2010 (zit. Vermessungsingenieur)
 - Das deutsche Notariat im Europarecht, Zeitwende durch den EuGH oder ‘business as usual’?, NJW 2012, 481 ff. (zit. Notariat)
- HERGETH ARMIN C., Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag, Grenzüberschreitende Berufsausübung durch Notare in europarechtlicher Perspektive, Diss. München 1995, Baden-Baden 1996
- HERREN DAVID, Das Cassis de Dijon-Prinzip, Eine rechtsvergleichende Studie zur Äquivalenz von Rechtsnormen im WTO-Recht, im EU-Recht und im schweizerischen Recht, Diss. 2012, Bern 2014
- HOCHBAUM INGO, Die Liberalisierung des öffentlichen Dienstes im Binnenmarkt, Der Staat 1990, 577 ff.
- HOFMANN DAVID, La liberté économique suisse face au droit européen, Diss. Genf 2002, Bern 2005

- HOLZBERGER BRIGITTA, Revision des Binnenmarktgesetzes (BGBM), SJZ 2005, 187 ff.
- HÖRETH MARKUS, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte – und auch kaum gestoppt werden kann, in: Haltern Ulrich R./Bergmann Andreas (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, Heidelberg 2012, 73 ff.
- HÜSSER MANUEL, Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. 2011, Zürich 2012
- HÜTTEL MAXIMILIAN, Rechtsfragen des einheitlichen europäischen Luftraums, Diss. Erlangen-Nürnberg 2013, Baden-Baden 2014
- IPSEN KNUT/HEINTZE HANS-JOACHIM, Völkerrecht, 7. Aufl., München 2018
- JAAG TOBIAS, Hoheitliche und nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeiten, in: Hänni Peter (Hrsg.), Mensch und Staat, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, Freiburg 2003, 620 ff. (zit. hoheitliche Tätigkeiten)
- Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 2003, 1 ff. (zit. Staatshaftung)
- JAAG TOBIAS/ZIHLMANN MAGDA, Grundlagen/Institutionen und Verfahren, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Portmann Wolfgang/Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Verträge I&II, Schweiz – EU, Handbuch, Zürich/Basel/Genf 2007, 65 ff.
- JARASS HANS. D., Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, 202 ff.
- JUNG MARTIN, Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Notar, Diss. Salzburg 1993, Frankfurt am Main 1994
- KADDOUS CHRISTINE/GRISEL DIANE, Libre circulation des personnes et des services, 2. Aufl., Basel 2012
- KÄLIN WALTER, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern 2002, 11 ff. (zit. Bedeutung)
- Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, ZBJV 2005, 633 ff. (zit. Rechtsprechung)
- KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID/CARONI MARTINA/KÜNZLI JÖRG, Völkerrecht, Eine Einführung, 4. Aufl., Bern 2016
- KALLFASS GUNNAR, Von der Marktöffnung zum unverfälschten Wettbewerb für Dienstleister unter dem GATS?, Regeln zur Schaffung und Erhaltung von Wettbewerbsmärkten und gemeinwohlbezogene Eingriffe des Staates, Diss. Hamburg 2013, online abrufbar unter ediss.sub.uni-hamburg.de
- KÄMMERER AXEL, Europäisierung des öffentlichen Dienstrechts, EuR 2001, 27 ff.

- KARPENSTEIN ULRICH/LIEBACH INGO, Das deutsche Notariat vor dem Europäischen Gerichtshof, *EuZW* 2009, 161 ff.
- KAUFMANN MARIANNE, Anerkennung der Berufsqualifikation von Primarlehrpersonen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. KAUFMANN, Anerkennung)
- KAUFMANN STEFAN, Der Begriff der Hoheitsgewalt im Sinn von Art. 17 Abs. 4 der Mehrwertsteuerverordnung vom 22. Juni 1994 (MWSTV), *StR* 1995, 1 ff.
- KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS, Das ‘Cassis de Dijon’-Prinzip und die Schweiz, *SJZ* 2006, 321 ff.
- KESSLER, MARTIN A., Kommentierung von Art. 61 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. KESSLER, BSK OR, Art. ... N ...)
- KETTIGER DANIEL, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, *recht* 2010, 30 ff.
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, *Habil.* 1999, Bern 2001
- KLEY ANDREAS, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, *Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art. 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege; Analysen und Perspektiven*, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Zürich 1993
- KLINGE GABRIELE, Die Begriffe ‘Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung’ und ‘Ausübung öffentlicher Gewalt’ im Gemeinschaftsrecht, *Diss.*, Düsseldorf 1980
- KOLLER THOMAS, Harmonien und Dissonanzen im Verhältnis zwischen Privatrecht und Steuerrecht, *SJZ* 2020, 305 ff.
- KORTE STEFAN/STEIGER DOMINIK, *Deutschenotariat abgestempelt!*, *NVwZ* 2011, 1243 ff.
- KRAFFT MATHIAS CHARLES, Geltungsbereich der von der Schweiz im Rahmen des GATS eingegangenen Verpflichtungen auf das schweizerische Bildungssystem, in: *BBW* (Hrsg.), *Die Auswirkungen des GATS auf das Bildungssystem der Schweiz*, Bern 2003, 3 ff.
- KRAJEWSKI Markus, *Public services and the Scope of the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, A Research Paper, Written for Center for International Environmental Law (CIEL), Genf 2001 (zit. *Scope*)
- *Public services and trade liberalization: mapping the legal framework*, *JIEL* 2003, 341 ff. (zit. *Public services*)
 - *National Regulation and Trade Liberalization in Services, The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, Den Haag/London/New York 2003 (zit. *National Regulation*)

-
- Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Habil. Hamburg, Berlin/Heidelberg 2011 (zit. Grundstrukturen)
- KRANZ JÜRGEN, Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Private nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 55 Abs. 1 EWG-Vertrag, Diss. Regensburg 1983, Frankfurt am Main 1984
- LACKHOFF KLAUS, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, Diss. Münster 1998, Berlin 2000
- LANG ANDREW, The GATS and Regulatory Autonomy: A Case Study of Social Regulation of the Water Industry, JIEL 2004, 801 ff.
- LECHELER HELMUT, Die Interpretation des Art. 48 Abs. 4 EWGV und ihre Konsequenzen für die Beschäftigung im (nationalen) öffentlichen Dienst, Berlin 1990
- LEISNER WALTER, ‘Privatisierung’ des öffentlichen Rechts, Von der ‘Hoheitsgewalt’ zum gleichordnenden Privatrecht, Berlin 2007
- LEITGES KONRAD, Die Entwicklung des Hoheitsbegriffes in Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, Untersuchung zu Inhalt und Grenzen des beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalts, zugleich ein Beitrag zur Hoheitsverwaltung, Diss. Trier, Frankfurt am Main 1997
- LERCH KLAUS, Der Status der Notare in einem europäischen Rechtsraum, ZNotP 2011, 9 ff.
- LEROUX ERIC H., What is a ‘Service Supplied in the Exercise of Governmental Authority’ Under Article I:3(b) and (c) of the General Agreement on Trade in Services?, in: Journal of World Trade 2006, 345 ff.
- LIENHARD ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Habil., Bern 2005
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Organisatorische Positionierung und Ausgestaltung der Förderagentur für Innovation (KTI), Bern 2007
- LÜBKE JULIA, Die Auswirkungen des Brexits auf die Personenfreizügigkeit, in: Kramme Malte/Baldus Christian/Schmidt-Kessel Martin (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen: Privat- und Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, Baden-Baden 2020, 259 ff.
- LUCAS MICHAEL R., Nationalism, Sovereignty, and Supranational Organizations, Hamburg 1999
- MACCORMICK NEIL, Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth, Oxford 1999
- MARCHETTI JUAN A./MAVROIDIS PETROS C., What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don’t Talk About Revolution, in: European Business Organization Law Review 2004, 511 ff. (zit. Challenges)

- The Genesis of the GATS (General Agreement on Trade in Services), *European Journal of International Law* 2011, 689 ff. (zit. Genesis)
- MARTI HANS, *Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz*, Bern 1989
- MAUCHLE MATHIAS, *Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenenschutzbehörde, Insbesondere aus zivilrechtlicher, sozialversicherungsrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Diss. St. Gallen, Zürich/Basel/Genf 2019
- MOHLER MARKUS H. F., *Staatliches Gewaltmonopol, Sicherheit und Recht* 2012, 152 ff.
- MOSER MICHAEL, *Le statut du notaire et de son étude*, RNRf 2019, 157 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Die demokratische Verfassung, Von der Selbstbestimmung der Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens*, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit. Demokratische Verfassung)
- MÜLLER PHILIPP, *Behandlung der MWST-Reform im Nationalrat, Erläuterungen zu den von der grossen Kammer vorgenommenen Anpassungen*, ST 2009, 485 ff. (zit. MWST-Reform)
- MÜLLER STEFAN/TAXER SABINE, *Rechtliche Beurteilung der COVID-19-Massnahmen im Migrations- und Asylrecht*, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), *COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, Basel 2020, 597 ff.
- NUSPLIGER ISABELLE, *Zusammenfassung der Podiums- und Plenumsdiskussion zur Zukunft des Notariats in der Schweiz vom 18. Oktober 2013*, Jusletter vom 28. Oktober 2013
- OESCH MATTHIAS, *Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, SZIER 2011, 583 ff. (zit. Niederlassungsfreiheit)
- *Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU, Zugang zum Beruf des Notars und Anerkennung von Berufsqualifikationen als aktuelle Beispiele*, in: Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jaques/Previtali Adriano (Hrsg.), *L'homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65e anniversaire*, Zürich 2011 (zit. Auslegung FZA)
- *Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten*, ZBJV 2012, 377 ff. (zit. hoheitliche Tätigkeiten)
- *Die Schaffung des schweizerischen Binnenmarktes*, ZVgIRWiss 2013, 166 ff. (Schaffung Binnenmarkt)
- *Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone*, AJP 2013, 1337 ff. (zit. Disziplinierung)
- *Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren*, SJZ 2016, 53 ff. (zit. Einfluss des EU-Rechts)

- Die bilateralen Abkommen Schweiz–EU und die Übernahme von EU-Recht, AJP 2017, 638 ff. (zit. Bilaterale Abkommen)
 - Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz–EU und der Rechtsschutz für Private, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals. Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich/Basel/Genf 2018, 157 ff. (zit. Institutionelles Abkommen)
 - Europarecht, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. Europarecht)
- OESCH MATTHIAS/SPECK GABRIEL, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der EuGH, in: Epiney Astrid/Hehemann Lena (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Zürich 2017, 257 ff.
- OPPERMANN THOMAS/CLASSEN CLAUS DIETER/NETTESHEIM MARTIN, Europarecht, Ein Studienbuch, 9. Aufl., München 2021
- PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017
- PERNICE INGOLF, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Bieber Roland/Widmer Pierre (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen; Der europäische Verfassungsraum; The European constitutional area, Zürich 1995, 262 ff.
- PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, Jusletter vom 16. Dezember 2013
- Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen, Jusletter vom 20. April 2015
- PIOTET DENIS, Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques? Réflexions à partir de la consultation 614-0002 de la commission fédérale de la concurrence, in: Not@lex 2013, 114 ff.
- L'incroyable course d'obstacles de la Recommandation 614-0002 de la Commission fédérale de la Concurrence en matière de circulation des notaires et actes authentiques, RNRF 2014, 156 ff.
- PIRKER BENEDIKT, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBI 2015, 295 ff.
- POTACS MICHAEL, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465 ff.
- PÖTTERS STEPHAN, Anmerkung zu EuGH (Zweite Kammer), Urt. v. 10.9.2014 – C-270/13 (Haralambidis/Casilli), EuZW 2014, 946 ff.
- PROELLER ISABELLA, Auslagerung in der hoheitlichen Verwaltung, Interdisziplinäre Entwicklung einer Entscheidungsheuristik, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2002

- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Basel 2009, Zürich/St. Gallen 2011
- REIMOLD TOBIAS, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, Diss. Jena 2009, Tübingen 2010
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, 2. Aufl., Bern 2007
- RICHLI PAUL/WUNDER KILIAN, Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz, AJP 1996, 908 ff.
- RIECKHOFF THOMAS, Die Entwicklung des Berufsbeamtentums in Europa, Diss. Göttingen, Baden-Baden 1993
- RIESENHUBER KARL, § 10: Die Auslegung, in: Riesenhuber Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, Berlin 2015, 200 ff.
- RITTER THOMAS, Entstaatlichung der deutschen Notariatsverfassung – Das Urteil des EuGH vom 24.5.2011 – C-54/05, EuZW 2011, 707 ff.
- RIVA ENRICO, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007
- RÖBKE MARC, EuGH: Transparenz der Auftragsvergabe für Krankentransportleistungen, EuZW 2010, 543 ff.
- ROHNER THOMAS/LERCH MATTHIAS, Kommentierung von Art. 1 LugÜ, in: Oetiker Christian/Weibel Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. ROHNER/LERCH, BSK LugÜ, Art. 1 N ...)
- ROTH HERBERT, Deregulierung der lateinischen Notariatsverfassung durch Europäisierung? – Eine Bilanz, EuZW 2015, 734 ff.
- ROTHENBÜHLER FRITZ, Freizügigkeit für Anwälte, Grundzüge des schweizerischen und europäischen Anwaltsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Freizügigkeit, Diss. Freiburg, Bern 1995
- RUF PETER, Notariatsrecht, Langenthal 1995
- RÜFNER WOLFGANG, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung, Habil. Bonn 1966, Berlin 1967
- RUIZ FABRI HÉLÈNE/CRONTIRAS JEAN-PHILIPPE, L'Organisation mondiale du commerce et les services publics, les rapports de l'IDDRI, 2. Aufl., Paris 2003
- RÜTSCHKE BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, 153 ff.

- RUTZ SAMUEL/SCHMID LUKAS, Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen, Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, Zürich 2014, online abrufbar unter <avenir-suisse.ch> → Publikationen
- SALADIN PETER, Wozu noch Staaten?, Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Bern 1995
- SAND INGER-JOHANNE, From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society, *Scandinavian Studies in Law* 2007, 274 ff.
- SCHILL STEPHAN, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, *Der Anfang vom Ende eines Privilegs?*, *NJW* 2007, 2014 ff.
- SCHILLER GERNOT, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, *EuR* 2004, 27 ff.
- SCHIMPFHAUSER EVA MARIA, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, Dargestellt am Beispiel des Strafvollzuges, Diss. Passau 2008, Frankfurt am Main 2009
- SCHINDLER BENJAMIN, Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem, in: Augsberg Steffen/Wapler Friederike/Cremer Wolfram/Schindler Benjamin, et al. (Hrsg.), Gleichheit, Vielfalt, technischer Wandel: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Bonn vom 3.–6. Oktober 2018, Frankfurt 2019, 167 ff.
- SCHLATTER ELIANE, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss. 2008, Zürich/Basel/Genf 2009
- SCHMID CHRISTOPH U./PINKEL TOBIAS, Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung, *NJW* 2011, 2928 ff.
- Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission/Deutschland (EuGH C-54/08), *Hanse Law Review* 2009, 129 ff.
- SCHNELL CHRISTINA, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Diss., Zürich/Basel/Genf 2010
- SCHOLLENDORF KAI, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), Diss. Mainz 2003, Berlin 2005
- SCHOTT MARKUS, Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Habil. Zürich 2009, Zürich/Baden-Baden 2010
- SCHÜBEL-PFISTER ISABEL, Sprache und Gemeinschaftsrecht, Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof, Diss. Bayreuth 2002, Berlin 2004

- SCHUPPLI ROMAN, Private Sicherheitsdienste im Spannungsfeld von Gewaltmonopol und Grundrechten, Sicherheit und Recht 2019, 49 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder ('de facto Mitgliedschaft' der Schweiz und Liechtensteins), Aufsätze und Publikationen aus dem Bundesgericht 9/2008, online abrufbar unter <bger.ch> → Bundesgericht → Publikationen → Aufsätze und Publikationen aus dem Bundesgericht (zit. Auswirkungen)
- Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, 265 ff. (zit. Einfluss)
 - Dynamik oder Statik in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum EU-Recht?, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015, 77 ff. (zit. Dynamik oder Statik)
- SENTI RICHARD/HILPOLD PETER, WTO, System und Funktionsweise der Welt handelsordnung, 2. Aufl., Zürich 2017
- SIMON SVEN, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Diss. Giessen 2008, Tübingen 2009
- ŠKRBIĆ AJLA/FRNDIĆ IMAMOVIĆ MELIHA, The Sovereignty of the Member States of International Organizations with Special Focus on European Union, ECLIC 2017, 309 ff.
- SPESCHA MARC/BOLZLI PETER/DE WECK FANNY/PRIULI VALERIO, Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020
- STÖCKLI ANDREAS, Der Berner Notar in Basel, Fallbearbeitung auf dem Gebiet des öffentlichen Wirtschaftsrechts mit seinen internationalen Bezügen, ius.full 2015, 175 ff.
- STRAUSS THOMAS, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG, Diss. Jena 1999, Berlin 2000
- STREINZ RUDOLF, Europarecht: Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Unionsrechtlicher Begriff des Arbeitnehmers, Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung als Bereichsausnahme, JuS 2015, 469 ff. (zit. Haralambidis)
- Europarecht, 11. Aufl., Heidelberg 2019 (zit. Europarecht)
- STREINZ RUDOLF (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare, Band 57, EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018 (zit. BEARBEITER/-IN, Streinz AEUV, Art. ... N ...)
- FELLER URS/BLOCH JÜRIG, Kommentierung von Art. 19 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. FELLER/BLOCH, Art. 19 ZPO N ...)

- THEBRATH HERMANN, Inkrafttreten der bilateralen Abkommen Schweiz–EU, Jusletter vom 30. September 2002
- THYM DANIEL, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 ff.
- TIEDTKE ESTHER, GATS als unmittelbar geltendes Recht in der EU und Deutschland mit besonderem Blick auf «Bildungsdienstleistungen» am Beispiel von E-Learning, Diss., 2012 Kassel
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz–EU, Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Zürich 2013 (zit. Grundzüge)
- Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 2021-05.1 vom 2. Mai 2021, online abrufbar unter brevier.eur-charts.eu (zit. Brevier)
- TSCHANNEN PIERRE, L'État et les acteurs privés/Hoheitliches Handeln von Privaten, in: Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (Hrsg.), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Étienne Poltier, Zürich/Basel/Genf 2020, 781 ff.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2006
- VANDUZER ANTHONY, Health, Education and Social Services in Canada: The Impact of the GATS, in: Curtis John M./Ciuriak Dan (Hrsg.), Trade Policy Research 2004, Ottawa 2004, 287 ff.
- VELTMANN DORIS, Der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts der Arbeitnehmer gem. Art. 48 EGV (Art. 39 EGV n.F.), Die Begriffe 'Arbeitnehmer' und 'Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung', Diss. Münster 1999, Münster/Hamburg 2000
- VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss., Zürich 2000
- VOKINGER KERSTIN NOËLLE/ROHNER NOAH, Impfblogatorium und Impfpflicht – eine staatsrechtliche Würdigung, recht 2020, 257 ff.
- VOLK CHRISTIAN, The Problem of Sovereignty in Globalized Times, Law, Culture & the Humanities 2019, 1 ff.
- WÄGENBAUR ROLF, Zur Verleihung des Friedensnobelpreises an die Europäische Union, EuZW 2013, 1 ff.

- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.),
Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/-IN,
BSK BV, Art. ... N ...)
- WEBER KARL, Das neue Binnenmarktgesetz, SZW 1996, 164 ff.
- WEISS FRIEDL, Internationaler Dienstleistungshandel, in: Tietje Christian (Hrsg.),
Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin/Boston 2015, 237 ff.
- WIEDERKEHR RENÉ/PLÜSS KASPAR, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts,
Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020
- WILLOWEIT DIETMAR, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, Landesobrigkeit,
Herrschaftsrechte und Territorium in der Rechtswissenschaft der Neuzeit, Habil.
Heidelberg, Köln 1975
- WITTKOPP ULRICH H., Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbe-
halte, Eine Untersuchung zu den Artikeln 48 Abs. 4 und 55 Absatz 1 des EWG-
Vertrages, Diss. Hamburg, Baden-Baden 1977
- WÜGER DANIEL, Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen, in:
Cottier Thomas/Achermann Albert/Wüger Daniel/Zellweger Valentin (Hrsg.), Der
Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Beiträge zu Verhältnis und
methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Bern 2001, 93 ff.
(zit. direkte Anwendbarkeit)
- Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen
Recht, Grundlagen, Methoden und Kriterien, Diss. 2004, Bern 2005
(zit. Grundlagen)
 - Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an: Ein Schritt
vorwärts, ein Schritt zurück, Jusletter vom 4. April 2005 (zit. Freihandels-
abkommen)
- WUNDER KILIAN, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und
Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen
Gemeinschaft, Diss. Basel, Basel/Genf/München 1998
- ZACHARIAS DIANA, Commentary of Article I GATS, in: Wolfrum Rüdiger/Stoll
Peter-Tobias/Feinäugle Clemens A. (Hrsg.), WTO – Trade in Services, Max
Planck Commentaries on World Trade Law, Band 6, Leiden/Boston 2008 (zit.
ZACHARIAS, Art. IN ...)
- ZANDER FRANK, Die Auswirkungen des Unionsrechts auf den deutschen Rettungs-
dienst, Diss. Augsburg, Hamburg 2010
- ZIEGLER ANDREAS R., Internationales Wirtschaftsrecht, Eine Einführung (unter
Einschluss des Aussenwirtschaftsrechts der Schweiz), 2. Aufl., Bern 2017
- ZOLLINGER MARCO, Die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht, Ein
Streifzug durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anwendungsbereich
von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes, AJP 2021, 386 ff.

- ZÜRCHER BORIS/ZWALD THOMAS, Grundzüge der Revision des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt, Die Volkswirtschaft 2004, 4 ff.
- ZWALD THOMAS, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, 399 ff. (zit. Binnenmarktgesetz)
- Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: Epiney Astrid/Gammenthaler Nina/Hochreutener Inge (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich/Basel/Genf 2008, 93 ff. (zit. Marktzugang)

Materialienverzeichnis

Bund

BBT, Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT): Neue Europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen RL 2005/36/EG, online abrufbar unter <sbfi.admin.ch> → Publikationen (zit. Bericht Anerkennung)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft und die Erweiterung der Bundesanwaltschaft vom 29. April 1935, BBl 1935 I 742 (zit. Botschaft Sicherheit der Eidgenossenschaft)

Botschaft des Bundesrates über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 805 (zit. Botschaft Ablehnung EWR)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft BV).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 1213 (zit. Botschaft BGBM)

Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128 (zit. Botschaft sektorielle Abkommen 1999)

Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 (zit. Botschaft revBGBM)

Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer vom 25. Juni 2008, BBl 2008 6885 (zit. Botschaft revMWSTG).

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel: Konkurs und Nachlassvertrag), BBl 2017 4125 (zit. Botschaft Konkursrecht)

- Bundesrat, Bericht über WTO/GATS-Verhandlungen und Ausnahmen im öffentlichen Dienstleistungsbereich und im Subventionssystem, In Erfüllung des Postulats 03.3456 der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrats vom 14. August 2003 ‘WTO-Verhandlungen. Ausnahmen im öffentlichen Dienstleistungsbereich und Subventionssystem’ vom 2. Dezember 2005, online abrufbar unter <seco.admin.ch> → Dokumente → WTO/GATS (zit. Bericht GATS)
- Bundesrat, Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 (zit. Bericht Völkerrecht)
- Bundesrat, Kurzbericht des Bundesrates über die Erreichung der strategischen Ziele im Jahr 2020, Skyguide, online abrufbar unter <uvek.admin.ch> → Bundesnahe Betriebe → Skyguide → Dokumente (zit. Kurzbericht Skyguide 2020)
- Bundesrat, Bericht betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 26. Mai 2021, online abrufbar unter <eda.admin.ch> → Verhandlungen und offene Themen → Verhandlungen → Institutionelles Abkommen (zit. Bericht InstA)
- EDA, Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz–EU, 16. Januar 2019, online abrufbar unter <eda.admin.ch> → Verhandlungen und offene Themen → Verhandlungen → Institutionelles Abkommen (zit. Erläuterungen InstA)
- EDA, Informationsblatt Personenfreizügigkeit, Juni 2019, online abrufbar unter <eda.admin.ch> → Bilaterale Abkommen → Überblick → Bilaterale Abkommen I (1999) → Personenfreizügigkeit (zit. Informationsblatt Personenfreizügigkeit)
- EDA, Informationsblatt Europapolitik, Februar 2020, online abrufbar unter <eda.admin.ch> → Europapolitik der Schweiz → Überblick (zit. Europapolitik)
- EDA, Informationsblatt Institutionelles Abkommen, November 2020, online abrufbar unter <eda.admin.ch> → Verhandlungen und offene Themen → Verhandlungen → Institutionelles Abkommen (zit. Informationsblatt InstA)
- EDA, Schweiz–EU in Zahlen, Statistiken zu Handel, Bevölkerung und Verkehr, November 2020, online abrufbar unter <eda.admin.ch> → Dienstleistungen und Publikationen → Schweiz–EU in Zahlen (zit. Zahlen)
- FINMA, Rundschreiben 2011/1: Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV), Inkraftsetzung: 1. Januar 2011, letzte Änderung: 26. Oktober 2016 (zit. FINMA, Rundschreiben Finanzintermediär)
- GPK-N, Dienstleistungs- und Personenverkehr in der Schweiz, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats auf der Grundlage einer Evaluation der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle vom 27. Juni 2000, BBl 2000 6027 (zit. Bericht Auswirkungen BGBM)

- GPK-N, Auswirkungen von Freihandelsabkommen, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 4. Juli 2017 Auswirkungen von Freihandelsabkommen, BBl 2017 7577 (zit. Auswirkungen von Freihandelsabkommen)
- PVK, Evaluation: Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt?, Schlussbericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats, 11. Februar 2000, BBl 2000 6040 (zit. Evaluation)
- SECO, 15 Jahre Personenfreizügigkeit, 13. Bericht des Observatoriums zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU, Auswirkungen der Personenfreizügigkeit auf den Schweizer Arbeitsmarkt vom 4. Juli 2017, online abrufbar unter <seco.admin.ch> → Publikationen und Dienstleistungen → Publikationen → Arbeit → Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen → Observatoriumsberichte (zit. 13. Bericht Observatorium FZA)
- SECO, 16. Bericht des Observatoriums zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU Auswirkungen der Personenfreizügigkeit auf Arbeitsmarkt und Sozialversicherungen vom 29. Juni 2020, abrufbar unter <seco.admin.ch> → Arbeit → Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen → Das Observatorium zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU (zit. 16. Bericht Observatorium FZA)
- SECO, Wirtschaftliche Bedeutung der Freihandelsabkommen für die Schweiz, Fokus auf Partner ausserhalb der EU, November 2016, online abrufbar unter <seco.admin.ch> → Publikationen und Dienstleistungen → Publikationen → Aussenwirtschaft → Freihandel (zit. Wirtschaftliche Bedeutung)
- WEKO-Jahresbericht 2012, Spezialthema Binnenmarkt Schweiz, RPW 2013/1, 13 (zit. Spezialthema Binnenmarkt).
- WEKO, Empfehlung vom 23. September 2013 betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, RPW 2013/3, 399 ff. (zit. Freizügigkeit Notare)

EU

- Europäische Kommission, Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Zugang zur Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung der Mitgliedstaaten – Aktion der Kommission auf dem Gebiet der Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag, ABl. C 72 vom 18. März 1988, 2 (zit. Aktion Freizügigkeit)

WTO

- Committee on Regional Trade Agreements, Establishment of the European Union, Services, Communication from the European Communities and their Member States, WT/REG39/1, 24. April 1998 (zit. CRTA, Communication EC)
- Committee on Regional Trade Agreements, Examination of the Treaties Establishing the European Union, Services, Note on the Meeting of 24 September 1998, WG/REG39/M/4, 13. Oktober 1998, (zit. CRTA, European Union)

- Committee on Regional Trade Agreements, The European Communities-Hungary Europe Agreement, Services; the European Communities-Poland Europe Agreement, Services; and the European Communities-Slovak Republic Europe Agreement, Services, Joint Communication from the Parties, WT/REG50/2/Add.3, WT/REG51/2/Add.3, WT/REG52/2/Add.3, 19. Mai 1999 (zit. CRTA, Joint Communication EC/Hungary)
- Council for Trade in Services, Education Services, Background Note by the Secretariat, 23. September 1998, S/C/W/49 (zit. CTS, Education Services)
- Council for Trade in Services, Environmental Services, Background Note by the Secretariat, 6. Juli 1998, S/C/W/46 (zit. CTS, Environmental Services)
- Council for Trade in Services, Health and Social Services, Background Note by the Secretariat, 18. September 1998, S/C/W/50 (zit. CTS, Health and Social Services).
- Council for Trade in Services, Legal Services, Background Note by the Secretariat, 6. Juli 1998, S/C/W/43 (zit. CTS, Legal Services)
- Council for Trade in Services, Postal and Courier Services, Background Note by the Secretariat, 12. Juli 1998, S/C/W/39 (zit. CTS, Postal and Courier Services)
- Council for Trade in Services, Report of the Meeting Held on 14 October 1998, Note by the Secretariat, S/C/M/30, 12. November 1998 (zit. CTS, Report 14. Oktober 1998)
- Council for Trade in Services, Report of the Meeting Held on 23 and 24 November 1998, Note by the Secretariat, S/C/M/31, 9. Dezember 2000 (CTS, Report 23./24. November 1998)
- Dominican Republic, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/28, 15. April 1994 (zit. Dominican Republic, Specific Commitments)
- European Communities and their Member States, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/31, 15. April 1994 (zit. EC, Specific Commitments)
- Group of Negotiations on Services, Communication from the European Communities, Proposal by the European Community, Draft General Agreement on Trade in Services, MTN.GNS/W/105, 18. Juni 1990 (zit. GNS, Proposal EC)
- Group of Negotiations on Services, Definitions in the Draft General Agreement on Trade in Services, Note by the Secretariat, MTN.GNS/W/139, 15. Oktober 1991 (zit. GNS, Definitions)
- Group of Negotiations on Services, Draft Multilateral Framework for Trade in Services, Introductory Note by the Chairman on the Negotiations on a Framework Agreement, MTN.GNS/35, 23. Juli 1990 (zit. GNS, Introductory Note)
- Group of Negotiations on Services, Informal GNS Meeting, Chairman's Statement, MTN.GNS/49, 10. Dezember 1993 (zit. GNS, Chairman's Statement)

- Group of Negotiations on Services, Note by the Secretariat, MTN.GNS/42, 27. Mai 1991 (zit. GNS, Note Secretariat, 27. Mai 1991)
- Group of Negotiations on Services, Note by the Secretariat, MTN.GNS/43, 15. Juli 1991 (zit. GNS, Note Secretariat, 15. Juli 1995)
- Group of Negotiations on Services, Working Group on Professional Services, Note on the Meeting of 30–31 July 1990, MTN.GNS/PROF/1, 29. August 1990 (zit. GNS, Professional Services)
- Hongkong, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/38, 15. April 1994 (zit. Hongkong, Specific Commitments)
- Republic of Bulgaria, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/122, 21. Mai 1997 (zit. Bulgaria, Specific Commitments)
- Switzerland, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/83, 15. April 1994 (zit. Switzerland, Specific Commitments)
- Trade Negotiations Committee, Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, MTN.TNC/W/35, 3. Dezember 1990 (zit. TNC, Draft Final Act)
- Working Party on GATS Rules – Report of the Meeting of 6 October 1998 – Note by the Secretariat, S/WPGR/M/18, 13. November 1998 (zit. Working Party, Report 6. Oktober 1998)
- Working Party on GATS Rules, Report of the Meeting of 19 February 1999, Note by the Secretariat, S/WPGR/M/20, 17. März 1999 (zit. Working Party, Report 19. Februar 1999)
- WTO, A Handbook on the GATS Agreement, A WTO Secretariat Publication, Prepared by the WTO Trade in Services Division, New York 2005 (zit. Handbook GATS)
- WTO, Analytical Index, Annex 1B: General Agreement on Trade in Services (GATS), Article 1, Jurisprudence, nur online publiziert, Stand Dezember 2020, <wto.org>
→ resources → research/analysis → wto publications → wto analytical index
→ annex 1b: general agreement on trade in services → Article 1 → Jurisprudence (zit. Analytical Index)
- WTO, Guidelines and Procedures for the Negotiations on Trade in Services, S/L/93, 29. März 2001 (zit. Guidelines)
- WTO, Market Access: Unfinished Business, Post-Uruguay Round Inventory and Issues, Special Study No. 6, Genf 2001 (zit. Market Access)
- WTO, Speech by David Hartridge, Director of Trade in Services Division, WTO Secretariat, 27. November 2000, online abrufbar unter <wto.org> → wto news → 2000 news → 12.12.00 WTO Secretariat hits false attacks against GATS (zit. Hartridge)

Einleitung

An den Hoheitlichkeitsbegriff werden in diversen Rechtsgebieten vielfältige Rechtswirkungen geknüpft. Es mag daher erstaunen, dass Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre dem Begriff bis anhin keine scharfen Konturen zugewiesen haben. Vielmehr wird das kontradiktorische Begriffspaar «hoheitlich» und «nicht hoheitlich» nicht selten aufgrund uneinheitlicher Abgrenzungskriterien ausgelegt, was Verwirrung stiftet und zu inkonsistenten wie auch unbefriedigenden Resultaten in der Rechtsanwendung führt.¹

Paradigmatisch offenbart sich die Abgrenzungsfrage zwischen «hoheitlichem» und «nicht hoheitlichem» Handeln im Freizügigkeitsrecht: Auf nationaler Ebene umfasst der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes «jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit». Zur Frage, welche Tätigkeiten im Sinne des im Binnenmarktgesetz niedergelegten Souveränitätsvorbehaltes zugunsten der Kantone als hoheitlich aufzufassen sind, äussert sich das Gesetz jedoch nicht weiter, weshalb dessen Inhalt durch Auslegung zu ermitteln ist. Bei der Auslegung von integrationsausschliessenden Bereichsausnahmen sind die Reflexwirkungen äquivalenter Ausnahmebestimmungen in bestehenden bilateralen Freizügigkeitsvereinbarungen der Schweiz mit der EU, im unionalen Freizügigkeitsrecht und gar im multilateralen Freizügigkeits-

¹ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 620; DIEBOLD, Sachverständige, 1163.

recht von eminenter Bedeutung und – nicht nur aus rechtswissenschaftlicher, sondern vor allem auch aus politischer Perspektive – von besonderem Interesse. Diese spannenden Interdependenzen zwischen den einzelnen Ebenen des Freizügigkeitsrechts geben den unmittelbaren Anstoss zur vorliegenden Untersuchung.

- 3 Freilich handelt es sich beim Hoheitlichkeitsbegriff *per se* nicht ausschliesslich um einen juristischen, durch Auslegung klar ermittelbaren Rechtsbegriff, sondern vielmehr um einen dynamischen, mit politischen, philosophischen und soziologischen Werten aufgeladenen Terminus mit langer Entwicklungsgeschichte. Mitunter beeinflusst die andauernde Transformation des Staatsverständnisses die Determination des Hoheitlichkeitsbegriffs. Der moderne Staat charakterisiert sich nicht mehr in erster Linie durch innere Souveränität, Herrschaft und Hoheitsgewalt, sondern in erheblichem Masse über *Service public*, Gewährleistungspflichten und Zusammenarbeit auf inter- bzw. supranationaler Ebene. Auch die Tendenz, Tätigkeiten im Bereich der Verwaltung zu privatisieren, zu deregulieren und zu effektivieren, schnürt den Anwendungsbereich von «hoheitlicher» Staatsgewalt immer enger und rückt die mitunter unscharfe Abgrenzung zwischen Staat und Gesellschaft in den Mittelpunkt.
- 4 *L'état, c'est quoi?* Nicht zuletzt im Zuge der gegenwärtigen Pandemie bleibt diese Frage auch weiterhin schwierig zu beantworten. Unverhofft und plötzlich sind «hoheitliche» Ge- und Verbote omnipräsent, werden Grenzen zwischen Staaten sichtbar(er) und ist selbst die seit Jahrzehnten gelebte Freizügigkeit zwischen europäischen Staaten oder gar innerhalb der Landesgrenzen stark eingeschränkt.² Gleichzeitig werden im schier undurchdringbaren Massnahmendickicht immer wieder die Grenzen des schweizerischen Föderalismus und des bilateralen Wegs bei Problemen überregionaler Natur evident.
- 5 In diesen Spannungsfeldern setzt sich vorliegende Arbeit zum Ziel, Entwicklung und Funktion des Hoheitlichkeitsbegriffs im gegenwärtigen Staatsrecht zu beleuchten und insbesondere dessen Bedeutung im Bereich des Freizügigkeitsrechts zu exzerpieren. Sie will den Spielraum des facettenreichen Begriffs eingrenzen, dadurch einen Beitrag zur gebotenen Klärung schaffen sowie die verschiedenen Anwendungsschwierigkeiten aufzeigen und Lösungsmöglichkeiten präsentieren.
- 6 Die Darstellung dieser Thematiken erfolgt im Rahmen zweier Teile: Ausgangspunkt und breit erörterter Orientierungsrahmen bildet in einem ersten Teil die Untersuchung der allgemeinen Funktion und Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs im schweizerischen Recht. Eine erste Annäherung soll über eine begriffshistorische Herleitung erreicht werden. Hiernach wird der Begriff in den Kontext des ihm zu Grunde liegenden Verständnisses in der heutigen schweizerischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und

² Vgl. MÜLLER/TAXER, COVID 19, § 20 N 13 ff.

Doktrin eingebettet. Dazu wird eine eingehende Analyse der rechtsgebietsübergreifenden Begriffsverwendung und -bedeutung vorgenommen. Durch diese Auslegeordnung sollen möglichst universelle Abgrenzungskriterien erarbeitet werden, mit denen es gelingt, verschiedene Tätigkeiten und Handlungsformen unter den Hoheitlichkeitsbegriff zu subsumieren.

Aufbauend auf den Erkenntnissen dieser Vorarbeit widmet sich der zweite Teil der Arbeit sodann im Speziellen der besonderen Begriffsbedeutung von «Hoheitlichkeit» im Freizügigkeitsrecht. Die bereits erwähnten Parallelbestimmungen auf multilateraler, unionaler, bilateraler und nationaler Freizügigkeitsebene geben die mehrstufige Darstellung der Regelungen der jeweiligen Bereichsausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten» vor. Sie ermöglichen gleichzeitig eine plastische Illustration der kaskadenartigen Wirkungsketten zwischen den verschiedenen Ebenen. Innerhalb dieser Struktur wird ermittelt, ob die Beachtung der speziellen Auslegungsprinzipien im Freizügigkeitsrecht mit den im ersten Teil der Arbeit entwickelten Abgrenzungskriterien konfligiert oder ob diese auch im Bereich des Freizügigkeitsrechts fruchtbar gemacht werden können.

Erster Teil

**Konzeption und Bedeutungsebenen
von Hoheitlichkeit**

A. Ausgangslage und Methodik

Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung bilden grundlegende, begriffliche Fragen: Was bedeutet «Hoheitlichkeit»? Wann liegt eine «hoheitliche Tätigkeit» resp. «hoheitliches Handeln» vor? 8

Wie zu zeigen sein wird, ist der Hoheitlichkeitsbegriff kein homogen verwendeter Rechtsbegriff. Sowohl der rechtswissenschaftliche Diskurs wie auch die Praxis sind durch eine mitunter verwirrende Begriffsvielfalt geprägt.³ Im Rahmen einer juristischen Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs in verschiedenen Rechtsgebieten, insbesondere im Freizügigkeitsrecht, erscheint daher vorweg eine Begriffsbestimmung unerlässlich. Kern des ersten Teils bilden vor diesem Hintergrund die Herleitung des Begriffsinhalts von «Hoheitlichkeit» und die Darstellung der mit diesem Begriffsverständnis verbundenen rechtlichen Konzeptionen. Ziel ist es, dem unscharfen Rechtsbegriff Konturen zu verleihen und dessen praktische Bedeutung in verschiedenen Rechtsgebieten, namentlich im Freizügigkeitsrecht, näher zu beleuchten. 9

Bei alledem wird zu berücksichtigen sein, dass es sich beim Hoheitlichkeitsbegriff nicht um einen ausschliesslich juristischen, unter Anwendung des klassischen Kanons der Auslegungselemente klar fassbaren Rechtsbegriff handelt.⁴ Viel eher ist der Begriff auch mit politischen, philosophischen und soziologischen Werten durchzogen, die sich teilweise erst im Laufe von dessen Entwicklungsgeschichte angesammelt haben.⁵ 10

³ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 620.

⁴ Vgl. TSCHANNEN, 781 ff.; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 620 ff.; JAAG, Staatshaftung, 53 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 28 ff.

⁵ LEITGES, 20.

- 11 Die Verwendung vielschichtiger und mithin aufgrund multidisziplinärer Einflussfaktoren wandelbarer Begriffe stellt in der Rechtswissenschaft keine Seltenheit dar. Gerade das Verfassungsrecht entwickelt sich seit jeher massgeblich auch durch wandelbare Werte, die sich im Laufe der Zeit in sprachlich unverändert bleibende Begriffe einlagern und das entsprechende Begriffsverständnis neu prägen.⁶ Solch «unbestimmte Rechtsbegriffe»⁷ finden sich freilich nicht nur auf Verfassungsebene, sondern in sämtlichen Rechtsgebieten. Bezüglich des Hoheitlichkeitsbegriffs erscheint dabei problematisch, dass seine Entstehung mit einer bestimmten Herrschaftsstruktur des neuzeitlichen Staats verknüpft ist.⁸ Charakter und Verständnis des Staats haben sich aber im Laufe der Zeit insbesondere durch Zunahme von Leistungs- und Gewährleistungsaufgaben, aber auch durch internationale Zusammenarbeit erheblich verändert.⁹ Im modernen Staatsverständnis ist der Staat nicht mehr in erster Linie durch innere Souveränität, Staatsgewalt und Herrschaft gekennzeichnet, sondern in ganz erheblichem Masse auch durch *Service public* und Leistungsverwaltung.¹⁰ Zudem partizipiert er immer öfter und in unterschiedlichen Formen als gleichberechtigter Marktteilnehmer und Konkurrent am Wirtschaftsleben.¹¹ All dies führt zu einer zunehmenden Verwischung der Grenzen zwischen «Staat» und «Gesellschaft».¹²
- 12 Nicht zuletzt ist auch das Konzept «nationaler» Souveränität und Hoheitlichkeit im Zeitalter der Globalisierung einem tiefgreifenden Wandel unterworfen. Wesentliche Teile der verfassungsmässigen Kompetenzen nationaler Behörden werden an supranationale Organisationen übertragen oder *de facto* von nationalen Behörden und internationalen Organisationen gemeinsam im Rahmen internationaler Verhandlungen und Verpflichtungen wahrgenommen.¹³ In akzentuierter Art und Weise gilt dies aufgrund ihrer besonders engen Verflechtung für die europäischen Staaten.¹⁴ Die Schweiz als Nichtmitglied der EU erfährt Beschränkungen ihrer nationalen Souveränität dagegen nicht direkt durch supranationales Unionsrecht. Eine Europäisierung des schweizerischen Rechts findet aber in erheblichem Masse durch «autonomen Nachvollzug», bilaterale Verträge mit der EU und grundlegendes Völkerrecht wie etwa die EMRK statt.¹⁵

⁶ LEITGES, 20.

⁷ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 153, 269, 335c, 502, 1414a.

⁸ LEITGES, 193 ff.

⁹ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1 ff.; TSCHANNEN, 782 ff.

¹⁰ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 36.

¹¹ Vgl. statt vieler HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1694 ff.; TSCHANNEN, 784 ff.

¹² TSCHANNEN, 782 f.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 89 ff.; LEISNER, 110 ff.

¹³ SAND, 275; LUCAS, 7 ff.; MACCORMICK, 123 ff.; DELBRÜCK, 13 ff.; FEINÄUGLE, 21 ff.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 23 und Rz. 63 ff.; SALADIN, 54 f.

¹⁴ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 23; vgl. COTTIER, Impact, 216 ff.

¹⁵ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 64 ff.; COTTIER, Souveränität, 348 ff.; vgl. unten, Rz. 545 ff.

Ganz unbesehen davon unterliegen politisch-staatsrechtliche Begriffe *per se* einem fortwährenden Bedeutungswandel. So wird etwa aus heutiger rechtshistorischer Sicht die Übertragbarkeit des Begriffes «Staat» auf gewisse historische Herrschaftszustände im Mittelalter diskutiert.¹⁶ Die Verwendung des Staatsbegriffes für mittelalterliche oder noch frühere Verbände umschreibt dabei nicht selten bloss ein gesellschaftliches Herrschaftsphänomen.¹⁷ Zwar gab es bereits vor der Rezeption des römischen Rechts auch im Umfeld des heutigen Staatsgebiets der Schweiz Ansätze zu einer institutionalisierten und entpersonalisierten Betrachtung von Herrschaftsphänomenen. Allerdings sind die diesbezüglichen Überlieferungen bloss bruchstückhaft.¹⁸ Die Bezeichnung «Staat» im klassischen Sinn ist jedenfalls erst ab dem 16. Jahrhundert für die Epoche des neuzeitlichen Territorialstaates einschlägig.¹⁹ 13

Die Bestimmung des Hoheitlichkeitsbegriffs und seine historische Aufarbeitung werden schliesslich durch den Umstand verkompliziert, dass der Begriff eine singuläre, deutschsprachige Erscheinung ist. Insbesondere ist er nicht ohne weiteres mit dem aus dem französischsprachigen Rechtskreis stammenden Souveränitätsbegriff deckungsgleich, auch wenn offensichtlich zahlreiche Berührungspunkte vorhanden sind.²⁰ 14

All dies vorausgeschickt, bietet sich für das Folgende in einem ersten Schritt eine weitere Annäherung an den Hoheitlichkeitsbegriff durch die Untersuchung einiger terminologischer Sinnvariationen (B.) an, gefolgt von einer kurzen interdisziplinären Begriffsherleitung mittels historischer Semantik.²¹ Die entsprechenden Darlegungen beginnen bei den historischen Anfängen des Hoheitlichkeitsbegriffs (C.) und münden in einen Versuch, das aktuelle Begriffsverständnis und die Funktion des Hoheitlichkeitsbegriffs im modernen Staatsverständnis zu definieren (D.). 15

B. Begriffliche Sinnvariationen

Der Begriff «Hoheitlichkeit» ist eine Substantivierung des Adjektivs «hoheitlich». 16 Die Begriffe «Hoheitlichkeit» resp. «hoheitlich» stellen wiederum Abwandlungen von «Hoheit» dar. Die Suffixe «-lich» bzw. «-keit» kennzeichnen die Zugehörigkeit zur ursprünglichen Begriffsfassung.²² Seit dem 14. Jahrhundert wird der Begriff «Hoheit» im Mittelhochdeutschen für die lateinischen Begriffe «*celsitudo*» («*hochkeit*» oder «*hocheit*») bzw. «*altitudo*» («*hockeyt*») verwendet. Als *Hocheit* setzt er sich im

¹⁶ LEITGES, 194; MÜLLER, Demokratische Verfassung, 127.

¹⁷ LEITGES, 194; vgl. unten, Rz. 19 ff.

¹⁸ PAHUD DE MORTANGES, Rz. 1 ff.

¹⁹ PAHUD DE MORTANGES, Rz. 40 ff.; vgl. LEITGES, 194.

²⁰ LEITGES, 194; vgl. MÜLLER, Demokratische Verfassung, 127 ff.; vgl. unten, Rz. 22 ff.

²¹ Vgl. zu dieser Methodik im Allgemeinen FRITZ, 11 ff.

²² Vgl. LEITGES, 195.

Neuhochdeutschen bis ins 17. Jahrhundert fort, bevor er allmählich die heutige Gestalt annimmt.²³

- 17 Deutschsprachige Wörterbücher lassen für den Begriff «Hoheit» verschiedene Sinnvarianten zu: Die älteste Bedeutung ist jene als Titel bzw. Anredeformel für Fürsten²⁴ (Kaiser, Könige, Landfürsten).²⁵ Später wird Hoheit auch im Sinne von «Erhabenheit» verwendet, wobei damit Erscheinungen gemeint sind, die auf den menschlichen *Geist* «erhebend und imponierend wirken».²⁶ Damit verwandt ist auch die Verwendung von «Hoheit» als Ausdruck erhöhter gesellschaftlicher Stellung, also bezugnehmend auf den hohen sozialen Rang und die damit einhergehende «erhöhte» Würde einer Person.²⁷
- 18 Hoheit kann aber auch im Sinne von Herrschaftsmacht, also der höchsten Gewalt, die einem Territorialherrn bzw. Territorialstaat zukommen kann, verstanden werden. Dies ist im heutigen (juristischen) Sprachgebrauch die vorherrschende Bedeutung, wobei zumeist die «oberste Staatsgewalt» bzw. «Souveränität» (eines Staates) regelmässig als Synonyme verwendet werden.²⁸ Die dieser Arbeit zugrundeliegende, soweit ersichtlich vor allem in der Schweiz übliche Abwandlung «*Hoheitlichkeit*» bezieht sich auf den Hoheitsbegriff in ebendieser Sinnvariante von «herrschaftlichen Machtbefugnissen» oder eben «*Hoheitsrechten*».²⁹

C. Begriffsgeschichtliche Herleitung

I. Frühzeitliche bzw. spätmittelalterliche Herrschaftstheorien

- 19 Die Entwicklungsgeschichte des Hoheitlichkeitsbegriffs im erörterten Sinn nimmt ihren Ausgang in den Regalien³⁰ der mittelalterlichen und früh-neuzeitlichen Machträ-

²³ LEITGES, 195 m.w.H.

²⁴ Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass nachfolgend überwiegend der generische Maskulin verwendet wird. Dieser schliesst die weibliche Form selbstverständlich jeweils mit ein.

²⁵ LEITGES, 195 m.w.H.

²⁶ LEITGES, 196 ff.

²⁷ LEITGES, 198.

²⁸ «Hoheit» auf Duden online, [duden.de/node/67667/revision/67703](https://www.duden.de/node/67667/revision/67703).

²⁹ Vgl. LEITGES, 199.

³⁰ Abgeleitet vom Lateinischen «*iura regalia*»; übersetzt in etwa «königliche/fürstliche Rechte». Dieser historische Bezug lässt sich bis heute plastisch anhand der französischsprachigen schweizerischen Gesetzestexte und Rechtsprechung nachweisen, die als Übersetzung des Begriffs der «hoheitlichen Tätigkeiten» meist jenen der «*activités regaliennes*» verwenden; vgl. dazu etwa den französischen Wortlaut des für vorliegende Arbeit zentralen Art. 1 Abs. 3 BGBM: «*Par activité lucrative au sens de la présente loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain.*». Ferner ist auch die Verwandtschaft zu den kantonalen Regalrechten (Art. 94 Abs. 4 BV; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 719) offensichtlich.

ger.³¹ In diesen Perioden bestand im deutschsprachigen Raum eine Vielzahl von Gebietsorganisationsformen. Von «Staaten» gemäss heutigem Verständnis kann keine Rede sein, da es an einheitlicher Staatsgewalt genauso mangelte wie an festen Territorien. Staatsähnliche Gebilde wie insbesondere Königtümer waren vorherrschend und überlagerten sich teilweise.³²

Die Regalien waren Herrschaftsrechte, die grösstenteils fränkischer Zeit entstammten.³³ Zu ihnen zählten etwa das königliche Marktregal, das Zoll- und das Münzregal, aber auch das aus der Stellung des Königs als oberster Heerführer abgeleitete Befestigungs- und Bodenregal.³⁴ Regalien waren mithin sowohl finanziell nutzbare und der Mittelbeschaffung dienende Herrschaftsrechte als auch solche, die im Interesse des jeweiligen Gesellschaftsverbandes lagen. Im Mittelalter waren diese qualitativ unterschiedlich stark ausgeprägten Herrschaftsrechte noch nicht getrennt oder auch nur schon klar abgrenzbar. Sie entwickelten sich aus traditionellen Regeln und Gewohnheiten verschiedenen Ursprungs. Eine mehr oder minder gefestigte Herrschaftsstruktur ergab sich einzig durch ihre Kombination.³⁵

Die lehensrechtlich konzipierten Regalien wurden von den Territorialstaaten, zu welchen auch die Stadtstaaten der Eidgenossenschaft zählten,³⁶ in der Neuzeit zu politischen Herrschaftsrechten umformuliert.³⁷ Durch Straffung und Verdichtung dieser Herrschaftsrechte kristallisierte sich über die Jahrhunderte ein Bereich wesentlicher Herrschaftsrechte (sog. *regalia maiora*) heraus.³⁸

II. Einbruch des Souveränitätsgedankens und Landeshoheit

Die sich bis zum Anfang des 17. Jahrhunderts manifestierenden, vagen Herrschaftsstrukturen wurden durch den Einbruch des Souveränitätsgedankens entscheidend gestärkt.³⁹ Die von BODIN entwickelte Souveränitätslehre bot dabei eine neue Form der Legitimation staatlicher Herrschaft an. Souveränität umschreibt darin die ausschliesslich dem Staat zukommende, absolute und zeitlich unbegrenzte Herrschaftsgewalt.⁴⁰ Souverän ist, wer nach eigenem Belieben Recht setzen und aufheben kann und

³¹ LEITGES, 233 ff.

³² HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 11; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 33 f.; vgl. zur Thematik bereits oben, Rz. 13.

³³ LEITGES, 233; PAHUD DE MORTANGES, Rz. 17 ff. und 160 f.

³⁴ LEITGES, 233.

³⁵ LEITGES, 233 und 238 ff.; PAHUD DE MORTANGES, Rz. 19.

³⁶ PAHUD DE MORTANGES, Rz. 40.

³⁷ PAHUD DE MORTANGES, Rz. 124 ff.

³⁸ LEITGES, 214 und 232; vgl. dazu mit Bezug auf die damaligen Orte der Alten Eidgenossenschaft PAHUD DE MORTANGES, Rz. 133 ff.; vgl. m.w.H. auf die Entwicklung der theoretischen Grundlagen von Souveränität FEINÄUGLE, 30 ff.

³⁹ LEITGES, 212 ff.

⁴⁰ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 52 ff.; PAHUD DE MORTANGES, Rz. 91; GRIMM, 9 ff.

niemanden (ausser Gott) als übergeordnet anerkennen muss.⁴¹ Die Rechtssetzungsbefugnis ist nach BODIN das primäre Merkmal von Souveränität. Aus ihr leitet sich das Recht ab, Krieg zu führen, Bündnisse zu schliessen, eine Regierung zu bestimmen, als höchste Instanz über Berufungen zu urteilen und Begnadigungen auszusprechen.⁴² Mit der Einführung des Prinzips der Unteilbarkeit der Souveränität wurde die mittelalterliche Zersplitterung der Regalien überwunden. Der Staat wurde erstmals von einer einheitlichen Staatsgewalt her bestimmbar.⁴³

- 23 Diese neuartige Legitimation von Herrschaft wurde auf dem Gebiet der Alten Eidgenossenschaft relativ rasch und breit rezipiert und beendete zuvor bestehende Unklarheiten im Verhältnis zum Heiligen Römischen Reich.⁴⁴ Bereits um 1700 hatte sich das moderne Konzept von einheitlicher Staatsgewalt, Souveränität und Unabhängigkeit in der ganzen Eidgenossenschaft etabliert.⁴⁵ Mit der Beanspruchung von Souveränität wurden sowohl die einzelnen Orte wie auch die Eidgenossenschaft zu vom Heiligen Römischen Reich losgelösten Republiken, wobei gewisse untergeordnete Bindungen freilich weiterbestanden.⁴⁶
- 24 Für die begriffshistorische Entwicklung des Hoheitsbegriffs ist daher ein Seitenblick auf die parallelen Entwicklungen auf dem Gebiet des Heiligen Römischen Reichs zu werfen. Dort setzte sich die neue Herrschaftsform nach dem abstrakten Souveränitätsbegriff BODINS aufgrund spezifischer Abhängigkeitsverhältnisse lange nicht vollumfänglich durch. Angesichts der komplexen Machtverteilung zwischen Reich und Territorien musste eine Sonderform von Herrschaftsmacht für die Landesfürsten gefunden werden, die sich mit den verbliebenen Reservats- und Majestätsrechten auf Reichsebene verbinden und die Verfassungsstruktur des Heiligen Römischen Reich bestehen lassen konnte.⁴⁷
- 25 In diesem Vakuum entstand die «Landeshoheit». Mit dem Begriff wurde vor allem im 17. und 18. Jahrhundert die von einem Landesherrn ausgeübte oberste Herrschaftsgewalt über ein eingeschränktes Territorium im Heiligen Römischen Reich bezeichnet.⁴⁸ Der Begriff reflektiert einerseits die Herrschaftsstrukturen der Landesfürsten im Untertanenverhältnis («nach unten») und andererseits das Verhältnis zum Heiligen Römischen Reich in ihrer beschränkten Souveränität und unbeschränkten Abhängigkeit zur kaiserlichen Zentralgewalt («nach oben»). Landeshoheit beschreibt nach dem Gesag-

⁴¹ Jeweils m.w.H. DENZER, 179 ff.; MÜLLER, Demokratische Verfassung, 130 f.

⁴² PAHUD DE MORTANGES, Rz. 91.

⁴³ MÜLLER, Demokratische Verfassung, 130; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, 13 ff.

⁴⁴ PAHUD DE MORTANGES, Rz. 83 ff. und 124 ff.

⁴⁵ PAHUD DE MORTANGES, Rz. 91.

⁴⁶ PAHUD DE MORTANGES, Rz. 91 f.

⁴⁷ LEITGES, 215 f.; PAHUD DE MORTANGES, Rz. 38.

⁴⁸ LEITGES, 215 ff.; vgl. PAHUD DE MORTANGES, Rz. 35 ff.

ten einen Zustand von Herrschaftsgewalt, der zumindest anfänglich weniger weit reichte als die umfassende Souveränität, da die Herrschaftsgewalt eben weiterhin geteilt war.⁴⁹

Im Laufe des 18. Jahrhunderts nahm die Emanzipation der Landesfürsten vom Heiligen Römischen Reich stetig zu. Die Landesfürsten brachten etwa das Hoheitsrecht der Steuererhebung vollumfänglich unter ihre Kontrolle. Mit dem Niedergang des Heiligen Römischen Reiches zu Beginn des 19. Jahrhunderts erreichte die Landeshoheit mit der endgültigen Durchsetzung des Souveränitätsgedankens in den Territorien ihren Zenit, in dem sie beinahe ein Höchstmass an staatlicher Herrschaftsausübung umfasste.⁵⁰ Dennoch war sie nie deckungsgleich mit dem Begriff der Souveränität bzw. der modernen Staatsgewalt. Die Landeshoheit blieb stets ein Bündel von Hoheitsrechten, die «in ihrer Gesamtheit den Charakter der Landeshoheit ausmachen».⁵¹ Zu den «äusseren Hoheitsrechten», die gegenüber anderen Territorien Wirkung entfalteten, gehörten das Gesandtschaftsrecht, das Bündnisrecht, das Kriege recht sowie die völkerrechtlich geprägten Staatsservituten. Innerterritoriale Hoheitsrechte bestanden in den Bereichen Justiz, Gesetzgebung, Polizei, Militär und Steuern.⁵²

Die Ausübung dieser wesentlichen Herrschaftsrechte wirkte sich in den Zeiten der Landeshoheit nicht zuletzt auf den prozessualen Rechtsschutz der Untertanen aus: Bis zum 18. Jahrhundert war die Wahrnehmung von Hoheitsrechten von der Landesgerichtsbarkeit ausgenommen.⁵³ Nur die höchsten Reichsgerichte waren legitimiert, über Beschwerden aufgrund der Ausübung von Hoheitsrechten durch den Landesherren oder durch seine ihm unmittelbar unterstellten Behörden zu befinden. Die vor den Landesgerichten nicht angreifbaren Rechte bildeten mit anderen Worten einen eng gefassten Katalog wesentlicher Hoheitsrechte,⁵⁴ die gemäss einhelligen Lehrmeinungen auch heutzutage noch den Kern von Staatsgewalt ausmachen (Jurisdiktionsgewalt, Gesetzgebungshoheit, Polizeihöheit, Finanzhoheit, Militärhoheit).⁵⁵

III. Hoheitsrechte als Elemente moderner Staatsgewalt

Die Landeshoheit blieb – wie soeben gesehen – bis ins späte 18. Jahrhundert ein Bündel besonders wichtiger Herrschaftsrechte (eben: *Hoheitsrechte*), die in ihrer Gesamtheit die Herrschaftsstruktur in bestimmten Territorien beschrieben: Diese gingen aber

⁴⁹ LEITGES, 221 ff.

⁵⁰ WILLOWEIT, 152 ff.; LEITGES, 217 ff.

⁵¹ LEITGES, 230.

⁵² LEITGES, 223 ff.

⁵³ RÜFNER, 45.

⁵⁴ LEITGES, 222 ff.

⁵⁵ Vgl. UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 20; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 635 f.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 346 f.

nicht nur in der Eidgenossenschaft, sondern später auch auf dem restlichen Gebiet des ehemaligen Heiligen Römischen Reichs in den umfassend zu verstehenden Begriffen der Souveränität bzw. Staatsgewalt des jüngeren Staatsrechts auf.⁵⁶

- 29 Massgeblich für die Begriffsumschreibung des Staats in der neueren Staatsrechtslehre wurde die zu Beginn des 20. Jahrhunderts von JELLINEK formulierte «Dreielemententheorie». Danach wird der moderne Staat durch drei Elemente charakterisiert: Das Staatsvolk, das Staatsgebiet und die Staatsgewalt.⁵⁷ Wichtigstes Wesenselement bildet dabei die Staatsgewalt: Sie umschreibt die höchste Befehls- und Zwangsgewalt in einem Hoheitsgebiet. Sie darf nur vom Staat selbst oder aufgrund einer vom Staat ausgehenden Delegation ausgeübt werden. Dem Staat kommt mit anderen Worten das Gewaltmonopol zu.⁵⁸ Die «moderne» Staatsgewalt definiert sich dabei nicht mehr über eine Summe herrschaftsrechtlicher Befugnisse, sondern ist einheitlich und unteilbar.⁵⁹
- 30 Im Lichte der eingangs erwähnten Entwicklungen⁶⁰ hin zur Privatisierung und Internationalisierung staatlichen Handelns sind diese herkömmlichen Definitionen von Staat und Staatsgewalt wiederum gewissen Erosionstendenzen ausgesetzt.⁶¹ Besonders in der deutschen Lehre wurde und wird bis heute diskutiert, ob der Begriff der «öffentlichen Gewalt» vor diesem Hintergrund die modernen Kernkompetenzen des Staates letztlich treffender umschreibt.⁶²

D. Funktion im modernen Staatsverständnis

I. Ausgangslage

- 31 Mit dem skizzierten Wandel der fragmentären Landeshoheit zur umfassenden Staatsgewalt stellt sich die Frage, welche Funktion dem Hoheitlichkeitsbegriff im modernen Staatsverständnis noch zukommen kann. Gestützt auf die begriffsgeschichtliche Entwicklung drängt sich die Annahme auf, dass die bereits zuvor bestehenden einzelnen Hoheitsrechte als wesentliche herrschaftsrechtliche Befugnisse in bestimmten Kern-

⁵⁶ LEITGES, 258; vgl. m.w.H. FEINÄUGLE, 30 ff.

⁵⁷ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 27 ff.; HAFNER, 283.

⁵⁸ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 50; vgl. MOHLER, Gewaltmonopol, 152 ff.; SCHIMPF-HAUSER, 70 ff.; BERGMANN, 284 ff.

⁵⁹ LEITGES, 230; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 50.

⁶⁰ Vgl. oben, Rz. 11 f. und die dort angeführten Quellen.

⁶¹ Vgl. HAFNER, 283.

⁶² Vgl. m.w.H. LEITGES, 128 ff. mit Verweis auf Art. 19 Abs. 4 des deutschen Grundgesetzes, wonach der Rechtsweg im Falle einer Grundrechtsverletzung durch die «öffentliche Gewalt» offensteht. Zum Begriff der «öffentlichen Gewalt» nach Art. 51 Abs. 1 AEUV vgl. unten, Rz. 433 ff.

bereichen der Staatsgewalt weiterwirken.⁶³ Sie sind mit anderen Worten Teile der Staatsgewalt, aber nicht mit dieser identisch.⁶⁴

Hoheitsrechte sind sämtlichen Aspekten moderner Staatsgewalt immanent: Die klassische Gewaltentrias teilt diese in Normsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung.⁶⁵ Formelle staatliche Hoheitsakte, bei denen der Staat hoheitlich beschliesst und der Bürger dem Staat mithin in einem Subordinationsverhältnis gegenüber steht, können unterschieden werden nach Gesetzen (Hoheitsakte der Legislative), Verwaltungsakten (bzw. nach heutiger Terminologie Verfügungen; Hoheitsakte der Exekutive) und gerichtlichen Entscheidungen (Hoheitsakte der Judikative).⁶⁶ Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

II. Hoheitliches Handeln der Legislative: Rechtssetzung

Der Erlass von Gesetzen und Verordnungen gilt als hoheitliches Handeln schlechthin.⁶⁷ Delegationen der Gesetzgebungskompetenz auf den Ordnungsgeber (oder gar auf Private⁶⁸) sind auf Bundesebene nur unter den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 164 BV zulässig. Der Gesetzgeber als Teil des Staatskörpers trifft einseitig rechtsverbindliche Anordnungen gegenüber den rechtsunterworfenen Bürgern. Diese ergehen in der generell-abstrakten Form von Rechtsnormen.⁶⁹ Allfällige demokratische Partizipationsrechte der Rechtsunterworfenen ändern nichts an der prinzipiellen Einseitigkeit gesetzlicher Anordnungen.

III. Hoheitliches Handeln der Judikative: Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung gehört zu den typischen, geradezu ursprünglichen⁷⁰ hoheitlichen Tätigkeiten des Staates.⁷¹ Entscheidungen von Streitigkeiten im Rahmen der Verwaltungs-, Zivil- und Strafrechtspflege sind hoheitliche Akte und beinhalten üblicherweise individuell-konkrete, einseitige und rechtsverbindliche Anordnungen.⁷² Auch die Rechtsprechungstätigkeit von Schiedsgerichten erfolgt hoheitlich, wenn damit die Funktion der staatlichen Gerichte substituiert wird.⁷³ Schliesslich werden re-

⁶³ Vgl. LEITGES, 25 ff.

⁶⁴ LEITGES, 43.

⁶⁵ FEINÄUGLE, 34; vgl. m.w.H. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 621 ff.

⁶⁶ Vgl. LEITGES, 44.

⁶⁷ TSCHANNEN, 791; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 635.

⁶⁸ TSCHANNEN, 791 f.

⁶⁹ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 630, Fn. 50, mit Verweis auf Art. 5 Abs. 1 lit. d PrHG, der explizit – nach dem Gesagten aber pleonastisch – «hoheitlich erlassene Vorschriften» erwähnt.

⁷⁰ Vgl. oben, Rz. 26.

⁷¹ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636; JAAG, Staatshaftung, 56.

⁷² JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 635 f.

⁷³ Vgl. z.B. die gesetzlich verankerte Nichtunterstellung von Schiedsgerichten unter die Mehrwertsteuerpflicht in Art. 21 Abs. 2 Ziff. 29 MWSTG; dazu BGER 2C_807/2008 vom 19. Juni 2009, E. 2 f.

gelmässig auch die Tätigkeiten von Gerichten und Verwaltungsbehörden in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit als hoheitlich bezeichnet.⁷⁴

IV. Hoheitliches Handeln der Exekutive: Verfügungen

- 35 Die Verwaltung handelt formell-hoheitlich mittels Verfügung. Der Verfügung (früher oft auch «Verwaltungsakt»⁷⁵) kommt im gesamten Verwaltungsrecht eine zentrale Bedeutung zu.⁷⁶ Sie wird üblicherweise umschrieben als individueller, an den Einzelnen gerichteter «Hoheitsakt», durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird.⁷⁷ Es handelt sich demnach primär um eine üblicherweise formelle, hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde im Einzelfall. Charakteristisch ist die Überordnung des hoheitlich auftretenden Verwaltungsträgers gegenüber dem subordinierten Verfügungsadressaten. An der «Hoheitlichkeit» einer Verfügung ändert sich selbst dann nichts, wenn diese nur aufgrund der Initiative eines Verfügungsadressaten ergeht (sog. mitwirkungsbedürftige Verfügung).⁷⁸

V. Faktisches hoheitliches Staatshandeln

- 36 Neben diesen drei formell-hoheitlichen Handlungsformen des modernen Staates bestehen im Rahmen der umfassenden Staatsgewalt aber auch rein materielle Hoheitsrechte. Diese offenbaren sich insbesondere im Bereich des faktischen Staatshandelns.⁷⁹ Hier ist die Abgrenzung zwischen hoheitlichen und nicht hoheitlichen Tätigkeiten tendenziell schwieriger vorzunehmen.⁸⁰ Als hoheitlich gelten insbesondere die ursprünglichen⁸¹ Staatstätigkeiten der Polizei-, Grenzschutz- und Zollorgane sowie des Militärs.⁸² «Klassische» polizeiliche Handlungen, wie etwa eine Festhaltung, Inhaftierung, Hausdurchsuchung oder sonstige Beweismittelbeschaffungen werden in Lehre⁸³ und Rechtsprechung⁸⁴ als hoheitlich charakterisiert, da sie bei Widerstand

⁷⁴ Vgl. FELLER/BLOCH, Art. 19 ZPO N 6; HÜSSER, 1 ff.; vgl. zur diesbezüglichen Diskussion in Bezug auf das Notariat unten, Rz. 691 ff.

⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 853; vgl. RÜFNER, 95 und LEITGES, 222, jeweils zur ursprünglichen Abgrenzung zwischen «Hoheitsakten» des Monarchen und «Verwaltungsakten», die aber im modernen Staatsverständnis nicht mehr gilt.

⁷⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 853.

⁷⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 849; vgl. auch die Legaldefinition in Art. 5 Abs. 1 VwVG.

⁷⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 855.

⁷⁹ Vgl. LEITGES, 45 ff.; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636.

⁸⁰ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636.

⁸¹ Vgl. oben, Rz. 27.

⁸² JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636; JAAG, Staatshaftung, 56.

⁸³ HÄFNER/STÖCKLI/MÜLLER, 130 f.; SCHUPPLI, 52 f.; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636; DONATSCH/BLOCHER, 353 ff.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 346.

⁸⁴ Vgl. statt vieler BGE 145 IV 42, E. 4.1; BGer 8C_733/2018 vom 13. Juni 2019, E. 4.3.3.

zwangsweise durchgesetzt werden können.⁸⁵ Auch im Rahmen der allgemeinen Gefahrenabwehr im öffentlichen Raum können Polizeikräfte hoheitlich auftreten und handeln.⁸⁶ Auf Gesetzes- und Verordnungsebene finden sich in der Schweiz sodann mehrere Bestimmungen, die den Bezug zwischen Landesverteidigung⁸⁷ bzw. Grenzkontrollen⁸⁸ und hoheitlichen Tätigkeiten explizit verankern.

Unabhängig davon, ob tatsächlicher Zwang ausgeübt wird, wird sodann in der Lehre 37 vertreten, dass die Tätigkeiten von Gerichten und anderen Behörden bereits dann hoheitlich sind, wenn mit diesen eine Anordnungs- und Zwangsbefugnis einhergeht. Es reicht demgemäss bereits die *Möglichkeit*, einseitige Anordnungen zu treffen oder Zwangsmittel einzusetzen. In diese Kategorie fallen etwa die Konkursverwaltung, staatliche Aufsichtstätigkeit und richterliche Verfahrensleitung.⁸⁹

Schliesslich werden in der Lehre teilweise auch reine Regierungsbefugnisse als hoheitlich bezeichnet, obwohl diese nicht direkt mit Zwangsgewalt oder -befugnis verbunden sind. Dazu gehören etwa Behördentätigkeiten im zwischenstaatlichen Verkehr wie z.B. die diplomatische Vertretung gegenüber Drittstaaten, die Führung öffentlicher Register und die öffentliche Beurkundung.⁹⁰ 38

VI. Abgrenzungsfunktion des Hoheitlichkeitsbegriffs

In der modernen Staatsrechtslehre kann dahingehend Einigkeit festgestellt werden, 39 dass nicht alles staatliche Handeln hoheitlich erfolgt.⁹¹ Dem Hoheitlichkeitsbegriff kommt vor diesem Hintergrund eine Begrenzungs- und Unterscheidungsfunktion für bestimmte Kategorien staatlichen Handelns zu: Hoheitliches staatliches Handeln charakterisiert sich insbesondere durch eine Herrschaftssituation (entweder im Sinne eines Subordinationsverhältnisses, das Innehaben von Zwangsbefugnissen oder durch unmittelbare Ausübung von Zwangsgewalt), die sich aus der umfassenden Staatsgewalt ableitet.⁹² Die primär im schweizerischen Sprachgebrauch anzutreffende Abwandlung «*Hoheitlichkeit*» ist insofern m.E. für die Begriffsumschreibung im heutigen Staatsverständnis präziser als der andernorts häufig anzutreffende Hoheitsbegriff,

⁸⁵ Die Polizei ist dabei freilich im Rechtsstaat an strenge Regeln gebunden, vgl. für die Schweiz Art. 1 ff. ZAG.

⁸⁶ HAFNER/STÖCKLI/MÜLLER, 133.

⁸⁷ Vgl. die expliziten Verweise auf Hoheitlichkeit in Art. 3 GebV-VBS; Art. 22 Abs. 3 VZAG; Art. 19 Abs. 2 lit. e aVAMAT (per 1. Mai 2018 aufgehoben).

⁸⁸ Vgl. Art. 100a Abs. 2 AuslG, wonach Dokumentenberater – im Gegensatz zu den Grenzwachbehörden – ausschliesslich beratend tätig sind und «keine hoheitliche Funktion» ausüben.

⁸⁹ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636.

⁹⁰ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636; FLEINER-GERSTER, Rz. 6/6; PROELLER, 30 f.

⁹¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 28 ff.; TSCHANNEN, 782 ff.; DIEBOLD, Sachverständige, 1163 f.; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 620 ff.

⁹² LEITGES, 80 f.

hebt sie doch (bloss) die *Zugehörigkeit* des entsprechenden staatlichen Handelns zu den traditionellen staatlichen Hoheitsrechten hervor, wodurch der ursprünglich umfassendere Bedeutungsgehalt des Begriffs «Hoheit» relativiert wird.

- 40 Klarerweise nicht hoheitlich tätig ist der Staat, wenn er selbst gewerblich bzw. als Subjekt des Privatrechts handelt. Hier begegnet er den Bürgern auf Augenhöhe, handelt nicht mit Herrschaftsanspruch und mithin auch nicht hoheitlich.⁹³ In diesem Bereich staatlicher Aktivität gelten denn auch nicht die üblichen Leitprinzipien staatlichen Handelns: Anstelle der Gemeinwohlverpflichtung tritt die Privatautonomie.⁹⁴
- 41 Teilweise ist in Lehre und Rechtsprechung ein Begriffsverständnis anzutreffen, wonach staatliches Handeln immer dann hoheitlich ist, wenn der Staat nicht privatrechtlich handelt.⁹⁵ Bereits mit Blick auf die herrschaftstheoretisch geprägten Ursprünge des Begriffs kann diese Auffassung m.E. nicht aufrechterhalten werden. So stützt sich etwa staatliches Handeln auch im Bereich der Leistungsverwaltung, also der Vermittlung staatlicher, insbesondere wirtschaftlicher und sozialer Leistungen an Private,⁹⁶ auf öffentliche-rechtliche Normen. Ein Grossteil der Leistungsverwaltung ist aber gerade nicht durch ein Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger geprägt. So sind z.B. Ärzte und anderes Pflegepersonal in öffentlichen Spitälern den Patienten nicht übergeordnet. Auch der Bau und Unterhalt öffentlicher Strassen findet üblicherweise nicht in einem Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger statt.⁹⁷ Nur ausnahmsweise lassen sich Bereiche spezifisch herrschaftlichen Handelns des Staates beobachten (z.B. im Bereich der Sozialversicherungen).⁹⁸

E. Fazit und Zusammenfassung

- 42 «Hoheitlichkeit» – verstanden im Sinne von Herrschaftsmacht – ist eine in der Schweiz gebräuchliche sprachliche Abwandlung von «Hoheit». Der Begriff leitet sich historisch aus der Landeshoheit ab und findet seine Ursprünge mit dem Einzug des Souveränitätsgedankens in das Territorialstaatsrecht im 17. Jahrhundert.
- 43 Der Begriff der «Landeshoheit» verbindet die bis dahin geltenden Herrschaftstheorien der Regalien zu einer einheitlichen Theorie der Herrschaft über ein Gebiet. Die Landeshoheit bleibt ein Bündel von Hoheitsrechten (insbesondere Jurisdiktionsgewalt, Gesetzgebungshoheit, Polizeihoheit, Finanzhoheit und Militärhoheit), deren Gesamt-

⁹³ Vgl. JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 637.

⁹⁴ TSCHANNEN, 782 f.

⁹⁵ Vgl. JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 632; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 29; vgl. für Beispiele aus der Praxis unten, Rz. 55 f., Rz. 65 ff. und Rz. 104.

⁹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 36.

⁹⁷ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 31.

⁹⁸ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636 f.

heit die Herrschaftsstruktur der Territorien charakterisiert. Sie gehen in der Staatsgewalt (bzw. Souveränität) des jüngeren Staatsrechts auf, wirken jedoch als wesentliche Herrschaftsrechte des Staates darin weiter.

Die Staatsgewalt des modernen Staates ist einheitlich. Dem modernen Staat kommt die ursprüngliche Herrschaftsmacht zu. Sie ist mehr als nur die Summe aller Herrschaftsrechte. «Hoheitlichkeit» bzw. «hoheitliche Befugnisse» sind in einem solchen Verständnis einzelne ausschliessliche Befugnisse des Staates. Sie sind nicht mit der Staatsgewalt identisch, sondern stellen bloss Elemente derselben dar. 44

Demnach ist nicht das gesamte Handeln des Staates hoheitlich. Hoheitliches Handeln ist auf gewisse Kernfunktionen und -tätigkeiten des Staates beschränkt, deren Qualifikation als hoheitlich einer historischen und rechtlichen Tradition entspringt. Nicht hoheitlich handelt der Staat *per se*, wenn er sich im Bereich des Privatrechts betätigt. Im Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts handelt der Staat in erster Linie dort hoheitlich, wo er die ihm ausschliesslich zur Verfügung stehenden formellen Herrschaftsmittel des Gesetzes, des Urteils und der Verfügung einsetzt. Auch faktisches Staatshandeln kann hoheitlich sein. Dies gilt insbesondere in Situationen, in denen der Staat bzw. seine Behörden Zwangsgewalt ausüben oder auch nur ausüben könnten. 45

Mit Blick auf die Aufgabenvielfalt des modernen Staates gebietet die Betrachtung der Begriffsgeschichte zur «Hoheitlichkeit» in der Sinnvariante von «Herrschaftsrechten» insgesamt eine enge Auslegung.⁹⁹ Der Staat handelt nur dort mit Herrschaftsanspruch bzw. eben hoheitlich, wo er mit «Vorrang und Überlegenheit beanspruchender Überordnung dem Rechtsunterworfenen gegenübertritt».¹⁰⁰ Entscheidend ist dabei primär das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses.¹⁰¹ Daraufhin deutet bereits die dem Hoheitlichkeitsbegriff inhärente sprachliche Relation, die ein gestuftes Verhältnis zwischen zwei Subjekten signalisiert.¹⁰² 46

⁹⁹ Vgl. LEITGES, 200.

¹⁰⁰ LEITGES, 259.

¹⁰¹ DIEBOLD, Sachverständige, 1164.

¹⁰² Vgl. LEITGES, 64.

A. Vorbemerkungen und Methodik

Die begriffshistorischen und dogmatischen Erläuterungen unter § 1 hiervoor ermöglichen eine grundlegende Einordnung des Hoheitlichkeitsbegriffs in das moderne Staatsverständnis. Gleichzeitig verdeutlichen sie, dass die Kategorisierung einzelner Tätigkeiten, nicht zuletzt auch im Lichte der angesprochenen Privatisierungs- und Internationalisierungstendenzen, komplexe Abgrenzungsfragen mit sich bringen kann. 47

Gerade deshalb ist es unumgänglich, in einem zweiten Schritt die praktische Begriffsverwendung in der aktuellen schweizerischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Doktrin zu beleuchten.¹⁰³ § 2 der vorliegenden Arbeit befasst sich daher mit Abgrenzungsfragen auf praxisorientierter Ebene: Anhand verschiedener Beispiele aus der juristischen Praxis wird geprüft, inwiefern diese mit den begriffshistorischen, herrschaftsrechtlichen Schienen und der daraus abgeleiteten theoretischen Funktion des Hoheitlichkeitsbegriffs im modernen Staatsverständnis kohärent sind. Gleichzeitig kann mittels dieses praxisbezogenen Ansatzes aufgezeigt werden, in welchen Rechtsgebieten und zu welchen Rechtsfragen die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und nicht hoheitlichem Handeln entscheidende Anknüpfungspunkte liefert. 48

Ziel der nachfolgenden, im Rahmen der vorliegenden Arbeit zwangsläufig querschnittsartig zu haltenden Analyse zumeist einzelfallbezogener Praxisanknüpfungen in verschiedenen Rechtsgebieten ist darüber hinaus, eventuell vorhandene Kriterien, die dem Begriffsverständnis in allen oder zumindest einer Mehrheit der untersuchten Rechtsgebiete zugrundeliegen, zu eruieren. Wie zu zeigen sein wird, kann so ein Grundkonsens zum Begriffsverständnis in der gegenwärtigen schweizerischen juristischen Praxis rekonstruiert werden.¹⁰⁴ 49

¹⁰³ Vgl. JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 622 ff.

¹⁰⁴ Vgl. zur Methodik RÜTSCHKE, 155.

- 50 Von der nachfolgenden Auslegeordnung, die *per se* keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann, bleibt trotz der Massgabe der Titelgebung dieser Arbeit der Bereich des Freizügigkeitsrechts vorerst ausgenommen. Diesem Bereich wird im zweiten Hauptteil der Arbeit angemessener Raum gewährt. Zudem erlaubt die vorgenommene Zweiteilung, allfällige Kontrapunkte zwischen den jeweiligen Begriffsverständnissen (generell und spezifisch im Vergleich zum Freizügigkeitsrecht) zu verdeutlichen.
- 51 Nachfolgende *Tour d'Horizon* zur aktuellen Begriffsverwendung in der juristischen Praxis fokussiert zunächst auf verschiedene Rechtsfragen des öffentlichen Rechts, im Zuge deren Beantwortung der Abgrenzung zwischen hoheitlichem und nicht hoheitlichem Handeln eine besondere Relevanz zukommt. Zudem werden einzelne Rechtsgebiete betrachtet, in denen hoheitliches Handeln explizit im Gesetz verankert ist oder anhand derer sich hoheitliches Tätigwerden besonders illustrativ darstellen lässt (B.). Sodann werden auch aktuelle Anknüpfungspunkte in den Bereichen des Strafrechts (C.) und des Privatrechts (D.) auszugsweise dargestellt.

B. Anknüpfungspunkte im öffentlichen Recht

I. Bindung an verfassungsmässige Grundrechte

- 52 Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist, wer «staatliche Aufgaben» wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Die Grundrechtsverpflichtung beschlägt mithin sämtliche Tätigkeiten, die in Wahrnehmung «staatlicher Aufgaben» vollzogen werden und nicht bloss «hoheitliche Tätigkeiten».¹⁰⁵ Im engeren Kernbereich des hoheitlichen Handelns ist die Grundrechtsbindung aber in jedem Fall zu berücksichtigen.¹⁰⁶
- 53 Dieser Kernbereich ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann berührt, wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der staatlichen Aufgabe und den betroffenen Privaten durch eine Verfügung und gestützt auf öffentliches Recht einseitig, verbindlich und erzwingbar festgelegt wird.¹⁰⁷ Hoheitlich kann die staatliche Aufgabe aber nicht nur durch formelle Verfügungen, sondern auch durch Realakte wie z.B. Warnungen und Polizeibefehle wahrgenommen werden, solange diese die Rechtsbeziehung zwischen Staat und Privatperson autoritativ festlegen.¹⁰⁸ Ob ein hoheitliches Handeln vorliegt, ist im Zweifelsfall unter Berücksichtigung des gesamten streitgegen-

¹⁰⁵ WALDMANN, BSK BV, Art. 35 N 19.

¹⁰⁶ SCHWEIZER, SGK BV, Art. 35 N 43; vgl. zur Abgrenzung zwischen staatlichen bzw. öffentlichen Aufgaben und hoheitlichem Handeln RÜTSCHÉ, 155.

¹⁰⁷ BGE 135 I 169, E. 4.2 ff.; 133 I 49, E. 3.2; 127 I 84, E. 4a; 103 Ia 544, E. 6.d.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 130 I 388, E. 5.1; 117 Ia 107, E. 5d; vgl. DIEBOLD, Sachverständige, 1164; und m.w.H. SCHLATTER, 47 ff.

ständlichen Rechtsverhältnisses sowie der Charakteristika der zu regelnden Sache zu beurteilen.¹⁰⁹

II. Rechtsschutz

1. Verfügung als Anfechtungsobjekt nach VwVG

Die Verfügung im Sinne einer hoheitlichen Anordnung¹¹⁰ dient als Anfechtungsobjekt 54 in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege und ist in der Regel auch Voraussetzung für die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten.¹¹¹ Im Zusammenhang mit dieser verfahrensrechtlichen Funktion der Verfügung wurde in der Gerichtspraxis nicht selten die Frage behandelt, ob eine angefochtene Anordnung hoheitlich ist oder nicht. Beurteilt wurden z.B. folgende Fälle:

- Weigerung der Allgemeinen Plakatgesellschaft, bestimmte Plakate in Personenzügen zu publizieren (nicht hoheitlich);¹¹²
- Weigerung eines öffentlich-rechtlichen Verkehrsunternehmens, einen Bus als Werbefläche zur Verfügung zu stellen («Hoheitlichkeit» offengelassen);¹¹³
- Vergabe von – nicht zum öffentlichen Grund gehörenden – Standplätzen an der internationalen Kunstmesse Art in Basel durch den gemischt-wirtschaftlichen Messeveranstalter (nicht hoheitlich);¹¹⁴
- Entscheide der Post über die Gewährung von Vorzugspreisen für die Beförderung von Zeitungen gemäss Art. 18 Abs. 1 PG (hoheitlich);¹¹⁵
- verschiedene Tätigkeiten der Stiftungsaufsichtsbehörde (hoheitlich);¹¹⁶
- Anordnung einer Zwangsverwaltung über eine Liegenschaft durch das Betreibungsamt.¹¹⁷

2. Gemeindeautonomiebeschwerde nach BGG

Gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG sind zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen An- 55 gelegenheiten auch Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften legitimiert, wenn sie die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt.¹¹⁸ Für das Eintreten auf die Beschwerde ist gemäss bun-

¹⁰⁹ BGE 126 I 250, E. 1a, 252 ff.; 117 Ia 107, E. 5c; 104 Ib 239 E. 5b.

¹¹⁰ Vgl. dazu oben, Rz. 35.

¹¹¹ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 628; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 844 und Rz. 854.

¹¹² BGer 1A.162/1999 vom 7. Oktober 1999, in: *medialex* 2000, 54 ff., E. 3b.

¹¹³ BGE 127 I 84, E. 4a.

¹¹⁴ BGE 126 I 250, E. 2c; vgl. JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 628; DIEBOLD, Sachverständige, 1165; RÜTSCHKE, 156.

¹¹⁵ BVGer A-3049/2011 vom 8. März 2012, E. 1.1; A-6523/2008 vom 12. Mai 2009, E. 9.2.2; vgl. m.w.H. WIEDERKEHR/PLÜSS, Rz. 2320.

¹¹⁶ BGE 96 I 406, E. 2c; 120 II 412, E. 1 f.; vgl. WIEDERKEHR/PLÜSS, Rz. 2320.

¹¹⁷ BGE 126 III 431, E. 2c.; vgl. WIEDERKEHR/PLÜSS, Rz. 2320.

¹¹⁸ Vgl. noch in Bezug auf die (altrechtliche) staatsrechtliche Beschwerde nach OG JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 629.

desgerichtlicher Rechtsprechung entscheidend, dass die Gemeinde durch einen Akt in ihrer Eigenschaft als Trägerin «hoheitlicher Gewalt» berührt ist und eine Verletzung ihrer Autonomie geltend macht.¹¹⁹ Ansonsten sind Gemeinden nur dann zur Beschwerde berechtigt, wenn sie vom angefochtenen Entscheid wie eine Privatperson betroffen sind.¹²⁰

- 56 Das Bundesgericht verzichtete bislang darauf, die Legitimationsklausel gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG allgemein mit Inhalt zu füllen. Meist hält es lapidar fest, dass eine bestimmte Tätigkeit bzw. Aufgabe einer Gemeinde deren Eigenschaft «als Trägerin hoheitlicher Gewalt» betreffe oder eben nicht betreffe. Bejaht hat es die Beschwerdelegitimation und damit die hoheitlichen Befugnisse von Gemeinden zuletzt in bestimmten fiskalischen Streitangelegenheiten¹²¹, im Bereich der Sozialhilfe¹²² und einem Fall, in dem die Gemeinde vom angefochtenen Entscheid als Baubewilligungsbehörde¹²³ betroffen war.

3. Rechtsschutzgarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK

- 57 Die Rechtsschutzgarantie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK begründet den universalen Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren. Gewährleistet ist insbesondere das Grundrecht auf Zugang zu einem unparteiischen Gericht. Vorausgesetzt wird, dass es sich bei der Rechtsstreitigkeit um «*civil rights and obligations*» oder um eine «*criminal charge*» handelt. Der Begriff der «*civil rights*» umfasst dabei nicht bloss klassische Zivilrechtsstreitigkeiten, sondern gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR, welche vom Bundesgericht übernommen wurde, auch weite Teile des Verwaltungsrechts.¹²⁴
- 58 Im Kontext vorliegender Untersuchung ist relevant, dass die Rechtsschutzgarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch für öffentliche Bedienstete gilt, sofern deren ausgeübte Funktion nicht hoheitlicher Natur ist.¹²⁵ Gemäss Bundesgericht ist hierbei entscheidend, ob öffentlich Bedienstete über Befugnisse zur Ausübung öffentlicher Gewalt verfügen und so einen Teil der staatlichen Souveränität innehaben.¹²⁶ Das Bundesgericht orientiert sich dabei an der Rechtsprechung des EGMR¹²⁷. Interessan-

¹¹⁹ BGE 140 V 328, E. 4.1; 138 I 143, E. 1.3.1.

¹²⁰ BGE 141 II 161, E. 2.1; vgl. WIEDERKEHR/PLÜSS, Rz. 2025 ff. m.w.H.

¹²¹ BGE 141 II 161, E. 2.3 m.w.H.; 138 II 506, E. 2.3.

¹²² BGE 140 V 328, E. 6.5.

¹²³ BGE 140 II 378, E. 1.2.

¹²⁴ Vgl. KLEY, Rz. 37; EGMR, 6232/73, *König*, ECHR:1978:0628JUD000623273, Rz. 90; 20416/92, *Paskhalides*, ECHR:2006:1024DEC002786305, Rz. 30; 11760/85, *Editions Périscope*, ECHR:1992:0326JUD001176085, Rz. 40.

¹²⁵ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 624 f.; DIEBOLD, Sachverständige, 1164; BGE 129 I 207, *Regeste*.

¹²⁶ BGE 129 I 207, E. 4.2.

¹²⁷ EGMR, 28541/95, *Pellegrin/Frankreich*, ECHR:1999:1208JUD002854195, Rz. 64 ff.; 30979/96, *Frydlander/Frankreich*, ECHR:2000:0627JUD003097996, Rz. 31 ff.

terweise wurde ebendiese Rechtsprechung des EGMR ursprünglich massgeblich durch die Praxis des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 Abs. 4 AEUV beeinflusst.¹²⁸

In den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen gemäss der Rechtsprechung 59
Lehrpersonen an öffentlichen Schulen¹²⁹ und Angestellte bei Kfz-Prüfstellen¹³⁰, da sie nicht hoheitlich tätig seien. Polizeibeamte¹³¹, kantonale Steuerinspektoren¹³² und Notare¹³³ hingegen seien hoheitlich tätig und können sich nicht auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen.¹³⁴

III. Behördenbegriff nach VwVG und ausgelagerte Einheiten

Als Behörden werden gemäss traditioneller¹³⁵ Terminologie staatliche Organe, die mit 60
«hoheitlicher Zuständigkeit ausgerüstet» sind, bezeichnet.¹³⁶ Im Geltungsbereich des VwVG wird dieser Grundsatz in Bezug auf Bundesverwaltungsbehörden implizit in Art. 1 VwVG verankert. Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. e. VwVG gelten auch Instanzen und Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung als Behörden, soweit sie in «Erfüllung übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen» können.¹³⁷ Da die Verfügung wie gesehen eine hoheitliche Anordnung ist,¹³⁸ bleibt die Kompetenz zu hoheitlichem Handeln ein wichtiges Merkmal des Behördenbegriffs nach Art. 1 VwVG.

Insbesondere im Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch ausgelagerte Ein- 61
heiten spielt die Abgrenzung zwischen hoheitlichen und nicht hoheitlichen Tätigkeiten demnach eine gewichtige Rolle. Dazu folgende Beispiele:

- Die schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung kann im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben auch Verfügungen erlassen. Damit kommen ihr bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe «hoheitliche Befugnisse» zu und sie ist als Behörde zu qualifizieren.¹³⁹
- Die Davoser Elektrizitätswerke treten den Energiebezügern nicht «auf dem Boden der Gleichberechtigung» gegenüber, sondern als «übergeordnete Instanz». Besteht

¹²⁸ Vgl. dazu ausführlich unten, Rz. 357 ff.; vgl. zudem die einschränkenden Ausführungen in EGMR, 63235/00, *Eskelinen*, ECHR:2007:0419JUD006323500, Rz. 62.

¹²⁹ BGE 129 I 207, E. 5.1.

¹³⁰ BGer 2P.194/2003 und 2P.198/2004 vom 13. Dezember 2004, E. 2.3.

¹³¹ BGE 126 I 33, E. 2b.

¹³² BGer 2P.189/2000 vom 6. März 2001, E. 3a.

¹³³ BGer 2P.41/2005 vom 11. August 2005, E. 3.4 f.

¹³⁴ Vgl. DIEBOLD, Sachverständige, 1164.

¹³⁵ FLEINER-GERSTER, Rz. 45/14; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, Rz. 622 f.

¹³⁶ BGE 121 II 454, E. 2a.bb.

¹³⁷ Vgl. JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 623.

¹³⁸ Vgl. dazu oben, Rz. 35.

¹³⁹ BGE 121 II 454, E. 2.c.

ein solches Subordinationsverhältnis, so ist die entsprechende Rechtsbeziehung nicht privatrechtlicher, sondern hoheitlicher Natur.¹⁴⁰

- Im Bereich der Flugsicherung erfüllt Skyguide hoheitliche Aufgaben.¹⁴¹
- Die nationale Netzgesellschaft Swissgrid trägt die Verantwortung für den Betrieb des Übertragungsnetzes und ist für dessen Unterhalt, Erneuerung und Ausbau zuständig (vgl. Art. 20 StromVG). Swissgrid handelt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben hoheitlich.¹⁴²
- Kantonale Gebäudeversicherungen handeln hoheitlich, zumindest soweit sie Grundversicherungen im Monopolbereich anbieten. In diesem Kernbereich kommen ihnen Zwangs- und Verfügungsbefugnisse zu.¹⁴³
- Die Betriebsmittel des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) setzen sich aus den «Gebühren für seine hoheitliche Tätigkeit sowie den Entgelten für Dienstleistungen» zusammen (Art. 12 IGEG). Art. 13 Abs. 1 IGEG regelt unter der Marginalie «Gebühren für hoheitliche Tätigkeit», dass das IGE Gebühren im Zusammenhang mit dem Erteilen und Aufrechterhalten von immaterialgüterrechtlichen Schutztiteln, dem Führen und Auflegen von Registern, der Bewilligungserteilung und der Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften sowie den gesetzlich vorgeschriebenen Publikationen erhebt. Entgelte für «Dienstleistungen» (z.B. Marken- und Patentrecherchen, Weiterbildungen und Kurse oder Fachpublikationen) richten sich dagegen nach dem Markt (Art. 14 IGE).

62 In der Gesamtbetrachtung haben die hoheitlichen Tätigkeiten dieser ausgelagerten Einheiten gemeinsam, dass sie einerseits in Bereichen stattfinden, die vom öffentlichen Recht geregelt sind und andererseits Elemente der Überordnung, der Einseitigkeit und des Zwangs beinhalten. So tritt z.B. das IGE im Gegensatz zu seinen marktwirtschaftlich erbrachten Dienstleistungen bei der Durchführung der gesetzlich verankerten hoheitlichen Tätigkeiten in einem Subordinationsverhältnis gegenüber jenen Personen auf, die die Eintragung eines immaterialgüterrechtlichen Schutztitels verlangen.

IV. Öffentliches Personalrecht

63 Nach Art. 8 Abs. 3 des BPG kann der Bundesrat, wenn es «für die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben notwendig ist», auf Verordnungsebene regeln, welche Anstellungsverhältnisse nur Personen zugänglich sind, die das Schweizer Bürgerrecht besitzen. Von dieser Möglichkeit hat der Bundesrat in Art. 23 BPV Gebrauch gemacht und

¹⁴⁰ BGE 105 II 234, E. 3; vgl. DIEBOLD, Sachverständige, 1165; RÜTSCH, 156.

¹⁴¹ Vgl. Bundesrat, Kurzbericht Skyguide 2020; vgl. ausführlich zur Thematik HÜTTEL, 154 ff.

¹⁴² BVGer A-6543/2018 vom 24. März 2020, E. 1.3.4; vgl. auch BGer 1C_532/2016 vom 21. Juni 2017, E. 2.3.2.

¹⁴³ BEYELER, 243 f. m.w.H.

den Departementen die Kompetenz erteilt, den Zugang zu Stellen in bestimmten Aufgabenbereichen mit hoheitlichen Aufgaben auf Personen mit Schweizer Bürgerrecht zu beschränken. Dies gilt für den Bereich der internationalen Verbrechensbekämpfung, der Polizei, der Landesverteidigung, der Vertretung der Schweiz im Ausland und an internationalen Verhandlungen sowie im Bereich des Grenzwachtkorps. Gestützt auf Art. 23 BPV regelt z.B. Art. 13 Abs. 1 lit. c der VBPV-EDA, dass Karrieren in der Diplomatie nur Personen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit offenstehen.¹⁴⁴

2010 verlangte die Motion Baumann¹⁴⁵ die Ausarbeitung einer Gesetzesgrundlage, 64
gemäss welcher sämtliche Bundesanstellungen, in deren Tätigkeitsbereich die Ausübung hoheitlicher Gewalt fällt, nur an schweizerische Staatsbürger vergeben werden könnten. Die Motion wurde bereits vom behandelnden Erstrat (Nationalrat) abgelehnt. Interessant ist im vorliegenden Kontext allerdings die Stellungnahme des Bundesrates vom 23. Februar 2011. Der Bundesrat beantragte darin die Ablehnung der Motion. Der Wortlaut der Motion gehe zu weit, da «damit das Schweizer Bürgerrecht als Anstellungsbedingung für alle Funktionen, in denen bei der Aufgabenerfüllung hoheitliche Gewalt ausgeübt wird, vorgeschrieben werden soll. Insbesondere würden in diesem Fall auch die Bereiche Steuern, Revision, Aufsicht usw. darunterfallen.»¹⁴⁶ Mit hin sind nach Auffassung des Bundesrates auch behördliche Steuer-, Revisions- und Aufsichtstätigkeiten hoheitlicher Natur.

V. Staatshaftung

Verschiedene kantonale Bestimmungen begrenzen die Staatshaftung auf Schädigungen, 65
welche Behördenmitglieder in Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten oder Verrichtungen verursachen.¹⁴⁷ Eine solche Formulierung findet sich beispielsweise in den Verfassungen der Kantone Basel-Stadt¹⁴⁸ und Bern¹⁴⁹, aber auch im Staatshaftungsgesetz des Kantons Schwyz^{150, 151}

Auf Bundesebene und in den meisten Kantonen ist die Abgrenzung zwischen hoheitlichen 66
und nicht hoheitlichen Tätigkeiten hingegen *ex lege* prinzipiell irrelevant. Die

¹⁴⁴ Vgl. JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 624 f.

¹⁴⁵ Motion 10.4097 «Träger hoheitlicher Gewalt bedürfen des Schweizer Passes» vom 17. Dezember 2010, eingereicht von Alexander J. Baumann.

¹⁴⁶ Motion 10.4097 «Träger hoheitlicher Gewalt bedürfen des Schweizer Passes» vom 17. Dezember 2010, Stellungnahme des Bundesrates vom 23. Februar 2011.

¹⁴⁷ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 625.

¹⁴⁸ § 78 Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (SG 111.100).

¹⁴⁹ Art. 71 Abs. 1 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1).

¹⁵⁰ § 3 Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre (Staatshaftungsgesetz) vom 20. Februar 1970 (SRZR 140.100).

¹⁵¹ Vgl. JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 625.

Abgrenzung erfolgt hier zwischen amtlichen und gewerblichen Tätigkeiten (vgl. Art. 61 Abs. 1 OR und Art. 3 Abs. 1 VG). Die Differenzierung zwischen diesen beiden Tätigkeitsbereichen fällt mit der allgemeinen Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln zusammen.¹⁵² Auch diese Grenzziehung ist – wie gesehen – seit langem umstritten.¹⁵³

- 67 Die Praxis greift das Kriterium der «Hoheitlichkeit» zur Bestimmung von amtlichen bzw. gewerblichen Tätigkeiten relativ häufig auf. In der älteren Rechtsprechung wird die Frage nach der «Hoheitlichkeit» einer Tätigkeit ins Zentrum der Abwägung gestellt.¹⁵⁴ Dabei wird der Hoheitlichkeitsbegriff sehr weit verstanden. In der Konsequenz wird er gar oft synonym zum Begriff der amtlichen Tätigkeit verwendet.¹⁵⁵ Als gewerblich gelten dagegen traditionell Verrichtungen, bei denen der Staat im privatrechtlichen Verkehr als gleichgestelltes Rechtssubjekt gegenüber Privaten auftritt.¹⁵⁶ In der neueren Lehre und Rechtsprechung kann jedoch eine Tendenz dahingehend festgestellt werden, dass statt auf das Kriterium der Hoheitlichkeit in erster Linie darauf abgestellt wird, ob die schädigende Tätigkeit in unmittelbarer Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt (Funktionstheorie).¹⁵⁷ Der Hoheitlichkeitsbegriff tritt somit (mit Blick auf den Wortlaut der meisten Staatshaftungsklauseln zu Recht) zunehmend in den Hintergrund.

VI. Mehrwertsteuer

- 68 Dem Steuerrecht bzw. der Verpflichtung zum Steuerzahlen liegt seit jeher ein subordinationsrechtliches Denken zugrunde.¹⁵⁸ In Kombination mit einer effektiven Vollstreckung stellt die Besteuerung – neben körperlichem Zwang und unmittelbaren Eingrenzungen der Bewegungsfreiheit – eines der eingriffsintensivsten Hoheitsrechte dar.¹⁵⁹
- 69 Eine besondere Ausprägung erfährt der Hoheitlichkeitsbegriff dabei im Mehrwertsteuerrecht: Leistungen des Gemeinwesens unterliegen gemäss Art. 12 Abs. 4 MWSTG der Mehrwertsteuer, wenn sie als «unternehmerisch» eingestuft werden.

¹⁵² KESSLER, BSK OR, Art. 61 N 6.

¹⁵³ Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 220 ff.

¹⁵⁴ GROSS, Entwicklungstendenzen, 613 ff.; BGE 113 II 424, E. 1a; vgl. aber BGE 116 Ib 367, E. 1b, wo das Bundesgericht eine Unterscheidung zwischen «Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt» und «amtlichen Tätigkeiten» vornimmt.

¹⁵⁵ Vgl. FISCHER/ITEN, Haftpflichtkommentar Art. 61 N 8 f.; vgl. aus der bundesgerichtlichen Praxis z.B. BGE 107 Ib 155, E. 2b (Richteramt); 126 III 370, E. 7a (Notariat); BGER 1D_7/2010 vom 28. September 2010, E. 2.4 (Tätigkeit einer Strafanstalt); BGE 128 III 76, E. 1a (Lehramt); 89 II 268, E. a (kommunaler Schlachtbetrieb); vgl. zum Ganzen und m.w.H. BREHM, BK OR, Art. 61 N 18 f.

¹⁵⁶ BGE 102 II 45, E. 2a; 113 II 424, E. 1a; BREHM, BK OR, Art. 61 N 28; vgl. BUCHER, 771 ff.

¹⁵⁷ KESSLER, BSK OR, Art. 61 N 7 m.w.H.; BVGer A-1219/2007 vom 1. Oktober 2008, E. 2.

¹⁵⁸ WILLOWEIT, 78.

¹⁵⁹ LEITGES, 229.

Art. 14 MWSTV konkretisiert: «Als unternehmerisch und damit steuerbar gelten Leistungen eines Gemeinwesens, die nicht hoheitliche Tätigkeiten nach Artikel 3 Buchstabe g MWSTG sind.» Zudem wird ein nicht abschliessender Katalog von neunzehn Leistungen des Gemeinwesens aufgeführt, die per Gesetz unternehmerischer und damit nicht hoheitlicher Natur sind. Eine weitere direkte gesetzliche Bezugnahme auf den Hoheitlichkeitsbegriff findet sich in Art. 18 Abs. 2 lit. 1 MWSTG, wonach «Gebühren, Beiträge oder sonstige Zahlungen, die für hoheitliche Tätigkeiten empfangen werden» nicht als Entgelt im Sinne des Gesetzes qualifizieren und damit auch nicht steuerbar sind. Der referenzierte Art. 3 lit. g MWSTG definiert die hoheitliche Tätigkeit als «Tätigkeit eines Gemeinwesens oder einer von einem Gemeinwesen eingesetzten Person oder Organisation, die nicht unternehmerischer Natur ist, namentlich nicht marktfähig ist und nicht im Wettbewerb mit Tätigkeiten privater Anbieter steht, selbst wenn für die Tätigkeit Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erhoben werden.» Das MWSTG grenzt «hoheitliche Tätigkeiten» also von jenen Tätigkeiten der Gemeinwesen ab, die «unternehmerischer» bzw. «marktfähiger» Natur sind.¹⁶⁰

Die Botschaft zum revidierten MWSTG führt zur Begriffsumschreibung aus, dass sich 70 eine positivrechtliche Umschreibung der als hoheitlich geltenden Tätigkeiten «aufgrund deren Vielfalt und des sich laufend verändernden Staatsverständnisses als äusserst schwierig» erweise.¹⁶¹ Der Begriff müsse komplementär zu den steuerbaren unternehmerischen Tätigkeiten sein, welche in nicht abschliessender Art und Weise in Art. 14 MWSTV aufgelistet sind. Ferner hält die Botschaft explizit fest, dass es sich bei der Legaldefinition um eine «mehrwertsteuerspezifische Definition hoheitlicher Tätigkeit» handle, die «nicht identisch» mit dem Begriff der hoheitlichen Tätigkeit im Privatrecht und im öffentlichen Recht sei.¹⁶² Diese offenbar vom Gesetzgeber intendierte Abweichung der Begriffsverständnisse mag nur vordergründig überraschen: Effektiv liessen sich zahlreiche weitere Beispiele disharmonischen Zusammenwirkens zwischen dem (Mehrwert-)Steuerrecht und dem Privatrecht bzw. dem öffentlichen Recht aufzählen.¹⁶³ Ob im konkreten Fall die Abweichung vom allgemeinen Begriffsverständnis der hoheitlichen Tätigkeit allerdings derart einschneidend ist, darf zumindest bezweifelt werden.¹⁶⁴ Offenbar lag die ursprüngliche gesetzgeberische Intention nämlich darin, mit der Legaldefinition eine Präzisierung der bundesgerichtlichen Praxis zu erreichen.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Botschaft revMWSTG, 6942.

¹⁶¹ Botschaft revMWSTG, 6943.

¹⁶² Botschaft revMWSTG, 6943; vgl. m.w.H. GEIGER, OFK MWSTG, Art. 3 N 45.

¹⁶³ Vgl. m.w. H zum (dis-)harmonischen Zusammenwirken zwischen Privatrecht und Steuerrecht KOLLER, 305 ff.

¹⁶⁴ Vgl. GEIGER, OFK MWSTG, Art. 3 N 45.

¹⁶⁵ Vgl. MÜLLER, 486.

- 71 Diesbezüglich kann festgestellt werden, dass im Geltungsbereich des aMWSTG sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht mehrfach entschieden hatten, dass sich hoheitliches Handeln durch ein Subordinationsverhältnis und die Anwendung einer gegenüber dem Bürger erzwingbaren öffentlich-rechtlichen Regelung auszeichne. Zudem dürfe eine in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Leistung nicht marktfähig sein.¹⁶⁶ Keinesfalls sei die hoheitliche Tätigkeit mit öffentlich-rechtlichem Handeln gleichzusetzen, «ansonsten wären alle Tätigkeiten der Verwaltung und sämtliche Aufgaben im öffentlichen Interesse hoheitlich».¹⁶⁷ In BGE 141 II 82 entschied das Bundesgericht sodann unter Bezugnahme auf die neue Definition in Art. 3 lit. g MWSTG, dass die Radio- und Fernsehempfangsgebühr (damals noch erhoben durch die Billag) weder als Regalabgabe noch als Gegenleistung für eine andere vom Bund erbrachte Dienstleistung betrachtet werden könne. Sie sei vielmehr eine «hoheitlich erhobene» Abgabe, die der Bund einfordere, um damit gebührenfinanzierte Veranstalter unterstützen zu können.¹⁶⁸ Damit unterliegt sie nicht der Mehrwertsteuerpflicht.
- 72 Nach dem Gesagten scheint (auch) im Bereich des Mehrwertsteuerrechts primär das Kriterium des Subordinationsverhältnisses für die Abgrenzung von hoheitlichem und nicht hoheitlichem Handeln entscheidend zu sein.¹⁶⁹ Dies muss selbst nach der Einführung der Legaldefinition in Art. 3 lit. g MWSTG weitergelten. Denn wo ein Subordinationsverhältnis besteht und die Behörde hoheitliche Gewalt ausüben kann, besteht *per se* kein Markt.¹⁷⁰

VII. Sozialversicherungsrecht

- 73 Im Bereich des Sozialversicherungsrechts äusserte sich das Bundesgericht bereits mehrfach zur hoheitlichen Natur der Tätigkeiten von Versicherungsträgern¹⁷¹, der Stiftung Auffangeinrichtung¹⁷² und der öffentlichen Arbeitslosenkasse¹⁷³. In all diesen Fällen bejahte das Bundesgericht die Hoheitlichkeit mit relativ knappen Erwägungen. Ausschlaggebend waren entweder Zwangsbefugnisse (im Falle der Stiftung Auffang-

¹⁶⁶ BVGer A-1504/2006 vom 25. September 2008, E. 3.2.2; A-6743/2009 vom 3. Mai 2010, E. 2.1.3; A-457/2014 vom 21. August 2014, E. 3.4.1 ff.; BGE 125 II 490 E. 8b; BGer 2A.92/1999 vom 18. Januar 200, E. 6b; 2A.197/2005 vom 28. Dezember 2006, E. 3.1; 2C_984/2014 und 2C_990/2014 vom 26. Mai 2016, E. 3.1 ff.

¹⁶⁷ BVGer A-457/2014 vom 21. August 2014, E. 3.4.1.

¹⁶⁸ BGE 141 II 82, E. 6.7.

¹⁶⁹ GEIGER, OFK MWSTG, Art. 3 N 48; vgl. noch zum alten Recht und jeweils m.w.H. KAUFMANN, Hoheitsgewalt, 1 ff.; BELLANGER, 470 ff.; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 626 f.

¹⁷⁰ Vgl. MÜLLER, 486; DIEBOLD, Sachverständige, 1164; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 380.

¹⁷¹ BGE 136 V 113, E. 5.2; 133 V 446, E. 7.4.

¹⁷² BGE 115 V 375, E. 4b ff.

¹⁷³ BGer 1B_450/2019 vom 14. Mai 2020, E. 2.3.

einrichtung) oder Verfügungsbefugnisse (im Falle der Versicherungsträger und der Arbeitslosenkasse).¹⁷⁴ In BGE 114 V 219 führte das Bundesgericht in allgemeiner Weise aus: «Hoheitliche Tätigkeit liegt stets vor, wo ein Rechtsverhältnis einseitig durch öffentliches Recht geregelt ist und der Private in einem Subordinationsverhältnis zum Staat steht.» Eine entsprechende Konstellation ergebe sich im Kontext der Rechtsstellung des Arbeitgebers beim Bezug, der Ablieferung und der Abrechnung der paritätischen Sozialversicherungsbeiträge.¹⁷⁵

VIII. Finanzintermediation

Das Geldwäschereigesetz gilt insbesondere für Finanzintermediäre (Art. 2 Abs. 3 74 GwG). Staatliches Handeln ist dem GwG grundsätzlich nicht unterstellt, wenn es «im Hoheitsbereich» erfolgt, selbst wenn die Tätigkeit an sich als finanzintermediäre Tätigkeit qualifizieren würde. Staatliche Tätigkeiten im nicht hoheitlichen Bereich als Finanzintermediär begründen dagegen eine Unterstellungspflicht unter das GwG:¹⁷⁶ Ein Finanzintermediär kann die im GwG statuierten Pflichten sinnvollerweise nur dann wahrnehmen, wenn er in einem Vertragsverhältnis handelt. Eine Unterstellung des Staats unter das GwG ist deshalb nur möglich, wenn er im Bereich seiner nicht hoheitlichen Tätigkeit Verträge abschliesst. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um privatrechtliche oder verwaltungsrechtliche Verträge handelt.¹⁷⁷ Die FINMA listet in ihrem Rundschreiben 2011/11 einige Indizien auf, die ihrer Ansicht nach im Einzelfall für eine dem GwG nicht unterstellte, hoheitliche staatliche Tätigkeit sprechen:¹⁷⁸

- Die finanzintermediäre Tätigkeit ist einer Behörde oder Organisation durch eine explizite gesetzliche Grundlage, einen Hoheitsakt oder verwaltungsrechtlichen Vertrag übertragen oder erlaubt worden.
- Die Behörde oder Organisation, die zur finanzintermediären Tätigkeit ermächtigt ist, könnte bei fehlender Kooperation mittels Verfügung Anordnungen treffen. Insofern liegt trotz Vertrag ein subordinatives Verhältnis zwischen der Behörde und dem Vertragspartner vor.
- Die finanzintermediäre Tätigkeit einer Behörde oder Organisation dient als Mittel, um eine in ihrer Kompetenz liegende Aufgabe erfüllen zu können oder sie steht in einem engen Zusammenhang mit einer solchen Aufgabe.
- Die Behörde oder Organisation, welche die staatliche Handlung erbringt, steht unter der Rechnungsprüfungskompetenz einer übergeordneten Behörde.

¹⁷⁴ Vgl. DIEBOLD, Sachverständige, 1164.

¹⁷⁵ BGE 114 V 219, E. 3c; vgl. DIEBOLD, Sachverständige, 1164; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 381.

¹⁷⁶ FINMA, Rundschreiben 2011/1, Rz. 133.

¹⁷⁷ FINMA, Rundschreiben 2011/1, Rz. 134.

¹⁷⁸ FINMA, Rundschreiben 2011/1, Rz. 136 ff.

- 75 Nach Massgabe dieser Kriterien seien Schuldbetreibungs- und Konkursämter, der ausseramtliche Konkursverwalter (Art. 241 SchKG) sowie schuld- und konkursrechtliche Liquidatoren (Art. 317 ff. SchKG) hoheitlich tätig und damit dem GwG nicht unterstellt. Auch zivilrechtliche Rechtsfiguren wie Erbschaftsliquidatoren (Art. 516 ZGB), Beistände (Art. 393 ff. ZGB) oder Vorsorgebeauftragte (Art. 360 ff. ZGB) seien «in der Regel» nicht dem GwG unterstellt. Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB) und Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB) seien dem GwG grundsätzlich ebenfalls nicht unterstellt, solange sie nicht ausserhalb ihres Auftrages eine finanzintermediäre Dienstleistung erbringen, z.B. im Rahmen der Mitwirkung an einer Erbteilung.¹⁷⁹
- 76 In diesem Zusammenhang sei schliesslich erwähnt, dass die Aufsichts- und Vollzugstätigkeit der FINMA selbst klarerweise mit hoheitlichen Befugnissen über Banken, Versicherungen, Börsen, Finanzinstitute, kollektive Kapitalanlagen, deren Verwalter und Fondsleitungen sowie Vertriebsträger und Versicherungsvermittler verbunden ist.¹⁸⁰

IX. Messwesen

- 77 Das schweizerische Messwesen ist auf Bundesebene im MessG geregelt. Zuständig für den Vollzug des Messwesens sind die Kantone, das Eidgenössische Institut für Metrologie und die Eichstellen im Messwesen. Die Eichung stellt gemäss Bundesgericht eine zentrale gewerbepolizeiliche Aufgabe dar und ist eine «einseitig staatlich auferlegte, obligatorische Voraussetzung für die Zulässigkeit» verschiedener Produkte, was sie zu einer «hoheitliche[n] Tätigkeit im engen Sinn» macht.¹⁸¹
- 78 Im Zuständigkeitsbereich der Kantone haben die Eichmeister insbesondere die Aufgabe, Messmittel (z.B. Waagen, Gewichtsstücke und Abgasmessgeräte für Verbrennungsmotoren) zu überprüfen (vgl. Art. 4 ZMessV). Sie sorgen damit für einen fairen Wettbewerb im Handel und bewahren die Konsumenten davor, zu viel zu bezahlen. Aufgaben und Tätigkeit Eichmeister sind nach Verordnungswortlaut dabei ausdrücklich hoheitlicher Natur (Art. 6 Abs. 1–3 ZMessV).

X. Marktüberwachung im Bereich technischer Handelshemmnisse

- 79 Die für die Marktüberwachung – d.h. die nachträgliche Kontrolle, ob bereits auf dem Markt befindliche Produkte die jeweiligen Vorschriften erfüllen – nach dem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) zuständigen Vollzugsorgane handeln *ex lege* gemäss Art. 3 lit. p THG stets hoheitlich.¹⁸²

¹⁷⁹ FINMA, Rundschreiben 2011/1, Rz. 141*.

¹⁸⁰ Vgl. statt vieler BGer 2C_1184/2013, E. 2.2; 2C_867/2015 vom 13. Dezember 2016, E. 1.4.3; 2C_399/2020 vom 28. Dezember 2020, E. 7.1.

¹⁸¹ BGer 2C_1007/2015 vom 10. Mai 2016, E. 4.4.

¹⁸² Vgl. auch BVGer A-5814/2009 vom 24. August 2010, E. 3.1.

XI. Epidemien-gesetz

Aus aktuellem Anlass rechtfertigt sich schliesslich ein Blick ins Epidemien-gesetz. Dieses sieht in Art. 30 ff. EpG diverse Massnahmen vor, die die zuständigen Behörden zur Krankheitsbekämpfung und zum Schutz der öffentlichen Gesundheit treffen können. Dazu gehören insbesondere Individualzwangsmassnahmen (Art. 33–38 EpG), beispielsweise die Quarantäne und Absonderung (Art. 35 EpG), die ärztliche Behandlung (Art. 37 EpG) oder Anordnungen wie z.B. Veranstaltungsverbote sowie Schul- und Betriebs-schliessungen (Art. 40 EpG). Diese Massnahmen, die seit März 2020 in aller Munde sind, erfolgen durch (gesetzlich vorgesehenen) Zwang und mithin hoheitlich. Auf Grundlage des EpG ist dagegen keine Zwangsmedikation möglich, weshalb die Einführung eines Impfblogatoriums rechtswidrig wäre. Der gegenwärtige Aufruf zum Impfen ist nicht mit Zwang verbunden und erfolgt somit auch nicht hoheitlich.¹⁸³ Eine behördliche Anordnung von Impfungen hingegen wäre klarerweise ein hoheitlicher Akt.¹⁸⁴ 80

C. Anknüpfungspunkte im Strafrecht

I. Vorbemerkungen

Das Strafrecht wird gemeinhin dem öffentlichen Recht zugeordnet.¹⁸⁵ Die Durchset- 81
zung des staatlichen Strafanspruchs (bzw. der «Strafgewalt») ist denn auch ein hoheitlicher Akt *par excellence*.¹⁸⁶ Nachfolgend werden drei explizite Anknüpfungspunkte, die sich aus dem StGB ergeben, kursorisch dargestellt:

II. Beamtenbegriff gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB

Die Begriffe des «Behördenmitglieds» bzw. des «Beamten» stellen wichtige Anknüp- 82
fungspunkte für verschiedene Bestimmungen des StGB dar: Insbesondere kennt das StGB diverse echte Sonderdelikte, die nur von einem Behördenmitglied oder Beamten ausgeübt werden können.¹⁸⁷ Die Tütereigenschaft als Behördenmitglied oder Beamter kann auch strafscharfend wirken,¹⁸⁸ oder aber – im Gegenteil – das geschützte Angriffsobjekt bilden.¹⁸⁹

¹⁸³ Vgl. VOKINGER/ROHNER, 263.

¹⁸⁴ So bereits JAAG, Staatshaftung, 56.

¹⁸⁵ Vgl. LEISNER, 23.

¹⁸⁶ LEISNER, 30 f.

¹⁸⁷ OBERHOLZER, BSK StGB, Art. 110 Abs. 3 N 1 f., m.w.H. auf die Straftatbestände Amtsmissbrauch (Art. 312 StGB), Gebührenüberforderung (Art. 313 StGB), ungetreue Amtsführung (Art. 314 StGB), Urkundenfälschung im Amt (Art. 317 StGB), Entweichenlassen von Gefangenen (Art. 319 StGB), Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB), sich bestechen lassen (Art. 322^{quater} StGB) und Vorteilsannahme (Art. 322^{sexies} StGB).

¹⁸⁸ OBERHOLZER, BSK StGB, Art. 110 Abs. 3 N 4.

¹⁸⁹ OBERHOLZER, BSK StGB, Art. 110 Abs. 3 N 5.

- 83 Das Gesetz bietet in Art. 110 Abs. 3 StGB keine inhaltliche Legaldefinition der Behörde bzw. des Beamten.¹⁹⁰ Das Bundesgericht lehnt sich bei der Begriffsbestimmung an den verwaltungsrechtlichen Begriff der Behörde an und fasst diesen weit: «Er trifft auf alle Bundesorgane zu, die kraft Bundesrecht mit hoheitlicher Zuständigkeit staatliche Funktionen ausüben, stellt also einen Sammelbegriff für alle Arten dieser Organe dar.»¹⁹¹
- 84 In Bezug auf den verwandten Behördenbegriff nach Art. 104 Abs. 2 StPO («weitere Behörde, der Parteirechte eingeräumt werden») hielt das Bundesgericht fest, für die Qualifikation als Behörde sei entscheidend, dass ihr die Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlich-rechtlichen Aufgabe übertragen wurde, ihr hierbei hoheitliche Befugnisse zukommen und die Geschäfts- und Rechnungsführung für ihre öffentlichen Aufgaben unter staatlicher Aufsicht steht. Insgesamt müsse die Organisation dergestalt in das Gemeinwesen eingebunden sein, dass ihre öffentlich-rechtliche Tätigkeit durch den Staat abgegolten werde.¹⁹²

III. Öffentliche Urkunden gemäss Art. 110 Abs. 5 StGB

- 85 Weiter verwendet das StGB in Art. 110 Abs. 5 StGB den Hoheitlichkeitsbegriff ausdrücklich in der Legaldefinition der «öffentlichen Urkunden»: «Öffentliche Urkunden sind Urkunden, die von Mitgliedern einer Behörde, Beamten und Personen öffentlichen Glaubens in Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen ausgestellt werden.» Da die Mindeststrafe für die Fälschung öffentlicher Urkunden (Art. 251 Ziff. 2 aStGB) aufgehoben wurde, ist diese Legaldefinition heutzutage praktisch bedeutungslos.¹⁹³
- 86 Im Kontext vorliegender Arbeit ist der Gesetzeswortlaut dennoch relevant, da er eben ausdrücklich die hoheitliche Funktion des Ausstellers hervorhebt. Stellt eine Behörde oder eine sonstige «Person öffentlichen Glaubens» hingegen als gleichberechtigter Vertragspartner in zivilrechtlichen Geschäften Urkunden aus, handelt es sich nicht um öffentliche Urkunden. Diese haben keine andere Beweisbedeutung als im privaten Rechtsverkehr ausgestellte Urkunden. Entscheidend ist also, dass der Aussteller in Ausübung hoheitlicher Funktionen handelt – was nicht zuletzt als Hinweis darauf gedeutet werden könnte, dass die Beurkundungstätigkeit im Verständnis des Gesetzgebers hoheitlicher Natur ist.¹⁹⁴

¹⁹⁰ OBERHOLZER, BSK StGB, Art. 110 Abs. 3 N 9 f.; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2004.

¹⁹¹ BGE 114 IV 34, E. 2a.

¹⁹² BGE 144 IV 240, E. 2.

¹⁹³ BOOG, BSK StGB, Art. 110 Abs. 5 N 1.

¹⁹⁴ BOOG, BSK StGB, Art. 110 Abs. 5 N 4.

IV. Verbotene Handlungen für einen fremden Staat gemäss Art. 271 StGB

Ein weiterer Anknüpfungspunkt zum Hoheitlichkeitsbegriff findet sich schliesslich im Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB. Dieser stellt die Vornahme einer Handlung für einen fremden Staat auf dem Gebiet der Schweiz unter Strafe, wenn diese Handlung üblicherweise einer Behörde zusteht. Der eigentliche Zweck von Art. 271 Ziff. 1 StGB besteht in der Verhinderung der Ausübung fremder Staatsgewalt auf schweizerischem Gebiet, dem Schutz des staatlichen Machtmonopols und der schweizerischen Souveränität.¹⁹⁵ 87

Sowohl der französische wie auch der italienische Gesetzeswortlaut verwenden nicht die Begriffe «Behörde» bzw. «Beamte», sondern sprechen von «*pouvoirs publics*» bzw. «*poteri pubblici*». In der Lehre wird mehrheitlich auf diesen restriktiveren Wortlaut, der letztlich gleichbedeutend mit hoheitlichem Handeln ist, abgestellt.¹⁹⁶ Auch mit Blick auf das geschützte Rechtsgut solle nicht jede amtliche Handlung vom Tatbestand erfasst sein, die ihrer Natur nach ganz allgemein amtlichen Charakter aufweist, sondern nur hoheitliche Amtshandlungen.¹⁹⁷ Die Begriffe der öffentlich-rechtlichen bzw. amtlichen Handlung einerseits und der hoheitlichen Handlung andererseits seien voneinander zu unterscheiden, da die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Funktion «nicht notwendigerweise mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden» sei.¹⁹⁸ Zur Abgrenzung von hoheitlichen und nicht hoheitlichen Handlungen werden in der Lehre wiederum die Anwendung von Zwangsgewalt bzw. Macht- und Gewaltbefugnisse als Kriterien genannt.¹⁹⁹ Unbeachtlich sei dabei, dass dem Täter in tatbestandsmässigen Konstellationen *de facto* gerade keine Anordnungs- oder Zwangsgewalt in der Schweiz zukommen kann, da sich diese nicht aus der Staatsgewalt eines anderen Staats ergeben können.²⁰⁰ 88

Als Beispiele von Handlungen, die unter den Straftatbestand nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB fallen, werden in der Botschaft und der älteren Lehre polizeiliche Erhebungen, Beschlagnahmungen, Festnahmen und Verhaftungen, Recherchen für ausländische Finanzverwaltungen, Zollbehörden und Staatsbanken, Untersuchungshandlungen zu steuer- und strafrechtlichen Zwecken, Vollstreckungshandlungen, prozesuale Vernehmungen, Augenscheine sowie die selbstständige Vornahme von Beweiserhebungen genannt.²⁰¹ Problematisch können aber auch schon Handlungen 89

¹⁹⁵ HUSMANN, BSK StGB, Art. 271 N 6; BGer 6B_402/2008 vom 6. November 2008, E. 2.3.2.

¹⁹⁶ GAUTHEY/MARKUS, 369; HUSMANN, BSK StGB, Art. 127 N 24.

¹⁹⁷ HUSMANN, BSK StGB, Art. 127 N 24 m.w.H.; vgl. in diesem Sinne auch BGer 9X.1/1999 vom 7. Juli 2000, E. 6b und 12a.

¹⁹⁸ GAUTHEY/MARKUS, 369.

¹⁹⁹ GAUTHEY/MARKUS, 370; HUSMANN, BSK StGB, Art. 271 N 25 mit Verweis auf BGer 6B_235/2013 vom 22. Juli 2013, E. 1.1.

²⁰⁰ HUSMANN, BSK StGB, Art. 127 N 25 m.w. H.; vgl. BGE 114 IV 218, E. 2d.

²⁰¹ Botschaft Sicherheit der Eidgenossenschaft, 744; vgl. HUSMANN, BSK StGB, Art. 127 N 24 m.w.H.

ausländischer Konkursverwaltungen in der Schweiz sein.²⁰² Entscheidend für die Tatbestandsmässigkeit ist, dass es sich um eine originär staatliche Tätigkeit handelt, die die staatlichen Kernfunktionen beschlägt. Nicht erfasst sind dagegen reine Amtshandlungen ohne hoheitliche Befugnisse, wie z.B. in der Regel die Tätigkeit von Gerichtsschreibern oder -dolmetschern.²⁰³

D. Anknüpfungspunkte im Privatrecht

I. Vorbemerkungen

- 90 Dem Hoheitlichkeitsbegriff kommt bei der Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht – wie bereits hinlänglich aufgezeigt – in gewissem Sinne eine Scharnierfunktion zu. Die Grenzen zwischen der öffentlichen und der privaten Sphäre sind mitunter diffus.²⁰⁴ Hoheitliches Handeln ist im Rechtsstaat an gewisse Einschränkungen gebunden, die sich in Gestalt des öffentlichen Rechts offenbaren. Im Gegensatz zum Privatrecht, dass durch weitgehende Parteiautonomie geprägt ist, gilt im öffentlichen Recht die Grundrechtsbindung und ist staatliches Handeln an Legalität, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit gebunden.²⁰⁵
- 91 Vor diesem Hintergrund gibt es effektiv kaum Anknüpfungspunkte des Hoheitlichkeitsbegriffs *im* Privatrecht, sondern vielmehr Situationen, in denen die erwähnte Abgrenzungsfunktion des Hoheitlichkeitsbegriffs eine Rolle spielt. Nachfolgend werden zwei Beispiele solcher Abgrenzungen besonders hervorgehoben:

II. Erwachsenenschutz

- 92 Das Erwachsenenschutzrecht ist Teil des im ZGB geregelten Familienrechts. Diverse Organe, die für die Umsetzung des Erwachsenenschutzrechts besorgt sind, handeln üblicherweise hoheitlich.²⁰⁶ Das hoheitliche Auftreten der Erwachsenenschutzbehörde ist verschiedentlich zumindest implizit im Gesetz²⁰⁷ verankert und wurde kürzlich auch vom Bundesgericht²⁰⁸ ausdrücklich bestätigt.
- 93 Ferner sind gemäss Bundesgericht auch die von den Kantonen für die fürsorgerische Unterbringung als zuständig bezeichneten Ärzte hoheitlich tätig, wenn sie eine fürsor-

²⁰² BGE 137 III 631, E. 2.3.1; 129 III 683, E. 5.3; 106 III 79, E. 4.

²⁰³ GAUTHEY/MARKUS, 371.

²⁰⁴ TSCHANNEN, 784 ff.; LEISNER, 25 ff.

²⁰⁵ TSCHANNEN, 783.

²⁰⁶ Vgl. MAUCHLE, Rz. 161.

²⁰⁷ Vgl. Art. 400 Abs. 1 ZGB (Ernennung der Beistandsperson), Art. 415 ZGB (Kontrolle über die Tätigkeit der Beistandsperson).

²⁰⁸ BGE 144 III 442, E. 2.5.

gerische Unterbringung anordnen. Dies gilt unabhängig davon, ob die zuständigen Ärzte frei praktizieren oder an einem öffentlichen Spital angestellt sind.²⁰⁹

III. Internationales Zivilverfahrensrecht

Im Bereich des internationalen Zivilverfahrensrechts bestehen bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des LugÜ gewisse Parallelen zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK.²¹⁰ So ist der Anwendungsbereich gemäss Art. 1 Ziff. 1 LugÜ auf «Zivil- und Handels-sachen» beschränkt. Öffentlich-rechtliche Angelegenheiten sind dagegen vom sachlichen Anwendungsbereich prinzipiell ausgenommen. 94

Der Begriff der Zivil- und Handelssache wird vertragsautonom ausgelegt.²¹¹ Gemäss ständiger Rechtsprechung des EuGH ist das massgebliche Kriterium zur Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, ob das streitige Rechtsverhältnis in Zusammenhang mit der «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» steht.²¹² Ein Rechtsstreit zwischen einer Behörde und einer Privatperson ist dann als «Zivil- und Handelssache» zu qualifizieren, wenn dieser nicht mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse der Behörde in Zusammenhang steht.²¹³ Hoheitliche Befugnisse liegen gemäss der Diktion des EuGH unter anderem vor, wenn sich die Behörde Gestaltungsformen bedient, «die von den im Verhältnis zwischen Privatpersonen geltenden Regeln abweichen».²¹⁴ So nehme etwa eine Lehrperson an einer öffentlichen Schule gegenüber den Schülern die gleichen Aufgaben wahr, wie eine Lehrperson an einer Privatschule.²¹⁵ Diese Rechtsprechung des EuGH wurde vom Bundesgericht übernommen.²¹⁶ 95

Eine explizite Bezugnahme auf den Hoheitlichkeitsbegriff findet sich ferner in Art. 174a IPRG: Im Bereich des grenzüberschreitenden Insolvenzrechts ist unter gewissen Voraussetzungen die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens vorgesehen. Wird auf eine solche Durchführung verzichtet, «so darf die ausländische Konkursverwaltung unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben, die ihr nach dem Recht des Staates, in welchem der Konkurs eröffnet wurde, zustehen; sie darf insbesondere Vermögenswerte ins Ausland verbringen und Prozesse führen. 96

²⁰⁹ BGE 146 III 377, E. 6.4; 118 II 254, E. 1a; BGer 5P.371/2003 vom 17. November 2003, E. 3.

²¹⁰ Vgl. dazu oben, Rz. 57 ff.

²¹¹ ROHNER/LERCH, BSK LugÜ, Art. 1 N 26.

²¹² EuGH, Rs. C-29/76, *Eurocontrol*, EU:C:1976:137, Rz. 3; Rs. C-814/79, *Niederlande/Rüffer*, EU:C:1980:291, Rz. 7; Rs. C-172/91, *Sonntag*, EU:C:1993:144, Rz. 18.

²¹³ EuGH, Rs. C-292/05, *Lechouritou*, Rz. 31 ff.

²¹⁴ EuGH, Rs. C-172/91, *Sonntag*, EU:C:1993:144, Rz. 22.

²¹⁵ EuGH, Rs. C-172/91, *Sonntag*, EU:C:1993:144, Rz. 23; vgl. ROHNER/LERCH, BSK LugÜ, Art. 1 N 46 und 50 mit einer Auflistung weiterer Beispiele.

²¹⁶ BGer 5A_249/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.1; BGE 124 III 436, E. 3a; 124 III 382, E. 6e f.; vgl. m.w.H. ROHNER/LERCH, BSK LugÜ, Art. 1 N 47.

Diese Befugnisse umfassen nicht die Vornahme hoheitlicher Handlungen, die Anwendung von Zwangsmitteln oder das Recht, Streitigkeiten zu entscheiden.»

- 97 Interessant ist, dass das Gesetz hier neben allgemeinen hoheitlichen Handlungen auch die Anwendung von Zwangsmitteln und Streitentscheidungsbefugnisse von den Kompetenzen der ausländischen Konkursverwaltung ausdrücklich ausnimmt.²¹⁷ Die Botschaft führt zu dieser Formulierung aus, dass die Frage, welche Tätigkeiten hoheitlich sind, nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist. Insbesondere gehörten zu den hoheitlichen Handlungen die Androhung von Straffolgen oder die gewaltsame Durchsetzung von Auskunft- und Herausgabepflichten.²¹⁸ Nicht als hoheitlich gelten *ex lege* die Verbringung des Vermögens ins Ausland und die Prozessführung; die Botschaft nennt darüber hinaus auch die Einholung von Informationen über Vermögenswerte durch briefliche Anfrage sowie verjährungsunterbrechende Handlungen (z.B. Betreuung).²¹⁹ Hoheitlich ist sodann auch der Erlass von Verfügungen jeglicher Art. Diese Abgrenzung ergibt sich aber wie gesehen bereits aus der strafrechtlichen Norm von Art. 271 StGB.²²⁰

E. Fazit und Zusammenfassung

- 98 Die vorstehende querschnittsartige Zusammenstellung der Verwendung des Hoheitlichkeitsbegriffs in der aktuellen schweizerischen juristischen Praxis hat ergeben, dass die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und nicht hoheitlichem Handeln in verschiedensten Rechtsgebieten von geradezu fundamentaler Bedeutung ist. Unter anderem zeigte sich, dass
- im Bereich hoheitlichen Handelns eine Grundrechtsbindung besteht;
 - hoheitliche Anordnungen in verschiedener Hinsicht ausschlaggebend bei der Festlegung anwendbarer Verfahrensregelungen und Verfahrensgarantien sind;
 - als Behörden in erster Linie Personen gelten, die hoheitlich handeln können;
 - auch verschiedene ausgelagerte Einheiten bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben regelmässig hoheitlich handeln;
 - im Bereich des öffentlichen Personalrechts für bestimmte hoheitliche Tätigkeiten Staatsangehörigkeitsvorbehalte zugunsten von Schweizern bestehen;
 - der Staat für Schäden (kausal) haftet, die seine Behörden in Ausübung hoheitlicher Verrichtungen verursachen;
 - für hoheitliche Leistungen keine Mehrwertsteuerpflicht besteht;
 - hoheitlich tätige Personen nicht dem GwG unterstehen;

²¹⁷ Vgl. BÜRGI, BSK IPRG, Art. 174a N 22.

²¹⁸ Botschaft Konkursrecht, 4142.

²¹⁹ Botschaft Konkursrecht, 4142.

²²⁰ BÜRGI, BSK IPRG, Art. 174a N 22; vgl. oben, Rz. 87 ff.

- hoheitliche Tätigkeiten durch einen anderen Staat auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz strafrechtlich untersagt sind; und
- dem Hoheitlichkeitsbegriff eine entscheidende Bedeutung bei der Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zukommt.

Bei alledem findet der Hoheitlichkeitsbegriff keine einheitliche Verwendung. Wo genau die Trennlinie zwischen «hoheitlichem» und «nicht hoheitlichem» Handeln zu ziehen ist, bleibt in den meisten Gebieten auslegungsbedürftig oder ist aus der jeweils einschlägigen Rechtsnorm zu schliessen. Die Praxis ist durch eine mitunter verwirrende Begriffsvielfalt geprägt. So werden die Begriffe und Formulierungen «amtlich», «öffentlich-rechtlich» und «öffentliche Aufgaben» in Einzelfällen als Synonym zum Hoheitlichkeitsbegriff verwendet, üblicherweise aber explizit davon abgegrenzt. 99

Kriterien, die bei der Definition des Hoheitlichkeitsbegriffs rechtsgebietsübergreifend auftauchen, sind das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses, Zwangsausübung oder zumindest das Vorliegen von Zwangsbefugnissen, sowie – seltener – die Aufsicht über den Hoheitsträger durch eine staatliche Behörde. Diese anhand der Praxis ausgearbeiteten Elemente stimmen mit jenen überein, die sich bereits aus dem erörterten herrschaftstheoretischen historischen Verständnis des Hoheitlichkeitsbegriffs sowie dessen geschilderter Funktion im modernen Staatsverständnis ergeben. Es liegt daher nahe, diese Kriterien als zentrale Abgrenzungskriterien des Hoheitlichkeitsbegriffs zu bezeichnen. Im Einzelnen wird darauf im nachfolgenden § 3 eingegangen. 100

A. Hoheitlichkeit als enger Kernbereich staatlichen Handelns

Nach der begriffshistorischen Herleitung und der vorstehenden, breit gefächerten Zusammenstellung der praktischen Begriffsverwendung in der aktuellen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Doktrin ist nun im Folgenden auf die ganz zu Beginn der vorliegenden Arbeit aufgeworfenen Fragen zurückzukommen:

- Was bedeutet «Hoheitlichkeit»?
- Wann liegt eine «hoheitliche Tätigkeit» resp. «hoheitliches Handeln» vor?

Die Erkenntnisse aus den vorstehenden terminologischen, historischen, dogmatischen und praktischen Annäherungsversuchen an den Hoheitlichkeitsbegriff machen deutlich, dass der Hoheitlichkeitsbegriff eng zu verstehen ist. «Hoheitliche Tätigkeiten» sind nur jene Tätigkeiten im staatlichen Kernbereich, bei denen der Staat bzw. seine Behörden oder mit öffentlichen Aufgaben betraute Private herrschaftsrechtlich gegenüber den rechtsunterworfenen Bürgern auftreten. Mit anderen Worten liegt hoheitliches Handeln dann vor, wenn basierend auf öffentlich-rechtlichen Regelungen verbindliche Anordnungen getroffen und notfalls zwangsweise durchgesetzt werden (können), wozu begriffsimmanent ist, dass der Private in einem Subordinationsverhältnis zum Hoheitsträger steht.²²¹

(Formell) hoheitlich handelt der Staat zunächst, wenn er Rechtsakte erlässt.²²² Dazu gehören sowohl der Erlass generell-abstrakter Regelungen (Gesetze im materiellen Sinn) als auch individuell-konkrete Anordnungen (Verfügungen, Gebote und Verbote, Gerichtsentscheidungen). Darüber hinaus liegt (materiell) hoheitliches Handeln auch

²²¹ Vgl. FLEINER-GERSTER, Rz. 21/16 f.; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 633; LIENHARD, 211 f.; FEINÄUGLE, 35; MOHLER, Gewaltmonopol, Rz. 136; DIEBOLD, Sachverständige, 1164; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 30; WIEDERKEHR/PLÜSS, Rz. 2320; vgl. m.w.H. LEITGES, 63 f.; RÜTSCHKE, 155.

²²² Vgl. oben, Rz. 32 ff.

in Bereichen vor, in denen die Verwaltungsbehörden faktisch Zwangsgewalt ausüben oder zumindest zur Ausübung von Zwangsgewalt befugt sind.²²³

- 104 Mit der Begriffsverwendung in jenen oben dargestellten Rechtsgebieten, in denen die Praxis unter den Hoheitlichkeitsbegriff alle Tätigkeiten subsumiert, die öffentlich-rechtlich geregelt sind, lässt sich diese Definition nicht in Einklang bringen. Dies betrifft zum einen den Bereich der Staatshaftung, wo «hoheitliche Tätigkeiten» (anstelle von «amtlichen») zur Abgrenzung gegenüber gewerblichen Verrichtungen verwendet werden. Der Vorentwurf zur (inzwischen gescheiterten) Revision zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts wollte diese in der Praxis angesiedelte terminologische Ungenauigkeit bereinigen. So hätte die revidierte Ermächtigungsnorm im OR den Kantonen erlaubt, abweichende Haftungsbestimmungen für Schäden zu erlassen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt verursacht werden. Genauso hätte sich das revidierte Verantwortlichkeitsgesetz auf die Regelung der Haftung für Schäden, die ein Beamter in Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit verursacht hat, beschränkt.²²⁴ Zum anderen verwendet das Bundesgericht den Hoheitlichkeitsbegriff im Bereich der Gemeindeautonomiebeschwerde zur Abgrenzung von gewerblichen Aktivitäten der Gemeinden in einem weiteren Sinne, als er hiervor definiert wurde.²²⁵ Bei rechtem Licht besehen, bestehen freilich keine überzeugenden Gründe, weshalb eine Harmonisierung der verwendeten Terminologie im Sinne der vorstehenden Definition nicht auch in diesen beiden Abweichungsfällen möglich sein sollte.
- 105 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Hoheitlichkeitsbegriff einen Bedeutungskern hat, über den im Wesentlichen Einigkeit besteht. Trotz gelegentlicher terminologischer Abweichungen scheint der Anwendungsbereich von Hoheitlichkeit enger zu sein als jener der «amtlichen», «öffentlich-rechtlichen» oder «staatlichen» Tätigkeiten. Eine eindeutige und trennscharfe Zuordnung einer Tätigkeit oder Handlung ist freilich nicht in allen Fällen möglich. Entsprechend muss im Einzelfall insbesondere anhand der Kriterien des Subordinationsverhältnisses und der Zwangsbefugnisse geprüft werden, ob eine Tätigkeit zum engen Bereich hoheitlicher Handlungen zählt oder nicht.

B. Abgrenzungskriterien

I. Subordinationsverhältnis

- 106 Als primäres Kriterium zur Abgrenzung zwischen hoheitlichen und nicht hoheitlichen Tätigkeiten wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre auf ein Subordi-

²²³ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 630 f.

²²⁴ JAAG, Staatshaftung, 53 m.w.H.

²²⁵ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 632.

nationsverhältnis, also eine Über- bzw. Unterordnung zwischen Hoheitsträger und Rechtsunterworfenem abgestellt.²²⁶ Die Subordination äussert sich im Bereich des formell-hoheitlichen Handelns wie gesehen in der Gesetzgebung, Rechtsprechung, bei der Anordnung von Ge- und Verboten, aber auch bei sonstigen rechtsgestaltenden oder feststellenden Verfügungen.²²⁷

Das Subordinationsverhältnis betont dabei den spezifisch herrschaftlichen Kern hoheitlichen Handelns. Hoheitlichkeit und Subordination fallen auch begrifflich zusammen, was sich bereits in der sprachlichen Gegenüberstellung von Hoheit, einerseits, und Unterwerfung bzw. Unterordnung, andererseits, manifestiert. Beiden Begriffen ist eine Relation inhärent, die auf ein gestuftes Verhältnis zwischen Subjekten hinweist.²²⁸ 107

Mit dem Kriterium der Subordination verknüpft ist jenes der Einseitigkeit.²²⁹ Es handelt sich dabei insbesondere um jenes Element, das die Verfügung vom Vertrag (privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur) unterscheidet. Der Verfügungssat hat üblicherweise keine Einflussmöglichkeit auf die Gestaltung des Verfügungsinhaltes. Er bleibt auf nachträgliche Rechtskontrolle verwiesen. Auch darin liegt eine Form übergeordneter Herrschaftsmacht, die hoheitlichem Handeln im Gegensatz zu nicht hoheitlichem Handeln zugrunde liegt.²³⁰ 108

II. Befugnis zur Ausübung von Zwangsgewalt

Auch tatsächliches Verwaltungshandeln kann hoheitlicher Natur sein: Dies gilt insbesondere für Bereiche, in denen die Behörden berechtigt sind, Zwangsgewalt auszuüben (z.B. klassische Polizeitätigkeiten). Hoheitliches Handeln liegt aber nicht nur bei der tatsächlichen Ausübung von Anordnungs- oder Zwangsgewalt vor, sondern bereits dort, wo die Möglichkeit dazu bestünde, ohne dass davon Gebrauch gemacht werden müsste. Die blossen Anordnungs- oder Zwangsbefugnis ist hier ausreichend.²³¹ In diese Kategorie fallen etwa die Konkursverwaltung, staatliche Aufsichtstätigkeit und richterliche Verfahrensleitung.²³² 109

²²⁶ FLEINER-GERSTER, Rz. 21/16 f.; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 633; LIENHARD, 211 f.; FEINÄUGLE, 35; MOHLER, Gewaltmonopol, Rz. 136; DIEBOLD, Sachverständige, 1164; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 30; WIEDERKEHR/PLÜSS, Rz. 2320; vgl. m.w.H. LEITGES, 63 f.; RÜTSCHKE, 155.

²²⁷ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 635 f.; vgl. auch LEITGES, 63 f.

²²⁸ LEITGES, 64; PROELLER, 30.

²²⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 855; WIEDERKEHR/PLÜSS, Rz. 2320; vgl. LEITGES, 61 f.

²³⁰ Vgl. LEITGES, 61 f.

²³¹ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636.

²³² JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636.

- 110 Gesamthaft ist jedoch festzuhalten, dass spätestens im Moment der effektiven Ausübung der Anordnungs- und Zwangsgewalt wiederum das Herrschaftsgefälle zwischen Staat und Privatem in den Vordergrund tritt. In diesem Sinne liesse sich auf rein theoretischer, nicht ergebniswirksamer Ebene m.E. darüber streiten, ob die (Befugnis zur) Ausübung von Zwangsgewalt effektiv ein eigenes Abgrenzungskriterium darstellt, oder ob es sich dabei – wie beim Kriterium der Einseitigkeit – nicht eher bloss um eine Ausprägung des Subordinationsverhältnisses handelt.

III. Ausübung von Regierungsbefugnissen

- 111 In der Lehre werden teilweise auch reine Regierungsbefugnisse als hoheitlich bezeichnet, obwohl diese nicht direkt mit Zwangsgewalt oder -befugnis verbunden sind und in der Regel auch kein Subordinationsverhältnis gegeben ist. Genannt werden etwa die Beratung und Beschlussfassung in politischen Gremien, Behördentätigkeiten im zwischenstaatlichen Verkehr, wie z.B. die diplomatische Vertretung gegenüber Drittstaaten, die öffentliche Beurkundung²³³ und die Führung öffentlicher Register.²³⁴ M.E. bestehen jedoch keine einleuchtenden Gründe, warum in diesen Bereichen im Rahmen einer Einzelfallprüfung einer bestimmten Tätigkeit vom Erfordernis des Vorliegens einer subordinativen Herrschaftssituation abgewichen werden sollte.

IV. Aufsicht durch eine hoheitlich tätige Behörde

- 112 Schliesslich sieht die jüngere Praxis teilweise ein weiteres Kriterium für das Vorliegen von Hoheitlichkeit darin, dass der Hoheitsträger unter staatlicher Aufsicht einer übergeordneten, selbst ebenfalls mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Behörde steht.²³⁵ M.E. kann es sich bei diesem auf rein formale Aufsichtsaspekte abstellenden Kriterium nur um ein Indiz für das Vorliegen einer hoheitlichen Tätigkeit handeln. Entscheidend kann letztlich nur die nach den oben dargestellten Abgrenzungskriterien zu beurteilende Natur der effektiv in Frage stehenden Tätigkeit sein.

C. Begriffsabgrenzung und Kategorisierung staatlichen Handelns

- 113 Sowohl die begriffsgeschichtliche Annäherung an den Hoheitlichkeitsbegriff als auch die Untersuchung von dessen Funktion und Bedeutung in der aktuellen Praxis haben erhellt, dass dessen Vielschichtigkeit nicht zuletzt einer unübersichtlichen Vielfalt ver-

²³³ Vgl. dazu ausführlich unten, Rz. 484 ff. (zum Unionsrecht) und Rz. 736 ff. (zum diesbezüglichen Lehrstreit in der Schweiz).

²³⁴ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 636; vgl. auch PROELLER, 30 ff.

²³⁵ So bei der Behördendefinition nach Art. 104 StPO (vgl. oben, Rz. 84) und bei der Abgrenzungsfrage zwischen hoheitlichen und nicht hoheitlichen Handeln im Bereich des GwG (vgl. oben, Rz. 74).

wandter oder gar synonym verwendeter Begriffe geschuldet ist. Solch uneinheitliche Verwendung oder gar Vermischung der Begriffe führt in der Praxis zu Missverständnissen bzw. Unklarheiten und erschwert deshalb sachliche Auseinandersetzungen mit der mitunter auch ideologisch geprägten Thematik ungemein.

Folgende Terminologie, die ursprünglich im Bereich des Staatshaftungsrechts sowie im Bereich der völkerrechtlichen Staatenimmunität²³⁶ diskutiert wurde, scheint mir zur Überwindung der terminologischen Verwirrung zielführend:²³⁷ 114

- Staatliche Tätigkeiten sind auf einer ersten Ebene aufzugliedern in «amtliche» (öffentlich-rechtliche) und «gewerbliche» (privatrechtliche) Tätigkeiten. Im Bereich der amtlichen Tätigkeiten betätigt sich der Staat nicht wirtschaftlich. Gewerbliche Tätigkeit des Staates hingegen ist gleichzeitig auch wirtschaftliche Staatstätigkeit.
- Auf einer zweiten Ebene lassen sich sodann die amtlichen Staatstätigkeiten weiter auftrennen in «hoheitliche» und «nicht hoheitliche» amtliche Tätigkeiten. Hier ist das entscheidende Abgrenzungskriterium, wie gesehen, das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses bzw. die daraus fließende Anordnungs- und Zwangsbefugnis des Staates.

Die Verwendung des Hoheitlichkeitsbegriffs ist nach dem Gesagten harmonisierungsbedürftig. An sich stünde der skizzierten dogmatischen Verengung des Begriffs auf spezifisch herrschaftlich ausgeübte Staatsfunktionen, die durch ein Subordinationsverhältnis geprägt sind, nichts im Wege. Eine diesbezügliche rechtsgebietsüberspannende Terminologie, die exakt zwischen «amtlichen», «gewerblichen», «hoheitlichen» und «nicht hoheitlichen» staatlichen Tätigkeiten unterscheidet, hat sich indes bislang noch nicht durchgesetzt. Unter Vorbehalt der noch zu leistenden Analyse zur Begriffsverwendung im Freizügigkeitsrecht kann freilich schon hier festgehalten werden, dass ein einheitliches Verständnis des Hoheitlichkeitsbegriffs in allen Bereichen des öffentlichen Rechts angezeit erscheinen würde.²³⁸ 115

D. Fazit und Zusammenfassung

Der Hoheitlichkeitsbegriff markiert einen engen Kernbereich staatlichen Handelns. «Hoheitliche Tätigkeiten» sind jene staatlichen Tätigkeiten, bei denen der Staat bzw. seine Behörden oder mit öffentlichen Aufgaben betraute Private herrschaftsrechtlich gegenüber rechtsunterworfenen Bürgern auftreten. Hoheitliches Handeln charakterisiert sich primär durch ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Staat und Bürgern. Ein solches liegt mithin dann vor, wenn vom Hoheitsträger, basierend auf öffentlich-

²³⁶ BUCHER, 771 mit Verweis auf BGE 104 Ia 368, E. 2 ff.; GROSS, Haftpflicht, 465 f.

²³⁷ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 634 und insbesondere das Schema auf 635; JAAG, Staatshaftung, 55 ff.; BELLANGER, 484 ff.

²³⁸ Vgl. LEITGES, 81.

rechtlichen Normen, einseitig verbindliche Anordnungen getroffen und notfalls zwangsweise durchgesetzt werden (könnten).

- 117 Der Hoheitlichkeitsbegriff findet in der schweizerischen juristischen Praxis bislang keine einheitliche Verwendung; sein Inhalt ist zunächst aus der jeweiligen Rechtsnorm selbst zu erschliessen. Bezüglich der herausgeschälten Abgrenzungskriterien (i) des Bestehens eines Subordinationsverhältnisses sowie (ii) der damit verbundenen Befugnis zur Ausübung von Zwangsgewalt scheint in Rechtsprechung und Lehre immerhin ein Grundkonsens zu bestehen.
- 118 Die vorstehenden Ausführungen erhellen, dass die Verwendung des Hoheitlichkeitsbegriffs in der Praxis harmonisierungsbedürftig ist. Die Verankerung einer einheitlichen rechtsgebietsübergreifenden Terminologie, die exakt zwischen «amtlichen», «gewerblichen», «hoheitlichen» und «nicht hoheitlichen» staatlichen Tätigkeiten unterscheidet, ist anzustreben. Dazu erscheinen die oben dargestellten Abgrenzungsmerkmale sachgerecht und im Einzelfall praktikabel. Sie reflektieren nicht zuletzt auch die herrschaftsrechtlichen Ursprünge des Hoheitlichkeitsbegriffs.

Zweiter Teil

**Hoheitliche Tätigkeiten im Mehrebenensystem
des Freizügigkeitsrechts**

A. Vorbemerkungen

Ziel des ersten Teils vorliegender Abhandlung war die Erarbeitung eines grundlegenden Verständnisses des Hoheitlichkeitsbegriffs. Im Rahmen des zweiten Teils werden nun dessen Funktion und Bedeutung auf den verschiedenen Ebenen des Freizügigkeitsrechts beleuchtet. 119

Dazu werden die im multilateralen (§ 5), unionalen (§ 6), bilateralen (§ 7) und nationalen (§ 8) Freizügigkeitsrecht verwendeten Begriffsverständnisse anhand der folgenden Leitfragen untersucht: 120

- Wie sind die Grundlagen des Freizügigkeitsrechts auf der jeweiligen Ebene geregelt?
- Welche Funktion kommt dem Hoheitlichkeitsbegriff bei der Anwendung des Freizügigkeitsrechts auf der jeweiligen Ebene zu?
- Welche allgemeinen Kriterien werden in Rechtsprechung und Lehre zur Bestimmung der Hoheitlichkeit verwendet?
- Welche Tätigkeiten werden in der Praxis konkret als hoheitlich eingestuft? Wodurch unterscheiden sich diese Tätigkeiten von solchen, die nicht hoheitlich sind?
- Stimmen die Begriffsverständnisse auf den einzelnen Ebenen überein?
- Färben die Begriffsverständnisse aufeinander ab? Gibt es Reflexwirkungen?
- Inwiefern unterscheidet sich das Begriffsverständnis der Hoheitlichkeit im freizügigkeitsrechtlichen Kontext von der allgemeinen, im ersten Teil dieser Arbeit erarbeiteten Definition?

In § 9 schliesslich werden die Antworten zu diesen Fragen abschliessend zusammengefasst. 121

Der konkreten Betrachtung der Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs auf den einzelnen Freizügigkeitsebenen vorgelagert, behandelt der vorliegende § 4 die grundlegende 122

rechtliche Relevanz des Hoheitlichkeitsbegriffs im Freizügigkeitsrecht. In erster Linie wird hierzu im Sinne eines Überblicks das Rechtsgebiet des Freizügigkeitsrechts näher umschrieben und eingegrenzt (B.). Sodann werden die einzelnen Freizügigkeits Ebenen, die Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung bilden, dargestellt (C.). Schliesslich wird die grundlegende rechtliche Relevanz des Hoheitlichkeitsbegriffs im Freizügigkeitsrecht anhand der Auflistung der jeweiligen Bereichsausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten» auf den einzelnen Freizügigkeitsebenen erörtert (D.).

B. Überblick über das Freizügigkeitsrecht

I. Begriffsbestimmung im Rahmen der vorliegenden Arbeit

- 123 Der Begriff «Freizügigkeit» wird gemeinhin zur Umschreibung des freien Personenverkehrs verwendet.²³⁹ Zu verstehen ist darunter die Freiheit von (natürlichen und juristischen) Personen, von ihrem Herkunftsort aus in ein anderes Hoheitsgebiet (den Bestimmungsort) zu reisen, sich dort aufzuhalten, sich dort allenfalls gar niederzulassen, dort zu arbeiten und generell am dortigen Wirtschaftsleben teilzunehmen.²⁴⁰
- 124 Das Freizügigkeitsrecht wiederum gibt dem Staat Schranken vor, innert welcher dieser die Freizügigkeit beschränken darf. Dabei setzt es gewisse Leitplanken, in dem es Verbote und Pflichten (z.B. Diskriminierungsverbot, Beschränkungsverbot, Anerkennungspflicht) statuiert. Freizügigkeitsberechtigte Personen erlangen dadurch einen grenzüberschreitenden Marktzugangsanspruch, den sie gegenüber dem Staat im Falle einer unzulässigen Freizügigkeitsbeschränkung durchsetzen können.²⁴¹ Das Freizügigkeitsrecht schützt also im Grunde den Personenverkehr vor staatlicher Einingung und ermöglicht so ortsfremden Personen die Teilnahme am Wirtschaftsleben ausserhalb ihres Herkunftsortes.²⁴²
- 125 Die nachfolgende Untersuchung geht von einem Begriffsverständnis aus, wonach Freizügigkeit sowohl die Niederlassungsfreiheit wie auch Teilbereiche der Dienstleistungsfreiheit umfasst. Dieses breitere, durchaus gängige Verständnis der Freizügigkeit erfasst somit – in Anlehnung an die Konzeption des FZA²⁴³ – jede Form des wirt-

²³⁹ In der schweizerischen Gesetzgebung taucht der Begriff «Freizügigkeit» allerdings auch in anderem Zusammenhang auf: Das Freizügigkeitsgesetz stellt die volle Freizügigkeit für den gesamten Bereich der beruflichen Vorsorge sicher. Gemäss Art. 2 Abs. 1 FZG haben Versicherte, welche eine Vorsorgeeinrichtung verlassen, bevor ein Vorsorgefall eingetreten ist, Anspruch auf eine Austrittsleistung (das FZG spricht hier vom «Freizügigkeitsfall»). Im Rahmen vorliegender Arbeit wird unter «Freizügigkeit» aber stets die «Personenfreizügigkeit», und entsprechend nicht die Freizügigkeit im Sinne des FZG verstanden.

²⁴⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 1; vgl. BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 12 N 1 ff.

²⁴¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 5.

²⁴² DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 2.

²⁴³ Vgl. Art. 1 FZA.

schaftsbezogenen Grenzverkehrs natürlicher und juristischer Personen zum dauerhaften oder vorübergehenden Aufenthalt in einem fremden Hoheitsgebiet.²⁴⁴

II. Regelungsgegenstände

Das Freizügigkeitsrecht gewährleistet in erster Linie die Niederlassungsfreiheit. Diese schützt die Freiheit von Personen, in einen Aufnahmestaat einzureisen, dort Wohnsitz zu nehmen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und am Wirtschaftsleben teilzunehmen sowie gegebenenfalls wieder in den eigenen Heimatstaat zurückzukehren. Zu den freizügigkeitsberechtigten Personengruppen gehören natürliche Personen als Selbständigerwerbende, Arbeitnehmende oder Nichterwerbstätige, aber auch juristische Personen. Je nach Zugehörigkeit zu einer dieser freizügigkeitsberechtigten Personengruppen bestehen unterschiedliche Voraussetzungen, um in den Genuss der Niederlassungsfreiheit zu kommen.²⁴⁵ 126

Vom Freizügigkeitsrecht umfasst sind ferner auch gewisse Aspekte der Dienstleistungsfreiheit: Inkludiert sind hier Konstellationen, in denen Dienstleistungserbringern wie auch -empfängern ein Recht auf vorübergehenden Aufenthalt oder vorübergehende Teilnahme am Wirtschaftsleben im Aufenthaltsland gewährt wird.²⁴⁶ 127

III. Funktionen

In erster Linie kommt der Freizügigkeit eine *wirtschafts- und wettbewerbspolitische Funktion* zu: Ein einheitlicher Wirtschaftsraum wird durch eine möglichst hindernisfreie Zirkulation sämtlicher Produktionsfaktoren und Konsumgüter zwischen verschiedenen Hoheitsgebieten charakterisiert.²⁴⁷ Sind sämtliche staatlichen Beschränkungen und Hemmnisse innerhalb eines bestimmten Gebiets abgebaut, spricht man von einem vollkommenen Binnenmarkt.²⁴⁸ Voraussetzung hierfür ist die Gewährung der sogenannten Grundfreiheiten. Neben der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit gehört dazu auch die (Personen-)Freizügigkeit, die es – wie soeben gesehen – bestimmten Personengruppen ermöglicht, in fremdem Hoheitsgebiet eine wirtschaftliche Tätigkeit dauerhaft (Niederlassungsfreiheit) oder vorübergehend (Dienstleistungsfreiheit) zu erbringen.²⁴⁹ 128

²⁴⁴ Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 23 und 219 f. m.w.H.; EPINEY/GAMMENTHALER, 3 f.; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 5 ff.

²⁴⁵ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 24 ff. m.w.H.; vgl. z.B. im Bereich des Unionsrechts BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 13 N 4 ff.

²⁴⁶ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 29 ff. m.w.H.; vgl. BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 13 N 9.

²⁴⁷ EPINEY/GAMMENTHALER, 1; WUNDER, 4 f.

²⁴⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 34; WUNDER, 4 f.

²⁴⁹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 34.

- 129 Darüber hinaus ist der Freizügigkeit auch eine *freiheitsrechtliche Funktion* zuzuschreiben: In einer globalisierten Welt entspricht es dem wirtschaftlichen Bedürfnis von Unternehmen, Fachkräfte auch über Staatsgrenzen hinweg rekrutieren zu können. Natürliche Personen möchten ihre Erwerbstätigkeit – sei es als Selbständige, sei es in einem Angestelltenverhältnis – auf einem möglichst grossen Markt in verschiedenen Hoheitsgebieten anbieten und ausüben und sich unabhängig von ihrem Herkunftsort beruflich und persönlich verwirklichen können. Aber auch unabhängig von beruflichen Veranlassungen kann die grenzunabhängige gesellschaftliche Mobilität ein individuelles persönliches Anliegen sein, etwa wenn sich der private Lebensmittelpunkt aufgrund entsprechender Familiensituation in ein anderes Hoheitsgebiet verlagert.²⁵⁰
- 130 Nicht zu unterschätzen ist schliesslich die *sicherheitspolitische Funktion* der Freizügigkeit. Freizügigkeit kann die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verbindungen zwischen Staaten verbessern und damit internationale Beziehungen stabilisieren und eine friedensstiftende Wirkung entfalten.²⁵¹

IV. Schranken

- 131 Staatliche Freizügigkeitsbeschränkungen lassen sich grob in Grenzhindernisse und interne Freizügigkeitshindernisse unterteilen. Bei Letzteren werden wiederum Marktzugangs- und Wettbewerbsteilnahmehindernisse unterschieden.²⁵²
- 132 Als Grenzhindernisse gelten sämtliche ausländerrechtlichen Vorschriften, die Personen ortsfremder Staatsangehörigkeit daran hindern, in ein Land einzureisen, sich dort aufzuhalten und niederzulassen.²⁵³
- 133 Interne Marktzugangshindernisse beschränken gewisse Tätigkeiten durch gesetzliche Vorschriften. Diese regulierten Tätigkeiten dürfen nur ausgeübt werden, wenn eine staatliche Behörde überprüft hat, ob der Anbieter die erforderlichen fachlichen Qualifikationen und persönlichen Eigenschaften mitbringt.²⁵⁴ Eine Beschränkung der Freizügigkeit kann schliesslich auch hinsichtlich der Modalitäten der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorliegen; man spricht in einem solchen Fall von internen Wettbewerbshindernissen.²⁵⁵

²⁵⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 61 ff.

²⁵¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 66 f. Vgl. die Präambel des FZA: Das Abkommen wurde «in der Überzeugung, dass die Freizügigkeit der Personen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei wesentlicher Bestandteil einer harmonischen Entwicklung ihrer Beziehungen ist» geschlossen. Zu erwähnen ist in diesem Kontext auch die Vergabe des Friedensnobelpreises an die EU im Jahre 2012, vgl. dazu WÄGENBAUR, 1 ff.

²⁵² DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 2 ff. und 68.

²⁵³ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 69 f.

²⁵⁴ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 71 ff. m.w.H.

²⁵⁵ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 97 ff. m.w.H.

V. Liberalisierungsprinzipien

Basierend auf den sogenannten Liberalisierungsprinzipien (Nichtdiskriminierung, 134 Nichtbeschränkung, Anerkennung und Herkunftsort) gewährleistet das Freizügigkeitsrecht den Schutz der Freizügigkeit durch verschiedene Rechte und Pflichten.²⁵⁶

In erster Linie gewährt das Freizügigkeitsrecht ein *Recht auf Einreise und Aufenthalt* 135 in den jeweiligen Hoheitsgebieten. Darin eingeschlossen ist auch das Recht auf Familiennachzug. Diese Rechte sind aus Sicht des die Freizügigkeit gewährenden Staates als Beschränkungsverbote ausgestaltet. Nur wenn Grenzmassnahmen abgebaut sind, ist eine grenzüberschreitende Teilnahme am Wirtschaftsleben überhaupt möglich.²⁵⁷

Grundlage des wirtschaftsbezogenen Freizügigkeitsrechts bildet das *Recht auf Nicht-* 136 *diskriminierung*. Aus Sicht des die Freizügigkeit gewährenden Staates handelt es sich dabei um ein Diskriminierungsverbot. Konkurrenten sollen – unabhängig davon, ob sie ortsfremd oder ortsansässig sind – denselben Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt sein.²⁵⁸

Ein weiterer Teilgehalt des Freizügigkeitsrechts ist das *Recht auf beschränkungsfreien* 137 *Marktzugang*. Beschränkungsverbote umfassen jene staatlichen Vorschriften und Massnahmen, die zwar keine direkten herkunftsbezogenen Unterscheidungen zwischen Marktteilnehmern treffen und auch nicht indirekt ortsfremde Anbieter besonders benachteiligen, aber dennoch ein Freizügigkeitshindernis darstellen. In diese Kategorie fallen etwa ausländerrechtliche Grenzhindernisse.²⁵⁹

Das Recht der freizügigkeitsberechtigten Personen auf *Anerkennung der am Her-* 138 *kunftsort erlangten Qualifikation* stellt einen weiteren Aspekt des Freizügigkeitsrechts dar. Aus der Perspektive der Behörden am Bestimmungsort handelt es sich dabei um eine Anerkennungspflicht.²⁶⁰

Das Freizügigkeitsrecht gewährt ortsfremden Anbietern sodann ein Recht auf Markt- 139 zugang nach den Herkunftsvorschriften. Dieses Recht geht weiter als das Beschränkungsverbot, da hier selbst die Anwendung des am Bestimmungsort geltenden Rechts einen Freizügigkeitseingriff darstellt.²⁶¹

Schliesslich stehen den freizügigkeitsberechtigten Personen auch verschiedene for- 140 melle, verfahrensbezogene Rechte zu, die gewährleisten sollen, dass die freie Einreise

²⁵⁶ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 108.

²⁵⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 109.

²⁵⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 110 ff.

²⁵⁹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 115.

²⁶⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 116.

²⁶¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 117.

und der freie Marktzugang nicht durch überformalistische Verfahrensvorschriften unterminiert werden.²⁶²

C. Ebenen des Freizügigkeitsrechts

- 141 Freizügigkeitsrechte werden nicht bloss in (vollkommenen) Binnenmärkten gewährt. Sie sind häufig auch Bestandteil bilateraler und multilateraler Freihandelsabkommen, deren Ziel es ist, den Verkehr von Gütern, Dienstleistungen, Personen und Kapital zwischen den Vertragsstaaten zu liberalisieren.²⁶³
- 142 Gerade auch für die Schweiz, die traditionell enge Handelsbeziehungen mit dem Ausland pflegt, sind solche Abkommen wichtige Instrumente der Aussenwirtschaftspolitik.²⁶⁴ Die für die Schweiz relevanten Rechtsgrundlagen des Freizügigkeitsrechts finden sich mithin nicht bloss auf nationaler Stufe, sondern insbesondere auch auf bilateralen und multilateralen Handelsebenen. Da die Schweiz zudem in vielerlei Belangen Eurokompatibilität²⁶⁵ anstrebt, wirkt sich auch das Freizügigkeitsrecht der EU auf die in der Schweiz gewährten Freizügigkeitsrechte aus. Mithin rechtfertigt sich daher im Rahmen der vorliegenden Abhandlung auch ein spezieller Blick auf das unionale Freizügigkeitsrecht. Zur Umschreibung all dieser vertikal gegliederten Ebenen des Freizügigkeitsrechts bietet sich der Begriff des «Mehrebenensystems des Freizügigkeitsrechts»²⁶⁶ an.²⁶⁷
- 143 Nachfolgend werden die vier Handelsebenen des Freizügigkeitsrechts, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit hinsichtlich des Hoheitlichkeitsbegriffs untersucht werden, im Sinne eines Überblicks skizziert. In methodologischer Hinsicht wird einerseits grundsätzlich übergeordnetes (Völker-)Recht vor untergeordnetem Recht dargestellt.²⁶⁸ Andererseits ermöglicht die Darstellung in dieser Reihenfolge, die einzelnen Begriffsverständnisse von Hoheitlichkeit auf den verschiedenen Freizügigkeits-ebenen einander in rechtsvergleichender Betrachtungsweise gegenüberzustellen. Dadurch können ihre Verflechtungen sowie die hiernach noch genauer zu erörternde, kas-

²⁶² DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 118 ff.

²⁶³ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 36 f.

²⁶⁴ Vgl. SECO, Wirtschaftliche Bedeutung, 4 ff.; SECO, 13. Bericht Observatorium FZA; SECO, 16. Bericht Observatorium FZA.

²⁶⁵ Vgl. dazu unten, Rz. 148 und 545 ff.

²⁶⁶ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 22 und Rz. 299 ff.

²⁶⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 22 und Rz. 38 ff.; vgl. generell zum Begriff Mehrebenensystem KRAJEWSKI, Grundstrukturen, 305 ff.; BREITENMOSER, Mehrebenensystem, 11; SCHINDLER, Mehrebenensystem, 175 ff.

²⁶⁸ Das Unionsrecht hat gegenüber dem bilateralen Völkerrecht bzw. dem innerstaatlichen Recht der Schweiz freilich keinen Vorrang. Aufgrund der noch zu diskutierenden faktischen Abhängigkeit ist die gewählte Gliederung dennoch zweckmässig.

kadenartige Wirkungskette der Ebenen anhand des Hoheitlichkeitsbegriffs demonstriert werden.

I. Multilaterale Ebene

Auf multilateraler Ebene finden sich vergleichsweise wenige Regelungen, die die Freizügigkeit betreffen. Das Freihandelssystem der WTO bezweckt primär die Liberalisierung des Handelsverkehrs im Bereich der Waren und Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten.²⁶⁹ Die Freizügigkeit an sich ist dagegen weder Ziel der WTO, noch bildet sie einen eigenständigen Regelungszweig des Welthandelsrechts. Gemäss dem dieser Arbeit zugrundeliegenden Begriffsverständnis von Freizügigkeit²⁷⁰ sind jedoch auch einige Elemente des Dienstleistungshandels Bestandteil des Freizügigkeitsrechts. Demgemäss werden auch im Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) Aspekte der Freizügigkeit geregelt. Somit rechtfertigt es sich, nachfolgend in einem ersten Schritt die Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs auf der multilateralen Freizügigkeitsebene des GATS näher zu beleuchten. 144

II. Unionale Ebene

Der europäische Integrationsprozess hat bereits eine beachtliche Geschichte durchlebt. Trotz *Brexit*²⁷¹ und weiteren, mehr oder minder aktuellen Austrittsavancen verschiedener Mitgliedstaaten ist die EU weltweit noch immer der rechtlich und wirtschaftlich bedeutendste supranationale Binnenmarkt. Im Kontext des primär wirtschaftlich geprägten unionalen Integrationsprozesses und der Schaffung eines europäischen Binnenmarktes war auch das unionale Freizügigkeitsrecht anfänglich ausschliesslich darauf ausgerichtet, Personen die Beteiligung am Wirtschaftsleben in anderen Mitgliedstaaten zu ermöglichen. Die mit dieser wirtschaftlich motivierten Freizügigkeit verbundenen Rechte auf Einreise und Aufenthalt waren dagegen bloss eine notwendige Voraussetzung für die wirtschaftliche Integration.²⁷² 145

Diese rein unterstützende Funktion wandelte sich aber mit zunehmender politischer Integrationskraft der EU. Spätestens mit der Einführung der Unionsbürgerschaft erlangte die unionale Freizügigkeit einen generellen, über den Binnenmarkt hinausgehenden Charakter.²⁷³ Die unionale Niederlassungsfreiheit stellt, wie der EuGH in 146

²⁶⁹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 60.

²⁷⁰ Vgl. oben, Rz. 123.

²⁷¹ Mit dem Kofferwort «Brexit» wird der am 31. Januar 2020 erfolgte EU-Austritt des Vereinigten Königreichs bezeichnet; vgl. zu den rechtlichen Implikationen, insbesondere mit Blick auf die Freizügigkeitsrechte FRAU, 25 ff. und 115 ff.; LÜBKE, 259 ff.; EPINEY, Brexit, 201 ff.; vgl. zu den erstaunlichen Parallelen mit der derzeitigen Situation der Schweiz COTTIER, Souveränität, 346 f.

²⁷² DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 56; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 2 N 22.

²⁷³ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 2 N 23 ff.

ständiger Rechtsprechung betont, einen «fundamentalen Grundsatz des Vertrages» dar.²⁷⁴ Ziel ist die vollständige, diskriminierungsfreie Integration von freizügigkeitsberechtigten Personen in- und ausserhalb des Wirtschaftslebens.²⁷⁵ Dies kommt nicht zuletzt durch die Unionsbürgerrichtlinie²⁷⁶ zum Ausdruck.

III. Bilaterale Ebene

- 147 Die Schweiz war und ist am geschilderten europäischen Integrationsprozess weiterhin nur indirekt beteiligt. Mit der Ablehnung des EWR-Beitritts am 6. Dezember 1992 entschieden sich Volk und Stände zwar gegen eine weitergehende Einbindung in den *acquis communautaire*. In der Überzeugung, dass das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU angesichts der engen Verflechtungen nicht nur auf dem Freihandelsabkommen von 1973 beruhen solle, verabschiedete der Bundesrat allerdings kurz darauf das Folgeprogramm zum EWR-Nein.²⁷⁷
- 148 Die Beziehungen mit der EU sind seither durch einen bilateralen Weg mit dem Abschluss von sektoriellen Staatsverträgen sowie eine freiwillige und autonome Anpassung der schweizerischen Gesetzgebung an das Unionsrecht (sog. «autonomer Nachvollzug») geprägt.²⁷⁸ Das rechtliche Fundament der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU ist namentlich in den Bilateralen I und II niedergelegt. Die Abkommen erfuhren durch Referendumsabstimmungen jeweils auch basisdemokratische Legitimation.²⁷⁹ Das im Rahmen der Bilateralen I ratifizierte und im vorliegenden Zusammenhang relevante FZA regelt unter anderem die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Freizügigkeit für Selbstständige und Nichterwerbstätige sowie die Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungserbringung im bilateralen Verhältnis. Wenngleich es in diversen Punkten hinter dem Integrationsgrad des unionalen Binnenmarkts zurückbleibt, basieren Struktur und Systematik des FZA eindeutig auf dem unionalen Freizügigkeitsrecht.²⁸⁰
- 149 Seit längerem drängt die EU auf eine Modifizierung des bilateralen Vertragswerkes. Die diesbezüglichen Verhandlungen mündeten in den Entwurf eines institutionellen

²⁷⁴ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 42 f.; EuGH, Rs. C-118/75, *Watson und Belmann*, EU:C:1976:106, Rz. 16; Rs. 270/83, *Kommission/Frankreich*, EU:C:1986:37, Rz. 13; Rs. C-370/90, *Singh*, EU:C:1992:296, Rz. 15; Rs. C-19/92, *Kraus*, EU:C:1993:125, Rz. 29.

²⁷⁵ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 56.

²⁷⁶ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates 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 vom 30. April 2004, 77.

²⁷⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 57; vgl. dazu auch unten, Rz. 515 ff.

²⁷⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 58; vgl. m.w.H. COTTIER/ARPAGUS/OESCH, Rz. 45 ff.

²⁷⁹ Vgl. für einen konzisen Überblick zu Zielsetzungen, Aufbau und Inhalt der einzelnen Abkommen EPINEY/METZ/PIRKER, 95 ff.; vgl. zu den Referendumsabstimmungen auch unten, Rz. 519 f.

²⁸⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, 57 f.

Rahmenabkommens der Schweiz mit der EU (E-InstA). Kurz vor Drucklegung vorliegender Arbeit erklärte der Bundesrat die Verhandlungen zum Rahmenabkommen definitiv für gescheitert. Dennoch soll nachfolgend auch ein Streiflicht auf mögliche Implikationen geworfen werden, die das Rahmenabkommen auf die bestehenden Wechselwirkungen zwischen nationalen, bilateralen unionalen Freizügigkeitsrechtsebenen gehabt hätte, sofern diese im vorliegenden Kontext relevant erscheinen.²⁸¹

Freihandelsabkommen stellen gerade für die exportorientierte Schweiz auch über die bilateralen Beziehungen zur EU hinaus ein wichtiges Instrument der Aussenwirtschaftspolitik dar.²⁸² Neben dem soeben erwähnten FZA und der EFTA-Konvention hat die Schweiz 32 weitere bilaterale Handelsabkommen mit 42 Partnerstaaten abgeschlossen.²⁸³ Die Abkommen werden normalerweise im Rahmen der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) abgeschlossen. Die Schweiz kann aber auch Freihandelsabkommen ausserhalb der EFTA abschliessen, wie beispielsweise im Falle von Japan oder China.²⁸⁴

Einige dieser Abkommen regeln unter anderem auch den Dienstleistungshandel und entsprechend – nach dem hier verwendeten Begriffsverständnis²⁸⁵ – Aspekte der Freizügigkeit. Während das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU auf dem unionalen Freizügigkeitsrecht aufbaut, basieren die bilateralen Freihandelsabkommen mit anderen Partnerstaaten üblicherweise auf der Struktur und Systematik des GATS. Darauf aufbauend ergeben sich gegenseitige Verpflichtungen, die den Dienstleistungsverkehr in durchaus wichtigen Bereichen im bilateralen Verhältnis über die multilateralen GATS-Regulierungen hinaus liberalisieren.²⁸⁶ Die bilateralen Handelsabkommen bezwecken mithin – wie auch das GATS – primär die Beseitigung von internen Hemmnissen des Dienstleistungsverkehrs, wie sie aufgrund von Diskriminierungen und Marktzugangsbeschränkungen bestehen. Weitergehende Einreise- und Aufenthaltsrechte werden dagegen nur gewährt, soweit dies die jeweiligen Verpflichtungslisten ausdrücklich vorsehen.²⁸⁷ Unbesehen davon soll die Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs auch im Bereich dieser Freihandelsabkommen kurz umrissen werden.

²⁸¹ Vgl. unten, Rz. 569 ff.

²⁸² GPK-N, Auswirkungen von Freihandelsabkommen, 7578 ff.; SECO, Wirtschaftliche Bedeutung, 35.

²⁸³ Vgl. die Übersichtsseite auf <seco.admin.ch> → Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit → Wirtschaftsbeziehungen → Freihandelsabkommen; vgl. auch SECO, Wirtschaftliche Bedeutung, 37 ff.

²⁸⁴ GPK-N, Auswirkungen von Freihandelsabkommen, 7578.

²⁸⁵ Vgl. oben, Rz. 125.

²⁸⁶ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 297.

²⁸⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 297 f.

IV. Nationale Ebene

- 152 Das schweizerische, nationale Freizügigkeitsrecht regelt den freien Binnenverkehr zwischen den Kantonen und den Gemeinden und stellt so den einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz sicher.²⁸⁸
- 153 Heutzutage ist der Binnenmarkt Schweiz durch stark integrierte Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Kantonen und Gemeinden geprägt.²⁸⁹ Der freie Warenverkehr wird durch das fast ausschliesslich auf Bundesebene harmonisierte Produkterecht gewährleistet.²⁹⁰ Insofern nicht bereits auf Bundesebene eine abschliessende Regelung besteht, ist es dagegen den Kantonen innerhalb der Schranken der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) grundsätzlich freigestellt, die Voraussetzungen für den Zugang zu einer gewerblichen Tätigkeit und deren Ausübungsmodalitäten zu regulieren.²⁹¹ So bestehen auch heute noch eine Vielzahl kantonaler oder gar kommunaler Zuständigkeiten in diversen Branchen, die zu unterschiedlichen Regulierungen führen.²⁹² Die Kumulation unterschiedlicher Marktordnungen resultiert in einer gewichtigen Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und steht dem Prinzip der freien Marktwirtschaft entgegen, auf welchem das Wirtschaftssystem der Schweiz aufbaut (vgl. Art. 94 Abs. 1 BV).²⁹³ Es ergibt sich daraus auch ein Widerspruch zu den bereits angetönten internationalen Verflechtungen auf multilateraler und bilateraler Ebene.²⁹⁴
- 154 Das Spannungsverhältnis zwischen Föderalismus, Binnenmarkt und auch internationalen Verflechtungen versuchte der Bundesgesetzgeber mit Erlass des Binnenmarktgesetzes zu lösen.²⁹⁵ Dieses bewahrt die kantonalen Kompetenzen prinzipiell und verzichtet auf eine generelle Rechtsharmonisierung, wodurch das Föderalismusprinzip geschont werden sollte.²⁹⁶ Ungerechtfertigten Marktzugangsbeschränkungen tritt es entgegen, indem es Liberalisierungsinstrumente etabliert, die sich an den Prinzipien des unionalen Binnenmarktrechts und des multilateralen Freihandelsrechts der WTO

²⁸⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 121.

²⁸⁹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 39 ff. m.w.H. auf die Entwicklung des schweizerischen Binnenmarktes; vgl. zum unvollkommenen Binnenmarkt unter der alten Eidgenossenschaft AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 890; HOFMANN, 16f.

²⁹⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 47 und 1215; SCHOTT, N430; GAMMENTHALER, Auslegung, Rz. 12; OESCH, Schaffung Binnenmarkt, 183.

²⁹¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 47.

²⁹² DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 47 f. mit Verweis auf die Regelungen von Gastgewerbe, Treuhandwesen, Sicherheitsdienstleistungen, Kinderbetreuung, Rettungswesen, Drogerien, Hebammen, Heilpraktiker, Forstwesen, Notariatswesen, Bestattungswesen, Lehrberuf, Architekten, im Bereich kantonalen Regale (Salz-, Jagd- und Fischerregal) sowie kantonaler Monopole (Kaminfeger- und Taxidienstleistungen).

²⁹³ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 48 f.

²⁹⁴ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 50.

²⁹⁵ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 51.

²⁹⁶ Botschaft BGBM, 1235.

orientieren.²⁹⁷ Der Geltungsbereich orientiert sich seit der Revision im Jahr 2005 dagegen am Freizügigkeitsabkommen mit der EU.²⁹⁸

V. Reflexwirkungen zwischen den Ebenen

Bereits der vorstehende Überblick zu den einzelnen Ebenen des Freizügigkeitsrechts verdeutlicht, dass diese teils eng miteinander verwandt und verwoben sind. Das unionale Freizügigkeitsrecht beeinflusst aufgrund der angestrebten Eurokompatibilität nicht nur das bilaterale Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU, sondern in erheblichem Masse auch das Binnenmarktgesetz, da sich dessen Geltungsbereich wiederum an jenem des Freizügigkeitsabkommens orientiert. Andere Freihandelsabkommen der Schweiz sind den Regelungen im GATS nachgebildet. Dadurch ergeben sich gegenseitige Wirkungserweiterungen, aber auch Konflikte zwischen den Ebenen.²⁹⁹ Darauf ist nachfolgend noch näher einzugehen, zumal diese Reflexwirkungen bei der Untersuchung der Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs auf den verschiedenen Ebenen von besonderer Relevanz sind. 155

D. Bereichsausnahmen für hoheitliche Tätigkeiten

Das Freizügigkeitsrecht beschäftigt sich nach dem Gesagten auf sämtlichen untersuchten Ebenen primär mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Anbietern aus fremden Hoheitsgebieten (ob es sich dabei nun um andere Nationalstaaten, Kantone oder Gemeinden handelt) Zugang zum jeweiligen Markt gewährt werden muss.³⁰⁰ 156

Dem Hoheitlichkeitsbegriff kommt dabei (auch) im Freizügigkeitsrecht eine zentrale Rolle zu. Sämtliche dargestellten Ebenen des Freizügigkeitsrechts sehen nämlich sogenannte Bereichsausnahmen für hoheitlich tätige Personen und Personen, die mit der Ausübung hoheitlicher bzw. öffentlicher Gewalt betraut sind, vor.³⁰¹ Mit anderen Worten kommt, wer Tätigkeiten hoheitlicher Natur ausübt, von vorneherein nicht in den Genuss der auf den einzelnen Ebenen verbrieften Freizügigkeitsrechte. Auf die terminologischen Unterschiede, die den jeweiligen Bereichsausnahmen eigen sind, wird noch einzugehen sein. Die in dieser Arbeit verwendete Begrifflichkeit «hoheitlich» liegt wie gesehen³⁰² dem (deutschsprachigen) schweizerischen Rechtsverständnis zugrunde und bietet sich dementsprechend als ebenenübergreifender Metabegriff 157

²⁹⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 51; COTTIER/WAGNER, 1582 f.

²⁹⁸ Vgl. dazu unten, Rz. 675 ff.

²⁹⁹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 299 f.; COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 955 ff.

³⁰⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 299.

³⁰¹ Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 340; DIEBOLD, Sachverständige, 1162 ff.; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 377 ff.

³⁰² Vgl. oben, Rz. 18.

für die nachstehende vergleichende Untersuchung an. Ziel der nachfolgenden Untersuchungen von Bereichsausnahmen auf den jeweiligen Ebenen bleibt dabei in erster Linie die Beantwortung der bereits eingangs³⁰³ erwähnten Kernfragen zu Funktion und Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs auf den verschiedenen Ebenen des Freizügigkeitsrechts.

E. Fazit

- 158 Das Freizügigkeitsrecht gibt dem Staat Schranken vor, innert welcher dieser die Freiheit von Personen einschränken darf, von ihrem Herkunftsort aus in ein anderes Hoheitsgebiet (den Bestimmungsort) zu reisen, sich dort aufzuhalten, sich dort allenfalls gar niederzulassen, dort zu arbeiten und generell am dortigen Wirtschaftsleben teilzunehmen. Es erfüllt dabei primär wirtschafts- und wettbewerbspolitische, darüber hinaus aber auch freiheitsrechtliche und sicherheitspolitische Funktionen.
- 159 Das für die Schweiz relevante Freizügigkeitsrecht ist auf mehreren Ebenen niedergelegt. Geregelt werden jeweils die Voraussetzungen, unter welchen Anbietern aus anderen Hoheitsgebieten der Marktzugang ermöglicht werden muss. Je nachdem, welche Ebene tangiert ist, sind mit anderen Hoheitsgebieten Nationalstaaten (multilaterales, unilaterales und bilaterales Freizügigkeitsrecht) oder Kantone und Gemeinden (nationales Freizügigkeitsrecht im Binnenverhältnis) gemeint. Die einzelnen Ebenen des Freizügigkeitsrechts können nicht isoliert betrachtet werden, da sie in verschiedener Hinsicht ineinander verflochten sind. Die aus diesen Verbindungen entstehenden Reflexwirkungen lassen sich besonders gut anhand der Bereichsausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten» illustrieren, die auf allen untersuchten Freizügigkeitsebenen zu finden sind. Auf ebendiesen Bereichsausnahmen liegt der Fokus der folgenden Kapitel.

³⁰³ Vgl. oben, Rz. 120.

Der Hoheitlichkeitsbegriff spielt bereits auf multilateraler, wirtschaftsvölkerrechtlicher Ebene eine bedeutende Rolle. Er war und ist noch immer Anstosspunkt diverser politischer wie auch rechtswissenschaftlicher Diskurse.³⁰⁴ Im vorliegenden Zusammenhang interessiert dabei wie gesehen die Begriffsverwendung im Rahmen des GATS, da dieses als wichtigstes multilaterales Dienstleistungsabkommen Liberalisierungsinstrumente zur Verfügung stellt, die dem Freizügigkeitsrecht zuzuordnen sind. 160

In einem ersten Schritt wird nachfolgend ein querschnittartiges Streiflicht auf die Grundzüge des GATS und die im vorliegenden Kontext relevanten (Freizügigkeits-) Rechte, die durch das GATS gewährt werden, geworfen (A.). Der Fokus des vorliegenden Kapitels liegt auf dem Anwendungsbereich GATS, und dabei insbesondere auf der Bereichsausnahme für Dienstleistungen, die in «Ausübung hoheitlicher Gewalt» erbracht werden (B.). Die gewonnenen Erkenntnisse werden sodann unter C. zusammengefasst. 161

A. Grundzüge des GATS

I. GATS im Rahmen des WTO-Übereinkommens

1. Multilaterale Handelsübereinkünfte der WTO

Das Regelwerk der WTO ist die zentrale völkerrechtliche Grundlage der internationalen Handelsbeziehungen sowie des schweizerischen Aussenwirtschaftsrechts.³⁰⁵ Die WTO bildet seit ihrer Gründung 1994 (Inkrafttreten des Abkommens am 1. Januar 1995) einerseits den institutionellen Rahmen der Wirtschaftsbeziehungen zwischen 162

³⁰⁴ KRAJEWSKI, Grundstrukturen, 117.

³⁰⁵ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 1570; ZIEGLER, Rz. 366.

den Mitgliedstaaten auf der Grundlage der multilateralen Handelsübereinkünfte GATT 1994, GATS und TRIPS, und dient gleichzeitig als Streitbelegungsorgan für diese Verträge. Die multilateralen Handelsübereinkommen wie auch die Vereinbarung über die Streitbeilegung sind integrierende Bestandteile des WTO-Übereinkommens und binden folglich sämtliche Mitgliedstaaten.³⁰⁶

- 163 Das WTO-Übereinkommen stellt den wichtigsten quasi-universellen Normenkomplex des Wirtschaftsvölkerrechts dar.³⁰⁷ Die im Rahmen der WTO ausgehandelten und vereinbarten Marktzugangsrechte sollen für alle Mitglieder gleichermaßen gelten und nicht gestützt auf Macht- und Interessenpolitik individuell gewährt werden. Dieses Ziel wird nicht zuletzt durch ein kaum überblickbares Dickicht verschiedenster bi- und multilateraler Handelsabkommen unterminiert, die den Vertragspartnern gegenseitig zusätzliche, über die WTO hinausgehende Marktzugangsrechte gewähren. Gerade auch da weitergehende Handelsliberalisierungen innerhalb der WTO in der Doha-Runde nicht mehrheitsfähig waren, hat die Bedeutung von derartigen «Präferenzabkommen» in letzter Zeit zugenommen.³⁰⁸
- 164 Das multilaterale Freihandelssystem der WTO bezweckt in erster Linie die Liberalisierung des Warenverkehrs (insbesondere GATT), die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs (GATS) sowie handelsrechtliche Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS). Die Freizügigkeit hingegen ist kein ausdrückliches Ziel der WTO und wird auch nicht gesondert geregelt.³⁰⁹
- 165 Das GATS ist das einzige multilaterale Abkommen zur Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels.³¹⁰ Es zielt im Wesentlichen auf den Abbau interner Hemmnisse des Dienstleistungsverkehrs, die sich durch Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigen sowie durch mengenmässige Beschränkungen manifestieren können. Im Unterschied zu den noch zu behandelnden Ebenen des Freizügigkeitsrechts (unionales Freizügigkeitsrecht, bilaterales Freizügigkeitsrecht Schweiz–EU und nationales Freizügigkeitsrecht der Schweiz) gewährleistet das GATS natürlichen Personen kein Recht auf dauerhafte Niederlassung im Hoheitsgebiet der anderen WTO-Mitgliedstaaten.³¹¹

³⁰⁶ ZIEGLER, Rz. 366.

³⁰⁷ ENGELBERGER, 233.

³⁰⁸ DIEBOLD/TANNER, 174 f. m.w.H.

³⁰⁹ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 3 N 9; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 60.

³¹⁰ KRAJEWSKI, Grundstrukturen, 117.

³¹¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 285; BUENO, Rz. 15 ff.

2. WTO-Streitschlichtung

Jeder Mitgliedstaat, der sich in seinen durch die WTO-Abkommen gewährten Rechten verletzt fühlt oder meint, er sei um einen ihm zustehenden Vorteil gebracht worden, kann ein Streitschlichtungsverfahren anstreben. Das Streitschlichtungssystem der WTO ist im Rahmen der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung (*Dispute Settlement Understanding*; DSU) geregelt.³¹² Die praktische Bedeutung des WTO-Streitschlichtungssystems zeigt sich nicht zuletzt darin, dass es heutzutage das am meisten angerufene zwischenstaatliche Streitschlichtungssystem des Völkerrechts darstellt.³¹³ 166

Das Verfahren wird vom *Dispute Settlement Body* geleitet und koordiniert. Die Streitschlichtung an sich gliedert sich in vier Phasen.³¹⁴ Im Streitfall zwischen zwei Mitgliedern wird in erster Linie eine bilaterale Lösung angestrebt. Diese Phase ist von informellen Konsultationen geprägt, auf welche die WTO-Regelungen keinen Einfluss haben. Erst wenn formelle Konsultationen im Sinne von Art. 4 DSU beantragt werden, finden die Regelungen der WTO Anwendung.³¹⁵ 167

Ist den Konsultationen kein Schlichtungserfolg beschieden, kann das beschwerdeführende Mitglied die Einsetzung eines *Panels* beantragen. Es handelt sich dabei um *ad hoc* eingesetzte Organe mit wechselnder Zusammensetzung. Den *Panels* kommt eine Funktion zu, die einem internationalen Schiedsgericht ähnelt.³¹⁶ Sie erstellen innerhalb von sechs Monaten einen Bericht, mit welchem sie die im Streit liegenden Verletzungen der WTO-Abkommen prüfen. Für den Fall der Feststellung einer Verletzung geben sie darin auch Empfehlungen, wie die Verpflichtungen eingehalten werden können. Der Bericht muss wiederum vom *Dispute Settlement Body* angenommen werden, um in Rechtskraft zu erwachsen (Art. 16 DSU).³¹⁷ 168

Die sich im Streit befindlichen Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, gegen den Bericht Berufung einzulegen. Die Berufungsinstanz, der sogenannte *Appellate Body*, konstituiert sich aus sieben Mitgliedern. Die Streitfälle werden jeweils in Gruppen von drei Mitgliedern behandelt. Im Gegensatz zu den *Panels* ist der *Appellate Body* ein ständiges Organ. Wenngleich selbst die Berichte des *Appellate Body* jeweils vom *Dispute Settlement Body* angenommen werden müssen, um in Rechtskraft zu erwachsen, kommt dem *Appellate Body* letztlich die Funktion eines internationalen Gerichts zu.³¹⁸ 169

³¹² Vgl. hierzu m.w.H. WEISS, Rz. 72 f.

³¹³ ZIEGLER, Rz. 382.

³¹⁴ ZIEGLER, Rz. 382 f.

³¹⁵ TIEDTKE, 129.

³¹⁶ TIEDTKE, 132.

³¹⁷ ZIEGLER, Rz. 385; TIEDTKE, 132.

³¹⁸ ZIEGLER, Rz. 386.

- 170 In der letzten Phase, nachdem ein Bericht in Rechtskraft erwachsen ist, muss das gerügte WTO-Mitglied Massnahmen ergreifen, um die WTO-Regeln einzuhalten und die abgegebenen Empfehlungen zu implementieren.³¹⁹
- 171 Im Zuge aktueller Handelsstreitigkeiten blockieren die USA derzeit die Arbeit des *Appellate Body*. Die Amtszeiten der Mitglieder des *Appellate Body* sind abgelaufen und die USA weigern sich, neue Richter zu benennen.³²⁰ Solange der *Appellate Body* nicht neu bestellt ist, kann auch die Einhaltung der Handelsregeln nicht mehr sichergestellt werden. Einige WTO-Mitglieder, darunter die EU und China, haben in der Zwischenzeit ein alternatives Berufungsgericht errichtet. Dieses musste bislang aber noch über keine Berufung entscheiden.³²¹
3. *Unmittelbare Anwendbarkeit*
- 172 Von besonderer Relevanz und mit zunehmender Internationalisierung und Globalisierung des Wirtschaftsrechts auch fortwährender Aktualität ist die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der WTO-Übereinkommen.³²² Eine natürliche oder juristische Person kann sich vor einem nationalen Gericht nur dann auf WTO-Recht berufen, wenn das entsprechende Rechtssystem dem WTO-Recht unmittelbare Anwendbarkeit gewährt. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit wird relevant, wenn zwischen WTO-Recht und innerstaatlichem Recht ein Konflikt besteht, der mittels völkerrechtskonformer Auslegung nicht überbrückt werden kann.³²³
- 173 Das WTO-Recht selbst beinhaltet keine Vorgaben bezüglich der unmittelbaren Anwendbarkeit seiner Rechtsnormen. Folglich kommt den Mitgliedstaaten die Entscheidung über die innerstaatliche Wirkung und Einordnung des WTO-Rechts zu.³²⁴ Nach herkömmlicher schweizerischer Praxis und Lehre können sich Einzelpersonen grundsätzlich auf Staatsvertragsnormen berufen, soweit diese justiziabel sind. Mit anderen Worten müssen sich die völkerrechtlichen Normen an den Rechtsanwender richten und hinreichend klar und bestimmt sein, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids bilden zu können.³²⁵
- 174 Wenngleich es gerade den zentralen Bestimmungen des WTO-Rechts (Meistbegünstigungsprinzip, Inländerbehandlung, Verbot mengenmässiger Beschränkungen) grundsätzlich weder an Bestimmtheit noch an Klarheit fehlt, lehnen sowohl das Bun-

³¹⁹ ZIEGLER, Rz. 387; TIEDTKE, 134 f.

³²⁰ Vgl. HOSP, WTO in der Krise: Die Streitschlichtung geht im Streit unter, in: NZZ vom 15. Oktober 2019, Nr. 239, 28.

³²¹ Vgl. YANOVICH/CHASE, Members Agreement Ensures That WTO Dispute Settlement Continues to Operate Smoothly, 30. April 2020, online abrufbar auf lexology.com.

³²² ENGELBERGER, 4 ff.; COTTIER/ARPAGUS/OESCH, Rz. 57 f.; TIEDTKE, 141 ff.

³²³ DIEBOLD/OESCH, 1527; COTTIER/OESCH, 132 f.

³²⁴ DIEBOLD/OESCH, 1527.

³²⁵ BGE 118 Ia 116, E. 2b; 124 III 91, E. 3a; 139 I 16, E. 4.3; 137 I 305, E. 3.1; 138 II 42, E. 3.1; dazu ausführlich WÜGER, Grundlagen, 42 ff.; HANGARTNER, 137 ff.

desgericht³²⁶ als auch der EuGH³²⁷ die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts konsequent ab. Auch weitere wichtige Handelspartner, wie insbesondere die USA, China und Japan, schliessen einen direkten Rekurs gestützt auf WTO-Recht vor ihren eigenen nationalen Gerichten aus.³²⁸

Die Gründe für die mehrheitliche Ablehnung der direkten Anwendbarkeit des WTO-Rechts sind vielschichtig und vornehmlich rechtspolitisch gefärbt. Primär scheinen die fehlende Reziprozität und – trotz Etablierung des Streitbeilegungsverfahrens³²⁹ – die schwache Stellung der Judikative ausschlaggebend zu sein.³³⁰ 175

II. Ziel und Zweck des GATS

Die Zielsetzung des GATS lässt sich bereits aus dessen Präambel ableiten: Bezweckt wird mit dem Abkommen die Regelung des internationalen Dienstleistungshandels auf multilateraler Ebene. Das Abkommen soll dazu beitragen, die Transparenz im Dienstleistungssektor anzuheben, die Liberalisierung des Handels und das Wirtschaftswachstum zu fördern sowie die Entwicklung der Drittweltländer zu unterstützen. Diesbezüglich besteht mithin eine gewisse Deckungsgleichheit zum WTO-Übereinkommen, dessen Präambel von der «Ausweitung der Produktion und des Handels mit Waren und Dienstleistungen» spricht.³³¹ 176

Das GATS statuiert bloss gewisse Leitplanken für eine progressive Liberalisierung des internationalen Dienstleistungsverkehrs.³³² Die im Rahmen des GATS eingegangenen Verpflichtungen der WTO-Mitglieder unterscheiden sich. Jedes WTO-Mitglied kann selbst festlegen, welche Dienstleistungssektoren es liberalisieren möchte. Dazu stehen den Mitgliedstaaten individuelle Verpflichtungslisten zur Verfügung. Diese halten fest, für welche Dienstleistungskategorien und welche Dienstleistungsmodi³³³ der Grundsatz der Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) bzw. das Verbot mengenmässiger Beschränkungen (Art. XVI GATS) gelten sollen.³³⁴ 177

³²⁶ BGE 112 Ib 183; 125 II 293, E. 4d. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit wurde offengelassen in BGE 131 II 13, E. 10.6 und BGer 2A_503/200 vom 3. Oktober 2001, E. 9; vgl. jeweils m.w.H. ENGELBERGER, 90 ff.; DIEBOLD/OESCH, 1529 f.

³²⁷ Statt vieler EuGH, Rs. C-149/96, *Portugal/Rat*, EU:C:1999:574; vgl. jeweils m.w.H. ENGELBERGER, 151 ff.; DIEBOLD/OESCH, 1528; TIEDTKE, 136 ff.

³²⁸ DIEBOLD/OESCH, 1529; ENGELBERGER, 137 ff.

³²⁹ Vgl. dazu oben, Rz. 166 ff.

³³⁰ COTTIER/NADAKAVUKAREN SCHEFER, 102 ff.; ENGELBERGER, 176 ff.; DIEBOLD/OESCH, 1527.

³³¹ Vgl. SENTI/HILPOLD, Rz. 1156 ff.

³³² Bundesrat, Bericht GATS, 4; WEISS, Rz. 7 f. und 11.

³³³ Vgl. dazu unten, Rz. 186.

³³⁴ COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 551; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 292; WEISS, Rz. 9.

III. Allgemeine Rechte und Pflichten

- 178 Das GATS regelt die allgemeinen Rechte und Pflichten in Teil II des Abkommens. Sie beziehen sich insbesondere auf das Prinzip der Meistbegünstigung (Art. II), die Transparenzvorschriften (Art. III), und die innerstaatlichen Regelungen (Art. VI).³³⁵
- 179 Das *Meistbegünstigungsprinzip* ist das Kernelement des multilateralen Wirtschaftsvölkerrechts.³³⁶ Art. II:1 GATS verpflichtet die Mitgliedstaaten, Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat nicht ungünstiger zu behandeln als gleiche Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer aus dem Markt eines anderen Mitgliedsstaates.³³⁷ Die Gleichbehandlung muss unverzüglich und bedingungslos gegenüber allen Vertragsparteien gleichermaßen gewährt werden. Das Prinzip der Meistbegünstigung wird in den Art. VII:3, VIII, X, XII:1, XIV, XV, XVI und XXI GATS sowie im Anhang zur Telekommunikation wörtlich wiederholt oder sinngemäss umschrieben und konkretisiert. Die GATS-Vertragsstaaten sind berechtigt, Ausnahmelisten zu erstellen, mit denen sie sich gewisse Einschränkungen³³⁸ des Meistbegünstigungsprinzips vorbehalten können.³³⁹
- 180 Art. III GATS auferlegt den Vertragspartnern eine *Transparenz- und Offenlegungspflicht* hinsichtlich aller Rechtsvorschriften und getroffenen Massnahmen im Geltungsbereich des Abkommens.³⁴⁰ Jeder Vertragsstaat muss dem GATS-Rat jährlich über die Einführung neuer oder die Änderung bisheriger Rechtsgrundlagen des Dienstleistungshandels Bericht erstatten. Darüber hinaus besteht zwischen den Vertragsstaaten eine Auskunftspflicht, welche mittels eigens zu errichtenden WTO-Informationsstellen zu erfüllen ist.³⁴¹
- 181 In jenen Dienstleistungsbereichen, in denen die Mitgliedstaaten spezifische Verpflichtungen eingegangen sind, sind sie gemäss Art. VI GATS gehalten, für eine angemessene, objektive und unparteiische Anwendung der allgemein geltenden Massnahmen im Dienstleistungshandel zu sorgen. Dadurch wird einerseits das in der Präambel den Mitgliedstaaten zugestandene Recht garantiert, den Dienstleistungsbereich zur Erreichung der nationalen politischen Absichten zu regulieren, während andererseits das Liberalisierungsziel des Dienstleistungshandels bestehen bleibt.³⁴² Der dieser Bestim-

³³⁵ SENTI/HILPOLD, Rz. 1170.

³³⁶ ENGELBERGER, 54; vgl. m.w.H. COTTIER/ARPAGUS/OESCH, Rz. 26 ff.

³³⁷ WEISS, Rz. 9 und 17 ff. m.w.H.

³³⁸ Vgl. dazu ausführlich SENTI/HILPOLD, Rz. 1173 ff.

³³⁹ SENTI/HILPOLD, Rz. 1170 f.; ENGELBERGER, 56, m.w.H.

³⁴⁰ WEISS, Rz. 30 f.

³⁴¹ SENTI/HILPOLD, Rz. 1178 ff.

³⁴² SENTI/HILPOLD, Rz. 1185 ff.

mung inhärente Zielkonflikt hat naturgemäss zu diversen Auseinandersetzungen zwischen den Mitgliedstaaten geführt.³⁴³

IV. Spezifische Rechte und Pflichten

Teil III des GATS regelt die eigentlichen Liberalisierungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten. Die zentralen Verpflichtungen betreffen den Marktzugang und das Prinzip der Inländerbehandlung.³⁴⁴ 182

Wie gesehen ist die Gewährleistung der Meistbegünstigung im GATS für die Vertragsstaaten verpflichtend, ausser diese haben beim Inkrafttreten des Vertrags Vorbehalte angemeldet («Negativ-Listen»). Im Gegensatz dazu sind der Marktzugang und das Prinzip der Inländerbehandlung nicht allgemeinverbindlich, sondern basieren auf länderspezifischen Zugeständnissen («Positiv-Listen»).³⁴⁵ Diese erhebliche Ausgestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten wird auch als «äussere Flexibilität» des GATS bezeichnet: Die Mitgliedstaaten bestimmen selbst, ob und wie bestimmte Sektoren dem GATS unterstellt werden. Dies schränkt den ansonsten potentiell relativ weiten Anwendungsbereich des GATS stark ein.³⁴⁶ 183

Die spezifischen Verpflichtungslisten schaffen die Grundlage für eine sukzessive Liberalisierung der Dienstleistungssektoren, indem sich die Mitgliedstaaten im Rahmen weiterer Verhandlungsrunden gegenseitig über weitergehende Verpflichtungen einig machen können. Die Verpflichtungslisten der Mitgliedstaaten sind seit der Unterzeichnung des Übereinkommens jedoch mehrheitlich unverändert geblieben.³⁴⁷ Für die Teilnehmerstaaten besteht der Hauptvorteil dieses Ansatzes darin, dass sie bei neuen oder (noch) nicht gehandelten Dienstleistungen frei sind, den Besitzstand an Protektionismus zu wahren. Die Zugeständnisse beschränken sich auf die in den Listen aufgeführten Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer. Aus der Optik einer relativ freiheitlichen Welthandelsordnung wirken sich diese Listen nachteilig aus, weil sie die Marktöffnung auf einem vereinbarten Stand fixieren und neue Arten von Dienstleistungen nicht automatisch miteinbeziehen. Ohne Einbezug der neu aufkommenden Dienstleistungsarten wird der Freihandel im Dienstleistungsbereich trotz oder gerade wegen des GATS tendenziell zurückgehen.³⁴⁸ 184

³⁴³ SENTI/HILPOLD, Rz. 1185.

³⁴⁴ WEISS, Rz. 38.

³⁴⁵ SENTI/HILPOLD, Rz. 1203 ff.; WEISS, Rz. 38.

³⁴⁶ KALLFASS, 46.

³⁴⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit, 293.

³⁴⁸ SENTI/HILPOLD, Rz. 1238; ENGELBERGER, 61.

V. Geltungsbereich

- 185 Der Anwendungsbereich des GATS wird in Art. I:1 GATS festgelegt. Demgemäss findet das Abkommen Anwendung auf Massnahmen der Mitgliedstaaten, die den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigen.
- 186 Der Handel mit Dienstleistungen ist konzeptionell nicht leicht zu fassen. Seit jeher bestehen unterschiedliche definitorische Abgrenzungen des Begriffs «Dienstleistungen».³⁴⁹ Im Verlauf der Uruguay-Runde einigten sich die Verhandlungspartner des GATS auf eine Gliederung der Dienstleistungen nach dem Standortkriterium der Erbringung und der Nutzung von Diensten. Art. 1:2 GATS unterscheidet demgemäss zwischen vier wirtschaftlich relevanten Erbringungsformen («*modes of supply*») von Dienstleistungen (Art. 1:2 lit. a–d GATS):³⁵⁰
- Erbringung einer Dienstleistung durch eine Person oder eine Unternehmung im Land A für einen Kunden im Land B. Es handelt sich beispielsweise um die Planungsarbeiten eines Architekten im Land A für einen Bauherrn im Land B, oder die Durchführung einer Studie im Land A für einen Auftraggeber im Land B. Hierzu gehören aber auch Online-Bildungsdienstleistungen oder telefonische Beratungsdienstleistungen (Modus 1, «*cross-border supply*»).
 - Erbringung einer Dienstleistung im Land A bei gleichzeitiger Nutzung durch einen Dienstleistungsnachfrager aus dem Land B. Darunter fallen die Leistungen des Tourismus in Form der Nachfrage nach Hotelübernachtungen, Mahlzeiten und kulturellen Veranstaltungen im Land A durch Touristen aus dem Land B (Modus 2, «*consumption abroad*»).
 - Erbringung einer Dienstleistung durch einen Anbieter des Landes A im Land B über eine kommerzielle Präsenz. Dies ist beispielsweise der Fall bei Dienstleistungserbringung der im Land B niedergelassenen Agenturen und Filialen von Banken und Versicherungen des Landes A (Modus 3, «*commercial presence*»).
 - Erbringung einer Dienstleistung durch einen Anbieter des Landes A im Land B über die Präsenz natürlicher Personen im Land B. Zu dieser Gruppe gehören etwa Buchprüfungs- und Beratungsarbeiten von Personen des Landes A, die sich zur Erledigung ihres Auftrags ins Land B begeben (Modus 4, «*presence of natural persons*»).
- 187 Bei den Erbringungsmodi 2–4 überqueren der Dienstleistungsempfänger bzw. der Dienstleistungserbringer die Grenze. Die mit diesen Formen des Dienstleistungshandels verbundenen Liberalisierungsinstrumente sind mithin dem Freizügigkeitsrecht zuzuordnen.³⁵¹ An dieser Stelle soll aber nochmals betont sein, dass das GATS grund-

³⁴⁹ SENTI/HILPOLD, Rz. 1159 ff.; vgl. BUENO, Rz. 19 ff.

³⁵⁰ WTO, Market Access, 99; SENTI/HILPOLD, Rz. 1164; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 286 ff.

³⁵¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 29 ff. und 291; vgl. WEISS, Rz. 68 ff.; vgl. dazu bereits oben, Rz. 164.

sätzlich keine Einreise- und Aufenthaltsrechte einräumt und nicht dem Abbau von Grenzhindernissen dient.³⁵²

B. Bereichsausnahme für «hoheitliche» Dienstleistungserbringung

I. Ausgangslage

Das GATS findet gemäss Art. I:1 grundsätzlich universelle Anwendung auf Massnahmen der WTO-Mitglieder betreffend den Handel mit Dienstleistungen jeglicher Art und unabhängig vom jeweiligen Dienstleistungssektor.³⁵³ Der Abkommenstext bestimmt lediglich zwei Ausnahmen hinsichtlich des Anwendungsbereichs: 188

Mit Bezug auf die sektorspezifischen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ergibt sich die erste Ausnahme aus Ziff. 2 des Anhangs über Luftverkehrsdienstleistungen.³⁵⁴ Darin werden Massnahmen ausgenommen, die sich auf die Ausübung von Verkehrsrechten und damit verbundenen Dienstleistungen beziehen.³⁵⁵ Da diesen im vorliegenden Zusammenhang aber keine weitere Relevanz zukommt, wird nachfolgend nicht näher darauf eingegangen. 189

In genereller Weise und sektorübergreifend vom Anwendungsbereich des GATS ausgenommen sind dagegen gemäss Art. I:3(b) GATS Dienstleistungen, die «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden»³⁵⁶. Art. I:3(c) GATS definiert sodann in negativer Weise, dass unter dem Begriff «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung» jede Art von Dienstleistung zu verstehen ist, die weder zu «gewerblichen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird». 190

Trotz – oder gerade wegen – dieses Definitionsversuchs im Abkommenstext bleibt die Formulierung «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung» vage und bedarf weiterer Klärung. Die Bereichsausnahme ist zum Kernpunkt der politischen, aber auch rechtswissenschaftlichen Diskussionen rund um die Anwendung des GATS auf den *Service public* geworden.³⁵⁷ Der Hoheitlichkeitsbegriff steht damit 191

³⁵² DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 294.

³⁵³ Vgl. auch Bundesrat, Bericht GATS, 4.

³⁵⁴ Vgl. dazu m.w.H. WEISS, Rz. 63 f.

³⁵⁵ SIMON, 59.

³⁵⁶ Bei der Formulierung «in Ausübung hoheitlicher Gewalt» handelt es sich um die offizielle deutsche Übersetzung des Übereinkommenstextes. In den massgebenden Vertragssprachen lautet die Formulierung «*services supplied in the exercise of governmental authority*», «*services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental*» resp. «*servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales*».

³⁵⁷ KRAJEWSKI, National Regulation, 68; KRAJEWSKI, Grundstrukturen, 118; ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 58; Bundesrat, Bericht GATS, 4 ff.; COTTIER/BREINING-KAUFMANN/KENNETT, 65 ff.

(auch) im Bereich des GATS für die unscharfe Demarkationslinie zwischen dem kommerziellen Sektor, auf welchen Freihandels- und Freizügigkeitsregeln gelten sollen, und dem öffentlichen Sektor, der sich durch hoheitliche Handlungen, die ohne Einfluss auf Handel und Kommerz sind, auszeichnet.³⁵⁸

- 192 Der Spielraum, welcher der Bereichsausnahme für «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen» zukommt, konnte jedoch bislang nicht abschliessend und genau abgesteckt werden. Die bestehende «konstruktive Mehrdeutigkeit»³⁵⁹ der Ausnahme von Art. I:3 GATS sorgte verschiedentlich für Unsicherheiten innerhalb der WTO. Weder aus den wenig kohärenten Veröffentlichungen des WTO-Sekretariats³⁶⁰, noch aus den Ausführungen des GATS-Rats wird die Reichweite der Bereichsausnahme fassbar.³⁶¹ Nicht zuletzt muss dies auf die Tatsache zurückgeführt werden, dass die Mitgliedstaaten des GATS teils deutlich abweichende Vorstellungen darüber haben, wann eine Tätigkeit hoheitlich ist und wann nicht. Im Bereich des GATS gilt es vor diesem Hintergrund den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme für in hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen in einer Weise einzugrenzen, die den unterschiedlichen Regelungstraditionen zwar zwangsläufig nicht immer gerecht werden kann, aber doch in allen Mitgliedstaaten zu vergleichbaren Anwendungsergebnissen führt.³⁶²

II. Anknüpfungspunkte in der WTO-Dokumentation

1. Publikationen des WTO-Sekretariats

- 193 Eine erste Annäherung an die Mehrdeutigkeit der Formulierung «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen» ermöglichen diverse Publikationen des WTO-Sekretariats, die den Anwendungsbereich des GATS thematisierten.³⁶³
- 194 So enthält das vom WTO-Sekretariat veröffentlichte «*Handbook on the GATS Agreement*» eine Aufzählung von Dienstleistungen, die gemäss der Ansicht des WTO-Sekretariats in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden.³⁶⁴ Genannt werden Polizeidienstleistungen, Feuerwehrdienstleistungen, geldpolitische Operationen (etwa die Tätigkeit von Nationalbanken), obligatorische Sozialversicherungsdienstleistungen sowie Dienstleistungen der Steuer- und Zollverwaltung.³⁶⁵

³⁵⁸ LEROUX, 345.

³⁵⁹ LEROUX, 345.

³⁶⁰ LEROUX, 357; vgl. sogleich unten, Rz. 193 ff.

³⁶¹ RUIZ FABRI/CRONTIRAS, 27 ff.

³⁶² Vgl. SIMON, 60 m.w.H.

³⁶³ KRAJEWSKI, Scope, 6; KRAJEWSKI, National Regulation, 68.

³⁶⁴ SIMON, 62 f.

³⁶⁵ WTO, Handbook GATS, 7.

Weitere Anhaltspunkte zur Interpretation des WTO-Sekretariats der Bereichsausnahme gemäss Art. I:3(b) GATS ergeben sich sodann aus diversen Hintergrundpapieren, die das WTO-Sekretariat zu einzelnen Dienstleistungssektoren veröffentlicht hat.³⁶⁶ 195

Demnach würden z.B. *Post- und Kurierdienstleistungen* selbst dann nicht in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht, wenn sie von einer öffentlichen Stelle angeboten werden, da sie in aller Regel primär kommerzielle Zwecke verfolgen.³⁶⁷ 196

Hinsichtlich *juristischer Dienstleistungen* erwog das WTO-Sekretariat, dass darunter nebst klassischen (anwaltlichen) Beratungs- und Vertretungsmandaten auch Tätigkeiten der Justizbehörden, insbesondere diejenigen der Richter, Gerichtsschreiber und der Staatsanwaltschaft gefasst werden könnten.³⁶⁸ Allerdings fielen diese letztgenannten Dienstleistungen *per se* auch unter die Bereichsausnahme nach Art. I:3(b) GATS, da diese in den meisten Mitgliedstaaten als Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden, verstanden würden.³⁶⁹ Hingegen seien notarielle Dienstleistungen – auch wenn diese in manchen Mitgliedstaaten als «hoheitliche Tätigkeiten» verstanden würden – üblicherweise vom Geltungsbereich des GATS erfasst, da sie mehrheitlich kommerziell angeboten würden.³⁷⁰ Ein abschliessendes Ergebnis, ob sämtliche Notariatsdienstleistungen in allen Mitgliedstaaten nach Ansicht des WTO-Sekretariats vom Geltungsbereich des GATS erfasst sind oder nicht, kann der entsprechenden Passage im Hintergrundpapier aber nicht entnommen werden. 197

Interessant sind sodann die Ausführungen des WTO-Sekretariats zu (freilich sehr vage umschriebenen) *Umweltdienstleistungen*. Insbesondere spricht das Sekretariat den Fall an, in welchem Umweltdienstleistungen privatisiert und im Rahmen eines Monopols angeboten werden, wobei das private Unternehmen, welches mit der Umweltdienstleistung beauftragt ist, öffentliche Subventionen oder Förderungsbeiträge erhält. Hier sprächen gemäss Sekretariat einige Argumente für eine Einordnung als hoheitliche Tätigkeit, die vom Anwendungsbereich des GATS ausgenommen wäre. Jedoch sei nicht ausgeschlossen, dass auch die Entgegennahme öffentlicher Unterstützungszahlungen auf gewerblicher Basis erfolgen könnte, was wiederum gemäss Art. I:3(c) GATS eine hoheitliche Tätigkeit im Sinne von Art. I:3(b) GATS ausschliessen würde.³⁷¹ Das Sekretariat erkennt als Ursprung der Unsicherheit bei dieser Gelegenheit auch ausdrücklich, dass die Formulierung «zu gewerblichen Zwecken», die von Art. I:3(c) GATS zur Negativdefinition von Art. I:3(b) GATS verwendet wird, 198

³⁶⁶ Vgl. SIMON, 63 m.w.H.

³⁶⁷ CTS, Postal and Courier Services, 2.

³⁶⁸ Vgl. SIMON, 63.

³⁶⁹ CTS, Legal Services, Rz. 15.

³⁷⁰ CTS, Legal Services, Fn. 15.

³⁷¹ CTS, Environmental Services, Rz. 52 f.; FALKE, 54.

nicht eindeutig definiert sei: «*To begin with, it is not completely clear what the term 'commercial basis' means.*»³⁷²

- 199 Ein weiteres Hintergrundpapier beschäftigt sich mit *Dienstleistungen im Bildungsbereich*. Dabei handelt es sich um einen Dienstleistungssektor, dessen Unterstellung unter das GATS besonders häufig untersucht wurde und entsprechend umstritten ist.³⁷³ Ob die Bereichsausnahme in Art. I:3(b) GATS für Bildungsdienstleistungen Anwendung findet, wird im Hintergrundpapier allerdings nicht weiter diskutiert.³⁷⁴ Das Sekretariat hält nur, aber immerhin, fest, dass die staatlich zur Verfügung gestellten Bildungsdienstleistungen unter Umständen unter die Bereichsausnahme des GATS fallen könnten: «*basic education provided by the government may be considered to fall within the domain of, in the terminology of the GATS, services supplied in the exercise of governmental authority (supplied neither on a commercial basis nor in competition).*»³⁷⁵
- 200 Schliesslich befasste sich das WTO-Sekretariat in einem weiteren Hintergrundpapier mit *Gesundheits- und Sozialdienstleistungen*. In diesem Bereich bestehen in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche Konzepte, die von vollständiger staatlicher Verantwortung und Kontrolle bis hin zu kompletter Marktöffnung reichen.³⁷⁶ Werden Gesundheitsdienstleistungen nur von öffentlichen Stellen angeboten, liege gemäss Sekretariat zumeist eine hoheitliche Tätigkeit vor, die vom Anwendungsbereich des GATS ausgenommen sei. Derartige Dienstleistungen würden weder auf gewerblicher Basis angeboten, noch seien sie einem funktionierenden Wettbewerb unterworfen. Typisches Beispiel dafür sei die kostenlose Zurverfügungstellung von Medizin- oder Spitaldienstleistungen durch eine staatliche Stelle.³⁷⁷ In Gesundheitssystemen, die jedoch eine vollständige Marktöffnung gegenüber Dienstleistungen privater Anbieter kennen, würden Gesundheitsdienstleistungen hingegen üblicherweise im Wettbewerb erbracht und auf gewerblicher Basis angeboten. Damit fielen sie in den Geltungsbereich des GATS.³⁷⁸ Wenn sowohl öffentliche als auch private Anbieter im selben Markt aktiv seien – eine Konstellation, die z.B. im Spitalwesen häufig anzutreffen ist – liege ohne Zweifel eine Wettbewerbssituation vor.³⁷⁹ Zudem stellten private wie öffentliche Gesundheitsdienstleistungsanbieter üblicherweise den Patienten oder ihren Krankenversicherern die erbrachten Leistungen in Rechnung. Damit würden die Dienstleistung

³⁷² CTS, Environmental Services, Rz. 52.

³⁷³ Vgl. jeweils m.w.H. REIMOLD, 27 ff.; TIEDTKE, 37 ff.; KRAFFT, 17 ff.; COTTIER/BREINING-KAUFMANN/KENNETT, 74 ff.

³⁷⁴ CTS, Education Services, Rz. 13; vgl. m.w.H. SIMON, 64.

³⁷⁵ CTS, Education Services, Rz. 13.

³⁷⁶ CTS, Health and Social Services, Rz. 37; vgl. m.w.H. FALKE, 53; SIMON, 65.

³⁷⁷ CTS, Health and Social Services, Rz. 37.

³⁷⁸ CTS, Health and Social Services, Rz. 37.

³⁷⁹ CTS, Health and Social Services, Rz. 38.

auch auf gewerblicher Basis erbracht.³⁸⁰ Insgesamt geht das WTO-Sekretariat also davon aus, dass z.B. öffentliche Krankenhäuser nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich des GATS ausgenommen sind, solange diese mit privaten Krankenhäusern im Wettbewerb stehen.

Dagegen hielt das WTO-Sekretariat in einer Bestandsaufnahme zum erreichten Liberalisierungsgrad beim Marktzugang fest, dass ganz grundsätzlich die Koexistenz von öffentlichen und privaten Dienstleistungen als solche keinen Hinweis darauf gebe, ob eine «in Ausübung hoheitlicher Gewalt» erbrachte Dienstleistung vorliegt oder nicht.³⁸¹ Darin offenbart sich ein gewisser Widerspruch, hatte das WTO-Sekretariat doch im Hintergrundpapier zu Gesundheits- und Sozialdienstleistungen aus einer derartigen Koexistenz noch auf eine Wettbewerbssituation geschlossen.³⁸² 201

Im Sinne eines Zwischenfazits kann festgehalten werden, dass den vom WTO-Sekretariat veröffentlichten Dokumenten zwar diverse Indizien, aber keine eindeutigen Auslegungsregeln der im vorliegenden Kontext interessierenden Bereichsausnahme in Art. I:3(b) GATS zu entnehmen sind.³⁸³ Insbesondere ist auffällig, dass das WTO-Sekretariat die Bereichsausnahme bloss im Lichte spezifischer Dienstleistungstypen begutachtet. Darüber hinaus sucht man generelle Auslegungsleitlinien in den WTO-Dokumenten hingegen vergeblich. 202

2. *Stellungnahmen der Mitgliedstaaten*

Als weitere Anhaltspunkte finden sich in der umfangreichen WTO-Dokumentation Stellungnahmen diverser Mitgliedstaaten, die deren Verständnis des Wortlauts von Art. I:3(b) GATS offenbaren. Äusserungen dazu, welche Dienstleistungen als «in Ausübung hoheitlicher Gewalt» erbracht einzustufen sind, sind jedoch in den Protokollen und Arbeitspapieren nur sporadisch erkennbar und es lässt sich ihnen auch kein systematisches Gehalt entnehmen.³⁸⁴ 203

Immerhin brachten die Mitgliedstaaten mit Blick auf die regelmässigen Parallelangebote von privaten und öffentlichen Dienstleistungserbringern im Gesundheits- und Sozialbereich zum Ausdruck, dass diese Konkurrenzsituation nicht zur Folge haben könne, dass jeweils der gesamte Sektor vom Anwendungsbereich des GATS ausgenommen bleibe. Die Ausnahmebestimmung in Art. I:3(b) GATS sei in diesem Lichte eng auszulegen.³⁸⁵ 204

³⁸⁰ CTS, Health and Social Services, Rz. 39.

³⁸¹ WTO, Market Access, 123 ff.

³⁸² KRAJEWSKI, Scope, 8; SIMON, 66.

³⁸³ Vgl. SIMON, 66.

³⁸⁴ KRAJEWSKI, Scope, 9; FALKE, 55; SIMON, 66 ff.

³⁸⁵ CTS, Report 14. Oktober 1998, Rz. 22(b); SIMON, 66 f.; FALKE, 55.

- 205 In Bezug auf Luftverkehrstransportdienstleistungen hielt ein Vertreter der USA fest, dass insbesondere Flugverkehrskontrolle³⁸⁶, Zuweisung von Lande- und Abflugslots sowie teilweise auch das Flughafenmanagement in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht würden.³⁸⁷ Ein anderer, nicht näher bestimmter Mitgliedsstaat brachte vor, dass die Frachtinspektion keine in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung darstelle.³⁸⁸
- 206 Bemerkenswert ist sodann eine Aussage des Vertreters der Europäischen Gemeinschaften im Rahmen eines Treffens des Ausschusses für regionale Handelsabkommen im April 1998. Dieser bezeichnete die im damaligen Gemeinschaftsrecht in Kraft stehende Ausnahmegesetzgebung von Art. 45 EG (heute Art. 51 AEUV³⁸⁹) als beinahe deckungsgleich (*«practically identical»*) zu jener in Art. I:3(b) GATS.³⁹⁰ Wenig später, im September 1998, gab eine andere Vertreterin der Europäischen Gemeinschaft hingegen zu Protokoll, die Ausnahmegesetzgebung in Art. 45 EG sei wohl enger (*«presumably narrower»*) als die GATS-Vorschrift zu verstehen.³⁹¹ Im Rahmen zweier weiterer Zusammenkünfte wurde von Vertretern der Europäischen Gemeinschaft die Frage aufgeworfen, ob die GATS-Definition der in hoheitlicher Gewalt erbrachten Dienstleistungen genügend klar sei,³⁹² oder ob Dienstleistungen, die aufgrund der Ausnahmebestimmung in Art. I:3(b) GATS nicht dem GATS unterstellt sind, genauer bestimmt werden müssten.³⁹³ Schliesslich haben die Europäische Gemeinschaft, Ungarn, Polen und die Slowakei in einer Mitteilung verlautbaren lassen, dass die gemeinschaftsrechtliche Bestimmung in Art. 45 EG Ähnlichkeiten zu jener in Art. I:3(b) GATS aufweise. Weiter erwähnten sie, dass sich der EuGH bereits mehrfach zur gemeinschaftsrechtlichen Ausnahmegesetzgebung in Art. 45 EG geäußert und den Anwendungsspielraum der Bereichsausnahme jeweils sehr eng gezogen habe.³⁹⁴
- 207 Nicht Teil der offiziellen WTO-Dokumentation – in vorliegendem Zusammenhang aber dennoch von besonderem Interesse – ist sodann die Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Mai 2002 auf eine parlamentarische Interpellation³⁹⁵ des damaligen Nationalrats Peter Vollmer. Dem Bundesrat bot sich darin die Gelegenheit, seine Position zur anlässlich der WTO-Ministerkonferenz in Doha beschlossenen fortschreitenden Liberalisierung des Dienstleistungshandels zu erläutern. Interessant ist in diesem Kon-

³⁸⁶ Vgl. zum ähnlichen Verständnis des Bundesrats in Bezug auf Skyguide oben, Rz. 61.

³⁸⁷ CTS, Report vom 26. Mai 2000, Rz. 11 und Rz. 16.

³⁸⁸ CTS, Report 23./24. November 1998, Rz. 9 f.

³⁸⁹ Vgl. unten, Rz. 416 ff.

³⁹⁰ CRTA, Communication EC, 4.

³⁹¹ CRTA, European Union, Rz. 15.

³⁹² Working Party, Report 6. Oktober 1998, Rz. 16.

³⁹³ Working Party, Report 19. Februar 1999, Rz. 36.

³⁹⁴ CRTA, Joint Communication EC/Hungary, 2; zur erwähnten Rechtsprechung des EuGH vgl. unten, Rz. 441 ff.

³⁹⁵ Interpellation 02.3095 «Position des Bundesrates in den GATS-Verhandlungen» vom 20. März 2002, eingereicht von Peter Vollmer.

text insbesondere die Frage des Interpellanten, ob der Bundesrat bereit sei, den *Service public* in den GATS-Verträgen nach Bereichen differenziert zu definieren und Dienstleistungen, die unerlässlich durch die öffentliche Hand wahrgenommen werden müssen, explizit von den GATS-Regeln auszuschliessen. Ohne sich explizit auf Art. I:3(b) GATS zu berufen, antwortete der Bundesrat darauf, dass das GATS «in Bezug auf die Deregulierung des *Service public neutral*» sei. Die Mitgliedstaaten seien nämlich durch das GATS weder verpflichtet, noch würden sie daran gehindert, den *Service public* zu regulieren oder zu deregulieren.³⁹⁶ Aus dieser Feststellung lässt sich einerseits ableiten, dass der Bundesrat von einem relativ weiten Anwendungsbereich des GATS ausgeht, der den *Service public* grundsätzlich miteinschliesst. Dies bringt wiederum mit sich, dass die Ausnahmebestimmung der «in Ausübung hoheitlicher Gewalt» erbrachten Dienstleistungen gemäss Art. I:3(b) GATS im Verständnis des Bundesrates restriktiv auszulegen ist. Gleichzeitig ging der Bundesrat davon aus, dass es allein den Mitgliedstaaten obliege, zu bestimmen, in welchen Bereichen sie sich zur Liberalisierung verpflichten möchten.³⁹⁷ In seinem Bericht «über WTO/GATS-Verhandlungen und Ausnahmen im öffentlichen Dienstleistungsbereich und im Subventionssystem» vom 2. Dezember 2005 bestätigte der Bundesrat dieses Verständnis.³⁹⁸

3. WTO-Streitbeilegungspraxis

Die WTO-Streitbeilegungsorgane mussten sich bislang soweit ersichtlich nicht in relevanter Art und Weise mit der Bedeutung von Art. I:3(b) und (c) GATS auseinandersetzen.³⁹⁹ 208

Der *Appellate Body* liess im Fall *European Communities Regime for the Importation, Safe and Distribution of Bananas* nur, aber immerhin, erkennen, dass er von einem äusserst weiten Anwendungsbereich des GATS ausgeht.⁴⁰⁰ Zur Formulierung in Art. I:1 GATS hielt er entsprechend fest: 209

«In our view, the use of the term 'affecting' reflects the intent of the drafters to give a broad reach to the GATS. The ordinary meaning of the word 'affecting' implies a measure that has 'an effect on', which indicates a broad scope of application. This interpretation is further reinforced by the conclusions of previous panels that the term 'affecting' in the context of Article III of the GATT is wider in scope than such terms as 'regulating' or 'governing'.»⁴⁰¹

³⁹⁶ Interpellation 02.3095 «Position des Bundesrates in den GATS-Verhandlungen» vom 20. März 2002, Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Mai 2002.

³⁹⁷ SIMON, 68; KRAFFT, 42; vgl. oben, Rz. 182 ff.

³⁹⁸ Bundesrat, Bericht GATS, 4.

³⁹⁹ WTO, Analytical Index, Rz. 22; vgl. bereits LEROUX, 346; KRAJEWSKI, Grundstrukturen, 118.

⁴⁰⁰ SIMON, 72.

⁴⁰¹ Appellate Body, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, 9. September 1997, Rz. 220; vgl. dazu auch die Panel Reports, WT/DS27/R/BCU, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA, Rz. 7.281.

- 210 Gerade auch mit Blick auf die Ausnahmebestimmung in Art. I:3(b) gäbe es keine Hinweise, die darauf hindeuteten, dass der Anwendungsbereich des GATS eingeschränkt sei:

«We also note that Article I:3(b) of the GATS provides that ‘services includes any service in any sector except services supplied in ‘the exercise of governmental authority’ (emphasis added), and that Article XXVIII(b) of the GATS provides that the ‘supply of a service’ includes ‘the production, distribution, marketing, sale and delivery of a service’. There is nothing at all in these provisions to suggest a limited scope of application for the GATS. We also agree that Article XXVIII(e) of the GATS does not narrow the meaning of the term ‘affecting’ to ‘in respect of.’»⁴⁰²

- 211 Inhaltlich mussten sich die Streitbeilegungsorgane der WTO bislang aber nicht mit dem Hoheitlichkeitsbegriff gemäss Art. I:3(b) GATS auseinandersetzen.

III. Auslegung nach WVK

1. Vorbemerkungen

- 212 Der vorstehende Überblick vermochte zwar einige Anhaltspunkte zur Bestimmung des Gehalts der «in Ausübung hoheitlicher Gewalt» erbrachten Dienstleistungen gemäss Art. I:3(b) GATS aufzuzeigen. In erster Linie wurde jedoch die Mehrdeutigkeit der Formulierung wie auch der (scheinbaren) Legaldefinition in Art. I:3(c) GATS erkennbar. Nachfolgend soll deshalb ein Versuch unternommen werden, die Bedeutung der Bereichsausnahme des GATS für in «Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen» mittels Auslegung zu ermitteln. Dabei sollen auch die bisherigen Interpretationsversuche in der Lehre gebührend berücksichtigt werden.
- 213 Völkerrechtliche Verträge sind nach den völkerrechtlichen Auslegungsregeln zu interpretieren. Diese entsprechen zwar grösstenteils innerstaatlichen Auslegungsregeln, beinhalten jedoch aufgrund der besonderen Natur des Völkerrechts als Konsensordnung auf überstaatlichem Niveau gewisse Besonderheiten.⁴⁰³ Die Auslegung hat im Allgemeinen nach den Regeln zur Interpretation völkerrechtlicher Verträge gemäss der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) zu erfolgen.⁴⁰⁴ Die relevanten Auslegungsregeln finden sich in Art. 31 ff. WVK.

⁴⁰² Appellate Body, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, 9. September 1997, Rz. 220; vgl. dazu die Panel Reports WT/DS27/R/BCU, WT/DS27/R/MEX und WT/DS27/R/USA, jeweils Rz. 7.280 ff.

⁴⁰³ IPSEN/HEINTZE, 472 ff.; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, 28 ff.; PIRKER, 296 ff.

⁴⁰⁴ LEROUX, 346 f. m.w.H.; KRAJEWSKI, Grundstrukturen, 118; vgl. auch den ausdrücklichen Hinweis in Art. 3 Abs. 2 DSU, wonach die WTO-Mitglieder anerkennen, dass mit dem Streitbeilegungssystem der WTO «die Rechte und Pflichten der Mitglieder nach den unter die Vereinbarung fallenden Übereinkünften gewahrt und die bestehenden Bestimmungen dieser Übereinkünfte gemäss den üblichen Regeln für die Auslegung des Völkerrechts geklärt werden sollen».

Die Streitbeilegungsorgane der WTO orientieren sich – in Abweichung von Art. 31 Abs. 1 WVK – vornehmlich am Wortlaut der Abkommensbestimmungen und lassen der teleologischen Auslegungsmethode im Sinne einer Berücksichtigung des Vertragszwecks nur wenig Raum.⁴⁰⁵ Ausgangspunkt der Auslegung bilden damit einhergehend gar relativ oft Wörterbuchdefinitionen, was auch im Vergleich mit anderen internationalen Rechtsprechungsorganen einzigartig erscheint.⁴⁰⁶ Die Streitbeilegungsorgane wählen diese in der WVK nicht vorgesehene Hierarchie der Auslegungsmethoden wohl insbesondere, um die erforderliche Balance zur Autonomie der Mitgliedstaaten zu schaffen.⁴⁰⁷ 214

An dieser Stelle sei nochmals⁴⁰⁸ darauf hingewiesen, dass die authentischen Vertragssprachen des GATS Englisch, Französisch und Spanisch sind und damit grundsätzlich nur diese drei Vertragssprachen für die Auslegung massgebend sein können. Entgegen der Vorgabe in Art. 33 WVK berücksichtigen die WTO-Streitbeilegungsorgane in der Regel jedoch bloss den englischen Abkommenswortlaut.⁴⁰⁹ Nachfolgende Ausführungen verwenden zwar jeweils im Sinne der Lesbarkeit und der Kohärenz den offiziellen deutschen Übersetzungstext, verweisen jedoch auch auf die Formulierungen im authentischen englischen Vertragstext. 215

Gemäss der WVK hat die nachstehende Auslegung nach Treu und Glauben zu erfolgen und soll folgende Methoden berücksichtigen:⁴¹⁰ 216

- Die Übereinstimmung mit der gewöhnlichen Bedeutung der Norm (Wortlaut);
- die Übereinstimmung der Bedeutung, die der Norm im Zusammenhang mit den weiteren Bestimmungen des GATS zukommt (Systematik);
- die Ziele und Zwecke des GATS (Teleologie);
- die spätere Praxis der Parteien (zeitgemässe Auslegung);
- den Normzweck im Entstehungszeitpunkt, wobei dieser Auslegungsmethode weniger Gewicht zukommen soll (historische Auslegung).

Der rechtswissenschaftliche Diskurs rund um den Anwendungsbereich des GATS fokussiert mehrheitlich auf die Auslegung der in Art. I:3(c) GATS enthaltenen Termini 217

⁴⁰⁵ VANDUZER, Health, 370 f.; KRAJEWSKI, National Regulation, 51 ff.; KALLFASS, 49. Aus der Praxis der Streitbeilegungsorgane statt vieler: Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6. November 1998, Rz. 116. In neueren Entscheidungen wird allerdings tendenziell auch dem teleologischen Auslegungselement grössere Bedeutung beigemessen, vgl. hierzu z.B. Appellate Body, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 21. Dezember 2009, Rz. 348.

⁴⁰⁶ KRAJEWSKI, National Regulation, 51; KALLFASS, 49, jeweils m.w.H.

⁴⁰⁷ KRAJEWSKI, National Regulation, 51; KALLFASS, 49.

⁴⁰⁸ Vgl. oben, Rz. 190, Fn. 357.

⁴⁰⁹ KRAJEWSKI, National Regulation, 53.

⁴¹⁰ LEROUX, 347.

«zu gewerblichen Zwecken» und «im Wettbewerb mit einem oder mehreren Anbietern».⁴¹¹ Dies ist eine direkte Folge der Formulierung von Art. I:3(c) GATS («*a service supplied in the exercise of governmental authority means*» [Hervorhebung hinzugefügt]).⁴¹² Die Formulierung deutet darauf hin, dass Art. I:3(c) GATS eine abschliessende *sui generis*-Legaldefinition von Dienstleistungen, die «in Ausübung hoheitlicher Gewalt» erbracht werden, enthält.⁴¹³ Eine ausschliessliche Auslegung der in Art. I:3(c) GATS enthaltenen Begriffe zur Bestimmung der in hoheitlicher Gewalt erbrachten Dienstleistungen würde aber dennoch zu kurz greifen. Das GATS bestimmt in Art. I:3(b) nämlich den Ausdruck «in Ausübung hoheitlicher Gewalt» als zentrales Merkmal für Dienstleistungen, die nicht in den Anwendungsbereich des GATS fallen, und nicht bloss die in Art. I:3(c) GATS enthaltenen Begriffe. Wären nur die in Art. I:3(c) GATS verwendeten Begriffe relevant, so wäre der Umweg über Art. I:3(b) GATS vollkommen überflüssig. Ausgangspunkt zur Auslegung der Ausnahmbestimmung bleibt damit der Begriff «in Ausübung hoheitlicher Gewalt».⁴¹⁴

2. *Treu und Glauben*

- 218 Als allgemeines Prinzip gilt gemäss Art. 31 Abs. 1 VVK, dass ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben auszulegen ist. Hierbei wird ein objektivierter Ansatz verfolgt. Ziel der Auslegung ist es dagegen nicht in erster Linie, die subjektiven Absichten der Vertragsparteien zu ermitteln.⁴¹⁵ Für sich allein genommen bringt dieses Auslegungsprinzip im vorliegenden Kontext jedoch keinen weiteren Erkenntnisgewinn.

3. *Wortlaut*

- 219 Folgt man der Spruchpraxis des *Appellate Body*, ist die Ermittlung der Bedeutung des Wortlauts der im auszulegenden Vertragstextes verwendeten Begriffe Ausgangspunkt der Auslegung völkerrechtlicher Verträge.⁴¹⁶ Davon ausgehend, dass sich die Vertragsparteien zur Regelung ihrer Rechtsbeziehungen einer allgemein verständlichen, üblichen Sprache bedient haben, gilt es mithin, die Bedeutung der verwendeten Begriffe im allgemeinen Sprachgebrauch zu eruieren (sog. «*ordinary meaning*»).⁴¹⁷ Der *Appellate Body* berücksichtigt hierzu in erster Linie allgemeine, englischsprachige Wörterbücher.⁴¹⁸

⁴¹¹ SIMON, 74; KALLFASS, 50; KRAJEWSKI, Public services, 366 ff.; LEROUX, 360.

⁴¹² KALLFASS, 50; KRAJEWSKI, Public services, 366; LEROUX, 360.

⁴¹³ KALLFASS, 50; LEROUX, 345; VANDUZER, Health, 383.

⁴¹⁴ KRAJEWSKI, Public services, 350.

⁴¹⁵ IPSEN/HEINTZE, 472 ff.

⁴¹⁶ SCHOLLENDORF, 47.

⁴¹⁷ CRAWFORD, 381 f.

⁴¹⁸ KRAJEWSKI, Public services, 350 ff.; SIMON, 75 ff.; vgl. KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, 30.

a) *Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden*

Die Bereichsausnahme gilt nach Art. I:3(b) GATS für Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt («*exercise of governmental authority*») erbracht werden. 220

Insbesondere die englische Formulierung wirft zunächst die Frage auf, ob für die 221
Qualifikation als in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Tätigkeit entscheidend ist, dass der Staat unmittelbar an der Leistungserbringung beteiligt ist.⁴¹⁹ In der Lehre wird diesbezüglich ganz überwiegend die Meinung vertreten, dass auch die Leistungserbringung durch Private ausserhalb staatlicher Strukturen unter die Bereichsausnahme fallen könne. Voraussetzung hierfür sei, dass diesen die staatliche Hoheitsgewalt zumindest in gewissen Bereichen übertragen worden sei, oder aber lediglich eine formelle Privatisierung vorliege.⁴²⁰ Der Begriff impliziere auch nicht, dass zwingend ein öffentliches Interesse an der Leistungserbringung vorliegen müsse.⁴²¹

Der Wortlaut der Bestimmung zielt gemäss einhelligen Lehrmeinungen auf jene 222
Dienstleistungen ab, denen ein einseitig anordnendes, zwingendes Handeln, das sich aus dem staatlichen Gewaltmonopol ableitet, zugrunde liege.⁴²² Üblicherweise seien solche Tätigkeiten durch ein Subordinationsverhältnis geprägt, auf welches ganz typischerweise auch öffentliches Recht angewendet werde.⁴²³

Der *Appellate Body* legte in der Entscheidung *Canada-Dairy*⁴²⁴ unter Bezugnahme 223
auf diverse juristische Wörterbücher⁴²⁵ den Begriff «*government*» wie folgt aus:

«The essence of 'government' is, therefore, that it enjoys the effective power to 'regulate, 'control' or 'supervise' individuals, or otherwise restrain their conduct, through the exercise of lawful authority. This meaning is derived, in part, from the functions performed by a government and, in part, from the government having the powers and authority to perform those functions. A 'government agency' is, in our view, an entity which exercises powers vested in it by a 'government' for the purpose of performing functions of a 'governmental' character; that is, to 'regulate', 'restrain', 'supervise' or

⁴¹⁹ Vgl. SIMON, 74 f.

⁴²⁰ ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 66; KRAJEWSKI, National Regulation, 72; KRAJEWSKI, Public services, 353; ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 60; a.M. wohl VANDUZER, Health, 383 ff.

⁴²¹ KRAJEWSKI, Public services, 72; ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 67.

⁴²² ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 66.

⁴²³ KRAJEWSKI, Scope, 350; KALLFASS, 50; ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 65; vgl. das sehr ähnliche allgemeine Begriffsverständnis, das sich im 1. Teil der vorliegenden Arbeit herauskristallisiert hat, oben, Rz. 101 ff.

⁴²⁴ Appellate Body, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, 13. Oktober 1999.

⁴²⁵ Vgl. BLACK/GARNER, 764, die «*government*» u.a. als «*the sovereign power in a nation or state*» sowie «*the machinery by which sovereign power is expressed*» definieren.

*'control' the conduct of private citizens. As with any agency relationship, a 'government agency' may enjoy a degree of discretion in the exercise of its functions.»*⁴²⁶

- 224 Diese Sichtweise bestätigte der *Appellate Body* in zwei weiteren Entscheiden.⁴²⁷ Er vertritt somit die Ansicht, dass Hoheitlichkeit staatliche Anwendungsgewalt und Kontrolle sowie die Macht, Entscheidungen für andere verbindlich durchzusetzen, beinhaltet.⁴²⁸
- 225 Art. I:3(c) GATS spezifiziert wie bereits erwähnt die Bedeutung der Formulierung «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung», und legt fest, dass darunter jede Art von Dienstleistung zu verstehen ist, die weder zu «gewerblichen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird». Es handelt sich bei dieser Begriffserläuterung nicht bloss um eine Aufzählung von nicht in hoheitlicher Gewalt erbrachten Dienstleistungen, sondern vielmehr um eine unbedingte (Negativ-)Legaldefinition.⁴²⁹ Eine «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung» im Sinne des GATS liegt entsprechend nur vor, wenn diese kumulativ weder zu «gewerblichen Zwecken» noch «im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern» erbracht wird. Sobald aber eine dieser beiden Voraussetzungen nicht gegeben ist, greift die Bereichsausnahme gemäss Art. I:3(b) GATS nicht, da in diesem Fall eben *keine* «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung» im Abkommenssinn vorliegt.⁴³⁰ Im Einzelnen:
- b) *Dienstleistungen, die nicht «kommerziell» erbracht werden*
- 226 Die erste der beiden kumulativen Voraussetzungen des Art. I:3(c) GATS erfordert, dass die Dienstleistung nicht «kommerziell» bzw. «zu gewerblichen Zwecken» («*on a commercial basis*») erbracht wird. Für die Auslegung dieser Formulierung ist nach dem Gesagten die genaue Bedeutung des Wortes «*commercial*» zu exzerpieren.
- 227 Black's Law Dictionary beschreibt eine «commercial activity» als «an activity, such as operating a business, conducted to make a profit».⁴³¹ «Commerce» wird wiederum lapidar als «[t]he exchange of goods and services» definiert.⁴³² Diese Definition deckt sich mit jenen, die in weiteren Wörterbüchern zu finden sind.⁴³³ Der Schluss liegt

⁴²⁶ Appellate Body, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, 13. Oktober 1999, Rz. 97.

⁴²⁷ Appellate Body, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DSJ03/AD/RW, WT/DS113/AD/RW, 3. Dezember 2001, Rz. 112; Appellate Body, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DS103/AD/RW2, WT/DS113/AB/RW2, 20. Dezember 2002, Rz. 127.

⁴²⁸ SIMON, 76.

⁴²⁹ LEROUX, 347 f.

⁴³⁰ LEROUX, 348.

⁴³¹ BLACK/GARNER, 38.

⁴³² BLACK/GARNER, 304.

⁴³³ Für eine Übersicht vgl. SIMON, 77 m.w.H.

also nahe, dass sich die Formulierung «zu gewerblichen Zwecken» auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt oder eine geldwerte Gegenleistung bezieht, die mit der Absicht einer Gewinnerzielung verbunden ist.⁴³⁴

KRAJEWSKI bringt basierend auf ähnlichen Wörterbuchdefinitionen zwei Interpretationsmöglichkeiten der Formulierung von Dienstleistungserbringung «zu gewerblichen Zwecken» vor: Einerseits die Leistungserbringung gegen Entgelt, andererseits die Leistungserbringung mit dem Zweck der Gewinnerzielung.⁴³⁵ Die zweitgenannte Variante sei allerdings zutreffender.⁴³⁶ Dieses Begriffsverständnis wird aber, gerade auch mit Blick auf praktische Überlegungen⁴³⁷ und systematische Auslegungselemente⁴³⁸, von einer Mehrheit der Autoren abgelehnt.⁴³⁹ LANG und SIMON argumentieren, entscheidend sei, zu welchem Preis eine Dienstleistung angeboten werde. Handle es sich um einen marktüblichen Preis, so werde die Dienstleistung üblicherweise zu gewerblichen Zwecken angeboten. Sei der Preis bloss kostendeckend oder liege er gar unter den entstehenden Kosten und müsse darum quersubventioniert werden, liege dagegen der Schluss nahe, dass mit der angebotenen Dienstleistung keine gewerblichen Zwecke verfolgt werden.⁴⁴⁰ David Hartridge, damaliger Direktor des WTO-Sekretariats für Dienstleistungshandel, liess in einer Rede anlässlich des *European Services Forum* am 27. November 2000 durchblicken, dass die *ratio* hinter der Definition «*not on a commercial basis*» am besten mit der französischen Wendung «*sans but lucratif*», also ohne Gewinnerzielungsabsicht, umschrieben werden könne.⁴⁴¹

Insgesamt lässt die Formulierung «zu gewerblichen Zwecken» nicht den Schluss zu, dass jede Leistungserbringung, für die Gebühren oder Abgaben erhoben werden, bereits als kommerziell im Sinne von Art. I:3(c) GATS zu qualifizieren wäre.⁴⁴² Gleichzeitig ist es einleuchtend, dass die Höhe des Preises bei der Frage, ob eine Dienstleistung zu kommerziellen Zwecken angeboten wird, eine Rolle spielen muss.⁴⁴³ ADLUNG qualifiziert vor diesem Hintergrund Abgaben, die primär dazu dienen, exzessiver Nachfrage, Warteschlangen oder Finanzierungsengepässen des Anbieters entgegen zu wirken, als Indizien für eine nicht-kommerzielle Dienstleistungserbringung. Werden Abgaben hingegen mit einem bewussten Ertrags- oder Kostendeckungsziel verknüpft, spreche dies für eine Erbringung auf kommerzieller Ba-

⁴³⁴ SIMON, 78; MARCHETTI/MAVROIDIS, Challenges, 529 ff.

⁴³⁵ KRAJEWSKI, Public services, 351.

⁴³⁶ KRAJEWSKI, Public services, 351; KRAJEWSKI, Scope, 15 f.

⁴³⁷ SIMON, 78.

⁴³⁸ Vgl. unten, Rz. 242 ff.

⁴³⁹ ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 69; ADLUNG, Public Services, 462; SIMON, 78 f.

⁴⁴⁰ Vgl. LANG, 801; SIMON, 78 f.; MARCHETTI/MAVROIDIS, Challenges, 530.

⁴⁴¹ WTO, Hartridge.

⁴⁴² ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 60; SIMON, 81 f.

⁴⁴³ ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 60; SIMON, 82.

sis.⁴⁴⁴ Auf Grundlage dieser Unterteilung charakterisiert SIMON die Tarifgestaltung im öffentlichen Verkehr, bei der Post oder bei Energieversorgern als ertragsbezogen. Da die in diese Kategorien fallenden Dienstleistungserbringer zudem im Wettbewerb mit alternativen Verkehrs- oder Kommunikationsdiensten bzw. Energieproduzenten stünden, verhielten sie sich tendenziell «kommerziell». Für diverse Museen und Hochschulen treffe dies allerdings nicht zu.⁴⁴⁵

c) «Ausserhalb des Wettbewerbs» stehende Dienstleistungen

- 230 Im Sinne eines zweiten, kumulativen⁴⁴⁶ Negativkriteriums stipuliert Art. I:3(c) GATS, dass eine in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung auch nicht «im Wettbewerb» mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht werde (*«nor in competition with one or more service suppliers»*). Somit kommt auch dem Begriff «Wettbewerb» (*«competition»*) eine zentrale Bedeutung zu.⁴⁴⁷
- 231 Black's Law Dictionary definiert *«competition»* als *«[t]he struggle for commercial advantage; the effort or action of two or more commercial interests to obtain the same business from third parties»*.⁴⁴⁸ Für das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses scheint also ein Konkurrenz- bzw. Rivalitätsverhältnis zwischen mehreren Anbietern entscheidend zu sein.⁴⁴⁹ Zu einem ähnlichen Schluss kam das Panel in der Entscheidung «Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services», in deren Rahmen es zur Bestimmung der Bedeutung von *«anti-competitive practices»* auch die Definition von *«competition»* heranzog.⁴⁵⁰
- 232 In einem vom OECD publizierten Glossar zum Wettbewerbsrecht, der das Verständnis der OECD und ihrer Mitglieder zu einigen zentralen Begriffen zum Ausdruck bringt, wird Wettbewerb (bzw. *«competition»*) in ähnlicher Art und Weise sehr anschaulich definiert:

*«A situation in a market in which firms or sellers independently strive for the patronage of buyers in order to achieve a particular business objective, e.g., profits, sales and/or market share. Competition in this context is often equated with rivalry. Competitive rivalry between firms can occur when there are two firms or many firms. This rivalry may take place in terms of price, quality, service or combinations of these and other factors which customers may value.»*⁴⁵¹

⁴⁴⁴ ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 60 f.

⁴⁴⁵ SIMON, 82; vgl. auch ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 61.

⁴⁴⁶ ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 82.

⁴⁴⁷ LEROUX, 361 ff.; SIMON, 82.

⁴⁴⁸ BLACK/GARNER, 322.

⁴⁴⁹ Vgl. SIMON, 84 f., m.w.H.

⁴⁵⁰ Panel, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, 2. April 2004, Rz. 7.230; vgl. dazu auch VANDUZER, Health, 390 ff.

⁴⁵¹ OECD, *Glossary of industrial organisation economics and competition law*, 16. Juli 1993, Rz. 29, online abrufbar unter <oe.cd.org> → Topics → Competition → Publications & Documents → Glossary; vgl. SIMON, 85.

Fraglich bleibt aber, welche konkreten Tätigkeiten überhaupt in Konkurrenz zueinander von verschiedenen Erbringern angeboten werden müssen, damit diese in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Hervorzuheben ist diesbezüglich, dass Art. I:3(c) GATS nur auf das Bestehen von Wettbewerb abstellt, nicht aber auf die Gleichartigkeit der Dienstleistungen oder Anbieter.⁴⁵² Es besteht insofern ein augenfälliger Unterschied zu den inhaltlichen Disziplinen in Art. II:1 GATS (Meistbegünstigungsprinzip) und Art. XVII:1 GATS (Prinzip der Inländerbehandlung), die jeweils ausschliesslich «*like services and service suppliers*» (Hervorhebung hinzugefügt) behandeln.⁴⁵³ 233

Es liesse sich aus dieser Abweichung der Schluss ziehen, dass einerseits auch ungleiche Leistungen im Wettbewerb zueinanderstehen können (etwa die operative Behandlung eines Patienten im Krankenhaus und die medikamentöse Behandlung durch einen selbständigen Hausarzt). Andererseits wäre es umgekehrt auch möglich, dass gleiche Leistungen von unterschiedlichen Anbietern in getrennten Marktsegmenten im Wettbewerb erbracht werden (etwa Bildungsdienstleistungen, die von öffentlichen und privaten Schulen erbracht werden).⁴⁵⁴ 234

Die Bestimmung der Grenze zwischen Dienstleistungen, die (noch) im Wettbewerb zueinanderstehen, und anderen, gleichen oder ähnlichen Leistungen, für die dies nicht mehr zutrifft, gestaltet sich daher umso komplexer. Entscheidend dürfte letztlich jedoch der relevante Markt⁴⁵⁵ sein, auf dem die Dienstleistungen oder Dienstleistungsanbieter potentiell miteinander konkurrieren.⁴⁵⁶ Ein Konkurrenzverhältnis besteht mithin dann, wenn Dienstleistungen auf die Befriedigung desselben Bedürfnisses ausgerichtet sind und der betreffende Markt bei Wegfall des einen Anbieters von einem anderen Anbieter (sprich: Konkurrenten) abgedeckt wird.⁴⁵⁷ 235

Welcher Grad an Substituierbarkeit der konkurrierenden Dienstleistungen letztlich nötig ist, wird von der Lehre unterschiedlich beantwortet. MARCHETTI/MAVROIDIS stellen für das Vorhandensein von Wettbewerb auf vollständige Substituierbarkeit ab.⁴⁵⁸ KRAJEWSKI dagegen argumentiert, dass Wettbewerb auch unter Berücksichtigung einer gewissen Substitutionselastizität («*certain degree of elasticity of substitution*») vorliegen könne – so etwa im Bereich von Schienenverkehrsdienstleistungen und Busverkehrsdienstleistungen.⁴⁵⁹ Er stützt sich bei dieser These auch auf einen Be- 236

⁴⁵² ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 62; MARCHETTI/MAVROIDIS, Challenges, 531 f.

⁴⁵³ SIMON, 83; vgl. auch VANDUZER, Health, 390 ff.; vgl. zu diesen Prinzipien oben, Rz. 179 ff.

⁴⁵⁴ ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 62 f.; SIMON, 83.

⁴⁵⁵ Verstanden als «Ort», an dem sich Angebot und Nachfrage treffen und der Leistungsaustausch stattfindet; vgl. SIMON, 83.

⁴⁵⁶ LEROUX, 361.

⁴⁵⁷ ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. IN 76; SIMON, 83. Entscheidende Bedeutung kommt diesbezüglich auch der Grösse des Markts zu, vgl. hierzu KRAJEWSKI, Scope, 12.

⁴⁵⁸ MARCHETTI/MAVROIDIS, Challenges, 531.

⁴⁵⁹ KRAJEWSKI, National Regulation, 71; KRAJEWSKI, Public services, 353.

richt des *Panel*s⁴⁶⁰ zur Substituierbarkeit im Anwendungsbereich des GATT, welcher vom *Appellate Body* bestätigt wurde.⁴⁶¹ ADLUNG äussert sich hierzu kritisch: So bleibe etwa offen, wie dieses Konzept der Substitutionselastizität auf Dienstleistungen, die kostenlos angeboten werden, Anwendung finde. Auch sei nicht geklärt, wie Mitgliedstaaten vorgehen sollen, die vor der Zulassung privater Anbieter in einem bisherigen Monopolbereich abklären wollen, ob sich daraus eine Wettbewerbssituation ergeben könne.⁴⁶² Wenn man also von Koexistenz und Substituierbarkeit von Dienstleistungen direkt auf das Vorhandensein von Wettbewerb schliessen würde, bliebe die Bereichsausnahme in Art. I:3(c) GATS weitgehend irrelevant.⁴⁶³ SIMON merkt an, dass eine solche Konklusion nur zulässig sei, wenn ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des GATS auch dann vorliegen könne, wenn die betreffende Dienstleistung unter unterschiedlichen Erbringungsmodalitäten⁴⁶⁴ angeboten wird.⁴⁶⁵ Das *Panel* offenbarte in der Entscheidung *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry* diesbezüglich ein sehr weitreichendes Verständnis: Demgemäss können selbst Dienstleistungen in einem Sektor, welcher in einem Mitgliedstaat von einem Monopolisten kontrolliert wird, mit Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat im Wettbewerb stehen.⁴⁶⁶

237 ADLUNG schlussfolgert aus alledem, dass etwa auch schweizerische und deutsche Universitäten in gegenseitigem Wettbewerb stünden, da die jeweiligen Abschlüsse gegenseitig anerkannt werden und die Studierenden unter der Erbringungsmodalität 2 ihre bevorzugte Universität weitgehend frei wählen könnten.⁴⁶⁷ COTTIER *et al.* konkretisieren, dass bereits innerhalb des schweizerischen Hochschulsystems Wettbewerb im Sinne des GATS vorläge, da kein rechtliches Monopol in diesem Bereich vorliege, welches private Hochschulen ausschliessen würde.⁴⁶⁸ Ein solches Verständnis, gemäss welchem das bloss Vorhandensein von mehreren Anbietern mit einem Wettbewerbsverhältnis gleichgesetzt wird, hätte freilich zur Folge, dass die zweite Voraussetzung von Art. I:3(c) GATS nur begrenzt dazu geeignet wäre, Dienstleistungen *per se* vom Anwendungsbereich des GATS auszunehmen.

238 LEROUX wiederum verweist auf die Verwendung auf Art. VIII:2 GATS, der sich auf Situationen bezieht, in denen ein Dienstleistungserbringer mit Monopolstellung bei

⁴⁶⁰ Panel, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, 11. Juli 1996, Rz. 6.22 and 6.28.

⁴⁶¹ ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 77; SIMON, 85 f.

⁴⁶² ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 63.

⁴⁶³ ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 64; ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 79.

⁴⁶⁴ Vgl. dazu oben, Rz. 186.

⁴⁶⁵ SIMON, 86.

⁴⁶⁶ Panel, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, 11. Februar 2000, 417.

⁴⁶⁷ ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 64.

⁴⁶⁸ COTTIER/BREINING-KAUFMANN/KENNETT, 70.

der Erbringung einer Dienstleistung ausserhalb des Monopolbereichs im Wettbewerb auftritt («[w]here a Member's monopoly supplier competes, [...]»). Gemäss GATS muss der Mitgliedstaat, in welchem der Monopolanbieter ansässig ist, sicherstellen, dass dessen Monopolstellung nicht missbraucht wird. Dies weise darauf hin, dass die Vertragsparteien davon ausgegangen seien, dass öffentliche mit privaten Unternehmen in Wettbewerb treten können.⁴⁶⁹

d) *Zwischenfazit*

Die Auslegung des Vertragswortlauts hat einerseits ergeben, dass der Wortlaut der Bereichsausnahme für «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen» vornehmlich auf jene Dienstleistungen abzielt, denen ein einseitig anordnendes, zwingendes Handeln, an welchem der Staat beteiligt ist oder das sich zumindest aus dem staatlichen Gewaltmonopol ableitet, zugrunde liegt. 239

Die in Art. I:3(c) GATS enthaltenen Legaldefinitionen dienen der Konkretisierung von Art. I:3(b) GATS. Eine Dienstleistung wird grundsätzlich dann nicht «zu gewerblichen Zwecken» angeboten, wenn mit der Leistungserbringung keine Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist. «Im Wettbewerb» wird eine Dienstleistung dann erbracht, wenn sich mindestens zwei Dienstleistungserbringer auf einem relevanten Markt aus objektiver Perspektive konkurrenzieren. 240

Anzumerken bleibt, dass der Wortlaut der Legaldefinition in Art. 1:3(c) GATS gewisse Ähnlichkeiten zur im ersten Teil dieser Arbeit thematisierten Legaldefinition der «hoheitlichen Tätigkeit» im Bereich des schweizerischen Mehrwertsteuerrechts (Art. 3 lit. g MWSTG) aufweist. Dort wurde konkludiert, dass wo zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger ein Subordinationsverhältnis besteht, *per se* kein Markt bestehen kann.⁴⁷⁰ Freilich ist ein Analogieschluss sehr weit hergeholt. Dennoch gilt auch im Bereich der vom GATS regulierten internationalen Dienstleistungserbringung, dass in einem Subordinationsverhältnis erbrachte Dienstleistungen *per se* nicht mit Gewinnerzielungsabsicht und auch nicht in Konkurrenz zu anderen Anbietern erbracht werden. 241

4. *Systematik*

Die Bedeutung von Art. I:3 GATS ist sodann im systematischen Zusammenhang mit den Anhängen des Abkommens und den spezifischen Verpflichtungslisten der Mitgliedstaaten zu analysieren (vgl. Art. 31 Abs. 1 und 2 WVK). 242

a) *Anhänge des GATS*

Der (erste) Anhang über Finanzdienstleistungen enthält in Art. 1(b) eine weitere Legaldefinition der Formulierung «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienst- 243

⁴⁶⁹ LEROUX, 363.

⁴⁷⁰ Vgl. oben, Rz. 72.

leistung». Die Definition weicht von jener gemäss Art. I(c) GATS ab.⁴⁷¹ Im Finanzdienstleistungssektor umfasst die Bereichsausnahme demgemäss im Sinne eines Negativkatalogs:

- (i) Tätigkeiten einer Zentralbank oder einer Währungsbehörde oder einer sonstigen öffentlichen Stelle im Rahmen der Geld- oder Währungspolitik;
- (ii) Tätigkeiten im Rahmen eines gesetzlichen Systems der sozialen Sicherheit oder einer staatlichen Alterssicherung; sowie
- (iii) sonstige Tätigkeiten, die eine öffentliche Stelle auf staatliche Rechnung, mit staatlicher Garantie oder unter Verwendung staatlicher Finanzmittel ausübt.

244 Diese Auflistung betont einerseits den Dienstleistungserbringer (Zentralbanken, Währungsbehörde oder andere staatliche Stelle) und andererseits die Natur der Leistung (Sozialdienstleistungen). Massgebliches Abgrenzungskriterium bleibt aber das Nichtvorhandensein von Wettbewerb:⁴⁷² Tätigkeiten der Nationalbanken werden gemäss der Legaldefinition *per se* in einem nicht-kompetitiven Umfeld erbracht.⁴⁷³ Tätigkeiten gemäss Art. I(b)(ii) und (iii) Anhang zu Finanzdienstleistungen können dagegen zwar grundsätzlich im Wettbewerb erbracht werden, bleiben diesfalls aber gemäss Art. I(c) Anhang zu Finanzdienstleistungen vom Anwendungsbereich des GATS erfasst.⁴⁷⁴ Nicht entscheidend ist im Bereich der Finanzdienstleistungen offenbar, ob die Dienstleistung zu gewerblichen Zwecken erbracht wird.⁴⁷⁵

245 Erwähnenswert ist sodann auch die Legaldefinition zur «öffentlichen Stelle» («*public entity*») in Art. 5 lit. c (i) und (ii) Anhang zu Finanzdienstleistungen: Diese wird definiert als

- (i) «eine Regierung, eine Zentralbank oder eine Währungsbehörde eines Mitglieds oder eine im Eigentum eines Mitglieds stehende oder von ihm beherrschte Stelle, die hauptsächlich mit der Ausübung hoheitlicher Aufgaben und von Tätigkeiten für hoheitliche Zwecke befasst ist, nicht jedoch eine Stelle, die hauptsächlich mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen zu gewerblichen Bedingungen befasst ist», oder aber als
- (ii) «eine private Stelle, die Aufgaben wahrnimmt, die normalerweise von einer Zentralbank oder Währungsbehörde wahrgenommen werden, solange sie solche Aufgaben ausübt».

246 Diese Bestimmung lässt damit kaum Raum für eine Funktionsübertragung auf private Anbieter.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 68; SIMON, 88 f.

⁴⁷² ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 67; SIMON, 89.

⁴⁷³ ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 68.

⁴⁷⁴ KRAJEWSKI, National Regulation, 72 f.; ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 68.

⁴⁷⁵ ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 67.

⁴⁷⁶ ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 68; VANDUZER, Health, 402 ff.; SIMON, 89.

Keine weitere Konkretisierung erfährt die Bereichsausnahme dagegen in den Anhängen zu Luftverkehrsdienstleistungen und zu Seeverkehrsdienstleistungen. Dies lässt den Schluss zu, dass Luft- und Seeverkehrsdienstleistungen generell nicht unter die Bereichsausnahme fallen, da sie andernfalls nicht in einem gesonderten Anhang des GATS hätten ausgenommen werden müssen.⁴⁷⁷ 247

Der Anhang über Telekommunikation enthält in Art. 5(e)(i) einen Hinweis auf Grundversorgungsdienstleistungen. Diese explizite Verankerung wird von einigen Autoren als Indiz wahrgenommen, dass die Vertragsparteien nicht davon ausgegangen seien, dass Grundversorgungsdienstleistungen generell von der Bereichsausnahme gemäss Art. I:3(b) GATS erfasst seien.⁴⁷⁸ 248

b) Spezifische Verpflichtungslisten

Die Listen der spezifischen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten bilden wie gesehen⁴⁷⁹ 249 einen wesentlichen Bestandteil des Dienstleistungsübereinkommens.

Soweit ersichtlich hat bislang weiterhin nur Bulgarien die Formulierung «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen» in die eigene Verpflichtungsliste übernommen.⁴⁸⁰ Sie findet sich im Abschnitt zu Umweltdienstleistungen, in welchem Bulgarien feststellt: «*The commitments do not include environmental services supplied in the exercise of governmental authority*».⁴⁸¹ Die entsprechende Fussnote hält bezüglich der Natur solcher Dienstleistungen erläuternd fest, dass darunter «*regulatory, administrative and control services by government and municipal bodies related to environmental issues*» zu fassen seien. 250

In anderen Verpflichtungslisten finden sich lediglich Hinweise auf verwandte Begriffe: So verwenden zwei Mitgliedstaaten den Begriff «*public services*» in ihren Verpflichtungslisten.⁴⁸² Die Mitgliedstaaten der EU (damals noch EG) haben auf horizontaler Ebene ihrer Verpflichtungsliste eine relativ weitreichende Ausnahmeregelung für «öffentliche Aufgaben» («*public utilities*») implementiert. Demnach hielten sich die EU-Mitgliedstaaten das Recht vor, den Marktzugang im Bereich öffentlicher Aufgaben via staatliche Monopole oder ausschliesslicher Rechte privater Betreiber ein- 251

⁴⁷⁷ SIMON, 90.

⁴⁷⁸ KRAJEWSKI, Public services, 357; SIMON, 90; beide mit Verweis auf den Beschluss des Europäischen Rats 97/838/EG vom 27. November 1997 über die Genehmigung der Ergebnisse der WTO-Verhandlungen über Basistelekommunikationsdienste im Namen der Europäischen Gemeinschaft für die in ihre Zuständigkeit fallenden Bereiche, Abl. L 347 vom 18. Dezember 1997, 45.

⁴⁷⁹ Vgl. oben, Rz. 185 ff.

⁴⁸⁰ Vgl. KRAJEWSKI, Public services, 354; SIMON, 91.

⁴⁸¹ Bulgaria, Specific Commitments, 21.

⁴⁸² Dominican Republic, Specific Commitments, 3 (im Sinne einer horizontalen Beschränkung); Hongkong, Specific Commitments, 13 (Verwendung im Bereich der Verpflichtungsliste zur Telekommunikation).

zuschränken. Die Fussnote konkretisiert, dass öffentliche Aufgaben in der EU z.B. in Dienstleistungssektoren der wissenschaftlichen und technischen Beratungsdienstleistungen, Umweltdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen und Verkehrsdienstleistungen vorkommen. Das Recht auf Erbringung solcher Dienstleistungen werde häufig mittels Konzessionen auf privater Ebene gewährt. Eine sektorspezifische Auflistung sämtlicher öffentlicher Aufgaben sei jedoch nicht möglich.⁴⁸³ Die EU behält sich damit vor, eigenständig zu bestimmen, was unter öffentlichen Aufgaben zu verstehen ist, welche nicht unter die Verpflichtungen des GATS fallen sollen.⁴⁸⁴ Die Verpflichtungslisten der Schweiz sehen keine vergleichbaren Einschränkungen und Vorbehalte vor.⁴⁸⁵

- 252 Letztlich können die Beschränkungen in den spezifischen Verpflichtungslisten lediglich Hinweise auf die Auffassung des jeweiligen WTO-Mitglieds über die Bedeutung der Bereichsausnahme geben. Gerade auch mit Blick auf die Art. 31 Abs. 2 WVK ist fraglich, ob sie überhaupt zur (systematischen) Vertragsauslegung herangezogen werden können, handelt es sich doch weder um eine «sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde», noch um eine «Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde». Unbesehen davon scheinen die wenigen Referenzen in den jeweiligen Verpflichtungslisten darauf hinzudeuten, dass die Mitgliedstaaten eher von einer engen Auslegung von Art. I:3(b) GATS ausgehen.⁴⁸⁶

c) Zwischenfazit

- 253 In den Anhängen des GATS finden sich diverse Hinweise auf Konkretisierungen der Bereichsausnahme, die jedoch bloss für einzelne Sektoren Geltung beanspruchen. Nur die wenigsten spezifischen Verpflichtungslisten der Mitgliedstaaten thematisieren explizit die Bereichsausnahme für in hoheitlicher Gewalt erbrachte Tätigkeiten bzw. die verwandten Begriffe ausdrücklich. Die wenigen Erwähnungen deuten jedoch tendenziell auf ein enges Begriffsverständnis der Mitgliedstaaten hin.

5. Teleologie

- 254 Gegenstand der teleologischen Auslegung ist die Untersuchung der Bedeutung einer Vertragsnorm aus dem mit dieser Norm und dem gesamten Vertrag verfolgten Ziel und Zweck. Zur Ermittlung von Ziel und Zweck eines völkerrechtlichen Vertrages ist in erster Linie auf den Vertragstext selbst abzustellen. Dazu gehören insbesondere

⁴⁸³ EC, Specific Commitments, 2.

⁴⁸⁴ SIMON, 92.

⁴⁸⁵ Switzerland, Specific Commitments.

⁴⁸⁶ KRAJEWSKI, Public services, 355; SIMON, 92.

auch die Präambel, allfällige Zweckartikel und der Wortlaut der auszulegenden Einzelvorschrift.⁴⁸⁷

Insbesondere aus dem dritten und vierten Erwägungsgrund der Präambel des GATS 255 lassen sich Rückschlüsse auf Ziel und Zweck des Abkommens ziehen:⁴⁸⁸

«In dem Wunsch, so bald wie möglich einen stetig zunehmenden Grad der Liberalisierung des Dienstleistungshandels durch aufeinanderfolgende Runden multilateraler Verhandlungen zu erreichen mit dem Ziel, die Interessen aller Beteiligten auf der Grundlage des gemeinsamen Nutzens zu fördern und ein insgesamt ausgeglichenes Verhältnis von Rechten und Pflichten unter angemessener Berücksichtigung der nationalen politischen Zielsetzungen zu gewährleisten;

in Anerkennung des Rechts der Mitglieder, zur Erreichung ihrer nationalen politischen Ziele die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen, sowie des besonderen Bedürfnisses der Entwicklungsländer, wegen der Unausgewogenheit des Entwicklungsstandes der Vorschriften im Dienstleistungsbereich zwischen verschiedenen Staaten dieses Recht auszuüben»

Dieser Formulierung lässt sich eine doppelte Zielsetzung des GATS entnehmen: Einerseits wollen die Mitgliedstaaten «einen stetig zunehmenden Grad der Liberalisierung des Dienstleistungshandels» erreichen; andererseits soll die Regelungshoheit der Mitgliedstaaten erhalten bleiben.⁴⁸⁹ Diese Dichotomie widerspiegeln auch die «Leitlinien für das Aushandeln weiterer spezifischer Verpflichtungen»⁴⁹⁰, welche von den Mitgliedstaaten im März 2001 unterzeichnet wurden: 256

«Pursuant to the objectives of GATS, as stipulated in the Preamble and Article VI, and as required by Article XIX, the negotiations shall be conducted on the basis of progressive liberalisation as a means of promoting the economic growth of all trading partners and the development of developing countries, and recognizing the right of Members to regulate and to introduce new regulations, on the supply of services. [...]

The process of liberalisation shall take place with due respect for national policy objectives, the level of development and the size of economies of individual Members.»⁴⁹¹

Es stellt sich mithin die Frage, welcher dieser zwei sich widersprechenden Zielbestimmungen das grössere Gewicht zukommen soll. Aus politischer Sicht scheint der Akzent auf der stetig zunehmenden Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen zu liegen, gerade auch weil die diesbezüglich hohen Erwartungen an das GATS noch 257

⁴⁸⁷ IPSSEN/HEINTZE, 472 ff.; RIESENHUBER, Rz. 41 ff.; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, 30 ff.

⁴⁸⁸ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 176 f.

⁴⁸⁹ SIMON, 93; FALKE, 58.

⁴⁹⁰ WTO, Guidelines.

⁴⁹¹ WTO, Guidelines, Rz. 1 und 3.

nicht erreicht werden konnten.⁴⁹² Aus objektiver, rein rechtlicher Perspektive ist weder eine Priorisierung des Liberalisierungszwecks noch der Beibehaltung der Regelungshoheit zu rechtfertigen. Vielmehr scheinen diese gleichberechtigt zu sein. SIMON argumentiert, dass dies eine Auslegung der «Legaldefinition» in Art. I:3(c) GATS erforderlich machen könnte, der eine etwas engere Bedeutung zukommen müsste als jene, welche sich aus einer reinen Wortlautauslegung ergäbe.⁴⁹³

6. Nachvertragliches Parteiverhalten

- 258 Nach Art. 31 Abs. 3 WVK ist auch die nachfolgende Übung der Parteien bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, und jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz zu berücksichtigen. Relevant ist das aktive Verhalten der Parteien – also das Handeln oder Reden –, nicht aber das lediglich unqualifizierte Schweigen einer Vertragspartei in Bezug auf einen völkerrechtlichen Vertrag nach dessen Abschluss.⁴⁹⁴
- 259 Der *Appellate Body* setzte dem Auslegungselement der späteren Praxis der Parteien seit jeher enge Grenzen.⁴⁹⁵ Ganz unbesehen davon haben die WTO-Streitbeilegungsorgane – wie bereits erwähnt⁴⁹⁶ – bislang noch keine Gelegenheit gehabt, die Hoheitlichkeitsklauseln in Art. I:3(b) und c GATS auszulegen. Der *Appellate Body* versuchte nur, aber immerhin, im Fall *Bananas* den Anwendungsbereich des GATS einzugrenzen. Ohne direkten Bezug auf Art. I:3 GATS zu nehmen, konkludierte der *Appellate Body*, dass es im GATS keine Hinweise auf einen limitierten Anwendungsbereich desselben gäbe.⁴⁹⁷
- 260 In die Auslegung nach Art. 31 Abs. 3 WVK kann auch die Übung von Organen internationaler Organisationen miteinfließen. Allerdings haben weder die Ministerkonferenz, noch der allgemeine Rat, noch der Rat für den Handel mit Dienstleistungen, noch ein sonstiger Ausschuss bislang eine interpretierende Stellungnahme zur Bereichsausnahme gemäss Art. I:3 GATS zu erkennen gegeben. Nicht als spätere Übung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 WVK können dagegen die bereits dargestellten Äusserungen des Sekretariats der WTO⁴⁹⁸ gelten, da dieses kein Organ der WTO ist.⁴⁹⁹

⁴⁹² SIMON, 94; FALKE, 58; vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 294; vgl. oben. Rz. 184.

⁴⁹³ SIMON, 94.

⁴⁹⁴ IPSEN/HEINTZE, 472 ff.; vgl. m.w.H. zur Methode GEORG NOLTE (Hrsg.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford 2013.

⁴⁹⁵ SCHOLLENDORF, 330; SIMON, 94, mit Verweis auf Appellate Body, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AD/R; WT/DS11/AB/R, 4. Oktober 1996.

⁴⁹⁶ Vgl. oben, Rz. 208 ff.

⁴⁹⁷ Appellate Body, *European Communities – Regime for the importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, 9. September 1997, Rz. 220; vgl. bereits oben, Rz. 209.

⁴⁹⁸ Vgl. oben, Rz. 193 ff.

⁴⁹⁹ KRAJEWSKI, Scope, 15; SIMON, 95.

7. *Travaux préparatoires*

Der historischen Auslegungsmethode soll im Auslegungsprozess im Anwendungsbereich der WVK nur eine ergänzende Rolle zukommen (Art. 32 WVK). Sie ist dann heranzuziehen, wenn die Bedeutung des Auslegungsgegenstandes unter Anwendung der übrigen, primären Auslegungsmethoden unscharf und mehrdeutig geblieben ist. Insbesondere sind in solchen Fällen die «*travaux préparatoires*», also die dem Vertragsschluss vorgehenden Arbeiten und Materialien heranzuziehen.⁵⁰⁰ 261

Die Bereichsausnahme für Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden, findet ihren historischen Ursprung wohl in einem Communiqué der EG vom 18. Juni 1990.⁵⁰¹ Der darin enthaltene Vertragsentwurf sieht in Art. I Ziff. 3 folgende, mit der heutigen Bereichsausnahme in Art. I:3(b) GATS eindeutig verwandte Formulierung vor: «*The provisions of this Agreement shall not apply to an activity whenever it consists of the exercise of official authority*». 262

Im von der *Group of Negotiations on Services* (GNS) am 23. Juli 1990 vorgelegten Vertragstext war die Bereichsausnahme jedoch wieder gestrichen worden; das Abkommen sollte demgemäss den Dienstleistungshandel in sämtlichen Sektoren abdecken.⁵⁰² Der Vertreter der EG betonte in der Folge im Rahmen eines Treffens der *Working Group on Professional Services*, dass das GATS nicht auf Tätigkeiten in Ausübung der Staatsgewalt anwendbar sein solle.⁵⁰³ Im Vertragsentwurfstext der GNS vom 3. Dezember 1990 wurde das Votum der EG erstmals berücksichtigt. Reflektiert wurde es in der Definition der «Dienstleistungen» gemäss Art. I:3(b) des Vertragsentwurfs: «*'services' includes any service in any sector [except services supplied in the exercise of governmental functions]*». ⁵⁰⁴ 263

Einige Vertreter der GNS wiesen im Rahmen eines Treffens im Mai 1991 darauf hin, dass bezüglich der gewählten Formulierung weiterer Klärungsbedarf bestehe.⁵⁰⁵ Auch in der Zusammenkunft vom 15. Juli 1991 diskutierten die Delegationen über den Anwendungsbereich des Abkommens. Debattiert wurde unter anderem darüber, ob auch staatliche Tätigkeiten auf sub-nationaler Ebene unter die Bereichsausnahme fallen würden, und ob allenfalls die Implementierung einer Bereichsausnahme für «*public functions*» zielführender wäre als die bisherige Formulierung «*governmental functions*». ⁵⁰⁶ 264

⁵⁰⁰ Zum Ganzen und m.w.H. KRAJEWSKI, *Public services*, 357 f.; KRAJEWSKI, *Scope*, 16 f.; LEROUX, 355 f.; SIMON, 96.

⁵⁰¹ GNS, *Proposal EC*; vgl. MARCHETTI/MAVROIDIS, *Genesis*, 45.

⁵⁰² GNS, *Introductory Note*, Article I(3).

⁵⁰³ GNS, *Professional Services*.

⁵⁰⁴ TNC, *Draft Final Act*, Annex II, Article 1(3), 333.

⁵⁰⁵ GNS, *Note Secretariat*, 27. Mai 1991, Rz. 66.

⁵⁰⁶ GNS, *Note Secretariat*, 15. Juli 1991, Rz. 8.

Das Sekretariat fasste den Stand der Diskussionen im Oktober 1991 wie folgt zusammen (Hervorhebung hinzugefügt):

«The term «service» is not directly defined in the GATS, reflecting the lack of a generally-accepted economic definition. The term is however defined to include all service sectors, with the possible exception, not yet agreed, of government functions.»⁵⁰⁷

- 265 In weiteren Entwurfsfassungen blieb der Wortlaut von Art. I:3(b) GATS weitgehend unverändert.⁵⁰⁸
- 266 Die Aufzeichnungen der WTO lassen keine weitere Diskussion über die Bedeutung der Formulierung «Ausübung hoheitlicher Gewalt» erkennen. Die Tatsache, dass (auch) die Parteien zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens im Unklaren über den genauen Geltungsbereich des Abkommens waren, geht aus einer Erklärung des Vorsitzenden der GNS vom 10. Dezember 1993 hervor. Darin betont der Vorsitzende, dass bis zur weiteren Klärung von Fragen im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich des Abkommens davon ausgegangen werde, dass die Teilnehmer davon absehen, in diesem Bereich auftretende Fragen dem Streitbeilegungsgremium zuzuführen. Allfällige Unstimmigkeiten sollten durch bilaterale Konsultationen gelöst werden.⁵⁰⁹
- 267 Nichtsdestotrotz sind abschliessend nochmals die – zumindest in Bezug auf die Entstehungsgeschichte – durchaus vorhandenen, bemerkenswerten Parallelen zu den Bereichsausnahmen des Unionsrechts hervorzuheben. Die Praxis des EuGH dazu mag zwar grundsätzlich in Bezug auf die Bereichsausnahme des GATS ohne Einfluss sein, dennoch scheinen die Vertreter der damaligen EG zumindest die geistigen Erfinder der Bereichsausnahme zu sein.

8. Weitere Auslegungsprinzipien

- 268 Neben den erörterten Auslegungsmethoden der WVK werden in der Lehre auch eine Reihe weiterer Erkenntnisquellen und Auslegungsprinzipien propagiert, die einen Beitrag zur Ermittlung der Bedeutung völkerrechtlicher Verträge leisten können. Hierzu zählen das Effektivitätsprinzip und das Prinzip der restriktiven Vertragsauslegung.⁵¹⁰
- 269 In Bezug auf die Auslegung der WTO-Abkommen wird einerseits die Auffassung vertreten, diejenigen Vertragsnormen, aus denen sich Verpflichtungen für eine Vertragspartei ergeben, seien im Zweifel eng auszulegen (*in dubio mitius*).⁵¹¹ Begründet wird dies insbesondere damit, dass das Grundprinzip der Souveränität der Mitgliedstaaten

⁵⁰⁷ GNS, Definitions, Rz. 8.

⁵⁰⁸ LEROUX, 357; SIMON, 97.

⁵⁰⁹ GNS, Chairman's Statment, Rz. 4.

⁵¹⁰ SCHOLLENDORF, 68; SIMON, 98 f.

⁵¹¹ SCHOLLENDORF, 68.

gebiete, diejenige Auslegung zu wählen, welche die Souveränität der Mitgliedstaaten am wenigsten belaste. Dies sei im Normalfall jene Auslegungsvariante, die den Vertragsparteien die geringste Verpflichtung auferlege.⁵¹² Der *Appellate Body* deutete in der Entscheidung *Hormones* an, dass das Prinzip bei der Auslegung der WTO-Verträge eine Rolle spielen kann, ohne aber in genereller Weise festzulegen, ob es immer zu berücksichtigen sei.⁵¹³

Das Effektivitätsprinzip besagt dagegen, dass eine Vorschrift in jener Weise auszulegen ist, die die Erreichung ihrer Ziele und Zwecke in möglichst effektiver Weise ermöglicht. Der *Appellate Body* berücksichtigt das Effektivitätsprinzip in seiner Rechtsprechung regelmässig. Ein Verstoß dagegen liege vor, wenn eine Vorschrift durch die Auslegung geradezu zur Bedeutungslosigkeit reduziert zu werden droht oder überflüssig wird.⁵¹⁴ 270

Im Kontext der Auslegung der Bereichsausnahme gemäss Art. I:3(b) und (c) GATS 271 erscheint die Auslegung anhand dieser beiden zusätzlichen Prinzipien allerdings nicht zielführend, da sie zu widersprüchlichen Ergebnissen führen würde: Ein enges Verständnis von Art. I:3(b) GATS würde ein weites Verständnis von Art. I:3(c) GATS bedeuten und umgekehrt. Wendet man die Auslegungsprinzipien hingegen auf Art. I:3 (b) und (c) GATS im Sinne einer zusammenhängenden Bestimmung an, resultierte aus einer weiten Auslegung eine Stärkung der Regelungshoheit der Mitgliedstaaten. Bei einer engen Auslegung stünde dagegen das Ziel des stetig wachsenden Grads der Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen im Vordergrund. Beide Resultate stehen im Einklang mit der Präambel des Abkommens.⁵¹⁵

9. Ergebnis

Der vorstehende, in Nachachtung der Grundsätze der WVK vollzogene Auslegungsversuch der GATS-Bereichsausnahme für Dienstleistungen, die «in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden» erhellt, dass die Bereichsausnahme in Art. I:3(b) GATS tendenziell eng auszulegen ist,⁵¹⁶ zumal die WTO-Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich des GATS bewusst sehr weit gefasst haben.⁵¹⁷ Eine solch enge Aus- 272

⁵¹² SIMON, 98.

⁵¹³ Appellate Body, *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16. Januar 1998, Rz. 165; vgl. dazu KRAJEWSKI, National Regulation, 165.

⁵¹⁴ Appellate Body, *United States – Standards for reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AD/R, 20. Mai 1996, 22 f.; vgl. dazu SIMON, 98.

⁵¹⁵ Vgl. SIMON, 98 f.; vgl. dazu oben, Rz. 176 f.

⁵¹⁶ Vgl. ADLUNG, Öffentliche Dienstleistungen, 65; KRAJEWSKI, Public services, 358 f.; KALLFASS, 59 f.; LEROUX, 385; SIMON, 99 f.; ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 83.

⁵¹⁷ ZACHARIAS, GATS Commentary, Art. I N 83.

legung der Bereichsausnahme entspricht denn auch dem Verständnis des *Appellate Body*.⁵¹⁸

- 273 Mit Blick auf die Legaldefinition in Art. I:3(c) GATS führt jede Dienstleistungserbringung gegen Entgelt («kommerziell» oder «gewerblich») beziehungsweise durch mehr als nur einen Erbringer («im Wettbewerb») dazu, dass sie nicht von der Ausnahme des Art. I:3(b) GATS erfasst ist.⁵¹⁹ Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des GATS charakterisiert sich sodann – wenig überraschend⁵²⁰ – grundsätzlich durch einseitig anordnendes, zwingendes Handeln, das sich aus dem Kern des staatlichen Gewaltmonopols ableitet. Vom GATS ausgenommene «hoheitliche» Dienstleistungen sind üblicherweise durch ein Subordinationsverhältnis geprägt, auf welches ganz typischerweise öffentliches Recht angewendet wird.
- 274 Ein weiterer Anwendungsbereich des GATS scheint tendenziell weniger problematisch, als es die teilweise vorgebrachte Kritik nahelegen könnte. Die Mitgliedstaaten sind in sensiblen Sektoren zumindest gegen ihren Willen so gut wie keinen Bindungen unterworfen. Die Auswirkungen der in jedem Fall greifenden Meistbegünstigung und Transparenzregeln auf die Regelungsautonomie dürften eher gering sein.⁵²¹ Dies gilt umso mehr, als sich die Verpflichtungen unter dem GATS mangels unmittelbarer Anwendbarkeit nicht direkt gerichtlich durchsetzen lassen.⁵²²

C. Fazit und Zusammenfassung

- 275 Im Rahmen des multilateralen WTO-Übereinkommens gewährleistet das GATS gewisse Freizügigkeitsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten – allerdings in weit geringerem Mass als auf anderen Ebenen des Freizügigkeitsrechts.
- 276 Dem Hoheitlichkeitsbegriff kommt im Bereich dieses multilateralen Freizügigkeitsrechts eine entscheidende Bedeutung zu: In Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen fallen nicht in den Geltungsbereich des GATS. Das dieser Bereichsausnahme gemäss Art. I:3(b) GATS zugrundeliegende Verständnis, wann eine Dienstleistung hoheitlich erbracht wird oder eben nicht, leitet sich vornehmlich aus der Legaldefinition gemäss Art. I:3(c) GATS ab. Demnach führt das Vorliegen eines der beiden Merkmale «kommerziell» oder «im Wettbewerb» dazu, dass der Handel

⁵¹⁸ Appellate Body, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, 9. September 1997, Rz. 220.

⁵¹⁹ SIMON, 99; a.M. ADLUNG, *Öffentliche Dienstleistungen*, 65.

⁵²⁰ Vgl. nämlich bereits oben, Rz. 101 ff.

⁵²¹ KRAJEWSKI, *National Regulation*, 126; KALLFASS, 59 f.

⁵²² DIEBOLD/OESCH, 1529 f.; DIEBOLD, *Freizügigkeit*, Rz. 294; vgl. oben, Rz. 172 ff.

mit den betroffenen Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des GATS erfasst ist.⁵²³ Eine Dienstleistung wird prinzipiell dann nicht zu gewerblichen Zwecken bzw. «kommerziell» angeboten, wenn mit der Leistungserbringung keine Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist. «Im Wettbewerb» wird eine Dienstleistung dann erbracht, wenn sich mindestens zwei Dienstleistungserbringer auf einem relevanten Markt aus objektiver Perspektive konkurrenzieren.

Dem Hoheitlichkeitsbegriff kommt im Anwendungsbereich des GATS aber auch ein eigenständiger Gehalt zu. Er charakterisiert sich als einseitig anordnendes, zwingendes Handeln, das sich aus dem staatlichen Gewaltmonopol ableitet. Hoheitlichen Dienstleistungen ist dabei üblicherweise ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Dienstleistungsempfänger inhärent, auf welches im Normalfall öffentliches Recht anwendbar ist. Ist ein solches Subordinationsverhältnis gegeben, besteht kein Markt und werden damit im Normalfall auch keine gewerblichen Zwecke verfolgt bzw. besteht keine Konkurrenzsituation. 277

Die Bereichsausnahme des GATS ist dementsprechend eng zu verstehen. Trotz potentiell umfassenden Anwendungsbereichs bleibt das GATS aber ein Rechtsrahmen für darauf basierende Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Vor diesem Hintergrund führt ein weiter Anwendungsbereich des GATS nicht zwingend dazu, dass es zu einem automatischen Liberalisierungsdruck im Dunstkreis staatlicher Dienstleistungserbringung – bspw. im vieldiskutierten Bereich des *Service public* – kommt.⁵²⁴ Die Mitgliedstaaten der WTO können durch die Ausgestaltung ihrer nationalen Rechtssysteme entscheidenden Einfluss auf die Anwendbarkeit des GATS nehmen. Wenn sie es zulassen, dass eine Dienstleistung zu gewerblichen Zwecken oder im Wettbewerb angeboten wird, ist davon auszugehen, dass sie selbst die Tätigkeit nicht als «hoheitlich» einschätzen. Eine individuelle Ausklammerung von Dienstleistungen des *Service public* aus dem Anwendungsbereich des GATS bleibt daher möglich.⁵²⁵ 278

Unabhängig davon ist der Hoheitlichkeitsbegriff, der Art. 1:3(b) GATS zugrundliegt, praktisch deckungsgleich mit der in Teil 1 der vorliegenden Arbeit erarbeiteten Definition.⁵²⁶ Die Bereichsausnahme des GATS wird ferner nicht direkt von der Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs auf anderen Ebenen des Freizügigkeitsrechts beeinflusst. Obgleich der historische Ursprung der Bereichsausnahme auf Vorschläge der Vertreter der Vorgängerorganisation der EU zurückzuführen ist,⁵²⁷ sprechen der unterschied- 279

⁵²³ LEROUX, 385; SIMON, 101.

⁵²⁴ Vgl. SIMON, 101 f.

⁵²⁵ Vgl. SIMON, 100.

⁵²⁶ Vgl. oben, Rz. 101 ff.

⁵²⁷ Vgl. oben, Rz. 262 ff.

liche Abkommenswortlaut und die spezifischen Negativkriterien in Art. I:3(c) GATS gegen eine Bezugnahme auf die Bereichsausnahmen im Unionsrecht. Der Begriff zeitigt hingegen gewisse Reflexwirkungen auf bilaterale Freihandelsabkommen der Schweiz, die auf der Grundlage des GATS spezifische Prinzipien der Dienstleistungsfreiheit im bilateralen Verhältnis verankern.⁵²⁸

⁵²⁸ Vgl. unten, Rz. 629 ff.

Mit den soeben erwähnten Bereichsausnahmen im System des Freizügigkeitsrechts der EU und der Bedeutung, die dem Hoheitlichkeitsbegriff in diesem Kontext zukommt, beschäftigt sich der vorliegende § 6. 280

Auch aus schweizerischer Perspektive ist diese Ebene des Freizügigkeitsrechts von grosser Relevanz. Wengleich die Schweiz kein Mitgliedstaat der EU ist, wird das schweizerische Recht seit jeher durch das europäische Recht beeinflusst, teils sogar ohne dass staatsvertragliche Verpflichtungen direkte Rezeptionen oder Anpassungen bewirken.⁵²⁹ Diesem Prinzip kommt im Bereich des Freizügigkeitsrechts eine besondere Bedeutung zu. Insbesondere ist das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU unmittelbar dem System des europäischen Freizügigkeitsrechts nachgebaut. Das Freizügigkeitsrecht der EU färbt dadurch in mannigfaltiger Hinsicht auf die Interpretation der Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens ab.⁵³⁰ Diese Reflexwirkungen werden in § 7 und § 8 der vorliegenden Arbeit näher beleuchtet. In einem ersten Schritt ist jedoch in vorliegendem § 6 die Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs im rein unionalen Freizügigkeitsrecht zu untersuchen. 281

Diese Untersuchung ist gerade deshalb spannend, da die EU heute die weltweit bedeutendste supranationale Organisation darstellt. Ihre Mitgliedstaaten haben ihr diverse (Hoheits-)Rechte abgetreten und damit ihre eigene Souveränität in teilweise substantieller Hinsicht eingeschränkt.⁵³¹ In diesem Kontext behandelt vorliegendes Kapitel vorgängig im Sinne eines Überblicks das Wesen der EU (A.) und beschäftigt sich mit den unionalen Auslegungsgrundsätzen (B.). Basierend auf den daraus gewonnenen Erkenntnissen wird ein Streiflicht auf die Entwicklung und die geltenden Grundlagen des europäischen Freizügigkeitsrechts geworfen (C.). Der Fokus von § 6 liegt wie- 282

⁵²⁹ OESCH, Europarecht, Rz. 937.

⁵³⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 216.

⁵³¹ BIEBER/EPINEY/HAAAG/KOTZUR, § 2 N 80 ff.

derum auf den «Hoheitlichkeitsklauseln», also den Bereichsausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten» im europäischen Freizügigkeitsrecht (D.).

A. Wesen der EU

I. Struktur

- 283 Mit dem 2009 geschlossenen Vertrag von Lissabon wurde die Struktur der EU grundlegend überholt. Insbesondere wurde das zuvor bestehende, etwas unübersichtliche Dreisäulenmodell⁵³² unter dem «Dach» der EU aufgegeben. Die EU besitzt neu Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV). Sie trat an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft (EG), deren Rechtsnachfolgerin sie ist (Art. 1 Abs. 3 AEUV).⁵³³ Die EU gründet auf dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; vgl. Art. 1 Abs. 3 EUV), der den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) ersetzte.
- 284 Der EUV regelt die Grundsätze der EU und deren Rahmen, insbesondere bezüglich ihrer Organe.⁵³⁴ Der AEUV dagegen koordiniert die Arbeitsweise der EU und legt die Bereiche, die Abgrenzung und die Einzelheiten der Ausübung ihrer Zuständigkeiten fest (Art. 1 Abs. 1 AEUV). Er enthält Vorgaben über die Nichtdiskriminierung, die Unionsbürgerschaft, die internen Politiken und Massnahmen der EU sowie die Verfahren vor den einzelnen Organen.
- 285 Im Zentrum des AEUV stehen die vier Grundfreiheiten zur Verwirklichung des Binnenmarktes (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV: «Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital [...] gewährleistet ist»). Im AEUV werden der EU unterschiedlich weitgehende Kompetenzen in den Bereichen Landwirtschaft und Fischerei, Wettbewerb und Steuerfragen, Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung, Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen, polizeiliche Zusammenarbeit, Verkehr, Wirtschafts- und Währungspolitik, Beschäftigung und Sozialpolitik, Kultur, Gesundheit, Verbraucher-

⁵³² Nach dem 1992 in Kraft getretenen Vertrag von Maastricht kam der EU keine eigene Rechtspersönlichkeit zu, sie war vielmehr eine Art Dachorganisation, die den institutionellen Rahmen für drei Teilbereiche, die sogenannten drei Säulen, bot. Dabei handelte es sich um die Europäischen Gemeinschaften, die Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik und die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres; vgl. dazu m.w.H. BREITENMOSER/WEYENETH, *Europarecht*, Rz. 9 ff. und insbesondere die Übersicht in Rz. 13; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 1 N 24 ff.

⁵³³ Zum Ganzen: BREITENMOSER/WEYENETH, *Rz.* 9 ff.; OESCH, *Europarecht*, Rz. 43 und 88 ff.

⁵³⁴ BREITENMOSER/WEYENETH, *Europarecht*, Rz. 80; OESCH, *Europarecht*, Rz. 89.

schutz, transeuropäische Netze, Forschung und Entwicklung, Umwelt, Energie, Tourismus und Katastrophenschutz zugewiesen.⁵³⁵

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh; vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV) 286 reflektiert sodann das gemeinsame Grundrechtsverständnis der EU-Mitgliedstaaten und trägt zur rechtsstaatlich-demokratischen Ausrichtung der EU bei.⁵³⁶

Der EUV, der AEUV und die GRCh bilden eine funktional aufeinander bezogene und 287 abgestimmte Einheit. Sie sind gleichrangig (Art. 1 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 1 EUV) und stellen zusammen mit den Protokollen und Anhängen (Art. 51 EUV), den Beitrittsverträgen, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Gewohnheitsrecht das unionale Primärrecht dar.⁵³⁷

Auf der Grundlage und nach Massgabe des Primärrechts können die Organe der EU 288 Sekundärrechtsakte erlassen (vgl. Art. 288 AEUV). Diese stehen in der Rangordnung der unionalen Rechtsquellen folglich unterhalb des primären Rechts. Das EuG und der EuGH überprüfen auf entsprechende Klagen und Vorabentscheidungsersuchen hin die Gültigkeit von sekundären Rechtsakten vor dem Hintergrund der primärrechtlichen Vorgaben. Sofern die Gerichte eine Unvereinbarkeit feststellen, erklären sie den betroffenen sekundärrechtlichen Rechtsakt als ungültig. Ein praktisch wichtiges Instrument zur Vermeidung von Kollisionen ist die primärrechtskonforme Auslegung von Sekundärrechtsakten.⁵³⁸

II. Rechtsnatur

Während die vertraglichen Grundlagen der EU formell völkerrechtliche Verträge dar- 289 stellen, ist die EU materiell eine supranationale Organisation.⁵³⁹ Die Mitgliedstaaten haben ihr wesentliche (Hoheits-)Rechte abgetreten und dadurch in teils erheblichem Masse ihre eigenen Souveränitätsrechte eingeschränkt.⁵⁴⁰

⁵³⁵ BREITENMOSER/WEYENETH, *Europarecht*, Rz. 80; OESCH, *Europarecht*, Rz. 90.

⁵³⁶ OESCH, *Europarecht*, Rz. 91 und Rz. 710 ff.; BREITENMOSER/WEYENETH, *Europarecht*, Rz. 1194 ff.

⁵³⁷ OESCH, *Europarecht*, Rz. 92 und Rz. 405 ff.; BREITENMOSER/WEYENETH, *Europarecht*, Rz. 238 ff.

⁵³⁸ OESCH, *Europarecht*, Rz. 417 ff. und Rz. 469; vgl. statt vieler EuGH, Rs. C-1/02, *Borgmann*, EU:C:2004:202, Rz. 30; Rs. C-12/11, *McDonagh/Ryanair*, EU:C:2013:43, Rz. 44.

⁵³⁹ OESCH, *Europarecht*, Rz. 95 f.

⁵⁴⁰ OESCH, *Europarecht*, Rz. 96; vgl. bereits EuGH, Rs. C-26/62, *van Gend en Loos*, EU:C:1963:1, 25, wonach «die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind.» Zur Übertragung von Souveränitätsrechten auf die EU als supranationale Organisation ausführlich SAND, 284 ff.; ŠKRBIĆ/FRNDIĆ IMAMOVIĆ, 310 ff.

- 290 Gerade auch in Bezug auf ihre besondere Konzentration und Intensität sind viele Wesenselemente der EU für eine internationale Organisation atypisch und erinnern schon fast an (Bundes-)Staatlichkeit. So sind die Kompetenzen der EU äusserst weitreichend und tangieren unterschiedlichste Bereiche:⁵⁴¹
- Unionale Rechtsakte werden oft per Mehrheitsentscheid der Mitgliedstaaten verabschiedet.
 - Unionale Rechtsakte verpflichten sowohl Mitgliedstaaten als auch Unionsbürger sowie Unternehmen direkt.
 - Die EU kennt ein systematisches Rechtsschutzsystem, mit welchem sich Handlungen der Organe der EU überprüfen lassen.
 - Die Unionsbürgerschaft⁵⁴² *per se* vermittelt Freizügigkeits- und Inländergleichbehandlungsrechte sowie bestimmte Wahlrechte.
 - Die EU finanziert sich aus eigenen Mitteln und verwaltet ein beachtliches Budget.
 - Die Mitgliedstaaten werden auf gemeinsame politische Grundwerte verpflichtet.
 - Jene 19 Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, haben der Union das Münzregal abgetreten.
 - Die EU schliesst mit anderen Völkerrechtssubjekten Verträge ab und nimmt auf dem internationalen Parkett eine wichtige Rolle ein.
- 291 Es liegt daher nicht fern, das unionale Primärrecht als Verfassungsrecht zu bezeichnen.⁵⁴³ Analog zur Funktion nationalstaatlicher Verfassungen dient das unionale Primärrecht nämlich dazu, auf europäischer Ebene Verantwortlichkeiten und Kompetenzen zu begründen und ihre Ausübung zu kontrollieren.⁵⁴⁴ Die EU stellt somit sowohl eine Rechts- als auch eine Wertegemeinschaft dar. Das unionale Primärrecht ist in gewissem Sinne Bestandteil eines europäischen «Verfassungsverbunds».⁵⁴⁵ Gemeinsam mit den nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten und anderen gesamteuropäisch wirkenden Institutionen (insbesondere der EMRK) bildet sie die normative Grundlage eines umfassenden Systems, in dem sich die verschiedenen Ebenen der Rechtssetzung und -anwendung ergänzen und über vertikale Gewaltenteilung kontrollieren.⁵⁴⁶ In der Lehre wird mitunter auch von kooperativer, gemeinsamer oder geteilter Souveränität gesprochen, um die Aufgabenteilung zwischen der nationalen, mitgliedstaatlichen

⁵⁴¹ OESCH, Europarecht, Rz. 96.

⁵⁴² Vgl. dazu m.w.H. BIEBER/EPINEY/HAAAG/KOTZUR, § 2 N 23 ff.

⁵⁴³ Vgl. jeweils m.w.H. BIEBER/EPINEY/HAAAG/KOTZUR, § 1 N 28 ff.; BOGDANDY, 27 ff.; BERGMANN, 197 ff. und 229 ff.; vgl. explizit auch EuGH, Rs. 294/83, *Les Verts*, EU:C:1986:166, Rz. 23 («Verfassungsurkunde der Gemeinschaft»); Gutachten EWR I, 1/91, EU:C:1991:490, Rz. 21 («Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft»); Gutachten EMRK II, 2/13, EU:C:2014:2454, Rz. 163 («Verfassungsurkunde der Union»).

⁵⁴⁴ EuGH, Rs. C-583/11 P, *Inuit*, EU:C:2013:625, Rz. 91; EuGH, Rs. C-619/18, *Kommission/Polen*, EU:C:2019:531, Rz. 46.

⁵⁴⁵ PERNICE, 262.

⁵⁴⁶ COTTIER/OESCH/MEIER, 12.

Ebene und der supranationalen Ebene der EU zum Ausdruck zu bringen.⁵⁴⁷ Auch der EuGH stellte fest, dass die EU-Mitgliedstaaten ihre Souveränität «in Bereichen von immer grösserem Umfang» zu Gunsten der EU eingeschränkt hätten. Die EU sei entsprechend «mit einer neuartigen Rechtsordnung von spezieller Natur, einem ihr eigenen verfassungsrechtlichen Rahmen und ihr eigenen Grundprinzipien, einer besonders ausgefeilten institutionellen Struktur sowie einem Gesamtbestand ihr Funktionieren gewährleistender Rechtsregeln ausgestattet».⁵⁴⁸

Demgegenüber hat sich die EU bislang nicht von ihren völkerrechtlichen Grundlagen gelöst und es fehlen ihr noch immer wesentliche Merkmale von Staatlichkeit.⁵⁴⁹ Die Mitgliedstaaten müssen Vertragsänderungen – mithin auch die Begründung neuer Kompetenzen – einstimmig beschliessen. Ihnen verbleibt die «Kompetenz-Kompetenz», sie sind gewissermassen noch immer die «Herren der Verträge».⁵⁵⁰ Zudem folgt die gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik der EU intergouvernementalen Formen der Zusammenarbeit. Die EU verfügt weder über eine supranationale Armee noch über ein unionales Polizeikorps. Die EU kann auch kein einheitliches Staatsvolk ihr Eigen nennen. Die Unionsbürgerschaft leitet sich letztlich aus den nationalen Bürgerrechten der Mitgliedstaaten ab und ergänzt diese lediglich, ohne sie zu ersetzen. Auch sieht Art. 50 EUV ein Austrittsrecht der Mitgliedstaaten vor, womit das Letztentscheidungsrecht der Mitgliedstaaten über ihr eigenes Schicksal betont und die grundsätzlich unbestimmte Vertragsdauer der EU relativiert wird.⁵⁵¹ 292

Insgesamt bleibt die EU wohl auf absehbare Zeit ein besonderer föderaler Verbund mit den ihn tragenden Mitgliedstaaten.⁵⁵² Sie verbindet typisch völkerrechtliche mit staatsähnlichen Elementen.⁵⁵³ Desintegrations- und Renationalisierungstendenzen,⁵⁵⁴ aber auch die exzeptionellen Herausforderungen, die sich durch die gegenwärtige COVID-19-Krise ergeben, verdeutlichen zudem, dass sich die EU auch weiterhin in einem stetigen Entwicklungsprozess, der sowohl integrative als auch desintegrative Elemente beinhaltet, befindet.⁵⁵⁵ 293

⁵⁴⁷ OESCH, Europarecht, Rz. 97; BREITENMOSER, Völkerrecht und Staatsrecht, 980 ff.; vgl. auch BERGMANN, 90 ff.

⁵⁴⁸ EuGH, Gutachten EMRK II, 2/13, EU:C:2014:2454, Rz. 157 f.; vgl. ähnlich bereits EuGH, Rs. 6/64, *Costa*, EU:C:1964:66, 1269.

⁵⁴⁹ OESCH, Europarecht, Rz. 100; BERGMANN, 258 ff.; COTTIER, Souveränität, 348 ff.; vgl. zu diesen Elementen bereits oben, Rz. 290.

⁵⁵⁰ OESCH, Europarecht, Rz. 100 m.w.H.; BERGMANN, 289 ff.

⁵⁵¹ OESCH, Europarecht, Rz. 100; BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Rz. 324 ff.; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 1 N 42.

⁵⁵² OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 4 Rz. 21 ff.; OESCH, Europarecht, Rz. 103.

⁵⁵³ OESCH, Europarecht, Rz. 103; BREITENMOSER, Völkerrecht und Staatsrecht, 980 ff. m.w.H.

⁵⁵⁴ EPPLER/SCHELLER, 11 ff.; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 1 N 44.

⁵⁵⁵ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 40 N 1 ff.

B. Auslegung des Unionsrechts

294 Die unionsrechtlichen Auslegungsregeln beruhen auf jenen Auslegungselementen, die auch in vielen nationalen Rechtsordnungen sowie – mit gewissen Abstrichen⁵⁵⁶ – im Völkerrecht allgemein anerkannt sind.⁵⁵⁷ Zum Kanon der traditionellen Auslegungselemente gehören demnach die grammatikalische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegungsmethode. Der EuGH reflektiert diesen Grundsatz in seinen Urteilen regelmässig mit folgendem Textbaustein:

«Nach ständiger Rechtsprechung sind insoweit Bedeutung und Tragweite von Begriffen, die das Unionsrecht nicht definiert, entsprechend ihrem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in dem sie verwendet werden, und der Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgt werden, zu bestimmen [...]»⁵⁵⁸

295 Daneben betont der Gerichtshof bereits seit langem die Autonomie des Unionsrechts, das eine eigenständige Rechtsordnung darstelle.⁵⁵⁹ Wie gesehen entspricht die EU gerade nicht einer herkömmlichen internationalen Organisation; ihr Recht ist mithin auch nicht ohne weiteres gestützt auf die völkerrechtlichen Auslegungsregeln der VWK auszulegen.⁵⁶⁰

296 Die konkrete Rangfolge und Gewichtung der genannten Auslegungskriterien folgt nämlich einer spezifisch unionsrechtlichen Weise.⁵⁶¹ Ausgangspunkt der Auslegung bleibt zwar auch im Unionsrecht der Wortlaut einer Norm.⁵⁶² Daneben kommt aber auch dem teleologischen Auslegungselement überragende Bedeutung zu, während die im Völkerrecht stark gewichtete, subjektiv-souveränitätsorientierte Lesart zurückgedrängt wird.⁵⁶³ Die Autonomie der unionalen Rechtsordnung bedingt ferner, dass Begriffe, denen im Völkerrecht oder in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine spezifische Bedeutung zukommt, im Unionsrecht einen davon abweichenden unionspezifischen Gehalt annehmen können.⁵⁶⁴ Dies hat unter anderem auch damit zu tun, dass das Unionsrecht in zurzeit vierundzwanzig Sprachen, die allesamt gleichermassen verbindlich sind,⁵⁶⁵ abgefasst

⁵⁵⁶ Vgl. dazu oben, Rz. 213 f.

⁵⁵⁷ Vgl. statt vieler OESCH, Europarecht, Rz. 461; STREINZ, Europarecht, Rz. 632 f.

⁵⁵⁸ EuGH, Rs. C-12/11, *McDonagh/Ryanair*, EU:C:2013:43, Rz. 28.

⁵⁵⁹ So bereits EuGH, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, EU:C:1964:66, 1269, wobei die damalige Stellungnahme noch zum EWG-Recht erfolgte.

⁵⁶⁰ OESCH, Europarecht, Rz. 462; vgl. dazu m.w.H. oben, Rz. 213 ff.

⁵⁶¹ OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 9 Rz. 168; DEDERICHS, 20 ff.

⁵⁶² DEDERICHS, 64 ff.; vgl. statt vieler EuGH, Rs. 6/60, *Humblet*, EU:C:1960:48, 1194.

⁵⁶³ OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 9 Rz. 168 und Rz. 176 f.; OESCH, Europarecht, Rz. 463; DEDERICHS, 90 ff.

⁵⁶⁴ Vgl. statt vieler EuGH 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335, Rz. 19.

⁵⁶⁵ OESCH, Europarecht, Rz. 304 ff.

ist.⁵⁶⁶ Schliesslich ist jede Vorschrift des Unionsrechts systematisch im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts,⁵⁶⁷ seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.⁵⁶⁸

Nicht zuletzt kommt auch den Präjudizien des EuGH eine ausserordentlich wichtige Bedeutung zu.⁵⁶⁹ Der EuGH folgt seinen früheren Urteilen mehrheitlich in konsistenter Art und Weise und verfeinert diese eher punktuell.⁵⁷⁰ Anders als der im *common law* übliche Grundsatz der *stare decisis* sind die Gerichte der Mitgliedstaaten zwar nicht verpflichtet, Urteile des EuGH strikt zu befolgen. Es besteht aber immerhin eine qualifizierte Rechtfertigungspflicht für Abweichungen davon. Letztinstanzliche Gerichte der Mitgliedstaaten unterliegen einer Vorlagepflicht (Art. 267 AEUV).⁵⁷¹ Die daraus resultierende faktische Bindungswirkung von Präjudizien des EuGH trägt wesentlich zur Rechtssicherheit bei.⁵⁷² 297

In der Sprechpraxis des EuGH steht die teleologische Auslegungsmethode oft im Vordergrund.⁵⁷³ Damit will der Gerichtshof jenes Auslegungsergebnis erreichen, das den «Geist»⁵⁷⁴ bzw. die *ratio legis* der fraglichen Norm in ihrem Kontext bzw. im Kontext des gesamten Unionsrechts am ehesten verwirklicht. Diese Zielsetzung gründet nicht zuletzt auch auf Art. 1 Abs. 2 EUV, wonach die «Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas» bezweckt wird. Auch die in Art. 3 EUV niedergelegten allgemeinen Ziele der Union fliessen in die Auslegungspraxis des EuGH mit ein.⁵⁷⁵ Insbesondere bei der Auslegung des Primärrechts ist die Bezugnahme auf den Sinn und Zweck einer Norm im Licht der Vertragsziele von grosser Bedeutung.⁵⁷⁶ Die Verträge beruhen bis auf wenige punktuelle Ergänzungen und Änderungen in wesentlichen Teilen auf den ursprünglichen Fassungen des EWGV von 1957 und des EGV von 1992. Eine dynamische Lesart der Verträge drängt sich mithin geradezu auf, um 298

⁵⁶⁶ Vgl. zur dadurch entstehenden Problematik und zu entsprechenden Lösungsansätzen SCHÜBEL-PFISTER, 48 ff.; DERLÉN, 295 ff.; EuGH, Rs. C-29/69, *Stauder*, EU:C:1969:57, Rz. 2 f.; Rs. T-22/02, *Sumitomo Chemical*, EU:T:2005:349, 46 f.

⁵⁶⁷ Diesbezüglich prägte der EuGH den Begriff «Grundsatz der Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung», vgl. EuGH, C-499/04, *Werhof*, EU:C:2006:168, Rz. 32.

⁵⁶⁸ DEDERICH, 103 ff.; vgl. statt vieler EuGH, 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335, Rz. 20.

⁵⁶⁹ DEDERICH, 37 ff.; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 9 N 20.

⁵⁷⁰ Exzeptionell sind daher kontrovers diskutierte Praxisänderungen wie z.B. EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, EU:C:2008:449, Rz. 58; Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, EU:C:1993:905, Rz. 16.

⁵⁷¹ Vgl. dazu EuGH, Rs. 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335.

⁵⁷² OESCH, *Europarecht*, Rz. 465.

⁵⁷³ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 9 N 17 ff.

⁵⁷⁴ OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 9 Rz. 177; EuGH, Rs. 26/62, *van Gend en Loos*, EU:C:1963:1, 24, 27.

⁵⁷⁵ OESCH, *Europarecht*, Rz. 470.

⁵⁷⁶ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 9 N 17 f.

dem in den Verträgen angelegten und stetig voranschreitenden Integrationsprozess gerecht zu werden.⁵⁷⁷

- 299 Eine herausragende Rolle spielt dabei der Grundsatz der praktischen⁵⁷⁸ resp. vollen⁵⁷⁹ Wirksamkeit des Unionsrechts (sog. *effet utile*).⁵⁸⁰ Der EuGH wählt unter mehreren vertretbaren Auslegungen stets diejenige, welche die tatsächliche Wirksamkeit der einschlägigen Bestimmungen gewährleistet und die Befugnisse der EU ausreizt (*in dubio pro communitate*).⁵⁸¹ Diese integrationsfreundliche Praxis des EuGH blieb nicht immer von Kritik verschont. In Urteilsbesprechungen und Kommentaren zu diversen Leitentscheiden wurde der Vorwurf der unzulässigen Weiterentwicklung der vertraglichen Grundlagen der EU bzw. des übermäßigen «*judicial activism*» laut, wonach der Gerichtshof den *effet utile*-Gedanken übertrieben und die Grenzen zulässiger Auslegung überschritten habe.⁵⁸²
- 300 Das historische Auslegungselement spielt im Unionsrecht zumindest bei der Auslegung der Verträge üblicherweise keine grosse Rolle.⁵⁸³ Der dynamische Charakter des Unionsrechts steht einer statisch ausgerichteten Bezugnahme auf den ursprünglichen Willen des Vertragsgebers grundsätzlich entgegen.⁵⁸⁴

C. Grundlagen des unionalen Freizügigkeitsrechts

I. Überblick

- 301 Die im Fokus vorliegender Arbeit stehende Freizügigkeit innerhalb der EU umfasst insbesondere die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 ff. AEUV) und die Niederlassungsfreiheit von Selbstständigerwerbenden und Gesellschaften (Art. 49 ff. AEUV). Ergänzt um die weiteren Grundfreiheiten stellen diese Personenverkehrsfreiheiten einen wesentlichen Grundpfeiler des unionalen Binnenmarkts dar, einem wirtschaftlichen Hauptziel der Union (Art. 3 ff., Art. 26 Abs. 2 AEUV).⁵⁸⁵ Sie bezweckt in

⁵⁷⁷ OESCH, Europarecht, Rz. 471.

⁵⁷⁸ Vgl. EuGH, Rs. 8/81, *Becker*, EU:C:1982:7, Rz. 23.

⁵⁷⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, EU:C:1991:428, Rz. 33.

⁵⁸⁰ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 9 N 18; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, § 9 Rz. 178; POTACS, 467 ff.

⁵⁸¹ POTACS, 468 f.; OESCH, Europarecht, Rz. 472; BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Rz. 332 ff.

⁵⁸² OESCH, Europarecht, Rz. 471 f.; vgl. m.w.H. POTACS, 481 ff.; HÖRETH, 73 ff.

⁵⁸³ DEDERICH, 111 ff., 118.

⁵⁸⁴ OESCH, Europarecht, Rz. 475 f.; vgl. für eine ausnahmsweise Berücksichtigung des historischen Auslegungselements EuGH, Rs. C-583/11 P, *Inuit*, EU:C:2013:625, Rz. 59; Rs. 29/69; *Stauder*, EU:C:1969:57, Rz. 5; Rs. 158/80, *Rewe/Hauptzollamt Kiel*, EU:C:1981:163, Rz. 13.

⁵⁸⁵ FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 1; EuGH, Rs. C-118/75, *Watson und Belmann*, EU:C:1976:106, Rz. 16; Rs. C-370/90, *Queen/Singh*, EU:C:1992:296, Rz. 15; Rs. C-18/95, *Terhoeve*, EU:C:1999:22, Rz. 36.

erster Linie die Handelsliberalisierung und wirtschaftliche Integration erwerbstätiger Personen und Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat und ist mithin generell an die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit geknüpft.⁵⁸⁶ Für Personen, die sich zwecks Erbringung einer Leistung nur vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten oder ihre Leistung im eigenen Herkunftsstaat an Konsumenten aus anderen Mitgliedstaaten erbringen, ergeben sich ferner auch gewisse Freizügigkeitsrechte aus der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 f. AEUV).⁵⁸⁷

Nach Art. 3 Abs. 2 EUV bietet die EU ihren Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist. Um diesem Auftrag gerecht zu werden, gewährt die Unionsbürgerschaft auch generelle Freizügigkeitsrechte, die über eine rein binnenmarktrechtliche Funktion hinausgehen und die nicht an einen wirtschaftlichen Zusammenhang gekoppelt sind (Art. 21 AEUV).⁵⁸⁸ Man spricht auch von einer «Grundfreiheit ohne Markt». ⁵⁸⁹ Auch nichterwerbstätige Personen verfügen gestützt darauf über ein Recht auf Einreise und Aufenthalt, sofern sie gewisse Minimalanforderungen betreffend Existenzgrundlage und Krankenversicherung erfüllen (vgl. Art. 7 lit. a UBRL).⁵⁹⁰ Die so gewährte Freizügigkeit wird im Rahmen vorliegender Arbeit allerdings nicht weiter behandelt, da dem Hoheitlichkeitsbegriff in diesem Kontext keine besondere Relevanz zukommt und – bis auf Weiteres⁵⁹¹ – die in der UBRL verbrieften Rechte in Bezug auf das Verhältnis zur Schweiz noch keine Wirkung entfalten.

Das primäre Freizügigkeitsrecht ist im AEUV unter dem Titel «IV. Die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr» geregelt. Es gliedert sich in die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit für natürliche und juristische Personen und die Dienstleistungsfreiheit für Personen, die sich zwecks Erbringung einer Leistung nur vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten. Das unionale Freizügigkeitsrecht wird auf sekundärrechtlicher Ebene in diversen Erlassen konkretisiert.⁵⁹²

1. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Gemäss Art. 45 Abs. 1 AEUV genießt jeder EU-Bürger die Freiheit, sich dauerhaft in einen anderen EU-Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine Tätigkeit im Angestellten-

⁵⁸⁶ OESCH, Niederlassungsfreiheit, 583 f.; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 217.

⁵⁸⁷ EPINEY/GAMMENTHALER, 3; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 5; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 218; vgl. dazu bereits oben, Rz. 125.

⁵⁸⁸ BIBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 2 N 29 ff.

⁵⁸⁹ STREINZ, Europarecht, Rz. 1027.

⁵⁹⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 217; BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Rz. 905 ff.; vgl. zum Aufenthaltsrecht von Nichterwerbstätigen THYM, 82 ff.; KADDOUS/GRISEL, 22 ff., jeweils m.w.H.

⁵⁹¹ Vgl. zur diesbezüglichen Kontroverse rund um das InstA unten, Rz. 569 ff.

⁵⁹² DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 218.

verhältnis auszuüben.⁵⁹³ Diese so gewährte Arbeitnehmerfreizügigkeit verbietet jede unterschiedliche Behandlung in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen (Art. 45 Abs. 2 AEUV).⁵⁹⁴ Art. 45 Abs. 3 AEUV enthält sodann Konkretisierungen der Verpflichtungen, die aus Art. 45 Abs. 1 AEUV fließen: Gewährleistet ist demnach das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat zu bewerben, zum Zweck der Arbeitssuche dort ein- und auszureisen, sich dort aufzuhalten und nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben (Art. 45 Abs. 3 lit. b–d AEUV).⁵⁹⁵

- 305 Die Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 ff. AEUV sollen den Arbeitnehmern der EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen, ihren Arbeitsplatz im gesamten Gebiet der EU frei zu wählen. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer stellt nach der Rechtsprechung des EuGH einen fundamentalen Grundsatz der EU dar.⁵⁹⁶ Sie garantiert gemeinsam mit der Niederlassungsfreiheit für Selbständige und Unternehmen (Art. 49, 54 AEUV) die Gewährleistung der unbeschränkten Mobilität von Personen und damit auch des «Produktionsfaktors Arbeit» im europäischen Binnenmarkt. Wie die anderen Grundfreiheiten ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer mit Ausnahme des Verbleiberechts nach Art. 45 Abs. 3 lit. d AEUV unmittelbar innerstaatlich anwendbar.⁵⁹⁷ Personen, welche in den Schutzbereich von Art. 45 AEUV fallen, können sich also direkt auf die Vorschrift berufen und zuwiderlaufende mitgliedstaatliche Massnahmen abwehren.⁵⁹⁸
- 306 Art. 45 AEUV vereinigt in sich verschiedene Schutzaspekte und enthält Freiheits- und Gleichheitsrechte zugunsten der EU-Arbeitnehmer.⁵⁹⁹ Die unionale Arbeitnehmerfreizügigkeit wird hingegen nicht zu den Grundrechten gerechnet.⁶⁰⁰ Sie charakterisiert sich insbesondere nicht vorrangig über umfassende individuelle Abwehrrechte. Ihren Gehalt gewinnt die Bestimmung vielmehr vor allem aus den zugrundeliegenden wirt-

⁵⁹³ EuGH, Rs. 53/81, *Levin*, EU:C:1982:105, Rz. 17; Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, Rz. 12; Rs. 344/87, *Betray*, EU:C:1989:226, Rz. 11; BRECHMANN, Callies/Ruffert, AEUV, Art. 45 N 9; FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 15 f.

⁵⁹⁴ Vgl. m.w.H. BRECHMANN, Callies/Ruffert AEUV, Art. 45 N 45 ff.; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 240 ff.

⁵⁹⁵ FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 3; STREINZ, Europarecht Rz. 939.

⁵⁹⁶ EuGH, Rs. C-118/75, *Watson und Belmann*, EU:C:1976:106, Rz. 8; Rs. C-370/90, *Singh*, EU:C:1992:296, Rz. 15; Rs. C-415/93, *Bosman*, EU:C:1995:463, Rz. 78 und 93.

⁵⁹⁷ EuGH, Rs. C-15/69, *Uglioa*, EU:C:1969:38, Rz. 7; Rs. C-41/74, *van Duyn*, EU:C:1974:133, Rz. 2; Rs. C-415/93, *Bosman*, EU:C:1995:463, Rz. 78 und 93.

⁵⁹⁸ FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 1.

⁵⁹⁹ Vgl. dazu DIETRICH, 184 f. und 349 ff., jeweils m.w.H.

⁶⁰⁰ BRECHMANN, Callies/Ruffert AEUV, Art. 45 N 8; FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 4, jeweils m.w.H.; a.M. BLECKMANN, Rz. 755 ff.; DIETRICH, 184 ff. Der EuGH vermeidet es in seinen Urteilen generell, bei Art. 45 AEUV und vergleichbaren Gewährleistungen des AEUV von einem Grundrecht zu sprechen. Eine Abweichung von dieser Praxis findet sich bloss in EuGH, Rs. C-222/86, *Heylens*, EU:C:1987:442, Rz. 14.

schaftlichen Beweggründen, insbesondere der Herstellung und Gewährleistung eines Binnenmarkts ohne Grenzen im Sinne von Art. 26 AEUV. Art. 45 AEUV ist mithin auch nur bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts gegenüber den Mitgliedstaaten anwendbar.⁶⁰¹ Regelungen, welche die Rechte aus Art. 45 AEUV tangieren, finden sich in erster Linie in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und nicht im Unionsrecht. Dagegen sind Bemühungen um die Entwicklung europäischer Grundrechte und Ansätze zu deren Kodifikation primär auf Gewährleistungen zugunsten der Unionsbürger gegenüber der EU und ihren Organen gerichtet. Somit bestehen zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten erhebliche Unterschiede hinsichtlich Adressatenkreis und Zielsetzung.⁶⁰²

Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 45 AEUV ist autonom und einheitlich für das Unionsrecht zu bestimmen.⁶⁰³ Eine Verweisung auf Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten kommt nicht in Betracht.⁶⁰⁴ Eine Definition des Arbeitnehmerbegriffs ergibt sich allerdings weder aus Art. 45 AEUV noch aus dem dazu ergangenen Sekundärrecht. Mithin obliegt die Konkretisierung dem EuGH. Nach dessen ständiger Rechtsprechung ist ein Arbeitnehmer eine Person, die «während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die diese als Gegenleistung eine Vergütung erhält».⁶⁰⁵ Wegen der grundlegenden Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Verwirklichung der Vertragsziele muss der den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV bestimmende Begriff des Arbeitnehmers nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich weit ausgelegt werden.⁶⁰⁶ 307

2. Niederlassungsfreiheit

Gemäss Art. 49 AEUV genießt jede natürliche und juristische Person in der EU die Freiheit, in einem anderen Mitgliedstaat selbständig erwerbstätig zu werden, und zwar zu den gleichen Bedingungen, die für Inländer gelten.⁶⁰⁷ Niederlassung bedeutet die «tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbeschränkte Zeit».⁶⁰⁸ Das Merkmal 308

⁶⁰¹ FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 4 und 33 f.; vgl. auch N 92 ff. zur Wirkung gegenüber Privatpersonen.

⁶⁰² FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 4; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 10 N 1 ff.

⁶⁰³ EuGH, Rs. 53/81, *Levin*, EU:C:1982:105, Rz. 11 ff.; Rs. C-337/97, *Meeusen*, EU:C:1999:284, Rz. 13; Rs. C-176/96, *Lehtonen*, EU:C:2000:201, Rz. 45; Rs. C-357/98, *Yiandom*, EU:C:2000:604, Rz. 26; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 12 N 6.

⁶⁰⁴ DIETRICH, 271 f.

⁶⁰⁵ EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, Rz. 17; Rs. C-357/89, *Raulin*, EU:C:1992:87, Rz. 10.

⁶⁰⁶ FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 15 f.

⁶⁰⁷ STREINZ, Europarecht, Rz. 951.

⁶⁰⁸ EuGH, Rs. C-42/92, *Gebhard*, EU:C:1993:304, Rz. 25; Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 21.

der Selbständigkeit ist dabei das entscheidende Abgrenzungskriterium zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁶⁰⁹ Geschützt ist die Freiheit, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen. Art. 49 AEUV ist auf die Generierung komparativer Kostenvorteile gerichtet. Die Bestimmung verfolgt mithin die Zielsetzung, dass ein Unternehmen seine Produktionsfaktoren an jenem Ort investieren kann, an dem sie den grösstmöglichen Nutzen erzielen.⁶¹⁰ Vereinfacht ausgedrückt ermöglicht Art. 49 AEUV die Entwicklung von Geschäftsstrategien, die die Grenzen eines Mitgliedstaats überschreiten. Der Standortwettbewerb wird somit auf den gesamten europäischen Binnenmarkt ausgeweitet.⁶¹¹

- 309 Die Zielrichtung der Norm impliziert sodann auch deren Funktion: Da nämlich eine Standortwahl jedenfalls eine ernsthafte, hinreichend nachhaltige Investition im Zielstaat voraussetzt, ist es die Aufgabe der Niederlassungsfreiheit, jene mitgliedstaatlichen Vorschriften für nicht anwendbar zu erklären, die eine «stetige und dauerhafte»⁶¹² bzw. «stabile und kontinuierliche»⁶¹³ Tätigkeit im Zielstaat in nicht gerechtfertigter Weise behindern.⁶¹⁴

3. Dienstleistungsfreiheit

- 310 Art. 56 AEUV bildet schliesslich die Grundlage für den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der EU. Beschränkungen für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, bleiben nach Massgabe der Art. 57–62 AEUV verboten.⁶¹⁵
- 311 Die Dienstleistungsfreiheit prägt den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit im Binnenmarkt, indem sie das grenzüberschreitende Angebot von Dienstleistungen gewährleistet.⁶¹⁶ Systematisch ist sie eng mit der Niederlassungsfreiheit verwandt, verlangt im Gegensatz dazu jedoch eben keine dauerhafte Ortsveränderung bzw. Eingliederung in die Rechts- und Wirtschaftsordnung eines anderen Mitgliedstaates (sprich: Niederlassung).⁶¹⁷ Geschützt ist viel eher die spontane grenzüberschreitende Mobilität, die für einen wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt jedoch besonders wichtig ist und deren Bedeutung nicht zuletzt im Zeitalter der Digitalisierung stetig zunimmt. Aus systematischer Perspektive ergibt sich die enge Verbindung zur Nieder-

⁶⁰⁹ KORTE, Callies/Ruffert AEUV, Art. 49 N 12.

⁶¹⁰ KORTE, Callies/Ruffert AEUV, Art. 49 N 1.

⁶¹¹ KORTE, Callies/Ruffert AEUV, Art. 49 N 1; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 13 N 2.

⁶¹² EuGH, Rs. C-70/95, *Sodemare*, EU:C:1997:301, Rz. 24.

⁶¹³ EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411, Rz. 25.

⁶¹⁴ KORTE, Callies/Ruffert AEUV, Art. 49 N 2; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 13 N 6 ff.

⁶¹⁵ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 13 N 9 ff.

⁶¹⁶ STREINZ, Europarecht, Rz. 958.

⁶¹⁷ FRENZ, Europarecht, Rz. 2142; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 218; vgl. zur zuweilen schwierigen Abgrenzung auch BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 13 N 11 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411.

lassungsfreiheit besonders plastisch aus dem Verweis in Art. 62 AEUV auf die Art. 51–54 AEUV.⁶¹⁸ Daraus ergibt sich auch die analoge Anwendbarkeit der Bereichsausnahme gemäss Art. 51 AEUV auf die Dienstleistungsfreiheit.⁶¹⁹

Zugleich stellt die Dienstleistungsfreiheit als grenzüberschreitende Darbietung eines im wesentlichen unkörperlichen Produkts eine Komplementärgewährleistung zur Warenverkehrsfreiheit dar. Bei der Interpretation der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit sind diese Bezüge gleichermaßen zu berücksichtigen. Dabei ist bei den tätigkeitsbezogenen Aspekten die besondere Nähe zur Niederlassungsfreiheit, bei den produktbezogenen (funktionalen) Aspekten die Verwandtschaft zur Warenverkehrsfreiheit von besonderer Bedeutung.⁶²⁰ 312

4. Sekundärrechtliche Grundlagen der Freizügigkeit

Die primärrechtlichen Grundsätze der unionalen Freizügigkeit werden durch verschiedene Verordnungen und Richtlinien konkretisiert.⁶²¹ Die bereits erwähnte UBRL präzisiert die Unionsbürgerschaft gemäss Art. 20 Abs. 1 AEUV und die hierauf gestützte allgemeine Freizügigkeit gemäss Art. 21 Abs. 1 AEUV. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit wird sekundärrechtlich durch die VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union⁶²² sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeitsrichtlinie 2014/54⁶²³ konkretisiert.⁶²⁴ Die primärrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheiten werden auf Ebene des Sekundärrechts insbesondere durch die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123⁶²⁵, die Entsenderichtlinie 96/71⁶²⁶ und auch die Arbeitnehmerfreizügigkeitsrichtlinie 2014/54 konkretisiert. Von grosser Bedeutung für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit ist ferner die Richtlinie 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁶²⁷, die – im Gegensatz zu den weiteren genannten Sekundärrechtsakten – auch in vorliegendem Zusammenhang von Relevanz ist.⁶²⁸ 313

⁶¹⁸ KLUTH, Callies/Ruffert AEUV, Art. 56 N 1.

⁶¹⁹ Vgl. dazu unten, Rz. 320.

⁶²⁰ KLUTH, Callies/Ruffert AEUV, Art. 56 N 2.

⁶²¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 222; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 12 N 28 ff.

⁶²² Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. L 141 vom 27. Mai 2011, 1.

⁶²³ Richtlinie 2014/54/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Massnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen, ABl. L 128 vom 30. April 2014, 8.

⁶²⁴ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 12 N 29 ff.; STREINZ, Europarecht, Rz. 939 ff.

⁶²⁵ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376/2006, 36.

⁶²⁶ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen ABl. L 18 vom 21. Januar 1997, 1.

⁶²⁷ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255 vom 30. September 2005, 22.

⁶²⁸ Vgl. unten, Rz. 484 ff. und Rz. 610 ff.

II. Geltungsbereich

- 314 Träger der Freizügigkeitsrechte können natürliche (in Bezug auf sämtliche Personenverkehrsfreiheiten) und juristische Personen (in Bezug auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) sein. Natürliche Personen fallen in den Schutzbereich des Freizügigkeitsrechts, wenn sie die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates besitzen (vgl. Art. 20 Abs. 1 AEUV). Juristische Personen sind dann Träger der Freizügigkeitsrechte, wenn sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet worden sind und den statutarischen Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung innerhalb der Union haben (Art. 54 AEUV).⁶²⁹ Sowohl Schweizer Staatsangehörige als auch Unternehmen mit Sitz in der Schweiz sind entsprechend von den unionalen Freizügigkeitsrechten ausgenommen.⁶³⁰
- 315 Abgesehen von den durch die Unionsbürgerschaft gewährten Freizügigkeitsrechten⁶³¹ erstrecken sich die Freizügigkeitsrechte des AEUV ausschliesslich auf wirtschaftliche Sachverhalte.⁶³² Vorausgesetzt ist die Ausübung einer wirtschaftlichen (Erwerbs-)Tätigkeit.⁶³³ Eine solche liegt nach der Rechtsprechung des EuGH vor, wenn sie wirtschaftlichen Charakter hat und nicht ohne eine Gegenleistung erbracht wird.⁶³⁴ Unbeachtlich ist hingegen, ob mit der Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist.⁶³⁵ Generell wird der Begriff gerade in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH weit gefasst.⁶³⁶ Auch wendet der EuGH gewisse Prinzipien des Freizügigkeitsrechts selbst auf Massnahmen an, die nicht direkt die Regelung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zum Gegenstand haben, wenn sich diese zumindest mittelbar negativ auf den Zugang zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder deren Ausübung bzw. die Integration im Aufnahmeland auswirken.⁶³⁷
- 316 Als Grundfreiheiten verpflichten die unionalen Freizügigkeitsrechte den Staat (sowohl die Mitgliedstaaten als auch deren föderale Gliedstaaten und Gebietskörperschaften)

⁶²⁹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 223.

⁶³⁰ So mit Blick auf juristische Personen ausdrücklich EuGH, Rs. C-452/04, *Fidium Finanz*, EU:C:2006:631, Rz. 24 f.

⁶³¹ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 12 N 36; STREINZ, Europarecht, Rz. 1023.

⁶³² FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 49 N 17 ff.; RANDELZHOFFER/FORSTHOFF, AEUV, Art. 57 N 44 ff.

⁶³³ So ausdrücklich der Wortlaut von Art. 49 Abs. 2 AEUV «die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten».

⁶³⁴ EuGH, Rs. C-281/06, *Jundt*, EU:C:2007:816, Rz. 154. Dieses Kriterium ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 57 Abs. 1 AEUV. Dieser spricht von «Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden».

⁶³⁵ EuGH, Rs. C-281/06, *Jundt*, EU:C:2007:816, Rz. 32 f.

⁶³⁶ EuGH, Rs. 179/14, *Kommission/Ungarn*, EU:C:2016:108, Rz. 154 ff.; dazu m.w.H. FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Rz. 19.

⁶³⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 225 und 582 ff.

in Bezug auf Rechtssetzung und Rechtsanwendung.⁶³⁸ In Ausnahmefällen entfalten die Freizügigkeitsrechte eine Drittwirkung.⁶³⁹

Eine Anwendung der Freizügigkeitsrechte setzt sodann grundsätzlich das Vorliegen eines zwischenstaatlichen Elements voraus.⁶⁴⁰ Wenn das nationale Recht eines Mitgliedstaates seinen Staatsangehörigen die gleichen Rechte einräumt, die den Staatsbürgern anderer Mitgliedstaaten gestützt auf das Unionsrecht zukommen, findet das Freizügigkeitsrecht jedoch auch bei innerstaatlichen Sachverhalten Anwendung.⁶⁴¹ Eine Prüfung auf die Vereinbarkeit mit den Freizügigkeitsrechten ist auch bei Massnahmen möglich, die sich zwar bloss auf innerstaatliche Sachverhalte beziehen, an deren Beseitigung Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten (zukünftig) aber ein Interesse haben könnten.⁶⁴² 317

Inländerdiskriminierungen können dagegen nicht via unionales Freizügigkeitsrecht geltend gemacht werden.⁶⁴³ Werden also Staatsbürger anderer Mitgliedstaaten aufgrund des unionalen Freizügigkeitsrechts bessergestellt als die eigenen Staatsbürger, beurteilt sich die Legalität einer solchen Einschränkung nach dem nationalen Recht.⁶⁴⁴ 318

D. Bereichsausnahmen für «hoheitliche» Tätigkeiten

I. Ausgangslage

Der AEUV sieht in Art. 45 Abs. 4 sowie Art. 51 Abs. 1 vertraglich normierte Bereichsausnahmen vor, die den Anwendungsbereich der unionalen Freizügigkeitsrechte eingrenzen. Während gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV die Arbeitnehmerfreizügigkeit «keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung» findet, sind von den Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 51 Abs. 1 AEUV «Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öff-

⁶³⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 227; JARASS, 714; EuGH, Rs. C-197/84; *Steinhauser*, EU:C:1985:260, Rz. 16 f.; Rs. C-153/02, *Neri*, EU:C:1988:452, Rz. 43.

⁶³⁹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 228 m.w.H.; BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 13 N 4; vgl. z.B. EuGH, Rs. C-438/05, *Viking*, EU:C:2007:772, Rz. 34 ff.

⁶⁴⁰ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 10 N 11; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 33; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 229 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-212/06, *Gouvernement Wallon*, EU:C:2008:178, Rz. 13.

⁶⁴¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 229; EuGH, Rs. C-250/03, *Mauri*, EU:C:2006:758, Rz. 21; Rs. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, EU:C:2006:208, Rz. 29; Rs. C-212/06, *Gouvernement Wallon*, EU:C:2008:178, Rz. 40; Rs. C-570/07 und C-571/07, *Pérez*, EU:C:2010:3009, Rz. 39.

⁶⁴² EuGH, Rs. C-384/08, *Attanasio Group*, EU:C:2010:133, Rz. 24; Rs. C-570/07 und C-571/07, *Pérez*, EU:C:2010:3009, Rz. 40.

⁶⁴³ EuGH, Rs. C-104/08, *Kurt*, EU:C:2002:442, Rz. 22 f.

⁶⁴⁴ FRENZ, Europarecht, Rz. 278; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 235.

fentlicher Gewalt verbunden sind» ausgenommen. Zweitgenannte Bereichsausnahme gilt *qua* Verweis in Art. 62 AEUV auch für die mit der Dienstleistungsfreiheit verbundenen Freizügigkeitsrechte.

- 320 Die beiden Bereichsausnahmen in Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 AEUV weisen nicht unerhebliche terminologische Unterschiede auf.⁶⁴⁵ Bereits deshalb erscheint es unumgänglich, nachfolgend die Ausnahmen und insbesondere die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH einzeln zu exzerpieren. Bei alledem bleibt, selbst wenn das Verhältnis der Bereichsausnahmen zueinander nicht abschliessend geklärt ist, offensichtlich, dass die beiden Vorschriften wesensverwandt sind und teilweise markante Parallelen aufweisen.⁶⁴⁶ Allgemeine Auslegungsfragen zu deren Entstehung, Zweck und Systematik werden vor diesem Hintergrund vorweg in einem gemeinsamen Abschnitt dargestellt.

II. Gemeinsame Zielsetzung und historische Entwicklung

- 321 Trotz ihrer besonderen Wesenselemente, die an Staatlichkeit erinnern,⁶⁴⁷ ist die EU als supranationale Organisation letztlich noch immer ein «Sprachorgan des gebündelten Willens der Gesamtheit ihrer Mitgliedstaaten».⁶⁴⁸ Dieses Verständnis wird in besonderem Masse durch die Bereichsausnahmen in Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 AEUV reflektiert. Die Ausnahmen sind Ausdruck einer partiell nur begrenzten Integrationsbereitschaft der Mitgliedstaaten.⁶⁴⁹ Beide Normen dienen mithin der Justierung der Grenzziehung zwischen der autonomen Staatsgewalt der Mitgliedstaaten und den (vordergründig wirtschaftlichen) Kompetenzen der EU.⁶⁵⁰ Beide bezwecken letztlich, den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, die Ausübung öffentlicher resp. hoheitlicher Gewalt den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten.⁶⁵¹
- 322 Vor dem Hintergrund dieser konzeptuellen Parallelen erstaunt es nicht, dass bereits im Rahmen der Vorarbeiten zum Vertrag von Rom (EWG) erwogen wurde, deckungsgleiche Bereichsausnahmen für die Freizügigkeitsrechte zu normieren. Im ursprünglichen Artikelentwurf zu den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit wurde entsprechend festgehalten: «Es wurde vereinbart, dass die Bestimmungen [...] nicht für die Tätigkeit der Beamten des Staates und der Beamten der diesem unterstehenden Hoheitsträger und ebenfalls nicht für die Tätigkeit der Anwälte und der Träger eines öf-

⁶⁴⁵ Vgl. dazu jeweils m.w.H. FUCHS, Bereichsausnahmen, 104; DOLL, 75.

⁶⁴⁶ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 421.

⁶⁴⁷ Vgl. dazu oben, Rz. 290 ff.

⁶⁴⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 104.

⁶⁴⁹ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 3; OESCH, Niederlassungsfreiheit, 592 ff.

⁶⁵⁰ GRÜB, 116; DOLL, 86; FUCHS, Bereichsausnahmen, 104.

⁶⁵¹ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 2; OESCH, Niederlassungsfreiheit, 593; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 29.

fentlichen Amtes [...] gelten.»⁶⁵² Primär aus Übersichtlichkeitsgründen entschieden sich die Vertragsparteien später für separate Bereichsausnahmen mit unterschiedlichen Wortlauten. Frühere Kommentierungen zum EWG hielten aufgrund dieser gemeinsamen Ursprünge auch fest, dass sich Art. 48 Abs. 4 EWG (heute Art. 45 Abs. 4 AEUV) und Art. 55 Abs. 1 EWG (heute Art. 51 Abs. 1 AEUV) inhaltlich entsprechen.⁶⁵³ Auch der EuGH umschreibt den Regelungszweck der beiden Bereichsausnahmen seit Anbeginn der Rechtsprechung jeweils praktisch identisch.⁶⁵⁴

Beide Bereichsausnahmen beruhen ferner auf dem Konzept der Staatsangehörigkeit.⁶⁵⁵ Diese stellt das rechtliche Band zwischen Staat und Staatsbürger dar und markiert die Zugehörigkeit des Einzelnen zum Staat.⁶⁵⁶ Durch die Staatsangehörigkeit soll eine gewisse Verbundenheit und Verpflichtung zwischen Bürger und Staat bestehen. Die Ausübung mit Hoheitsgewalt versehener staatlicher Tätigkeiten soll als Ausdruck dieser Verbindung grundsätzlich den eigenen Bürgern vorbehalten bleiben.⁶⁵⁷ Aus heutiger Perspektive mag es überraschen, dass das Konzept der Staatsangehörigkeit noch relativ jung ist. Entstanden ist es erst mit dem Aufkommen des Nationalstaatsgedankens.⁶⁵⁸ Noch zu Zeiten des Absolutismus war es hingegen üblich, die Staatsgeschicke denjenigen Personen anzuvertrauen, die über die notwendigen Fähigkeiten verfügten und entsprechend am besten zur Ausübung der jeweiligen Staatsaufgabe geeignet waren. Ob es sich dabei um In- oder Ausländer handelte, war nicht von Belang.⁶⁵⁹ 323

Kernidee des Konzepts der Staatsangehörigkeit ist dagegen, dass ein Ausländer immer mit seinem Heimatstaat verbunden bleibt. Aufgrund dieser Verbindung gehe es nicht an, dass sich ein Inländer den Anordnungen «untreuer» Ausländer unterstellen 324

⁶⁵² Vgl. dazu m.w.H. FUCHS, Bereichsausnahmen, 105.

⁶⁵³ FUCHS, Bereichsausnahmen, 105.

⁶⁵⁴ Vgl. EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1974:13, 162, Rz. 4 betreffend den Zweck der Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit: «Wegen der grundlegenden Bedeutung, die im Rahmen des Vertrages die Grundsätze der Freizügigkeit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft haben, können die in Absatz 4 des Artikels 48 zugelassenen Ausnahmen nicht weiter reichen, als der Zweck es erfordert, um dessentwillen sie vorgesehen sind»; sowie Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 42/43 zur Bereichsausnahme der Niederlassungsfreiheit: «Wegen der grundlegenden Bedeutung, die im Rahmen des Vertrages die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und der Inländergleichbehandlung haben, können die in Artikel 55 Absatz 1 zugelassenen Ausnahmen nicht weiter reichen, als der Zweck es erfordert, um dessentwillen sie vorgesehen sind»; FUCHS, Bereichsausnahmen, 105; DOLL, 76; ESCHMANN, 60; WITTKOPP, 214; vgl. zur Parallelität der Rechtsprechung im Einzelnen so gleich unten, Rz. 357 ff.

⁶⁵⁵ KLINGE, 184.

⁶⁵⁶ Vgl. dazu oben, Rz. 29.

⁶⁵⁷ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 54 N 420; FUCHS, Bereichsausnahmen, 106.

⁶⁵⁸ Vgl. dazu oben, Rz. 13.

⁶⁵⁹ WITTKOPP, 21; FUCHS, Bereichsausnahmen, 106.

müsste.⁶⁶⁰ Darüber hinaus bestehe ein jederzeitiges Risiko, dass Ausländer auch wieder in ihre Heimat auswandern, um sich ihren Pflichten zu entziehen.⁶⁶¹

- 325 Die Bereichsausnahmen weisen daneben auch einen besonderen Konnex zum Begriff der Souveränität auf, sind sie doch nicht zuletzt auch Souveränitätsvorbehalte.⁶⁶² Mit dem Grundsatz der Selbstbestimmung nach innen und nach aussen korreliert das Interesse des Staates, dafür im Inland Ausländern nicht die Ausübung von Hoheitsgewalt zu ermöglichen.⁶⁶³ Zu den Interessen eines souveränen Staats gehört auch der Schutz eigener Institutionen und Staatsbürger.⁶⁶⁴ Die EU-Mitgliedstaaten glaubten offenbar (ursprünglich), sich im Falle von Konflikten mit anderen Staaten nur auf die Loyalität der eigenen Staatsangehörigen verlassen zu können.⁶⁶⁵
- 326 Daneben darf aber auch die wirtschaftliche Komponente der Souveränitätsvorbehalte nicht ausser Acht gelassen werden.⁶⁶⁶ Schon immer bestanden gewisse protektionistische Haltungen der Mitgliedstaaten, die übrig gebliebenen «Bastionen der Staatsgewalt» mit inländischen Arbeitskräften zu besetzen, um zumindest in diesen Teilbereichen den Arbeitsmarkt von ausländischer Konkurrenz freizuhalten.⁶⁶⁷ In der Tendenz haben solch protektionistische Überlegungen in der jüngeren Vergangenheit wieder zugenommen – und könnten gar noch weiter zunehmen.⁶⁶⁸
- 327 Die Bereichsausnahmen der unter dem AUEV gewährten Freizügigkeitsrechte sind im Übrigen keine Unikate. Dies ergibt sich bereits aus den im Rahmen vorliegender Arbeit analysierten Bereichsausnahmen der Freizügigkeit auf multilateraler, bilateraler und nationaler Ebene.⁶⁶⁹ Vergleichbare Regelungen, welche genauso die eben umschriebenen Motive verfolgen und die Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten, finden sich aber auch auf nationaler Ebene in beinahe sämtlichen EU-Mitgliedstaaten.⁶⁷⁰ Insbesondere seit Einführung der Unionsbürgerschaft lassen sich solche nationalen Souveränitätsvorbehalte der EU-Mitgliedstaaten aber nur noch erschwert rechtfertigen.⁶⁷¹

⁶⁶⁰ ESCHMANN, 69; FUCHS, Bereichsausnahmen, 107 m.w.H.

⁶⁶¹ KLINGE, 183 ff.; WITTKOPP, 20; ESCHMANN, 584.

⁶⁶² FUCHS, Bereichsausnahmen, 107 m.w.H.; zum Begriff Souveränität bereits oben, Rz. 22 ff.

⁶⁶³ KÄMMERER, 38.

⁶⁶⁴ KLINGE, 204.

⁶⁶⁵ WITTKOPP, 2; KLINGE, 204.

⁶⁶⁶ GRÜB, 102.

⁶⁶⁷ FUCHS, Bereichsausnahmen, 107.

⁶⁶⁸ Vgl. zum Ganzen VOLK, 1 ff. und 22 f.

⁶⁶⁹ Vgl. oben, Rz. 156 f.

⁶⁷⁰ Vgl. ausführlich zu den Parallelregelungen von Art. 45 Abs. 4 resp. Art. 51 AEUV in den einzelnen Mitgliedstaaten KLINGE, 139 ff.; vgl. auch WITTKOPP, 21 und FUCHS, Bereichsausnahmen, 108 ff.

⁶⁷¹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 110 m.w.H.; vgl. mit Bezug auf Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 AEUV FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 420 und 432.

Wenngleich auch die Bereichsausnahmen im AEUV auf dem Konzept der Staatsangehörigkeit beruhen, unterscheiden sich diese doch in einem wesentlichen Punkt von den Parallelbestimmungen auf nationaler Ebene: Finden nämlich die Bereichsausnahmen des AEUV Anwendung, bedeutet dies in der Konsequenz nicht bloss, dass der betroffene Mitgliedstaat eine Tätigkeit den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten darf. Vielmehr findet nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 AEUV das gesamte Kapitel über die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung, resp. sind gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV die Arbeitnehmerfreizügigkeit und *qua* Verweis in Art. 62 AEUV die Dienstleistungsfreizügigkeit ausgeschlossen. Somit verbleibt im Falle der Anwendbarkeit einer Bereichsausnahme die Regelung einer bestimmten Tätigkeit generell im (nationalen) Souveränitätsbereich der Mitgliedstaaten.⁶⁷² Die innere Rechtfertigung der Bereichsausnahmen liegt mithin zumindest teilweise auch im Schutz der Personalhoheit der Mitgliedstaaten, in welcher deren Souveränität Ausdruck findet.⁶⁷³ Das Konzept der Staatsangehörigkeit ist demnach nur, aber immerhin, ein gewichtiger Teilaspekt der Bereichsausnahmen.⁶⁷⁴ 328

FUCHS kritisiert in diesem Kontext die in der Lehre vielfach anzutreffende Reduktion der Bereichsausnahmen auf reine Staatsangehörigkeitsvorbehalte.⁶⁷⁵ Diese sei letztlich auf die historischen Ursprünge der unionalen Freizügigkeitsrechte zurückzuführen, welche zunächst nur als reine Diskriminierungsverbote konzipiert gewesen seien.⁶⁷⁶ Im Laufe der stetig voranschreitenden europäischen Integration habe der EuGH die Grundfreiheiten jedoch heute zu allgemeinen Beschränkungsverboten fortentwickelt.⁶⁷⁷ Mit der Anerkennung der Freizügigkeitsrechte als allgemeine Beschränkungsverbote habe sich der Zweck der Bereichsausnahmen dahingehend erweitert, den freien Wettbewerb im Kernbereich staatlicher Hoheitsgewalt ungehindert beschränken zu dürfen. Die Erhaltung dieser Regelungsautonomie ist gemäss FUCHS somit der wirkliche, aktuelle Zweck der Bereichsausnahmen.⁶⁷⁸ 329

III. Gemeinsame Systematik

Für beide Bereichsausnahmen stellt sich aus systematischer Perspektive sodann die Frage, ob es sich um Ausnahmetatbestände, Rechtfertigungsgründe oder gar negative Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Freizügigkeitsrechte handelt.⁶⁷⁹ 330

⁶⁷² HERGETH, 202; WITTKOPP, 202; FUCHS, Bereichsausnahmen, 111.

⁶⁷³ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 432.

⁶⁷⁴ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 432; FUCHS, Bereichsausnahmen, 111.

⁶⁷⁵ FUCHS, Bereichsausnahmen, 111 f.

⁶⁷⁶ STREINZ, Europarecht, Rz. 793; FUCHS, Bereichsausnahmen, 111.

⁶⁷⁷ SCHMID/PINKEL, Einschränkungen, 147 f.; vgl. statt vieler EuGH, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, EU:C:2009:651, Rz. 14 und 35.

⁶⁷⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 113.

⁶⁷⁹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 115 ff.

- 331 In der Lehre ist es heute praktisch unumstritten, dass die Bereichsausnahmen Einschränkungen des Anwendungsbereichs der jeweiligen Freizügigkeitsrechte darstellen.⁶⁸⁰ Diese Ansicht scheint auch der EuGH zu vertreten, in dem er in seinen Entscheidungen ausdrücklich von Ausnahmeregelungen spricht.⁶⁸¹ Ist der Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrechte theoretisch eröffnet, können demgemäss gestützt auf die Bereichsausnahmen Tätigkeiten in Ausübung «öffentlicher Gewalt» resp. der «öffentlichen Verwaltung» ohne weitere Verhältnismässigkeitsprüfung aus deren Anwendungsbereich ausgegrenzt werden.⁶⁸² Insbesondere der Wortlaut der Bereichsausnahmen stützt diese Interpretation.⁶⁸³ Sowohl Art. 45 Abs. 4 AEUV als auch Art. 51 Abs. 1 AEUV sehen als Rechtsfolge vor, dass die jeweilige Grundfreiheit «keine Anwendung findet». Im Unterschied dazu spricht der Wortlaut der *ordre public*-Vorbehalte in Art. 45 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 52 AEUV davon, dass Verstösse gegen die Grundfreiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit «gerechtfertigt» werden könnten. Diese Formulierungsunterschiede deuten darauf hin, dass damit unterschiedliche Konsequenzen verbunden sein sollen.⁶⁸⁴
- 332 Entgegen dieser herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung vertraten in der Vergangenheit einzelne Autoren die Meinung, dass es sich bei den Bereichsausnahmen um Rechtfertigungsgründe handle.⁶⁸⁵ Dies würde in der Konsequenz bedeuten, dass die Anwendung der Bereichsausnahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen werden müsste.⁶⁸⁶ Gestützt wird diese Meinung insbesondere auf einzelne Urteile des EuGH, in welchen der Gerichtshof bei der Anwendung der Bereichsausnahmen Formulierungen verwendet, die an eine Verhältnismässigkeitsprüfung erinnern.⁶⁸⁷
- 333 Durch die Schlussanträge von GA CRUZ VILLALÓN in den «Notariatsverfahren»⁶⁸⁸ wurde dieser Theorie gewissermassen neues Leben eingehaucht: CRUZ VILLALÓN

⁶⁸⁰ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 423 und Art. 51 N 6; BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, 939; WITTKOPP, 103; FUCHS, Bereichsausnahmen, 118 f.; HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 193; LACKHOFF, 151 ff.

⁶⁸¹ Vgl. statt vieler und in Bezug auf Art. 39 Abs. 4 EG (heute Art. 45 Abs. 4 AEUV): EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 37 und 40.

⁶⁸² LACKHOFF, 151; HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 193.

⁶⁸³ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 423; FRENZ, Staatsangehörigkeitsvoraussetzung, 892.

⁶⁸⁴ FUCHS, Bereichsausnahmen, 116; LACKHOFF, 152 f.; HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 193.

⁶⁸⁵ JARASS, 221 ff.; vgl. auch KORTE/STEIGER, 1245 f.

⁶⁸⁶ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Rz. 423.

⁶⁸⁷ Insbesondere EuGH, Rs. 147/86, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1989:610, Rz. 9 f.; vgl. auch EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 654; EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1974:13, Rz. 4.

⁶⁸⁸ Vgl. u.a. EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339; dazu im Detail unten, Rz. 484 ff.

vertrat die Auffassung, dass Art. 49 und Art. 51 Abs. 1 AEUV eine normative Einheit bildeten, wobei Art. 51 Abs. 1 AEUV den «negativen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit» darstelle.⁶⁸⁹ Auf einer ersten Ebene sei zu prüfen, ob der negative Anwendungsbereich eröffnet ist (sprich: ob «öffentliche Gewalt» ausgeübt wird). Ist diese Frage zu bejahen, sei in einem zweiten Schritt eine echte Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen.⁶⁹⁰ Obwohl diese Interpretation mitunter als «mutige Rechtsfortbildung» bezeichnet worden ist,⁶⁹¹ sind ihr weder der EuGH noch das überwiegende Schrifttum gefolgt.⁶⁹²

Wiederum vereinzelt wurde schliesslich vertreten, dass die Bereichsausnahmen aus systematischer Hinsicht entbehrlich seien, da von den Grundfreiheiten von vornherein nur wirtschaftliche Tätigkeiten erfasst seien.⁶⁹³ Tätigkeiten der «öffentlichen Verwaltung» resp. «in Ausübung öffentlicher Gewalt» seien hingegen niemals wirtschaftlicher Natur, da sie vom Staat von Wettbewerb und Binnenmarkt ausgenommen seien.⁶⁹⁴ Diesbezüglich ist einerseits festzuhalten, dass der europäische Gesetzgeber mehr als fünfzig Jahre Zeit gehabt hätte, um die angeblich redundanten Vorbehalte zu streichen. Andererseits bejaht der EuGH den für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten erforderlichen Bezug zum Wirtschaftsleben wie gesehen relativ grosszügig. Entsprechend könnten darunter durchaus auch Tätigkeiten fallen, die mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sind oder zur öffentlichen Verwaltung gehören.⁶⁹⁵ Die prinzipielle Möglichkeit der Ausnahme solcher Tätigkeiten von den Grundfreiheiten muss mithin bestehen bleiben.

Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass die Bereichsausnahmen insbesondere aufgrund des klaren Wortlauts der jeweiligen Bestimmungen zu Recht sowohl von der herrschenden Lehre als auch vom EuGH systematisch als Ausnahmetatbestände der jeweiligen Freizügigkeitsrechte qualifiziert werden. Ist der Anwendungsbereich der Bereichsausnahmen eröffnet, verbietet sich eine Verhältnismässigkeitsprüfung aber nicht zwangsläufig. Vielmehr ist der dahinterstehende Gedanke in die Prüfung des Vorliegens der Bereichsausnahme selbst zu integrieren. So kann eruiert werden, ob die Abwägung der Interessen des Staates an den mit der jeweiligen Beschränkung verfolgten Zwecken das Interesse an der Realisierung eines umfassenden freien Binnenmarkts überwiegt.⁶⁹⁶

⁶⁸⁹ GA CRUZ VILLALÓN zu EuGH, Rs. C-54/08, EU:C:2010:522.

⁶⁹⁰ GA CRUZ VILLALÓN zu EuGH, Rs. C-54/08, EU:C:2010:522, Rz. 86; vgl. dazu auch FRENZ, Staatsangehörigkeitsvoraussetzung, 891; FUCHS, Bereichsausnahmen, 119 f. m.w.H.

⁶⁹¹ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 Rz. 5.

⁶⁹² EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 84 ff.; DOLL, 91; FUCHS, Bereichsausnahmen, 120 f., jeweils m.w.H.

⁶⁹³ KRANZ, 368 ff.

⁶⁹⁴ KRANZ, 371; vgl. auch FUCHS, Bereichsausnahmen, 117.

⁶⁹⁵ FUCHS, Bereichsausnahmen, 118.

⁶⁹⁶ FUCHS, Bereichsausnahmen, 118 f.; SCHMID/PINKEL, Einschränkungen, 145; WITTKOPP, 112; wohl a.M. DOLL, 54.

IV. Bereichsausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit

1. Überblick

336 Nachdem die Darstellung der gemeinsamen Ziele und Systematik einen ersten Überblick zu den Bereichsausnahmen des unionalen Freizügigkeitsrechts ermöglichte, sind in einem zweiten Schritt die beiden Bereichsausnahmen gemäss Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 AEUV jeweils separat zu exzerpieren. Nachstehend wird zuerst Art. 45 Abs. 4 AEUV einer eingehenden Analyse unterzogen.

2. Wortlaut

337 Art. 45 AEUV ist wie gesehen die Ausgangsnorm der unionalen Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Bestimmung stipuliert in Abs. 4 die im vorliegenden Zusammenhang interessierende Bereichsausnahme:

«Art. 45 AEUV

- (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.»

3. Auslegungsperspektiven

338 Art. 45 Abs. 4 AEUV resp. dessen Vorgängernorm war in den letzten Jahrzehnten durchaus häufiger Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung.⁶⁹⁷ Dadurch konnten einige Grundsätze, die dessen Auslegung und Anwendung beherrschen, geklärt werden. Dennoch verbleiben auch weiterhin erhebliche Unsicherheiten bei dessen Anwendung.⁶⁹⁸ Die Aussage von GA MAYRAS, wonach eine Begriffsdefinition der «öffentlichen Verwaltung» beinahe unmöglich sei und man sich vielmehr darauf beschränken müsse, sich «dem Begriff von mehreren Seiten zu nähern» und sich nicht für eine «zu starre Auslegung» entscheiden solle, kann auch heute noch eine gewisse Geltung beanspruchen.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Vgl. dazu sogleich unten, Rz. 353 ff.

⁶⁹⁸ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 421.

⁶⁹⁹ GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1973:148, 171.

In erster Linie stellt sich die Frage, aus welcher Perspektive die Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV auszulegen ist. Gerade in der Anfangsphase der EU war unter den Mitgliedstaaten die Meinung weit verbreitet, dass eine rein mitgliedstaatliche Perspektive eingenommen und der Begriff «öffentliche Verwaltung» geradezu als Verweis auf das nationale Recht wahrgenommen werden müsse. Eine Auslegung aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive stelle dagegen eine vertragswidrige Kompetenzüberschreitung dar.⁷⁰⁰ 339

Andere Autoren argumentierten, die Auslegung müsse zweistufig erfolgen: Zuerst solle an das jeweilige mitgliedstaatliche Verständnis angeknüpft werden, um dieses in einem zweiten Schritt punktuell einer unionsrechtlichen Kontrolle zu unterziehen. Nur eine solche, vermittelnde Interpretation könne den unterschiedlichen Begriffsverständnissen in den Mitgliedstaaten gerecht werden.⁷⁰¹ 340

Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁷⁰² wird jedoch in der Lehre ganz überwiegend die Meinung vertreten, dass der Begriff rein unionsrechtlich auszulegen sei.⁷⁰³ Gerade aufgrund des doch breiten Spektrums unterschiedlicher Verwaltungsorganisationsformen der Mitgliedstaaten wäre andernfalls die gewünschte Einheit der Unionsordnung gefährdet.⁷⁰⁴ Die Mitgliedstaaten könnten willkürlich und nach Gutdünken durch die Zuordnung eines Beschäftigungsverhältnisses zur öffentlichen Verwaltung dem Unionsrecht Regelungsbereiche entziehen, was dem Sinn und Zweck der Norm widerspräche.⁷⁰⁵ 341

Mit der Frage nach der Auslegungsperspektive von Art. 45 Abs. 4 AEUV verknüpft ist auch jene, ob der Begriff der «öffentlichen Verwaltung» funktional oder institutionell zu verstehen ist. Nach den heute überwiegenden Lehrmeinungen⁷⁰⁶ und der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁷⁰⁷ ist nicht die institutionelle Zugehörigkeit zu einer be- 342

⁷⁰⁰ LECHELER, 29 f.; RIECKHOFF, 98.

⁷⁰¹ KLINGE, 328; WITTKOPP, 216 ff.

⁷⁰² Vgl. statt vieler EuGH, *Sotgiu*, EU:C:1974:13, Rz. 5; Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 38; Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 43.

⁷⁰³ FORSTHOFF, *Grabitz/Hilf AEUV*, 424; BRECHMANN, *Callies/Ruffert AEUV*, Art. 45 N 107; FRANZEN, *Streinz AEUV*, Art. 45 N 146 ff; ESCHMANN, 66; VELTMANN, 63; differenzierend FUCHS, *Bereichsausnahmen*, 312 f.

⁷⁰⁴ ESCHMANN, 62.

⁷⁰⁵ EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, Rz. 26 und GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1974:13, 169; vgl. auch FORSTHOFF, *Grabitz/Hilf AEUV*, Art. 45 N 424; FUCHS, *Bereichsausnahmen*, 312.

⁷⁰⁶ FORSTHOFF, *Grabitz/Hilf AEUV*, Art. 45 N 424; BRECHMANN, *Callies/Ruffert AEUV*, Art. 45 N 147; ESCHMANN, 70; FUCHS, *Bereichsausnahmen*, 315 f.

⁷⁰⁷ EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1974:13, Rz. 5; Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 21; Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*; EU:C:1986:222, Rz. 12; Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, EU:C:1996:263, Rz. 27.

stimmten Verwaltungseinheit, sondern die tatsächliche, funktionale Beschaffenheit der Tätigkeit entscheidend für die Zuordnung zur öffentlichen Verwaltung.⁷⁰⁸

4. Anknüpfungspunkte

343 Die Bereichsausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV wird durch die Begriffe «Beschäftigung» und «öffentliche Verwaltung» geprägt.

344 Die Formulierung «Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung» findet im Vertragswortlaut selbst keine nähere Konkretisierung und ist mithin auslegungsbedürftig. Die reichhaltige Rechtsprechung des EuGH hat diesbezüglich zumindest die Grundsätze, welche die Auslegung und Anwendung von Art. 45 Abs. 4 AEUV prägen, geklärt.⁷⁰⁹ Auf ihr liegt denn auch nachstehend der Fokus vorliegender Untersuchung.⁷¹⁰ Hiervor seien aber gewisse bestehende Unsicherheiten in Bezug auf die beiden Hauptmerkmale der Bereichsausnahme hervorgehoben:

a) «Beschäftigung»

345 In erster Linie ist klärungsbedürftig, welche Bedeutung dem Begriff «Beschäftigung» zukommt. Der EuGH hielt fest, dass sich «Beschäftigung» nur auf das konkrete Beschäftigungsverhältnis beziehe, und nicht auch darüber hinaus auf die gesamte für eine Stelle vorgesehene Laufbahn.⁷¹¹ Liegen nach Auffassung des EuGH bezüglich einer konkreten Stelle die Voraussetzungen für eine Tätigkeit in der «öffentlichen Verwaltung» vor, so rechtfertige dies kein allgemeines Verbot für den gesamten Bereich, in dem ebendiese Stelle angesiedelt ist.⁷¹²

346 Augenfällig ist ferner die terminologische Abweichung im Vergleich zum Begriff der «Tätigkeit», welcher Art. 51 Abs. 1 AEUV zugrunde liegt. Der Wortlaut von Art. 45 Abs. 4 AEUV suggeriert hier zumindest *prima vista* eine weitere Geltung, da eine Beschäftigung grundsätzlich mehrere Tätigkeiten in sich vereinen kann.⁷¹³ Die herrschende Lehre plädiert unter Bezugnahme auf eine enge, teleologische Auslegung, dass nur Einzeltätigkeiten unter den Begriff der «Beschäftigung» fallen sollen. Eine unterschiedliche Tragweite im Vergleich zu Art. 51 Abs. 1 AEUV widerspreche nämlich Sinn und Zweck der Bereichsausnahme.⁷¹⁴

⁷⁰⁸ ESCHMANN, 67; WITTKOPP, 210; KLINGE, 286.

⁷⁰⁹ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 421.

⁷¹⁰ Vgl. unten, Rz. 357 ff.

⁷¹¹ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 20 ff.; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 428; FUCHS, Bereichsausnahmen, 319.

⁷¹² EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 47; FUCHS, Bereichsausnahmen, 319.

⁷¹³ EDELMANN, 43.

⁷¹⁴ KLINGE, 286 f.; DOLL, 63; FUCHS, Bereichsausnahmen, 319 f.

b) «Öffentliche Verwaltung»

Der Begriff «öffentliche Verwaltung» steht im Zentrum der Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV und auch nachfolgender Begriffsannäherung. Diese beginnt mit einer überblicksartigen Darstellung der Begriffsbestimmungen durch die EU-Organe und der in der Literatur zu findenden Definitionsversuche. Im Mittelpunkt steht sodann aber wie erwähnt die breit gefächerte Rechtsprechung des EuGH zu Art. 45 Abs. 4 AEUV. 347

Vorab fällt auf, dass der Begriff «öffentliche Verwaltung» – anders als alle anderen analysierten Bereichsausnahmen – keine direkte Bezugnahme auf eine genuin staatliche, hoheitliche Gewaltausübung beinhaltet. Im ersten Teil dieser Arbeit wurde bereits herausgearbeitet, dass der Begriff «hoheitlich» tendenziell enger zu fassen ist als z.B. die Bezeichnungen «amtlich», «staatlich» oder «öffentlich». ⁷¹⁵ Was also ist unter «öffentlicher Verwaltung» zu verstehen und inwiefern besteht ein Konnex zur «Hoheitlichkeit»? 348

Erste Anhaltspunkte hierzu finden sich beispielsweise in einer erstaunlich spezifischen Stellungnahme der Europäischen Kommission: ⁷¹⁶ Im Rahmen von Bemühungen, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu fördern, hatte diese 1988 beschlossen, eine systematische Aktion zur Aufhebung der Beschränkungen aufgrund der Staatsangehörigkeit durchzuführen, die in den einzelnen Ländern Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten den Zugang zur Beschäftigung in einigen genau festgelegten Bereichen der öffentlichen Verwaltung untersagen. ⁷¹⁷ Die Mitgliedstaaten sollten den Zugang zur Beschäftigung in gewissen Berufsgruppen öffnen, weil diese in der Regel derart weit von den «spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung [...] entfernt» seien, dass «sie nur in aussergewöhnlichen Fällen unter die Ausnahme nach Art. 48 Abs. 4 EWG-Vertrag [heute Art. 45 Abs. 4 AEUV]» fielen. ⁷¹⁸ Gemäss der Kommission gehörten zu den zu liberalisierenden Tätigkeiten insbesondere solche im Bereich des *Service public* und der Leistungsverwaltung. Dazu gehörten etwa die Erbringung kommerzieller Dienstleistungen auf dem Gebiet des öffentlichen Verkehrswesens, der Strom- und Gasversorgung, Dienstleistungen von Luftverkehrsunternehmen und Reedereien, das Post- und Fernmeldewesen, Rundfunk- und Fernsehanstalten, Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitswesens und Lehr- und Forschungstätigkeiten. ⁷¹⁹ 349

Typischerweise in den Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 4 AEUV fielen dagegen 350 «spezifische Dienste des Staates»: Betätigungen im Bereich der klassischen Eingriffs-

⁷¹⁵ Vgl. oben, Rz. 113 ff.

⁷¹⁶ Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 321 f.

⁷¹⁷ Europäische Kommission, Aktion Freizügigkeit, 2 ff.

⁷¹⁸ Europäische Kommission, Aktion Freizügigkeit, 3.

⁷¹⁹ Europäische Kommission, Aktion Freizügigkeit, 3.

verwaltung wie diejenigen der Polizei und sonstiger Ordnungskräfte, der Armee, der Steuerverwaltung und Diplomatie, der klassischen Staatsverwaltung und -regierung auf sämtlichen Ebenen, aber auch Tätigkeiten im Bereich der Rechtspflege.⁷²⁰

- 351 Die Europäische Kommission verfolgte in dieser Stellungnahme aus dem Jahr 1988 somit einen institutionellen Ansatz, womit sie sowohl der zuvor ergangenen Rechtsprechung des EuGH, als auch den praktisch einhelligen Lehrmeinungen widersprach.⁷²¹ Der EuGH billigte die Initiative der Kommission in einigen jüngeren Urteilen zumindest implizit.⁷²² In der Lehre stiess die institutionelle Anknüpfung jedoch auf heftige Kritik, da sie keinen Raum mehr offenlasse, um mögliche Mischfunktionen oder schützenswerte Staatsinteressen zu berücksichtigen.⁷²³ In der jüngeren Lehre wird der Auflistung der Kommission letztlich nur, aber immerhin, noch indizielle Bedeutung zugesprochen.⁷²⁴
- 352 Die zahlreichen Interpretationsversuche in der Lehre selbst verweisen vornehmlich auf die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff, ohne aber wesentliche, darüber hinaus gehende Erkenntnisse zu liefern.⁷²⁵ Einigkeit besteht soweit ersichtlich darüber, dass die Bereichsausnahme eng auszulegen ist.⁷²⁶

5. Rechtsprechung des EuGH

- 353 Die Begriffsbestimmung der «öffentlichen Verwaltung» ist vor diesem Hintergrund anhand der umfassenden Rechtsprechung des EuGH, die sich im Kern mit der Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV befasste, zu vollziehen.⁷²⁷
- 354 Nachfolgende rekonstruktive Analyse der Rechtsprechungstätigkeit des EuGH erhebt freilich keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Berücksichtigt sind lediglich jene Entscheidungen, die für die Entwicklung des Begriffs von einer gewissen Relevanz waren. Die Darstellung erfolgt chronologisch. Dies erlaubt es, die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH mitzuverfolgen, und so auch Parallelen zur Veränderung

⁷²⁰ Europäische Kommission, Aktion Freizügigkeit, 3.

⁷²¹ Vgl. dazu oben, Rz. 342.

⁷²² Vgl. EuGH, Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, EU:C:1996:263, Rz. 4 ff.; Rs. C-290/94, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265, Rz. 4 ff., in denen der EuGH auf die «systematische Aktion» der Kommission Bezug nimmt und teilweise ganze Passagen daraus zitiert; vgl. dazu auch FUCHS, Bereichsausnahmen, 322.

⁷²³ HOCHBAUM, 587; KÄMMERER, 37 f.

⁷²⁴ FUCHS, Bereichsausnahmen, 322 m.w.H.

⁷²⁵ Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 322 f. m.w.H.

⁷²⁶ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 424 ff.; BRECHMANN, Callies/Ruffert AEUV, Art. 45 N 107 ff.; SCHNEIDER/WUNDERLICH, Schwarze AEUV, Art. 45 N 134 ff.; Streinz, Euoparecht, Rz. 945; ESCHMANN, 85 ff.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 344 ff.

⁷²⁷ Vgl. zur (älteren) Rechtsprechung des EuGH zu Art. 45 Abs. 4 AEUV jeweils ausführlich: BECKER, 276 ff.; ESCHMANN, 73 ff.; HOCHBAUM, 584 ff.; DOLL, 60 ff.; VELTMANN, 72 ff.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 323 ff.

der Struktur der EU⁷²⁸ aufzuzeigen. Das Prinzip der chronologischen Darstellung erfährt bloss bei jenen Urteilen einen Bruch, die zu denselben oder zumindest ähnlichen Berufsgattungen ergangen sind. In diesen Fällen liegt es nahe, sie aufgrund ihrer thematischen Parallelen unmittelbar nacheinander darzustellen.

Vorab gilt es zu bemerken, dass in den Urteilen des EuGH selbst nicht immer die entscheidenden Formulierungen zum Wesenskern der «öffentlichen Verwaltung» anzutreffen sind. Oft sind es auch die Schlussanträge der Generalanwaltschaft resp. die Stellungnahmen der Verfahrensparteien, die die Entwicklung des Begriffs massgeblich geprägt haben, indem sie diesen ausführlicher beleuchtet haben.⁷²⁹ 355

Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH zu den Bereichsausnahmen des Unionsrechts aus zweierlei Gründen im Gesamtkontext vorliegender Studie bewusst relativ ausführlich dargestellt wird: Einerseits kommt der Rechtsprechung des EuGH im Mehrebenensystem des Freizügigkeitsrechts eine besondere Bedeutung zu, da sie – wie noch zu demonstrieren sein wird – auch auf die weiteren in dieser Arbeit behandelten Ebenen Reflexwirkungen zeitigt. Andererseits kann vorweggenommen werden, dass in der Rechtsprechung des EuGH bzw. den Anträgen der Generalanwaltschaft die Ausführungen zum im Zentrum vorliegender Arbeit stehenden Hoheitlichkeitsbegriff deutlich tiefergreifender sind, als dies auf allen anderen behandelten Freizügigkeitsebenen der Fall ist. 356

a) *Rs. 152/73, Sotgiu (Postangestellte)*

Im Urteil *Sotgiu*⁷³⁰ äusserte sich der EuGH zum ersten Mal zur Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV. In diesem Vorabentscheidungsverfahren beschäftigte sich der EuGH mit dem Fall des italienischen Facharbeiters Giovanni Sotgiu. Herr Sotgiu war bei der Deutschen Bundespost angestellt und hielt sich zu diesem Zweck in Deutschland auf. Seit seiner Einstellung bezog er eine tägliche Trennungentschädigung, da seine Familie nicht in Deutschland wohnte. Diese ursprünglich für alle in- und ausländischen Arbeitnehmer gleich hoch bemessene Entschädigung wurde für diejenigen Arbeitnehmer, die an einem anderen Ort als dem inländischen Wohnort arbeiteten, erhöht. Arbeitnehmer, deren Wohnort wie bei Herrn Sotgiu im Ausland lag, erhielten jedoch weiter die ursprüngliche Summe. 357

Der EuGH verneinte, dass es sich bei der Beschäftigung von Herrn Sotgiu um eine solche der «öffentlichen Verwaltung» im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV handle. Er begründete dies mit einem rein formellen Argument: 358

⁷²⁸ Vgl. dazu oben, Rz. 283 ff.

⁷²⁹ Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 140 f.

⁷³⁰ EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1974:13.

«Den Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, ist mit der Möglichkeit Genüge getan, den Zugang ausländischer Staatsangehöriger zu gewissen Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung zu beschränken. Diese Bestimmung kann jedoch keine unterschiedliche Behandlung in Bezug auf Entlohnung oder sonstige Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer rechtfertigen, wenn diese einmal in den Dienst der Verwaltung aufgenommen sind. Denn bereits die Tatsache der Aufnahme in den Dienst der Verwaltung zeigt, dass die Interessen, die die Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäss Artikel 48 Absatz 4 [heute Art. 45 Abs. 4 AEUV] rechtfertigen, nicht in Frage stehen.»⁷³¹

- 359 Sobald also der Berufszugang zu einer Verwaltungstätigkeit erfolgt ist, seien EU-Ausländer gleichwertige Träger der Arbeitnehmerfreizügigkeit und des entsprechenden Sekundärrechts.⁷³² Diesen Grundsatz vertritt der EuGH seither in ständiger Rechtsprechung.⁷³³ Zum materiellen Umfang der Bereichsausnahme äusserte sich der EuGH hingegen nicht, da es sich bei der Trennungsschädigung um eine Berufsausübungsregelung handle. Art. 45 Abs. 4 AEUV stipuliere hingegen lediglich, welche Berufszugangsregelungen von der Freizügigkeit befreit sein können. Zur Prüfung des eigentlichen Tatbestandes des Art. 45 Abs. 4 AEUV musste der EuGH mithin gar nicht erst voranschreiten und konnte so dem Begriff der «öffentlichen Verwaltung» auch noch keine klareren Konturen verleihen.⁷³⁴
- 360 Interessant sind in diesem Kontext hingegen die Schlussanträge des GA MAYRAS. Nahe an seinen Schlussanträgen im Parallelverfahren *Reyners*⁷³⁵ argumentierte er, dass die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV nur eingreife, wenn «der Stelleninhaber Entscheidungsbefugnisse gegenüber Privatleuten hat oder wenn seine Tätigkeit einzelstaatliche Interessen berührt, insbesondere der inneren und äusseren Sicherheit».⁷³⁶ Das postulierte Erfordernis der «Entscheidungsbefugnis» entspricht jenem der Begriffsbestimmung zur «öffentlichen Gewalt» aus dem kurze Zeit später ergangenen *Reyners*-Urteil⁷³⁷.

b) *Rs. 149/79, Kommission/Belgien (Angestellte öffentlicher Körperschaften)*

- 361 Der EuGH versuchte sich im Urteil *Kommission/Belgien*⁷³⁸ erstmals selbst an der Auslegung von Art. 45 Abs. 4 AEUV. Das Urteil fand in der Lehre grosse Beachtung und

⁷³¹ EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1974:13, Rz. 4.

⁷³² FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 444; FUCHS, Bereichsausnahmen, 318.

⁷³³ Vgl. etwa EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, EU:C:1987:284, Rz. 11; Rs. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, EU:C:2000:655, Rz. 36; Rs. C-187/96, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1998:101, Rz. 17.

⁷³⁴ ESCHMANN, 75; FUCHS, Bereichsausnahmen, 317 und 323 f.

⁷³⁵ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68; vgl. dazu unten, Rz. 443 ff.

⁷³⁶ GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1973:148, 172.

⁷³⁷ GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:59, 665 f.; vgl. dazu unten, Rz. 446 ff.

⁷³⁸ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297; vgl. dazu jeweils ausführlich und m.w.H. DOLL, 61 ff. und FUCHS, Bereichsausnahmen, 324 ff.

wird als entscheidende Weichenstellung für die Bedeutung der Bereichsausnahme bezeichnet.⁷³⁹ In diesem Vertragsverletzungsverfahren klagte die Kommission gegen Belgien, da diverse Stellenausschreibungen für belgische Körperschaften als Bewerbungsvoraussetzung die belgische Staatsangehörigkeit vorsahen. Betroffen waren Stellenausschreibungen für verschiedenste Berufe, unter anderem Krankenschwestern, Nachtwächter, Architekten und Elektriker, die von belgischen Gemeinden angestellt werden sollten.⁷⁴⁰

In einem Zwischenurteil befand der EuGH vorab, dass Art. 45 Abs. 4 AEUV nur diejenigen Stellen vom Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausnehme, die eine «unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind». Die Beschäftigung auf derartige Stellen setze nämlich «ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraus, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen».⁷⁴¹ Der EuGH erkannte, dass die Anwendung dieser neu aufgestellten Definition und der Unterscheidungskriterien in einzelnen Fällen mit «Beurteilungs- und Abgrenzungsprobleme[n]» verbunden sein könne.⁷⁴² Dennoch prägt sie auch heute noch das unionsrechtliche Verständnis der «öffentlichen Verwaltung» im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV.⁷⁴³ Nach Massgabe des Gerichtshofs kommt es mithin darauf an, ob die betreffenden Aufgaben ihrem Wesen nach in den Anwendungsbereich des AEUV fallen.⁷⁴⁴ Im konkreten Fall konnte dies der EuGH zum Zeitpunkt des Zwischenurteils mangels hinreichender Angaben zur tatsächlichen Natur der konkret zu beurteilenden belgischen Stellen noch nicht feststellen.⁷⁴⁵ Die Zuordnung hänge jedenfalls davon ab, ob die betreffenden Stellen insoweit «typisch» für die besonderen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung seien, «als diese mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und mit der Verantwortung für die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates betraut ist».⁷⁴⁶

Im später veröffentlichten Endurteil erwog der EuGH sodann, dass die Anstellungen als ungelernete Hilfsarbeiter, ausgebildete Handwerker und Krankenschwestern mangels Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung *per se* nicht unter die Bereichsausnahme

⁷³⁹ Statt vieler ESCHMANN, 75 m.w.H.

⁷⁴⁰ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, 3884 f.

⁷⁴¹ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 10; vgl. dazu auch FUCHS, Bereichsausnahmen, 315 und 325.

⁷⁴² EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 12.

⁷⁴³ FUCHS, Bereichsausnahmen, 325.

⁷⁴⁴ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 11.

⁷⁴⁵ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 23.

⁷⁴⁶ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 12.

fallen könnten.⁷⁴⁷ Prinzipiell könnten dagegen ausgeschriebene Stellen wie «Leiter der technischen Kontrolle», «Hauptkontrolleur», «Arbeitskontrolleur», «Inventarkontrolleur», «Nachtwächter der Stadtverwaltung» und «Architekt der Stadtverwaltung» unter die Bereichsausnahme fallen.⁷⁴⁸ Eine nähere Begründung für diese Feststellung gab der Gerichtshof indes nicht. Dies lag auch daran, dass sich der Gerichtshof selbst im Zeitpunkt des Endurteils gestützt auf die ihm vorliegenden Unterlagen weiterhin nicht in der Lage sah, seine in diesem Urteil entwickelte Auffassung konkret auf die in Belgien ausgeschriebenen Stellen anzuwenden.⁷⁴⁹

364 In seinen Schlussanträgen plädierte GA MAYRAS wie bereits im Verfahren *Sotgiu*⁷⁵⁰ dafür, den Begriff der «öffentlichen Verwaltung» in Anlehnung an seine Begriffsdefinition der «öffentlichen Gewalt» aus den *Reyners*-Schlussanträgen⁷⁵¹ zu interpretieren. Die Bereichsaufnahmen wiesen Parallelen auf.⁷⁵² Art. 45 Abs. 4 AEUV umfasse zumindest diejenigen Stellen, die einen «unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit der dauernden oder zeitweiligen, nicht unter das allgemeine Recht fallenden Ausübung öffentlicher Gewalt» aufwiesen.⁷⁵³ Der EuGH jedoch unterliess es, in seinem Urteil einen direkten Bezug zur «öffentlichen Gewalt» zu konstruieren. Dies deutet darauf hin, dass er zumindest im Urteilszeitpunkt der Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV eine eigenständige Bedeutung und Auslegung beikommen lassen wollte.⁷⁵⁴

365 Mit dem Urteil *Kommission/Belgien* begründete der EuGH seine bis heute massgebende und von ihm immer wieder angeführte Definition des Begriffs der «öffentlichen Verwaltung». Gleichzeitig ist zu konstatieren, dass er die streitgegenständlichen Tätigkeiten gar nicht erst unter diese neu gefundene Formel zu subsumieren versuchte. Ohne nähere Begründung hielt er lediglich die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 4 AEUV auf bestimmte Berufsgruppen fest und schloss andere Berufsgruppen *per se* davon aus. Offen blieb dagegen die eigentliche Bedeutung und Tragweite der Formel.⁷⁵⁵ Typisch für eine Tätigkeit, die unter die Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV fällt, scheint nach dem Gesagten aber die «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» zu sein, womit der zuvor in Frage gestellte Konnex zum Hoheitlichkeitsbegriff⁷⁵⁶ bereits deutlich in Erscheinung tritt.

⁷⁴⁷ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 9.

⁷⁴⁸ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 8.

⁷⁴⁹ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:297, Rz. 5; vgl. FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 438; FUCHS, Bereichsausnahmen, 325.

⁷⁵⁰ Vgl. dazu oben, Rz. 357 ff.

⁷⁵¹ Vgl. dazu unten, Rz. 446 ff.

⁷⁵² GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:220, 3915.

⁷⁵³ GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, EU:C:1980:220, 3916.

⁷⁵⁴ FUCHS, Bereichsausnahmen, 326.

⁷⁵⁵ FUCHS, Bereichsausnahmen, 326.

⁷⁵⁶ Vgl. oben, Rz. 348.

c) *Rs. 307/84, Kommission/Frankreich (Krankenpflegepersonal)*

In diesem Vertragsverletzungsverfahren ging es um eine Regelung, die nur französischen Staatsangehörigen die Ernennung zu Beamten auf Lebenszeit im Rahmen einer Tätigkeit als Krankenpfleger ermöglichen sollte.⁷⁵⁷ Frankreich erklärte, dass es aufgrund der internen Arbeitsweise des französischen öffentlichen Dienstes unmöglich sei, auch EU-Ausländer als Beamte auf Lebenszeiten zuzulassen. 366

Der EuGH entschied unter Bezugnahme auf die in den Urteilen *Sotgiu* und *Kommission/Belgien* aufgestellten Grundsätze, dass es für die Anwendung der Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV (i) unbeachtlich sei, ob ein Arbeitnehmer formell als Angestellter, Arbeiter oder Beamter beschäftigt werde und (ii) der Zugang zu einer bestimmten Anstellung EU-Bürgern nicht verschlossen bleiben dürfe, nur weil die betreffende Stelle zum Beamtenstatus auf Lebenszeit berechtige.⁷⁵⁸ Ferner rief der Gerichtshof seine Begriffsdefinition der «öffentlichen Verwaltung» aus dem Urteil *Kommission/Belgien* in Erinnerung.⁷⁵⁹ Bei der Tätigkeit von Krankenpflegern in öffentlichen Krankenhäusern handle es sich «angesichts der Natur der damit verbundenen Aufgaben und Verantwortlichkeiten nicht um Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung».⁷⁶⁰ *In casu* liege eine Diskriminierung vor, da EU-Ausländern nicht die gleichen Vergünstigungen und Garantien biete, wie sie ein Beamtenstatus zu Lebenszeit gewähren könnte.⁷⁶¹ 367

Der EuGH bestätigte damit seinen zuvor erarbeiteten Definitionsrahmen zum Begriff der «öffentlichen Verwaltung» nachdrücklich.⁷⁶² Eine Subsumtion im konkreten Fall sucht man aber wiederum vergeblich. Dem Begriffsverständnis der «öffentlichen Verwaltung» und der dieser inhärenten «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» fügte er keine neuen Aspekte hinzu.⁷⁶³ 368

Mit Blick darauf sind abermals die Schlussanträge des Generalanwalts erwähnenswert. GA MANCINI zog umfangreiche Parallelen zur Rechtsprechung des EuGH zur Bereichsausnahme in Art. 51 Abs. 1 AEUV. Unter Bezugnahme auf die Schlussanträge MAYRAS' argumentierte er, dass die öffentliche Verwaltung ihre hoheitlichen Befugnisse dann ausübe, wenn sie sich «typischerweise in Willensakten äussert, mit denen dergestalt Zwang auf die Bürger ausgeübt wird, dass von ihnen Gehorsam gefordert oder, wenn sie nicht gehorchen wollen, erzwungen wird».⁷⁶⁴ Beachtenswert an 369

⁷⁵⁷ EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, EU:C:1986:222.

⁷⁵⁸ EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, EU:C:1986:222, Rz. 11.

⁷⁵⁹ EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, EU:C:1986:222, Rz. 10.

⁷⁶⁰ EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, EU:C:1986:222, Rz. 13.

⁷⁶¹ EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, EU:C:1986:222, Rz. 13 f.

⁷⁶² Vgl. dazu oben, Rz. 362.

⁷⁶³ Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 327 f.

⁷⁶⁴ GA MANCINI zu EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, EU:C:1986:150, 1730 ff.

dieser Aussage ist insbesondere die (erstmalige) Referenz auf eine den hoheitlichen Tätigkeiten inhärente Zwangskomponente⁷⁶⁵, welcher der EuGH selbst in der jüngeren Rechtsprechung auch eine gewisse Bedeutung beimisst.⁷⁶⁶

d) *Rs. 66/85, Lawrie-Blum (Referendare für das Lehramt)*

- 370 Das Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache *Lawrie-Blum* gilt bis heute als Leiturteil zur unionsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁷⁶⁷ Der EuGH hatte darin zu beurteilen, ob die britische Staatsangehörige Lawrie-Blum verlangen konnte, unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer zum Referendardienst für Lehrkräfte in Baden-Württemberg zugelassen zu werden, da sie ihr erstes Staatsexamen an einer deutschen Universität abgelegt hatte. In den Vorbereitungsdienst konnten gemäss dem damals geltenden Landesbeamtengesetz jedoch nur deutsche Staatsangehörige berufen werden.⁷⁶⁸
- 371 Der EuGH verneinte, dass es sich bei der Referendarstätigkeit um eine Beschäftigung der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV handle. Er verwies hierzu auf die schon üblich gewordene Formulierung zur «öffentlichen Verwaltung» aus dem Urteil *Kommission/Belgien*.⁷⁶⁹ Eine Referendarin übe zwar im Grunde wohl durchaus hoheitliche Befugnisse aus, insbesondere in dem sie die Schüler benoten könne.⁷⁷⁰ Die «engen Voraussetzungen» von Art. 45 Abs. 4 AEUV seien bei der Referendarstätigkeit aber nicht erfüllt.⁷⁷¹
- 372 Weitere Erkenntnisse ergeben sich sodann einmal mehr aus den Schlussanträgen des GA LENZ. Er plädierte dafür, die vom EuGH skizzierten Voraussetzungen für eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung – die «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» und die «Verantwortung für die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates» – kumulativ zu verstehen.⁷⁷² Im Bildungsbereich habe dies zur Konsequenz, dass lediglich Leitungs- und Koordinationstätigkeiten, in deren Kompetenzbereich die Ausarbeitung von Grundsätzen für die Notenvergabe und die Erteilung von Zeugnissen liegt, unter die Ausnahme fallen könnten. Lehrer, und noch weniger Referendare, seien von der Ausnahme jedenfalls nicht erfasst.⁷⁷³

⁷⁶⁵ Vgl. dazu oben, Rz. 109 f.

⁷⁶⁶ GA MANCINI zu EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, EU:C:1986:150, 1732; vgl. zum Ganzen FUCHS, Bereichsausnahmen, 328.

⁷⁶⁷ EDELMANN, 13 ff.; DOLL, 66 ff.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 328.

⁷⁶⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 329.

⁷⁶⁹ EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, Rz. 27; vgl. oben, Rz. 362.

⁷⁷⁰ EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, Rz. 28; FUCHS, Bereichsausnahmen, 329; a.M. DOLL, 67, der die Entscheidungsbefugnisse der Referendare *per se* nicht als hoheitlich qualifiziert und die entsprechende Formulierung des EuGH anders deutet.

⁷⁷¹ EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, Rz. 28.

⁷⁷² GA LENZ zu Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:179, 2130 f.

⁷⁷³ GA LENZ zu Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:179, 2135; zustimmend ESCHMANN, 79; FUCHS, Bereichsausnahmen, 330; vgl. für private Lehrertätigkeiten auch EuGH, Rs. 147/86, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1989:610; dazu unten, Rz. 449 f.

e) *Rs. 225/85, Kommission/Italien (Forscher an staatlichen Einrichtungen)*

In einem kurz darauf von der Kommission initiierten Vertragsverletzungsverfahren musste der EuGH beurteilen, ob ausländische Forscher hinsichtlich Einstellungs- und Arbeitsbedingungen bei einer italienischen, staatlichen Forschungseinrichtung benachteiligt wurden. Stein des Anstosses war eine Bestimmung, wonach ausländische Wissenschaftler – im Gegensatz zu ihren inländischen Kollegen – unter gewissen Voraussetzungen keine Beamtenanstellungen erhalten und auch nicht auf unbestimmte Zeit weiterbeschäftigt werden konnten.⁷⁷⁴ 373

Der EuGH zitierte bei der Prüfung der Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV die nunmehr hinlänglich bekannte Formel zur «öffentlichen Verwaltung», wobei er jedoch die Konjunktion abänderte: Um unter die Ausnahmebestimmungen zu fallen, verlangte der Gerichtshof, dass die Forschertätigkeit mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse *oder* der Wahrung allgemeiner Staatsbelange betraut sein müsste.⁷⁷⁵ Dies treffe bei den allgemeinen Aufgaben der Forscher des Instituts nicht zu: «Allein staatliche Leitungs- oder Beratungsfunktionen in wissenschaftlichen und technischen Fragen könnten als Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung [...] angesehen werden.»⁷⁷⁶ Die reine Möglichkeit der späteren Beförderung in Führungspositionen, welche wiederum gegebenenfalls unter Art. 45 Abs. 4 AEUV fallen könnten, könne jedenfalls nicht zur Folge haben, dass EU-Ausländern der Zugang zu diesem Beruf von vornherein versperrt bleibe.⁷⁷⁷ 374

Mit der Auswechslung der Konjunktion («oder» statt «und») schien der EuGH von einer kumulativen Anwendung seiner beiden Auslegungskriterien abzurücken. In der Lehre wurde diskutiert, ob der EuGH tatsächlich ein alternatives Vorliegen hoheitlicher Befugnisse oder der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates ausreichen lassen wollte, oder ob diese Änderung seiner gewohnten Formel unsystematisch erfolgt war.⁷⁷⁸ Ein alternatives Verständnis hätte wohl zur Folge, dass der Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht unerheblich erweitert würde. Dieses Verständnis würde somit dem verfolgten Grundsatz der engen Auslegung zuwiderlaufen.⁷⁷⁹ 375

f) *Rs. 33/88, Alluë und Coonan (Fremdsprachenlektorinnen)*

Dem Urteil *Alluë und Coonan* lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine spanische und eine britische Staatsangehörige arbeiteten seit sechs Jahren an der Universität Venedig als Fremdsprachenlektorinnen. 1986 weigerte sich die Universität, ihre Arbeits- 376

⁷⁷⁴ EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, EU:C:1987:284; FUCHS, Bereichsausnahmen, 331.

⁷⁷⁵ EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, EU:C:1987:284, Rz. 9.

⁷⁷⁶ EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, EU:C:1987:284, Rz. 9.

⁷⁷⁷ EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, EU:C:1987:284, Rz. 10.

⁷⁷⁸ Vgl. jeweils m.w.H. STRAUSS, 174 ff.; LECHER, 35; FUCHS, Bereichsausnahmen, 332; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 427.

⁷⁷⁹ STRAUSS, 174; DOLL, 65; FUCHS, Bereichsausnahmen, 332.

verträge zu verlängern, da gemäss italienischer Verordnungsbestimmungen Verträge mit Fremdsprachenlektorinnen fremder Muttersprache auf maximal sechs Jahre begrenzt seien.⁷⁸⁰

377 Der EuGH verwies auf sein Urteil *Lawrie-Blum* und wiederholte, dass Lehrstellen allgemein keine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse *und* an der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates mit sich brachten. Unbesehen davon seien die beiden Fremdsprachenlektorinnen *in casu* schon zur Beschäftigung zugelassen und dürften damit bei der Berufsausübung nicht mehr gegenüber Inländern diskriminiert werden.⁷⁸¹ Der Gerichtshof entschied mithin gestützt auf seine bekannte Formel für Beschäftigungen in der «öffentlichen Verwaltung», und verwendete diese nunmehr wieder mit der althergebrachten Konjunktion «und».⁷⁸²

g) *Rs. C 4/91, Bleis (Lehrpersonen)*

378 In der Rechtssache *Bleis* hatte der EuGH folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Eine deutsche Staatsangehörige hatte in Frankreich einen Studienabschluss für das höhere Lehramt erworben. Ihr Antrag auf Zulassung zu einem externen Auswahlverfahren zur Erlangung eines Befähigungsausweises für das Lehramt an höheren Schulen wurde dennoch unter Hinweis auf ein französisches Gesetz abgelehnt, demzufolge nur Beamter werden konnte, wer die französische Staatsbürgerschaft besitzt.⁷⁸³

379 Der EuGH zitierte seine bekannte Formel zur «öffentlichen Verwaltung» – *nota bene* hier wieder verbunden mit der Konjunktion «und»⁷⁸⁴ – wies auf seine Urteile *Lawrie-Blum*⁷⁸⁵ sowie *Alluë und Coonan*⁷⁸⁶ hin und stellte fest, dass eine Beschäftigung als Lehrkraft für das höhere Lehramt genauso wenig wie Studienreferendare und Fremdsprachenlektoren unter die Bereichsausnahme falle.⁷⁸⁷ Ein weiteres Mal bestätigte der EuGH diese konstante Rechtsprechung im Jahre 2000 für sog. «Vertragslehrer» in Österreich im Urteil *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.⁷⁸⁸ Darin hielt der EuGH wiederum fest, dass Art. 45 Abs. 4 AEUV nur den Zugang Staatsangehöriger anderer Mitgliedstaaten zu bestimmten Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung regle, und von vornherein keine Anwendung auf Inländer finden könne.⁷⁸⁹

⁷⁸⁰ EuGH, Rs. 225/85, *Alluë und Coonan*, EU:C:1987:284, Rz. 10.

⁷⁸¹ EuGH, Rs. 225/85, *Alluë und Coonan*, EU:C:1987:284, Rz. 8.

⁷⁸² STRAUSS, 172; FUCHS, Bereichsausnahmen, 333.

⁷⁸³ EuGH, Rs. C-4/91, *Bleis*, EU:C:1991:448, Rz. 2.

⁷⁸⁴ EuGH, Rs. C-4/91, *Bleis*, EU:C:1991:448, Rz. 6.

⁷⁸⁵ Vgl. vorstehend, Rz. 370 ff.

⁷⁸⁶ Vgl. vorstehend, Rz. 376 f.

⁷⁸⁷ EuGH, Rs. C-4/91, *Bleis*, EU:C:1991:448, Rz. 7.

⁷⁸⁸ EuGH, Rs. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, EU:C:2000:655.

⁷⁸⁹ EuGH, Rs. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, EU:C:2000:655, Rz. 36; vgl. dazu bereits Rs. C-443/93, *Vougioukas*, EU:C:1995:394, Rz. 19; Rs. C-248/96, *Grahame und Hollanders*, EU:C:1997:543, Rz. 32; Rs. C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, EU:C:1998:3,

h) *Rs. C-173/94, Kommission/Belgien et al. (Service public)*

Im Rahmen dreier fast wortgleicher Urteile aus dem Jahr 1996 entschied der EuGH, 380 dass diverse Tätigkeiten im Bereich des *Service public* nicht unter die Bereichsausnahmen nach Art. 45 Abs. 4 AEUV fielen. In den behandelten Streitangelegenheiten hatte die Kommission diverse Regulierungen in Belgien, Luxemburg und Griechenland angefochten, die bestimmte Tätigkeiten im Bereich des *Service public* eigenen Staatsangehörigen vorbehalten. In der *Rs. C-173/94* beurteilte der EuGH Beschäftigungen in öffentlichen Versorgungseinrichtungen für Wasser, Gas und Elektrizität. Die *Rs. C-290/94* und *C-473/93* hatten Tätigkeiten in der Forschung, im Bildungs- und Gesundheitswesen, im Verkehrswesen, im Post- und Fernmeldewesen und von Grundversorgungsdiensten für Wasser, Gas und Elektrizität zum Gegenstand. In der *Rs. C-290/94* beschäftigte sich der Gerichtshof schliesslich mit Anstellungen in der Athener Oper sowie weiteren städtischen und kommunalen Orchestern. Der jeweilige Staatsangehörigenvorbehalt galt in allen drei Ländern sowohl für Beamte als auch für Angestellte, wobei der konkrete Inhalt der betroffenen Tätigkeiten für die Anwendbarkeit des Vorbehalts irrelevant war.⁷⁹⁰

In seinen Urteilsbegründungen wies der EuGH jeweils auf die bereits behandelte systematische Aktion der Kommission hin, mit welcher diese die Mitgliedstaaten aufgefordert hatte, Stellen des öffentlichen Dienstes – gerade auch im Bereich des *Service public* – für alle Unionsbürger zu öffnen.⁷⁹¹ Der EuGH erwog, dass viele der betroffenen Beschäftigungen auch in der Privatwirtschaft angeboten würden.⁷⁹² Unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung und die inzwischen zum Standard gewordene Formel zu Art. 45 Abs. 4 AEUV schloss sich der EuGH grundsätzlich der Position der Kommission an und übernahm gar einige Passagen ihrer Stellungnahme *tel quel*.⁷⁹³ Er verzichtete aber wiederum auf eine weitergehende Subsumtion der streitgegenständlichen Tätigkeiten unter die von ihm skizzierten Voraussetzungen. Sollte bei einer spezifischen Tätigkeit im Bereich des *Service public* in den Augen eines Mitgliedstaats eine Ausnahme vorliegen und diese doch zur «öffentlichen Verwaltung» gehören, so müsse der betroffene Mitgliedstaat dies konkret belegen. Die Bereichsausnahme könne jedoch nie auf das gesamte Betätigungsfeld anwendbar sein.⁷⁹⁴ 381

Rz. 13; aus der jüngeren Rechtsprechung auch *Rs. C-298/14, Brouillard*, EU:C:2015:652, Rz. 31 f.; *Rs. C-20/16, Bechtel*, EU:C:2017:488, Rz. 34 f.

⁷⁹⁰ EuGH, *Rs. C-173/94, Kommission/Belgien*, EU:C:1992:225; *Rs. C-473/93, Kommission/Luxemburg*, EU:C:1996:263; EuGH, *Rs. C-290/94, Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265; vgl. zum Ganzen und m.w.H. FABIS, 371 ff.

⁷⁹¹ Statt aller EuGH, *Rs. C-290/94, Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265, Rz. 32; vgl. dazu bereits oben, Rz. 349 ff.

⁷⁹² Statt aller EuGH, *Rs. C-290/94, Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265, Rz. 33.

⁷⁹³ Statt aller EuGH, *Rs. C-290/94, Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265, Rz. 33; vgl. dazu auch FÜCHS, Bereichsausnahmen, 334 f.; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 443.

⁷⁹⁴ Statt aller EuGH, *Rs. C-290/94, Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265, Rz. 36.

- 382 Zur Streitfrage, ob die vom EuGH in Bezug auf die «öffentliche Verwaltung» stipulierten Voraussetzungen nun kumulativ oder alternativ vorliegen müssen, lieferten die Urteile zum *Service Public* keine abschliessenden Erkenntnisse.⁷⁹⁵ Die altbekannten Formulierungen werden scheinbar zufällig verbunden mit einem «und»⁷⁹⁶ bzw. mit einem «oder» verwendet.⁷⁹⁷ Dies legt den Schluss nahe, dass der EuGH den Konjunktionen «und» resp. «oder» letztlich weniger Bedeutung beimisst, als dies im rechtswissenschaftlichen Diskurs teilweise behauptet wurde.⁷⁹⁸ Gemäss FORSTHOFF missteuerte die Diskussion ohnehin den rechtlichen Charakter der vom EuGH gebrauchten Formulierung, handle es sich dabei doch lediglich um eine Typenbeschreibung.⁷⁹⁹
- i) *Rs. C-114/97, Kommission/Spanien et al. (private Sicherheitsdienste)*
- 383 Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 45 Abs. 4 AEUV wurde massgeblich auch von Urteilen zu privaten Sicherheitsdiensten geprägt. Die Kommission kritisierte mehrfach, dass einzelne Mitgliedstaaten die Tätigkeit von Sicherheitsdiensten ihren eigenen Staatsangehörigen vorbehalten. Entsprechende Vorbehalte bestanden sowohl bei Sicherheitsunternehmen und selbständigem Sicherheitspersonal⁸⁰⁰ als auch bei angestellten Sicherheitsbediensteten, womit auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit betroffen war.⁸⁰¹
- 384 In einem ersten Urteil aus dem Jahr 1998 lehnte der EuGH die Anwendbarkeit des Art. 45 Abs. 4 AEUV ab und stellte bereits aus rein institutioneller Perspektive fest, dass «private Sicherheitsdienste nicht zur öffentlichen Verwaltung gehören».⁸⁰² GA ALBER hatte in seinen Schlussanträgen dagegen auf die inhaltliche Prüfung zu Art. 51 Abs. 1 AEUV verwiesen und konkludiert, dass angestellte Sicherheitsbedienstete nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet seien. Die Tätigkeit der bei Sicherheitsunternehmen angestellten Arbeitnehmenden könne jedenfalls «nicht weiter gehen als der Geschäftsgegenstand des arbeitgeberischen Unternehmens».⁸⁰³ Damit unterstrich er die nun deutlich zu erkennende Tendenz der Generalanwälte, die Be-

⁷⁹⁵ STRAUSS, 174; FUCHS, Bereichsausnahmen, 335.

⁷⁹⁶ EuGH, Rs. C-173/94, *Kommission/Belgien*, EU:C:1992:225, Rz. 2 und Rz. 20; Rs. C-290/94, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265, Rz. 2; Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, EU:C:1996:263, Rz. 2. Zu beachten ist, dass der Gerichtshof jeweils lediglich die Meinung der Kommission wiedergibt, welche schon immer eine kumulative Auslegung befürwortete; vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 335.

⁷⁹⁷ EuGH, Rs. C-290/94, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265, Rz. 37; Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, EU:C:1996:263, Rz. 36.

⁷⁹⁸ So auch STRAUSS, 147 f.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 335.

⁷⁹⁹ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 427.

⁸⁰⁰ Der Rechtsprechung zu Sicherheitsdiensten kommt auch im Bereich von Art. 51 Abs. 1 AEUV eine besondere Bedeutung zu, vgl. unten, Rz. 383 ff.

⁸⁰¹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 335.

⁸⁰² EuGH, Rs. C-114/97, *Kommission/Spanien*, EU:C:1998:519, Rz. 33.

⁸⁰³ GA ALBER zu EuGH, Rs. C-114/97, *Kommission/Spanien*, EU:C:1998:519, Rz. 43.

reichsausnahmen in Art. 51 Abs. 1 AEUV und Art. 45 Abs. 4 AEUV inhaltlich aneinander anzugleichen.⁸⁰⁴

In einem weiteren Urteil zu Sicherheitsdiensten aus dem Jahr 2001 hob der EuGH hingegen die Unterschiede zwischen Art. 51 Abs. 1 AEUV und 45 Abs. 4 AEUV hervor: «Anders als die Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit sehen die Artikel 48 ff. EG-Vertrag [heute Art. 45 ff. AEUV] [...] keine Ausnahmen für Tätigkeiten vor, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.»⁸⁰⁵ Die privaten Sicherheitsleute gehörten gemäss EuGH wiederum bereits in institutioneller Hinsicht und ungeachtet ihrer effektiven Aufgaben nicht zur öffentlichen Verwaltung im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV. Eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung umfasse «nicht die Beschäftigung im Dienst einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts, unabhängig von den Aufgaben, die der Beschäftigte zu erfüllen hat. Somit gehören die vereidigten privaten Wachleute nicht zur öffentlichen Verwaltung».⁸⁰⁶ Ähnlich argumentierte auch GA JACOBS in seinen Schlussanträgen.⁸⁰⁷ 385

Der EuGH skizzierte in seinen Urteilen zu den Sicherheitsdiensten erstmals eine organisatorisch-institutionelle Zuordnungsmöglichkeit zur «öffentlichen Verwaltung». Daraus ergibt sich aber nicht zwingend ein Widerspruch zur bislang vom EuGH vertretenen funktionalen Auslegung⁸⁰⁸ des Begriffs der «öffentlichen Verwaltung» und der damit verbundenen Ablehnung eines rein institutionellen Verständnisses. Vielmehr hat der EuGH ein negatives Vorprüfungskriterium entwickelt: Eine institutionelle Zugehörigkeit der betroffenen Beschäftigung ist Voraussetzung, um überhaupt zur funktionalen und inhaltlichen Hauptprüfung der Bereichsausnahme zu gelangen.⁸⁰⁹ 386

j) *Rs. C-405/01, Colegio (Seekapitäne)*

In der Entscheidung *Colegio* hatte der EuGH eine spanische Verordnung, die die Tätigkeit spanischer Seekapitäne und -offiziere von Handelsschiffen unter spanischer Flagge spanischen Staatsangehörigen vorbehielt, zu beurteilen. Bei den Kapitänen und Offizieren handelte es sich um privatrechtlich angestellte Arbeitnehmende des jeweiligen Reeders. Die spanische Regierung wies auf deren charakteristische doppelte Rechtsposition hin: Auch Sicherheits- und Polizeiaufgaben, notarielle und standesrechtliche Aufgaben würden von den Kapitänen wahrgenommen, denen darüber hinaus auch weitgehende Sanktionsbefugnisse zukämen.⁸¹⁰ Bildlich gesprochen handle 387

⁸⁰⁴ FUCHS, Bereichsausnahmen, 336.

⁸⁰⁵ EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:307, Rz. 25.

⁸⁰⁶ EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:307, Rz. 25.

⁸⁰⁷ GA JACOBS zu EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:102, Rz. 26 ff.

⁸⁰⁸ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 342.

⁸⁰⁹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 336 f.

⁸¹⁰ Vgl. GA STIX-HACKL zu EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 18.

es sich beim Handelsschiff um eine «schwimmende Stadt» welche in Person des Kapitäns einer «öffentlichen Verwaltung an Bord» bedürfe.⁸¹¹

- 388 Der EuGH erwog, dass die Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV dergestalt auszulegen sei, dass sich ihre Tragweite auf jenen Gehalt beschränke, der zur Wahrung der Belange, die die Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich sei.⁸¹² In Bezug auf die Tätigkeit der angestellten Kapitäne sei zu beachten, dass deren Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Ausübung polizeilicher Befugnisse an Bord sowie mit personenstandsrechtlichen und notariellen Zuständigkeiten grundsätzlich solche der «öffentlichen Verwaltung» im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV darstellten.⁸¹³ Dennoch fielen diese Tätigkeiten nicht unter die Bereichsausnahme, da es an einer ausreichenden Häufigkeit ihrer Wahrnehmung fehle. Entscheidend ist für die Qualifikation einer Tätigkeit nach Massgabe des EuGH somit auch ein zeitlicher Aspekt.⁸¹⁴
- 389 Ferner ist augenfällig, dass sich der EuGH im *Colegio*-Urteil deutlich an Formulierungen anlehnte, die zuvor in seiner Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 1 AEUV zu finden waren: Den Kapitänen stünden «Untersuchungs-, Zwangs- oder Sanktionsbefugnisse» zu, «die über den blossen Beitrag zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, zu dem jedermann verpflichtet sein kann», hinausgingen.⁸¹⁵
- 390 Bemerkenswert ist auch, dass der Gerichtshof die erst kurz zuvor herausgearbeitete «institutionelle Negativvorprüfung»⁸¹⁶ wieder «über Bord warf».⁸¹⁷ Er hielt zwar im Einklang damit zunächst fest, dass Art. 45 Abs. 4 AEUV grundsätzlich nicht für Stellen im Dienst einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts gelten könne.⁸¹⁸ Allerdings endete damit die Prüfung der Bereichsausnahme nicht. Vielmehr präziserte der EuGH seine diesbezügliche Rechtsprechung dahingehend, dass auch hier ein funktionales Verständnis der «öffentlichen Verwaltung» ausschlaggebend sei: Alleine der Umstand, dass die Kapitäne formal unmittelbar im Dienst einer Person des Privatrechts angestellt waren, sei für sich genommen nicht geeignet, Art. 45 Abs. 4 AEUV als unanwendbar zu erklären. Es stehe nämlich fest, dass «die Kapitäne bei der Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben als Vertreter der öffentlichen Gewalt im Dienst der allgemeinen Belange des Flaggenstaates tätig werden».⁸¹⁹

⁸¹¹ Vgl. GA STIX-HACKL zu EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 19.

⁸¹² EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 41.

⁸¹³ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 42 f.

⁸¹⁴ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 44; vgl. dazu auch HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 206; DOLL, 72; FUCHS, Bereichsausnahmen, 154.

⁸¹⁵ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 42.

⁸¹⁶ Vgl. oben, Rz. 386.

⁸¹⁷ FUCHS, Bereichsausnahmen, 338.

⁸¹⁸ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 40.

⁸¹⁹ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 43.

Entscheidend ist mithin offenbar einzig, dass hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden, unabhängig davon, ob ein privater oder ein öffentlicher Arbeitgeber involviert ist.⁸²⁰

Besondere Beachtung verdient das Urteil *Colegio* im Kontext vorliegender Arbeit 391
 auch deshalb, weil sich der EuGH erstmals der Aufgabe annahm, die von ihm erschaf-
 fenen Kriterien der «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» und bzw. oder der «Wahrung
 der allgemeinen Belange des Staates» konkret auf die auf dem Prüfstand stehenden
 Tätigkeiten anzuwenden und mit Inhalt zu füllen. Die Auslegungspraxis des EuGH
 deutet weiter in Richtung einer Konvergenz der Bereichsausnahmen: Wo der EuGH
 noch vor kurzem auf die unterschiedliche Terminologie und einem entsprechend diffe-
 renzierten Anwendungsbereich von Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 AEUV beharrte,
 anerkannte er nun, dass es sich bei den hoheitlichen Befugnissen gemäss Art. 45
 Abs. 4 AEUV gegebenenfalls um solche handeln könne, die die Ausübung von «Un-
 tersuchungs-, Zwangs- oder Sanktionsbefugnissen» beinhalteten.⁸²¹ Diese Formulie-
 rungen gleichen den Schlussanträgen von GA MAYRAS im Verfahren *Reyners*, die
 dieser zum Begriff der «öffentlichen Gewalt» stellte.⁸²²

Ob die vom EuGH geforderten Voraussetzungen der «öffentlichen Verwaltung» ku- 392
 mulativ oder alternativ zu verstehen sind, lässt sich der Entscheidung *Colegio* wie-
 derum nicht abschliessend entnehmen. Der EuGH scheint die Kriterien neuerdings
 gar zu fusionieren, wenn er ausführt «solche Aufgaben stellen eine Teilnahme an der
 Ausübung hoheitlicher Befugnisse zur Wahrung der allgemeinen Belange des Flag-
 genstaates dar.»⁸²³ Die hoheitlichen Befugnisse müssten entsprechend derartig be-
 schaffen sein, dass sie die allgemeinen Belange des Staates wahren.⁸²⁴

In der Parallelentscheidung *Anker*⁸²⁵ zu deutschen Kapitänen auf Fischereischiffen 393
 musste der EuGH beurteilen, ob die Beschäftigung von Kapitänen, insbesondere unter
 Berücksichtigung von deren Wahrnehmung polizeilicher (Zwangs-)Befugnisse bei
 Gefahr an Bord, zur «öffentlichen Verwaltung» zählt. Ferner kamen den Kapitänen
 auch gewisse, allerdings weniger weitgehende, personenstandsrechtliche Ermächti-
 gungen zu, wie insbesondere die Entgegennahme der Mitteilung der Geburt oder des
 Todes einer Person während der Reise. Ob allein diese personenstandsrechtlichen
 Hilfsbefugnisse ausreichten, um eine Tätigkeit der «hoheitlichen Verwaltung» zu be-
 gründen, liess der EuGH jedoch explizit offen. Vielmehr nahm er ausschliesslich auf

⁸²⁰ FUCHS/RUTZ, 277; FUCHS, Bereichsausnahmen, 338.

⁸²¹ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 42; weitergehend FUCHS, Bereichsausnahmen, 339, die das Vorliegen solcher Befugnisse gar als zwingend erachtet.

⁸²² Vgl. GA MAYRAS zu EuGH, Rs. C-2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 665, vgl. dazu unten, Rz. 446 ff.

⁸²³ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 42.

⁸²⁴ FUCHS, Bereichsausnahmen, 339.

⁸²⁵ EuGH, Rs. C-47/02, *Anker*, EU:C:2003:516.

die polizeilichen Befugnisse der Kapitäne Bezug und kam anhand dieser zu den gleichen Schlussfolgerungen wie bei den spanischen Kapitänen. Ferner ist das Urteil insbesondere in Bezug auf das «Zeitelement» praktisch identisch mit der *Colegio*-Entscheidung.⁸²⁶

k) *Rs. C-392/05, Alevizos (Militäroffiziere)*

394 In diesem jüngeren Urteil äusserte sich der EuGH zur Zugehörigkeit eines Offiziers der griechischen Luftwaffe «zur öffentlichen Verwaltung».⁸²⁷ Herr Alevizos war von Griechenland für zwei Jahre ins NATO-Hauptquartier nach Neapel abkommandiert worden. Bedauerlicherweise liess der EuGH die Frage offen, ob er als Mitglied des Militärs unter Art. 45 Abs. 4 AEUV fiel: Da er bereits in die «öffentliche Verwaltung» Italiens aufgenommen worden sei, sei Art. 45 Abs. 4 AEUV nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht mehr anwendbar, da dieser lediglich den *Zugang* zur «öffentlichen Verwaltung» und nicht deren *Ausübung* beschränken könne.⁸²⁸

l) *Rs. C-109/04, Kranemann et al. (Rechtsreferendare)*

395 Der EuGH äusserte sich sodann bereits mehrfach zur Unterstellung des juristischen Referendariats unter die Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV.⁸²⁹

396 Das Vorabentscheidungsverfahren *Kranemann* hatte eine deutsche Verordnung zum Gegenstand, aufgrund derer die Fahrtkostenerstattung für deutsche Rechtsreferendare auf den Teil der Reise beschränkt war, der über deutsches Hoheitsgebiet führt.⁸³⁰ Herr Kranemann wollte eine Praktikumsstation bei einer Anwaltskanzlei in London absolvieren und sollte mithin nur eine teilweise Fahrtkostenerstattung erhalten. Der EuGH verneinte im konkreten Fall, dass ein Rechtsreferendar eine Beschäftigung in der «öffentlichen Verwaltung» innehat, und beschränkte sich dabei auf eine rein formale Begründung: Als Referendar gelte Herr Kranemann zwar als Beamter auf Widerruf und mithin als Bediensteter des Staates. Während seiner Auslandsstation sei er aber bei einer privaten Anwaltskanzlei angestellt gewesen. Soweit ein Referendar somit – wie *in casu* – einen Teil seines Vorbereitungsdienstes ausserhalb des staatlichen Bereiches absolviere, genüge «die Feststellung, dass der Begriff «Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung» nicht die Beschäftigung im Dienst einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts umfasst. Dies gelte unabhängig von den Aufgaben, die der Beschäftigte zu erfüllen hat».⁸³¹

⁸²⁶ EuGH, Rs. C-47/02, *Anker*, EU:C:2003:516, Rz. 61; vgl. SCHILL, 2016.

⁸²⁷ EuGH, Rs. C-392/05, *Alevizos*, EU:C:2007:333.

⁸²⁸ EuGH, Rs. C-392/05, *Alevizos*, EU:C:2007:333, Rz. 69; vgl. dazu bereits EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*, EU:C:1974:13, Rz. 4 und aus der jüngeren Rechtsprechung auch Rs. C-20/16, *Bechtel*, EU:C:2017:488, Rz. 34 ff.

⁸²⁹ Die Frage wurde auch in der Literatur eingehend diskutiert, vgl. ERIKSEN, 1061 ff.; FRENZ/WÜBBENHORST, 2849 ff.

⁸³⁰ EuGH, Rs. C-109/04, *Kranemann*, EU:C:2005:187.

⁸³¹ EuGH, Rs. C-109/04, *Kranemann*, EU:C:2005:187, Rz. 19.

Der EuGH kommt also offenbar wieder auf seine negative Vorprüfung zurück, welche er in den Urteilen zu den Sicherheitsdiensten begründet und mit der *Colegio*-Entscheidung relativiert hatte.⁸³²

Im Urteil *Pesla* aus dem Jahr 2009 entschied der EuGH sodann weitergehend, dass die Tätigkeit als deutscher Rechtsreferendar selbst bei einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber – wie bei einem Gericht oder bei der Staatsanwaltschaft – inhaltlich nicht als solche der «öffentlichen Verwaltung» im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV gelte.⁸³³ Konkret musste der EuGH die Zulassung eines polnischen Staatsbürgers mit polnischem Studienabschluss und deutschem Mastertitel zum deutschen Referendariat beurteilen. Der Gerichtshof erwog, dass Referendare stets nach Weisung und unter Aufsicht ihrer Ausbildner tätig seien. Dadurch sei ausgeschlossen, dass sie selbst hoheitliche Befugnisse wahrnahmen. Mithin gehörten sie auch nicht zur «öffentlichen Verwaltung».⁸³⁴ Damit verdeutlichte der EuGH, dass es für eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung nicht ausschlaggebend ist, wer unmittelbar gegenüber dem Bürger tätig wird und wer nicht. Vielmehr ist entscheidend, wer letztendlich und letztverantwortlich innerhalb des Verwaltungsaufbaus die Entscheidungen trifft.⁸³⁵

m) *Rs. C-270/13, Haralambidis (Präsident der Hafengebörde)*

Im Vorabentscheidungsverfahren *Haralambidis* ging es unter anderem um die Frage, ob die Tätigkeit des Präsidenten der Hafengebörde von Brindisi unter die Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV fällt.⁸³⁶

Der EuGH bestätigte seine ständige Rechtsprechung zur einheitlichen und restriktiven Auslegung des Begriffs der «öffentlichen Verwaltung» und fasste diese anschaulich wie folgt zusammen:

«Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Begriff 'öffentliche Verwaltung' im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV in der gesamten Union einheitlich auszulegen und anzuwenden; seine Bestimmung kann daher nicht völlig in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt werden [...]. Ausserdem ist diese Ausnahme so auszulegen, dass sich ihre Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Belange, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist [...].

Insoweit hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass der Begriff 'öffentliche Verwaltung' im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV diejenigen Stellen betrifft, die eine unmittel-

⁸³² Vgl. dazu oben, Rz. 383 ff. und Rz. 387 ff.

⁸³³ EuGH, Rs. 345/08, *Pesla*, EU:C:2009:771.

⁸³⁴ EuGH, Rs. 345/08, *Pesla*, EU:C:2009:771, Rz. 30.

⁸³⁵ Vgl. in diese Richtung bereits EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, EU:C:1987:284, Rz. 9; vgl. dazu FUCHS, Bereichsausnahmen, 332 und 341. Zu den wiederum augenfälligen Parallelen hinsichtlich des Kriteriums der «Letztverantwortlichkeit» in der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 Abs. 1 AEUV vgl. unten, Rz. 476.

⁸³⁶ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185; vgl. jeweils m.w.H. STREINZ, *Haralambidis*, 469 ff.; PÖTTERS, 946 ff.

bare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind, so dass sie ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen [...].

Hingegen gilt die Ausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht für Stellen, die zwar dem Staat oder anderen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen zuzuordnen sind, jedoch keine Mitwirkung bei der Erfüllung von Aufgaben mit sich bringen, die zur öffentlichen Verwaltung im eigentlichen Sinne gehören [...].»⁸³⁷

- 400 Erfreulicherweise belies es der EuGH für einmal nicht bei der Wiederholung formelhafter Grundsätze, sondern wandte diese auch auf den konkreten Fall an. Er prüfte dementsprechend, ob die dem Präsidenten einer Hafenbehörde zugewiesenen Aufgaben hoheitliche Befugnisse und die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates umfassen, so dass es gerechtfertigt erscheint, sie italienischen Staatsangehörigen vorzubehalten.⁸³⁸
- 401 Der EuGH verneinte die Anwendung des Tatbestands des Art. 45 Abs. 4 AEUV in erster Linie hinsichtlich der Koordinationsaufgaben des Präsidenten der Hafenbehörde gegenüber anderen Behörden, welche selbst – da hauptsächlich wirtschaftlichen Zwecken dienend – nicht unter den Begriff der «öffentlichen Verwaltung» zu fassen seien.⁸³⁹ Auch die Erteilung von Konzessionen und Zulassungen sei nicht vom Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 4 AEUV erfasst, da diese Verwaltungsmassnahmen darstellten, die Erwägungen vornehmlich wirtschaftlicher Art gehorchten.⁸⁴⁰
- 402 Dem Präsidenten der Hafenbehörde kämen aber nach italienischem Recht auch Anordnungsbefugnisse zu, die ihn ermächtigten, verbindliche Entscheidungen zu erlassen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates – *in casu* die Unversehrtheit von gemeinschaftlichen Gütern – abzielen.⁸⁴¹ Diese seien grundsätzlich der Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV zuzuordnen, da sie «die Ausübung hoheitlicher Befugnisse mit sich bringen».⁸⁴² Der Rückgriff auf die Bereichsausnahme könne jedoch nicht allein damit gerechtfertigt werden, dass nach dem nationalen Recht dem Präsidenten einer Hafenbehörde hoheitliche Befugnisse zugewiesen sind. Zwingend hinzukommen müsse vielmehr, dass solche Befugnisse vom Stelleninhaber «tatsächlich regelmässig ausgeübt werden und nicht nur einen sehr geringen Teil seiner Tätigkeiten ausmachen».⁸⁴³ Art. 45 Abs. 4 AEUV sei nämlich «in einer Weise aus-

⁸³⁷ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 43 ff.

⁸³⁸ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 46 ff.

⁸³⁹ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 50 f.

⁸⁴⁰ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 52 f.

⁸⁴¹ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 54.

⁸⁴² EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 57.

⁸⁴³ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 58.

zulegen, die ihre Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der allgemeinen Belange des betreffenden Mitgliedstaats unbedingt erforderlich ist». Eine Gefährdung liege jedenfalls dann nicht vor, wenn hoheitliche Befugnisse nur «sporadisch oder ausnahmsweise» von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten ausgeübt würden.⁸⁴⁴ *In casu* würden die relevanten Befugnisse nach dem Dafürhalten der italienischen Regierung nur gelegentlich oder unter aussergewöhnlichen Umständen ausgeübt und stellen mithin nur einen untergeordneten Teil der Tätigkeit des Präsidenten der Hafenbehörde dar. Dieser komme allgemein ein eher technischer und wirtschaftslenkender Charakter zu, der durch die Ausübung der genannten Befugnisse nicht entscheidend abgeändert werde.⁸⁴⁵ Daher stelle ein genereller Ausschluss des Zugangs der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten zum Amt des Präsidenten einer italienischen Hafenbehörde eine von Art. 45 Abs. 1–3 AEUV verbotene auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung dar.⁸⁴⁶

Weiterführend hinsichtlich der fehlenden Konkretisierung der Kriterien des unionsrechtlichen Begriffs der «öffentlichen Verwaltung» sind die Schlussanträge des GA WAHL.⁸⁴⁷ Nach einer prägnanten Zusammenfassung der Rechtsprechung des EuGH äusserte sich dieser grundlegend zur eigentlichen *ratio* der Bereichsausnahme, welche er im vom EuGH herausgearbeiteten Begriff «Verhältnis besonderer Verbundenheit» sieht.⁸⁴⁸ Die Idee eines solchen Verhältnisses besonderer Verbundenheit komme bei Tätigkeiten zum Tragen, die Pflichten umfassen, welche ihrer Natur nach am besten nur von Personen erfüllt werden, die dem Staat nicht nur aufgrund eines reinen Anstellungsverhältnisses, sondern auch aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit verbunden sind. Dem liege die Annahme zugrunde, dass eine Person dem Land, dem sie angehört und in dem sie ihre Wurzeln hat, im Allgemeinen ein stärkeres Gefühl von Loyalität, Vertrauen und Engagement entgegenbringe,⁸⁴⁹ sei es aufgrund der Blutzugehörigkeit (*ius sanguinis*) oder aufgrund der Bodenzugehörigkeit (*ius soli*). Nach dieser Auffassung könne eine Person, der eine entsprechende Bindung fehle, weniger willens⁸⁵⁰ oder weniger fähig⁸⁵¹ sein, ihre Pflichten unter allen Umständen so zu erfüllen, dass eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe in vollem Umfang erledigt werde.⁸⁵² Zu beachten sei allerdings, dass die EU resp. ihre Vorgängerorganisationen gerade mit dem Ziel gegründet wurden, die Zeiten von «Blut und Boden» zu überwinden.

⁸⁴⁴ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 59; vgl. ähnlich bereits Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 44.

⁸⁴⁵ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 60.

⁸⁴⁶ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 61.

⁸⁴⁷ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358.

⁸⁴⁸ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 45 ff.

⁸⁴⁹ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 323 ff.

⁸⁵⁰ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 47.

⁸⁵¹ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 48.

⁸⁵² GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 46.

Weder die Mitgliedstaaten als souveräne Körperschaften noch ihre Bürger seien heute noch das, was sie zum Zeitpunkt der Gründung der EG einmal waren.⁸⁵³

404 GA WAHL plädierte vor diesem Hintergrund für eine Prüfung der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV in drei Schritten:⁸⁵⁴

405 In einem ersten Schritt sei zu prüfen, ob mit der Tätigkeit hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden. Wenngleich die Rechtsprechung noch keine allgemeingültigen Kriterien entwickelt habe, müsse eine solche Tätigkeit in jedem Fall im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sein. Darunter würde sicherlich die legislative, exekutive, judikative und militärische Amtsgewalt als Ausfluss der Souveränität, die der Staat durch bestimmte Körperschaften oder Einzelpersonen ausübt (*imperium*), fallen. Ferner seien jene Befugnisse umfasst, die die Möglichkeit der Vornahme von Handlungen beinhalten, die unabhängig vom Willen des Adressaten rechtlich bindend sind und durch Zwang und Strafen durchgesetzt werden (*potestas*). Begrifflich nicht erfasst seien dagegen Ämter, die der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben oder technischen Funktionen dienen.⁸⁵⁵ Da es eine Grauzone zwischen diesen Kategorien gäbe, müsse eine Beurteilung im Einzelfall erfolgen.⁸⁵⁶ Im Sinne einer Richtschnur biete es sich an, zu erörtern, ob der Staat aus objektiven Gründen annehmen darf, dass nur Personen, die ihm durch das Staatsangehörigkeitsband verbunden sind, eher willens oder fähig sind, die mit dem untersuchten Amt verbundenen Pflichten zu erfüllen. GA WAHL nennt diesbezüglich sechs Kriterien, die in diese Beurteilung miteinzufliessen hätten:⁸⁵⁷

- i) Die Nähe der ausgeübten Tätigkeiten zu den oben dargestellten Befugnissen im Sinne von *imperium* oder *potestas*;
- ii) die Frage, ob das Amt die Handhabung von Angelegenheiten umfasst, bei denen es um den Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten geht;
- iii) der Umfang der mit der Ausübung der Befugnisse verbundenen Verantwortung;
- iv) die Frage, ob die Befugnisse in einer modernen Gesellschaft als Befugnisse angesehen werden, die prinzipiell von staatlichen Behörden ausgeübt werden;
- v) die Reichweite der Folgen, die die mit dem Amt verbundenen Tätigkeiten für andere Einzelpersonen haben können;
- vi) die Frage, ob die vom Amtsinhaber vorgenommenen Handlungen unmittelbare Rechtsfolgen für andere Einzelpersonen nach sich ziehen oder ob sie lediglich Hilfs- oder Vorbereitungscharakter haben.

⁸⁵³ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 49 ff.

⁸⁵⁴ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 45 und 54 ff.

⁸⁵⁵ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 55.

⁸⁵⁶ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 56.

⁸⁵⁷ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 57.

Als zweiter Schritt müsse – falls unter Berücksichtigung dieser Kriterien hoheitliche Befugnisse angenommen werden – geprüft werden, ob diese zur Verfolgung öffentlicher Interessen verliehen worden seien.⁸⁵⁸ 406

Schliesslich sei in einem dritten Schritt ein zeitliches Element in die Prüfung miteinzubeziehen: Die Ausübung der relevanten Befugnisse müsse überwiegen und geradezu den Kern des Amtes darstellen. Bloss zeitweise Tätigkeiten reichten dagegen nicht aus. Insoweit spiele der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eine entscheidende Rolle.⁸⁵⁹ 407

In der Lehre wurde dieses Prüfschema begrüsst.⁸⁶⁰ Auch der EuGH selbst nahm in der Entscheidung *Haralambidis* – freilich ohne direkte Bezugnahme auf das skizzierte Prüfschema – die Prüfung von Art. 45 Abs. 4 AEUV in ähnlichen Schritten vor.⁸⁶¹ 408

6. Zwischenfazit

Vorstehende Darstellung der wichtigsten Rechtsprechung des EuGH zur Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV offenbart, dass die bisherige Auseinandersetzung des Gerichtshofs mit dem hier interessierenden Begriff der «öffentlichen Verwaltung» weiterhin Raum für gewisse Unklarheiten lässt.⁸⁶² Die vom EuGH ausgearbeiteten Kriterien mögen die Bereichsausnahme in ein relativ enges Korsett gekleidet haben.⁸⁶³ Dennoch hat es der Gerichtshof mehrheitlich unterlassen, allgemeingültige Kriterien zu entwickeln und blieb in seinen oft geradezu lakonischen Erwägungen einzelfallbezogen und teilweise wenig transparent.⁸⁶⁴ 409

Der Gerichtshof beschränkt sich bis heute üblicherweise auf die Rezitation seiner bereits im Urteil *Kommission/Belgien* zu Art. 45 Abs. 4 AEUV aufgestellten und seither stets verfeinerten Formel: Unter die Bereichsausnahme fallen nur jene Tätigkeiten, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates gerichtet sind, so dass sie ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen. Im Anschluss erfolgt zumeist ohne weitere Erörterung oder genauere Subsumtion der einzelnen Voraussetzungen 410

⁸⁵⁸ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 59 f.

⁸⁵⁹ GA WAHL zu EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:1358, Rz. 61.

⁸⁶⁰ Vgl. STREINZ, *Haralambidis*, 471.

⁸⁶¹ EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 46 ff.

⁸⁶² Vgl. ESCHMANN, 86; BRECHMANN, Callies/Ruffert AEUV, Art. 45 Rz. 109; FUCHS, Bereichsausnahmen, 342.

⁸⁶³ Vgl. DOLL, 60; FUCHS, Bereichsausnahmen, 344.

⁸⁶⁴ FUCHS, Bereichsausnahmen, 342; KÄMMERER, 37.

eine positive oder negative Aussage in Bezug auf die streitgegenständliche Tätigkeit.⁸⁶⁵

- 411 Vor diesem Hintergrund fiel die Subsumtion im jüngeren Urteil *Haralambidis* in erschwerender Art und Weise etwas ausführlicher aus. Dennoch blieb sie hinter jenem Grad an Deutlichkeit zurück, der nötig wäre, um die bestehenden Unklarheiten rund um den Begriff der «öffentlichen Verwaltung» und die vom EuGH herausgearbeiteten Kriterien zu den «hoheitlichen Befugnissen» und der «Wahrung der allgemeinen Belange des Staates» verlässlich zu definieren und nachhaltig zu prägen.
- 412 Die Aussagekraft der langjährigen Rechtsprechungstätigkeit des EuGH zur Bereichsausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird denn auch in der Lehre m.E. zu Recht angezweifelt.⁸⁶⁶ Der EuGH repetiert bis heute beinahe gebetsmühlenartig den Zweck der Bereichsausnahme, wonach die vom Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgenommenen Tätigkeiten «ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen».⁸⁶⁷ Die in der Lehre dazu geäußerte Kritik,⁸⁶⁸ wonach hierin ein Anachronismus liege, ist m.E. nicht unberechtigt. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist eine Grundfreiheit des Unionsrechts und als Beschränkungsverbot zu verstehen. Somit kann es just nicht (mehr) alleiniger Zweck der Bereichsausnahmen sein, den Mitgliedstaaten zu erlauben, gewisse Stellen ihren eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten. Richtigerweise dürfte es vielmehr nur darum gehen, einen Kernbereich an Staatlichkeit weiterhin der alleinigen Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten zu unterstellen.⁸⁶⁹
- 413 Das durch die Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck kommende Verständnis geht letztlich von einer geschlossenen (National-)Staatlichkeit aus, die das Staatsvolk als durch die gemeinsame Verfassung gebundene Schicksalsgemeinschaft versteht. Dagegen wird befürchtet, dass Ausländer dem Staat die nötige Loyalität nicht entgegenbringen könnten.⁸⁷⁰ Mithin geht es bei Art. 45 Abs. 4 AEUV letztlich um allfällige Sorgen der Mitgliedstaaten um ihre innere und äussere Sicherheit sowie um ihre Sou-

⁸⁶⁵ BRECHMANN, Callies/Ruffert AEUV, Art. 45 N 109; EDELMANN, 74; FUCHS, Bereichsausnahmen, 342.

⁸⁶⁶ FUCHS, Bereichsausnahmen, 342.

⁸⁶⁷ Vgl. statt vieler EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185, Rz. 44; Rs. C-290/94, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1996:265, Rz. 2; Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 39.

⁸⁶⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 343; WITTKOPP, 203; OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 56 f.

⁸⁶⁹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 110 ff. und 343; FRANZEN, Streinz AEUV, Art. 45 N 146; vgl. bereits oben, Rz. 101.

⁸⁷⁰ DIETRICH, 243 f. m.w.H.

veränität. Die Bereichsausnahme zugunsten der «öffentlichen Verwaltung» gewährt ihnen die Möglichkeit, diese essentiellen nationalen Interessen zu schützen.⁸⁷¹

Ob sich aber ein solches Verständnis in rechtspolitischer Hinsicht in Bezug auf die EU und ihre Mitgliedstaaten rechtfertigen lässt, erscheint im Lichte von deren besonderer Rechtsnatur und der fortwährenden Kompetenzverlagerungen von den Mitgliedstaaten hin zur Union fraglich. Treffender erscheint wohl eine «dynamische Interpretation» von Art. 45 Abs. 4 AEUV.⁸⁷² Ein solches Verständnis lässt sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH, die den Ausnahmebereich von Art. 45 Abs. 4 AEUV tendenziell zunehmend enger fasst, ableiten. Dass der EuGH zur Charakterisierung der «öffentlichen Verwaltung» auch heute noch eine besondere Verbundenheit zum Staat in Form der Staatsangehörigkeit verlangt, mag vor diesem Hintergrund befremden. Eine mögliche Erklärung findet sich darin, dass der Gerichtshof langjährige Leitsätze generell nur zögerlich anpasst.⁸⁷³ Trotzdem kann diese Praxis letztlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Existenz der Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV kaum mehr ausschliesslich mit der Notwendigkeit von Nationalitätsvorbehalten erklärt werden kann.⁸⁷⁴ 414

Im vorliegenden Zusammenhang besonders interessant sind die Schlussanträge von GA LENZ in der Rechtssache *Haralambidis*. Die vorgeschlagene Prüfstruktur⁸⁷⁵ für das Vorliegen hoheitlicher Befugnisse erscheint durchaus überzeugend und praktikabel. Sie lässt auch das sich stets wandelnde Staatsverständnis der europäischen Staaten nicht ausser Acht. Es wird sich herausstellen, ob sich der EuGH inskünftig noch enger an dieses Schema halten wird, als er es in der Rechtssache *Haralambidis* bereits angedeutet hat. 415

V. Bereichsausnahme der Niederlassungsfreiheit (Art. 51 Abs. 1 AEUV)

1. Überblick

Bereits die einleitenden Ausführungen zu den Bereichsausnahmen des unionalen Freizügigkeitsrechts haben erhellt, dass diese hinsichtlich Zielsetzung, historischer Entwicklung und Systematik eng miteinander verwandt sind.⁸⁷⁶ Ungeachtet dessen weisen die Vorschriften nicht unerhebliche Unterschiede im Wortlaut auf und hat es der 416

⁸⁷¹ DIETRICH, 244.

⁸⁷² FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 420; a.M. DIETRICH, 244, welcher der Frage nach der Rechtfertigung des inhaltsgleichen Wortlauts von Art. 48 Abs. 4 EGV zugrundeliegenden Misstrauens für die Auslegung desselben noch nichts abzugewinnen vermochte.

⁸⁷³ FUCHS, Bereichsausnahmen, 113 ff.; vgl. oben Rz. 297.

⁸⁷⁴ FUCHS, Bereichsausnahmen, 343 f.; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, 420.

⁸⁷⁵ Vgl. oben, Rz. 404 ff.

⁸⁷⁶ Vgl. dazu oben, Rz. 321 f.

EuGH bisher auch unterlassen, durch seine Rechtsprechung die Vorschriften eindeutig und ein für alle Mal in Gleichklang zu bringen.⁸⁷⁷

417 Art. 51 Abs. 1 AEUV war in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH tendenziell von geringerer praktischer Bedeutung als Art. 45 Abs. 4 AEUV. Ein Grund hierfür dürfte darin zu finden sein, dass es in den Mitgliedstaaten lange eher unüblich war, (natürlichen und juristischen) Privatpersonen hoheitliche Befugnisse zu übertragen.⁸⁷⁸ Im Zuge fortwährender Privatisierungstendenzen verschiedener ursprünglich genuin-staatlicher Sektoren der Mitgliedstaaten ist jedoch zu konstatieren, dass Art. 51 Abs. 1 AEUV in jüngerer Zeit auch in der Rechtsprechungstätigkeit des EuGH an Bedeutung gewonnen hat.⁸⁷⁹

418 Die nachfolgenden Erörterungen zu Art. 51 Abs. 1 AEUV folgend dem bereits bekannten Schema, welches auch der Annäherung an Art. 45 Abs. 4 AEUV zu Grunde lag: Es wird vorab der Wortlaut der Bereichsausnahme vorgestellt (2.). Daran anschliessend werden grundlegende Auslegungsperspektiven und -prinzipien kurzorisch diskutiert (3.). Sodann werden die entscheidenden Anknüpfungspunkte der Bereichsausnahme gemäss Art. 51 Abs. 1 AEUV beleuchtet (4.). Diese werden wiederum anhand der Rechtsprechung des EuGH exzerpiert, wodurch auch die Verbindung zum dieser Arbeit zugrundeliegenden Hoheitlichkeitsbegriff aufgezeigt werden kann (5.).

2. Wortlaut

419 Art. 51 Abs. 1 AEUV stipuliert in Bezug auf das Kapitel zur Niederlassungsfreiheit:

«Art. 51 AEUV

Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung.»

420 Aufgrund des Verweises in Art. 62 AEUV gilt die Bereichsausnahme – und gelten mithin auch die nachfolgenden Ausführungen – analog für die unionale Dienstleistungsfreiheit.

3. Auslegungsperspektiven

421 Bevor die entscheidenden «Tatbestandsmerkmale» von Art. 51 Abs. 1 AEUV näher beleuchtet werden können, stellt sich wiederum die Vorfrage, welche Auslegungsperspektive hierfür einzunehmen ist.

422 In der älteren Lehre wurde die Auffassung vertreten, dass mangels näherer Vorgaben im AEUV den nationalen Gesetzgebern die Definition derjenigen Tätigkeiten, die mit

⁸⁷⁷ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 2.

⁸⁷⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 125.

⁸⁷⁹ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 11.

der Ausübung «öffentlicher Gewalt» verbunden sind, autonom überlassen sei.⁸⁸⁰ Vor dem wegweisenden Urteil *Reyners*⁸⁸¹, mit welchem sich der EuGH erstmals überhaupt mit der Bereichsausnahme nach Art. 51 Abs. 1 AEUV auseinandersetzte, vertraten diese Auffassung auch einige Mitgliedstaaten, so etwa die damalige Bundesrepublik Deutschland und das Vereinigte Königreich.⁸⁸² Dies ergebe sich mitunter aus dem Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 AEUV, und konkret aus dem Zusatz «in einem Mitgliedstaat». Zudem habe der Begriff der «öffentlichen Gewalt» in den einzelnen Mitgliedstaaten derart unterschiedliche Bedeutungen, dass er sich nicht generell auf Unionsebene definieren lasse.⁸⁸³

Die jüngere Lehre vertritt hingegen ganz überwiegend die Meinung, dass der Tatbestand von Art. 51 Abs. 1 AEUV rein unionsrechtlich zu definieren sei.⁸⁸⁴ Diese Ansicht fusst auf der ebenerwähnten *Reyners*-Rechtsprechung⁸⁸⁵ des EuGH und insbesondere auch auf den Schlussanträgen des GA MAYRAS⁸⁸⁶ sowie der Stellungnahme der Kommission⁸⁸⁷ in dieser Rechtssache. Die unionsrechtliche Auslegungsperspektive bestätigte der EuGH sodann in jüngerer Rechtsprechung mehrfach.⁸⁸⁸ 423

Die von Teilen der Lehre vertretene vermittelnde Ansicht⁸⁸⁹, wonach eine zweistufige Prüfung zu erfolgen habe, unterscheidet sich letztlich nicht wesentlich von der Praxis des EuGH.⁸⁹⁰ 424

4. Anknüpfungspunkte

Die Bereichsausnahme in Art. 51 Abs. 1 AEUV konstituiert sich hauptsächlich aus den Begriffen der «Tätigkeit» und der «öffentlichen Gewalt». Beide Begriffe werden im AEUV nicht näher definiert und haben bis heute auch keine anderweitige abschliessende Klärung erfahren.⁸⁹¹ 425

a) «Tätigkeit»

Anders als Art. 45 Abs. 4 AEUV, der wie gesehen⁸⁹² eine Bereichsausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit für bestimmte «Beschäftigungen» vorsieht, nimmt Art. 51 Abs. 1 AEUV gewisse «Tätigkeiten» vom Anwendungsbereich der Niederlassungs- 426

⁸⁸⁰ KLINGE, 226.

⁸⁸¹ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68.

⁸⁸² HERGETH, 103.

⁸⁸³ HERGETH, 102.

⁸⁸⁴ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 10; FUCHS, Bereichsausnahmen, 129 f.

⁸⁸⁵ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68.

⁸⁸⁶ GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:59, 665.

⁸⁸⁷ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 640 f.

⁸⁸⁸ So etwa EuGH, Rs. 160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, 77.

⁸⁸⁹ SCHLAG, in: Schwarze AEUV, Art. 51 N 5; HERGETH, 105 ff.; WITTKOPP, 130 ff.

⁸⁹⁰ FUCHS, Bereichsausnahmen, 127 f.; vgl. dazu bereits oben, Rz. 339 ff.

⁸⁹¹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 131.

⁸⁹² Vgl. oben Rz. 345 f.

freiheit aus.⁸⁹³ Bei der Auslegung dieses Begriffs steht die Frage im Zentrum, ob der europäische Gesetzgeber ganze Berufsbilder ausnehmen wollte, oder bloss einzelne Tätigkeiten, die innerhalb eines Berufes ausgeübt werden.⁸⁹⁴

- 427 Für eine weite Interpretation – verstanden als Ausnahme eines ganzen Berufes – spricht einerseits, dass die Gefahr der Schaffung einer Zweiklassengesellschaft bestünde, wenn diejenigen Aspekte eines Berufs, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, Inländern vorbehalten wären.⁸⁹⁵ Auch kann argumentiert werden, dass die Formulierung «dauernd oder zeitweise» in Art. 51 AEUV nur dann Sinn ergibt, wenn «Tätigkeiten» tatsächlich als Beruf verstanden werden. Sobald sich eine Tätigkeit vom Gesamtbild eines Berufs abspalten liesse, könnte es sich bei ihr nur um dauernde, nicht aber bloss um zeitweise Ausübung öffentlicher Gewalt handeln.⁸⁹⁶ Auch aus der Formulierung im Plural (Tätigkeiten) könnte geschlossen werden, dass ein gesamter Beruf gemeint ist.⁸⁹⁷
- 428 Die weitaus herrschende Lehre⁸⁹⁸ wie auch die Rechtsprechung⁸⁹⁹ sprechen sich dagegen für eine enge Auslegung des Begriffs der «Tätigkeiten» aus. Eine Gleichsetzung von «Tätigkeiten» und «Beruf» wäre demgemäss gerade auch mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 AEUV nur schwierig zu begründen: Hätte der europäische Gesetzgeber tatsächlich ganze Berufsgattungen von der Niederlassungsfreiheit ausnehmen wollen, so hätte er auch ausdrücklich «Berufe» regulieren können.⁹⁰⁰ Dies ergibt sich auch aus dem Kontext der Norm: Art. 53 Abs. 2 AEUV erwähnt ausdrücklich ärztliche und pharmazeutische «Berufe», während Art. 53 Abs. 1 AEUV generell alle selbständigen «Tätigkeiten» erfasst. Der Gesetzgeber differenzierte mithin offenbar bewusst zwischen «Tätigkeiten» und «Berufen».⁹⁰¹

⁸⁹³ Dies gilt *qua* Verweis in Art. 62 AEUV auch für die Dienstleistungsfreiheit.

⁸⁹⁴ Vgl. dazu m.w.H. FUCHS, Bereichsausnahmen, 132 ff.

⁸⁹⁵ Vgl. z.B. die Begründung Luxemburgs und der Rechtsanwaltskammer Belgiens im *Reyners*-Verfahren hinsichtlich der vollständigen Ausnahme des Anwaltsberufs von Niederlassungsfreiheit: EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 637 und 647; WITTKOPP, 114.

⁸⁹⁶ KLINGE, 284 f.; WITTKOPP, 114.

⁸⁹⁷ WITTKOPP, 114.

⁸⁹⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 134; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 4; SCHLAG, in: Schwarze AEUV, Art. 51 N 7; KRANZ, 60; HERGETH, 100; HENSSLER/KILIAN, Vermessungsingenieur, 57; OESCH, Niederlassungsfreiheit, 595.

⁸⁹⁹ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 44 f; vgl. auch Rs. C-55/96, *Job Centre*, EU:C:1997:603, Rz. 22 und 32 ff.; Rs. C-41/90, *Höfner und Elstner*, EU:C:1991:16, Rz. 22 und 34.

⁹⁰⁰ HERGETH, 100; vgl. auch die Stellungnahme der Kommission zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 641.

⁹⁰¹ WITTKOPP, 115; GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:59, 666.

Der Terminus «Tätigkeiten» wird sodann auch an anderer Stelle des AEUV verwendet, etwa gleich mehrfach in Art. 57 AEUV zur Definition der von der Dienstleistungsfreiheit umfassten Dienstleistungen.⁹⁰² Auch die Begriffskombination «dauernd oder zeitweise» in Art. 51 Abs. 1 AEUV bedingt keine Synonymität von «Beruf» und «Tätigkeit». «Dauernd oder zeitweise» bedeutet lediglich, dass sich Art. 51 Abs. 1 AEUV auf diejenigen Einzeltätigkeiten bezieht, die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden sind, egal ob sie dauernd oder zeitweise praktiziert werden.⁹⁰³ Zuletzt gebietet es auch der Ausnahmecharakter des Art. 51 Abs. 1 AEUV, die Vorschrift und die darin enthaltenen Begriffe eng auszulegen.⁹⁰⁴ Eine parallele Auslegung von «Tätigkeiten» und «Beruf» würde bedingen, dass gleich der ganze Beruf von Art. 51 Abs. 1 AEUV umfasst wäre, wenn auch nur eine oder wenige Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.⁹⁰⁵ 429

Auch der EuGH entschied sich bereits 1974 im Urteil *Reyners* für eine restriktive Auslegung: Die Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AEUV sei nur dann gerechtfertigt, wenn eine bestimmte Tätigkeit «in sich betrachtet eine [...] Teilnahme an der öffentlichen Gewalt darstellt».⁹⁰⁶ Der Anwendungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AEUV kann nach dem von der Rechtsprechung begründeten Trennungsprinzip⁹⁰⁷ daher nur in jenen Fällen auf eine ganze Berufsgattung ausgeweitet werden, in denen «die einzelnen Berufstätigkeiten derart untrennbar miteinander verknüpft sind, dass die Liberalisierung der Niederlassung» zwangsläufig die Zulassung von Ausländern zur Ausübung einer mit öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeit bedeuten würde.⁹⁰⁸ Eine Ausweitung sei dagegen nicht zu billigen, wenn im Rahmen eines freien Berufes die Tätigkeiten, die gegebenenfalls mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, «einen abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit insgesamt darstellen.»⁹⁰⁹ Wann eine Tätigkeit von einem ganzen Berufsbild abtrennbar und damit einer Einzelanalyse nach Art. 51 Abs. 1 AEUV zugänglich ist, ist vom EuGH bislang nicht abschliessend geklärt worden.⁹¹⁰ 430

In der Lehre wird eine «natürliche» Betrachtungsweise vorgeschlagen: Werde ein Berufsbild in seinem Wesen und seiner Gestalt bei Abspaltung einzelner Teilaspekte grundlegend verändert und erschüttert, so soll dieses nicht teilbar sein. Dabei sei je- 431

⁹⁰² KRANZ, 258 f.

⁹⁰³ KLINGE, 238; KRANZ, 261; vgl. auch GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:59, 666.

⁹⁰⁴ SCHLAG, in: Schwarze AEUV, Art. 51 N 7; MÜLLER-GRAFF, Streinz AEUV, Art. 51 N 3.

⁹⁰⁵ SCHLAG, in: Schwarze AEUV, Art. 15 N 7; MÜLLER-GRAFF, Streinz AEUV, Art. 51 N 6.

⁹⁰⁶ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 44 f.

⁹⁰⁷ FUCHS, Bereichsausnahmen, 134 m.w.H.; vgl. auch KRANZ, 262; HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 145.

⁹⁰⁸ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 46 f. und GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:59, 664 f.

⁹⁰⁹ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 47.

⁹¹⁰ FUCHS, Bereichsausnahmen, 134; HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 195.

weils zu hinterfragen, ob die mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbundene Tätigkeit innerhalb des Gesamtberufs eine Haupt- oder eher eine untergeordnete Nebenrolle spiele und ob sich der Beruf nach Herausnahme der mit öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeit noch in gewöhnlicher Weise ausüben lasse.⁹¹¹

432 Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass der EuGH bislang in keinem Urteil, das sich grundlegend mit Art. 51 AEUV befasste, entschieden hat, dass die jeweils Streitgegenständliche Tätigkeit *in toto* von Art. 51 AEUV umfasst sei.⁹¹² Dabei betrafen diese Urteile bereits die verschiedensten Berufs- und Tätigkeitsfelder.⁹¹³

b) «Öffentliche Gewalt»

433 Die Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 51 Abs. 1 AEUV ist primär vom Terminus der «öffentlichen Gewalt» geprägt. Auch im Kontext vorliegender Untersuchung liegt das Hauptaugenmerk auf diesem Begriff.⁹¹⁴ Der AEUV selbst definiert den Begriff nicht näher. Im Folgenden gilt es mithin, anhand der Begriffsverwendung im europäischen Sekundärrecht sowie der Ansichten in der Lehre eine erste Begriffsannäherung zu erarbeiten. In einem zweiten Schritt wird sodann wie erwähnt die Rechtsprechung des EuGH untersucht.

434 Im europäischen Sekundärrecht taucht der Begriff der «öffentlichen Gewalt» an mehreren Stellen auf. Zu erwähnen ist in erster Linie Art. 2 Abs. 2 lit. i der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123. Dieser bestimmt, dass die Richtlinie unter anderem auf jene Dienstleistung keine Anwendung findet, «die im Sinne des Artikel 45 des Vertrages [heute Art. 51 AEUV] mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind». Freilich hilft dieser Rückverweis auf die in Frage stehende Bestimmung nicht weiter. Festzuhalten ist nur, aber immerhin, dass die Dienstleistungsrichtlinie als normenhierarchisch untergeordnetes Sekundärrecht übergeordnetem Primärrecht nicht widersprechen darf und somit jedenfalls parallel dazu auszulegen ist.⁹¹⁵ Dies bestätigte auch der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung.⁹¹⁶

435 Die sechste Mehrwertsteuerrichtlinie 77/388 steht hingegen mit der Verwirklichung von Grundfreiheiten in keinerlei Verbindung. Sie schreibt bloss die Mehrwertsteuerpflicht aller selbständig ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeiten vor. Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie sieht hiervon jedoch eine Ausnahme vor. Nicht als Steuerpflichtige gelten: «Staaten, Länder, Gemeinden und sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts [...]

⁹¹¹ Stellungnahme der Kommission zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 641.

⁹¹² Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 140 f.

⁹¹³ Vgl. dazu unten, Rz. 441 ff.; so auch ausdrücklich GA CRUZ VILLALÓN u.a. zu EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2010:513, Rz. 87 ff.

⁹¹⁴ Vgl. bereits oben, Rz. 30.

⁹¹⁵ FUCHS, Bereichsausnahmen, 135 m.w.H.

⁹¹⁶ EuGH, Rs. C-293/14, *Hiebler*, EU:C:2015:843, Rz. 32 ff.; Rs. C-168/14, *Grupo Itelevesa*, EU:C:2015:351, Rz. 30 und 55 ff.

soweit sie Tätigkeiten ausüben oder Leistungen erbringen, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen.»⁹¹⁷

Der EuGH äusserte sich zu dieser Bestimmung in einem Urteil aus dem Jahr 1986.⁹¹⁸ 436
 Es stellte sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Mehrwertsteuerpflichtausnahme auf das Notariat. Der EuGH erwog, dass Notare von vornherein nicht als öffentliche Einrichtungen im Sinne von Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie gälten, enthielt sich aber einer Aussage dazu, ob Notare «öffentliche Gewalt» ausübten.⁹¹⁹ Umso spannender sind die diesbezüglichen Aussagen der Kommission und des GA LENZ: Die Kommission argumentierte, die Mehrwertsteuerrichtlinie sei eigenständig und unabhängig von anderen Definitionen in gemeinschaftsrechtlichen Bereichen, insbesondere jener in Art. 51 AEUV, zu definieren.⁹²⁰ Mit Fokus auf die *ratio* der Richtlinie, möglichst viele Berufe mit der Mehrwertsteuerpflicht zu belegen, wählte sie eine enge Auslegung der «öffentlichen Gewalt»: Art. 4 Abs. 5 habe nicht zum Ziel, alle Handlungen, die im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt stünden, von der Mehrwertsteuer auszunehmen. Bloss jene, «die einen engen Bezug zu den grundlegenden Befugnissen und Aufgaben der öffentlichen Gewalt aufwiesen», seien nicht mehrwertsteuerpflichtig.⁹²¹ Dazu zählten lediglich die Bereiche der öffentlichen Verwaltung, Rechtspflege, Sicherheit und der nationalen Verteidigung. Es handle sich um einen Kernbereich, einen unbedingt erforderlichen Teil der staatlichen Hoheitlichkeit, ohne den ein Staat nicht existieren könne.⁹²² Da Notare eindeutig selbständig und mit der Absicht der Gewinnerzielung wirtschaftlich tätig seien, übten sie nach Ansicht der Kommission und des GA keine «öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 4 Abs. 5 der RL 77/388/EWG» aus.⁹²³ Der EuGH selbst enthielt sich in diesem Verfahren einer Aussage dazu, ob Notare «öffentliche Gewalt» im Sinne der Mehrwertsteuerrichtlinie ausübten.⁹²⁴

So oder anders wären die Gründe, die für eine enge Auslegung sprechen, darin zu suchen, dass bei der Mehrwertsteuer als allgemeine und umfassende Verbrauchssteuer jegliche Art von Wettbewerbsverzerrungen durch Steuerprivilegierungen vermieden werden sollten.⁹²⁵ Zweck und Kontext der Richtlinie unterscheiden sich deutlich vom

⁹¹⁷ Ausführlich zum Begriffsverständnis der öffentlichen Gewalt unter der Mehrwertsteuerrichtlinie KRANZ, 302 ff.; vgl. zur ähnlichen Ausnahme unter schweizerischem Mehrwertsteuerrecht oben, Rz. 69 ff.

⁹¹⁸ EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161.

⁹¹⁹ EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161, Rz. 21.

⁹²⁰ EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161, Rz. 18.

⁹²¹ EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161, Rz. 17.

⁹²² GA Lenz zu EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161, Rz. 39.

⁹²³ EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161, Rz. 39; GA Lenz zu EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161, Rz. 40 f.

⁹²⁴ EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161, Rz. 21.

⁹²⁵ GA Lenz zu EuGH, Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, EU:C:1987:161, Rz. 39; HERGETH, 116; KRANZ, 303 f.

grundfreiheitlichen Kontext und Zweck des Art. 51 AEUV. Die Begriffsauslegung der «öffentlichen Gewalt» unter der Mehrwertsteuerrichtlinie kann mithin nicht ohne weiteres auf Art. 51 AEUV übertragen werden.⁹²⁶ Nichtsdestotrotz sind die Begriffsdefinitionen der Kommission und des Generalanwalts, die sich am hergebrachten Souveränitätsgedanken⁹²⁷ orientieren, ein tauglicher erster Anhaltspunkt und eine erste Auslegungshilfe für die ähnliche Formulierung in Art. 51 AEUV. Gerade die jüngere Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 AEUV greift den Gedanken der Reduktion auf einen absoluten Kernbereich staatlicher Macht auf.⁹²⁸

- 438 In einem anderen Bereich des unionalen Sekundärrechts wird der Begriff der «öffentlichen Gewalt» hingegen eher extensiv ausgelegt: Art. 4 Nr. 4 der Verordnung über die Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Strassenverkehr⁹²⁹ findet keine Anwendung auf die Beförderungen mittels Fahrzeugen der Polizei, der Streitkräfte, der Feuerwehr, der Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke, der Rundfunk- und Fernsehanstalten sowie auf «Fahrzeuge, die von anderen Trägern öffentlicher Gewalt zu öffentlichen Zwecken eingesetzt und nicht im Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen» stehen. Freilich ist die *ratio* dieser Verordnung noch weiter von Art. 51 AEUV entfernt als jene der Mehrwertsteuerrichtlinie. Dennoch ergeben sich aus der Aufzählung zumindest Hinweise auf Tätigkeiten der «öffentlichen Gewalt».⁹³⁰
- 439 Sodann bestimmt die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24⁹³¹ in Art. 10 besondere Ausnahmen für Dienstleistungsaufträge. Unter anderem findet die Richtlinie keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, welche Rechtsdienstleistungen betreffen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat – wenn auch nur gelegentlich – mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen verbunden sind (Art. 10 lit. d Ziff. v). Gemäss jüngerer Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei diesen Tätigkeiten und Dienstleistungen um solche, die auch gemäss Art. 51 Abs. 1 AEUV vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit bzw. nach Art. 62 AEUV vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ausgeschlossen sind.⁹³² Der Wortlaut dieser Ausnahmebestimmung des Sekundärrechts hilft zwar nicht unmittelbar weiter, um dem Begriff der «öffentlichen Gewalt» deutlichere Konturen zu verleihen. Aller-

⁹²⁶ KRANZ, 298; FUCHS, Bereichsausnahmen, 137.

⁹²⁷ Vgl. dazu oben, Rz. 22 ff.

⁹²⁸ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230; dazu unten, Rz. 478 ff.

⁹²⁹ Verordnung Nr. 2827/77/EWG vom 12. Dezember 1977 zur Änderung der Verordnung Nr. 543/69/EWG über die Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Strassenverkehr, ABl. L 334 vom 12. Dezember 1977, 1.

⁹³⁰ FUCHS, Bereichsausnahmen, 137 f.

⁹³¹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28. März 2014, 65.

⁹³² EuGH, Rs. C-264/18, *P.M.*, EU:C:2019:472, Rz. 39 f.

dings legt er nahe, dass die Formulierungen «hoheitliche Befugnisse» und «Ausübung öffentlicher Gewalt» wesensverwandt sind. Auch ist bereits hier anzumerken, dass diese Formulierung bei der Untersuchung der Bereichsausnahmen des FZA nochmals anzutreffen sein wird.⁹³³

In der Lehre hat sich weiterhin keine herrschende Meinung zur Definition der «öffentlichen Gewalt» herausgebildet.⁹³⁴ Die meisten Autoren verweisen – wie auch bei Art. 45 Abs. 4 AEUV⁹³⁵ – auf die Rechtsprechung des EuGH, ohne aber wesentliche, darüber hinausgehende Erkenntnisse zu liefern.⁹³⁶ Vorherrschend scheint die Auffassung zu sein, dass die Ausübung öffentlicher Gewalt in der Ausübung hoheitlicher Befugnisse bestehe.⁹³⁷ Einige Autoren argumentieren darüber hinaus, die in Ausübung öffentlicher Gewalt erbrachten Tätigkeiten seien aufgrund ihres nationalen Hoheitscharakters den binnenmarktrechtlichen Integrationserfordernissen entzogen.⁹³⁸ Generell besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass die Frage nach dem Vorliegen «öffentlicher Gewalt» nicht mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter der betroffenen Tätigkeit in einem Mitgliedstaat beantwortet werden könne.⁹³⁹ Daraus wird gefolgert, dass Art. 51 AEUV nur auf jene Tätigkeiten Anwendung finden könne, die Ausdruck eines spezifischen, originären und nicht weiter ableitbaren Gegenstands staatlicher Hoheitsgewalt seien.⁹⁴⁰ Während vielen Interpretationsversuchen allgemeine Aspekte zugrunde liegen, die auf den Einzelfall umgemünzt werden müssten,⁹⁴¹ sind andere Versuche von Begriffsdefinitionen geradezu ausschweifend.⁹⁴² Sämtliche Interpretationsversuche basieren letztlich aber auf der Rechtsprechung des EuGH und dazu vorgetragener Kritik.

5. Rechtsprechung des EuGH

Das Meinungsspektrum zum Begriff der «öffentlichen Gewalt» in der Lehre ist nach dem Gesagten äusserst breit und erscheint – zumindest *prima vista* – unsystematisch. Klarheit soll deshalb eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 AEUV liefern.⁹⁴³

⁹³³ Vgl. dazu unten, Rz. 612.

⁹³⁴ FUCHS, Bereichsausnahmen, 138; FUCHS, Notarberuf, 173; JUNG, 96; SCHMID/PINKEL, Einschränkungen, 135.

⁹³⁵ Vgl. dazu oben, Rz. 352.

⁹³⁶ MÜLLER-GRAFF, Streinz AEUV, Art. 51 N 7 und 14; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 14, jeweils m.w.H.

⁹³⁷ FUCHS, Bereichsausnahmen, 138, m.w.H.

⁹³⁸ MÜLLER-GRAFF, Streinz AEUV, Art. 51 N 5; vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 138 f.

⁹³⁹ Statt aller BRÖHMER, Callies/Ruffert AEUV, Art. 51 Rz. 4.

⁹⁴⁰ WITTKOPP, 61; JUNG, 116 ff.

⁹⁴¹ HERGETH, 122; WITTKOPP, 61 ff.

⁹⁴² Vgl. etwa FUCHS, Bereichsausnahmen, 175 ff.

⁹⁴³ Vgl. für ausführliche Überblicke zur (älteren) Rechtsprechung des EuGH FUCHS, Bereichsausnahmen, 140 ff.; DOLL, 25 ff.

442 In methodischer Hinsicht erfolgt die Darstellung wiederum chronologisch. Berücksichtigt ist nur die wichtigste Kasuistik. Wo es sich aufgrund der thematischen Verwandtschaft anbietet, wird vom Grundsatz der Chronologie abgewichen. Es werden auch die Schlussanträge der Generalanwaltschaft resp. die Stellungnahmen der Verfahrensparteien aufgeführt, insofern der Begriff der «öffentlichen Gewalt» dadurch an Konturen gewinnen konnte oder könnte.⁹⁴⁴

a) *Rs. 2/74, Reyners (Anwälte)*

443 Zum ersten Mal äusserte sich der EuGH in der bis heute als «*leading case*»⁹⁴⁵ angesehenen Entscheidung *Reyners*⁹⁴⁶ zu Art. 51 Abs. 1 AEUV. Ein niederländischer Rechtsanwalt, Herr Reyners, leitete 1974 ein Verfahren gegen Belgien ein, weil ihm die Ausübung des Anwaltsberufes in Belgien untersagt wurde. Das belgische Recht sah vor, dass nur Inländer in Belgien als Rechtsanwalt tätig sein durften. Herr Reyners lebte seit vielen Jahren in Belgien, wo er auch studiert und zum Doktor des belgischen Rechts promoviert wurde. Dieses Diplom ermöglichte belgischen Staatsangehörigen, eine Tätigkeit als Anwalt aufzunehmen.⁹⁴⁷ Die belgische Rechtsanwaltskammer begründete ihre ablehnende Entscheidung gegenüber Herrn Reyners damit, dass der Anwaltsberuf *per se* mit der Ausübung «öffentlicher Gewalt» verbunden sei, weil dieser zumindest organisatorisch in die Rechtspflege eingegliedert sei und mithin zwingend belgischen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben müsse.⁹⁴⁸

444 Der EuGH erwog, dass «ausländische Staatsangehörige lediglich von den Tätigkeiten ferngehalten werden [dürfen], die, in sich selbst betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen».⁹⁴⁹ Der Anwaltsberuf stelle jedoch keine derartige Tätigkeit dar. Je nach konkreter Ausgestaltung in den einzelnen Mitgliedstaaten sei es wohl möglich, dass ein Anwalt auch zumindest partiell «hoheitliche Tätigkeiten» ausführe. Die nationalen Bestimmungen über die Struktur und die Ausübung des Anwaltsberufes seien deswegen im Streitfall jeweils gesondert zu würdigen.⁹⁵⁰ Typische Anwaltstätigkeiten wie die Rechtsberatungen sowie die Vertretung eines Mandanten vor Gericht gehörten jedoch nicht hierzu. Dies gelte selbst in jenen Fällen, in denen die Vertretung durch einen Anwalt gesetzlich vorgeschrieben ist wie etwa der amtlichen Pflichtverteidigung.⁹⁵¹ Solche Tätigkeiten lies-

⁹⁴⁴ Vgl. zur Methodik bereits oben, Rz. 354 ff.

⁹⁴⁵ DOLL, 26; FUCHS, Bereichsausnahmen, 141.

⁹⁴⁶ EuGH, Rs. 2/74, EU:C:1974:68.

⁹⁴⁷ Vgl. zum Sachverhalt EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 633 f.

⁹⁴⁸ Stellungnahme der belgischen Rechtsanwaltskammer zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 647 f.; vgl. dazu FUCHS, Notarberuf, 167; FUCHS, Bereichsausnahmen, 141.

⁹⁴⁹ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 44/45.

⁹⁵⁰ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 48/50.

⁹⁵¹ FUCHS, Notarberuf, 167 f.

sen «die richterliche Beurteilung und die freie Ausübung der Rechtsprechungsbefugnis unberührt».⁹⁵² Rechtsanwälte würden allenfalls im Einzelfall hoheitliche Befugnisse ausüben; etwa wenn sie als Mitglied einer Rechtsanwaltskammer amteten. Aufgrund ihrer Geringfügigkeit würden sich solche Teilaspekte der Anwaltstätigkeit jedenfalls nicht auf das Berufsbild als Ganzes auswirken.⁹⁵³

Der EuGH stellte damit klar, dass lediglich unterstützende oder vorbereitende Tätigkeiten für eine anschliessende hoheitliche Entscheidung, wie das bei der anwaltlichen Tätigkeit in Bezug auf den Richter der Fall ist, nicht als Ausübung «öffentlicher Gewalt» gilt.⁹⁵⁴ Den Begriff selbst definiert der EuGH allerdings nicht weiter und belies es bei einer äusserst vagen Umschreibung.⁹⁵⁵ Immerhin gab der Gerichtshof zu verstehen, dass eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der «öffentlichen Gewalt» vorliegen müsse, damit der Tatbestand von Art. 51 AEUV erfüllt ist.⁹⁵⁶ 445

GA MAYRAS führte in seinen Schlussanträgen eine ausführliche Interpretation des Begriffs der «öffentlichen Gewalt» an, die bis heute noch in Lehre und Rechtsprechung nachhallt. Er argumentierte, «öffentliche Gewalt» entspringe «der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium. Sie beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.»⁹⁵⁷ Diese Formulierung ist bis heute der wohl populärste Versuch einer Begriffsdefinition der «öffentlichen Gewalt» geblieben.⁹⁵⁸ 446

Ähnlich äusserte sich bereits die Kommission im Vorfeld des *Reyners*-Verfahrens. Sie argumentierte, dass der Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt dahingehend definiert werden könne, dass es sich um die «Verwirklichung eines Sonderrechts mit Zwangsbefugnissen gegenüber Personen und Sachen» handle, welches «dem Bürger im allgemeinen Gewaltverhältnis nicht zusteht und demjenigen, dem es eingeräumt sei, gestattet, unabhängig von der Billigung oder sogar gegen den Willen Dritter tätig zu werden».⁹⁵⁹ Im Vergleich zur Aussage von GA MAYRAS erscheint diese Interpretation der Bereichsausnahme gar noch enger: Nur einseitig zwangsweise durchsetzbare Handlungen, nicht aber sonstige Sonderrechte oder Hoheitsprivilegien, die nicht auf die Inanspruchnahme von Zwang beschränkt sind, würden darunter fallen. Die Kommission verlangte damit ein Tätigwerden gegen den Willen der Bürger und 447

⁹⁵² EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 51/53.

⁹⁵³ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 643.

⁹⁵⁴ FUCHS, Notarberuf, 168; HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 199; ROTHENBÜHLER, 166 ff.

⁹⁵⁵ HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 199; FUCHS, Bereichsausnahmen, 144.

⁹⁵⁶ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, Rz. 54/55.

⁹⁵⁷ GA MAYRAS zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:59, 665.

⁹⁵⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 142; SIMON, 187.

⁹⁵⁹ Stellungnahme der Kommission zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 641.

schränkte den Souveränitätsvorbehalt nach Art. 51 Abs. 1 AEUV von Anfang an stark ein.⁹⁶⁰

- 448 Als einziger Mitgliedstaat unternahmen die Niederlande einen konkreten Vorschlag einer Begriffsumschreibung, welcher auch in der Urteilsbegründung des EuGH zitiert wurde. Von der Bereichsausnahme erfasst seien demnach mit besonderen öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestattete Tätigkeiten, die gewöhnlich nur Staatsbeamten übertragen seien, jedoch in bestimmten Fällen auch anderen Personen zugewiesen werden könnten. Solche Tätigkeiten könnten im Bereich der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung vorkommen. Allgemein setzten sie gewisse Entscheidungs- und Zwangsbefugnisse voraus und hätten Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten zur Folge. Ihre Ausübung unterliege einer Kontrolle und sei mit bestimmten Garantien versehen. Die Zuweisung dieser Befugnisse erfolge im Allgemeinen durch Ernennung oder Bestellung seitens der öffentlichen Gewalt.⁹⁶¹ Augenfällig bei diesem Interpretationsversuch ist, dass nicht nur Verwaltungshandeln, sondern Tätigkeiten aller drei Gewalten miteingeschlossen sein sollen.⁹⁶² Darüber hinaus stehen auch hier Entscheidungs- und Zwangsbefugnisse im Vordergrund. All dies sind Kriterien, die der EuGH erst einige Jahre später in seine Begriffsdefinition aufnehmen sollte.⁹⁶³

b) *Rs. 147/86, Frontistiria (Privatschulen)*

- 449 Im Verfahren *Frontistiria*⁹⁶⁴ musste der EuGH über die Europarechtskompatibilität einer griechischen Gesetzesbestimmung entscheiden, gemäss welcher in Griechenland nur griechische Staatsangehörige als Haus- und Privatlehrer arbeiten durften. Gemäss der griechischen Verfassung ist die Erziehung eine elementare Aufgabe des griechischen Staates. Auch die Gründung von und der Unterricht an privaten Lehranstalten (griechisch sog. «*frontistiria*») war griechischen Staatsbürgern vorbehalten. Die Kommission erachtete diesen Nationalitätsvorbehalt als europarechtswidrig und stützte sich dabei auf eine enge Auslegung der Bereichsausnahme gemäss Art. 51 Abs. 1 AEUV.
- 450 Der EuGH folgte der Einschätzung der Kommission unter Bezugnahme auf einzelfallbezogene Ausführungen.⁹⁶⁵ Eine eigentliche Begriffsdefinition der «öffentlichen Gewalt» sucht man in den Erwägungen des Gerichtshofs jedoch wiederum vergeblich.

⁹⁶⁰ Stellungnahme der Kommission zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 641; FUCHS, Bereichsausnahmen, 143; HERGETH, 114. Diese Position behielt die Kommission auch in der jüngeren Rechtsprechung bei, vgl. etwa Stellungnahme der Kommission zu EuGH, Rs. C-306/89, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1991:463, 5867.

⁹⁶¹ Stellungnahme der Niederlande zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 637.

⁹⁶² Vgl. oben, Rz. 32 ff.

⁹⁶³ Erstmals explizit in EuGH, Rs. C-114/97, *Kommission/Spanien*, EU:C:1998:519; vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 144.

⁹⁶⁴ EuGH, Rs. C-147/86, *Frontistiria*, EU:C:1988:150.

⁹⁶⁵ Vgl. dazu m.w.H. FUCHS, Bereichsausnahmen, 144 f.

Immerhin führte er aus, dass sich der Gehalt der Bereichsausnahme auf das beschränke «was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist».⁹⁶⁶

c) *Rs. C-3/88, Kommission/Italien (Datenverarbeitung)*

Im kurze Zeit darauf ergangenen Urteil *Kommission/Italien* hatte der EuGH folgende 451
 Situation zu beurteilen: Ein italienisches Dekret verlangte, dass Verträge mit dem ita-
 lienischen Staat über die Einrichtung von Datenverarbeitungssystemen in öffentlichen
 Tätigkeitsbereichen auf Rechnung der öffentlichen Verwaltung nur mit Unternehmen
 geschlossen werden durften, die unmittelbar bzw. mittelbar ganz oder mehrheitlich in
 staatlichem Besitz standen.⁹⁶⁷ Die italienische Regierung vertrat die Auffassung, dass
 Tätigkeiten, die mit dem Betrieb solcher Datenverarbeitungssysteme zusammenhingen,
 insbesondere wegen ihres vertraulichen Charakters und des Umgangs mit sensiblen
 Daten zur «Ausübung öffentlicher Gewalt» im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV
 gehörten.⁹⁶⁸

Der EuGH hielt unter Verweis auf die *Reyners*-Formel fest, dass die betroffenen Tätig- 452
 keiten der Datenverarbeitung nicht unter Art. 51 AEUV fielen. Sie seien primär techn-
 ischer Natur und «gehören deshalb nicht zur Ausübung öffentlicher Gewalt».⁹⁶⁹

d) *Rs. C-306/89, Kommission/Griechenland (Sachverständige für Verkehrsunfälle)*

Griechenland setzte die Richtlinie 82/470 zur Förderung der Niederlassungs- und 453
 Dienstleistungsfreiheit für selbständige Tätigkeiten bestimmter Hilfgewerbetreibender
 in Bezug auf Sachverständige nicht ins griechische Recht um, da diese Tätigkeit
 mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei. Die Aufgabe der Sachverständigen
 bestand unter anderem darin, für griechische Gerichte und Behörden Gutachten
 im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen zu verfassen.⁹⁷⁰

Die Kommission gelangte deshalb mit einer Vertragsverletzungsfeststellungsklage an 454
 den Gerichtshof. In Bezug auf Art. 51 Abs. 1 AEUV brachte sie vor, zum Begriff der
 öffentlichen Gewalt gehöre, dass derjenige, der diese ausübt, über «öffentlich-rechtliche
 Sonderrechte, Vorrechte der öffentlichen Gewalt und Zwangsmittel gegenüber
 den Bürgern» verfüge.⁹⁷¹ Auch der EuGH lehnte in gewohnt kurzen Worten eine Aus-
 übung öffentlicher Gewalt mit der Begründung ab, dass die Gutachten der Sachver-

⁹⁶⁶ EuGH, Rs. C-147/86, *Frontisitiria*, EU:C:1988:150, Rz. 7.

⁹⁶⁷ EuGH, Rs. C-3/88, *Kommission/Italien*, EU:C:1989:606, Rz. 1.

⁹⁶⁸ EuGH, Rs. C-3/88, *Kommission/Italien*, EU:C:1989:606, Rz. 12.

⁹⁶⁹ EuGH, Rs. C-3/88, *Kommission/Italien*, EU:C:1989:606, Rz. 13; vgl. jeweils m.w.H. DOLL, 32; FUCHS, Bereichsausnahmen, 145 f.

⁹⁷⁰ EuGH, Rs. C-306/89, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1991:463, Rz. 6.

⁹⁷¹ Stellungnahme der Kommission zu EuGH, Rs. C-306/89, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1991:463, 5867. Diese Begriffsumschreibung ist derjenigen von GA MAYRAS im Verfahren *Reyners* angeglichen worden; vgl. dazu oben, Rz. 446 f.

ständig die Gerichte nicht binden würden und diese weder in ihrer Beweiswürdigung noch in der Ausübung richterlicher Befugnisse einschränkten.⁹⁷² Allgemeine Ausführungen zur untersuchten Formulierung sucht man in der Urteilsbegründung weiterhin vergeblich.

e) *Rs. C-42/92, Thijssen (Wirtschaftsprüfer)*

- 455 In der Rechtssache *Thijssen*⁹⁷³ hatte der EuGH die Rolle von in Belgien zugelassenen Wirtschaftsprüfern zu beurteilen, die von Versicherungsaufsichtsbehörden (sog. «CDV»), zu privaten Versicherungsgesellschaften entsandt wurden und per Gesetz zwingend belgische Staatsbürger sein mussten. Herr Thijssen, ein niederländischer Staatsangehöriger, wurde gestützt auf dieses Nationalitätserfordernis nicht als zugelassener Wirtschaftsprüfer anerkannt.
- 456 Die *CDV* sind mit Kontroll- und Weisungsbefugnissen ausgestattete öffentliche Einrichtungen nach belgischem Recht.⁹⁷⁴ Der selbständige Wirtschaftsprüfer nimmt seine Aufgaben unter Aufsicht der *CDV* wahr. Seine Hauptaufgabe besteht darin, die *CDV* mit Informationen über die wirtschaftliche Lage der kontrollierten Unternehmen zu versorgen. Falls er im Rahmen seines Mandats auf widerrechtliche oder gar strafbare Handlungen des Unternehmens stösst, so hat er eine Meldepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde. Ihm kommt auch ein Vetorecht gegenüber zukünftigen Geschäftshandlungen zu, mit denen er diese für acht Tage suspendieren kann. Die endgültige Entscheidung über die suspendierten Massnahmen ist jedoch den *CDV* vorbehalten.⁹⁷⁵
- 457 Der EuGH entschied, dass den Tätigkeiten der unabhängigen Wirtschaftsprüfer kein hoheitlicher Charakter im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV zukomme. Massnahmen, die die Wirtschaftsprüfer treffen können, seien nicht unmittelbar rechtsverbindlich gegenüber den beaufsichtigten Versicherungsgesellschaften, da die Letztentscheidungsgewalt bei den *CDV* verbleibe. Um unter die Bereichsausnahme nach Art. 51 Abs. 1 AEUV zu fallen, reiche eine unterstützende und vorbereitende Rolle einer staatlichen Aufsichtsbehörde nicht aus.⁹⁷⁶ Zu erwähnen ist ferner, dass der EuGH im Sinne eines *obiter dictum* festhielt, dass die Aufsichtsbehörden *CDV* «öffentliche Gewalt» ausübten.⁹⁷⁷ Deren Kontrollaufgabe diene dem Schutz der Versicherten und den Belangen der Allgemeinheit. Zudem verfügten sie über umfassende Weisungs- und Verbotskom-

⁹⁷² EuGH, Rs. C-306/89, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1991:463, Rz. 7; vgl. weitergehend auch die Argumentation von GA LENZ zu EuGH, Rs. C-306/89, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1991:342, Rz. 34.

⁹⁷³ EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, EU:C:1993:304.

⁹⁷⁴ EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, EU:C:1993:304, 4048.

⁹⁷⁵ EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, EU:C:1993:304, 4049.

⁹⁷⁶ EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, EU:C:1993:304, Rz. 22; vgl. bereits die ähnlichen Erwägungen zu Rechtsanwälten im Verfahren *Reyners*; vgl. dazu oben, Rz. 444 f.

⁹⁷⁷ EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, EU:C:1993:304, Rz. 11 und 22.

petenzen, mit welchen sie unmittelbar in die Verwaltung der beaufsichtigten Versicherungsunternehmen eingreifen könne.⁹⁷⁸

Im Kern verlangt der EuGH im Urteil *Thijssen* nach dem Gesagten, dass eine hoheitliche Tätigkeit im Sinne des Art. 51 Abs. 1 AEUV unmittelbar mit der Möglichkeit verbunden sein muss, gegenüber dem Einzelnen verbindliche, endgültige Rechtsfolgen zu verfügen.⁹⁷⁹ Vorbereitende Massnahmen, die dann zu einer verbindlichen Verfügung durch eine übergeordnete Behörde führen, fallen nicht darunter.⁹⁸⁰

f) *Rs. C-272/91, Kommission/Italien (Lotteriekonzessionen)*

In diesem Entscheid schrieb der EuGH im Wesentlichen seine Rechtsprechung aus der Entscheidung zu den italienischen Datenverarbeitungsdiensten⁹⁸¹ fort. Italien hatte die Teilnahme an Konzessionsvergaben für ein automatisiertes System des italienischen Lottospiels Unternehmen vorbehalten, deren Gesellschafterkapital sich mehrheitlich in öffentlicher Hand befand.⁹⁸² Italien argumentierte, dieser Sachverhalt unterscheide sich massgeblich von jenem im Urteil zur Datenverarbeitung, da in Italien die Veranstaltung des Lottospiels generell dem Staat vorbehalten sei. Es handle sich mithin um Konzessionen, die eine Übertragung öffentlicher Gewalt auf den Konzessionär selbst mit sich bringen würden, nämlich die Übertragung eines Teils der Befugnisse zur Veranstaltung und Organisation des Lottospiels.⁹⁸³

Der EuGH erwog jedoch, dass sich die vom Konzessionär «zu erbringenden Leistungen, nämlich insbesondere die Ausarbeitung des Datenverarbeitungssystems [...] sowie die Verwaltung dieses Systems» nicht von den Leistungen technischer Natur, um die es in der Rechtssache C-3/88 *Kommission/Italien* ging, unterschieden.⁹⁸⁴ Somit fielen auch die streitgegenständlichen Tätigkeiten nicht unter den Ausnahmetatbestand von Art. 51 Abs. 1 AEUV.⁹⁸⁵ Das Urteil bestätigt mithin, dass Tätigkeiten technischer Natur nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifizieren, bietet aber darüber hinaus keinen weiteren Erkenntnisgewinn zum Begriff der öffentlichen Gewalt.⁹⁸⁶

⁹⁷⁸ EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, EU:C:1993:304, Rz. 11.

⁹⁷⁹ DOLL, 36; FUCHS, Bereichsausnahmen, 143.

⁹⁸⁰ HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 202; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 15.

⁹⁸¹ EuGH, Rs. C-3/88, *Kommission/Italien*, EU:C:1989:606; vgl. dazu oben, Rz. 451 f.

⁹⁸² EuGH, Rs. C-272/91, *Kommission/Italien*, EU:C:1994:167, Rz. 1; ausführlich auch GA GULMANN zu EuGH, Rs. C-272/91, *Kommission/Italien*, EU:C:1993:310, Rz. 1 ff.

⁹⁸³ EuGH, Rs. C-272/91, *Kommission/Italien*, EU:C:1994:167, Rz. 5.

⁹⁸⁴ EuGH, Rs. C-272/91, *Kommission/Italien*, EU:C:1994:167, Rz. 12.

⁹⁸⁵ EuGH, Rs. C-272/91, *Kommission/Italien*, EU:C:1994:167, Rz. 13.

⁹⁸⁶ HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 202; FUCHS, Bereichsausnahmen, 149.

g) *Rs. C-114/97, Kommission/Spanien et al. (private Sicherheitsdienste)*

- 461 Bereits im Rahmen der Untersuchung der Kasuistik zu Art. 45 Abs. 4 AEUV⁹⁸⁷ waren zwei Urteile des Gerichtshofs zu Sicherheitsdiensten von zentraler Bedeutung. Dieselben Urteile enthalten darüber hinaus auch Erwägungen, die für die Weiterentwicklung des Begriffsverständnisses von Art. 51 Abs. 1 AEUV entscheidend sind:
- 462 In der *Rs. C-114/97, Kommission/Spanien*, urteilte der EuGH, dass die gesetzlichen Vorgaben für private Sicherheitsdienste in Spanien europarechtswidrig seien: Zur Ausübung privater Sicherheitsdienste in Spanien waren nur in Spanien wohnhafte spanische Staatsangehörige zugelassen. Diese Sicherheitsdienste nahmen reine Bewachungs- und Schutzaufgaben wahr. Insbesondere kamen ihnen keine Zwangsbefugnisse gegenüber Privaten zu.⁹⁸⁸ In seinem Urteil stellte der EuGH – wiederum unter Verweis auf die *Reyners*-Formel – fest, dass private Sicherheitsleute mangels Zwangsbefugnissen lediglich zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit beitragen würden, was eine «Jedermannspflicht» sei.⁹⁸⁹ Die gesetzlich verankerte Unterstützungspflicht staatlicher Sicherheitsdienste sei ferner als bloße Hilfstätigkeit zu qualifizieren.⁹⁹⁰
- 463 Die Ausübung öffentlicher Gewalt bedingt mithin in der Diktion des EuGH, dass der mit der fraglichen Tätigkeit betrauten Person mehr Rechte zukommen als dem Durchschnittsbürger. Soweit die fragliche Tätigkeit auf privatrechtlicher Grundlage erfolgt, ist dies zumindest als Indiz gegen das Vorliegen einer Ausübung öffentlicher Gewalt zu deuten.⁹⁹¹ Ferner bekräftigte der EuGH ein weiteres Mal, dass bloße Hilfsfunktionen den Tatbestand von Art. 51 Abs. 1 AEUV nicht erfüllen können. Bemerkenswert ist, dass der EuGH in diesem Urteil erstmals explizit festhält, dass Sicherheitskräfte keine Tätigkeit der öffentlichen Gewalt ausüben, wenn ihnen keine Zwangsbefugnisse zukommen.⁹⁹²
- 464 Die ebenfalls bereits diskutierte Entscheidung in der *Rs. C-283/99* befasste sich mit der Tätigkeit privater Sicherheitsdienste in Italien.⁹⁹³ Auch darin ging es um einen Nationalitätsvorbehalt für private Sicherheitsdienste.⁹⁹⁴ Private Sicherheitsleute mussten einen Eid leisten, sie benötigten eine staatliche Lizenz, standen unter direkter Aufsicht und Disziplinargewalt des lokalen Polizeipräfekten und mussten im Dienst eine

⁹⁸⁷ Vgl. oben Rz. 383 ff.

⁹⁸⁸ EuGH, *Rs. C-114/97, Kommission/Spanien*, EU:C:1998:519, Rz. 36 f.

⁹⁸⁹ EuGH, *Rs. C-114/97, Kommission/Spanien*, EU:C:1998:519, Rz. 37; ausführlich dazu auch GA ALBER ZU EuGH, *Rs. C-114/97, Kommission/Spanien*, EU:C:1998:210, Rz. 27.

⁹⁹⁰ EuGH, *Rs. C-114/97, Kommission/Spanien*, EU:C:1998:519, Rz. 38.

⁹⁹¹ HENSSLER/KILIAN, *hoheitliche Gewalt*, 204; FUCHS, *Bereichsausnahmen*, 151.

⁹⁹² SCHMID/PINKEL, *Einschränkungen*, 137; vgl. m.w.H. FUCHS, *Bereichsausnahmen*, 151.

⁹⁹³ EuGH, *Rs. C-283/99, Kommission/Italien*, EU:C:2001:307; vgl. oben, Rz. 385.

⁹⁹⁴ EuGH, *Rs. C-283/99, Kommission/Italien*, EU:C:2001:307, Rz. 4.

staatliche Uniform tragen.⁹⁹⁵ Die italienische Regierung argumentierte zudem, dass den privaten Sicherheitsdiensten bei der Verbrechensbekämpfung auch Rechte mit kriminalpolizeilichem Charakter zustünden und ihnen eine Befugnis zur Aufnahme von Protokollen mit besonderem Beweiswert sowie eine Pflicht zur Zusammenarbeit mit der Polizei zukäme. Ihre Tätigkeit werde so zur Ausübung öffentlicher Gewalt.⁹⁹⁶

Der EuGH liess diese Argumentation jedoch nicht gelten. Unter Verweis auf das erste Urteil zu Sicherheitsdiensten und unter enger Anlehnung an die Ausführungen der Kommission⁹⁹⁷ stellte er lediglich fest, dass die Befugnis der privaten Sicherheitsdienste zur Festnahme nicht über diejenigen Befugnisse hinausgehe, die jeder anderen Privatperson zustünden.⁹⁹⁸ Handle es sich ausnahmsweise um Befugnisse, die nicht jedermann zukämen, etwa bei minder schweren Straftaten, könne allenfalls dieser begrenzte Teil der Berufstätigkeit von den Freizügigkeitsrechten ausgenommen werden.⁹⁹⁹ 465

GA JACOBS wies in seinen Schlussanträgen darauf hin, dass die eigentlichen polizeilichen Zwangsbefugnisse, nämlich die Befugnis, Täter in Gewahrsam zu halten und die notwendigen weiteren Massnahmen zu ergreifen, um die Straftat nach Massgabe des Strafrechts zu behandeln, im konkreten Fall auf Polizei und Gerichte beschränkt bleibe. Mithin sei die Tätigkeit der Sicherheitsunternehmen eine reine Hilfstätigkeit.¹⁰⁰⁰ Die Befugnis zur Aufnahme von Protokollen mit besonderem Beweiswert sei nicht mit der Befugnis von Staats- oder anderen Beamten zur Ausstellung öffentlicher Urkunden vergleichbar. Der Inhalt der Protokolle der Sicherheitsdienste bleibe widerlegbar, weshalb deren Beweiswert lediglich relativer Natur sei.¹⁰⁰¹ 466

h) Rs. C-405/01, Colegio (Seekapitäne)

Die bereits behandelte Entscheidung *Colegio*¹⁰⁰² erging zwar zu Art. 45 Abs. 4 AEUV. Sie behandelt nach einhelligen Lehrmeinungen jedoch auch Aspekte, die zur Auslegung von Art. 51 Abs. 1 AEUV herangezogen werden können.¹⁰⁰³ Wie bereits erörtert, hielt der EuGH fest, dass die Seekapitäne bei der Erfüllung der ihnen übertra- 467

⁹⁹⁵ EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:307, Rz. 10 f.

⁹⁹⁶ EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:307, Rz. 12 ff.

⁹⁹⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:307, Rz. 13 ff.

⁹⁹⁸ EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:307, Rz. 21.

⁹⁹⁹ GA Jacobs zu EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:102, Rz. 38; vgl. auch HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 205.

¹⁰⁰⁰ GA JACOBS zu EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:102, Rz. 44.

¹⁰⁰¹ GA JACOBS zu EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, EU:C:2001:102, Rz. 37. Im Umkehrschluss könne die Ausstellung einer «echten» öffentlichen Urkunde ohne weiteres mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sein (Rz. 43).

¹⁰⁰² EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515; vgl. dazu ausführlich oben, Rz. 387.

¹⁰⁰³ HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 205; DOLL, 72; FUCHS, Bereichsausnahmen, 153.

genen öffentlichen Aufgaben als Vertreter der öffentlichen Gewalt im Dienst der allgemeinen Belange des Flaggenstaats tätig seien. Ihnen kämen Untersuchungs-, Zwangs- sowie Sanktionsbefugnisse zu, die sich nicht nur durch deren Führungsposition erklären liessen.¹⁰⁰⁴ Sie seien Repräsentanten der Staatsgewalt an Bord, die auf hoher See naturgemäss nicht von den sonst zuständigen Stellen ausgeübt werden könne.¹⁰⁰⁵ Der EuGH erweiterte die Voraussetzungen von Art. 45 Abs. 4 AEUV jedoch um einen zeitlichen Aspekt: Die genannten Befugnisse müssen demgemäss regelmässig und nicht nur gelegentlich ausgeübt werden, um unter die Bereichsausnahme gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV zu fallen. Da *in casu* die Wahrnehmung der hoheitlichen Befugnisse durch die Seekapitäne nur gelegentlich erfolge, sei der Staatsangehörigkeitsvorbehalt europarechtswidrig.¹⁰⁰⁶

- 468 Der neu hinzugekommene zeitliche Aspekt wurde im Nachgang der *Colegio*-Entscheidung sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre scheinbar ohne weitere Begründung auf Art. 51 Abs. 1 AEUV übertragen.¹⁰⁰⁷ Dies ist gerade auch mit Blick auf den Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 AEUV, der explizit auch eine «zeitweise» Ausübung öffentlicher Gewalt genügen lässt, erstaunlich. Der EuGH hatte das Begriffspaar «dauernd oder zeitweise» bisher nie als weiter auslegungsbedürftig angesehen, und schien ihm keinen tieferen Bedeutungsinhalt zuzugestehen.¹⁰⁰⁸ In der Lehre wird die Meinung vertreten, die Formulierung «zeitweise» in Art. 51 Abs. 1 AEUV stelle lediglich klar, dass auch eine vorübergehende Ausübung öffentlicher Gewalt dann unter Art. 51 Abs. 1 AEUV fallen könne, wenn während dieses Zeitraums die hoheitliche Tätigkeit zeitlich den überwiegenden Anteil dieser Tätigkeit ausmache.¹⁰⁰⁹

i) Rs. C- 451/03, Servizi Ausiliari Dottori commercialisti (Steuerhilfezentren)

- 469 Dass Hilfstätigkeiten nicht unter die Bereichsausnahme nach Art. 51 Abs. 1 AEUV fallen, bestätigte der EuGH in seinem Urteil aus dem Jahre 2006 zu italienischen Steuerhilfezentren.¹⁰¹⁰ Nach italienischem Recht waren bestimmte Steuerberatungstätigkeiten und Steuerverwaltungsdienstleistungen einer Gruppe von selbständigen Personen, nämlich den «*Centri die Assistenza Fiscale*» (Steuerhilfezentren), vorbehal-

¹⁰⁰⁴ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 42 f.

¹⁰⁰⁵ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 42.

¹⁰⁰⁶ EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 44; vgl. DOLL, 72; HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 206.

¹⁰⁰⁷ HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 206. Vor der *Colegio*-Rechtsprechung liess der EuGH dagegen auch eine zeitweise Ausübung öffentlicher Gewalt genügen, vgl. EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, EU:C:1999:514, Rz. 29; dazu auch BRÖHMER, Callies/Ruffert AEUV, Art. 51 N 9.

¹⁰⁰⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 154; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 9; vgl. bereits KRANZ, 278; offengelassen von BRÖHMER, Callies/Ruffert AEUV, Art. 51 N 9.

¹⁰⁰⁹ LACKHOFF, 158 f.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 154.

¹⁰¹⁰ EuGH, Rs. 451/03, *Servizi Ausiliari Dottori commercialisti*, EU:C:2006:208; vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 155 f.

ten.¹⁰¹¹ Zur Errichtung von Steuerhilfzentren war nur befugt, wer in Italien niedergelassen war.¹⁰¹² Italien argumentierte, dass die Steuerhilfzentren Tätigkeiten der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV ausübten, und damit die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zulässig sei.¹⁰¹³

Der EuGH lehnte dieses Argument jedoch ab: Zwar seien die Steuerhilfzentren zur Überprüfung der Übereinstimmung der Angaben von Steuererklärungen mit deren Anlagen befugt. Diese Überprüfung werde von der Finanzverwaltung in der Folge regelmässig nicht mehr in Frage gestellt. Dennoch qualifizierten die Tätigkeiten als reine Vorbereitungs- und Erleichterungsmassnahmen. Nur die Finanzverwaltungsbehörden übten aufgrund ihrer abschliessenden Entscheidungskompetenz «öffentliche Gewalt» aus.¹⁰¹⁴ 470

j) *Rs. C-393/05, Kommission/Österreich et al. (Landwirtschaftskontrollstellen)*

Mit seinen Entscheidungen zu deutschen¹⁰¹⁵ und österreichischen¹⁰¹⁶ Ölkontrollstellen entwickelte der EuGH seine Rechtsprechung zu Hilfstätigkeiten nochmals fort: Sowohl das deutsche wie auch das österreichische Recht sahen vor, dass private Kontrollstellen für Produkte des ökologischen Landbaus in Deutschland bzw. Österreich eine Niederlassung unterhalten müssen, damit sie dort Kontrollleistungen erbringen konnten. Den Kontrollstellen kam eine Funktion bei der Kennzeichnung landwirtschaftlicher Produkte und Lebensmittel zu. Sie konnten unter Aufsicht der zuständigen Behörde des Niederlassungsstaates die notwendigen Kontrollen selbst ausführen, Sanktionen verhängen und Ausnahmegenehmigungen erteilen.¹⁰¹⁷ Die Vollstreckung dieser Sanktionen oblag jedoch jeweils den zuständigen Behörden, denen gegenüber die Kontrollstellen laufend über ihre Tätigkeiten Bericht erstatten mussten.¹⁰¹⁸ 471

Der EuGH verneinte die Anwendung der Bereichsausnahme wiederum mit Hinweis darauf, dass die Kontrollstellen ausschliesslich helfende und vorbereitende Tätigkeiten für die zuständige Behörde ausübten. Die Entscheidungsverantwortung verbleibe bei den zuständigen Aufsichtsbehörden.¹⁰¹⁹ Dieses Diktum ist insofern erstaunlich, als die Kontrollstellen über die Sanktionen selbst entscheiden konnten und den Behörden 472

¹⁰¹¹ EuGH, Rs. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori commercialisti*, EU:C:2006:208, Rz. 3 ff.

¹⁰¹² EuGH, Rs. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori commercialisti*, EU:C:2006:208, Rz. 5.

¹⁰¹³ EuGH, Rs. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori commercialisti*, EU:C:2006:208, Rz. 44.

¹⁰¹⁴ EuGH, Rs. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori commercialisti*, EU:C:2006:208, Rz. 47 f.

¹⁰¹⁵ EuGH, Rs. C-404/05, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2007:723.

¹⁰¹⁶ EuGH, Rs. C-393/05, *Kommission/Österreich*, EU:C:2007:722.

¹⁰¹⁷ EuGH, Rs. C-404/05, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2007:723, Rz. 30 ff.; Rs. C-393/05, *Kommission/Österreich*, EU:C:2007:722, Rz. 28 ff.

¹⁰¹⁸ EuGH, Rs. C-404/05, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2007:723, Rz. 39 ff.; Rs. C-393/05, *Kommission/Österreich*, EU:C:2007:722, Rz. 36 ff.

¹⁰¹⁹ EuGH, Rs. C-404/05, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2007:723, Rz. 44 ff.; Rs. C-393/05, *Kommission/Österreich*, EU:C:2007:722, Rz. 41 ff.

lediglich darüber berichten mussten. Nach Auffassung des EuGH komme der zuständigen Behörde aber weiterhin die Letztverantwortung zu, da sie die Sanktionen in der Folge vollstrecke. Die vorgängige Entscheidung der Kontrollstellen weise keine ausreichende Verbindlichkeit auf, um als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren.¹⁰²⁰

473 Der EuGH weitete damit den Begriff der helfenden bzw. vorbereitenden Tätigkeit deutlich aus. In der Tat lässt sich eine klare Tendenz in der Rechtsprechungstätigkeit erkennen, den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme stetig enger zu ziehen. Bemerkenswert am Urteil gegenüber Deutschland ist ferner, dass der EuGH implizit feststellte, dass die Ausübung der den Kontrollstellen in Teilbereichen zukommenden Verfügungsbefugnis eine Tätigkeit der öffentlichen Gewalt darstelle.¹⁰²¹ Solange eine Tätigkeit, die gegebenenfalls mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, einen abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit insgesamt darstelle, sei nach ständiger Rechtsprechung jedoch eine Ausweitung der Bereichsausnahme auf einen Beruf als Ganzen nicht angezeigt. Dieser Grundsatz bedeute im Falle der Kontrollstellen, dass deren Tätigkeiten im Ergebnis gesamthaft nicht hoheitlicher Natur seien.¹⁰²²

k) Rs. C-438/08, Kommission/Portugal (Fahrzeugprüfstellen)

474 In diesem Verfahren rügte die Kommission, dass Portugal gegen die Niederlassungsfreiheit verstossen habe, in dem es die Niederlassung ausländischer Unternehmen, die in Portugal Fahrzeuguntersuchungen durchführen wollten, durch gewisse Massnahmen in unzulässiger Art und Weise beschränkt habe.¹⁰²³ Den Prüfstellen oblag es primär, zu untersuchen, ob die untersuchten Fahrzeuge den geltenden technischen Normen entsprechen, und dazu einen Prüfbericht zu verfassen. Die durchgeführte Kontrolle wurde durch Aufbringen einer Plakette auf dem Fahrzeug bescheinigt, wenn das Fahrzeug den Normen entsprach. Die Prüfstellen agierten als öffentlich-rechtlich Beliehene, denen die Erteilung der Prüfbescheinigung sowie die Verhängung von Sanktionen bei Nichtbeachtung ohne weitere Einschaltung der Verwaltungsbehörde vollständig übertragen worden war. Sie standen lediglich unter der Aufsicht der zuständigen öffentlichen Einrichtung. Der Aufsichtsbehörde oblag wiederum die Vollstreckung der Sanktionen.¹⁰²⁴

475 Der EuGH hielt fest, dass die erste Phase der Fahrzeuguntersuchungen aufgrund des rein technischen Charakters klarerweise keine Tätigkeit der öffentlichen Gewalt darstelle. Die zweite Phase, in welcher die Bescheinigungen vergeben werden, umfasse

¹⁰²⁰ FUCHS, Bereichsausnahmen, 156 f.

¹⁰²¹ EuGH, Rs. 404/05, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2007:723, Rz. 47; vgl. m.w.H. FUCHS, Bereichsausnahmen, 157.

¹⁰²² EuGH, Rs. 404/05, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2007:723, Rz. 48.

¹⁰²³ EuGH, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, EU:C:2009:651.

¹⁰²⁴ EuGH, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, EU:C:2009:651, Rz. 39 f.

demgegenüber die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, da es darum gehe, die rechtlichen Folgen aus der technischen Besichtigung zu ziehen.¹⁰²⁵ Die Entscheidung über die Erteilung der Bescheinigung setze jedoch im Wesentlichen nur das Protokoll über die Ergebnisse der technischen Besichtigung um. Sie beinhalte mithin keine Entscheidungsautonomie, «die der Ausübung hoheitlicher Befugnisse eigen» sei und ergehe noch dazu im Rahmen einer unmittelbaren staatlichen Aufsicht. Ausserdem verfügten die Prüfstellen bei der Verhängung der Sanktionen nicht über Zwangsbefugnisse. Insgesamt liege deshalb keine Tätigkeit der öffentlichen Gewalt vor.¹⁰²⁶

Auch dieses Urteil bekräftigt die Tendenz des EuGH, den Anwendungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AEUV eng auszulegen. Der EuGH stellte *in casu* nicht mehr nur auf die Letztverantwortung der beaufsichtigenden Behörde, sondern auch auf die mangelnde Entscheidungsautonomie der Prüfstellen ab. Die Prüfstellen seien reine Gesetzesvollzugsstellen. Offenbar anerkennt der EuGH also graduelle Unterschiede bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse: Die «öffentliche Gewalt» muss eine gewisse Qualität erreichen, um den Ausnahmetatbestand von Art. 51 Abs. 1 AEUV zu erfüllen.¹⁰²⁷ 476

In einem Urteil aus dem Jahr 2015 bestätigte der EuGH diese Rechtsprechung im Rahmen der Beurteilung eines ähnlich gelagerten Sachverhalts zu spanischen Fahrzeugprüfstellen.¹⁰²⁸ Neue Erkenntnisse zur Begriffsbedeutung der öffentlichen Gewalt lassen sich daraus aber nicht ableiten. 477

1) *Rs. C-160/08, Kommission/Deutschland (Krankentransport)*

In einigen deutschen Bundesländern wurden Dienstleistungsaufträge für Notfall- und Krankentransportleistungen freihändig vergeben, ohne dass eine Ausschreibung erfolgte oder sonstige Transparenzvorgaben zu erfüllen gewesen wären. In den Augen der Kommission versties dieses Verhalten gegen die einschlägigen europäischen Vergaberichtlinien¹⁰²⁹ sowie gegen die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.¹⁰³⁰ 478

Die deutsche Bundesregierung machte geltend, die Tätigkeit der öffentlichen Rettungsdienste als Teil der öffentlichen Politik der Gefahrenabwehr und des Gesundheitsschutzes sei mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Weder das unio- 479

¹⁰²⁵ EuGH, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, EU:C:2009:651, Rz. 40.

¹⁰²⁶ EuGH, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, EU:C:2009:651, Rz. 41.

¹⁰²⁷ FUCHS, Bereichsausnahmen, 158; DOLL, 46.

¹⁰²⁸ EuGH, Rs. 168-14, *Grupo Itelevesa*, EU:C:2015:685, Rz. 55 ff.

¹⁰²⁹ Richtlinien 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209 vom 18. Juni 1992, 1) und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30. April 2004, 114).

¹⁰³⁰ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 1 ff.

nale Primär- noch das Sekundärrecht fänden darauf Anwendung.¹⁰³¹ Die Organisation öffentlicher Krankentransportleistungen, insbesondere auch die mit den Erbringern dieser Dienstleistungen geschlossenen Verträge, unterlägen öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Den Rettungsdiensten stünden Sonderrechte zu, etwa die Verwendung von Blaulicht und Einsatzhorn und das damit verbundene Vorfahrtsrecht, dessen Nichtbeachtung durch andere Verkehrsteilnehmer mit einer Busse geahndet werden könne.¹⁰³² Schliesslich seien die Rettungsdienste häufig an der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben im Bereich des Brand- und des Katastrophenschutzes beteiligt.¹⁰³³

- 480 Der EuGH behandelte den Begriff der öffentlichen Gewalt in seinen Erwägungen erfrischend ausführlich. Vorab stellte er klar, dass Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, auch nicht in den Anwendungsbereich von Richtlinien, die der Durchführung der Grundfreiheiten dienen, fallen.¹⁰³⁴ Sodann führte der EuGH mit Verweisen auf seine ständige Rechtsprechung aus, dass sich die Tragweite der Bestimmung auf das beschränke, was zur Wahrung der Interessen, die geschützt werden sollen, unbedingt erforderlich ist.¹⁰³⁵ Im Sinne dieser restriktiven Auslegungsvorgaben sei die Bereichsausnahme auf jene Tätigkeiten zu beschränken, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.¹⁰³⁶ Diesen bereits bekannten Vorgaben fügte der EuGH unter Bezugnahme auf die entsprechenden Anträge der GA TRSTENJAK¹⁰³⁷ als neue Voraussetzung hinzu, dass Art. 51 Abs. 1 AEUV «eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen» voraussetze.¹⁰³⁸ Im konkreten Fall liege diese nicht vor: Die Sonderrechte der Rettungsdienste reichten nicht aus, um diese als «hoheitliche Tätigkeiten» zu qualifizieren, da «die betreffenden Leistungserbringer nicht mit vom allgemeinen Recht abweichenden Vorrechten und Zwangsbefugnissen ausgestattet» seien.¹⁰³⁹
- 481 Dadurch hat der EuGH den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme gemäss Art. 51 Abs. 1 AEUV weiter eingengt. Er stellt neu auch auf ein qualitatives Element, eine bestimmte Intensität und Unmittelbarkeit von hoheitlichem Handeln, ab. Die Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen allein

¹⁰³¹ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 66.

¹⁰³² EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 66.

¹⁰³³ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 67 f.

¹⁰³⁴ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 74.

¹⁰³⁵ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 76.

¹⁰³⁶ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 78.

¹⁰³⁷ GA TRSTENJAK zu EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:67, Rz. 58 ff.

¹⁰³⁸ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 78.

¹⁰³⁹ EuGH, Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 82; vgl. dazu ausführlich ZANDER, 62 ff.

reicht dagegen nicht mehr aus.¹⁰⁴⁰ Der EuGH nimmt damit deutlicher als in seinen bisherigen Verkäufen zur Bestimmung des Vorliegens hoheitlichen Handelns auch eine Verhältnismässigkeitsprüfung vor.¹⁰⁴¹

m) Rs. C-372/09, Peñarroja (Dolmetscher)

In Vorabentscheidungsverfahren *Peñarroja*¹⁰⁴² musste der Gerichtshof unter anderem 482 beurteilen, ob ein von einem französischen Gericht bestellter Sachverständiger an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnimmt.¹⁰⁴³ Diese Frage stellte sich, nachdem Herr Peñarroja, einem spanischen Staatsangehörigen, der Eintrag ins Gerichtssachverständigenregister zweier französischer Gerichte versagt wurde.¹⁰⁴⁴

Unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung erwog der EuGH, dass eine 483 Tätigkeit nur dann in den Geltungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AEUV falle, «wenn sie, für sich genommen, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung der öffentlichen Gewalt darstellt».¹⁰⁴⁵ Die streitgegenständliche Aufgabe des gerichtssachverständigen Übersetzers bestehe jedoch lediglich darin, eine neutrale und hochwertige Übersetzung aus einer Sprache in eine andere zu liefern. Dagegen äussere der Übersetzer nicht seine Meinung zur Rechtssache. Dergestalt angefertigten Übersetzungen komme daher lediglich Hilfscharakter zu, da sie die gerichtliche Würdigung und die freie Ausübung der rechtsprechenden Gewalt ungeschmälert liessen. Es handle sich daher nicht um Tätigkeiten, die mit der Ausübung «öffentlicher Gewalt» verbunden sind.¹⁰⁴⁶

n) Rs. C-47/08, Kommission/Belgien et al. (Notariat)

In den Notarverfahren hatte die Kommission den in Belgien,¹⁰⁴⁷ Frankreich,¹⁰⁴⁸ Lu- 484 xemburg¹⁰⁴⁹, Österreich,¹⁰⁵⁰ Deutschland,¹⁰⁵¹ und Griechenland¹⁰⁵² existierenden Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und die Nichtumsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36 bemängelt. Im Falle Portugals,¹⁰⁵³ wo kein Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare existierte, monierte die Kommission lediglich die Nicht-

¹⁰⁴⁰ RÖBKE, 549 f.

¹⁰⁴¹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 161.

¹⁰⁴² EuGH, Rs. C-372/09, *Peñarroja*, EU:C:2011:156.

¹⁰⁴³ EuGH, Rs. C-372/09, *Peñarroja*, EU:C:2011:156, Rz. 20.

¹⁰⁴⁴ EuGH, Rs. C-372/09, *Peñarroja*, EU:C:2011:156, Rz. 16.

¹⁰⁴⁵ EuGH, Rs. C-372/09, *Peñarroja*, EU:C:2011:156, Rz. 42.

¹⁰⁴⁶ EuGH, Rs. C-372/09, *Peñarroja*, EU:C:2011:156, Rz. 43 ff.

¹⁰⁴⁷ EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2011:334.

¹⁰⁴⁸ EuGH, Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*, EU:C:2011:335.

¹⁰⁴⁹ EuGH, Rs. C-51/08, *Kommission/Luxemburg*, EU:C:2011:336.

¹⁰⁵⁰ EuGH, Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*, EU:C:2011:338.

¹⁰⁵¹ EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339.

¹⁰⁵² EuGH, Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland*, EU:C:2011:340.

¹⁰⁵³ EuGH, Rs. C-52/08, *Kommission/Portugal*, EU:C:2011:337.

umsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinie; im Falle der Niederlande,¹⁰⁵⁴ die die Berufsqualifikationsrichtlinie für Notare freiwillig umgesetzt hatten, nur den Staatsangehörigkeitsvorbehalt.¹⁰⁵⁵

- 485 Die Urteile wurden sowohl mit Blick auf die bereits seit geraumer Zeit umstrittene Zukunft des «lateinischen Notariats»¹⁰⁵⁶ als auch in Bezug auf eine weiterführende Begriffsschärfung der «öffentlichen Gewalt» mit Spannung erwartet und in der Folge kontrovers diskutiert.¹⁰⁵⁷
- 486 In ihren Anträgen wick die Kommission nicht von ihrer bereits im *Reyners*-Verfahren geäußerten Begriffsbeschreibung der «öffentlichen Gewalt» ab.¹⁰⁵⁸ Der Terminus «setze die Ausübung einer vom allgemeinen Recht abweichenden Entscheidungsbefugnis voraus, die in der Fähigkeit zum Ausdruck komme, unabhängig vom Willen anderer Rechtssubjekte oder sogar gegen deren Willen zu handeln». Dies manifestiere sich insbesondere in der Ausübung von Zwangsbefugnissen. «öffentliche Gewalt» umfasse nur das klassische «Imperium».¹⁰⁵⁹ Das Notariat – zumindest die Berufsgattung *in toto* – falle nicht darunter, da diese restriktiven Kriterien bei den allermeisten Notariatstätigkeiten nicht gegeben seien.¹⁰⁶⁰
- 487 Die beklagten Mitgliedstaaten replizierten, dass die Ausübung von Sonderrechten und Zwangsbefugnissen sowie die Existenz eines Über- und Unterordnungsverhältnisses gegenüber den Bürgern nicht die einzigen Ausprägungen der Ausübung «öffentlicher Gewalt» seien.¹⁰⁶¹ Insbesondere gehöre auch die Wahrnehmung von Tätigkeiten mit besonderen Befugnissen und Vorrechten gegenüber dem Bürger, die nicht jedermann zukommen, dazu. Voraussetzung sei zudem, dass die Tätigkeiten nicht lediglich vorbereitender oder technischer Natur, sondern für die entscheidende Behörde bindend

¹⁰⁵⁴ EuGH, Rs. C-157/09, *Kommission/Niederlande*, EU:C:2011:794.

¹⁰⁵⁵ Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 161 f.

¹⁰⁵⁶ Vgl. jeweils m.w.H. COTTIER/GERMANN, 95 ff.; SCHILLER, 27 ff.; GÄRDITZ, 209 ff.

¹⁰⁵⁷ Vgl. statt vieler BRUNS, 247 ff.; HEINZ/RITTER, 599 ff.; KARPENSTEIN/LIEBACH, 161 ff.

¹⁰⁵⁸ Vgl. dazu vorstehend, Rz. 447 f.

¹⁰⁵⁹ EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 42; EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2011:334, Rz. 40; Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*, EU:C:2011:335, Rz. 37; EuGH, Rs. C-51/08, *Kommission/Luxemburg*, EU:C:2011:336, Rz. 86; EuGH, Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*, EU:C:2011:338, Rz. 45; Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland*, EU:C:2011:340, Rz. 45.

¹⁰⁶⁰ EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 46 ff.; EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2011:334, Rz. 44 ff.; Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*, EU:C:2011:335, Rz. 41 ff.; *Kommission/Luxemburg*, EU:C:2011:336, Rz. 87 ff.; EuGH, Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*, EU:C:2011:338, Rz. 48 ff.; Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland*, EU:C:2011:340, Rz. 49 ff.

¹⁰⁶¹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 61; EuGH, Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*, EU:C:2011:338, Rz. 62; EuGH, Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*, EU:C:2011:335, Rz. 48.

seien. Auch sei vorausgesetzt, dass solche Vorrechte nicht nur gelegentlich wahrgenommen werden.¹⁰⁶²

Einmal mehr sind die Schlussanträge des Generalanwalts besonders interessant: GA CRUZ VILLALÓN verfolgte einen aussergewöhnlich dogmatischen Ansatz:¹⁰⁶³ Nach einer Analyse der bisherigen Rechtsprechung des EuGH konstatierte er, dass der Gerichtshof bislang noch in keiner seiner Entscheidungen zum Schluss gekommen sei, dass eine streitgegenständliche Tätigkeit unmittelbar und spezifisch an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilhabe.¹⁰⁶⁴ Der Rechtsprechung liessen sich nur wenige Gesichtspunkte zur näheren Bestimmung des Wesens und der Beschaffenheit der «öffentlichen Gewalt» im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV entnehmen. Es sei mithin eine Vertiefung dieses Begriffsverständnisses nötig. Für die Definition lasse es sich nicht vermeiden, «von einem bestimmten Vorverständnis der Idee der öffentlichen Gewalt als allgemeiner Kategorie der Staatstheorie auszugehen, in das sich die Union als eine Staatengemeinschaft notwendig begrifflich einfügt».¹⁰⁶⁵ In diesem Sinne sei unter öffentlicher Gewalt vordergründig «Gewalt, also die Fähigkeit zur Erzwingung einer einem unwiderstehlichen Willen entsprechenden Verhaltensweise» zu verstehen. Diese Fähigkeit komme in ihrem höchsten Ausdruck ausschliesslich dem Staat zu, der sich als Instrument der Verwaltung und Anordnung legitimer Gewalt verkörpere.¹⁰⁶⁶ In einem Staat gebe es mithin nicht mehr legitime Zwangsgewalt als jene, die die «öffentliche Gewalt» ausübe.

Dieses simplifizierte, klassische Verständnis komme jedoch in einem modernen, demokratischen Staat, in dem jede Betätigung öffentlicher Gewalt einer Überprüfung unterliege, an seine Grenzen. Es sei dahingehend zu relativieren, dass «die souveräne Gewalt des demokratischen Staates eher *auctoritas* als blosses *imperium*» sei. Entscheidend sei, dass die Herrschaftsgewalt durch «den Willen der ihr Unterworfenen ausgeübt» werde und «in ihrer Herrschaft mehr als durch blosser Drohung mit physischem Zwang durch den legitimen Ursprung des Herrschaftswillens gesichert» sei.¹⁰⁶⁷ Wichtigstes Merkmal der Ausübung öffentlicher Gewalt bleibe unter dem

¹⁰⁶² EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 62; EuGH, Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*, EU:C:2011:338, Rz. 62 f.

¹⁰⁶³ FRENZ, Staatsangehörigkeitsvoraussetzung, 841; vgl. m.w.H. auch LERCH, 13; FUCHS, Bereichsausnahmen, 163.

¹⁰⁶⁴ GA CRUZ VILLALÓN u.a. zu EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2011:334, Rz. 91.

¹⁰⁶⁵ GA CRUZ VILLALÓN u.a. zu EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2010:513, Rz. 92.

¹⁰⁶⁶ GA CRUZ VILLALÓN u.a. zu EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2010:513, Rz. 93.

¹⁰⁶⁷ GA CRUZ VILLALÓN u.a. zu EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2010:513, Rz. 97.

Strich, dass eine Handlung, Vorschrift oder Verhaltensweise mittels der Rechtsordnung dem formalisierten Staatswillen zugeordnet werden könne.¹⁰⁶⁸

- 490 Bei notariellen Beurkundungen finde dieser Wille des Staates unmittelbar seinen Ausdruck darin, dass z.B. eine Privatperson ermächtigt werde, ihr eigenes Recht mit Hilfe staatlicher Gewalt auszuüben.¹⁰⁶⁹ Deshalb gehöre die notarielle Tätigkeit, wie sie sich in den beklagten Mitgliedstaaten entfalte, zwar grundsätzlich zur öffentlichen Gewalt und falle damit in den negativen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit. Im Lichte des allgemeinen Diskriminierungsverbots und vor dem Hintergrund der neu eingeführten Unionsbürgerschaft sei der Staatsangehörigkeitsvorbehalt jedoch unverhältnismässig.¹⁰⁷⁰
- 491 Zumindest was die Erwägungen zum Begriff der öffentlichen Gewalt angeht, sind die Urteile des Gerichtshofs in den Notariatsverfahren im Wesentlichen wortgleich ausgefallen. Einmal mehr verwies der Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung seit dem *Reyners*-Urteil. Nicht zur öffentlichen Gewalt zu zählen seien demnach insbesondere bestimmte Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeiten für die Ausübung öffentlicher Gewalt. Auch (Hilfs-)Tätigkeiten, die einen Beitrag zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben von Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden umfassten, deren Beurteilungs- oder Entscheidungsbefugnisse jedoch unberührt lassen, fielen nicht unter die Bereichsausnahme.¹⁰⁷¹ Gestützt auf diese in der bisherigen Rechtsprechung herausgearbeiteten Negativkriterien erwog der EuGH, dass keine der notariellen Tätigkeiten in den Ausprägungen der beklagten Mitgliedstaaten, insbesondere auch nicht die durch «ein Element der Freiwilligkeit» geprägte notarielle Beurkundung, Tätigkeiten darstellten, die die unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt beinhalten.¹⁰⁷² Damit verstosse der Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare gegen Unionsrecht.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁸ GA CRUZ VILLALÓN u.a. zu EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2010:513, Rz. 105; vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 163 f.

¹⁰⁶⁹ GA CRUZ VILLALÓN u.a. zu EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2010:513, Rz. 118; FUCHS, Bereichsausnahmen, 163.

¹⁰⁷⁰ GA CRUZ VILLALÓN u.a. zu EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2010:513, Rz. 123 ff.; zum Ergebnis Rz. 146.

¹⁰⁷¹ EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 87; EuGH, Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2011:334, Rz. 86; Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*, EU:C:2011:335, Rz. 76; *Kommission/Luxemburg*, EU:C:2011:336, Rz. 86; EuGH, Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*, EU:C:2011:338, Rz. 85; Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland*, EU:C:2011:340, Rz. 78; Rs. C-157/09, *Kommission/Niederlande*, EU:C:2011:794, Rz. 59.

¹⁰⁷² Ausführlich zu den einzelnen Tätigkeiten FUCHS, Bereichsausnahmen, 195 ff.

¹⁰⁷³ EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 118; Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien*, EU:C:2011:334, Rz. 125; Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich*, EU:C:2011:335, Rz. 109; Rs. C-51/08, *Kommission/Luxemburg*, EU:C:2011:336, Rz. 127; Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich*, EU:C:2011:338, Rz. 121; Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland*, EU:C:2011:340, Rz. 112; Rs. C-157/09, *Kommission/Niederlande*, EU:C:2011:794, Rz. 91;

Die zweite Rüge der Kommission, welche die Nichtumsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinien in Bezug auf den Notarberuf betraf, wies der EuGH hingegen zurück.¹⁰⁷⁴ Angesichts des Wortlautes und der Entstehungsgeschichte der Richtlinien hatten Unklarheiten hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf Notare bestanden.¹⁰⁷⁵ Mit der Zustimmung des Rats der EU zur Revision der Berufsqualifikationsrichtlinie¹⁰⁷⁶ am 15. November 2013 hat sich diese Streitfrage nunmehr geklärt: Mit Hoheitsakt bestellte Notare sind vom Anwendungsbereich der Richtlinie explizit ausgenommen.¹⁰⁷⁷ Die praktische Konsequenz dieser Richtlinienänderung ist jedoch gering, da die Anerkennung von Berufsqualifikationen als Notar, welche in einem anderen EU-Mitgliedstaat erworben wurden, nunmehr einfach anderen Prämissen folgt.¹⁰⁷⁸ Von grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung von Notaren kann so oder anders kaum die Rede sein; vielmehr steht die Niederlassung unter Einordnung in das jeweilige Notariatsystem im Vordergrund.¹⁰⁷⁹

Im Anschluss an die Urteile in den Verfahren gegen die genannten Mitgliedstaaten klagte die Kommission auch noch gegen Lettland¹⁰⁸⁰ und gegen Ungarn,¹⁰⁸¹ die zwar zwischenzeitlich Änderungen an den Rechtsvorschriften zu den Notartätigkeiten vorgenommen hatten, aber weiterhin einen Staatsangehörigkeitsvorbehalt vorsahen. Damit verletzten sie – nach Auffassung der Kommission – weiterhin Unionsrecht. In seinen 2015 und 2017 ergangenen Urteilen übernahm der EuGH die vorstehend erörterten Ausführungen zum Begriff der öffentlichen Gewalt praktisch vollumfänglich.¹⁰⁸² Er kam nach einer umfassenden Prüfung der Befugnisse und Tätigkeiten der Notare in Lettland und Ungarn zum Schluss, dass auch die Staatsangehörigkeitsvoraussetzun-

vgl. FRENZ, Staatsangehörigkeitsvoraussetzung, 891 f.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 163 f.; FUCHS, Staatsangehörigkeitsvorbehalt, 470 ff.; SCHMID/PINKEL, Reformierung, 2928 f.; RITTER, 707 ff.

¹⁰⁷⁴ Dazu kritisch BORMANN, 1.

¹⁰⁷⁵ Vgl. jeweils m.w.H. SCHMID/PINKEL, Einschränkungen, 2928 f.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 165 und 235 ff.; ASEMISSEN, 164 ff.

¹⁰⁷⁶ Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems, ABL L 354 vom 20. November 2013, 132.

¹⁰⁷⁷ PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 6 ff. Der EuGH bestätigte die Ausnahme der Berufsqualifikationsrichtlinie für Notare in seinem Beschluss vom 7. Januar 2015, vgl. EuGH, T-185/14, *Freitas*, EU:T:2015:14; vgl. zum Ganzen SNV, Der Fall Freitas – Auswirkungen auf die Freizügigkeitsempfehlung der WEKO (online abrufbar unter <snv-fsn.ch> → Aktuelles); vgl. unten, Rz. 614 ff.

¹⁰⁷⁸ OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 60; vgl. GÄRDITZ, 211 ff.; WEKO, Freizügigkeit Notare, Rz. 70; a.M. PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 8; vgl. VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.3; vgl. zur weiterführenden Debatte in Bezug auf die Schweiz auch unten, Rz. 614 ff.

¹⁰⁷⁹ BORMANN, 1; vgl. jeweils m.w.H. ROTH, 734 ff. und BRAZEROL, Rz. 38 ff.

¹⁰⁸⁰ EuGH, Rs. C-151/14, *Kommission/Lettland*, EU:2015:577.

¹⁰⁸¹ EuGH, Rs. C-392/15, *Kommission/Ungarn*, EU:C:2017:73.

¹⁰⁸² EuGH, Rs. C-392/15, *Kommission/Ungarn*, EU:C:2017:73, Rz. 105 ff.

gen für den Zugang zum Beruf des Notars in Lettland und Ungarn europarechtswidrig seien, da sie nicht unter die Bereichsausnahme nach Art. 51 AEUV subsumiert werden könnten.¹⁰⁸³ Die Urteile wurden sodann im Rahmen eines aktuellen Vorabentscheidungsverfahrens über die Richtlinie zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs¹⁰⁸⁴ für Rechtsanwälte ein weiteres Mal bestätigt.¹⁰⁸⁵

- 494 Insgesamt bleibt zu konstatieren, dass die im Vorfeld der Notariatsurteile vielfach herbeigesehnte, subsumtionsfähige Erläuterung der öffentlichen Gewalt weiterhin ausblieb. Der EuGH beließ es wiederum bei einer (negativen) Aufzählung von Tätigkeiten, die nicht unter die Bereichsausnahme fallen. Es fehlt damit auch über ein halbes Jahrhundert nach Inkrafttreten der Vorgängerbestimmung von Art. 51 Abs. 1 AEUV an einem gesicherten, positiven Anwendungsfall.¹⁰⁸⁶ FUCHS sieht in der Auflistung der «Negativmerkmale» von Art. 51 Abs. 1 AEUV zumindest insofern ein Novum, als der EuGH erstmals nur solche Tätigkeiten ausreichen liess, die mit Entscheidungs- oder Zwangsbefugnissen versehen sind oder die Ausübung von Zwangsmitteln mit sich bringen.¹⁰⁸⁷ Keine Bezugnahme findet sich dagegen zu den noch in der Rechtsache C-160/08 ausgearbeiteten Kriterien der «Sonderbefugnisse» und «Hoheitsprivilegien».¹⁰⁸⁸ Die herrschende Lehre erachtete das Vorliegen von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen bereits zuvor lediglich als alternative Voraussetzungen.¹⁰⁸⁹ Letztlich scheint sich der EuGH also doch für eine besonders enge Auslegung entschieden zu haben,¹⁰⁹⁰ die auch die Kommission seit Beginn der Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 1 AEUV vertritt.¹⁰⁹¹ Auf die dogmatisch neuartigen Ansätze des GA CRUZ VILLALÓN ging der EuGH dagegen nicht ein.¹⁰⁹²

¹⁰⁸³ EuGH, Rs. C-151/14, *Kommission/Lettland*, EU:2015:577, Rz. 55 ff.; Rs. 392/15, *Kommission/Ungarn*, EU:C:2017:73, Rz. 109 ff.

¹⁰⁸⁴ Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. L 78 vom 26. März 1977, 17.

¹⁰⁸⁵ EuGH, Rs. C-342/15, *Piringer*, EU:C:2017:196, Rz. 54.

¹⁰⁸⁶ Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 165 m.w.H.; HENSSLER/KILIAN, Notariat, 484; kritisch dazu KORTE/STEIGER, 1245.

¹⁰⁸⁷ FUCHS, Bereichsausnahmen, 165; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 15.

¹⁰⁸⁸ FUCHS, Bereichsausnahmen, 165 f.

¹⁰⁸⁹ HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 207; GRÜB, 116; KORTE/STEIGER, 1243 f.; SCHMID/PINKEL, Einschränkungen, 137.

¹⁰⁹⁰ Vgl. dazu bereits SCHMID/PINKEL, Einschränkungen, 137.

¹⁰⁹¹ Vgl. Stellungnahme der Kommission zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 641.

¹⁰⁹² FUCHS, Bereichsausnahmen, 166 f.; vgl. dazu oben, Rz. 488 ff.

o) *Rs. C-327/12, SOA Nazionale Costruttori et al. (Zertifizierungsstellen)*

In zwei jüngeren Urteilen hatte der EuGH zu beurteilen, ob italienische Zertifizierungsstellen für Unternehmen, die öffentliche Bauaufträge ausführen, «öffentliche Gewalt» ausüben.¹⁰⁹³ 495

Unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung und ohne diese weiterzuentwickeln, führte der EuGH gewohnt knapp aus, dass Art. 51 Abs. 1 AEUV auf jene Tätigkeiten beschränkt ist, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. In Anbetracht der vornehmlich wirtschaftlichen und technisch geprägten Tätigkeiten der Zertifizierungsstellen seien diese Voraussetzungen nicht erfüllt.¹⁰⁹⁴ 496

6. *Zwischenfazit*

Der EuGH legt Art. 51 Abs. 1 AEUV und die darin verwendete Formulierung der «öffentlichen Gewalt» in ständiger Rechtsprechung eng und ausschliesslich nach teleologischen Zweckaspekten aus.¹⁰⁹⁵ Beinahe sämtliche Urteile, in denen die Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AEUV zu prüfen war, enthalten eine Formulierung, wonach die Norm auf das beschränkt sei, «was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist».¹⁰⁹⁶ Dieses Maximum wurde vom EuGH nie statisch festgelegt, sondern vielmehr dynamisch an den Stand des Integrationsprozesses innerhalb der EU angepasst.¹⁰⁹⁷ Die chronologische Darstellung der Rechtsprechung des EuGH zeigt denn auch eine klare Tendenz auf, wonach der Anwendungsbereich des Art. 51 AEUV vom EuGH stetig enger gefasst wird. Und just diese Tendenz vermag dann wohl auch zu erklären, warum der EuGH bislang keine generelle, subsumtionsfähige Begriffsdefinition der Ausübung öffentlicher Gewalt herausgearbeitet hat. 497

Die restriktive Auslegungspraxis des EuGH ist folgerichtig, wenn man sich das Ziel aller Regelungen zu den unionalen Grundfreiheiten vor Augen hält: Es geht primär um die Verwirklichung eines unionalen Binnenmarkts. Bestimmungen des Unionsrechts werden vom EuGH dementsprechend dahingehend ausgelegt, dass sie grösstmögliche Wirkung im Hinblick auf dieses Ziel entfalten.¹⁰⁹⁸ Die Bereichsausnahmen als integrationsausschliessende Normen werden vor diesem Hintergrund möglichst re- 498

¹⁰⁹³ EuGH, Rs. C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori*, EU:C:2013:827; Rs. C-593/13, *Rina Services*, EU:C:2015:399.

¹⁰⁹⁴ EuGH, Rs. C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori*, Rz. 50 ff.; Rs. C-593/13, *Rina Services*, EU:C:2015:399, Rz. 17 ff.

¹⁰⁹⁵ HENSSLER/KILIAN, *hoheitliche Gewalt*, 206 ff.; FORSTHOFF, *Grabitz/Hilf AEUV*, Art. 51 N 5; OESCH, *Einfluss des EU-Rechts*, 56.

¹⁰⁹⁶ Statt vieler EuGH, Rs. 147/86, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1989:610, Rz. 7; Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339; Rz. 85.

¹⁰⁹⁷ Vgl. HENSSLER/KILIAN, *hoheitliche Gewalt*, 203.

¹⁰⁹⁸ Vgl. dazu oben, Rz. 299 ff.

striktiv ausgelegt, um möglichst wenige Tätigkeiten von den Integrationszielen auszuschliessen.¹⁰⁹⁹

- 499 Der reichhaltigen Rechtsprechung des EuGH lassen sich drei Hauptmerkmale entnehmen, die eine mit öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeit charakterisieren:¹¹⁰⁰
- In erster Linie verlangt der EuGH, dass eine entsprechende Tätigkeit mit Entscheidungs- oder Zwangsbefugnissen oder dem Einsatz von Zwangsmitteln verbunden ist. Nicht ausreichend ist dabei die Ausübung von allen Bürgern gleichermassen zustehenden «Jedermannsrechten», selbst wenn die Wahrnehmung dieser Rechte im öffentlichen Interesse liegt. Charakteristisch ist, dass der Bürger in einem Subordinationsverhältnis gegenüber demjenigen stehen muss, der die «öffentliche Gewalt» ausübt. Die hoheitlichen Entscheidungs- und Zwangsbefugnisse müssen zudem eine materiell qualifizierte Form annehmen.¹¹⁰¹ Sie dürfen auch nicht bloss zeitlich begrenzt zur Verfügung stehen, sondern müssen einen prägenden Bestandteil des jeweiligen Berufsbildes ausmachen.¹¹⁰²
 - Die Tätigkeit muss sodann gegenüber dem Bürger eine direkte Aussenwirkung zeitigen; mit anderen Worten muss die Rechtssphäre des Bürgers direkt und ohne weitere Zwischenschritte anderer öffentlicher Stellen beeinflusst werden können.¹¹⁰³ Rein technische Tätigkeiten greifen dabei *per se* nicht in die Rechtssphäre eines Bürgers ein,¹¹⁰⁴ sondern dienen nur der Schaffung einer Infrastruktur oder einer inhaltlichen Entscheidungsgrundlage für den Staat.
 - Schliesslich fordert der EuGH, dass den Entscheidungen des Hoheitsträgers eine gewisse Verbindlichkeit zukommt.¹¹⁰⁵ Nicht ausreichend ist eine bloss unterstützende, vorbereitende (Hilfs-)Tätigkeit.¹¹⁰⁶
- 500 Auffällig ist bei alledem, dass der EuGH bisher keine einzige der von ihm begutachteten Tätigkeiten und kein Berufsbild als mit «öffentlicher Gewalt» im Sinne von Art. 51 AEUV ausgestattet qualifiziert hat. Als *obiter dicta* hat er bisher nur, aber immerhin, den Richterberuf¹¹⁰⁷, sowie Tätigkeiten von polizeilichen und staatlichen Si-

¹⁰⁹⁹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 167.

¹¹⁰⁰ Vgl. LERCH, 12; DEDERER, 867; FUCHS, Bereichsausnahmen, 168 ff.

¹¹⁰¹ EuGH, Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, EU:C:2009:651, Rz. 40; Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2010:230, Rz. 79; DOLL, 95; FUCHS, Bereichsausnahmen, 171 f.

¹¹⁰² EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 44; OESCH, Niederlassungsfreiheit, 597.

¹¹⁰³ EuGH, Rs. C-272/91, *Kommission/Italien*, EU:C:1994:167; Rs. C-3/88, *Kommission/Italien*, EU:C:1989:606; HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 211; KORTE/STEIGER, 1244; FUCHS, Notarberuf, 173; FUCHS, Bereichsausnahmen, 172.

¹¹⁰⁴ HENSSLER/KILIAN, hoheitliche Gewalt, 210; HENSSLER/KILIAN, Vermessungsingenieur, 33.

¹¹⁰⁵ JUNG, 83; FUCHS, Bereichsausnahmen, 172 f.

¹¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 118; EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, EU:C:1993:304, Rz. 21; vgl. DOLL, 49 f.; FUCHS, Bereichsausnahmen, 173.

¹¹⁰⁷ Vgl. oben, Rz. 445.

cherheitsbehörden¹¹⁰⁸ und von Versicherungsaufsichtsämter¹¹⁰⁹ als «hoheitliche Tätigkeiten» im Sinne der Bereichsausnahme definiert.

VI. Würdigung: Gemeinsamer Kerngehalt der Hoheitlichkeit und Parallelität der Bereichsausnahmen

Die Untersuchung der Bereichsausnahmen im Zusammenhang mit der unionalen Arbeitnehmerfreizügigkeit, einerseits, und der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, andererseits, hat deutliche Parallelen aufgezeigt. Diese bestehen insbesondere – und dies ist im Kontext der vorliegenden Arbeit von besonderer Relevanz – in der Bedeutung, die dem Hoheitlichkeitsbegriff zur Bestimmung des Geltungsbereichs der Bereichsausnahmen zukommt. 501

Als Tätigkeiten der «öffentlichen Verwaltung» gemäss Art. 45 Abs. 4 AEUV qualifizieren nach der vorstehend exzerpierten Rechtsprechung des EuGH ausschliesslich jene Tätigkeiten, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates gerichtet sind, so dass sie ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen. 502

Bei Art. 51 Abs. 1 AEUV verlangt der EuGH für das Vorliegen von «öffentlicher Gewalt» im Sinne der Bereichsausnahme primär, dass die jeweilige Tätigkeit mit Entscheidungsbefugnissen im Sinne von Zwangsbefugnissen verbunden ist. Dieses Innehaben von mit Zwangsbefugnissen besetzten Entscheidungsbefugnissen ist nach dem Gesagten gleichzeitig eines der wesentlichen Charakteristika von «hoheitlichen» Befugnissen. 503

Dies legt den Schluss nahe, dass der entscheidende Anknüpfungspunkt unter Art. 45 Abs. 4 AEUV, nämlich die «hoheitlichen Befugnisse», einen praktisch identischen Begriffsinhalt aufweist wie der Begriff der «öffentlichen Gewalt» in Art. 51 Abs. 1 AEUV. Der Unterschied liegt primär darin, dass der von Art. 45 Abs. 4 AEUV Betroffene als Arbeitnehmer tätig wird und der von Art. 51 AEUV Betroffene als Selbständiger im Wirtschaftsverkehr agiert. In der Lehre wird zwar diskutiert, ob Art. 51 Abs. 1 AEUV enger auszulegen sei als Art. 45 Abs. 4 AEUV, da in der zweitgenannten Bereichsausnahme neben der identischen *ratio legis* des Staatsangehörigkeitsvorbehalts auch die Personalhoheit der Mitgliedstaaten zum Ausdruck komme.¹¹¹⁰ Insgesamt 504

¹¹⁰⁸ Vgl. oben, Rz. 462.

¹¹⁰⁹ Vgl. oben, Rz. 457.

¹¹¹⁰ FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 2; OESCH, Niederlassungsfreiheit, 593 f.; BRAZEROL, Rz. 35; a.M. DOLL, 75; FUCHS, Bereichsausnahmen, 358 f.

gilt jedoch, dass sowohl Arbeitnehmer im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis als auch private Selbständige, wenn sie im Rahmen ihrer jeweiligen Tätigkeit hoheitlich handeln, von den Grundfreiheiten ausgenommen sein können. Den Bereichsausnahmen kommt insofern der gleiche Kerngehalt zu, wonach den Mitgliedstaaten die Möglichkeit belassen werden soll, die Ausübung von Hoheitsgewalt ihren eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten.¹¹¹¹

- 505 Diese Erkenntnis lässt sich nicht zuletzt auf die ständige Rechtsprechung des EuGH und die darin auszumachende Tendenz zur Verengung und Vereinheitlichung der Bereichsausnahmen zurückführen. Gerade in jüngerer Zeit verwenden sowohl die Generalanwälte in ihren Anträgen wie auch der EuGH in seinen Urteilen eine praktisch identische Terminologie zur Umschreibung von «hoheitlichen Befugnissen» und «öffentlicher Gewalt».¹¹¹² Aber auch in der Lehre werden die beiden Hauptmerkmale der Bereichsausnahmen zunehmend synonym verwendet.¹¹¹³
- 506 Offen bleibt damit noch immer die Frage, wann eine Tätigkeit als «hoheitlich» und damit als unter die Bereichsausnahmen fallend qualifiziert. In genereller Weise wurde diese Frage vom EuGH noch nicht beantwortet. Fest steht einzig, dass der EuGH in konstanter Rechtsprechungstätigkeit ein äusserst enges Verständnis von Hoheitlichkeit zum Ausdruck bringt. Vorausgesetzt sind, wie gesehen, jedenfalls Entscheidungs- bzw. Zwangsbefugnisse. Solche liegen vor, wenn der Hoheitsträger einseitige Entscheidungen gegen oder ohne den Willen des Betroffenen treffen kann. Dabei steht der Betroffene üblicherweise in einem Subordinationsverhältnis zum Hoheitsträger. Als hoheitlich gelten dergestalt namentlich Tätigkeiten, bei denen der (hoheitlich) Handelnde einseitig bindende Rechtsakte, also nach schweizerischem Verständnis typischerweise Verfügungen oder Verordnungen, aber auch jegliche Arten von Ge- und Verboten, erlassen kann. Diese Art der Ausübung von Hoheitsrechten entspricht der klassischen Eingriffsverwaltung.¹¹¹⁴ Tätigkeiten der Leistungsverwaltung gehören dagegen generell nicht dazu, zumal es das Charakteristikum der Leistungsverwaltung ist, dass der Bürger sich freiwillig an die Behörde wendet und von ihr eine Leistung verlangt.¹¹¹⁵
- 507 Eine fundierte Diskussion der vornehmlich integrationspolitisch geprägten Frage, ob sich – gerade auch im Kontext des durch die Unionsbürgerschaft gewährten Wahlrechts gemäss Art. 22 AEUV – die aus auf dem Kerngehalt der Hoheitlichkeit resultie-

¹¹¹¹ Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 348; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 3.

¹¹¹² Vgl. dazu die chronologische Darstellung der Rechtsprechung in Rz. 357 ff. und Rz. 443 ff.; FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 45 N 429; ESCHMANN, 88; FUCHS, Bereichsausnahmen, 349.

¹¹¹³ DOLL, 75; FABIS, 372; FUCHS, Bereichsausnahmen, 349.

¹¹¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 33 ff.; TSCHANNEN, 794.

¹¹¹⁵ Vgl. FUCHS, Bereichsausnahmen, 350; TSCHANNEN, 794; vgl. bereits oben, Rz. 41.

renden Staatsangehörigkeitsvorbehalte auf Unionsebene überhaupt noch rechtfertigen lassen,¹¹¹⁶ würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Immerhin sei hier festgehalten, dass die Koppelung von Hoheitsbefugnissen an die nationale Staatsangehörigkeit heute regelmässig kaum mehr durch sachliche Argumente gerechtfertigt werden kann. Trotzdem bedeutet dies nicht, dass die Bereichsausnahmen gemäss Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 AEUV einfach abgeschafft werden könnten. Denn obwohl die Idee eines reinen Staatsangehörigkeitsvorbehalts mit Blick auf die erreichte Integration auf Unionsebene nicht mehr sach- und zeitgemäss erscheint, werden die Vorbehalte gemäss Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 AEUV weiter bestehen, solange die EU kein eigener, souveräner Staat und nicht selbst Träger «originärer» Staatsgewalt ist.¹¹¹⁷ Umgekehrt verbleibt den Mitgliedstaaten bis zu diesem Zeitpunkt ein unverzichtbarer Kernbereich von nationaler Staatlichkeit, in dem das Unionsrecht nicht gilt.¹¹¹⁸ Eine Abschaffung der Bereichsausnahmen hätte mithin nicht nur eine Abschaffung der Staatsangehörigkeitsvorbehalte zur Folge, sondern würde gar dazu führen, dass es keinen europarechtsfreien Raum mehr gäbe.¹¹¹⁹ Auch unter Berücksichtigung aktueller Herausforderungen¹¹²⁰ scheint ein solcher Zustand nicht unmittelbar bevorzustehen.

E. Fazit und Zusammenfassung

Das unionale Freizügigkeitsrecht gliedert sich auf primärrechtlicher Ebene in die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit. 508
Weitergehende Freizügigkeitsrechte, die über die rein wirtschaftlichen Anknüpfungspunkte dieser Grundfreiheiten hinausgehen, ergeben sich aus der Unionsbürgerschaft.

Die Grundfreiheiten haben einen tendenziell weiten Geltungsbereich. Enge Bereichsausnahmen sind im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Beschäftigungen in der «öffentlichen Verwaltung», im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Tätigkeiten, die mit der Ausübung «öffentlicher Gewalt» verbunden sind, vorgesehen. Der Hoheitlichkeitsbegriff stellt, obwohl er nicht explizit in den jeweiligen Wortlauten enthalten ist, den gemeinsamen Kerngehalt dieser Bereichsausnahmen dar. Sowohl der Begriff der «öffentlichen Verwaltung» als auch der Begriff der «öffentlichen Gewalt» verlangen letztlich, dass eine ausgenommene Tätigkeit mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden ist. Beide Bereichsausnahmen verfolgen das gemeinsame Ziel, den Mitgliedstaaten die autonome Organisationsgewalt 509

¹¹¹⁶ Vgl. dazu FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 51 N 4.

¹¹¹⁷ FUCHS, Bereichsausnahmen, 115; KÄMMERER, 41; vgl. dazu oben, Rz. 289 ff.

¹¹¹⁸ RIECKHOFF, 115; WITTKOPP, 149; FUCHS, Bereichsausnahmen, 115.

¹¹¹⁹ FUCHS, Bereichsausnahmen, 115.

¹¹²⁰ Vgl. BIBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 40 N 16 ff.

über einen sich stetig verengenden Kernbereich ihrer staatlichen Hoheitsgewalt zu belassen.

- 510 Die Rechtsprechung des EuGH liefert diverse Anhaltspunkte, welche Tätigkeiten *nicht* zu diesem Kernbereich gehören und damit *keine* hoheitlichen Tätigkeiten darstellen. Demnach sind die Bereichsausnahmen – und nach dem Gesagten auch der Hoheitlichkeitsbegriff – eng auszulegen. Erfasst sind Tätigkeiten, die mit der Ausübung von Sonderrechten bzw. Zwang verbunden sind und die sich üblicherweise durch ein Subordinationsverhältnis zwischen rechtsunterworfenem Bürger und Hoheitsträger charakterisieren. Reine Hilfstätigkeiten fallen von vornherein nicht unter die Bereichsausnahmen. Um als hoheitliche Tätigkeit im Sinne der Bereichsausnahmen zu gelten, muss vielmehr eine gewisse Letztverantwortung vorliegen. Auch in zeitlicher Hinsicht wird eine gewisse Häufigkeit im Einsatz dieser Hoheitsbefugnisse gefordert.
- 511 Eine positivrechtliche Definition der Hoheitlichkeit sucht man in der Rechtsprechung des EuGH dagegen vergebens. Auch bleibt ungeklärt, welche spezifischen Tätigkeiten hoheitlich sind. Nur im Sinne diverser *obiter dicta* hat der EuGH dargelegt, dass «genuin hoheitliche» Tätigkeiten von Gerichts-, Polizei- und Aufsichtsbehörden unter die Bereichsausnahmen fallen.

Nachdem in den vorstehenden Paragraphen die Relevanz des Hoheitlichkeitsbegriffs auf 512
multilateraler und unionaler Ebene behandelt wurde, ist auf einer nächsten Ebene des-
sen Bedeutung im Bereich des bilateralen Freizügigkeitsrechts mit Bezug zur Schweiz
zu untersuchen. § 7 fokussiert dabei auf die aus dem Freizügigkeitsabkommen zwischen
der Schweiz und der EU¹¹²¹ fliessenden Freizügigkeitsrechte und die darin statuierten
Ausnahmen zugunsten hoheitlicher Tätigkeiten (nachfolgend A.), die stark an die so-
eben behandelten Bereichsausnahmen der unionalen Grundfreiheiten angelehnt sind.

Daneben wird die Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs im Sinne eines kursorischen 513
Überblicks aber auch für weitere bilaterale Freihandelsabkommen der Schweiz, die
zumindest im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs teilweise auch Freizügigkeits-
rechte gewähren, untersucht (B.).

A. Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU

I. Entstehung und Entwicklung

Die vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU sind historisch ge- 514
wachsen und bis heute äusserst vielfältig geblieben.¹¹²² Die engen wirtschaftlichen
Verflechtungen sind für den Wohlstand in der Schweiz von grosser Bedeutung: Die

¹¹²¹ Das FZA ist ein «gemischtes Abkommen». Vertragsparteien sind nicht nur die Schweiz und die EU, sondern auch sämtliche Mitgliedstaaten der EU, vgl. COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 430. Auch wenn es sich vor diesem Hintergrund beim FZA formell um ein multilaterales Abkommen handelt, wird es in vorliegender Arbeit als bilaterales Rechtsverhältnis zwischen der Schweiz und der EU verstanden und in vorliegendem Kapitel besprochen.

¹¹²² Vgl. für einen Überblick EDA, Europapolitik, 1 ff.; vgl. auch m.w.H. die Chronologie in BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, 189 ff.; KADDOUS/GRISEL, 845; FREIBURGHANUS, 15 ff.

EU bzw. ihre 28 Mitgliedstaaten sind die mit Abstand wichtigsten Handelspartner der Schweiz.¹¹²³ Die Freizügigkeit nimmt in diesen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU einen zentralen Platz ein.¹¹²⁴ Gleichzeitig war sie politisch in den letzten Jahren eines der kontroversesten Themengebiete in Bereich der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU.¹¹²⁵

- 515 Erstmals diskutiert wurde die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU im Zusammenhang mit dem EWR-Vertrag, der die Übernahme des entsprechenden *acquis communautaire* vorsah. Analysen nach Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum EWR anlässlich der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992 zeigten, dass die Frage der Personenfreizügigkeit einer der massgebenden Faktoren für das knappe «Nein» von Volk und Ständen war.¹¹²⁶
- 516 Im Rahmen der Verhandlungen über die Bilateralen I wurde die Freizügigkeit erneut zum Thema. Im Bewusstsein darum, dass es sich bei der Realisierung der Personenfreizügigkeit um eine innenpolitisch sensible Angelegenheit handelte, war der Bundesrat in den Verhandlungen bestrebt, (auch) im Personenverkehr ein Verhandlungsergebnis zu erzielen, das quantitativ und qualitativ unter dem im Rahmen des EWR verhandelten *acquis* liegt. Wichtigstes Ziel des Bundesrates bei der Verhandlungsführung war es, dass kein automatischer Übergang zur Personenfreizügigkeit erfolgen würde.¹¹²⁷ Ganz im Gegensatz dazu verfolgte die EU das Ziel, ein Abkommen zu verhandeln, dass die «normative Äquivalenz» mit dem *acquis* sicherstellen würde.¹¹²⁸ Das daraus resultierende Spannungsverhältnis prägte die Verhandlungen des FZA nachhaltig.¹¹²⁹
- 517 In den Verhandlungen zu den Bilateralen I war das FZA das Schlüsselabkommen. Die EU zielte auf die Einführung eines «angemessenen Parallelismus».¹¹³⁰ Zudem vertrat sie die Auffassung, dass nur die Gesamtheit der Verträge im gegenseitigen Interesse der Schweiz und der EU liegen könne. Konkret bedeuteten diese Vorgaben, dass sämtliche Verträge der Bilateralen I parallel und synchron abgeschlossen, genehmigt und in Kraft gesetzt werden mussten. Ferner hätte die Ablehnung eines Abkommens die Aufhebung der anderen sechs Abkommen zur Folge gehabt.¹¹³¹ Dieser Parallelismus

¹¹²³ Vgl. EDA, Zahlen, 10 ff.; EDA, Institutionelles Abkommen, 1.

¹¹²⁴ COTTIER/DIEBOLD, Rz. 46.

¹¹²⁵ COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 424.

¹¹²⁶ COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 425; BENESCH, 16 ff.; EPINEY/MOSTERS, 231.

¹¹²⁷ Botschaft sektorielles Abkommen, 6309.

¹¹²⁸ Botschaft sektorielles Abkommen, 6140.

¹¹²⁹ COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 426 f.; vgl. BENESCH, 26 ff.

¹¹³⁰ Botschaft sektorielles Abkommen, 6137.

¹¹³¹ Botschaft sektorielles Abkommen, 6156.

prägte nicht nur die Verhandlungen, sondern wurde in Form der «Guillotine-Klausel» letztlich auch in Art. 25 FZA verankert.¹¹³²

Der Bundesrat entschied vor diesem Hintergrund, sein Verhandlungsmandat zu erweitern. 518
Gebietsweise sollten Teile des *acquis communautaire* ins schweizerische Recht übernommen werden, wodurch eine qualitative Liberalisierung des Personenverkehrs erfolgen sollte.¹¹³³ Die Zugeständnisse der Schweiz im Bereich der Freizügigkeit dienten in der Folge als Hebel, um in den Verhandlungen über weitere Dossiers Konzessionen der EU zu erwirken.¹¹³⁴

Seit dem 1. Juni 2002 ist das FZA für die Angehörigen der ursprünglichen EU-Mitgliedstaaten (EU-15) und der EFTA-Staaten in Kraft. Die Freizügigkeit wurde nicht automatisch auf neue EU-Mitgliedstaaten ausgedehnt. Bei jeder EU-Erweiterung musste sie vielmehr spezifisch ausgehandelt und in einem Zusatzprotokoll, das von beiden Seiten unterzeichnet und ratifiziert werden musste, festgehalten werden. In der Schweiz musste das Protokoll von National- und Ständerat und im Falle eines Referendums von den Stimmberechtigten genehmigt werden. Anlässlich der Osterweiterungen der EU in den Jahren 2004 und 2007 wurde das FZA im Rahmen dieses Verfahrens formell auf die zwölf neuen Mitgliedstaaten ausgedehnt. Beide Zusatzprotokolle wurden in Referendumsabstimmungen genehmigt. In der zweiten Abstimmung wurde auch über die Weiterführung des FZA entschieden (Art. 25 Abs. 2 FZA) und damit der bilaterale Weg in der bisherigen Form insgesamt bestätigt. Bemerkenswerterweise war das FZA nämlich ursprünglich auf sieben Jahre befristet. Diese Befristung wurde auf Wunsch der Schweiz eingeführt und sollte die Referendumsfähigkeit des Abkommens stärken. Da in der Folge weder die Schweiz noch die EU das FZA vor Ablauf der Frist gekündigt haben, hat sich dessen Geltung inzwischen auf unbestimmte Zeit verlängert.¹¹³⁵ 519

Die Ausdehnung auf Kroatien verzögerte sich zuerst, da in der Schweiz die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» angenommen wurde. Sie erfolgte letztlich 520
2017, nachdem sich der schweizerische Gesetzgeber für eine FZA-konforme Umsetzung dieser Initiative entschieden hatte.¹¹³⁶ Am 31. August 2018 wurde die Eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» eingereicht, welche das Ende der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU for-

¹¹³² OESCH, Europarecht, Rz. 899; vgl. dazu jeweils m.w.H. GLASER/LANGER, 569; PIRKER, 309; OESCH, Bilaterale Abkommen, 638.

¹¹³³ Botschaft sektorielles Abkommen, 6310.

¹¹³⁴ OESCH, Europarecht, Rz. 899.

¹¹³⁵ COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 434.

¹¹³⁶ EDA, Informationsblatt Personenfreizügigkeit, 1 f.; OESCH, Europarecht, Rz. 899.

derte. Am 27. September 2020 wurde die Initiative von Volk und Ständen deutlich abgelehnt. Damit bleibt das FZA vorderhand unverändert in Kraft.

- 521 Aufgrund des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU greift das FZA seit dem 1. Januar 2021 jedoch nicht mehr für UK-Staatsangehörige. Diese gelten seither nicht mehr als EU/EFTA-Staatsangehörige, sondern als Drittstaatsangehörige. UK-Staatsangehörige, die vor dem Stichtag gestützt auf das FZA Aufenthaltsrechte in der Schweiz erworben hatten, behalten diese auch danach.¹¹³⁷
- 522 Von Seiten der EU wird seit geraumer Zeit zur Weiterentwicklung des bilateralen Wegs der Abschluss eines Abkommens über institutionelle Fragen gefordert.¹¹³⁸ Da auch der Bundesrat die Relevanz eines solchen Abkommens zur Sicherung des Zugangs zum unionalen Binnenmarkt und zum Ausbau der Kooperation mit der EU erkannte, verabschiedete er im Dezember 2013 ein entsprechendes Verhandlungsmandat.¹¹³⁹ Die institutionellen Verhandlungen wurden im Mai 2014 eröffnet und in der Folge mit wechselnder Intensität geführt. Am 23. November 2018 erklärte die EU den in mehreren Iterationen erarbeiteten Vertragsentwurf (E-InstA) für endgültig und die Verhandlungen für beendet. Nach umfassenden Konsultationen¹¹⁴⁰ entschied der Bundesrat, dass in drei Punkten (Lohnschutz, Unionsbürgerrichtlinie, staatliche Beihilfen) Klärungs- und weiterer Verhandlungsbedarf bestehe. Seither wurden auf unterschiedlichen Ebenen und in verschiedenen Gremien Diskussionen geführt, um das Abkommen «zu retten». Am 26. Mai 2021 unterzog der Bundesrat das Resultat der Verhandlungen einer Gesamtevaluation. Er kam zu Schluss, dass weiterhin substanzielle Differenzen zwischen der Schweiz und der EU bestehen, weshalb die Bedingungen für einen Abschluss des Abkommens nicht gegeben seien. Der Bundesrat entschied, das Abkommen nicht zu unterzeichnen und erklärte die Verhandlungen über den Entwurf des institutionellen Abkommens für beendet.¹¹⁴¹
- 523 Der Anwendungsbereich des institutionellen Abkommens sollte sich auf die Markt-zugangsabkommen zwischen der Schweiz und der EU beschränken, und mithin auch

¹¹³⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens, BBl 2020 1029.

¹¹³⁸ EDA, Institutionelles Abkommen, 1; AMBÜHL/SCHERER, Rz. 4 ff.; OESCH, Europarecht, Rz. 964; OESCH, Bilaterale Abkommen, 649 ff.

¹¹³⁹ EDA, Institutionelles Abkommen, 1 f.; EDA, Erläuterungen InstA, 2 f.

¹¹⁴⁰ Bundesrat, Bericht über die Konsultationen zum institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union vom 7. Juni 2019, <eda.admin.ch> → Verhandlungen und offene Themen → Verhandlungen → Institutionelles Abkommen.

¹¹⁴¹ Bundesrat, Bericht InstA, 25 ff.

das FZA umfassen. Kerngehalt des Abkommensentwurfs waren die darin festgelegten institutionellen Mechanismen, welche folgende Bereiche betreffen sollten:

- Rechtsentwicklung: Wie werden die betroffenen Marktzugangsabkommen an all-fällige Entwicklungen des Unionsrechts, die in den Anwendungsbereich dieser Abkommen fallen, angepasst?
- Überwachung: Wie soll eine einheitliche Überwachung der Anwendung der betroffenen Marktzugangsabkommen sichergestellt werden?
- Auslegung: Wie kann eine homogene Auslegung der betroffenen Marktzugangsabkommen sichergestellt werden?
- Streitbeilegung: Wie sollen Streitigkeiten zwischen der EU und der Schweiz über die Anwendung und Auslegung der betroffenen Marktzugangsabkommen beigelegt werden?

Da diese Kernbereiche auch im vorliegenden Kontext durchaus von Bedeutung sind, 524 wird nachstehend auszugsweise darauf zurückzukommen sein.¹¹⁴² Denn ganz unabhängig vom Scheitern der Verhandlungen über das institutionelle Rahmenabkommen bleibt es das erklärte Ziel des Bundesrats, die bewährte bilaterale Zusammenarbeit zu sichern und die bestehenden Abkommen konsequent weiterzuführen.¹¹⁴³ Die im Entwurf des institutionellen Rahmenabkommens enthaltene Stossrichtung und die angedachten institutionellen Mechanismen dürften darum auch in den künftigen Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU von Bedeutung sein.

II. Ziel und Zweck

Das FZA bezweckt in erster Linie, die Freizügigkeit, wie sie sich innerhalb der EU 525 entwickelt hat, zumindest punktuell auch auf das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU auszudehnen.¹¹⁴⁴ Dieses Ziel verfolgen die Vertragsparteien insbesondere vor dem Hintergrund ihrer Überzeugung, dass die Freizügigkeit der Personen im Hoheitsgebiet der jeweils anderen Vertragspartei einen wesentlichen Bestandteil einer harmonischen Entwicklung ihrer Beziehungen darstellt.¹¹⁴⁵

Art. 1 FZA konkretisiert die Stossrichtung der Präambel, indem zugunsten der 526 Staatsangehörigen der Vertragsparteien vier grundlegende Abkommensziele festgelegt werden:

- Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien;

¹¹⁴² Vgl. unten, Rz. 569.

¹¹⁴³ Bundesrat, Bericht InstA, 35.

¹¹⁴⁴ Botschaft sektorielles Abkommen, 6310.

¹¹⁴⁵ Präambel zum FZA; vgl. statt vieler EPINEY/MOSTERS, 231 f.

- Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen;
- Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien für Personen, die im Aufnahmestaat keine Erwerbstätigkeit ausüben;
- Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer.

III. Grundzüge

- 527 Der Anwendungsbereich des FZA erstreckt sich auf alle EU-Bürger und Schweizer, die ihre im Abkommen verbürgten Freizügigkeitsrechte im Hoheitsgebiet der jeweils anderen Vertragspartei ausüben. Das relevante Hoheitsgebiet umfasst dabei nach Art. 24 FZA die Gebiete der Schweiz sowie alle Hoheitsgebiete der EU-Mitgliedstaaten.¹¹⁴⁶ Im (beschränkten) Rahmen der durch das Abkommen gewährten Rechte des Familiennachzuges sowie im Bereich der Entsendung von Arbeitnehmern können auch Staatsangehörige von Drittstaaten von den Regelungen des FZA profitieren. Nicht anwendbar ist das Abkommen grundsätzlich auf rein innerstaatliche Sachverhalte.¹¹⁴⁷
- 528 Das FZA unterscheidet die freizügigkeitsberechtigten Personen nach der Art der von ihnen ausgeübten Tätigkeiten und ordnet sie verschiedenen Kategorien zu. Unterschieden werden Arbeitnehmer, Selbstständigerwerbende, Dienstleistungserbringer und Nichterwerbstätige (insbesondere Rentner und Studierende) sowie deren jeweilige Familienangehörige.¹¹⁴⁸ Im Unterschied zu den unionalen Freizügigkeitsrechten profitieren juristische Personen lediglich von der zeitlich limitierten Dienstleistungsfreiheit, nicht aber von der Niederlassungsfreiheit.¹¹⁴⁹
- 529 Das FZA regelt die Einräumung der in den Zielen festgelegten Rechte an die aus dem Abkommen berechtigten Personen. Es lehnt sich dabei stark an die entsprechenden Regelungen des primären und sekundären Unionsrechts an und übernimmt diese in weiten Teilen wörtlich oder sinngemäss.¹¹⁵⁰ Diese Anlehnung kommt bereits in der Präambel des FZA zum Ausdruck, in welcher die Vertragsparteien bekräftigen, die «Freizügigkeit [...] auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen».

¹¹⁴⁶ Vgl. zu den Hoheitsgebieten der EU-Mitgliedstaaten Art. 355 AEUV; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 270 f.

¹¹⁴⁷ Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 271 f.; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 271.

¹¹⁴⁸ GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 271; vgl. BRAZEROL, Rz. 10 ff.

¹¹⁴⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, EU:C:2009:697, Rz. 39; vgl. auch Rs. C-541/08, *Fokus Invest*, EU:C:2010:74, Rz. 35 f.; vgl. zum Ganzen KADDOUS/GRISEL, 871 f.; OESCH, Niederlassungsfreiheit, 610; EPINEY/METZ/PIRKER, 220.

¹¹⁵⁰ EPINEY, Rechtsprechung des EuGH, I; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 272; OESCH, Niederlassungsfreiheit, 615 f.; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 376.

Das Abkommen ist – etwas umständlich¹¹⁵¹ – in einen allgemeinen Teil und drei An- 530
hänge sowie drei Protokolle, welche integrale Bestandteile des Abkommens darstellen
(Art. 15 FZA), gegliedert.¹¹⁵² Die 25 Artikel des allgemeinen Teils sind unterteilt in
«Grundbestimmungen» (I.; Art. 1–9 FZA) und «Allgemeine und Schlussbestimmungen»
(II.; Art. 10–25 FZA). Die Grundbestimmungen regeln die materiell-rechtlichen
Normen zur Verwirklichung der in Art. 1 FZA festgelegten Ziele sowie Bestimmung-
en über Begleitmassnahmen. Die allgemeinen Bestimmungen enthalten Übergangs-
regelungen sowie institutionelle und verfahrensrechtliche Bestimmungen. Anhang I
des FZA regelt sodann ausführlich die vom Aufenthaltszweck der begünstigten Per-
son abhängigen eigentlichen Freizügigkeitsrechte. Anhang II stipuliert Regelungen
zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Anhang III befasst sich mit
der gegenseitigen Anerkennung beruflicher Qualifikationen. Das Abkommen
schliesst mit der Schlussakte und den gemeinsamen und sonstigen Erklärungen der
Vertragsparteien.¹¹⁵³

IV. Wesensmerkmale und institutionelle Besonderheiten

Das FZA weist einige formelle und institutionelle Besonderheiten auf, auf welche im 531
Folgenden in der gebotenen Kürze einzugehen ist.

1. Rechtsnatur

Das FZA ist trotz zahlreicher inhaltlicher Bezüge zum (supranationalen) Unionsrecht 532
formell ein völkerrechtlicher Staatsvertrag.¹¹⁵⁴ Es beinhaltet insbesondere keinen
Streitbeilegungsmechanismus, sieht keine Schaffung supranationaler Organe vor und
bestimmt – vor allem aus Rücksicht auf Selbstbestimmung und Souveränität der
Schweiz – auch keine automatische Anpassung an die dynamische Entwicklung des
Unionsrechts.¹¹⁵⁵

2. Geltung

In der Schweiz gilt – wie auch in der EU – der Grundsatz des Monismus: Völkerrecht, 533
an das die Schweiz gebunden ist, wird automatisch Teil der schweizerischen Rechts-
ordnung, ohne dass es hierfür eines besonderen Transformationsakts bedürfte.¹¹⁵⁶ Die-
ses Prinzip ist auch auf das FZA anwendbar. Das FZA muss mithin nicht in nationales

¹¹⁵¹ Vgl. hierzu die Kritik von THEBRATH, Rz. 154.

¹¹⁵² Vgl. m.w.H. BENESCH, 73 ff.

¹¹⁵³ Vgl. zur Struktur des FZA jeweils m.w.H. GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 271 f.;
KADDOUS/GRISEL, 846 ff.

¹¹⁵⁴ BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Rz. 787; BREITENMOSER/WEYENETH,
Abkommen, 855.

¹¹⁵⁵ Botschaft sektorielles Abkommen, 6158; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 273; EPI-
NEY/METZ/PIRKER, 96; vgl. dazu aber oben, Rz. 289 ff.

¹¹⁵⁶ Statt vieler Bundesrat, Bericht Völkerrecht, 2263, Rz. 8.2; BREITENMOSER/WEYENETH,
Europarecht, Rz. 788.

Recht umgesetzt werden, um Geltung zu beanspruchen.¹¹⁵⁷ Der begrenzte Spielraum zur innerstaatlichen Umsetzung wird durch die VEP ausgefüllt.¹¹⁵⁸

3. Anwendung und Rang

- 534 Eine völkerrechtliche Norm ist in der Schweiz unmittelbar anwendbar resp. *self-executing*, wenn sich dies explizit oder implizit aus dem Willen der Vertragsparteien ergibt. Fehlt es – wie meistens – an einer expliziten oder impliziten Kundgabe des Parteiwillens zur Anwendbarkeit, ist diese Frage durch die Gerichtspraxis zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die unmittelbare Anwendung einer völkerrechtlichen Bestimmung dann möglich, wenn sie (i) inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden, (ii) die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt hat und (iii) direkt an die rechtsanwendenden Behörden gerichtet ist.¹¹⁵⁹ Im Umkehrschluss sind Normen nicht direkt anwendbar, wenn es sich lediglich um an den Gesetzgeber gerichtete Programmartikel handelt, oder die Materie zu abstrakt geregelt ist und den Vertragsparteien bezüglich deren Umsetzung ein grosses Ermessen eingeräumt wird.¹¹⁶⁰
- 535 Das FZA enthält keine explizite Regelung zur unmittelbaren Anwendbarkeit. Art. 11 Abs. 1 FZA regelt nur, aber immerhin, dass die vom Abkommen erfassten Personen bei den zuständigen Behörden hinsichtlich der Anwendung der Bestimmungen des Abkommens Beschwerde einlegen können. Aus dieser Bestimmung kann abgeleitet werden, dass die im FZA statuierten Rechte von den Berechtigten unmittelbar gegenüber der zuständigen Beschwerdeinstanz geltend gemacht werden können.¹¹⁶¹
- 536 Der Bundesrat bestätigte diese Interpretation von Art. 11 Abs. 1 FZA bereits in der Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen. Er hielt unter Bezugnahme auf die bundesgerichtlichen Kriterien fest, die Bestimmungen des FZA regelten «die Rechtsstellung des Einzelnen direkt. Sie sind inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage für den Entscheid von Einzelfällen zu dienen.»¹¹⁶²
- 537 Das Bundesgericht wendet das FZA seit dessen Inkrafttreten ohne Berücksichtigung seiner noch im Rahmen der Rechtsprechung zum Freihandelsabkommen von 1972 ge-

¹¹⁵⁷ BREITENMOSER, Einfluss, 68; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 275.

¹¹⁵⁸ Vgl. COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-McKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 449.

¹¹⁵⁹ Vgl. statt vieler BGE 124 III 91; WÜGER, direkte Anwendbarkeit, 97 ff.; BREITENMOSER/WHEYENETH, Europarecht, Rz. 789.

¹¹⁶⁰ Vgl. BGE 122 II 234, E. 4a; BGE 120 Ia 1, E. 5b; WÜGER, Grundlagen, 48 ff.; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 16; vgl. zur Thematik in Bezug auf das GATS oben, Rz. 172 ff.

¹¹⁶¹ KÄLIN, Bedeutung, 18; COTTIER/EVTIMOV, 92; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 21.

¹¹⁶² Botschaft sektorielles Abkommen, 6358.

äusserten Einwände¹¹⁶³ unmittelbar an.¹¹⁶⁴ So sei «die Rechtsstellung der Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten, ihrer Familienangehörigen sowie der entsandten Arbeitnehmer direkt durch das Freizügigkeitsabkommen geregelt».¹¹⁶⁵ Insbesondere die ausländerrechtlichen Bestimmungen im Anhang I seien «inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage für den Entscheid im Einzelfall zu dienen» und enthielten «individuelle Rechtsansprüche» auf Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung.¹¹⁶⁶ Auch das in Art. 2 FZA verankerte Diskriminierungsverbot wurde vom Bundesgericht ausdrücklich als *self-executing* bezeichnet.¹¹⁶⁷ Als unmittelbar anwendbar dürften ferner auch die in Art. 3–6 FZA statuierten Grundsätze gelten,¹¹⁶⁸ wobei hierzu soweit ersichtlich noch keine Urteile des Bundesgerichts ergangen sind. Die unmittelbare Anwendung zumindest jener Bestimmungen des Abkommens, die Rechte des Einzelnen verbürgen, ist schliesslich auch in der Lehre unbestritten.¹¹⁶⁹

Die Anhänge II (Koordinierung der sozialen Sicherheit) und III (Anerkennung der Qualifikationen) des FZA, welche im Rahmen vorliegender Studie von geringerer Relevanz sind, enthalten keine materiellen Bestimmungen, sondern verweisen vornehmlich auf das einschlägige Sekundärrecht der EU. Es stellt sich diesbezüglich die Frage, ob auch jene Rechtsakte, die in den Anhängen erwähnt sind, unmittelbare Wirkungen entfalten können.¹¹⁷⁰ Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass beim Vorliegen der dafür erforderlichen Kriterien¹¹⁷¹ auch Rechtsakte, auf welche im FZA verwiesen wird, die aber im innerstaatlichen Recht nicht identisch umgesetzt worden sind, durchaus unmittelbar anwendbar sein können.¹¹⁷²

Schliesslich ist das FZA nicht nur unmittelbar anwendbar, sondern geht als Völkerrecht gemäss Art. 26 und 27 WVK¹¹⁷³ i.V.m. Art. 190 BV grundsätzlich dem inner-

¹¹⁶³ Vgl. dazu BGE 131 II 271, E. 10; 124 IV 23, E. 4a; 104 IV 175, E. 2c; 105 II 49, E. 3b; zum Ganzen WÜGER, Freihandelsabkommen, Rz. 13 f.; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 17 ff.

¹¹⁶⁴ COTTIER/DIEBOLD, Rz. 25 ff.; COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 203 ff. und 449.

¹¹⁶⁵ BGE 129 II 249, E. 3.3.

¹¹⁶⁶ BGE 129 II 249, E. 3.3 und 130 II 49, E. 4.2.

¹¹⁶⁷ BGE 128 V 316, E. 1c; 131 V 390, E. 5.2.

¹¹⁶⁸ KÄLIN, Bedeutung, 19; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 25; CARDINAUX, Rz. 28; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 277.

¹¹⁶⁹ Vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Rz. 789; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 25 m.w.H.; CARDINAUX, Rz. 28; COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 203 ff. und 449.

¹¹⁷⁰ Vgl. hierzu OESCH, Niederlassungsfreiheit, 614 f.

¹¹⁷¹ Vgl. oben, Rz. 534.

¹¹⁷² Zum Ganzen COTTIER/DIEBOLD, Rz. 26 ff.; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 278 f.; KADDOUS/GRISEL, 868.

¹¹⁷³ Art. 26 WVK statuiert das Prinzip *pacta sunt servanda*; Art. 27 WVK bestimmt, dass sich kein Staat als Partei eines völkerrechtlichen Vertrages auf sein innerstaatliches Recht berufen kann, um diesen nicht umzusetzen.

staatlichen Recht vor.¹¹⁷⁴ Der Vorrang des FZA ist auf Gesetzesebene explizit in Art. 2 Abs. 2 AIG verankert.¹¹⁷⁵ Die umstrittene *Schubert-Praxis*¹¹⁷⁶ des Bundesgerichts, wonach der Vorrang des Völkerrechts durch ein später erlassenes Bundesgesetz eingeschränkt oder relativiert werden kann, wurde durch die *PKK-Rechtsprechung*¹¹⁷⁷ und neuere Ausweisungsentscheide¹¹⁷⁸ präzisiert. Der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts gilt demgemäss insbesondere mit Bezug auf völkerrechtliche Normen mit Grundrechtscharakter und solche, die der Gewährleistung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU/EFTA dienen.¹¹⁷⁹

4. Auslegung des FZA

- 540 Das FZA wird als völkerrechtlicher Vertrag autonom durch die Vertragsparteien ausgelegt. Es besteht grundsätzlich keine Bindung an die Auslegung durch eine andere Vertragspartei. Auch besteht kein gemeinsamer Streitbeilegungsmechanismus bzw. eine gerichtliche Behörde, welche die Bestimmungen des FZA für alle Vertragsparteien autoritativ auslegen könnte. Mithin entscheiden der EuGH und das Bundesgericht im Rahmen ihrer Zuständigkeiten letztinstanzlich und autonom über die Auslegung des FZA.¹¹⁸⁰ Nach dem Scheitern der Verhandlungen über das InstA wird dies auf absehbare Zeit auch weiterhin so bleiben.¹¹⁸¹

a) Autonome Auslegung nach den Grundsätzen der WVK

- 541 Da es sich beim FZA um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, bilden die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gemäss Art. 31 und Art. 32 WVK¹¹⁸² den Ausgangspunkt für die Auslegung des FZA.¹¹⁸³ Ausgehend vom Wortlaut und gestützt auf Treu und Glauben steht somit die gewöhnliche Bedeutung einer Norm im Licht ihres Zu-

¹¹⁷⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1924 ff.; BREITENMOSER/WEYENETH, *Europarecht*, Rz. 790; COTTIER/ARPAGUS/OESCH, Rz. 47 ff.

¹¹⁷⁵ Vgl. dazu BREITENMOSER/ISLER, 1008; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 23.

¹¹⁷⁶ BGE 99 Ib 39, E. 4.

¹¹⁷⁷ BGE 125 II 417, E. 4 c-d.

¹¹⁷⁸ BGE 133 V 367, E. 11.4 ff.; 139 I 16, E. 5.1; 142 II 35, E. 3.2 f. In der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verhältnis der strafrechtlichen Landesverweisung zum FZA wurde die Frage nach dem Vorrang des FZA hingegen offengelassen: BGer 6B_965/2018 vom 15. November 2018; 6B_907/2018 vom 23. November 2018; 6B_1152/2017 vom 28. November 2018; 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019; dazu kritisch EPINEY, *Strafrechtliche Landesverweisung*, Rz. 8 ff.

¹¹⁷⁹ Vgl. BURRI/PIRKER, 891 m.w.H.

¹¹⁸⁰ OESCH, *Einfluss des EU-Rechts*, 55.

¹¹⁸¹ Vgl. oben, Rz. 523 ff. und unten, Rz. 570 ff.

¹¹⁸² Vgl. zu den Auslegungsmethoden gemäss WVK oben, Rz. 213 ff.

¹¹⁸³ BREITENMOSER/WEYENETH, *Europarecht*, Rz. 791; OESCH, *Einfluss des EU-Rechts*, 55; OESCH, *hoheitliche Tätigkeiten*, 387; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 34; GAMMENTHALER, *Diplomanerkennung*, 279; EPINEY/MOSTERS, 234; vgl. aus der neueren Rechtsprechung BGE 139 II 393, E. 4.1.1; 139 V 88, E. 7.1; 138 V 258, E. 5.3.1; EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner und Gasser*, EU:C:2010:430, Rz. 36; Rs. C-581/17, *Wächter*, EU:C:2019:138, Rz. 35.

sammenhangs sowie ihres Ziels und Zwecks im Vordergrund. Der für die Sinnermittlung erforderliche Zusammenhang kann sich aus weiteren Übereinkünften ergeben; gleichermassen zu berücksichtigen ist die Praxis zur Anwendung der Verträge. Dieser Methode liegt ein vornehmlich objektiver Ansatz zugrunde.¹¹⁸⁴ Die Leitsätze der WVK sind den in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgestellten allgemeinen und abstrakten Auslegungsregeln relativ ähnlich.¹¹⁸⁵

Die Anwendung der WVK erfolgt analog, da die Konvention nur für Verträge zwischen Staaten gilt. Das FZA ist jedoch letztlich ein multilaterales Abkommen, das neben der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU auch mit dieser selbst, die als solche nicht als Staat im Sinne des Völkerrechts gilt, abgeschlossen worden ist.¹¹⁸⁶ 542

b) Funktion des Gemischten Ausschusses

Das Prinzip des autonomen Vertragsvollzugs wird einerseits durch die Kompetenzen des Gemischten Ausschusses zum Personenfreizügigkeitsabkommen («GA FZA») relativiert (vgl. Art. 14 FZA). Der GA FZA trifft sich in der Regel einmal pro Jahr, um gemeinsam Anwendungsfragen des FZA zu erörtern. Das Gremium setzt sich aus Vertretern der Schweiz, der EU-Kommission und den EU-Mitgliedstaaten zusammen.¹¹⁸⁷ 543
Zu den Aufgaben des GA FZA gehören:¹¹⁸⁸

- die Information und Konsultation der Gegenpartei, wenn Änderungen der innerstaatlichen Rechtsordnung im Wege der Rechtsetzung oder einer Änderung der Rechtsprechung vorgesehen sind und dies Auswirkungen auf das Abkommen haben könnte, sowie Meinungs austausche über die Folgen dieser Rechtsentwicklung für das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens (vgl. Art. 14 Abs. 3 und Art. 17 Abs. 1 und 2 FZA);
- die Überwachung der Durchführung der Verträge und namentlich das Beobachten der Rechtspraxis der Vertragsparteien im Anwendungsbereich des FZA zur Sicherung einer einheitlichen Anwendung. Darin eingeschlossen ist die Befugnis, Feststellungsbeschlüsse über die Auswirkungen der EuGH-Praxis nach Abkommensunterzeichnung zu erlassen (Art. 16 Abs. 2 FZA);
- das Beschliessen ausserordentlicher Abhilfe- bzw. Schutzmassnahmen, sofern sich solche aufgrund schwerwiegender Probleme oder Störungen aufdrängen (Art. 16 Abs. 2 FZA); sowie
- die politisch-diplomatische Streitbeilegung: Die Vertragsparteien können alle Streitigkeiten über die Auslegung oder die Anwendung des FZA dem GA FZA vor-

¹¹⁸⁴ Vgl. zum Ganzen und m.w.H. oben, Rz. 512.

¹¹⁸⁵ BGE 135 V 339, E. 5.3; PIRKER, 298 ff.

¹¹⁸⁶ GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 279, Fn. 2212.

¹¹⁸⁷ BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Rz. 1510.

¹¹⁸⁸ JAAG/ZIHLMANN, 87 ff.; COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-McKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER, Rz. 156 ff.

legen. Dieser bemüht sich um eine einvernehmliche Lösung nach dem Einstimmigkeitsprinzip in «traditionell diplomatischer Manier»¹¹⁸⁹ (vgl. Art. 14 und 16 FZA). Im Fall des Scheiterns der Vergleichslösung stehen allgemeine völkerrechtliche Möglichkeiten wie einseitige Schutzmassnahmen oder, als Retorsion, die Suspension (oder als *ultima ratio* die Kündigung) des Vertrags offen.¹¹⁹⁰

544 Zur Klärung rechtlich heikler Fragen ist der GA FZA vor diesem Hintergrund wenig geeignet. Soweit ersichtlich ist bis heute auch noch kein einziger Streitbeilegungsbeschluss ergangen.¹¹⁹¹ Damit ist die praktische Bedeutsamkeit der Streitbeilegungskompetenzen des GA FZA sehr gering. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts basierend auf der angestrebten und sogleich näher zu erläuternden Eurokompatibilität «präventiv auf Streitvermeidung ausgerichtet» ist.¹¹⁹²

c) Grundsatz der eurokompatiblen Auslegung

545 Trotz der institutionell klassischen Struktur weicht das FZA in Bezug auf die anwendbaren Auslegungsprinzipien von einem herkömmlichen Staatsvertrag ab. In bestimmten Bereichen verpflichtete sich die Schweiz nämlich, unionsrechtliche Regelungen zu übernehmen.¹¹⁹³

546 Im Sinne einer *lex specialis*¹¹⁹⁴, die den allgemeinen Auslegungsregeln gemäss WVK vorgeht, führt Art. 16 FZA unter dem Titel «Bezugnahme auf das Gemeinschaftsrecht» eine entsprechende zwischen den Parteien vereinbarte Auslegungsregel ein. Gemäss dem abstrakt formulierten Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien «alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die [in den Anhängen] Bezug genommen wird, Anwendung finden».

547 In Bezug auf die Auslegung der Bestimmungen des FZA statuiert Art. 16 Abs. 2 FZA sodann den Grundsatz, dass für die Auslegung unionsrechtlicher Begriffe des Abkommens auch die einschlägige Rechtsprechung des EuGH heranzuziehen ist (sog. «eurokompatible» Auslegung).¹¹⁹⁵

¹¹⁸⁹ OESCH, Europarecht, Rz. 907.

¹¹⁹⁰ Vgl. m.w.H. GLASER/DÖRIG, 454; JAAG/ZIHLMANN, 94 f.

¹¹⁹¹ Vgl. GLASER/DÖRIG, 456; BÜRKI, 20.

¹¹⁹² GLASER/DÖRIG, 459; OESCH, Europarecht, Rz. 907.

¹¹⁹³ SEILER, Einfluss, 272 f.

¹¹⁹⁴ OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 55; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 319; vgl. auch Art. 31 Abs. 4 WVK, der eine von den Parteien vereinbarte besondere Auslegungsregel explizit zulässt.

¹¹⁹⁵ Art. 16 Abs. 2 FZA.

Die Pflicht¹¹⁹⁶ zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA in doppelter Hinsicht beschränkt:¹¹⁹⁷ Sachlich bezieht sie sich gemäss dem ersten Teilsatz von Art. 16 Abs. 1 FZA auf denjenigen Teil des *acquis communautaire*, welcher mit dem FZA übernommen worden ist. Zeitlich bezieht sie sich in erster Linie auf die bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechung des EuGH.¹¹⁹⁸ Über später ergangene Urteile wird die Schweiz lediglich «unterrichtet». Im Einzelnen:

aa) Bezugnahme auf Begriffe des Unionsrechts

Die Auslegungsklausel in Art. 16 Abs. 2 FZA ist in erster Linie nur insofern anwendbar, als «für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden».¹¹⁹⁹ Ob eine solche Heranziehung unionsrechtlicher¹²⁰⁰ Begriffe vorliegt, ergibt sich allerdings oft nicht direkt aus dem Abkommenstext.¹²⁰¹

Zu unterscheiden sind grundsätzlich zwei Konstellation: Einerseits können die Bestimmungen des Abkommens wörtlich oder zumindest durch direkten Verweis auf entsprechende unionsrechtliche Rechtsakte unionsrechtliche Vorschriften übernehmen. Andererseits kann es vorkommen, dass unionsrechtliche Begriffe nicht wörtlich übernommen werden, sondern sich in modifizierter Form im FZA wiederfinden. Im ersten Fall ist es einleuchtend, dass es sich um einen Rückgriff auf ein unionsrechtliches Konzept handelt und die Auslegungsklausel in Art. 16 Abs. 2 FZA in sachlicher Hinsicht anwendbar ist.¹²⁰² Im zweiten Fall muss demgegenüber geklärt werden, ob die entsprechende Bestimmung trotz ihrer Modifikation auf Regeln des Unionsrechts basiert, oder ob aus der fehlenden Parallelität zu bestehenden Unionsrechtsnormen vielmehr geschlossen werden muss, dass die Vertragsparteien explizit ein eigenes, vom Unionsrecht abweichendes Konzept für das FZA vorgesehen haben.¹²⁰³

Zur Beantwortung dieser Frage kann wiederum die Vorgabe in Art. 16 Abs. 1 FZA herangezogen werden. Präzise beurteilen lässt sie sich letztlich jedoch nur bei Betrachtung der zur Diskussion stehenden konkreten Norm des FZA im Zusammenhang mit

¹¹⁹⁶ Vgl. EPINEY, Rechtsprechung des EuGH, 6; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 381 ff.; OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 55.

¹¹⁹⁷ Vgl. SEILER, Einfluss, 275.

¹¹⁹⁸ BGE 132 V 423, E. 9.2; 130 II 113, E. 5.2.

¹¹⁹⁹ Vgl. m.w.H. EPINEY/METZ/PIRKER, 155 ff; SEILER, Dynamik oder Statik, 83; AUBRY GIRARDIN, 41 ff.

¹²⁰⁰ Die Verwendung der Formulierung «Gemeinschaftsrecht» im Abkommenstext bezieht sich auf die Situation vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, mit welchem die EG aufgelöst und all ihre Funktionen von der EU übernommen wurden.

¹²⁰¹ GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 320.

¹²⁰² COTTIER/DIEBOLD, Rz. 26 und 39.

¹²⁰³ EPINEY, Rechtsprechung des EuGH, 7; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 320.

den parallelen unionsrechtlichen Gewährleistungen.¹²⁰⁴ Die Auslegung der Abkommensbestimmungen darf im verpflichtenden Sinne lediglich auf Gegenstand und Inhalt beschränkt vorgenommen werden, nicht jedoch auf deren Funktion im Abkommen selbst.¹²⁰⁵ Die besonderen Auslegungsgrundsätze des Unionsrechts¹²⁰⁶ können dabei nicht direkt herangezogen werden, da es sich beim FZA um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt.¹²⁰⁷ Mittelbar finden aber selbst genuin unionsrechtliche Auslegungsprinzipien Eingang in die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, weil dieses selbst eine Anlehnung an die Rechtsprechung des Unionsrechts statuiert.¹²⁰⁸ Von einer expliziten Abweichung einer Abkommensbestimmung vom Unionsrecht und der damit zusammenhängenden Rechtsprechung des EuGH ist generell dann auszugehen, wenn die Vertragsparteien offensichtlich ein vom Unionsrecht differierendes Konzept schaffen wollten oder sie von einer gänzlich anderen Rechtslage ausgegangen sind.¹²⁰⁹ Rechtsprechung des EuGH in Bereichen, die nicht im FZA geregelt sind, ist mithin nicht zu berücksichtigen.¹²¹⁰ Dies gilt schliesslich auch für Bestimmungen des Abkommens, die autonom formuliert und mithin gerade nicht als Teil des *acquis* zu werten sind.¹²¹¹ Im Zweifel ist der Rückgriff auf unionsrechtliche Konzepte und Normen zu bejahen; ein solcher fehlt nur, wenn dies im Abkommenstext klar zum Ausdruck kommt.¹²¹²

bb) Rechtsprechung vor Unterzeichnung des Abkommens

- 552 Soweit für die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens nach den soeben erörterten Prinzipien Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden, kommt den schweizerischen Rechtsanwendungsbehörden nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA die Pflicht zur Beachtung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zu, die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangen ist.
- 553 Die Rechtsprechung des EuGH¹²¹³ ist jedoch nicht unbesehen zu übernehmen, sondern bloss «zu berücksichtigen». Die Rechtspflicht von Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA ist

¹²⁰⁴ GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 320.

¹²⁰⁵ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 382.

¹²⁰⁶ Vgl. dazu oben, Rz. 294 ff.

¹²⁰⁷ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 382; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 320; vgl. zu den Unterschieden zwischen unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätzen oben, Rz. 213 ff. (WVK) und 294 ff. (EU).

¹²⁰⁸ EPINEY, Rechtsprechung des EuGH, 8; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 320.

¹²⁰⁹ EPINEY, Rechtsprechung des EuGH, 9, mit Verweis auf die Unionsbürgerschaft als Beispielfall für eine bewusste konzeptionelle Abweichung (Fn. 17); GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 320 f.

¹²¹⁰ GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 321; AUBRY GIRARDIN, 42.

¹²¹¹ GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 321

¹²¹² EPINEY/METZ/PIRKER, 167.

¹²¹³ Die Rechtsprechung des europäischen Gerichts erster Instanz ist vom Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 FZA hingegen nicht erfasst; vgl. GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 322.

demnach keine absolute. Begründete Abweichungen, die auf der besonderen Situation der Schweiz als Drittstaat im Verhältnis zur EU beruhen, sind theoretisch zulässig.¹²¹⁴ Eine bloss beliebige Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH widerspräche allerdings sowohl dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA, als auch dem in der Präambel zum Ausdruck gebrachten Abkommensziel der Verwirklichung der Freizügigkeit auf der Grundlage des Unionsrechts, sowie dem *effet utile* des FZA.¹²¹⁵

cc) Rechtsprechung nach Unterzeichnung des Abkommens

Art. 16 Abs. 2, Satz 2 FZA sieht vor, dass die Schweiz über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens unterrichtet wird und der GA FZA¹²¹⁶ auf Antrag einer Vertragspartei über die Auswirkungen dieser Rechtsprechung entscheidet (Satz 3). Die Bestimmung unterstreicht die statische Natur des Abkommens. Sie bezweckt die Wahrung der institutionellen Autonomie der Vertragsparteien, da das FZA keine dynamische Rechtsübernahme vorsieht. Das Abkommen kennt gemäss Art. 17 FZA auch keine automatische Fortschreibung des *acquis*, wie sie für die Mitgliedstaaten der EU üblich ist.¹²¹⁷ Die Tragweite eines Feststellungsbeschlusses des GA FZA sowie dessen Bedeutung für die Schweizer Gerichte ist umstritten.¹²¹⁸ 554

d) *Praxis des Bundesgerichts*

Das Bundesgericht folgt dem soeben umschriebenen Auslegungsmechanismus in seiner umfangreichen und ständigen Rechtsprechung zum FZA.¹²¹⁹ Formelhaft fasst es die eigene Auslegungsmethodik wie folgt zusammen: 555

«Das Freizügigkeitsabkommen ist gestützt auf die völkerrechtliche Methodik nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen [...]. Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens – soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden – die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Da es Ziel des Abkommens ist, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Union geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (Präambel), und die Vertragsstaaten übereingekommen sind, in den vom Abkommen erfassten Bereichen alle erforderlichen Massnahmen zu

¹²¹⁴ COTTIER/DIEBOLD, 39 ff.; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 383 f.

¹²¹⁵ COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 383; COTTIER/DIEBOLD, 41; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 323

¹²¹⁶ Vgl. dazu oben, Rz. 543 ff.

¹²¹⁷ COTTIER/DIEBOLD, 43; SEILER, Auswirkungen, 11; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 324.

¹²¹⁸ GLASER/DÖRIG, 455; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 43 f.; EPINEY/METZ/PIRKER, 169. JAAG/ZIHLMANN, 65 ff.

¹²¹⁹ Vgl. für eine aktuelle Übersicht zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA ausführlich BÜRKI, 26 ff.

*treffen, damit in ihren Beziehungen eine möglichst parallele Rechtslage besteht (Art. 16 Abs. 1 FZA), hat das Bundesgericht in inzwischen ständiger Rechtsprechung entschieden, von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum nur bei Vorliegen <triftiger> Gründe abzuweichen».*¹²²⁰

- 556 Auffällig ist, dass das Bundesgericht im Fall einer Rezeption der EuGH-Praxis die FZA-Anknüpfung an unionsrechtliche Termini oder Konzepte relativ konsequent und ausführlich erörtert. Soweit das FZA nicht bereits einen expliziten Verweis enthält oder die Bezugnahme bereits in früheren Entscheiden diskutiert wurde, klärte das Bundesgericht die Anbindung an das Unionsrecht in über 100 Urteilen zur Auslegung des FZA somit in durchaus adäquater Weise.¹²²¹
- 557 Das Bundesgericht berücksichtigt die EuGH-Rechtsprechung dort, wo sich diese auf jenen Teil des *acquis communautaire* bezieht, der mit dem Abschluss des FZA übernommen worden ist.¹²²² Soweit EuGH-Urteile unionsrechtliche Normen oder Konzepte betreffen, die ausserhalb des Anwendungsbereichs des FZA liegen oder im FZA bewusst anders geregelt sind, werden sie vom Bundesgericht für die Auslegung dagegen grundsätzlich nicht berücksichtigt.¹²²³ Dieser sachlichen Begrenzung der Berücksichtigung von EuGH-Entscheiden folgend hat das Bundesgericht immer wieder klargestellt, dass die Schweiz mit der EU bloss sektorielle Abkommen abgeschlossen habe. Das FZA begründe gerade keinen «einheitlichen Markt im Rahmen eines integrierten wirtschaftlichen Ganzen», die Schweiz sei dem unionalen Binnenmarkt, «mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen», nicht beigetreten.¹²²⁴ Besonders eingehend beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Anknüpfungsfrage, wenn das fragliche Unionsrecht nach dem Stichtag vom 21. Juni 1999 geändert wurde, ohne dass das FZA eine entsprechende förmliche Aufdatierung erfahren hätte. In einem solchen Fall wird die sachliche Abgrenzungsproblematik von der zeitlichen überlagert.¹²²⁵
- 558 Sachlich einschlägige Urteile des EuGH, die vor dem Stichtag ergangen sind, berücksichtigt das Bundesgericht bei der Auslegung des FZA konsequent im Sinne einer Ver-

¹²²⁰ BGer 2C_134/2019 vom 12. November 2019, E. 4.3. Eine deckungsgleiche Formulierung findet sich auch in BGE 142 II 35, E. 3.1; 140 II 112, E. 3.2; 139 III 393, E. 4.1.1; 136 II 364, E. 5.3.

¹²²¹ BÜRKI, 49.

¹²²² Vgl. BGE 130 II 113, E. 6.5; 140 II 364, E. 5.4 f., 6.1.

¹²²³ Vgl. BGE 130 II 113, E. 6.5; 133 V 624, E. 4.3.4 ff.

¹²²⁴ Vgl. BGE 140 II 167, E. 4.3 m.w.H. auf EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, EU:C:2009:697.

¹²²⁵ So bspw. in Bezug auf die Unionsbürgerrichtlinie/Kernbereichsdoktrin BGE 139 II 393 E. 4.1.2; 142 II 35, E. 5.2; 136 II 65, E. 3.6 und 4.2; vgl. hierzu die Kritik von EPINEY/METZ/PIRKER, 165 f.

pflchtung.¹²²⁶ Es lässt sich zudem eine Tendenz feststellen, wonach das Bundesgericht bei der Auslegung von an das Unionsrecht anknüpfenden FZA-Normen auch jüngere EuGH-Rechtsprechung im Sinne einer «dynamischen Rechtsprechungsübernahme» berücksichtigt.¹²²⁷

- In einer ersten Phase war die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum FZA in Bezug auf die Berücksichtigung der nach dem Stichtag ergangenen EuGH-Urteile noch von einer gewissen Zurückhaltung geprägt.¹²²⁸ Teilweise wurde eine Öffnung hin zu einer dynamischen Rezeptionspraxis in Erwägung gezogen, letztlich aber offengelassen. Abzulehnen sei die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung hingegen jedenfalls dann, wenn ein entsprechender Beschluss des GA FZA vorliege oder die neuere EuGH-Praxis über eine Präzisierung der vor dem Stichtag ergangenen Rechtsprechung hinausgehe.¹²²⁹
- In jüngerer Zeit tendiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung gar zu einem eigentlichen «Beachtungsgebot» der EuGH-Rechtsprechung.¹²³⁰ Das Bundesgericht erwägt dabei, dass auch die EuGH-Praxis nach dem Stichtag in angemessener Weise in die Beurteilung miteinzufliessen habe. Es bestehe zwar keine Pflicht, der Auslegungsansicht des EuGH zu folgen. Um in den vom FZA erfassten Bereichen eine parallele Rechtslage zu verwirklichen, damit insoweit gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der EU gelten (Art. 16 Abs. 1 FZA i.V.m. Präambel FZA), werde es davon aber nur «aus triftigen Gründen» und «nicht leicht hin» abweichen.¹²³¹

Damit einher geht ein Paradigmenwechsel von der eher eingeschränkten zur prinzipiellen Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung nach dem Stichtag. Das Beachtungsgebot bleibt aber in zweierlei Hinsicht bedingt: Erstens muss auch die neuere Rechtsprechung weiterhin einen Aspekt des FZA betreffen, der Unionsrecht übernimmt (sachliche Begrenzung). Zweitens dürfen keine «triftigen Gründe» vorliegen, die es rechtfertigen, auf Kosten der Verwirklichung einer parallelen Rechtslage zwischen dem FZA und dem Unionsrecht eine abweichende Rechtsauffassung zu vertreten (negative Bedingung). Dabei ist auffällig, dass das Bundesgericht die Nichtberücksichtigung der nach dem Stichtag ergangenen EuGH-Rechtsprechung bis heute soweit

¹²²⁶ Vgl. etwa BGE 130 II 113, E. 5.2; 132 V 423, E. 9.2; 140 II 167, E. 4.4; hierzu statt vieler OESCH, Europarecht, Rz. 920; BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Rz. 79 und 723.

¹²²⁷ BÜRKI, 51 ff.

¹²²⁸ Vgl. etwa BGE 130 II 1, E. 3.6.2; 130 II 113, E. 5.2; KÄLIN, Rechtsprechung, 683; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 45; BÜRKI, 51 f.

¹²²⁹ Vgl. BGE 132 V 423, E. 9.2 und E. 9.5.2; 134 V 428, E. 5.

¹²³⁰ So ausdrücklich BGE 139 II 393, E. 4.1.1; relativierend dagegen BGE 142 V 2, E. 6.3.3; 138 V 258, E. 5.3.2.

¹²³¹ BGE 136 II 5, E. 3.4; vgl. auch 143 II 5, E. 3.6; 142 II 35, E. 3.1; 145 V 39, E. 2.3.2.; vgl. PIRKER, 300 ff.

ersichtlich noch nie mit dem Vorliegen eines triftigen Grundes begründet hat.¹²³² Auch hat es bislang soweit ersichtlich noch nicht einmal allgemein umschrieben, wann überhaupt ein triftiger Grund vorliegen könnte.¹²³³ Klar ist nur, aber immerhin, dass ein solcher «nicht leichthin» angenommen werden darf.¹²³⁴ Eine Nichtberücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung wird demzufolge primär mit der sachlichen Begrenzung begründet, oder ausnahmsweise mit dem Vorliegen eines Beschlusses des GA FZA.¹²³⁵ Es drängt sich nach dem Gesagten somit die Schlussfolgerung auf, dass sich die zeitliche und die sachliche Begrenzung¹²³⁶ zunehmend überlagern.¹²³⁷

- 560 Die dynamische Rezeptionspraxis des Bundesgerichts wird wie gesehen von einem Grossteil der Lehre gutgeheissen.¹²³⁸ Die relativ grosszügige Interpretation der in Art. 16 Abs. 2 FZA stipulierten Regel im Sinne einer eurokompatiblen und parallelen Auslegung des FZA könne das Spannungsfeld zwischen dem formell statischen Abkommen und dessen dynamischen Inhalt adäquat auflösen.¹²³⁹ Wo sich die Schweiz vertraglich auf eine Parallelität der Rechtsordnungen mit der EU einlasse, nehme sie zwangsläufig an der inhärenten Dynamik der EU als stärkerer Vertragspartnerin teil. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung biete vor diesem Hintergrund eine «tragfähige Leitlinie», welche die diesbezüglichen Widersprüche des FZA kompensiere.¹²⁴⁰
- 561 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Berücksichtigung von EuGH-Urteilen nicht zwingend eine freizügigkeitserweiternde Wirkung zur Folge hat; sie kann ganz im Gegenteil auch eine einschränkende Auslegung des FZA stützen.¹²⁴¹

e) *Praxis des EuGH*

- 562 Die Durchführung des FZA fällt in der EU im Regelfall in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten (Art. 216 Abs. 2 und Art. 291 Abs. 1 AEUV). Die Mitgliedstaaten haben insbesondere auch für die ausreichende Gewährung von Rechtsschutz zu sorgen

¹²³² BÜRKI, 52; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 402; STÖCKLI, 180.

¹²³³ Vgl. BÜRKI, 52; HAHN, 471 f.

¹²³⁴ BGE 136 II 5, E. 3.4.

¹²³⁵ BGE 132 V 423, E. 9.4.1.

¹²³⁶ Vgl. oben, Rz. 548.

¹²³⁷ BURRI/PIRKER, 166 ff.; BÜRKI, 52 f.; vgl. BGE 136 II 65, E. 4.1 ff.; 136 II 177, E. 3.2; 140 II 167, E. 4.4; 140 II 112, E. 3.2 f.

¹²³⁸ AUBRY GIRARDIN, 44 ff.; BIEBER, 22 ff.; COTTIER/DIEBOLD, Rz. 45; EPINEY, Rechtsprechung des EuGH, 15 ff.; EPINEY/METZ/PIRKER, 196 ff.; EPINEY/NÜESCH, 5 ff.; PIRKER, 303 f.; BAUDENBACHER, 829; OESCH, Auslegung FZA, 196 ff.; OESCH, Europarecht, Rz. 918 ff.; BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Rz. 791 f. und 813 ff.; TOBLER/BEGLINGER, Grundzüge, Rz. 68 ff. Eher kritisch dagegen GLASER/BRUNNER, Rz. 21; BESSON/AMMANN, 342 ff.

¹²³⁹ COTTIER/DIEBOLD, Rz. 45.

¹²⁴⁰ BIEBER, 24.

¹²⁴¹ BÜRKI, 53 f. mit Verweis auf BGE 143 II 57, E. 3.4 ff. und 143 V 81, E. 8.3.3.2.

(Art. 19 EUV). Es steht ihnen das Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH offen, sofern die Auslegung oder Gültigkeit einer bilateralen Norm unklar ist (Art. 267 AEUV). Nur ausnahmsweise wird der Rechtsschutz direkt durch den EuGH gewährt (primär bei Nichtigkeitsklagen, Art. 263 AEUV).¹²⁴²

Soweit ersichtlich hatte der EuGH bis anhin in siebzehn Fällen Gelegenheit, sich zur Auslegung des FZA zu äussern.¹²⁴³ Bis auf eine Ausnahme ergingen sämtliche Entscheide im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren, die überwiegend von deutschen Gerichten initiiert wurden.¹²⁴⁴ 563

Wie bereits an anderer Stelle erörtert, gibt der EuGH bei der Auslegung des unionalen Primär- und Sekundärrechts dem Grundsatz des *effet utile* ein grosses Gewicht.¹²⁴⁵ 564 Die Normen werden oft dergestalt interpretiert, dass sie eine möglichst grosse Wirkung entfalten. So trägt der Gerichtshof einerseits dem besonderen Charakter der EU als Rechtsunion Rechnung. Andererseits versucht er dadurch die integrativen Vertragsziele der EU zu sichern.¹²⁴⁶ Es lässt sich eine Tendenz des EuGH «zur Rechtsetzung von der Richterbank sowie zur Erweiterung der unionalen (und eigenen) Kompetenzen» erkennen.¹²⁴⁷

Abkommen mit Drittstaaten (z.B. das FZA) interpretiert der EuGH jedoch nach anderen Prinzipien. Generell hält er sich relativ streng an die Auslegungsregeln der WVK.¹²⁴⁸ 565 An seine eigene Praxis zum Unionsrecht lehnt er sich nur an, wenn die im bilateralen Abkommen vereinbarte, auszulegende Norm hinsichtlich ihres Zwecks und Kontexts vergleichbar ist mit den unionalen Parallelbestimmungen. Er berücksichtigt dabei nicht zuletzt auch die Integrationstiefe des Vertrags.¹²⁴⁹ Bei der Auslegung des FZA betonte der EuGH in diesem Sinne mehrfach, dass die Schweiz nicht dem unionalen Binnenmarkt beigetreten sei. Es bestehe daher kein Raum vollständiger Freizügigkeit wie in einem nationalen Markt. Deshalb könne die Auslegung des EuGH zu den Normen des unionalen Binnenmarkts nicht automatisch auf die Auslegung des FZA übertragen werden, sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen sei.¹²⁵⁰ Insgesamt ist die Rechtspre-

¹²⁴² OESCH, Institutionelles Abkommen, 158.

¹²⁴³ Vgl. OESCH, Institutionelles Abkommen, 158; OESCH/SPECK, 265 ff.

¹²⁴⁴ OESCH/SPECK, 265.

¹²⁴⁵ Vgl. oben, Rz. 299.

¹²⁴⁶ BIEBER/EPINEY/HAAG/KOTZUR, § 9 N 17; vgl. oben, Rz. 298.

¹²⁴⁷ GLASER/LANGER, 572.

¹²⁴⁸ BIEBER, 9 ff.; OESCH/SPECK, 263 ff.; EPINEY/MOSTERS, 234; vgl. dazu oben, Rz. 213 ff.

¹²⁴⁹ BÜRKI, 23.

¹²⁵⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-581/17, *Wächtler*, EU:C:2019:138, Rz. 37 ff.; Rs. C-355/16, *Picart*, EU:C:2018:184; Rs. C-70/09, *Hengartner/Gasser*, EU:C:2010:430; Rs. C-351/08, *Grimme*, EU:C:2009:697; dazu BIEBER, 9 ff. und 14 ff.; TOBLER/BEGLINGER, Grundzüge, Rz. 64 und 76 ff.

chung des EuGH zum FZA im Vergleich zum Unionsrecht weit weniger integrationsfreundlich.¹²⁵¹

566 Die Betrachtung der Rechtsprechung des EuGH zum FZA offenbart aber auch, dass der Gerichtshof sachlich, unparteiisch und ohne Rücksicht auf unionale Partikularinteressen entscheidet.¹²⁵² Die Vorgehensweise des EuGH entspricht letztlich den Vorgaben gemäss Art. 16 FZA und folgt damit einer gut nachvollziehbaren Logik: Ist eine bilaterale Norm ähnlich oder wortgleich formuliert wie die Parallelbestimmung im Unionsrecht, so wird diese analog ausgelegt, sofern auch *ratio* und Kontext der jeweiligen Normen vergleichbar sind. Sind Marktzugangsabkommen auszulegen, die auf dem *acquis communautaire* beruhen (z.B. das FZA), so ist eine derartige Vergleichbarkeit tendenziell gegeben. Schliesslich ist festzustellen, dass der EuGH nicht systematisch zum Nachteil der Schweiz bzw. der beschwerdeführenden Person, die sich auf die vertraglich abgesicherten Freizügigkeitsrechte beruft, urteilt. Ganz im Gegenteil: Der EuGH zögert nicht, die bilateralen Abkommen auch zugunsten einer beschwerdeführenden Partei auszulegen und Rechte daraus abzuleiten, wenn sich eine solche Lesart als sachgerecht erweist.¹²⁵³

f) *Zwischenfazit*

567 Das FZA ist als Staatsvertrag generell nach den Grundsätzen der WVK auszulegen. Den allgemeinen Auslegungsregeln der WVK geht jedoch die besondere Auslegungsregel nach Art. 16 FZA vor. Dieser schreibt eine «eurokompatible Auslegung» des Abkommens vor, wonach für die Auslegung unionsrechtlicher Begriffe auch die einschlägige Rechtsprechung des EuGH heranzuziehen ist. Die Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA in doppelter Hinsicht beschränkt:¹²⁵⁴ Zum einen bezieht sie sich sachlich nur auf denjenigen Teil des *acquis communautaire*, welcher mit dem FZA übernommen worden ist. Nicht massgebend sind dagegen Gegenstände, die im FZA abweichend vom Unionsrecht geregelt sind. Zum anderen bezieht sie sich in zeitlicher Hinsicht nur auf die bis 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH.¹²⁵⁵ Später ergangene Urteile sind lediglich zu berücksichtigen, sofern sie sich darauf beschränken, bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen und ohne neue Elemente auf einen gleichartigen Fall anzuwenden.¹²⁵⁶

¹²⁵¹ EPINEY/METZ/PIRKER, 279; SEILER, Dynamik oder Statik, 88; SEILER, Einfluss, 275 f.; OESCH, Auslegung FZA, 367.

¹²⁵² OESCH, Institutionelles Abkommen, 158 f.; OESCH/SPECK, 265 ff.

¹²⁵³ OESCH, Institutionelles Abkommen, 158 f.

¹²⁵⁴ Vgl. SEILER, Einfluss, 275.

¹²⁵⁵ BGE 132 V 423, E. 9.2; 130 II 113, E. 5.2.

¹²⁵⁶ BGE 138 V 258, E. 5.3.2; 134 V 428, E. 5; 132 V 423, E. 9.3 f.

Aus der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zum FZA lassen sich mit Blick auf diese Auslegungsregeln folgende Grundsätze ableiten: Art. 16 Abs. 2 FZA verpflichtet schweizerische Gerichte, für die Auslegung von Begriffen aus dem Unionsrecht die bis am 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Darüber hinaus anerkennt das Bundesgericht auch eine Verpflichtung zur Übernahme der später ergangenen Rechtsprechung des EuGH, wenn diese bloss die bisherige Rechtsprechung weiterführt, bestätigt oder präzisiert. Zur Verwirklichung des Ziels einer parallelen Rechtslage zwischen Freizügigkeitsabkommen und Unionsrecht ist dabei gemäss feststehender Praxis des Bundesgerichts ganz grundsätzlich «nicht leichthin» bzw. nur aus «triftigen Gründen» von der Rechtsauffassung des EuGH abzuweichen und dessen Rechtsprechung tendenziell grosszügig anzuerkennen. 568

5. *Exkurs: Institutionelles Rahmenabkommen*

Die Frage der Auslegung des bilateralen Rechts war auch in den Verhandlungen des bereits erwähnten institutionellen Rahmenabkommens (InstA) von zentraler Bedeutung. Wie bereits aufgezeigt, sind diese langjährigen Verhandlungen kurz vor Drucklegung der vorliegenden Arbeit gescheitert.¹²⁵⁷ Trotzdem sollen die Verhandlungsgegenstände nachfolgend überblicksartig skizziert werden, sofern sie im vorliegenden Kontext weiterhin relevant erscheinen. 569

Die Schweiz und die EU verhandelten über ein System der parallelen Auslegung zwischen Unionsrecht und bilateralem Recht, bei dem sich die Auslegung der dem Unionsrecht entnommenen Begriffe des bilateralen Rechts grundsätzlich nach deren Bedeutung im Unionsrecht und somit nach der Rechtsprechung des EuGH richten sollte.¹²⁵⁸ Der Entwurfstext sah vor diesem Hintergrund den Grundsatz der einheitlichen Auslegung vor (Art. 4 E-InstA):¹²⁵⁹ 570

«Artikel 4

Grundsatz der einheitlichen Auslegung

1. Zur Verwirklichung der in Artikel 1 definierten Ziele und unter Wahrung der Grundsätze des Völkerrechts werden die betroffenen Abkommen und die Rechtsakte der Europäischen Union, auf die darin Bezug genommen wird, in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt, einheitlich ausgelegt und angewandt.
2. Impliziert die Anwendung der Bestimmungen dieses Abkommens und der betroffenen Abkommen sowie der Rechtsakte, auf die darin Bezug genommen wird, unionsrechtliche Begriffe, werden die Bestimmungen und Rechtsakte gemäss der vor oder nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgelegt und angewandt.»

¹²⁵⁷ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 522 ff.

¹²⁵⁸ TOBLER/BEGLINGER, Brevier, Frage 88 ff.

¹²⁵⁹ Zitiert wird die inoffizielle Übersetzung des EDA; massgebend ist der Originaltext auf Französisch, dessen Wortlaut soweit ersichtlich allerdings keine entscheidenden Abweichungen zum übersetzten Abkommenstext aufweist.

- 571 Das Prinzip der einheitlichen Auslegung hätte sich auf jene Teile der einschlägigen Abkommen bezogen, die inhaltlich auf Unionsrecht beruhen (Art. 4 Ziff. 1 E-InstA). Die Auslegung unionsrechtlicher Begriffe sollte parallel zur EuGH-Rechtsprechung erfolgen, und zwar ausdrücklich unter Einbezug der vor und nach der Unterzeichnung der Abkommen ergangenen Rechtsprechung des EuGH (Art. 4 Ziff. 2 E-InstA).¹²⁶⁰ Dadurch wäre die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH in solchen Fällen für das Bundesgericht grundsätzlich und ohne zeitliche Massgaben zwingend geworden. Eine Abweichung aus triftigen Gründen wäre nicht mehr möglich gewesen. Ob sich in praktischer Hinsicht allerdings tatsächlich grosse Unterschiede ergeben hätten, sei mit Blick auf die erörterte (jüngere) bundesgerichtliche Rechtsprechung¹²⁶¹ dahingestellt.¹²⁶² Das Bundesgericht legt das FZA wie gesehen bislang konsequent im Licht der EuGH-Praxis aus, auch wenn dazu keine zwingende, formelle Verpflichtung besteht.¹²⁶³
- 572 Nicht vorgesehen war dagegen ein Vorabentscheidungsverfahren analog Art. 267 AEUV, in welchem ein Schweizer Gericht vorsorglich beim EuGH um Auskunft über die Auslegung eines im bilateralen Recht erscheinenden EU-Begriffes ersuchen hätte können.¹²⁶⁴ Hätten schweizerische Gerichte in einem konkreten Fall eine parallele Auslegung verweigert, so wäre der EU die Möglichkeit offengestanden, die Angelegenheit in den Gemischten Ausschuss zu tragen, wo ein Streitbeilegungsverfahren eröffnet hätte werden können. Dies hätte freilich *vice versa* auch im (unwahrscheinlicheren) Falle einer Nichtbeachtung der eigenen Rechtsprechung zu unionalen Parallelbestimmungen durch den EuGH gegolten.¹²⁶⁵
- 573 In Bezug auf ebendieses Streitbeilegungsverfahren war sodann vorgesehen, eine (schieds-)gerichtliche Komponente in das bereits bestehende Streitschlichtungssystem zu implementieren. Dem politischen Element der Gespräche im Gemischten Ausschuss sollte dadurch ein verbindliches, gerichtliches Element hinzugefügt werden.¹²⁶⁶ Der Entwurfstext regelte in Art. 10 E-InstA die Grundzüge dieses Schiedsverfahrens. Die technischen Einzelheiten waren dagegen im Protokoll über das Schiedsgericht enthalten (Art. 10 Ziff. 2 E-InstA). Dieses sah vor, dass im Schiedsgericht je ein Schiedsrichter der beiden Parteien (Schweiz, EU) Einsitz nehmen würde. Die Schweiz wäre also in diesem Schiedsgericht in jedem Fall mit einem Schiedsrichter vertreten gewesen.¹²⁶⁷ Die beiden von den Parteien ernannten Schiedsrichter hätten

¹²⁶⁰ TOBLER/BEGLINGER, Brevier, Frage 89.

¹²⁶¹ Vgl. oben, Rz. 558 ff.

¹²⁶² Vgl. EPINEY, Entwurf InstA, Rz. 17 f.; COTTIER, Souveränität, 351 f.; TOBLER/BEGLINGER, Brevier, Frage 87 ff.

¹²⁶³ OESCH, Europarecht, Rz. 921 und 924 ff.

¹²⁶⁴ TOBLER/BEGLINGER, Brevier, Frage 90.

¹²⁶⁵ EPINEY, Entwurf InstA, Rz. 45.

¹²⁶⁶ TOBLER/BEGLINGER, Brevier, Frage 93 ff.; OESCH, Institutionelles Abkommen, 161 ff.

¹²⁶⁷ Vgl. OESCH, Institutionelles Abkommen, 161.

alsdann einen Präsidenten bestimmt. Jede Partei hätte stattdessen aber auch die Beurteilung durch ein fünfköpfiges Schiedsgericht verlangen können. Das Schiedsgericht hätte zwar verbindlich über den Streit entschieden. In Fällen, die eine dem Unionsrecht entnommene Bestimmung oder einen Rechtsbegriff des bilateralen Rechts, der ursprünglich aus dem Unionsrecht stammt, zum Streitgegenstand gehabt hätten, hätte das Schiedsgericht aber den EuGH um Unterstützung bei der Auslegung der entsprechenden Bestimmung bzw. des Rechtsbegriffs ersuchen müssen. Der EuGH hätte dann über die richtige Auslegung verbindlich entschieden (nicht aber unmittelbar über die Lösung für den konkreten Streitfall).¹²⁶⁸

Auch im skizzierten erneuerten institutionellen System wäre eine Streitigkeit über die Auslegung bzw. Anwendung der bilateralen Abkommen allerdings zuerst dem für das Abkommen zuständigen Gemischten Ausschuss vorgelegt worden. Nur wenn im Ausschuss innert einer Frist von drei Monaten keine Lösung hätte gefunden werden können, sollte das Schiedsgericht für die Entscheidung über die Streitigkeit und – in den erwähnten Auslegungsfällen – der EuGH zum Zuge kommen.¹²⁶⁹ Nach Vorliegen des Schiedsgerichtsurteils hätte jede Seite selbst entscheiden können, wie sie das Urteil umsetzt. Wäre die jeweils andere Partei mit der entsprechenden Umsetzung nicht einverstanden gewesen, so hätte sie über die umsetzende Partei eine verhältnismässige Strafe verhängen dürfen. Die umsetzende Partei hätte wiederum vom Schiedsgericht überprüfen lassen können, ob diese Strafe tatsächlich verhältnismässig ist.¹²⁷⁰ 574

Kritik an der Auslegungsmechanik und insbesondere dem Streitbeilegungsmechanismus wurde seit Vorliegen des Entwurfs – wenig erstaunlich – aus jenen Kreisen laut, die internationalen Gerichten und dem EuGH grundsätzlich kritisch gegenüberstehen. Das InstA zwischen der Schweiz und der EU warf nicht zuletzt grundlegende Fragen zur Souveränität und dem Staatsverständnis der Schweiz auf.¹²⁷¹ Auch hier geht es letztlich um eine Frage des politischen Abwägens: Will die Schweiz von einem erweiterten Binnenmarkt umfassend profitieren, so steht die parallele Auslegung der Marktzugangsabkommen in einem sachlogischen Zusammenhang dazu und erscheint ein neuer institutioneller Rahmen als unumgänglich. Formell wäre mit einem solchen institutionellen Rahmen wohl eine weitere Verrechtlichung des bilateralen *acquis* einhergegangen. Auch dadurch wäre das von einer weitreichenden Unabhängigkeit geprägte vorherrschende Staatsverständnis der Schweiz herausgefordert worden, wäre die Schweiz in den von den Abkommen er- 575

¹²⁶⁸ TOBLER/BEGLINGER, Brevier, Frage 113 ff.; vgl. insbesondere die übersichtliche Grafik unter Frage 115.

¹²⁶⁹ TOBLER/BEGLINGER, Brevier, Frage 115; vgl. zur Rolle des EuGH OESCH/SPECK, 259 ff.

¹²⁷⁰ EPINEY, Entwurf InstA, Rz. 45.

¹²⁷¹ COTTIER, Souveränität, 345 ff.

fassten Bereichen doch in beinahe mitgliedstaatsähnlicher Weise in den unionalen Rechtsraum eingebunden gewesen.¹²⁷²

576 Was heisst all dies nun für die schweizerische Eigenständigkeit? Mit dem InstA hätte die Schweiz tatsächlich einen Teil ihrer bisherigen rechtlichen Eigenständigkeit aufgegeben, indem sie sich zur Anpassung einiger Rechtsbereiche verpflichten hätte. Bezüglich der Auslegung des FZA dagegen wäre die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH grundsätzlich bloss formalisiert worden. Es war daher letztlich – wie bereits gesagt – eine Frage der politischen Wertung, ob die Vor- oder die Nachteile überwiegen.

V. Bereichsausnahmen für «hoheitliche» Tätigkeiten

577 Dem Unionsrecht und der Rechtsprechung des EuGH kommt nach dem Gesagten eine entscheidende Bedeutung für die Auslegung und Anwendung des FZA zu. Dies gilt insbesondere auch für die Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs, der auch im Geltungsbereich des FZA der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Bereichsausnahmen darstellt:

578 Analog zu den entsprechenden Bereichsausnahmen der Grundfreiheiten des Unionsrechts¹²⁷³ sind nämlich auch gewisse Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des FZA ausgeschlossen. So bestimmt Art. 10 Anhang I FZA, dass unselbständig Erwerbenden das Recht auf eine «Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung» verweigert werden kann, sofern diese die Ausübung «hoheitlicher Befugnisse» umfasst und der «Wahrung allgemeiner Staatsinteressen oder anderer öffentlicher Körperschaften dient». Die Bereichsausnahme in Art. 16 Anhang I FZA erfasst sodann Selbständige, welche Tätigkeiten verfolgen, die «dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden» sind. Schliesslich regelt auch Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA, dass Tätigkeiten, die «auch nur gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der betroffenen Vertragspartei umfassen», von der Dienstleistungsfreiheit ausgenommen sind. Diese Bereichsausnahmen sind nachfolgend separat zu exzerpieren.

1. Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Grundlagen

579 Im Sinne einer Bereichsausnahme zur bilateralen Arbeitnehmerfreizügigkeit stipuliert Art. 10 FZA was folgt:

«Art. 10

Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung

Einem Staatsangehörigen einer Vertragspartei, der eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausübt, kann das Recht auf eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwal-

¹²⁷² OESCH, Europarecht, Rz. 971.

¹²⁷³ Vgl. oben, Rz. 319 ff.

tung verweigert werden, sofern diese die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfasst und der Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften dient.»

Entscheidendes Anknüpfungsmerkmal der Bereichsausnahme zur bilateralen Arbeitnehmerfreizügigkeit im Rahmen des FZA stellt – wie bereits die Marginalie suggeriert – die «Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung» dar. Es ist geradezu offensichtlich, dass diese Bestimmung unmittelbar Art. 45 Abs. 4 AEUV nachgebildet ist.¹²⁷⁴ Über den Text der unionalen Vorbildsnorm hinaus ergibt sich jedoch bereits aus dem Vertragswortlaut des FZA, dass nicht jede Beschäftigung in der «öffentlichen Verwaltung» unter die Bereichsausnahme fallen soll: Nur wenn eine solche Beschäftigung die Ausübung «hoheitlicher Befugnisse» umfasst und – kumulativ – der «Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften dient», erfüllt sie den Ausnahmetatbestand von Art. 10 Anhang I FZA. Diese Konkretisierung entspricht der vom EuGH seit Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, in ständiger Rechtsprechung verwendeten Formel.¹²⁷⁵ 580

Keine weiteren Erkenntnisse in Bezug auf die Bereichsausnahme ergeben sich aus der Botschaft zum FZA.¹²⁷⁶ In einem erläuternden Bericht des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) werden als konkrete Beispiele Zollbeamte und Diplomaten genannt, welche unter die Ausnahmebestimmung fallen sollen.¹²⁷⁷ Auch in der Lehre finden sich kaum allgemeine Begriffsumschreibungen. Teilweise werden einzelne Beschäftigungskategorien, wie etwa die Beschäftigung von Armee- und Polizeipersonal sowie Beschäftigungen bei den Justizbehörden als Beispiele, die unter die Bereichsausnahme fallen sollen, aufgeführt.¹²⁷⁸ 581

b) Rechtsprechung

Art. 10 Anhang I FZA war in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lange Zeit nur jeweils am Rande und im Zusammenhang mit Art. 16 Anhang I FZA erwähnt worden.¹²⁷⁹ Eine eigentliche Auslegung der Bestimmung fand jedoch kaum statt. Auch der EuGH hat sich bis anhin noch nicht damit beschäftigt.¹²⁸⁰ 582

In BGE 140 II 112 äusserte sich das Bundesgericht erstmals etwas ausführlicher – im Rahmen einer Eventualbegründung – zur Bereichsausnahme gemäss Art. 10 Anhang I 583

¹²⁷⁴ BGE 140 II 112, E. 3.5; VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.4; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 392; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 347; vgl. auch BRAZEROL, Rz. 28, der die begrifflichen Unterschiede betont.

¹²⁷⁵ Vgl. dazu oben, Rz. 361 ff.

¹²⁷⁶ Botschaft sektorielle Abkommen, 6312 ff.

¹²⁷⁷ BBT, Bericht Anerkennung, 13.

¹²⁷⁸ GROSSEN/DECOULON, Rz. 38; vgl. OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 390 f.

¹²⁷⁹ SCHNELL, 265; vgl. BGE 128 I 280, E. 3; BGer 2P.110/2002 vom 6. August 2003, E. 4.2.4; 2P.237/2003 vom 29. Januar 2004, E. 4.2; zu diesen Urteilen vgl. unten, Rz. 691 ff.

¹²⁸⁰ So bereits OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 391.

FZA.¹²⁸¹ Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob sich ein lettischer Staatsangehöriger gestützt auf das FZA in das Dolmetscherverzeichnis des Kantons Zürich eintragen lassen konnte. Die Vorinstanzen hatten einen entsprechenden Anspruch des Beschwerdeführers noch verneint. Sie hatten unter anderem geltend gemacht, die Dolmetschertätigkeit sei hoheitlicher Natur, weswegen das FZA darauf *per se* keine Anwendung finde.

584 Vorab stellte das Bundesgericht fest, es sei unstritten, ob die Gerichtsdolmetscherpraxis des Beschwerdeführers als selbständige oder als unselbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist. Es liess diese Frage jedoch offen, da die streitgegenständliche Abgrenzungsfrage nach der Anwendbarkeit des FZA unabhängig von dieser Qualifikation gleichermassen zu beantworten sei.¹²⁸² In seinen weiteren Erwägungen behandelte das Bundesgericht die Dolmetschertätigkeit – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht – als selbständige Erwerbstätigkeit. Entsprechend legte es vornehmlich die Bereichsausnahme nach Art. 16 Anhang I FZA aus und kam zum Schluss, dass sich der Beschwerdeführer auf das FZA berufen könne.¹²⁸³ Im Sinne einer Eventualbegründung hielt es aber auch fest, dass nichts anders gälte, wenn der Beschwerdeführer entgegen seiner eigenen Aussagen ausschliesslich unselbständige Erwerbstätigkeiten wahrnehme. Die Bereichsausnahme der «Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung» gemäss Art. 10 Anhang I FZA knüpfe – im Vertragswortlaut des FZA explizit – an die Ausübung hoheitlicher Befugnisse an. Die Tätigkeit des Gerichtsdolmetscher beinhalte jedoch keine «hoheitlichen Befugnisse» und könne folglich nicht unter die Bereichsausnahme nach Art. 10 Anhang I FZA fallen.¹²⁸⁴

c) Würdigung

585 Auch wenn sich das Bundesgericht bisher zu Auslegungsmechanik und Inhalt der Bereichsausnahme gemäss Art. 10 Anhang I FZA nicht gleich ausführlich geäussert hat wie zur Bereichsausnahme gemäss Art. 16 Anhang I FZA, bekräftigte es doch zumindest implizit, dass Art. 10 Anhang I FZA der Bereichsausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV nachgebildet ist. Gestützt auf den Grundsatz der eurokompatiblen Auslegung und im Sinne einer wegweisenden Richtschnur berücksichtigte es mithin zu Recht die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Ausnahmebestimmung auch bei der Auslegung von Art. 10 Anhang I FZA.

586 Die eingehende Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 45 Abs. 4 AEUV hat ergeben, dass nur jene Tätigkeiten als Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung qualifizieren, die eine «unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung ho-

¹²⁸¹ Vgl. PIRKER, 300 ff.; EPINEY/METZ, 357 ff.

¹²⁸² BGE 140 II 112, E. 2.3.

¹²⁸³ Vgl. dazu unten, Rz. 592 ff.

¹²⁸⁴ BGE 140 II 112, E. 3.5.

heitlicher Befugnisse» und an der «Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates gerichtet sind», so dass sie ein «Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zu Grunde liegen».¹²⁸⁵ Diese Kriterien berücksichtigt der EuGH bereits seit 1979. Es erstaunt daher nicht, dass sie direkt in den Abkommenswortlaut des FZA aufgenommen worden sind. Kommt hinzu, dass der EuGH nach Unterzeichnung des FZA keine derart wegweisenden Urteile zu Art. 45 Abs. 4 AEUV gefällt hat, dass überhaupt die Frage aufkommen müsste, ob diese bei der Auslegung des FZA allenfalls gestützt auf «triftige Gründe» nicht zu berücksichtigen wären. Vielmehr ist die Rechtsprechung des EuGH seit nunmehr knapp 50 Jahren relativ konstant.¹²⁸⁶

Insgesamt erhellt, dass sich Regelungsinhalt und -zweck der Ausnahmebestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit auf unionaler und bilateraler Freizügigkeitsebene eindeutig entsprechen. Die Berücksichtigung der gesamten Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit im AEUV erfolgt somit zu Recht und ist m.E. auch zwingend. 587

2. Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit

a) Grundlagen

Gemäss Art. 16 Anhang I FZA sind auch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit für Selbständige auf gewisse Tätigkeiten nicht anwendbar:

«Art. 16

Ausübung hoheitlicher Befugnisse

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

Wiederum deutet bereits der Wortlaut dieser Vertragsbestimmung auf eine enge Verwandtschaft mit der praktisch deckungsgleichen Parallelbestimmung zur Niederlassungsfreiheit in Art. 51 Abs. 1 AEUV hin.¹²⁸⁷ Anders als im AEUV belegt die Marginalie von Art. 16 FZA jedoch unmittelbar, dass die «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» und die «Ausübung öffentlicher Gewalt» synonym zu verstehen sind.¹²⁸⁸ 588

Die bundesrätliche Botschaft äussert sich nicht weitergehend zu dieser Bestimmung.¹²⁸⁹ Im bereits erwähnten Bericht des BBT wird wenig differenzierend erwähnt, dass beispielsweise Berufe wie Notare, Zollbeamte und Diplomaten sowie Tätigkeiten 589

¹²⁸⁵ Vgl. zur Rechtsprechung oben, Rz. 361 ff.; vgl. auch SPESCHA/BOLZLI/WECK/PRIULI, 186, Fn. 123.

¹²⁸⁶ Vgl. dazu im Detail oben, Rz. 357 ff.

¹²⁸⁷ OESCH, Niederlassungsfreiheit, 617 f.; vgl. bereits oben, Rz. 580.

¹²⁸⁸ A.M. BRAZEROL, Rz. 34 f.

¹²⁸⁹ Vgl. Botschaft sektorielle Abkommen, 6132 ff.; BRAZEROL, Rz. 15 ff.

von patentierten «Ingenieur-Geometern» unter die Bereichsausnahme gemäss Art. 16 Anhang I FZA fielen.¹²⁹⁰

b) *Rechtsprechung*

- 590 Der EuGH hat sich bislang soweit ersichtlich noch nie mit der Auslegung dieser Vertragsbestimmung beschäftigt. Demgegenüber hat das Bundesgericht wie bereits angetönt in mehreren Entscheiden auf die Bereichsausnahme gemäss Art. 16 Anhang I FZA Bezug genommen:¹²⁹¹
- 591 In BGE 128 I 280 entschied das Bundesgericht in einem *obiter dictum*, dass zur Beantwortung der Frage, ob eine Tätigkeit im Sinne von Art. 16 Anhang I FZA dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, massgebend sei, ob diese Tätigkeit «für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschliesst».¹²⁹² Das treffe für Urkundspersonen «zweifellos» zu, hingegen nicht für Rechtsanwälte, da diese privatwirtschaftlich tätig seien.¹²⁹³ Das Bundesgericht übernahm damit die vom EuGH im *Reyners*-Urteil entwickelte Formel zu Art. 51 Abs. 1 AEUV.¹²⁹⁴
- 592 Ausführlich setzte sich das Bundesgericht sodann im bereits erwähnten Gerichtsdolmetscherentscheid BGE 140 II 112 mit Art. 16 Anhang I FZA auseinander. In der Sache wurde einem lettischen Staatsangehörigen die Aufnahme in das Zürcher Justizdolmetscherverzeichnis verwehrt. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer die persönlichen Voraussetzungen für die Eintragung in das Dolmetscherverzeichnis nicht erfülle. Da er seinen Lebensmittelpunkt nicht in der Schweiz habe, sei nicht gewährleistet, dass er für kurzfristige Dolmetschereinsätze vor Ort zur Verfügung stehe. Überdies könne er keine Ansprüche aus dem FZA für sich ableiten, da es sich bei der Dolmetschertätigkeit um eine hoheitliche Tätigkeit handle, auf welche das FZA nicht anwendbar sei.¹²⁹⁵
- 593 Das Bundesgericht verwies zunächst auf seine Rechtsprechung im innerstaatlichen Kontext zur Qualifikation der Tätigkeiten von Dolmetschern, Übersetzern und Gerichtssachverständigen.¹²⁹⁶ Verschiedentlich hatte das Bundesgericht bereits die öffentlich-rechtliche Vertragsbeziehung zwischen den Gerichts- oder Verwaltungsbehörden und den Dolmetschern hervorgehoben. Die in diesem Rahmen ausgeübten Einsätze

¹²⁹⁰ BBT, Bericht Anerkennung, 13; vgl. OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 391 f.

¹²⁹¹ Vgl. OESCH, Niederlassungsfreiheit, 618 f.

¹²⁹² Vgl. dazu auch unten, Rz. 693 ff.

¹²⁹³ BGE 128 I 280, E. 3; bestätigt in BGer 2P.110/2002 vom 6. August 2003, E. 4.2.4; 2P.237/2003 vom 29. Januar 2004, E. 4.2; dazu kritisch OESCH, Niederlassungsfreiheit, 618 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 581.

¹²⁹⁴ Vgl. dazu oben, Rz. 443 ff.

¹²⁹⁵ BGE 140 II 112, B.

¹²⁹⁶ BGE 140 II 112, E. 3.1.1 f.

gehörten demnach «zur hoheitlichen staatlichen Tätigkeit». ¹²⁹⁷ In BGE 138 I 196 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass Übersetzer Staatsaufgaben wahrnahmen, nicht aber Teil der eigentlichen Staatsverwaltung, sondern dieser ausgelagert, seien. ¹²⁹⁸ Im Urteil 2C_121/2011 hatte das Bundesgericht ferner erwogen, dass die Gutachtertätigkeit für staatliche Behörden eine hoheitliche Tätigkeit darstelle, die vom Anwendungsbereich des BGBM ausgenommen sei. ¹²⁹⁹

Sodann rief das Bundesgericht die bei der Auslegung des FZA zu berücksichtigenden 594 Prinzipien in Erinnerung. Es hielt ausdrücklich fest, dass Art. 16 Anhang I FZA der Ausnahmebestimmung zum Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit in Art. 51 Abs. 1 AEUV nachgebildet sei und die entscheidende Formulierung «Ausübung öffentlicher Gewalt» gar wörtlich mit jener im AEUV übereinstimme. Entsprechend sei für die Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 Abs. 1 AEUV heranzuziehen. ¹³⁰⁰

In einem konzisen Überblick zur Rechtsprechung des EuGH fasste das Bundesgericht 595 sodann zusammen, dass der Begriff der «öffentlichen Gewalt» nach der Diktion des EuGH eng auszulegen sei. Um die praktische Wirksamkeit der Niederlassungsfreiheit zu wahren, müsse die vorgesehene Ausnahmeregelung auf jene Tätigkeiten beschränkt sein, die unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind. Hoheitlichen Tätigkeiten müssten Entscheidungsautonomie und eine gewisse Letztverantwortung inhärent sein, damit sie als Ausübung hoheitlicher Gewalt qualifiziert werden können. Dies treffe üblicherweise nicht auf reine Hilfstätigkeiten zu. ¹³⁰¹ Zu solchen Hilfstätigkeiten gehörten auch die Tätigkeiten von Sachverständigen auf dem Gebiet der Übersetzung. Diese erarbeiteten eine neutrale und hochwertige Übersetzung aus einer Sprache in eine andere, ohne dass die Meinung der Sachverständigen in die Entscheidungsfindung der Behörden miteinfließen würde. Die Übersetzungsleistung lasse die gerichtliche Würdigung und die freie Ausübung der rechtsprechenden Gewalt ungeschmälert, sodass sie nicht unter die Bereichsausnahme der öffentlichen Gewalt falle, sondern vielmehr eine Hilfstätigkeit hierzu darstelle. ¹³⁰²

Das Bundesgericht betonte im Rahmen dieser ausführlichen Darstellung der Rechtsprechung des EuGH zur einschlägigen Bereichsausnahme der öffentlichen Gewalt, 596

¹²⁹⁷ BGer 1P.58/2004 vom 15. November 2004, E. 2.2 und 4.4; 1C_252/2007 vom 5. März 2008, E. 2.

¹²⁹⁸ BGE 138 I 196, E. 4.3.

¹²⁹⁹ BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3; dazu kritisch DIEBOLD, Sachverständige, 1162 ff.; vgl. dazu unten, Rz. 712 ff.

¹³⁰⁰ BGE 140 II 112, E. 3.2.

¹³⁰¹ BGE 140 II 112, E. 3.2.3.

¹³⁰² BGE 140 II 112, E. 3.2.3.; mit Verweis auf EuGH, Rs. C-372/09, *Peñarroja*, EU:C:2011:156, Rz. 41 ff.; vgl. dazu oben, Rz. 482 f.

dass sich diese «in ihrem Kernbestand» seit langem herausgebildet habe.¹³⁰³ Sie sei nicht ausschliesslich Teil der Weiterbildung des Unionsrechts seit dem massgeblichen Stichtag des 21. Juni 1999.¹³⁰⁴ Mithin sei der Begriff der «öffentlichen Gewalt» gemäss Art. 16 Anhang I FZA im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 AEUV auszulegen; diese sei für die Schweiz verbindlich.¹³⁰⁵ Damit berücksichtigte das Bundesgericht ausdrücklich auch die Rechtsprechung des EuGH *nach* der Unterzeichnung des FZA.

597 Auf diesen Grundsätzen aufbauend befand das Bundesgericht schliesslich, dass die Tätigkeit von Gerichtsdolmetschern nicht unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung «hoheitlicher Gewalt» verbunden sei, da ihr insbesondere auch keine Entscheidungsautonomie und Letztverantwortung zukomme.¹³⁰⁶ *In casu* könne sich der Beschwerdeführer mithin auf das FZA stützen und von der Inländerbehandlung profitieren.¹³⁰⁷ Schliesslich befand das Bundesgericht, dass die funktionelle Betrachtung der Dolmetschertätigkeit im Rahmen des FZA auch die institutionelle Unabhängigkeitsgarantie gerichtlicher Behörden nicht mindere (Art. 30 BV), wobei es diesbezüglich interessanterweise ausdrücklich auf die so umstrittenen¹³⁰⁸ Notariatsurteile des EuGH¹³⁰⁹ verwies.¹³¹⁰

c) *Würdigung*

598 Wiederum ist zu resümieren, dass der Abkommenswortlaut des FZA in Bezug auf die Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit der Parallelbestimmung im Unionsrecht nachgebildet ist. Gemäss den erörterten Auslegungsprinzipien ist bei der Auslegung der Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit im FZA somit die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen.¹³¹¹

599 Dies bestätigte zuletzt auch das Bundesgericht in BGE 140 II 112. Auffällig ist, dass das Bundesgericht insbesondere auch die nach dem Stichtag vom 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH zur Parallelbestimmung im Unionsrecht in seine Betrachtung miteinbezog. Zwar trifft sicherlich zu, dass sich die Kernelemente dieser Rechtsprechung bereits vor Abschluss des FZA herauskristallisiert hatten. Es kann jedoch genauso wenig von der Hand gewiesen werden, dass einige Kriterien vom EuGH

¹³⁰³ BGE 140 II 112, E. 3.2.4.

¹³⁰⁴ BGE 140 II 112, E. 3.2.4 mit Hinweis auf 139 II 393, E. 4.1.1.

¹³⁰⁵ BGE 140 II 112, E. 3.2.4.; vgl. PIRKER, 305.

¹³⁰⁶ BGE 140 II 112, E. 3.2.4; dies stehe «begrifflich, nicht jedoch inhaltlich» im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung in Anwendung des nationalen Rechts, vgl. E. 3.3 m.w.H.

¹³⁰⁷ BGE 140 II 112, E. 3.4.

¹³⁰⁸ Vgl. dazu unten, Rz. 736 ff.

¹³⁰⁹ Der Verweis erfolgte auf EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2011:339, Rz. 109; vgl. zu den Notariatsurteilen im Detail oben, Rz. 484 ff.

¹³¹⁰ BGE 140 II 112, E. 3.4.

¹³¹¹ Vgl. dazu oben, Rz. 540 ff.

erst in der jüngeren Rechtsprechung herausgearbeitet oder zumindest explizit verwendet wurden. Dass das Bundesgericht trotzdem auch darauf abstellt, ist dennoch folgerichtig und im Einklang mit der allgemeinen bundesgerichtlichen Auslegungspraxis zum FZA, da triftige Gründe, die für eine Abweichung von der Rechtsauffassung des EuGH sprächen, nicht ersichtlich sind.

Insgesamt bleibt damit zu konstatieren, dass sich Regelungsinhalt und -zweck der Ausnahmestimmungen zur Niederlassungsfreiheit auf unionaler und bilateraler Freizügigkeitsebene entsprechen. Bei der Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA ist die Rechtsprechung des EuGH folglich zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund kann im Anwendungsbereich des FZA einem Selbstständigen das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, wenn diese dauernd oder zeitweise mit der Ausübung «öffentlicher Gewalt» verbunden ist, was gleichbedeutend mit der Ausübung «hoheitlicher Befugnisse» ist. 600

Der Hoheitlichkeitsbegriff wurde dabei bis anhin zwar auch vom EuGH noch nicht positivrechtlich definiert. Als Indizien bei der konkreten Betrachtung einer spezifischen Tätigkeit gelten aber gemäss ständiger Rechtsprechung des EuGH, ob die fragliche Tätigkeit mit Entscheidungs- oder Zwangsbefugnissen materiell qualifizierter Form oder dem Einsatz von Zwangsmitteln verbunden ist. Zudem muss zwischen demjenigen, der die «öffentliche Gewalt» ausübt, und dem Rechtsunterworfenen ein Subordinationsverhältnis bestehen. Die Entscheidungs- und Zwangsbefugnisse dürfen dem Hoheitsträger auch nicht bloss zeitlich begrenzt zur Verfügung stehen, sondern müssen einen prägenden Bestandteil des jeweiligen Berufsbildes ausmachen. Den Entscheidungsbefugnissen des Hoheitsträgers muss sodann eine gewisse Verbindlichkeit zukommen. Nicht ausreichend ist eine bloss unterstützende, vorbereitende (Hilfs-)Tätigkeit. Technische Tätigkeiten sind von vornherein nicht hoheitlicher Natur, da sie keine direkten Aussenwirkungen zeitigen.¹³¹² 601

3. Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreizügigkeit

a) Grundlagen

Auch der Abschnitt «IV. Erbringung von Dienstleistungen» von Anhang I FZA enthält eine Bereichsausnahme zu den Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit: 602

«Art. 22

(1) Von der Anwendung der Bestimmungen der Artikel 17 und 19 dieses Anhangs ausgeschlossen sind die Tätigkeiten, die auch nur gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der betroffenen Vertragspartei umfassen.»

Im Gegensatz zum Unionsrecht, wo *qua* Verweis in Art. 62 AEUV die Bereichsausnahme nach Art. 51 Abs. 1 AEUV analog auch für die Dienstleistungsfreiheit gilt, 603

¹³¹² Vgl. oben, Rz. 497 ff.

wird im FZA somit eine separate Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit statuiert, die im Vergleich zur Bereichsausnahme nach Art. 16 Anhang I FZA auch (geringfügige) terminologische Unterschiede aufweist.

604 Weder in der Botschaft des Bundesrats noch in sonstigen Materialien finden sich weiterführende Hinweise auf den Bedeutungsgehalt dieser Bereichsausnahme.¹³¹³

b) Rechtsprechung

605 Auch haben soweit ersichtlich weder der EuGH noch das Bundesgericht je den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit näher beleuchtet.

606 In einem jüngeren Entscheid hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau nur, aber immerhin, fest, dass sämtliche Bereichsausnahmen des FZA – also auch Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA – jenen im AEUV nachgebildet seien und sich insofern eine Übernahme der Rechtsprechung des EuGH aufdränge.¹³¹⁴

c) Würdigung

607 In der Lehre wird teilweise argumentiert, dass der Begriff der «hoheitlichen Befugnisse» weitreichender sei als der unionsrechtliche Begriff der «öffentlichen Gewalt».¹³¹⁵ M.E. ist eine solche Differenzierung nicht angezeigt: Wie gesehen grenzt der EuGH die beiden Begriffe nicht voneinander ab.¹³¹⁶ Auch sprechen die gesammelten bisherigen Erkenntnisse gegen eine terminologische Ausweitung des Hoheitlichkeitsbegriffs.¹³¹⁷

608 Im Vergleich zu Art. 16 Anhang I FZA wird zudem der zeitliche Anwendungsbereich von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA terminologisch leicht abweichend umschrieben. Es reicht aus, wenn eine Tätigkeit «auch nur gelegentlich» mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden ist. Art. 16 Anhang I FZA verlangt demgegenüber eine «dauernde oder zeitweise» Ausübung; diese Formulierung wird auch in Art. 51 AEUV verwendet. Es stellt sich somit die Frage, ob die Vertragsparteien diese terminologische Unterscheidung bewusst getroffen haben. M.E. sprechen für eine solche Annahme allerdings keine nachvollziehbaren Gründe. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Ausnahmebestimmung zur Dienstleistungsfreiheit analog zu Art. 16 Anhang I FZA auszulegen ist, und zwar auch was die zeitliche Einschränkung der Ausnahme angeht. Für diese Interpretation spricht, dass der Wortlaut des Kerngehalts der Bestimmung («auch nur gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse») deckungsgleich ist

¹³¹³ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 391.

¹³¹⁴ VGer AG, WBE, 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.3; vgl. dazu unten, Rz. 725 ff.

¹³¹⁵ BRAZEROL, Rz. 35.

¹³¹⁶ Vgl. EuGH Rs. C-405/01, *Colegio*, EU:C:2003:515, Rz. 39 und 43; Rs. C-2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 640.; vgl. dazu oben, Rz. 443 ff. und 467 ff.

¹³¹⁷ Vgl. oben, insbesondere Rz. 101 ff. und 501 ff.

mit jenem in Art. 10 lit. d Abs. v) der Richtlinie 2014/24/EU.¹³¹⁸ Der EuGH hat in einem jüngeren Urteil bestätigt, dass mit dieser Formulierung jene Tätigkeiten und Dienstleistungen erfasst werden sollen, welche auch gemäss Art. 51 Abs. 1 AEUV vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit bzw. nach Art. 62 AEUV vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ausgeschlossen sind.¹³¹⁹ Die terminologische Unterscheidung mit Blick auf die zeitliche Komponente der Bereichsausnahme wurde im Entscheid zwar nicht ausdrücklich diskutiert. Unter Berücksichtigung der dargestellten Auslegungsmethodik¹³²⁰ gibt es m.E. jedoch keine sachliche Rechtfertigung, dieses Urteil des Gerichtshofs nicht auch für die Interpretation der deckungsgleichen Bereichsausnahme in Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA heranzuziehen. Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass der terminologische Unterschied nur im deutschen Abkommenstext besteht. Sowohl in der französischen wie auch in der italienischen Fassung von Art. 16 Abs. 1 Anhang I FZA und von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA stimmen die Formulierungen in Bezug auf die zeitliche Beschränkung der Bereichsausnahme vollkommen überein («*même à titre occasionnel*» bzw. «*anche occasionalmente*»).

Nach dem Gesagten ist die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA analog zu jener gemäss Art. 16 Abs. 1 Anhang I FZA auszulegen. Entscheidendes Kriterium ist auch hier, ob eine «hoheitliche Tätigkeit» mit der Dienstleistungserbringung zusammenhängt. Zur Bestimmung, wann dies der Fall ist, muss die beurteilende Gerichtsbehörde die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 Abs. 1 AEUV heranziehen. Diese liefert zwar keine positivrechtliche Umschreibung des Begriffs, legt aber immerhin gewisse Kriterien fest, die für die Annahme einer «hoheitlichen Tätigkeit» zwingend sind.¹³²¹ 609

VI. Exkurs: Umsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinie

Nicht in direktem Zusammenhang zu den Bereichsausnahmen des FZA, im Kontext vorliegender Studie zur Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs aber dennoch von gewisser Relevanz, ist die Umsetzung der bereits an anderer Stelle¹³²² kurz behandelten Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG in der Schweiz. 610

Wie bereits gesehen, regelt das FZA im bilateralen Verhältnis EU-Schweiz unter anderem auch die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen. Die EU und die Schweiz haben sich im Freizügigkeitsabkommen verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Zeugnisse und sonstigen 611

¹³¹⁸ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 439.

¹³¹⁹ EuGH, Rs. C-264/18, P.M., EU:C:2019:472, Rz. 39 f.; vgl. dazu oben, Rz. 439.

¹³²⁰ Vgl. oben, Rz. 545 ff.

¹³²¹ Vgl. dazu oben, Rz. 497 ff.

¹³²² Vgl. oben, Rz. 492.

Befähigungsnachweise zu ergreifen. Die Umsetzung dieser Massnahmen wird im Anhang III des FZA behandelt. Dieser sieht vor, dass sich die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU nach der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG richtet.¹³²³

- 612 Die Schweiz hat die Berufsqualifikationsrichtlinie innerstaatlich mit dem BGMD umgesetzt. Gemäss Art. 1 der Ausführungsverordnung VMD veröffentlicht das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) auf seiner Website die Liste der Berufe, die unter die Meldepflicht und die Nachprüfung gemäss BGMD fallen.¹³²⁴ Unionsbürger, die eine Dienstleistung in einem gemäss dieser Liste reglementierten Beruf während maximal neunzig Arbeitstagen pro Kalenderjahr in der Schweiz erbringen möchten, müssen eine Meldung über das Online-Portal des SBFI einreichen. Ist ein Beruf oder eine Tätigkeit hingegen nicht auf dieser Liste vorhanden, so ist keine separate Meldung beim SBFI einzureichen.
- 613 In vorliegendem Zusammenhang speziell erwähnenswert erscheint dabei, dass die aktuelle Liste¹³²⁵ der meldepflichtigen Berufe gemäss BGMD auch Notare mitumfasst. Damit bringt der Bundesrat, als Verordnungsgeber, weiterhin zum Ausdruck, dass notarielle Tätigkeiten vom FZA erfasst sind.¹³²⁶ Implizit bedeutet dies, dass Notare im Kontext des FZA keine «hoheitliche Tätigkeit» ausüben. Vielmehr sollen sich EU-Notare auf das FZA stützen können, um in der Schweiz notarielle Tätigkeiten auszuüben. Gemäss dem Bundesrat soll es nicht möglich sein, EU-Notaren allein deshalb die Berufsausübung in der Schweiz zu versagen, weil diese nicht Schweizer oder nicht in der Schweiz ansässig sind. Allfällige Ausgleichsmassnahmen, wie insbesondere Eignungsprüfungen, bleiben nach Massgabe der Richtlinie 2005/36/EG freilich vorbehalten.¹³²⁷
- 614 Kontrovers diskutiert wurde in der Lehre, welche Auswirkungen die durch das Europäische Parlament und den Rat am 20. November 2013 erlassene Richtlinie 2013/55/EU, mit welcher die Richtlinie 2005/36/EG dahingehend abgeändert wurde, dass Notare ausdrücklich nicht mehr unter die Richtlinie 2005/36/EG fallen (vgl. Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 2005/36/EG), auf das FZA und die Meldepflicht nach BGMD und VMD hat.¹³²⁸

¹³²³ Vgl. hierzu ausführlich ASEMISSEN, 164 ff.; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 1188 ff.

¹³²⁴ Diese Regelung ist am 1. April 2021 in Kraft getreten. Zuvor war die Liste mit den reglementierten Berufen noch im Anhang I zur VMD enthalten.

¹³²⁵ Liste der meldepflichtigen Berufe gemäss BGMD, Stand September 2021, einsehbar unter: <sbfi.admin.ch> → Bildung → Anerkennung ausländischer Diplome → Dienstleistungserbringende.

¹³²⁶ BRAZEROL, Rz. 22.

¹³²⁷ OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 60.

¹³²⁸ PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 8 ff.; OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 60 f.; vgl. zum Ganzen auch oben, Rz. 492.

Die Debatte wurde auch von der Politik aufgegriffen. Die damalige Nationalrätin 615
 Viola Amherd forderte in einer Motion den Bundesrat auf, die Notare von der Liste
 gemäss VMD zu streichen.¹³²⁹ In seiner konzisen Stellungnahme beantragte der Bun-
 desrat die Ablehnung der Motion. Er erklärte, dass der Notarberuf innerhalb der EU
 zwar vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG ausgeschlossen wurde. No-
 tare profitierten jedoch weiterhin von der Freizügigkeit aufgrund der Bestimmungen
 des AEUV und der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung. Insofern habe sich durch
 den Erlass der Richtlinie 2013/55/EU nichts geändert. Insbesondere bestehe auch
 keine «unilaterale Freizügigkeit», wie dies von der Motionärin vorgebracht worden
 war.¹³³⁰ Unbesehen davon sei der neue Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 2005/36/EG bis an-
 hin nicht in den Anhang III des FZA übernommen worden. Die neue Richtlinie sei
 daher für die Beziehungen zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten noch
 nicht in Kraft getreten. Der Notarberuf falle somit bei den Beziehungen zwischen der
 Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten weiterhin in den von Anhang III FZA festgeleg-
 ten Rahmen gemäss der Richtlinie 2005/36/EG, die in der Schweiz mit dem BGMD
 und der VMD umgesetzt wurde. Würde der Notarberuf von der Liste im Anhang der
 VMD gestrichen, würde damit einseitig das liberalere Unionsrecht übernommen,
 ohne dass aufgrund des FZA eine Pflicht dazu bestünde.¹³³¹ Der Nationalrat behan-
 delte die Motion in der Folge nicht abschliessend, weshalb diese am 16. Juni 2017 ab-
 geschrieben wurde.

Mit OESCH¹³³² kann der Stellungnahme des Bundesrates m.E. vollumfänglich zu- 616
 gestimmt werden. Das mit dem BGMD eingeführte Meldeverfahren legt für die kanton-
 alen Behörden, die über den Zugang zum Notarberuf entscheiden, einen klaren Rah-
 men fest. Zusätzlich zur Meldepflicht auf eidgenössischer Ebene können die Kantone
 von Notaren aus der EU eine anspruchsvolle Eignungsprüfung verlangen. Notare, die
 mit dem Schweizer Recht nicht ausreichend vertraut sind und die fachlichen Anforde-
 rungen gemäss Schweizer Recht nicht erfüllen, können abgewiesen werden. Eine Ent-
 fernung des Berufs aus der VMD hätte mit anderen Worten nicht zur Folge, dass in
 Bezug auf Notare aus der EU keine Freizügigkeit mehr bestehen würde, sondern led-
 diglich, dass sie nicht mehr an die Meldepflicht und die vom BGMD und von der
 VMD vorgesehenen Ausgleichsmassnahmen gebunden wären.¹³³³

¹³²⁹ Motion 15.3728, «Schweiz und EU. Gleich lange Spiesse, keine einseitige Freizügigkeit» vom 19. Juni 2015, eingereicht von Viola Amherd.

¹³³⁰ Motion 15.3728, «Schweiz und EU. Gleich lange Spiesse, keine einseitige Freizügigkeit» vom 19. Juni 2015, Stellungnahme des Bundesrates vom 26. August 2015.

¹³³¹ Motion 15.3728, «Schweiz und EU. Gleich lange Spiesse, keine einseitige Freizügigkeit» vom 19. Juni 2015, Stellungnahme des Bundesrates vom 26. August 2015.

¹³³² OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 60 f.

¹³³³ OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 60; a.M. PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 8.

- 617 Im Falle der Streichung der Notare von der Liste gemäss VMD bliebe einzig die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen auf der Grundlage des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA und dessen Ausprägungen in Anhang I FZA möglich. Zu berücksichtigen wären dann zwecks Verwirklichung der mit dem FZA gewährten Freizügigkeitsrechte Diplome, Prüfungszeugnisse und andere Befähigungsnachweise sowie die einschlägige Berufserfahrung der Betroffenen. Durch diese Nachweise belegte Fachkenntnisse eines Notars müssten dann mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten verglichen werden. Für solch einen Vergleich wäre kein standardisiertes Anerkennungsverfahren gemäss den Titeln II und III der Berufsqualifikationsrichtlinie vorgeschrieben. Es würde eine Einzelfallprüfung der Gleichwertigkeit im Lichte der Grundfreiheiten genügen.¹³³⁴
- 618 Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist allerdings – wie gesagt – primär festzuhalten, dass der Bundesrat, als Verordnungsgeber, der Auffassung ist, dass Notare nicht hoheitlich tätig sind und somit nicht unter die Bereichsausnahmen des FZA fallen. Diese bundesrätliche Auffassung wäre für das Bundesgericht bei der Beurteilung einer entsprechenden Angelegenheit zwar nicht bindend. Trotzdem ist es wahrscheinlich, dass das Bundesgericht die bundesrätliche Vorbefassung bei seiner Urteilsfindung nicht unberücksichtigt lassen würde.¹³³⁵
- 619 Gleichzeitig wäre aber auch zu prüfen, ob die Aufnahme der Notare in die Liste gemäss VMD allenfalls eine Verletzung des verfassungsmässigen Subsidiaritätsprinzips darstellt, da die Regelung des Notariatswesens grundsätzlich den Kantonen obliegt (vgl. Art. 55 SchlT ZGB).¹³³⁶ Einer Verordnung, die den Rahmen der dem Bundesrat delegierten Kompetenzen überschreitet oder sich aus anderen Gründen als gesetz- oder verfassungswidrig erweist, wäre in einem konkreten Fall die Anwendung zu versagen.¹³³⁷

VII. Zwischenfazit

- 620 Im Ergebnis lassen sich zusammenfassend folgende Kernerkenntnisse zur Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs im Rahmen des FZA festhalten:
- 621 Das FZA bezweckt, die Personenfreizügigkeit, wie sie sich innerhalb der EU entwickelt hat, punktuell auch auf das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und der

¹³³⁴ Motion 15.3728, «Schweiz und EU. Gleich lange Spiesse, keine einseitige Freizügigkeit» vom 19. Juni 2015, Stellungnahme des Bundesrates vom 26. August 2015; vgl. OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 59; vgl. zur entsprechenden Situation in der EU FORSTHOFF, Grabitz/Hilf AEUV, Art. 49 N 109 ff.

¹³³⁵ Vgl. OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 60.

¹³³⁶ PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 10 ff.; vgl. VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, in: ZBl 120/2019, 573 ff., E. 3.3 und den Kommentar dazu von HETTICH, 583.

¹³³⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 2099.

EU auszudehnen. Es gewährt Arbeitnehmern und Selbständigerwerbenden unter anderem Rechte auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit bzw. Niederlassung als Selbstständiger und will die Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien erleichtern, wobei die Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen im Vordergrund steht. Ausländern werden die gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gewährt, wie sie für Inländer gelten.

Allerdings bestehen gewisse Einschränkungen bezüglich des Marktzugangs für Staatsangehörige anderer Vertragsstaaten. Insbesondere können die vom FZA gewährten Freizügigkeitsrechte von den Vertragsparteien eingeschränkt werden, wenn die fragliche Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt bzw. hoheitlicher Befugnisse verbunden ist. Die entsprechenden Ausnahmebestimmungen finden sich in Art. 10, Art. 16 und Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA. Sie stimmen im Wesentlichen mit den bereits behandelten Parallel- bzw. Vorbildbestimmungen im Unionsrecht (Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 AEUV) überein. Trotz geringfügig unterschiedlicher Terminologie kann davon ausgegangen werden, dass Regelungsinhalt und -zweck dieser Bestimmungen in beiden Regelungswerken die gleichen sind. Dies entspricht dem Zweck des FZA, wonach die unionalen Freizügigkeitsrechte punktuell auf die Schweiz ausgeweitet werden sollen. Ausgenommen davon sind Tätigkeiten, welche als «hoheitlich» qualifizieren. Die *ratio legis* der Ausnahmebestimmungen beruht auf dem gleichen Grundgedanken: Tätigkeiten, welche Kernkompetenzen und -verantwortungen staatlicher Aufgabenerfüllung tangieren und als hoheitlich qualifizieren, sollen den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben.¹³³⁸

Bei der Auslegung von Abkommensbestimmungen, die wörtlich oder sinngemäss dem Unionsrecht nachgebildet sind, ist die besondere Auslegungsregel nach Art. 16 FZA zu berücksichtigen. Demnach kommt der Praxis des EuGH zur Auslegung der Parallelbestimmungen im Unionsrecht eine gewisse Bindungswirkung zu, wobei zu unterscheiden ist, ob die Rechtsprechung des EuGH vor oder nach Unterzeichnung des FZA ergangen ist. Die bundesgerichtliche Praxis zum FZA basiert auf dem Grundsatz der eurokompatiblen Auslegung. Das Bundesgericht beruft sich bei der Auslegung von Bestimmungen des FZA regelmässig auf die Rechtsprechung des EuGH zu analogen Begriffen des Unionsrechts. Auch Entscheidungen des EuGH, die nach dem Stichtag vom 21. Juni 1999 ergangen sind, werden berücksichtigt. Das Bundesgericht behält sich zwar vor, beim Vorliegen «triftiger Gründe» davon abzuweichen. Es hat von dieser «Hintertüre» bislang aber soweit ersichtlich nie Gebrauch gemacht.

¹³³⁸ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 390; GROSSEN/DECOULON, Rz. 38; vgl. auch BGE 130 II 176, E. 3.4.

- 624 Gleiches gilt auch bezüglich der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bereichsausnahmen des FZA. Hier rechtfertigt sich eine Bezugnahme auf die Urteile des EuGH umso mehr, als bereits die leicht abgewandelten Wortlaute der Bereichsausnahmen einige Kriterien verankern, die der EuGH in seiner älteren Rechtsprechung herausgearbeitet hat. Das Bundesgericht hat sich denn auch in den wenigen Fällen, die es diesbezüglich zu beurteilen hatte, getreu dem Grundsatz der eurokompatiblen Auslegung stets an die Vorbildurteile des EuGH gehalten. Dabei hat es selbst die Rechtsprechung des EuGH *nach* Inkrafttreten des FZA berücksichtigt.
- 625 Aus alledem erhellt, dass dem Hoheitlichkeitsbegriff im Bereich des FZA dieselbe Bedeutung zukommt, wie dies im originären Unionsrecht der Fall ist.¹³³⁹

B. Weitere bilaterale Abkommen der Schweiz mit Freizügigkeitsregelungen

- 626 Neben dem FZA ist die Schweiz weitere bilaterale Abkommen eingegangen, die teilweise – zumindest am Rande – auch Freizügigkeitsrechte regeln.¹³⁴⁰ Auch hier bestehen üblicherweise Ausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten». Nachfolgend wird deshalb die Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs in diesen übrigen bilateralen Abkommen querschnittsartig dargestellt.

I. EFTA

- 627 Die Europäische Freihandelsassoziation (EFTA) wurde 1960 gegründet. Ursprüngliches Ziel dieser zwischenstaatlichen Organisation war die Vertiefung der Handelsbeziehungen und der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, unter anderem indem Zölle auf Industrieerzeugnissen beseitigt werden sollten. Die gegenwärtigen EFTA-Mitglieder sind Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz. Für die Staatsangehörigen der EFTA-Staaten Norwegen und Island gilt in der Schweiz die Freizügigkeit gestützt auf die EFTA-Konvention.¹³⁴¹ Gemäss Art. 20 Abs. 1 EFTA-Konvention soll der freie Personenverkehr unter den Mitgliedstaaten gemäss den Bestimmungen in Anhang K sichergestellt werden. Anhang K entspricht weitgehend wortwörtlich dem FZA, weshalb im Verhältnis Schweiz–EFTA grundsätzlich die gleichen Freizügigkeitsrechte gelten, wie im Verhältnis Schweiz–EU. Eine Ausnahme bilden liechtensteinische Staatsangehörige, die gemäss dem zweiten Notenaustausch

¹³³⁹ Vgl. dazu oben, Rz. 501 ff.

¹³⁴⁰ Vgl. bereits oben, Rz. 150 f.

¹³⁴¹ Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960 ((SR 0.632.31)

vom 29. Oktober 2004 seit dem 1. Januar 2005 in der Schweiz die volle Freizügigkeit geniessen.¹³⁴²

Anhang K der EFTA-Konvention sieht in Art. 10, Art. 15 und Art. 21 dieselben Bereichsausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten» vor, die auch das FZA regelt. Einschlägige Urteile des Bundesgerichts zu den Bereichsausnahmen in Anhang K EFTA-Konvention sind soweit ersichtlich bislang nicht ergangen. Wenngleich der Auslegungsmechanismus in Art. 16 Anhang K EFTA-Konvention nicht identisch mit jenem in Art. 16 Anhang 1 FZA ist – insbesondere was Rechtsprechung des EuGH nach dem Stichtag anbelangt –, sind m.E. keine Gründe ersichtlich, warum die Rechtsprechung des EuGH zu den Bereichsausnahmen nicht nach denselben Massstäben berücksichtigt werden sollte, wie dies beim FZA der Fall ist. Somit kann bezüglich der Bereichsausnahmen und der Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs vollumfänglich auf vorstehende Ausführungen verwiesen werden.¹³⁴³ 628

II. Bilaterale Freihandelsabkommen mit Dienstleistungskomponenten

Die Schweiz hat neben dem FZA und der EFTA-Konvention verschiedene weitere bilaterale Freihandelsabkommen abgeschlossen, die zumindest teilweise auch den Dienstleistungshandel und damit einhergehend auch Aspekte der Freizügigkeit regeln.¹³⁴⁴ Gegenwärtig verfügt die Schweiz über ein Netz von 32 Freihandelsabkommen mit 42 Partnern. Die Abkommen werden normalerweise im Rahmen der EFTA abgeschlossen. Dennoch steht es der Schweiz offen, Freihandelsabkommen auch ausserhalb der EFTA abzuschliessen. Von dieser Möglichkeit hat sie z.B. bei den Freizügigkeitsabkommen mit Japan¹³⁴⁵ oder mit China¹³⁴⁶ Gebrauch gemacht. Die Bedeutung von solchen Freihandelsabkommen nimmt tendenziell zu.¹³⁴⁷ 629

Im Gegensatz zum FZA, das wie gesehen mehrheitlich dem unionalen Freizügigkeitsrecht nachgebildet ist, basieren die bilateralen Freihandelsabkommen auf der Struktur und Systematik des GATS.¹³⁴⁸ Im Kern statuieren sie meist ein Gebot der Inländerbehandlung und ein an individuelle Verpflichtungslisten geknüpftes Verbot mengenmässiger Beschränkungen. Gestützt darauf liberalisieren die im Rahmen der bilateralen Freihandelsabkommen geschlossenen gegenseitigen Verpflichtungen den Dienst- 630

¹³⁴² GROSSEN/DECOULON, Rz. 15; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 386; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 264.

¹³⁴³ Vgl. oben, Rz. 577 ff.

¹³⁴⁴ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 297.

¹³⁴⁵ Abkommen über Freihandel und wirtschaftliche Partnerschaft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan vom 19. Februar 2009 (SR 0.946.294.632).

¹³⁴⁶ Freihandelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik China vom 6. Juli 2013 (SR 0.946.292.492).

¹³⁴⁷ Vgl. oben, Rz. 163.

¹³⁴⁸ Vgl. dazu oben, Rz. 178 ff.

leistungsverkehr im jeweiligen bilateralen Verhältnis über die multilateralen WTO/GATS-Verpflichtungen hinweg.¹³⁴⁹ Die meisten bilateralen Handelsabkommen bezwecken – wie das GATS – primär die Beseitigung interner Hemmnisse des Dienstleistungsverkehrs, wie sie aufgrund von Diskriminierungen und Marktzugangsbeschränkungen bestehen. Weitergehende Einreise- und Aufenthaltsrechte werden hingegen nur im Einzelfall gewährt, soweit dies ausdrücklich in der jeweiligen Verpflichtungsliste vorgesehen ist.¹³⁵⁰

- 631 Ausnahmeregelungen im Bereich hoheitlicher Tätigkeiten finden sich in den allermeisten Freihandelsabkommen der Schweiz, die auch den Dienstleistungsverkehr regeln. Im Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Mexiko¹³⁵¹ etwa regelt Art. 44 Ziff. 3, dass die Bestimmungen über den Dienstleistungsverkehr «weder auf die Sozialversicherungssysteme der Vertragsparteien anwendbar [sind], noch auf die, selbst gelegentliche, Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten im Hoheitsgebiet jeder Vertragspartei, es sei denn, diese Tätigkeiten erfolgen auf gewerblicher Grundlage.»¹³⁵² Diese Formulierung erinnert stark an den Wortlaut der Bereichsausnahme im GATS, weshalb im Wesentlichen auf die vorstehenden Ausführungen dazu verwiesen werden kann.¹³⁵³ Das zeitliche Element («selbst gelegentliche Ausübung») wird im GATS-Abkommenswortlaut zwar nicht explizit hervorgehoben, dürfte aber dennoch auch dort relevant sein.¹³⁵⁴ Ferner wird als Ausschlusskriterium im Freihandelsabkommen mit Mexiko lediglich auf die «gewerbliche Grundlage» abgestellt und nicht auch auf das zusätzliche Negativkriterium des «Wettbewerbs», welches Art. I:3(c) GATS kumulativ stipuliert.¹³⁵⁵ Hinweise darauf, dass diese geringfügigen Abweichungen vom Wortlaut der GATS-Bereichsausnahmen bewusst und zur Erreichung eines bestimmten Zweckes erfolgt wären, sind soweit ersichtlich aber keine vorhanden.
- 632 Im Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und Japan wurde die Bereichsausnahme des GATS gar eins zu eins übernommen. In den Begriffsbestimmungen gemäss Art. 44 des Abkommens regelt lit. n, dass «der Ausdruck ‹Dienstleistungen› jede Art von Dienstleistungen in jedem Sektor» miteinschliesse, «mit Ausnahme von

¹³⁴⁹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 297.

¹³⁵⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 298.

¹³⁵¹ Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und den Vereinigten Mexikanischen Staaten vom 27. November 2000 (SR 0.632.315.631.1).

¹³⁵² Offizielle Übersetzung des Englischen Originaltextes: «The provisions of Sections I, II and III shall not apply to the Parties' respective social security systems or to activities in the territory of each Party, which are connected, even occasionally, with the exercise of official authority, except when those activities may be carried out on a commercial basis.»

¹³⁵³ Vgl. oben, Rz. 188 ff.

¹³⁵⁴ Vgl. oben, Rz. 226 ff.; vgl. hierzu auch die Bedeutung des zeitlichen Elements im Unionsrecht, oben, Rz. 388, 407 und 368.

¹³⁵⁵ Vgl. oben, Rz. 230 ff.

Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden». Gemäss lit. q «bedeutet ‘in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung’ jede Art von Dienstleistung, die weder zu gewerblichen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird». Der Mechanismus dieser Bereichsausnahme entspricht somit jenem, den das GATS vorsieht und es kann zu dessen Verständnis auf die entsprechenden Ausführungen oben verwiesen werden.¹³⁵⁶

III. Zwischenfazit

Der vorstehende kursorische Überblick zur Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs im Bereich der EFTA und weiterer bilateraler Freihandelsabkommen, die auch Freizügigkeitsaspekte regeln, hat gezeigt, dass auch hier bezüglich der gewährten Rechte Ausnahmen im Bereich «hoheitlicher Tätigkeiten» bestehen. In Bezug auf die EFTA ist festzuhalten, dass die entsprechenden Bereichsausnahmen wörtlich jenen des FZA nachgebildet sind. Auch wenn der Auslegungsmechanismus im Rahmen der EFTA-Konvention anders ausfällt als im Rahmen des FZA, sind keine Gründe ersichtlich, warum vom zuvor ausgearbeiteten Begriffsverständnis¹³⁵⁷ abgewichen werden sollte. Im Bereich der weiteren Freihandelsabkommen orientieren sich die Bereichsausnahmen dagegen am Wortlaut des GATS. Deren Bedeutung wäre somit im Streitfall anhand der Auslegungsregeln der WVK zu bestimmen. Ein Versuch einer derartigen Auslegung unter Berücksichtigung verschiedener Lehrmeinungen wurde bereits unter § 5 unternommen.¹³⁵⁸ 633

C. Fazit und Zusammenfassung

Auch im Bereich des bilateralen Freizügigkeitsrechts kommt dem Hoheitlichkeitsbegriff eine entscheidende Bedeutung zu. Wie bereits auf multilateraler und unionaler Ebene gesehen, sind «hoheitliche Tätigkeiten» vom Anwendungsbereich der jeweiligen Freizügigkeitsrechte ausgenommen. 634

Auffallend ist, dass die Ausnahmebestimmungen im bilateralen Freizügigkeitsrecht ganz offensichtlich von korrelierenden Bestimmungen im multilateralen bzw. unionalen Freizügigkeitsrecht abgeleitet sind. 635

Zu beachten sind im Bereich des FZA sodann insbesondere spezifische institutionelle Besonderheiten, primär der im Abkommen selbst festgelegte spezifische Auslegungsmechanismus, der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung im letzten Jahrzehnt 636

¹³⁵⁶ Vgl. oben, Rz. 272 ff.

¹³⁵⁷ Vgl. oben, Rz. 620 ff.

¹³⁵⁸ Vgl. oben, Rz. 212 ff.

entscheidend weiterentwickelt wurde. Danach ist die Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung von Begriffen, die dem Unionsrecht entnommen sind, bis zum Stichtag am 21. Juni 1999 zu berücksichtigen. Das Bundesgericht entscheidet sich aber darüber hinaus regelmässig auch zur Übernahme der später ergangenen Rechtsprechung, solange diese die bisherige Rechtsprechung weiterführt, bestätigt oder präzisiert. Zur Verwirklichung des Ziels der parallelen Rechtslage zwischen FZA und Unionsrecht weicht das Bundesgericht prinzipiell nur aus triftigen Gründen von der Rechtsauffassung des EuGH ab. Dieser Mechanismus beansprucht auch für die Auslegung der Bereichsausnahmen des FZA Geltung. Diese sind nämlich praktisch wörtlich dem Unionsrecht entnommen und müssen daher im Lichte der EuGH-Rechtsprechung interpretiert werden.

- 637 Auch weitere bilaterale Abkommen – insbesondere im Bereich der Dienstleistungsfreiheit – sehen gewisse Freizügigkeitsregelungen vor. Das EFTA entspricht praktisch den Regelungen des FZA. Die meisten bilateralen Freihandelsabkommen basieren jedoch auf dem Regelwerk des GATS. Auch sie sehen Ausnahmen von der grundsätzlich stipulierten Dienstleistungsfreiheit vor. Diese entsprechen praktisch wörtlich den Ausnahmen im GATS. Anders als im Bereich des FZA ist im Bereich des GATS und der weiteren Freihandelsabkommen allerdings keine Rechtsprechung auf supranationaler Ebene zu berücksichtigen, die den Anwendungsspielraum der Abkommensparteien bezüglich Bereichsausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten» massgebend eingrenzen würde. Nichtsdestotrotz bleibt die Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs als enger Kernbereich der Staatsgewalt auch in diesen Bereichen bestehen.

Nachdem in den vorstehenden Kapiteln die Relevanz des Hoheitlichkeitsbegriffs auf 638
multilateraler, unionaler und bilateraler Ebene behandelt wurde, ist abschliessend des-
sen Bedeutung auf der Ebene des nationalen Freizügigkeitsrechts der Schweiz zu un-
tersuchen.

Das nationale Freizügigkeitsrecht der Schweiz wird durch Rechtsnormen sämtlicher 639
Stufen geregelt.¹³⁵⁹ Die verfassungsrechtlichen Grundlagen finden sich in den Grund-
rechten der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV), der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)
und der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV). Relevant sind darüber hinaus auch der Grund-
satz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV), die Freizügigkeitsgarantie
(Art. 95 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 196 Ziff. 5 BV) und die Bundeskompetenz zur
Schaffung eines Binnenmarkts Schweiz (Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV).¹³⁶⁰ Diese Grund-
lagen werden einleitend kurz dargestellt, wobei auch in diesem Zusammenhang die
Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs hervorgehoben werden soll (A.).

Gestützt auf die Binnenmarktcompetenz erliess der Gesetzgeber das Binnenmarkt- 640
gesetz sowie verschiedene sektorielle Freizügigkeitsgesetze zu einzelnen Berufen,
wie etwa zum Anwaltsberuf (BGFA) oder zu universitären Medizinalberufen
(MedBG). Die Kantone haben sodann verschiedene freizügigkeitsrelevante Aspekte
für Erwerbstätigkeiten in ihrem Zuständigkeitsbereich interkantonal durch Konkordat
oder unilateral durch kantonales Recht geregelt.¹³⁶¹ Im Kontext vorliegender Unter-
suchung liegt der Fokus des vorliegenden § 8 auf dem Binnenmarktgesetz (B.) und
dessen Bereichsausnahme für «hoheitliche Tätigkeiten» (B.V.). Auf die weiteren Frei-
zügigkeitsregelungen auf Gesetzesstufe wird dagegen nur am Rande eingegangen.

¹³⁵⁹ OESCH, Schaffung Binnenmarkt, 173.

¹³⁶⁰ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 121.

¹³⁶¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 121.

A. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

I. Niederlassungsfreiheit

- 641 Art. 24 Abs. 1 BV gewährt Schweizer Staatsangehörigen das Recht, sich an jedem Ort in der Schweiz niederzulassen. Die bundesstaatliche Funktion der Niederlassungsfreiheit ist ein wichtiger Pfeiler des verfassungsmässigen Freizügigkeitsrechts und stellt eine Grundvoraussetzung für die Schaffung des Binnenmarktes Schweiz dar.¹³⁶² Art. 24 Abs. 1 BV spricht jedoch nicht direkt die gewerbliche Niederlassungsfreiheit an. Diese wird durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) gewährleistet.¹³⁶³
- 642 In persönlicher Hinsicht gilt die verfassungsmässige Niederlassungsfreiheit nur für Schweizer Staatsangehörige.¹³⁶⁴ Ausländer können sich nicht darauf berufen, selbst wenn sie über eine unbefristete Niederlassungsbewilligung verfügen.¹³⁶⁵ Die freie Wahl des Geschäftssitzes juristischer Personen richtet sich ausschliesslich nach der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).¹³⁶⁶
- 643 In sachlicher Hinsicht gilt die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich in allen Lebenssituationen. Geschützt ist insbesondere auch die Wohnsitznahme zwecks Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit; darin eingeschlossen ist auch der vorübergehende Aufenthalt an einem Ort zur Berufsausübung.¹³⁶⁷

II. Wirtschaftsfreiheit

- 644 Die Wirtschaftsfreiheit ist ein zentrales Element der freiheitlichen, wettbewerbsorientierten und sozialverpflichtenden Wirtschaftsordnung der Schweiz. Wenngleich der Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsgefüge keine übergeordnete Bedeutung zukommt, entfaltet sie doch eine ausgesprochen weitreichende Wirkung.¹³⁶⁸
- 645 Die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit ist in Art. 27 BV verankert. Sie umfasst «insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung» (Art. 27 Abs. 2 BV; vgl. nachstehend 2.). Die Eingrenzung des sachlichen Schutzbereichs des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit auf «privatwirtschaftliche Tätigkeiten» ist im Kontext vorliegender Untersuchung von besonderer Bedeutung und wird daher nachstehend näher beleuchtet (3.). Neben den üblichen Einschränkungen gemäss Art. 36 BV sind zur Bestim-

¹³⁶² DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 122; EGLI, SGK BV, Art. 24 N 4; HETTICH, SGK BV, Art. 95 N 15.

¹³⁶³ OESCH, Schaffung Binnenmarkt, 173; EGLI, SGK BV, Art. 24 N 10.

¹³⁶⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 583.

¹³⁶⁵ BGE 139 I 265, E. 4; EGLI, SGK BV, Art. 24 N 12.

¹³⁶⁶ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 124.

¹³⁶⁷ BGE 93 I 17, E. 4; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 125.

¹³⁶⁸ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 1; RICHLI, Rz. 37; VOGEL, 110.

mung von Umfang und Schranken der Wirtschaftsfreiheit auch die im Aufgabenteil der Bundesverfassung enthaltenen Art. 94–107 BV zu beachten. Art. 94 BV regelt dabei die Grundsätze der Wirtschaftsordnung. Diese werden sogleich einleitend behandelt (1).

1. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

Art. 94 Abs. 1 BV verankert den ordnungspolitischen Grundentscheid einer freien Wirtschaftsfreiheit in der Verfassung. Beim Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit steht die systembezogene bzw. institutionelle Dimension im Vordergrund.¹³⁶⁹ Es handelt sich um einen prägenden Leitgedanken der Wirtschaftsverfassung, der zudem eine Schlüsselbestimmung zum richtigen Verständnis der gesamten Bundesverfassung darstellt.¹³⁷⁰ Daneben enthält der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auch eine individualrechtliche Seite, die den freien Wettbewerb als eigenständiges Rechtsgut vor staatlichen Einschränkungen und Verzerrungen schützt.¹³⁷¹ 646

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gilt nicht absolut. Abweichungen davon sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV jedoch nur ausnahmsweise zulässig, wenn sie spezifische Anforderungen an die Normstufe erfüllen, die über die allgemeinen Erfordernisse an die gesetzliche Grundlage nach Art. 36 Abs. 1 BV hinausgehen. Auf Bundesebene sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit demgemäss nur zulässig, wenn sie in der Verfassung vorgesehen sind. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit unterliegen mithin dem obligatorischen Referendum und müssen direkt-demokratisch legitimiert werden. Dieser Verfassungsvorbehalt belegt, dass nicht jedes öffentliche Interesse einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen vermag. Allerdings kann der Bund in einer ganzen Reihe von Sachgebieten vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen.¹³⁷² Die Kantone sind dagegen – mit wenigen Ausnahmen – an das Verbot grundsatzwidriger Massnahmen gebunden. Vorbehalten sind die tradierten Monopole, die auf einem Regalrecht¹³⁷³ (Jagd, Fischerei, Bergbau) beruhen (Art. 94 Abs. 4 BV). Wenn hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls vorliegen, können die Kantone auch weitere Monopole errichten.¹³⁷⁴ Zulässig sind diese jedoch nur, wenn sie grundsatzkonform ausgestaltet, 647

¹³⁶⁹ VALLENDER, SGK BV, Art. 94 N 5.

¹³⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 168; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 Rz. 46; BOUCHER-KIND, Rz. 120.

¹³⁷¹ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 N 85; REICH, Rz. 978; BOUCHER-KIND, Rz. 127.

¹³⁷² VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 N 84; VOGEL, 9; BOUCHER-KIND, Rz. 125. In ausserordentlichen Situationen, wie etwa der Covid 19-Pandemie, können aber auch mittels Notverordnungsrecht (Art. 185 Abs. 3 BV) weitreichende Eingriffe in den freien Wettbewerb erfolgen; vgl. hierzu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 659a.

¹³⁷³ Vgl. zu den Ursprüngen dieses Begriffs oben, Rz. 19 ff.

¹³⁷⁴ Statt vieler BGE 132 I 282, E. 3.

durch hinreichende öffentliche Interessen gerechtfertigt sowie verhältnismässig sind.¹³⁷⁵

- 648 Als Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gelten gemäss dem Verfassungswortlaut insbesondere «Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten». Gemeinhin wird in diesem Zusammenhang zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Massnahmen unterschieden. Die Abgrenzung gestaltet sich im Einzelnen oft komplex. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist üblicherweise gewahrt, wenn staatliche Regelungen und Massnahmen wettbewerbsneutral bleiben bzw. den auf dem Prinzip von Angebot und Nachfrage basierenden freien Wettbewerb nicht verzerren.¹³⁷⁶ Als grundsatzwidrig beurteilte das Bundesgericht dagegen Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder die das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan lenken.¹³⁷⁷
- 649 Nicht abschliessend geklärt ist, inwiefern bei der Abgrenzung neben dem Motiv einer Massnahme auch deren konkrete Auswirkungen zu berücksichtigen sind.¹³⁷⁸ So stellte das Bundesgericht in BGE 125 I 431 einerseits nicht nur auf das Eingriffsmotiv, sondern auch auf die zu erwartenden Auswirkungen einer Massnahme auf den freien Wettbewerb ab,¹³⁷⁹ während es in BGE 130 I 26 «gewisse Reflexwirkungen» auf den Wettbewerb als unbeachtlich qualifizierte.¹³⁸⁰ Die herrschende Lehre stellt sowohl auf das Regelungsmotiv, wie auch auf die Wettbewerbswirkung ab.¹³⁸¹ Von vornherein kommen nur Wettbewerbseingriffe von einer gewissen Intensität als grundsatzwidrig in Betracht.¹³⁸²
- 650 Staatliche Massnahmen sind dann besonders wettbewerbshemmend, wenn sie die Anbieterzahl beschränken und dadurch zur Schliessung von Märkten führen (wie z.B. bei Monopolen und zahlenmässig beschränkten Betriebsbewilligungen). Gleichermassen wettbewerbshemmend können sich regulatorische Beschränkungen der elementaren Wettbewerbsparameter wie Preis, Menge und Absatzgebiet auswirken. Aber auch Massnahmen, die zwar nicht den Wettbewerbsdruck für alle Anbieter gleichermassen

¹³⁷⁵ VALLENDER, SGK BV, Art. 27 N 86; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 13 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 719 ff.

¹³⁷⁶ Vgl. dazu etwa BGE 138 I 378, E. 9; 142 I 162, E. 3.2.1. Vgl. spezifisch in Bezug auf die Teilnahme staatlicher Anbieter an öffentlichen Ausschreibungen BGE 143 II 425, E. 4.5.

¹³⁷⁷ Vgl. BGE 111 Ia 184, E. 2b; 125 I 335, E. 2; 130 I 233, E. 4.2; 132 I 282, E. 3.5.

¹³⁷⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 659.

¹³⁷⁹ BGE 125 I 431, E. 4c.

¹³⁸⁰ BGE 130 I 26, E. 6.3.3.1.

¹³⁸¹ Vgl. statt vieler REICH, 807 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 92 ff.; VALLENDER, SGK BV, Art. 27 N 64.

¹³⁸² OESCH, Disziplinierung, 1339; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 137; vgl. in Bezug auf Fördermassnahmen auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 703.

verringern, sondern bloss den Wettbewerb zwischen Konkurrenten verzerren (z.B. durch einseitige Einräumung eines Vorteils, wie etwa durch Subventionen oder Steuerprivilegien) widersprechen dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.¹³⁸³ Geschlossene Märkte und wettbewerbsverzerrende Massnahmen zugunsten ortsansässiger Anbieter wirken sich mitunter als erhebliche Beeinträchtigungen der Freizügigkeit aus. Dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit kommt in diesem Kontext eine zentrale Funktion bei der rechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit solcher Massnahmen zu.¹³⁸⁴

2. Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit

Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit garantiert die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten in der Schweiz. Im Vordergrund steht hier die individualrechtliche Schutzfunktion. Geschützt ist die Freiheit des Einzelnen in seiner wirtschaftlichen und beruflichen Entfaltung. Dieser Anspruch richtet sich sowohl gegen staatliche als auch – durch Konkretisierung offener Normierungen des Privatrechts – private Beeinträchtigungen.¹³⁸⁵

Grundrechtsträger der Wirtschaftsfreiheit sind Schweizer Bürger sowie – im Unterschied zur Niederlassungsfreiheit – juristische Personen mit Sitz in der Schweiz.¹³⁸⁶ Auch Ausländer und ausländische Unternehmen fallen in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, soweit sie fremdenpolizeilich (Art. 18 ff. AuG) oder gestützt auf einen Staatsvertrag uneingeschränkt auf dem schweizerischen Markt zugelassen sind. Letztere Variante betrifft insbesondere jene Unternehmen, denen Rechte auf wirtschaftliche Betätigung in der Schweiz durch das FZA oder die EFTA-Konvention eingeräumt werden.¹³⁸⁷

In sachlicher Hinsicht garantiert die Wirtschaftsfreiheit insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV).

3. Bereichsausnahme für «hoheitliche» Tätigkeiten?

Der Begriff der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit ist im Kontext vorliegender Untersuchung von besonderer Bedeutung, kommt er doch durchaus als Antonym, zumindest aber als Abgrenzungskriterium, zum Begriff der hoheitlichen Tätigkeit in Frage.¹³⁸⁸

¹³⁸³ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 138.

¹³⁸⁴ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 139.

¹³⁸⁵ VALLENDER, SGK BV, Art. 27 N7; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 650 ff.; REICH, Rz. 104.

¹³⁸⁶ BGE 124 I 25; BGE 120 Ia 286; BGE 106 Ia 191.

¹³⁸⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 127; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 656.

¹³⁸⁸ Vgl. dazu bereits oben, z.B. Rz. 113 ff. (allgemein) und Rz. 226 ff. (in Bezug auf das GATS).

- 655 Das Bundesgericht legt den Begriff der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit in der Tendenz weit aus.¹³⁸⁹ Im Kern fallen darunter gemäss der Rechtsprechung sämtliche Tätigkeiten, die auf den wirtschaftlichen Austausch zwischen Privaten ausgerichtet sind.¹³⁹⁰ Solche Tätigkeiten dienen in der Regel der Erzielung eines Gewinnes oder eines Erwerbseinkommens;¹³⁹¹ sie sind jedenfalls nicht mit der Verfolgung rein ideeller Zwecke verbunden.¹³⁹² Formelle Aspekte, etwa ob die Tätigkeit selbstständig oder unselbstständig, voll- oder teilzeitlich bzw. haupt- oder nebenberuflich erfolgt, sind irrelevant.¹³⁹³
- 656 Vom sachlichen Schutzbereich ausgenommen sind dagegen Tätigkeiten, die – etwa über ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis, einen Leistungsauftrag oder eine Monopolkonzession – die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe beinhalten.¹³⁹⁴ Die Gerichte haben im Zusammenhang mit solchen Tätigkeiten die Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit unter anderem in folgenden Bereichen versagt:¹³⁹⁵
- Dolmetschertätigkeit¹³⁹⁶;
 - staatliche Sachverständige¹³⁹⁷;
 - amtliche Verteidigung¹³⁹⁸ wie auch unentgeltliche Rechtsbeistandschaft¹³⁹⁹;
 - Notariatstätigkeit¹⁴⁰⁰;
 - Beamtenstätigkeit¹⁴⁰¹;
 - Spitalärzte¹⁴⁰²;
 - Mitglieder der Ethikkommission¹⁴⁰³;
 - Registrierbetrieb¹⁴⁰⁴ für.ch-Domain-Namen der Stiftung SWITCH;
 - Tätigkeiten der Swisscom im konzessionierten Grundversorgungsbereich.¹⁴⁰⁵

¹³⁸⁹ Vgl. statt vieler BGE 132 I 282, E. 3.2.

¹³⁹⁰ UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 3.

¹³⁹¹ REICH, Rz. 107; vgl. BGE 100 Ia 169, E. b; BGer 2C_564/2009 vom 26. Februar 2010, E. 6.1.

¹³⁹² BGE 128 I 19, E. 4c.

¹³⁹³ BGE 123 I 12, E. 2; 118 Ia 175, E. 1; 84 I 18, E. 2.

¹³⁹⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 44 ff.; RICHLI, Rz. 120 ff.

¹³⁹⁵ Vgl. UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 19; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 Rz. 45; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 131.

¹³⁹⁶ BGE 140 II 112, E. 3.1.1 f.; vgl. dazu oben, Rz. 583 ff.

¹³⁹⁷ BGer 2C_763/2013 vom 28. März 2014, E. 4.3.1; 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 4.3.1.

¹³⁹⁸ BGE 138 I 217, E. 3.4.4; 113 Ia 69, E. 6. In Bezug auf die Entschädigung profitiert der amtliche Verteidiger jedoch von der Wirtschaftsfreiheit, vgl. BGE 132 I 201, E. 7.1; 130 II 87, E. 3.

¹³⁹⁹ BGE 109 Ia 107, E. 2b; 95 I 409, E. 4.

¹⁴⁰⁰ BGE 133 I 259, E. 2.2; 131 II 639, E. 6.1; 128 I 280, E. 3; 124 I 297, E. 3a; 94 I 213; VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.5.

¹⁴⁰¹ BGE 121 I 326, E. 2a; 113 Ia 97, E. 4.

¹⁴⁰² BGE 130 I 26, E. 4.1; 121 I 230, E. 3h.

¹⁴⁰³ BGer 2A.450/2002 vom 4. Juli 2013, E. 3.2.

¹⁴⁰⁴ BGE 138 I 289, E. 2.8.1.

¹⁴⁰⁵ Offengelassen in BGE 127 II 8, E. 4.c.

Die Gerichtspraxis liefert zwar durchaus Anhaltspunkte, wann eine Tätigkeit mit der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe verbunden ist und demnach nicht als «privatwirtschaftlich» im Sinne von Art. 27 Abs. 2 BV gilt. Dennoch bleibt die Abgrenzung unscharf und in verschiedener Hinsicht klärungsbedürftig, zumal es kaum genuin staatliche oder genuin privatwirtschaftliche Tätigkeiten gibt.¹⁴⁰⁶ In Lehre und Rechtsprechung wurde teilweise auf die Rechtsnatur (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) der im jeweiligen Bereich bestehenden Rechtsbeziehungen als entscheidendes Abgrenzungskriterium abgestellt.¹⁴⁰⁷ Dabei bleibt aber zu konzedieren, dass die Zuweisung der Rechtsbeziehungen zum öffentlichen bzw. privaten Recht mitunter zufällig erscheinen kann. Die Natur der Rechtsbeziehungen kann somit bestenfalls ein Indiz für eine Zuordnung sein.¹⁴⁰⁸ Generell dürfte dann eine privatwirtschaftliche Betätigung vorliegen, wenn diese weder der Erfüllung einer staatlichen oder kommunalen, öffentlich-rechtlich übertragenen Aufgabe dient, noch eine Tätigkeit im Monopolbereich darstellt. Typischerweise handelt es sich um Tätigkeiten in den Bereichen Industrie, Gewerbe, Handel und Dienstleistungen, die nicht mit staatlichen Funktionen verbunden sind.¹⁴⁰⁹ 657

In der Lehre werden die Begriffe «staatlich» und «hoheitlich» zur Abgrenzung von den von der Wirtschaftsfreiheit geschützten privatwirtschaftlichen Tätigkeiten oft auch synonym verwendet.¹⁴¹⁰ Demgegenüber bestehe keine Kongruenz mit der Bereichsausnahme zur Ausübung «öffentlicher Gewalt» im Sinne von Art. 51 AEUV. Der vom EuGH gesteckte Rahmen sei deutlich enger als das schweizerische Verständnis, welches näher beim Begriff der staatlichen Aufgabe liege.¹⁴¹¹ Angesichts des vorstehend im Detail nachvollzogenen Begriffsverständnisses des EuGH, das eine synonyme Verwendung von hoheitlichen Tätigkeiten und Tätigkeiten, mit denen «öffentliche Gewalt» ausgeübt wird, nahelegt, ist diese Abgrenzung m.E. nicht wirklich nachvollziehbar. Viel eher ist auf die bereits im ersten Teil dieser Arbeit erarbeitete Begriffsabgrenzung zwischen «hoheitlichen» und «staatlichen» bzw. «amtlichen» Tätigkeiten hinzuweisen.¹⁴¹² «Hoheitliche Tätigkeiten» bilden demgemäss einen engen Kern «staatlicher Tätigkeiten». Zur Abgrenzung von privatwirtschaftlichen Tätigkeiten, die unter die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV fallen, ist aber nicht dieser enge Kernbereich der Ausübung von Staatsgewalt relevant, sondern darüber hinaus auch 658

¹⁴⁰⁶ UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 20; vgl. dazu bereits oben, Rz. 113 ff.

¹⁴⁰⁷ BGE 140 II 112, E. 3.1.1.; RICHLI, Rz. 179; a.M. UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 21.

¹⁴⁰⁸ UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 21 mit Verweis auf die Rechtsnatur der Aufsichtstätigkeit im Bereich der Personentransporte; dazu BGE 136 II 457, E. 2.2. und 3.

¹⁴⁰⁹ VALLENDER, SGK BV, Art. 27 N 10; vgl. hierzu RÜTSCHKE, 153 ff.

¹⁴¹⁰ VALLENDER, SGK BV, Art. 27 N 10; UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 20; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 41.

¹⁴¹¹ UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 22 f.; BGE 140 II 112, E. 3.2.2 f.; vgl. zum Begriffsverständnis unter Art. 51 Abs. 1 AEUV ausführlich oben, Rz. 416 ff.

¹⁴¹² Vgl. oben, Rz. 114.

weitere staatliche Aktivitäten, die nicht «hoheitlicher», aber eben auch nicht «privatwirtschaftlicher» Natur, sondern «amtlicher» Natur sind. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Wirtschaftsfreiheit andere Schutzgüter (primär freier Wettbewerb) umfasst, als die auf unionaler Ebene gewährten Grundfreiheiten (Freizügigkeit). Auch insofern scheint eine Differenzierung angezeigt. Diese Auffassung scheint auch das Bundesgericht zu teilen.¹⁴¹³ Die Entkoppelung vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit war zudem bei der Revision des Binnenmarktgesetzes von Bedeutung, worauf nachstehend noch einzugehen ist.¹⁴¹⁴

659 Unabhängig von dieser terminologischen Abgrenzung stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich aus der Zuordnung einer Tätigkeit zum Staat mit Blick auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit überhaupt ergeben. Die Feststellung des Bundesgerichts, derartige Tätigkeit fielen nicht unter den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit,¹⁴¹⁵ ist in zweierlei Hinsicht zu präzisieren: Unbestritten ist einerseits, dass der Staat in die Wirtschaftsfreiheit eingreift, wenn er einen bisher der Privatwirtschaft überlassenen Bereich zur staatlichen Aufgabe macht. Eine solche «Monopolisierung» stellt einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Die Wirtschaftsfreiheit kann mithin nicht gegen die Staatlichkeit einer Tätigkeit an sich, aber sehr wohl gegen deren Verstaatlichung angerufen werden. Andererseits kann die Wirtschaftsfreiheit auch in «amtlichen» Bereichen angerufen werden, falls Tätigkeiten betroffen sind, die nicht vom Staat, sondern parallel zur staatlichen Dienstleistung ausgeübt werden. In diesen Bereich fallen etwa Privatschulen, private Sicherheitsdienste und Ärzte. Private können sich hier – ungeachtet des staatlichen Angebots – auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Demgegenüber muss der Staat in diesen Bereichen keine Rücksicht auf das private Angebot nehmen. Insbesondere muss die staatliche Leistungserbringung nicht nach Wettbewerbsgesichtspunkten organisiert sein und dürfen Subventionen das parallele private Angebot faktisch verdrängen.¹⁴¹⁶

III. Binnenmarktkompetenz und Freizügigkeitsgarantie

660 Seit der Revision der Bundesverfassung bestimmt Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV, dass der Bund für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen hat.¹⁴¹⁷ Primär ist dies als Auftrag an den Gesetz- und Verordnungsgeber auf Bundesebene zu sehen, wonach beim Erlass neuer Regelungen die Stärkung des einheitlichen und freiheitlichen schweizerischen Binnenmarkts zu berücksichtigen ist.¹⁴¹⁸ Die Einführung dieser expliziten Binnenmarktkompetenz verfolgte unter anderem den Zweck, die Ver-

¹⁴¹³ BGE 140 II 112, E. 3.3; vgl. dazu oben, Rz. 592 ff.

¹⁴¹⁴ Vgl. unten, Rz. 680.

¹⁴¹⁵ BGer 2C_763/2013 vom 28. März 2014, E. 4.3.1.

¹⁴¹⁶ Vgl. zum Ganzen und m.w.H. auf die kantonale Praxis UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 25.

¹⁴¹⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 622.

¹⁴¹⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 146.

fassungsgrundlage des Binnenmarktgesetzes zu festigen.¹⁴¹⁹ Der Wortlaut von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV verdeutlicht sodann, dass die Binnenmarktkompetenz nicht als blossere Berechtigung, sondern vielmehr als Verpflichtung zum Erlass von binnenmarktfördernden Massnahmen zu verstehen ist.¹⁴²⁰

Gemäss Art. 95 Abs. 2 Satz 2 BV gewährleistet der Bund, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um eine eigentliche Freizügigkeitsgarantie, die auf sämtliche der Wirtschaftsfreiheit unterstellten Erwerbstätigkeiten Anwendung findet.¹⁴²¹ Die Kantone dürfen für Inhaber eines ausserkantonalen Ausweises keine zusätzlichen Fähigkeitsprüfungen verlangen. Damit wird auch den Inhabern eines kantonalen oder kantonal anerkannten Berufsdiploms der Marktzugang in der ganzen Schweiz ermöglicht.¹⁴²² Die Kantone sind gemäss Art. 196 Ziff. 5 BV bis zum Erlass einer einheitlichen Bundesgesetzgebung zur gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen verpflichtet. Aus den beiden Bestimmungen ergibt sich ein verfassungsmässiges Recht auf Anerkennung der Ausbildung.¹⁴²³ 661

Mit welchen Mitteln die Freizügigkeit in der Schweiz verwirklicht werden soll, ergibt sich nicht aus Art. 95 Abs. 2 BV. In Betracht fallen aber insbesondere der Erlass einer einheitlichen Bundesregelung, Vorschriften über die gegenseitige Anerkennung von kantonalen Fähigkeitsausweisen, wie sie auch das Binnenmarktgesetz vorsieht, sowie die Konkretisierung durch die Rechtsprechung.¹⁴²⁴ Einheitliche Bundesregelungen bestehen wie gesehen unter anderem im Bereich der ärztlichen Berufe sowie im Bereich der Anwaltstätigkeit.¹⁴²⁵ 662

IV. Rechtsgleichheitsgebot

Die Bundesverfassung verankert in Art. 8 Abs. 1 BV ein allgemeines Rechtsgleichheitsgebot, dessen modaler Charakter die gesamte Rechtsordnung durchwirkt.¹⁴²⁶ Das daran anknüpfende Diskriminierungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV bietet zusätz- 663

¹⁴¹⁹ OESCH, Schaffung Binnenmarkt, 174; zur Kompetenznorm unter dem Regime der aBV vgl. Botschaft BGBM, 1282 f.; RICHLI, Rz. 417; COTTIER/WAGNER, 1582 f.; ZÜRCHER/ZWALD, 6.

¹⁴²⁰ AUER/MARTENET, Rz. 17; vgl. m.w.H. DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 146 und Rz. 1056.

¹⁴²¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 143 f.

¹⁴²² Vgl. BGE 125 I 276, E. 5c.gg.

¹⁴²³ HETTICH, SGK BV, Art. 95 N 22; vgl. etwa BGE 130 I 26, E. 7.1; BGer 2P.134/2003 vom 6. September 2004, E. 3.1.

¹⁴²⁴ Botschaft BV, 300.

¹⁴²⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 730; vgl. oben, Rz. 640.

¹⁴²⁶ SCHWEIZER, SGK BV, Art. 8 N 9.

lichen Schutz für Angehörige bestimmter Gruppen.¹⁴²⁷ Verboten ist hiernach jede Art von Diskriminierung wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Grundrechtsträger sind sowohl natürliche als auch juristische Personen.¹⁴²⁸

- 664 Ungleichbehandlungen gleichartiger Sachverhalte bedürfen einer sachlichen Begründung.¹⁴²⁹ Bei der Beurteilung der Sachlichkeit einer Ungleichbehandlung gelangen die klassischen Grundrechtseingriffsvoraussetzungen nach Art. 36 BV nicht direkt zur Anwendung. Die Kriterien des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit können für die Prüfung der Zulässigkeit einer Differenzierung im Lichte von Art 8 BV dennoch herangezogen werden.¹⁴³⁰
- 665 In Bezug auf die Freizügigkeit ist neben dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot auch das besondere Verbot von Ungleichbehandlungen gestützt auf das Bürgerrecht gemäss Art. 37 Abs. 2 BV von Bedeutung.¹⁴³¹ Dieses verbietet Ungleichbehandlungen von Einwohnern einer Gemeinde oder eines Kantons allein aufgrund des Bürgerrechts. Träger dieses Rechts sind einzig natürliche Personen, die sich ausserhalb ihres Bürgerorts niederlassen oder auch nur aufhalten. Das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 37 BV gilt absolut und lässt – im Unterschied zu Art. 8 BV – keine Ungleichbehandlungen zu, selbst wenn diese sachlich begründet wären.¹⁴³²
- 666 Die Freizügigkeitswirkungen der herkunfts- und bürgerrechtsbezogenen Diskriminierungsverbote komplementieren den durch die Wirtschaftsfreiheit garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten, indem sie darüber hinaus auch Diskriminierung ortsfremder Personen ausserhalb des Wirtschaftslebens unterbinden.¹⁴³³

B. Binnenmarktgesetz

I. Entwicklung der Binnenmarktgesetzgebung

- 667 Als Reaktion auf die überraschende Ablehnung des Beitritts zum EWR-Abkommen durch Volk und Stände am 6. Dezember 1992 verabschiedete der Bundesrat kurz darauf ein Programm zur marktwirtschaftlichen Erneuerung.¹⁴³⁴ Dessen Ziel bestand

¹⁴²⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 738.

¹⁴²⁸ SCHWEIZER, SGK BV, Art. 8 N 16 f.

¹⁴²⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 756; SCHWEIZER, SGK BV, Art. 8 N 21.

¹⁴³⁰ SCHWEIZER, SGK BV, Art. 8 N 14; vgl. etwa BGE 136 I 1, E. 4.1 ff.

¹⁴³¹ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 141 f.

¹⁴³² HAFNER/BUSER, SGK BV, Art. 37 N 9 f.

¹⁴³³ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 142.

¹⁴³⁴ Botschaft Ablehnung EWR, 805 ff.

darin, die «internationale Konkurrenzfähigkeit insbesondere durch mehr Wettbewerb auf dem schweizerischen Binnenmarkt zu stärken», was «durch den Abbau von Marktzutrittschranken, Mengenbegrenzungen und Preisvorschriften, aber auch von Normen jeder Art» gelingen sollte.¹⁴³⁵ Im Zentrum dieser marktwirtschaftlichen Revitalisierungsbestrebungen stand die Schaffung einer modernen und griffigen Wettbewerbsgesetzgebung.¹⁴³⁶ Die inhaltliche Umsetzung erfolgte durch den Erlass des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) und des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) sowie durch die Revision des Kartellgesetzes (KG), die allesamt am 1. Juli 1996 in Kraft getreten sind und zentrale Pfeiler des Folgeprogramms darstellen.¹⁴³⁷ Das BGBM richtet sich dabei gegen öffentlich-rechtliche Beschränkungen des freien Marktzugangs durch Kantone und Gemeinden. Es ergänzt entsprechend das KG, welches private Einschränkungen des Wettbewerbs konterkariert, und das THG, welches den grenzüberschreitenden Abbau von Hindernissen, die durch unterschiedliche Produktvorschriften der Schweiz und ihrer Handelspartner entstehen können, bezweckt.¹⁴³⁸

Mit dem Erlass des BGBM wurden sowohl eine Konkretisierung als auch eine Stärkung der Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsfreiheit beabsichtigt: Das Bundesgericht mass dieser bis dahin eine untergeordnete Bedeutung bei, indem es föderalistische Aspekte jeweils stärker gewichtete als die Verwirklichung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums.¹⁴³⁹ Die mit der Einführung des BGBM verknüpften Erwartungen wurden jedoch bald enttäuscht:¹⁴⁴⁰ Bereits drei Jahre nach Inkrafttreten des BGBM kam die von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats beauftragte parlamentarische Verwaltungskontrollstelle in einem Bericht zum Schluss, dass das BGBM in allen untersuchten Bereichen zu keiner spürbaren Öffnung des Binnenmarktes beigetragen habe.¹⁴⁴¹ Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats konstatierte, es sei eine Kluft zwischen «den anvisierten Zielen und der effektiven Wirkung des BGBM» auszumachen.¹⁴⁴² Bedingt sei die mangelnde Durchschlagskraft insbesondere durch die weiterhin zu föderalismusfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, die nicht verbindlichen Empfehlungen und Gutachten der

¹⁴³⁵ Botschaft Ablehnung EWR, 823; OESCH, Schaffung Binnenmarkt, 171.

¹⁴³⁶ ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 2.

¹⁴³⁷ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 614; OESCH, Schaffung Binnenmarkt, 172; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 2; vgl. auch OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 377.

¹⁴³⁸ ZÜRCHER/ZWALD, 4; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 615.

¹⁴³⁹ Botschaft BGBM 1995, 1219 f.; DIEBOLD, Sachverständige, 1163; GAMMENTHALER, Auslegung, 2 f.; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 616; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 3 f.; WUNDER, 180 ff.

¹⁴⁴⁰ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 617; GAMMENTHALER, Auslegung, 3; so bereits BIAGGINI, 78; RICHLI/WUNDER, 917.

¹⁴⁴¹ PVK, Evaluation, 6040 ff.

¹⁴⁴² GPK-N, Bericht Auswirkungen BGBM, 6031.

WEKO und die fehlende Förderung interkantonalen Lösungen durch den Bund.¹⁴⁴³ In diesem Kontext ersuchte sie den Bundesrat, dem Parlament einen Entwurf zur Revision des BGBM vorzulegen, welcher sich der ausgemachten Mängel annehmen sollte.¹⁴⁴⁴

669 Fast gleichzeitig wurde die fortwährende Wachstumsschwäche der schweizerischen Wirtschaft zu einem Kernthema der Wirtschaftspolitik des Bundes.¹⁴⁴⁵ Am 18. Februar 2004 beschloss der Bundesrat ein von der Bundesverwaltung erarbeitetes, aus siebzehn Massnahmen bestehendes Wachstumspaket. Eine dieser Massnahmen stellte dabei die umfangreiche Teilrevision des BGBM dar. Der Bundesrat legte dem Parlament noch im selben Jahr einen entsprechenden Entwurf¹⁴⁴⁶ vor. Nach Verabschiedung durch das Parlament trat das revidierte BGBM per 1. Juli 2006 in Kraft. Es brachte diverse Neuerungen mit sich, welche insbesondere die Wirksamkeit des Gesetzes erhöhen sollten, ohne jedoch die Grundzüge des BGBM in Frage zu stellen.¹⁴⁴⁷

II. Ziel und Zweck des BGBM

670 Das BGBM ist das zentrale Instrument zur von Art. 95 Abs. 2 BV postulierten Verwirklichung des einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums.¹⁴⁴⁸ In diesem Sinne bezweckt es, durch den Abbau öffentlich-rechtlicher Wettbewerbshindernisse und durch die Beseitigung von Mobilitätsschranken «die Wettbewerbskräfte in der Schweiz zu beleben».¹⁴⁴⁹

671 Als übergeordnete Ziele nennt das Gesetz

- die Erleichterung der beruflichen Mobilität (Art. 1 Abs. 2 lit. a BGBM);
- die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft (Art. 1 Abs. 2 lit. c BGBM); und
- die Festigung des wirtschaftlichen Zusammenhalts der Schweiz (Art. 1 Abs. 2 lit. d BGBM).

672 Als Rahmengesetz konzipiert, beschränkt sich das BGBM dabei auf die Festlegung der für einen funktionierenden Binnenmarkt elementaren Grundsätze. Der föderalen Struktur der Schweiz gehorchend verzichtete der Gesetzgeber dagegen auf eine umfassende Harmonisierung der unterschiedlichen kantonalen und kommunalen Markt-zugangsregelungen.¹⁴⁵⁰ Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Markt-

¹⁴⁴³ GPK-N, Bericht Auswirkungen BGBM, 6033.

¹⁴⁴⁴ GPK-N, Bericht Auswirkungen BGBM, 6036.

¹⁴⁴⁵ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 619; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 6.

¹⁴⁴⁶ Botschaft revBGBM, 481 ff.; kritisch dazu HOLZBERGER, Revision BGBM, 87 ff.

¹⁴⁴⁷ ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 7; vgl. Botschaft revBGBM, 481 ff.

¹⁴⁴⁸ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 623.

¹⁴⁴⁹ Botschaft BGBM, 1214.

¹⁴⁵⁰ GAMMENTHALER, Auslegung, 5; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 12.

zulassungsbedingungen sollen freilich unterstützt werden (Art. 1 Abs. 2 lit. b BGBM). Leitgedanke des Binnenmarktgesetzes bleibt bei alledem der freie Marktzugang nach den Vorschriften des Herkunftsorts; d.h. die auf die schweizerischen Rechtsverhältnisse angepasste Anwendung des *Cassis-de-Dijon*-Prinzips.¹⁴⁵¹ Die Verwandtschaft mit dem Binnenmarktsatz der EU ist offensichtlich.¹⁴⁵²

III. Grundzüge des BGBM

Gerade auch im direkten Vergleich mit anderen wettbewerbsregelnden Gesetzen handelt es sich beim BGBM um ein schlankes Gesetz. Es umfasst bloss zwölf Artikel, die in fünf Abschnitte gegliedert sind. Zur Durchsetzung der Binnenmarktfreiheit sieht das Binnenmarktgesetz verschiedene individual-rechtliche Marktzugangsrechte vor. Für die interkantonale Personenfreizügigkeit sind folgende Marktzugangsrechte von Relevanz:¹⁴⁵³ 673

- Anspruch auf diskriminierungsfreien Marktzugang (Art. 3 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 BGBM; Diskriminierungsverbot);
- Anspruch auf beschränkungsfreien Marktzugang (Art. 3 Abs. 1 BGBM; Beschränkungsverbot);
- Anspruch auf Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (Art. 4 BGBM; Anerkennungsgrundsatz); und
- Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM; Herkunftsprinzip).

Neben den materiellen Marktzugangsrechten sieht das Binnenmarktgesetz auch prozessuale Liberalisierungsinstrumente wie die Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM), den Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Marktzugangsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM) sowie den Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Art. 5 BGBM) und von Zugängen zu Monopolmärkten (Art. 2 Abs. 7 BGBM) vor.¹⁴⁵⁴ 674

IV. Geltungsbereich

Gemäss Art. 1 Abs. 1 BGBM können sich «Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz» auf das BGBM berufen. Mit dieser Formulierung werden nach überwiegender Auffassung die Grundrechtsträger der Wirtschaftsfreiheit angesprochen.¹⁴⁵⁵ 675

¹⁴⁵¹ GAMMENTHALER, Auslegung, 5; HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 622; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 13; vgl. m.w.H. DIEBOLD/LUDIN, 371 ff.; KELLERHALS/BAUMGARTNER, 321 ff.; HERREN, 193 ff.

¹⁴⁵² ZWALD, Marktzugang, 97; vgl. dazu oben, Rz. 145 f. und Rz. 301 ff.

¹⁴⁵³ DIEBOLD, Eingriffsdogmatik, 210; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 148.

¹⁴⁵⁴ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 149; WEKO, Spezialthema Binnenmarkt, 13.

¹⁴⁵⁵ Botschaft BGBM 1995, 1261; WEBER, 165; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 23.

Bei den natürlichen Personen sind dies zunächst Schweizer Staatsangehörige sowie in der Schweiz niedergelassene Ausländer. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Wirtschaftsfreiheit fallen auch ausländische Personen mit Aufenthaltsbewilligung darunter, sofern diesen ein Anspruch auf Erneuerung der jährlichen Aufenthaltsbewilligung zukommt.¹⁴⁵⁶ Juristische Personen fallen dann in den persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und werden folglich auch vom persönlichen Geltungsbereich des BGBM erfasst, wenn sie ihren Sitz in der Schweiz haben.¹⁴⁵⁷

676 Der sachliche Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes knüpft wie die Wirtschaftsfreiheit am Begriff der Erwerbstätigkeit an.¹⁴⁵⁸ Dies ergibt sich bereits aus der Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 BGBM, welche gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben. Nicht vom Binnenmarktgesetz geschützt ist dagegen jede Form der Freizügigkeit, die ausschliesslich als Freizeitaktivität zu Vergnügungszwecken und ohne jeglichen Bezug zu einer Erwerbstätigkeit oder zur Empfangnahme von Dienstleistungen ausgeübt wird.¹⁴⁵⁹ Auch Ausbildungstätigkeiten im Hinblick auf das Erlangen einer bestimmten Qualifikation wertet das Bundesgericht nicht als Erwerbstätigkeit im Sinne des Binnenmarktgesetzes. So wird etwa die Tätigkeit eines Anwaltspraktikanten nicht als Erwerbstätigkeit im Sinne des Binnenmarktgesetzes angesehen, da der Erwerbsszweck keine eigenständige Bedeutung habe und hinter den eigentlichen Zweck der Praktikantenbewilligung, sich praktisch auf die spätere Berufsausübung vorzubereiten, zurücktrete.¹⁴⁶⁰

677 Art. 1 Abs. 3 BGBM konkretisiert sodann den sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes. Als in den Schutzbereich des Binnenmarktgesetzes fallende Erwerbstätigkeit gilt demgemäss «jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit».

V. Bereichsausnahme für «hoheitliche» Tätigkeiten

1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte

678 Aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 BGBM ergibt sich ohne weiteres die im Kontext der vorliegenden Untersuchung besonders zu beleuchtende Bereichsausnahme des Binnenmarktgesetzes: Nicht erfasst sind im Umkehrschluss nämlich «hoheitliche» Tätigkeiten.

¹⁴⁵⁶ BGE 131 I 223, E. 1.1; 125 I 182, E. 5a; 123 I 212, E. 2; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 24.

¹⁴⁵⁷ Vgl. zum persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit bereits oben, Rz. 652.

¹⁴⁵⁸ KETTIGER, 31; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 28; ZOLLINGER, 387.

¹⁴⁵⁹ BGER 2P.191/2004 vom 10. August 2005, E. 6.2; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 156 und 487 ff.

¹⁴⁶⁰ BGE 125 II 315, E. 2b/bb; vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 1017; kritisch dazu GAMMENTHALER, Auslegung, 29.

Die ursprüngliche Fassung des Binnenmarktgesetzes verwies zur Umschreibung des sachlichen Geltungsbereiches des Gesetzes noch ausdrücklich auf den sachlichen Schutzbereich der damaligen Handels- und Gewerbefreiheit, bzw. – nach heutzutage gängiger Terminologie – der Wirtschaftsfreiheit.¹⁴⁶¹ Anknüpfungspunkt war bereits damals Art. 1 Abs. 3 aBGBM. Gestützt darauf galt als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes «jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit genießt». Der explizite Verweis auf die Handels- und Gewerbefreiheit ist darauf zurückzuführen, dass mit dem BGBM ursprünglich wie bereits erwähnt die Binnenwirkung der Handels- und Gewerbefreiheit gestärkt werden sollte.¹⁴⁶² Das BGBM sollte der Handels- und Gewerbefreiheit auf horizontaler Ebene zum Durchbruch verhelfen und entgegen der föderalismusfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts eine hinreichende Binnenmarktfunktion entfalten. Die Abstimmung des Geltungsbereichs des BGBM auf den Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit war in diesem Sinne naheliegend.¹⁴⁶³ 679

Wie bereits erwähnt, wurde das Binnenmarktgesetz 2005 vor dem Hintergrund, dass dieses «bisher noch zu keiner spürbaren Öffnung des Binnenmarktes geführt» habe, revidiert.¹⁴⁶⁴ Die föderalismusfreundliche bundesgerichtliche Rechtsprechung zum ursprünglichen Binnenmarktgesetz habe die mit dem Erlass des Binnenmarktgesetzes angestrebte Wirkung verhindert, ja «geradezu kastriert».¹⁴⁶⁵ 680

Im Zuge der Teilrevision wurde unter anderem auch die Bestimmung über den sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes geändert. Die bundesrätliche Botschaft zur Revision des Binnenmarktgesetzes enthielt noch eine dem originären Wortlaut nachgebildete Formulierung, welche – unter Berücksichtigung der terminologischen Anpassung der totalrevidierten Bundesverfassung – wiederum auf den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit bezogen war: «Als Erwerbstätigkeit im Sinne dieses Gesetzes gilt jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genießt, einschliesslich gewerblicher Verrichtungen im Rahmen eines öffentlichen Dienstes.»¹⁴⁶⁶ 681

Den Weg ins Gesetz fand schliesslich die von der vorberatenden ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben erarbeitete Neuformulierung zum sachlichen Geltungsbereich. Gemäss Art. 1 Abs. 3 BGBM gilt als Erwerbstätigkeit im Sinne des Binnenmarktgesetzes neu wie bereits vorstehend erwähnt «jede nicht hoheitliche, auf 682

¹⁴⁶¹ Botschaft BGBM 1995, 1283; COTTIER/WAGNER, 1584; WEBER, 165 f.

¹⁴⁶² Botschaft BGBM 1995, 1213 ff.; DIEBOLD, Sachverständige, 1163; WUNDER, 173 ff.; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 3; COTTIER/WAGNER, 1583; vgl. bereits oben, Rz. 667 f.

¹⁴⁶³ DIEBOLD, Sachverständige, 1163.

¹⁴⁶⁴ Botschaft revBGBM, 472.

¹⁴⁶⁵ BÜREN, 93.

¹⁴⁶⁶ Botschaft revBGBM, 505; vgl. KETTIGER, 30 ff.

Erwerb gerichtete Tätigkeit». Diese negative Umschreibung der unter das Gesetz fallenden Erwerbstätigkeiten findet sich auch im französisch- und – mit etwas abgeänderter, aber bedeutungsgleicher Formulierung – italienischsprachigen Gesetzeswortlaut.¹⁴⁶⁷

- 683 Der Gesetzgeber hat damit – entgegen dem bundesrätlichen Vorschlag – den Verweis auf den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit aufgehoben und stattdessen den Begriff der «nicht hoheitlichen Tätigkeit» zur Abgrenzung des Geltungsbereichs des Binnenmarktgesetzes eingeführt. Gleichzeitig hat er es aber unterlassen, diesen näher zu definieren.¹⁴⁶⁸ Der parlamentarischen Debatte lassen sich die Beweggründe für diese Umformulierung entnehmen: In erster Linie war die Kommission der Meinung, es handle sich um eine einfachere und klarere Regelung zur Umschreibung des Anwendungsbereiches des Gesetzes.¹⁴⁶⁹ Auch der Bundesrat, vertreten durch Joseph Deiss, stützte diese Darstellung, welche «*plus svelte et plus claire à la lecture*» sei, ohne jedoch den Geltungsbereich des Gesetzes im Vergleich zum bundesrätlichen Entwurf wesentlich zu verändern.¹⁴⁷⁰
- 684 Die Neuformulierung verfolgte nach dem Gesagten im Grunde einen doppelten Zweck: Einerseits sollte eine Präzisierung dahingehend erfolgen, dass auch gewerbliche Verrichtungen, die von einem öffentlichen Dienst vorgenommen werden, vom sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes erfasst werden.¹⁴⁷¹ Gemeint sind damit Tätigkeiten, die auch auf dem freien Markt angeboten werden (z.B. die Tätigkeit von Lehrpersonen).¹⁴⁷² Diese Erweiterung des Geltungsbereiches, welche auch im Rahmen der grundlegenden Revisionsziele zu betrachten ist, entspricht auch der Stossrichtung des bundesrätlichen Vorschlags, welcher noch explizit die «gewerbliche Verrichtung im Rahmen des öffentlichen Dienstes» aufführte. Wenngleich dieser explizite Verweis in der finalen Gesetzesfassung fehlt, stimmte die gesetzgeberische Intention mit dem bundesrätlichen Vorschlag überein. Ständerat Eugen David stellte dies in der parlamentarischen Beratung klar:

«Wir wollen, dass dieses Gesetz umfassend auf alle Erwerbstätigkeiten Anwendung findet, ausgenommen die hoheitlichen Tätigkeiten. (...) Hingegen – das möchte ich unterstreichen, und das stimmt auch mit der bundesrätlichen Fassung überein, da sind wir

¹⁴⁶⁷ «*Par activité lucrative au sens de la présente loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain.*» bzw. «*Per attività lucrative ai sensi della presente legge s'intende ogni attività a scopo di lucro, eccetto quelle che rientrano negli ambiti di sovranità dello Stato.*»; vgl. dazu PIOTET, *marché interieur*, Rz. 19.

¹⁴⁶⁸ DIEBOLD, *Freizügigkeit*, Rz. 159; KETTIGER, 31.

¹⁴⁶⁹ *Votum Eugen David*, AB SR 2005, 762.

¹⁴⁷⁰ *Votum Joseph Deiss*, AB SR 2005, 762.

¹⁴⁷¹ *Botschaft revBGBM*, 484; ZWALD, *Marktzugang*, 98; OESCH, *hoheitliche Tätigkeiten*, 380 f.

¹⁴⁷² DIEBOLD, *Sachverständige*, 1166; vgl. BGE 136 II 470, in welchem das Bundesgericht die gesetzgeberische Novelle entsprechend umgesetzt hat.

uns einig – gehören alle gewerblichen Verrichtungen dazu, die im Rahmen eines öffentlichen Dienstes ausgeübt werden, aber auch Erwerbstätigkeiten, die im Rahmen einer Konzession oder im Rahmen von gesteigertem Gemeingebrauch ausgeübt werden.»¹⁴⁷³

Von der gewählten Formulierung «jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit» sind also auch Tätigkeiten im öffentlichen Dienst erfasst, sofern diese nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind. Der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes ist insofern etwas weiter gefasst als der sachliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit,¹⁴⁷⁴ für dessen Abgrenzung nach der hier vertretenen Auffassung die Bezeichnung der «amtlichen Tätigkeiten» zutreffender ist.¹⁴⁷⁵ Die nicht hoheitliche Erfüllung öffentlicher Aufgaben fällt somit in den Anwendungsbereich des BGBM, jedoch nicht auch zwingend in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.¹⁴⁷⁶ 685

Andererseits ging es bei der Neufassung von Art. 1 Abs. 3 BGBM auch darum, eine inhaltliche Übereinstimmung mit FZA sicherzustellen.¹⁴⁷⁷ Dies war der ausdrückliche Wunsch diverser Vernehmlassungsteilnehmer. Der finale Gesetzestext trägt diesem Umstand Rechnung, indem sich die Formulierung auffällig an den bilateralen und unionalen Parallelbestimmungen anlehnt.¹⁴⁷⁸ Auf diesen Umstand wies im Rahmen der parlamentarischen Debatte auch Bundesrat Josef Deiss hin: 686

«Il faut dire que la formule proposée par la commission est plus proche des descriptions européennes, car elle définit le champ d'application de la liberté d'accès de manière négative, c'est à dire qu'elle évoque «toute activité non régalienn».»¹⁴⁷⁹

Die von PIOTET dagegen vorgebrachte Argumentation,¹⁴⁸⁰ wonach der Gesetzgeber, 687 hätte er den Gesetzestext tatsächlich an das FZA angleichen wollen, eine der Formulierungen des FZA resp. des AEUV unverändert hätte aufgreifen können, erscheint vor dem Hintergrund dieser eindeutigen Aussagen in der parlamentarischen Debatte m.E. nicht besonders stichhaltig. Im Übrigen besteht der Kerngehalt der Bereichsausnahmen des AEUV und des FZA wie gesehen gerade darin, «hoheitliche Tätigkeiten» vom jeweiligen Anwendungsbereich auszunehmen.¹⁴⁸¹

¹⁴⁷³ Votum David Eugen, AB SR 2005, 762.

¹⁴⁷⁴ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 381; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 7 Rz. 56 f.; ZWALD, Binnenmarktgesetz, 27; ZOLLINGER, 387 f.; vgl. hierzu oben, Rz. 653 ff.

¹⁴⁷⁵ Vgl. oben, Rz. 658.

¹⁴⁷⁶ Vgl. KETTIGER, 31 f.; LIENHARD/KETTIGER, 32 m.w.H.

¹⁴⁷⁷ Botschaft revBGBM, 484; ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 27; GAMMENTHALER, Auslegung, 6 f.; DIEBOLD, Sachverständige, 1166; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 383; STÖCKLI, 179; vgl. auch WEKO, Freizügigkeit Notare, Rz. 55.

¹⁴⁷⁸ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 383.

¹⁴⁷⁹ Votum Deiss Joseph, AB SR 2005, 762.

¹⁴⁸⁰ PIOTET, marché intérieur, Rz. 19; PIOTET, commission fédérale de la concurrence, 160.

¹⁴⁸¹ Vgl. oben, Rz. 501 ff. (in Bezug auf den AEUV) und Rz. 618 ff. (in Bezug auf das FZA).

- 688 Die bewusste Anlehnung an den sachlichen Geltungsbereich des FZA hatte sich so dann auch gesetzessystematisch aufgedrängt.¹⁴⁸² Gemäss Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM, welcher auch im Rahmen der Revision von 2005 neu eingeführt wurde, richtet sich die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Tätigkeiten, welche vom Freizügigkeitsabkommen erfasst werden, auch im nationalen Binnenmarkt der Schweiz nach dem FZA bzw. nach den im Anhang III FZA als massgeblich bezeichneten EU-Richtlinien. Die Bestimmung will eine «Inländerdiskriminierung», also die allfällige Schlechterstellung von Schweizern gegenüber Angehörigen der anderen Vertragsparteien des Freizügigkeitsabkommens, vermeiden.¹⁴⁸³ Grundvoraussetzung bleibt dabei freilich, dass der sachliche Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes nicht restriktiver gefasst wird als derjenige des Freizügigkeitsabkommens.¹⁴⁸⁴
- 689 Bei alledem bleibt das entscheidende Kriterium zur Unterstellung oder Nichtunterstellung unter den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes im revidierten Gesetzestext der Begriff der «hoheitlichen Tätigkeit». Ständerat Eugen David versuchte sich an einer Definitionsbestimmung in der parlamentarischen Detailberatung der Gesetzesrevision:

«Die hoheitlichen Tätigkeiten sind jene, die ordinäre Staatstätigkeiten sind: Kontroll-, Überwachungs- und Interventionsaufgaben, die sich aus dem öffentlichen Recht ergeben. Ich denke insbesondere an die Polizei, aber auch an Bau-, Gesundheits- und Lebensmittelpolizei, an Umweltrecht und das ganze Abgaberecht.»¹⁴⁸⁵

- 690 Diese Auflistung deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber den Hoheitlichkeitsbegriff im binnenmarktrechtlichen Kontext nicht breiter verstanden haben wollte, als dies in anderen Gebieten der Fall ist. Nicht sämtliche Staats- bzw. Verwaltungstätigkeiten sind hoheitlicher Natur, sondern bloss jene, die unmittelbar aus der ausschliesslich dem Staat zukommenden Herrschaftsgewalt, dem Kern der Staatlichkeit, fliessen.¹⁴⁸⁶ Neben der Anwendung von öffentlichem Recht wird eine gewisse Erzwingbarkeit des staatlichen Handelns vorausgesetzt, aus welchem sich typischerweise ein Subordinationsverhältnis ergibt.¹⁴⁸⁷ Nicht unter den Begriff des hoheitlichen Handelns im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BGBM fallen dagegen gemäss gesetzgeberischer Intention Tätigkeiten, die auf dem freien Markt angeboten werden könnten.¹⁴⁸⁸

¹⁴⁸² OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 383.

¹⁴⁸³ DIEBOLD, Sachverständige, 1166; PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 34.

¹⁴⁸⁴ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 383; PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 35; Botschaft revBGBM, 487.

¹⁴⁸⁵ Votum David Eugen, AB SR 2005, 762.

¹⁴⁸⁶ Vgl. oben, Rz. 39 ff. und Rz. 113 ff.

¹⁴⁸⁷ Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 166.

¹⁴⁸⁸ ZWALD, Binnenmarktgesetz, Rz. 29; LIENHARD/KETTIGER, 32 f.; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 382; DIEBOLD, Sachverständige, 1164.

2. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich bis anhin nur in wenigen Fällen ausdrücklich zum sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes – und damit zur Bestimmung des Hoheitlichkeitsbegriffs im Rahmen des Binnenmarktgesetzes – geäußert. Nachfolgend werden die Leiturteile des Bundesgerichts zum Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes im Einzelnen dargestellt, wobei der Fokus auf den Erwägungen zum Hoheitlichkeitsbegriff liegt. Vorausgenommen werden kann an dieser Stelle, dass die entsprechenden Erwägungen zumeist relativ spärlich ausgefallen sind. Die Darstellung erfolgt wiederum chronologisch, womit zuerst die Urteile des Bundesgerichts vor Inkrafttreten der Revision des BGBM exzerpiert werden. *Pro memoria* sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass unter dem Regime des aBGBM der Geltungsbereich noch nicht auf «nicht hoheitliche» Tätigkeiten eingegrenzt war, sondern sich am Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit orientierte.¹⁴⁸⁹

a) BGer 2P.433/1997 – Zulassung eines ausserkantonalen Notars als Urkundsperson

Im soweit ersichtlich ersten (unveröffentlichten) Urteil des Bundesgerichts, in welchem der Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes zu definieren war, hatte das Bundesgericht im Jahre 1998 die Prüfungs- und Praktikumpflicht im Zusammenhang mit der Zulassung eines Aargauer Notars im Kanton Solothurn zu beurteilen. Es entschied ohne nähere Begründung, dass die Beurkundungstätigkeit einen «hoheitlichen Charakter» habe und somit nicht den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genieße. Mithin könne auch das Binnenmarktgesetz keine Anwendung finden.¹⁴⁹⁰

b) BGE 128 I 280 – Wohnsitzpflicht für Urkundspersonen

In BGE 128 I 280, einem im Jahr 2002 ergangenen Entscheid, hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob die vom Kanton Appenzell Innerrhoden erlassene Wohnsitzpflicht für Notare unter dem Blickpunkt der Niederlassungsfreiheit zulässig sei. Interessanterweise kam das Bundesgericht – offenbar in einem knappen Mehrheitsentscheid¹⁴⁹¹ – nicht nur zum Schluss, dass die angefochtene Regelung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sei.¹⁴⁹² In einem *obiter dictum* erwog es auch, dass sich der Beschwerdeführer zu Recht nicht auf das Freizügigkeitsabkommen, das Binnenmarktgesetz sowie das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit berufen habe.¹⁴⁹³

Einleitend hielt das Bundesgericht fest, die öffentliche Beurkundung stelle eine Handlung der freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit dar. Ihre Organisation sei

¹⁴⁸⁹ Vgl. oben, Rz. 679 ff.

¹⁴⁹⁰ BGer 2P.433/1997 vom 30. Juni 1998, E. 2a, in: ZBGR 1/2000, 72 ff.

¹⁴⁹¹ Kommentar von OESCH zu BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, in: ZBI 117/2016, 163; FELBER, Rz. 2.

¹⁴⁹² BGE 128 I 280, E. 4 ff.

¹⁴⁹³ BGE 128 I 280, E. 3.

eine staatliche Aufgabe, die den Kantonen obliege. Ohne weitere Herleitung verkündete das Bundesgericht:

«Die öffentliche Beurkundung ist eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ. Dies gilt unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist.»¹⁴⁹⁴

- 695 Interessant an dieser Aussage ist einerseits, dass das Bundesgericht sowohl die Bezeichnung «amtlich» als auch «hoheitlich» zur Umschreibung der Beurkundungstätigkeit verwendet, wobei nicht ganz klar ist, ob es zwischen den beiden Begriffen differenziert oder diese synonym versteht.¹⁴⁹⁵ Andererseits ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht offenbar nicht die Tätigkeit von Notaren *in toto*, sondern bloss die öffentliche Beurkundung als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit als «hoheitliche Tätigkeit» bezeichnet.¹⁴⁹⁶
- 696 In Bezug auf die Frage, ob die Notariatstätigkeit unter die Wirtschaftsfreiheit bzw. in den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes fällt, erwog das Bundesgericht, dass die vom Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion habe. Mithin stehe diese Tätigkeit nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Entsprechend sei darauf auch das Binnenmarktgesetz nicht anwendbar.¹⁴⁹⁷ Nichts anderes gelte auch für das FZA. Dieses Abkommen belasse den Vertragsstaaten die Befugnis, nicht nur das Recht auf Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung zu verweigern, wenn diese die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfasst (Art. 10 Anhang I), sondern auch die selbständige Erwerbstätigkeit, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist (Art. 16 Anhang I). Massgeblich sei, ob eine Tätigkeit für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt miteinschliesse, was für Urkundspersonen «nach dem Gesagten zweifellos» zutreffe. Unter Bezugnahme auf die ältere Rechtsprechung des EuGH¹⁴⁹⁸ verglich das Bundesgericht sodann die Situation der Notare mit jener der Rechtsanwälte. Diese seien «privatwirtschaftlich tätig», weshalb die Bereichsausnahmen – im Gegensatz zu den Notaren – nicht greifen würden.¹⁴⁹⁹

¹⁴⁹⁴ BGE 128 I 280, E. 3 m.w.H. auf BGer 2P.151/1995 vom 12. Dezember 1996, publ. in: RDAT 10/1997, E. 3b; 2P.311/1993 vom 9. Mai 1994, publ. in: ZBGR 77/1996, E. 3; BGE 90 II 274 E. 1.

¹⁴⁹⁵ Vgl. bereits BGE 124 I 297, E. 4a, in welcher der Notar als «*détenteur d'une parcelle du pouvoir étatique*» bezeichnet wird; dazu JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 628.

¹⁴⁹⁶ Vgl. hierzu auch BGE 128 I 280, E. 4.3.

¹⁴⁹⁷ BGE 128 I 280, E. 3.

¹⁴⁹⁸ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68, 631 ff.; vgl. oben, Rz. 443 ff.

¹⁴⁹⁹ BGE 128 I 280, E. 4, mit Verweis auf ROTHENBÜHLER, 167 f.

Unter dem Geltungsbereich des aBGBM erachtete das Bundesgericht den Geltungsbereich des Gesetzes mithin – richtigerweise¹⁵⁰⁰ – als kongruent zu jenem der Wirtschaftsfreiheit. Zur Beantwortung der Frage, ob die Bereichsausnahmen des FZA anwendbar sind, stützte sich das Bundesgericht bemerkenswerterweise auf die *Reyners*-Rechtsprechung des EuGH, ohne sich im Detail mit den jüngeren, in der Tendenz stets restriktiveren Entscheidungen des EuGH¹⁵⁰¹ zu den Parallelbestimmungen im Unionsrecht auseinanderzusetzen. Ob eine Tätigkeit privatwirtschaftlich ausgeübt wird, ist in jedem Fall – auch heute noch – entscheidend für die Bestimmung des Geltungsbereichs der Wirtschaftsfreiheit.¹⁵⁰² In Bezug auf die Bereichsausnahmen des Unionsrechts bzw. auf die Parallelbestimmungen des FZA ist diese Qualifikation aber lediglich ein Indiz.¹⁵⁰³ 697

Im Rahmen der Beurteilung der effektiv vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rüge der Verletzung seiner verfassungsrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit erwog das Bundesgericht etwas detaillierter, inwiefern die Beurkundungstätigkeit hoheitlich sei.¹⁵⁰⁴ So übe die Urkundsperson ihr übertragene Funktionen weitgehend unabhängig aus. Die Tätigkeit sei vergleichbar mit Richterpositionen oder hohen politischen Ämtern und leitenden Funktionen, für welche nicht ernsthaft bestritten werden könne, dass ein Gemeinwesen berechtigt sei, sie den eigenen Angehörigen vorzubehalten.¹⁵⁰⁵ Im Kern komme hier der «demokratische Grundgedanke» zum Ausdruck, wonach die Staatsgewalt durch die Staatsunterworfenen selbst ausgeübt werde. Diese Überzeugung komme auch in neueren Erlassen und Abkommen (damit sind *nota bene* das aBGBM und das FZA gemeint) zum Ausdruck, welche Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind, von den allgemeinen Freizügigkeitsgarantien ausnähmen. Das Bundesgericht anerkannte sodann, dass bei bestimmten Kategorien von Bediensteten des Gemeinwesens, für welche in der Vergangenheit die Wohnsitzpflicht noch als vereinbar mit der Niederlassungsfreiheit betrachtet wurde, diese Einschätzung nicht mehr aufrechterhalten werden könne. Bei hoheitlichen Tätigkeiten, die in grosser Unabhängigkeit ausgeübt werden, könne dem Gemeinwesen aber nicht verwehrt sein, an der Wohnsitzpflicht festzuhalten und solche Tätigkeiten nur Angehörigen des betroffenen Gemeinwesens zu übertragen.¹⁵⁰⁶ 698

Die Erwägungen des Bundesgerichts bestätigen ein weiteres Mal das Grundkonzept hinter sämtlichen im Rahmen vorliegender Arbeit behandelten Bereichsausnahmen im Freizügigkeitsrecht: Staatsgewalt soll ausschliesslich durch Staatsbürger ausgeübt 699

¹⁵⁰⁰ Vgl. oben, Rz. 679.

¹⁵⁰¹ Vgl. oben, Rz. 441 ff.

¹⁵⁰² Vgl. oben, Rz. 653 ff.

¹⁵⁰³ Vgl. oben, Rz. 497 ff.

¹⁵⁰⁴ BGE 128 I 280, E. 4.3.

¹⁵⁰⁵ Vgl. KIENER, 268; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1576.

¹⁵⁰⁶ BGE 128 I 280, E. 4.3.

werden, da der Beziehung zwischen Staat und Bürger angeblich eine besondere Bindung zugrunde liegt.¹⁵⁰⁷

c) *BGer 2P.110/2002 und 2P.264/2002 – Notariatsprüfung des Kantons Zürich*

700 Im Jahr 2003 beschäftigte sich das Bundesgericht mit einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen verschiedene Beschlüsse des Zürcher Obergerichts, die dieses im Nachgang einer nicht bestanden Notariatsprüfung erlassen hatte.

701 Im Kontext dieses Entscheids befasste sich das Bundesgericht unter anderem mit der formellen Ausgestaltung des Zürcher Amtsnotariats. Es befand einerseits, dass die den Amtsnotaren übertragenen Aufgaben und Befugnisse den Charakter einer hoheitlichen Funktion hätten und die Ausübung öffentlicher Gewalt beinhalteten. Dies bedinge ein Verhältnis besonderer Verbundenheit zwischen dem Notar und dem Staat. Im Unterschied zu freiberuflich tätigen Notaren kämen den Zürcher Notaren sodann weitere hoheitliche Funktionen im Bereich des Grundbuch- und Konkursamts zu. Daraus ergäbe sich, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf Streitigkeiten, die das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis zwischen Notar und Kanton betreffen, keine Anwendung finde.¹⁵⁰⁸

702 Das Bundesgericht erwog ferner mit Hinweis auf BGE 128 I 280 und die dort aufgeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH, dass jene Tätigkeiten des Notars, die den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion haben, nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit stünden. Entsprechend sei darauf auch das aBGBM nicht anwendbar. Das Gleiche gelte für das FZA.¹⁵⁰⁹ Damit bekräftigte das Bundesgericht seine bereits in BGE 128 I 280 angedeutete Tendenz, nicht die Notariatstätigkeit als Ganzes, sondern bloss einige damit verbundene Teilkompetenzen als hoheitlich zu qualifizieren.

d) *BGer 2P.237/2003 – Zuger Einführungsgesetz zum BGFA und Beurkundungsgesetz*

703 Ein im Kanton Zug zur öffentlichen Beurkundung ermächtigter Rechtsanwalt praktizierte seit 1982 als Urkundsperson in diesem Kanton. Als er sich auf das Inkrafttreten des BGFA hin nicht selbst um Eintragung in das Anwaltsregister des Kantons Zug beworben hatte, machte ihn die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte mit Schreiben darauf aufmerksam, dass ein Rechtsanwalt im zugerischen Anwaltsregister eingetragen sein müsse, um als Urkundsperson tätig zu sein. In der Folge erbrachte der Rechtsanwalt zwar die nötigen Nachweise zur Eintragung in das zugerische Anwaltsregister; nicht jedoch jene zum Nachweis, dass sein Lebensmittelpunkt im Kan-

¹⁵⁰⁷ Vgl. zu dieser Bindung bereits oben, insbesondere Rz. 323 ff. und Rz. 409 ff.

¹⁵⁰⁸ BGer 2P.110/2002 und 2P.264/2002 vom 6. August 2003, E. 4.2.3; vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bereits oben, Rz. 57 ff.

¹⁵⁰⁹ BGer 2P.110/2002 und 2P.264/2002 vom 6. August 2003, E. 4.2.4.

ton Zug liege. Die Aufsichtskommission entzog dem Rechtsanwalt darauf die Befugnis zur öffentlichen Beurkundung mit sofortiger Wirkung. Der Entscheid wurde vom Obergericht bestätigt.¹⁵¹⁰

Mit Verweis auf die ältere Rechtsprechung erwog das Bundesgericht in seinem Entscheid aus dem Jahr 2004 formelhaft – wiederum als *obiter dictum* –, dass die vom Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion habe, weshalb die Tätigkeit nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit stehe. Entsprechend sei auch das aBGBM nicht anwendbar. Dasselbe gelte für das FZA. Die Tätigkeit der Urkundspersonen schliesse für sich genommen «zweifellos» eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit ein.¹⁵¹¹ 704

e) *BGE 131 II 639 – Vorbehalt der Befugnis zur öffentlichen Beurkundung für im kantonalen Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwälte*

Ein im zürcherischen Anwaltsregister eingetragener Rechtsanwalt ersuchte im Jahr 2004 zusätzlich um Eintragung in das Anwaltsregister des Kantons Zug und verlangte damit einhergehend eine Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung. Dies wurde ihm von sämtlichen kantonalen Instanzen verweigert, da er hauptsächlich weiterhin in Zürich tätig sein wollte. Das Bundesgericht entschied, es sei nicht verfassungswidrig, wenn ein Kanton die Befugnis zur öffentlichen Beurkundung jenen Rechtsanwälten vorbehalte, die im kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind. 705

In seiner Begründung verwies das Bundesgericht wiederum darauf, dass die Kompetenz zur gesetzlichen Regelung der Beurkundungstätigkeit grundsätzlich bei den Kantonen liege. Mithin sei es Sache des kantonalen Rechts, festzulegen, wer auf dem Kantonsgebiet zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde sachlich zuständig sei. Neben Zuständigkeit und Form des Verfahrens seien insbesondere auch die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, deren Aufgaben und Berufspflichten sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen zu regeln. Die den Notaren dergestalt durch den Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis habe «den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion». Sie könne «als solche nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit» stehen, womit auf sie auch das aBGBM keine Anwendung finde.¹⁵¹² 706

Die knappen Erwägungen des Bundesgerichts zur Nichtgeltung der Wirtschaftsfreiheit bzw. zur Nichtunterstellung der Notariatstätigkeit unter das Binnenmarktgesetz entsprechen jenen, die es bereits in BGE 128 I 280 geäußert hatte. Auch hier erging der Entscheid vor Revision des BGBM, d.h. in Anwendung des alten, restriktiveren und der Wirtschaftsfreiheit (bzw. der Handels- und Gewerbefreiheit) angeglichenen Geltungsbereichs des aBGBM. 707

¹⁵¹⁰ BGer 2P.237/2003 vom 29. Januar 2004, Sachverhalt, A.

¹⁵¹¹ BGer 2P.237/2003 vom 29. Januar 2004, E. 4.2.

¹⁵¹² BGE 131 II 639, E. 6.1.

f) *BGE 133 I 259 – Baselstädtisches Notariatsgesetz*

708 Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle des baselstädtischen Notariatsgesetzes im Jahre 2007 bestätigte das Bundesgericht mit Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung, dass Notare aufgrund der ihnen verliehenen Beurkundungsbefugnis Träger einer hoheitlichen Funktion seien und sich «weil sie an der Staatsgewalt teilhaben» nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen könnten.¹⁵¹³ Der Verweis auf die Nichtanwendbarkeit des BGBM bzw. des FZA blieb hier aus, was aber vornehmlich der Abstraktheit des Streitgegenstandes geschuldet sein dürfte und kaum bereits als Anerkennung des sich im Zeitpunkt des Urteils bereits in Kraft gesetzten, extensiveren Geltungsbereichs des revidierten BGBM gedeutet werden kann.

g) *BGer 5A_175/2008 – Offizialverteidiger*

709 Diese Vermutung bestätigte sich im Verfahren 5A_175/2008: Die Beschwerdeführerin ersuchte darin um unentgeltliche Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt, der nicht im kantonalen Anwaltsregister des Kantons Thurgau eingetragen war. Die kantonalen Vorinstanzen lehnten dieses Gesuch ab, da keine besonderen Gründe für die Mandatierung eines ausserkantonalen Anwalts vorgelegen hätten. Die Beschwerdeführerin sah in dieser Ablehnung unter anderem eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit und des Binnenmarktgesetzes.

710 Das Bundesgericht lehnte diese Rügen der Beschwerdeführerin in seinem Entscheid aus dem Jahr 2008 ab. Nach konstanter Rechtsprechung falle nämlich die Tätigkeit des Armenanwaltes als solche nicht unter den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.¹⁵¹⁴ Zwar bestehe zwischen Anwalt und Klient ein (privatrechtliches) Mandatsverhältnis. Gleichzeitig übernehme aber der Armenanwalt eine staatliche Aufgabe und stehe zum Staat mithin in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis.¹⁵¹⁵ Insbesondere richte sich der Honoraranspruch des Armenanwaltes ausschliesslich gegen den Staat. Eine darüber hinaus gehende Honorierung durch den Mandanten sei unstatthaft.¹⁵¹⁶ Schliesslich verschaffe das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit dem Anwalt ebenso wenig einen Anspruch, zu Lasten des Staates tätig zu werden, wie der im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege stehenden Person, schweizweit frei einen Anwalt wählen zu können. Als staatliche und damit nicht dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit unterstehende Tätigkeit sei die Offizialverteidigung ohne weiteres auch vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes nach Art. 1 Abs. 3 BGBM ausgeschlossen.¹⁵¹⁷

¹⁵¹³ BGE 133 I 259, E. 2.2.

¹⁵¹⁴ BGE 113 Ia 69, E. 5; 132 I 201, E. 7.1; vgl. bereits oben, Rz. 650 ff.

¹⁵¹⁵ BGE 133 IV 335, E. 2.

¹⁵¹⁶ BGE 122 I 322, E. 3b.

¹⁵¹⁷ BGer 5A_175/2008 vom 8. Juli 2008, E. 5.1.

Auch wenn dieser Entscheid bereits nach Inkrafttreten der Revision des BGBM er- 711
 ging, nahm das Bundesgericht damit weiterhin eine Deckungsgleichheit des Anwen-
 dungsbereichs der Wirtschaftsfreiheit mit dem Geltungsbereich des revidierten Bin-
 nenmarktgesetzes an. Die offenkundig konträre Intention des Gesetzgebers¹⁵¹⁸ liess
 es dabei ausser Acht. Auch thematisierte es mögliche Reflexwirkungen, die sich aus
 der gewollten Angleichung des BGBM mit dem FZA ergeben könnten, nicht. Keine
 Berücksichtigung fand sodann auch weiterhin die auf ein Subordinationsverhältnis ab-
 stützende Praxis des Bundesgerichts zur Auslegung des Hoheitlichkeitsbegriffs in an-
 deren Rechtsgebieten.¹⁵¹⁹

h) BGer 2C_121/2011 – Gerichtsgutachter

Im August 2011 beurteilte das Bundesgericht die Tätigkeit von Gutachtern, die in 712
 Straf- und Zivilverfahren im Auftrag öffentlicher Organe Expertisen zu psychiatri-
 schen und psychologischen Fragen erstellen.¹⁵²⁰

In erstaunlichem Detail rief das Bundesgericht einleitend die Beweggründe in Erinne- 713
 rung, die zur Revision des Geltungsbereichs des BGBM geführt hatten. Es erwähnte
 dabei auch explizit die angestrebte Parallelität mit dem FZA.¹⁵²¹ Ohne aber näher auf
 ebendiese Kongruenz einzugehen, erwog das Bundesgericht, dass die Aufgaben von
 Gerichten oder Strafvollzugsbehörden «zu den typischen hoheitlichen Tätigkeiten»
 gehörten, die vom Geltungsbereich des BGBM auch nach der Revision ausgeschlossen
 blieben.¹⁵²² Gutachter, die von diesen Behörden beauftragt werden, seien deren
 Entscheidungshelfen. Dies manifestiere sich einerseits darin, dass sie die gleichen
 Anforderungen an Neutralität und Unparteilichkeit erfüllen müssten.¹⁵²³ Andererseits
 handle es sich beim vom Gericht erteilten Gutachtensauftrag nicht um einen privat-
 rechtlichen Auftrag, sondern um ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts, das
 «eine hoheitliche Aufgabe zum Gegenstand» habe.¹⁵²⁴ Die in der angefochtenen kan-
 tonalen Verordnung geregelte Gutachtertätigkeit im Kanton Zürich sei aus diesen
 Gründen eine hoheitliche Tätigkeit, welche dem BGBM nicht unterstehe.¹⁵²⁵

Auch wenn sich das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid detaillierter mit dem 714
 Hoheitlichkeitsbegriff als entscheidendes Anknüpfungskriterium bei der Bestimmung
 des Geltungsbereichs des BGBM befasste, ist die Abweichung zur Praxis der bundes-

¹⁵¹⁸ Vgl. oben, Rz. 680 ff.

¹⁵¹⁹ Vgl. oben, Rz. 100.

¹⁵²⁰ BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011, in: ZBl 113/2012, 262 ff.; vgl. dazu DIEBOLD, Sachverständige, 1162 ff.; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 385 f.

¹⁵²¹ BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3.3.1.

¹⁵²² BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3.3.2.

¹⁵²³ Vgl. BGer 1P.439/2004 vom 9. Dezember 2004, E. 4.2; BGE 127 I 73 E. 3 f.aa f.; 126 III 249, E. 3c; BGer 4A_256/2010 vom 26. Juli 2010, E. 2.1.

¹⁵²⁴ Vgl. BGE 134 I 159 E. 3.

¹⁵²⁵ BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3.3.2.

gerichtlichen Rechtsprechung in anderen Bereichen frappant. Das Kriterium des Subordinationsverhältnisses bleibt vom Bundesgericht im binnenmarktrechtlichen Kontext unerwähnt. Inwiefern gerichtssachverständige Psychologen den Bürger verbindlich und erzwingbar zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten können, zieht das Bundesgericht nicht in Betracht.¹⁵²⁶ Gerade diesbezüglich besteht aber offensichtlich ein Unterschied zu den Gerichten und anderen Behörden, denen die Gutachter zudienen. Eine autoritative Festlegung der Rechtsbeziehung zwischen Bürger und Staat liegt nicht im Ermessen des Gerichtsgutachters, wohl aber des Gerichts und der Strafverfolgungsbehörden. Ob die Gutachtertätigkeit den Entscheidungsspielraum der Gerichte derart einengt, dass der Gutachtertätigkeit zumindest indirekt ein Einfluss auf die Rechtsbeziehung zwischen Bürger und Staat nachgesagt werden müsste, hätte das Bundesgericht zumindest prüfen müssen.¹⁵²⁷

- 715 Im Übrigen setzte sich das Bundesgericht – wie gesehen, und trotz der anerkannten Parallelität des BGBM mit dem FZA – nicht mit der EuGH-Rechtsprechung zu ähnlichen Sachverhalten auseinander.¹⁵²⁸ Der EuGH charakterisierte Tätigkeiten wie die der hier streitgegenständlichen Gerichtsgutachter als reine Hilfstätigkeiten, die keine Ausübung «öffentlicher Gewalt» beinhalten. Ausgehend von der Prämisse, dass diese Rechtsprechung im Bereich des FZA vom Bundesgericht berücksichtigt werden müsste,¹⁵²⁹ würde dies auch unmittelbare Reflexwirkungen auf die Anwendung des Binnenmarktgesetzes zeitigen.¹⁵³⁰
- 716 *Pro memoria* sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht Anfang 2014 die Dolmetschertätigkeit unter dem Blickwinkel der Bereichsausnahmen des FZA zu beurteilen hatte (BGE 140 II 112). Bei dieser ähnlichen Ausgangslage kam das Bundesgericht – diesmal unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Bereichsausnahmen des unionalen Freizügigkeitsrechts – zum Schluss, dass die neutrale und objektive Dolmetschertätigkeit nicht in die Entscheidungsfindung der Behörden miteinflüsse und somit keine «unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt» im Sinne von Art. 16 Anhang I FZA darstelle. Der beschwerdeführende lettische Dolmetscher konnte sich mithin auf die aus dem FZA fliessenden Rechte stützen.¹⁵³¹

¹⁵²⁶ DIEBOLD, Sachverständige, 1165.

¹⁵²⁷ Vgl. DIEBOLD, Sachverständige, 1165.

¹⁵²⁸ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-306/89, *Kommission/Griechenland*, EU:C:1991:463 und Rs. C-372/09, *Peñarroja*, EU:C:2011:156; vgl. dazu ausführlich oben, Rz. 453 ff. und Rz. 482 ff.

¹⁵²⁹ Vgl. oben, Rz. 623 f.

¹⁵³⁰ DIEBOLD, Sachverständige, 1168 f.; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 398 ff.; OESCH, Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz, 57 ff.

¹⁵³¹ Vgl. oben, Rz. 592 ff.

Auffällig ist schliesslich, dass in den Urteilsabwägungen des Bundesgerichts – wohl nicht ganz zufällig – neben der Bezeichnung «hoheitlich» wiederum mehrfach auch die Bezeichnung «amtlich» auftaucht.¹⁵³² Diese alternative Begriffsverwendung belegt, dass sich das Bundesgericht mit dem engeren Gehalt des Hoheitlichkeitsbegriffs, der seit der Revision des BGBM zur Grenzziehung zwischen unterstellten und nicht unterstellten Tätigkeiten herangezogen werden müsste, schwertut.¹⁵³³ 717

i) BGer 2C_335/2013 – Wohnsitzpflicht für Notare des Kantons Graubünden

Dreizehn Jahre nach dem Entscheid 128 I 280, dessen Erwägungen zur Hoheitlichkeit und zum Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit bzw. des Binnenmarktgesetzes sich formelhaft praktisch durch die gesamte vorstehend dargestellte Rechtsprechung zogen, äusserte sich das Bundesgericht im Jahr 2015 ein weiteres Mal zur Zulässigkeit der Wohnsitzpflicht von Notaren. Mit diesem Urteil schliesst sich in gewissem Sinne ein Kreis, ist es soweit ersichtlich auch das jüngste höchstrichterliche Verdikt, das konkret die Auslegung des Hoheitlichkeitsbegriffs mit Blick auf den Geltungsbereich des BGBM tangiert. 718

Das Bundesgericht rezipierte darin in einem ersten Schritt die frühere Rechtsprechung und die konkreten Beweggründe, die dazu geführt hatten.¹⁵³⁴ Dabei ging es auch detailliert auf die Subsumtion der Tätigkeit der Urkundspersonen unter den Begriff der hoheitlichen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Binnenmarktgesetz ein.¹⁵³⁵ Das Bundesgericht hielt fest, dass die bisherigen Leitentscheide BGE 128 I 280 und BGE 131 II 639 jeweils zwar nach Inkrafttreten des FZA, aber noch vor Erlass der Notariatsurteile des EuGH¹⁵³⁶ ergangen seien. Beide Leitentscheide des Bundesgerichts gründeten auf der Argumentation, dass die vom Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion habe, sodass die Tätigkeit nicht der Wirtschaftsfreiheit unterstehe, und damit auch das BGBM, dessen Schutzwirkung sich damals noch mit der Wirtschaftsfreiheit deckte, nicht anwendbar sei. 719

In Bezug auf den konkreten Sachverhalt beurteilte das Bundesgericht die umstrittene Wohnsitzpflicht für Notare im Kanton Graubünden anhand von einzelfallbezogenen Verhältnismässigkeitsüberlegungen. Unabhängig davon, ob die Wohnsitzpflicht für eine bestimmte Kategorie von Personen grundsätzlich gerechtfertigt sei oder nicht, 720

¹⁵³² BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011, E. 3.3.1 und 4.3.1; vgl. zur (vorgeschlagenen) Abgrenzung und Systematisierung dieser Begriffe oben, Rz. 113 ff.

¹⁵³³ Vgl. Bemerkungen BIAGGINI zu BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011, in: ZBl 113/2012, 267.

¹⁵³⁴ BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.

¹⁵³⁵ BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.3.

¹⁵³⁶ EuGH, Rs. C-54/08, *Kommission/Belgien et al.*, EU:C:2011:334; vgl. dazu ausführlich oben, Rz. 484 ff.

könne das Grundrecht der Niederlassungsfreiheit immer auch noch im konkreten Fall seine Wirkung entfalten, indem überwiegende (objektive oder subjektive) Gründe nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine Ausnahme erfordern.¹⁵³⁷ Diese seien *in casu* gegeben, da der Beschwerdeführer seine Notariatsprüfungen im Kanton Graubünden absolviert hatte und zudem auch als Rechtsanwalt im Kanton tätig war. Zu verlangen, dass der Beschwerdeführer auch seinen privaten, ausserkantonalen Wohnsitz nach Graubünden verlegt, sei unverhältnismässig.¹⁵³⁸

- 721 Nicht zuletzt auch mangels einer entsprechenden Rüge liess das Bundesgericht hingegen offen, ob die kantonale Wohnsitzpflicht für Notare weiterhin grundsätzlich gerechtfertigt werden kann oder nicht bzw. ob eine solche Pflicht mit dem höherrangigen Bundesrecht, namentlich den Bestimmungen des BGBM, in Einklang stehen kann.¹⁵³⁹ Ob die unter altem Recht ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung in Bezug auf die Qualifikation der Beurkundungstätigkeit als hoheitliche Tätigkeit auch einer Neuurteilung unter Berücksichtigung des revidierten Geltungsbereichs des BGBM sowie der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zu den unionalen Bereichsausnahmen standhalten würde, kann mit guten Gründen bezweifelt werden.¹⁵⁴⁰
- 722 Trotzdem bleibt zu konzedieren, dass das Bundesgericht in einem jüngeren Urteil – freilich in anderem Zusammenhang und wiederum als *obiter dictum* – bestätigte, dass Notare im Gegensatz zu Pflichtverteidigern hoheitliche Handlungen vornehmen, zum Beispiel im Rahmen der Ausstellung öffentlicher Urkunden.¹⁵⁴¹ Inwiefern diese Beurteilung aber auch in Bezug auf die Anwendung des Binnenmarktgesetzes Geltung beansprucht, bleibt ungeklärt.

j) *Fazit*

- 723 Das Bundesgericht legt den sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes seit jeher restriktiv und damit äusserst föderalismusfreundlich aus.¹⁵⁴² Es interpretiert dabei den Hoheitlichkeitsbegriff grosszügiger als in anderen Rechtsgebieten,¹⁵⁴³ verzichtet aber gleichzeitig darauf, den Begriff in genereller Weise zu definieren. Die Erwägungen zur Hoheitlichkeit sind stets auffallend kursorisch gehalten.¹⁵⁴⁴ Tiefgreifende Auseinandersetzungen mit dem Begriff und dessen Bedeutung, wie sie der EuGH in seiner

¹⁵³⁷ BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.6.1.

¹⁵³⁸ BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.6.2.

¹⁵³⁹ BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.6.3.

¹⁵⁴⁰ Kommentar von OESCH zu BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015, in: ZBl, 117/2016, 165; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 581; BIAGGINI/LIENHARD/SCHOTT/UHLMANN, 77 f.

¹⁵⁴¹ BGE 143 III 10, E. 3.2.1; vgl. dazu die Bemerkungen von PIOTET in JdT 5/2017, 255 f.

¹⁵⁴² OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 385 f.; STÖCKLI, 180; vgl. für eine generelle Analyse der Auslegungspraxis zum BGBM auch GAMMENTHALER, Auslegung, Rz. 19 ff.

¹⁵⁴³ Vgl. oben, Rz. 100.

¹⁵⁴⁴ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 385 f.

Rechtsprechung immer wieder vollzog, sucht man in den Urteilen des Bundesgerichts vergebens. Konkret hat das Bundesgericht immerhin mehrfach festgehalten, dass die Tätigkeiten von Notaren, Officialverteidigern und Gerichtsgutachtern nicht unter den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes fallen, da sie hoheitlicher Natur seien. In Bezug auf Notare hat es die Frage der Unterstellung zuletzt aber offengelassen.

Auffällig ist insbesondere, dass das Bundesgericht bei der Auslegung, ob eine Tätigkeit hoheitlich ist oder nicht, dem Kriterium des Subordinationsverhältnisses im binnenmarktrechtlichen Kontext offenbar eine geringere Bedeutung beimisst, als es dies in den allermeisten anderen Rechtsgebieten tut.¹⁵⁴⁵ In keinem der analysierten Entscheide hat das Bundesgericht für die Qualifikation der jeweils streitgegenständlichen Tätigkeit ausdrücklich geprüft, ob bzw. in welchem Umfang die entsprechende Tätigkeit den einzelnen Bürger verbindlich und erzwingbar zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichtet oder seine Rechtsbeziehung zum Staat auf andere Weise autoritativ festlegen kann.¹⁵⁴⁶ Zudem hat das Bundesgericht in den jüngeren Urteilen auch darauf verzichtet, die Rechtslage unter dem Freizügigkeitsabkommen zu diskutieren und zu würdigen – obwohl der Gesetzgeber mit der Revision des sachlichen Geltungsbereichs des Binnenmarktgesetzes ganz offensichtlich die Bereichsausnahmen der beiden Regelwerke in Einklang zu bringen bezweckte.¹⁵⁴⁷ 724

3. Jüngere kantonale Gerichtspraxis

Die vom Bundesgericht zuletzt offengelassene Frage, ob die Notariatstätigkeit *per se* als hoheitliche Tätigkeit zu charakterisieren ist und mithin auch vom Geltungsbereich des BGBM ausgenommen bleibt, hatte jüngst auch das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau zu beurteilen.¹⁵⁴⁸ 725

Im konkreten Fall ersuchte die Beschwerdeführerin, eine Zuger Notarin, um Anerkennung ihres Fähigkeitsausweises im Kanton Aargau. Die Notariatskommission des Kantons Aargau verweigerte ihr diese. Der Beschwerdeführerin wurden auch keine Erleichterungen betreffend die Notariatsprüfung gewährt. Erlassen wurde ihr einzig das sechsmonatige Praktikum bei einer Urkundsperson, nicht aber das mindestens dreimonatige Praktikum beim Grundbuchamt. Gegen diesen Entscheid gelangte die Beschwerdeführerin ans Verwaltungsgericht. Sie argumentierte, die ältere Praxis des Bundesgerichts könne mit Rücksicht auf die jüngere Rechtsprechung EuGH¹⁵⁴⁹ nicht länger aufrechterhalten werden, weshalb eine Praxisänderung angezeigt sei.¹⁵⁵⁰ 726

¹⁵⁴⁵ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 385; DIEBOLD, Sachverständige, 1166; vgl. zum Subordinationsverhältnis als entscheidendes Anknüpfungskriterium oben, Rz. 100 und Rz. 106 ff.

¹⁵⁴⁶ Vgl. DIEBOLD, Sachverständige, 1166; KETTIGER, 31 f.; LIENHARD/KETTIGER, 32.

¹⁵⁴⁷ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 386; vgl. dazu oben, Rz. 686 f.

¹⁵⁴⁸ VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018.

¹⁵⁴⁹ Vgl. oben, insbesondere Rz. 484 ff.

¹⁵⁵⁰ VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.1.

- 727 Das Aargauer Verwaltungsgericht fasste in einem ersten Schritt die von der WEKO im Nachgang der erwähnten Rechtsprechung des EuGH erlassenen Empfehlungen¹⁵⁵¹ zusammen,¹⁵⁵² verwies aber auch auf deren kritische Würdigung durch PFÄFFLI/LIECHTI^{1553, 1554}.
- 728 Unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung des FZA¹⁵⁵⁵ rief das Verwaltungsgericht in Erinnerung, dass die einschlägige Rechtsprechung des EuGH nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens massgebend sei, solange keine triftigen Gründe für eine Abweichung vorliegen. Die Bereichsausnahmen in Art. 10, 16 und 22 Anhang I FZA seien offensichtlich denjenigen des Unionsrechts nachgebildet. Es dränge sich daher grundsätzlich auf, die Rechtsprechung des EuGH, wonach die Beurkundungstätigkeit von Notaren nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei und mithin auch nicht unter die Bereichsausnahmen falle, zu übernehmen. In Bezug auf die Ausgestaltung der notariellen Tätigkeit insbesondere in Deutschland gäbe es keine wesentlichen Unterschiede zur Schweiz. Das in der Lehre¹⁵⁵⁶ vorgebrachte Argument, die Qualifikation der notariellen Tätigkeit als Ausübung einer hoheitlichen Funktion entspreche einer althergebrachten Rechtsauffassung, könne nicht überzeugen und reiche jedenfalls auch nicht für die Annahme eines triftigen Grundes zur Abweichung von der Rechtsprechung des EuGH aus. Vielmehr sei der Charakter einer Tätigkeit zu betrachten, und dann zu entscheiden, ob diese hoheitliche Elemente beinhaltet. Diese Entscheidung müsse «frei von jeder Voreingenommenheit gegenüber den Ideen fremder Richter» getroffen werden.¹⁵⁵⁷
- 729 Eine besonders stark ausgeprägte Reglementierung – wie dies in Bezug auf das aargauische Notariat der Fall sei – deute nicht *per se* auf eine hoheitliche Tätigkeit hin. Anders als Richter seien freiberufliche Notare nicht mit Zwangsbefugnissen (gegenüber den Rechtsunterworfenen) ausgestattet. Eine einseitige Entscheidungsbefugnis ohne Mitwirkung der Parteien käme ihnen nicht zu. Freiberufliche Notare würden ihre Dienstleistungen viel eher für ihre Kunden erbringen. Daran ändere nichts, dass sich Notare im Allgemeininteresse betätigen, indem sie zur Verkehrssicherheit und dem Schutz der Parteien vor unklaren und ihrem Willen zuwiderlaufenden Verträgen beitragen. Diesen Bedürfnissen könne jedoch mit entsprechenden Ausbildungsanforderungen und mit einer wirkungsvollen Aufsicht mit Disziplinarbefugnis sowie mit

¹⁵⁵¹ WEKO, Freizügigkeit Notare, 399 ff.

¹⁵⁵² VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.2.

¹⁵⁵³ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 17 ff. und 27 ff.; vgl. weiterführend auch PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 2 ff.

¹⁵⁵⁴ VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.3.

¹⁵⁵⁵ Vgl. dazu im Detail oben, Rz. 555 ff.

¹⁵⁵⁶ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 20.

¹⁵⁵⁷ VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.4.

der Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung Rechnung getragen werden. Daraus ergebe sich keine Notwendigkeit, die notarielle Tätigkeit als hoheitlich zu qualifizieren. Der von einzelnen Exponenten in der Lehre prophezeite «revolutionäre Paradigmenwechsel»¹⁵⁵⁸ würde sich deshalb – von der an und für sich erwünschten Erleichterung beim Marktzugang für ortsfremde Notare abgesehen – wohl vor allem auf die Gebührenfestlegung auswirken.¹⁵⁵⁹

Nicht mehr in Betracht komme jedoch eine Anerkennung ausländischer Fähigkeitsausweise gestützt auf Art. 9 und Anhang III FZA, da die Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG innerhalb der EU explizit nicht mehr für durch einen Hoheitsakt bestellte Notare gelte.¹⁵⁶⁰ Damit bleibe offen, ob in Bezug auf die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Notare überhaupt eine Inländerdiskriminierung drohen würde. Nicht thematisiert wurde im Entscheid, dass (i) die Anpassung der Richtlinie bislang nicht ins FZA aufgenommen wurde und (ii) die Liste der meldepflichtigen Berufe gemäss BGMD/VMD auch in der jüngsten Fassung weiterhin für Notare gilt.¹⁵⁶¹ 730

Das Verwaltungsgericht kam sodann zum Schluss, dass die Notariatstätigkeit aufgrund ihrer Nähe zu staatlichen Aufgaben vom Schutz der nach rein schweizerischem Rechtsverständnis auszulegenden Wirtschaftsfreiheit nicht profitieren könne.¹⁵⁶² Dieser sei auf privatwirtschaftliche Tätigkeiten begrenzt.¹⁵⁶³ 731

Schliesslich prüfte das Verwaltungsgericht die Nichtanerkennung des zugerischen Notariatsfähigkeitsausweises auch unter dem Blickwinkel des Gleichbehandlungsgebots und des Willkürverbots. Dabei nahm es Bezug auf § 8 Abs. 2 des aargauischen Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetzes (BeurG)¹⁵⁶⁴, gemäss welchem der ausserkantonale Fähigkeitsausweis als Notar anerkannt wird, wenn (a) ihm gleichwertige Voraussetzungen für die Erteilung zugrunde liegen, (b) der Gesuchsteller die deutsche Sprache beherrscht und (c) der andere Kanton Gegenrecht hält. Das Verwaltungsgericht kam nach eingehendem Vergleich der Voraussetzungen zur Erlangung der Beurkundungsfähigkeit im Kanton Zug und im Kanton Aargau zum Schluss, dass der Entscheid der Notariatskommission, der zugerischen Beurkundungsprüfung (als Teil der dortigen Anwaltsprüfung) die Gleichwertigkeit mit der aargauischen Notariatsprüfung abzusprechen, nicht zu beanstanden sei. Einen Anspruch auf Anerkennung ihres ausserkantonalen Fähigkeitsausweises als Notarin besitze die Beschwerdeführerin 732

¹⁵⁵⁸ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 19.

¹⁵⁵⁹ VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.4.

¹⁵⁶⁰ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 492 und Rz. 610 ff.

¹⁵⁶¹ Vgl. dazu bereits oben, Rz. 611.

¹⁵⁶² VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.5 m.w.H. auf BGE 133 I 259, E. 2.2; 140 II 112, E. 3.3; UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 19 und 22.

¹⁵⁶³ Vgl. oben, Rz. 650 ff.

¹⁵⁶⁴ Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz (BeurG) des Kantons Aargau vom 30. August 2011 (SAR 295.200).

demnach nicht. Aufgrund ihrer langjährigen Praxiserfahrung bei der öffentlichen Beurkundung verschiedenster Rechtsgeschäfte und des Bestehens der zugerischen Anwalts- und Beurkundungsprüfung seien der Beschwerdeführerin jedoch Erleichterungen bei der Notariatsprüfung zu gewähren. Zudem entschied das Verwaltungsgericht, dass die Beschwerdeführerin ohne ein weiteres Praktikum zur ergänzenden Notariatsprüfung im Kanton Aargau zuzulassen sei.¹⁵⁶⁵

733 Das Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau wurde nicht angefochten und erwuchs in Rechtskraft.¹⁵⁶⁶ Mit Blick auf die dadurch entfallene Gelegenheit zur höchstrichterlichen Klärung der Sachlage durch das Bundesgericht ist dies nachgerade bedauernswert.

4. Würdigung

a) Ausgangspunkt

734 Der Hoheitlichkeitsbegriff ist seit der Revision des Binnenmarktgesetzes im Jahre 2005 das entscheidende Anknüpfungskriterium bei der Bestimmung des Geltungsbereichs des Binnenmarktgesetzes. «Hoheitliche Tätigkeiten» bleiben von den durch das Binnenmarktgesetz gewährten Marktzugangs- und Freizügigkeitsrechten ausgenommen, alle anderen auf Erwerb gerichteten Tätigkeiten fallen dagegen nach gesetzgeberischer Intention darunter. Die Gesetzesnovelle wurde mit dem Ziel implementiert, die Wirksamkeit des Gesetzes zu erhöhen und den verbrieften Freizügigkeits- und Marktzugangsrechten zu verstärkter Durchsetzung zu verhelfen. Gleichzeitig bezweckte der Gesetzgeber eine Anknüpfung und inhaltliche Angleichung an den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens.¹⁵⁶⁷

735 Das Bundesgericht hat sich bis anhin nur vereinzelt zu Funktion und Tragweite des (revidierten) Geltungsbereichs des Binnenmarktgesetzes geäußert. Auffällig ist, dass es insbesondere dem Kriterium des Subordinationsverhältnisses im binnenmarktrechtlichen Kontext offenbar eine geringere Bedeutung beimisst, als es dies in anderen Rechtsgebieten zu tun pflegt.¹⁵⁶⁸ So bejahte das Bundesgericht die Hoheitlichkeit der Tätigkeit von Notaren und Gerichtsgutachtern bis anhin jeweils grosszügig.¹⁵⁶⁹ Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Begriff, wie sie der EuGH bereits seit mehreren Jahrzehnten führt, findet sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dagegen nicht. Ferner hat sich das Bundesgericht bis anhin auch kaum mit Reflexwirkungen des bilateralen und unionalen Rechts auseinandergesetzt, auch wenn die Parallelität zwischen BGBM und FZA vom Gesetzgeber ausdrücklich angestrebt worden ist.¹⁵⁷⁰

¹⁵⁶⁵ VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.4.

¹⁵⁶⁶ Vgl. Kommentar von HETTICH, zu VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, in: ZBl 120/2019, 583.

¹⁵⁶⁷ Vgl. oben, Rz. 665 ff.

¹⁵⁶⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 167 ff.

¹⁵⁶⁹ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 400.

¹⁵⁷⁰ Vgl. oben, Rz. 686 f.

b) *Lehrstreit*

Die restriktive und föderalismusfreundliche Auslegungspraxis des Bundesgerichts (bzw. die extensive Auslegung des Hoheitlichkeitsbegriffs) wurde von diversen Autoren kritisiert.¹⁵⁷¹ Sie bot auch unmittelbaren Anlass zu der Empfehlung der WEKO zuhanden der Kantone und des Bundesrates vom 23. September 2013 betreffend Freizügigkeit für Notare und Urkunden.¹⁵⁷² Die vorgebrachten Kritikpunkte konzentrieren sich auf die folgenden vier Kernargumente:

Erstens sei es aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz unbefriedigend, dass das Bundesgericht bislang keine allgemeingültigen Leitlinien zur Bestimmung des Hoheitlichkeitsbegriffs im Bereich des Binnenmarktgesetzes erlassen habe.¹⁵⁷³ Gerade da das Bundesgericht bislang nur wenige Tätigkeitsfelder auf einen etwaigen hoheitlichen Charakter hin untersucht habe, bleibe mangels genereller Kriterien eine erhebliche Unsicherheit, welche weiteren Tätigkeiten unter die Bereichsausnahme fallen könnten.¹⁵⁷⁴

Zweitens wird die restriktive und «binnenmarktfeindliche» Auslegung von Art. 1 Abs. 3 BGBM kritisiert. Im Lichte der allgemeinen Zweckausrichtung des Binnenmarktgesetzes – Abbau der Beschränkungen des freien Marktzugangs im öffentlichen Recht der Kantone und Gemeinden zur Förderung der beruflichen Mobilität und des Wirtschaftsverkehrs innerhalb der Schweiz sowie zur Unterstützung kantonaler Bestrebungen zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen – sei eine extensive Auslegung der Ausnahmebestimmung von Art. 1 Abs. 3 BGBM kontraproduktiv.¹⁵⁷⁵ Das BGBM hätte seit Erlass die Wirtschaftsfreiheit konkretisieren und deren Binnenmarktfunktion stärken sollen, um so zur effektiven Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraumes beizutragen.¹⁵⁷⁶ Mit der Revision von 2005 habe gerade auch der in den Augen des Gesetzgebers zu föderalismusfreundlichen Praxis der Gerichte Einhaltung geboten werden sollen, da das BGBM noch nicht zur gewünschten Öffnung des Binnenmarktes geführt habe.¹⁵⁷⁷ Vor diesem Hintergrund sei es nur folgerichtig, die gesetzgeberische Stossrichtung bei der Auslegung des sachlichen Geltungsbereichs angemessen zu berücksichtigen. Der Hoheitlichkeitsbegriff gemäss

¹⁵⁷¹ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 400 ff.; OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 59 f.; DIEBOLD, Sachverständige, 1165 ff.; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 354; BREITENMOSER/WEYENETH, Europäische Bezüge, Rz. 31.106; vgl. auch BOILLET, 289 ff.; KAUFMANN, Anerkennung, Rz. 193.

¹⁵⁷² WEKO, Freizügigkeit Notare, Rz. 3 f. und Rz. 52 ff.; vgl. BIAGGINI/LIENHARD/SCHOTT/UHLMANN, 76 f.

¹⁵⁷³ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 400 f.

¹⁵⁷⁴ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 400; vgl. DIEBOLD, Sachverständige, 1163.

¹⁵⁷⁵ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 401 f.; DIEBOLD, Sachverständige, 1165.

¹⁵⁷⁶ Botschaft BGBM, 1221.

¹⁵⁷⁷ Botschaft revBGBM, 472; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 401.

Art. 1 Abs. 3 BGBM sei daher – in Abkehr von der bisherigen, grosszügigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung – tendenziell restriktiv im Sinne der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer auszulegen.¹⁵⁷⁸

- 739 **Drittens** sei der Hoheitlichkeitsbegriff auch in diversen anderen Rechtsgebieten, Sachbereichen und Konstellationen gebräuchlich und einschlägig.¹⁵⁷⁹ Auch wenn der Begriff nicht immer einheitlich verwendet werde, lasse sich in Praxis und Lehre doch zumindest eine Tendenz dahingehend feststellen, dass eine hoheitliche Tätigkeit immer dann vorliege, wenn ein Subordinationsverhältnis zwischen Hoheitsträger und Privatem gegeben sei, welches mit der Kompetenz einhergehe, Befehls- oder Zwangsgewalt anzuwenden bzw. auch gegen den Willen unterworfenen Privater rechtsverbindliche Anordnungen oder Feststellungen zu treffen.¹⁵⁸⁰ Diese Definition sei auch im Bereich des Binnenmarktgesetzes sachlich zutreffend und praktikabel. Andere Tätigkeiten, mit welchen öffentliche Aufgaben erfüllt werden, die aber eben gerade nicht «hoheitlich» sind, liessen sich anhand der Beschreibung einfach abgrenzen.¹⁵⁸¹ In Frage gestellt wird gestützt darauf die bundesgerichtliche Qualifikation der Notariats- und Gerichtsgutachtertätigkeiten, da sie die erörterten Kriterien der Hoheitlichkeit nicht erfüllten und damit in den sachlichen Geltungsbereich des BGBM fielen.¹⁵⁸² Die inkonsistente Anwendung und Auslegung des Hoheitlichkeitsbegriffs führe unbeschrieben davon zu unbefriedigenden Resultaten: Beispielsweise gelte die Tätigkeit von Officialverteidigern und Notaren zwar als hoheitlich im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BGBM, aus Sicht des Mehrwertsteuerrechts aber handle es sich um nicht «hoheitliche Tätigkeiten» gemäss Art. 3 lit. g MWSTG bzw. Art. 14 Ziff. 13 MWSTV.¹⁵⁸³
- 740 **Viertens** werde vom Bundesgericht die mit der Revision des Binnenmarktgesetzes angestrebte Kongruenz zwischen dem sachlichen Geltungsbereich des BGBM und dem FZA nicht berücksichtigt.¹⁵⁸⁴ Das FZA sehe in Art. 10, Art. 16 und Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA genauso Bereichsausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten» vor.¹⁵⁸⁵ Das FZA – und mithin auch dessen Bereichsausnahmen – seien europakompatibel

¹⁵⁷⁸ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 401.

¹⁵⁷⁹ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 401 f.; JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 622 ff.; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 161 ff.; vgl. hierzu ausführlich die Ausführungen im ersten Teil vorliegender Arbeit, insbesondere oben, Rz. 47 ff.

¹⁵⁸⁰ JAAG, hoheitliche Tätigkeiten, 633; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 30; OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 381 und 401 f.; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 161; vgl. auch oben, Rz. 101 ff.

¹⁵⁸¹ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 402; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 166; STÖCKLI, 179; vgl. auch oben, Rz. 113 ff.

¹⁵⁸² OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 402; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 170; STÖCKLI, 181 f.

¹⁵⁸³ Vgl. zur Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs im Mehrwertsteuerrecht oben, Rz. 68.

¹⁵⁸⁴ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 402 f.; OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 61; DIEBOLD, Freizügigkeit, Rz. 170 und 308 ff.; STÖCKLI, 179 ff.

¹⁵⁸⁵ Vgl. oben, Rz. 577 ff.

auszulegen. Damit komme Präjudizien des EuGH bei wörtlich oder sinngemäss vom Unionsrecht übernommenen Bestimmungen entscheidende Bedeutung zu. Das Prinzip der eurokompatiblen Auslegung reflektiere das Interesse an einem einheitlich ausgestalteten Freizügigkeitsraum und einer möglichst parallelen Rechtsentwicklung. Das Bundesgericht sei bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens noch nie von diesem Grundsatz abgewichen.¹⁵⁸⁶ In diesem Lichte sei klar, dass die Praxis des EuGH zu den Parallelbestimmungen im Unionsrecht, nämlich Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 AEUV, auch für die Auslegung der FZA-Bereichsausnahmen einschlägig sei. Dies gelte einerseits in Bezug auf die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit eine Tätigkeit als hoheitlich qualifiziert. Andererseits seien aber auch die Urteile des EuGH zur konkreten Qualifikation gewisser Tätigkeiten als hoheitlicher oder eben nicht hoheitlicher Natur zu berücksichtigen.¹⁵⁸⁷ Triftige Gründe für ein Abweichen von der eurokompatiblen Auslegung gäbe es keine.¹⁵⁸⁸ Insgesamt bleibe den schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden somit nichts anderes übrig, als sich bei der Auslegung von Art. 1 Abs. 3 BGBM an der Praxis des EuGH zu Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 AEUV auszurichten, wenn dem gesetzgeberischen Willen, den sachlichen Geltungsbereich des BGBM an denjenigen des FZA anzupassen, angemessen Rechnung getragen werden soll. Mit Blick auf Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM könne durch diese Anlehnung auch sichergestellt werden, dass Schweizer gegenüber Angehörigen der anderen Vertragsparteien des Freizügigkeitsabkommens nicht schlechter gestellt seien (Inländerdiskriminierung).¹⁵⁸⁹

Gegen die auf diesen Punkten fussende Empfehlung der WEKO zur Freizügigkeit des Notariats innerhalb der Schweiz brachten wiederum verschiedene andere Autoren¹⁵⁹⁰ und auch der Schweizerische Notarenverband¹⁵⁹¹ Kritik vor. Diese fokussiert vornehmlich auf der geforderten Unterstellung notarieller Tätigkeiten unter das Binnenmarktgesetz. Auch die Hauptargumente der Kritiker lassen sich anhand von vier Eckpunkten zusammenfassen:¹⁵⁹²

Erstens habe der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes nicht mit jenem des Freizügigkeitsabkommens bzw. des unionalen Freizügigkeits-

¹⁵⁸⁶ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 402; STÖCKLI, 180.

¹⁵⁸⁷ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 403; DIEBOLD, Sachverständige, 1167; STÖCKLI, 180.

¹⁵⁸⁸ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 403; BOILLET, 291 ff.

¹⁵⁸⁹ OESCH, hoheitliche Tätigkeiten, 403.

¹⁵⁹⁰ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 17 ff., 27 ff. und 37; PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 8 ff.; PIOTET, marché intérieur, Rz. 19 ff.; PIOTET, commission fédérale de la concurrence, 156 ff.; MOSER, 166 ff.

¹⁵⁹¹ Vgl. SNV, Stellungnahme des SNV zur Medienmitteilung der WEKO vom 23.09.2013 betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden sowie SNV, Der Fall Freitas – Auswirkungen auf die Freizügigkeitsempfehlung der WEKO (beide Dokumente sind online abrufbar unter <snv-fsn.ch> → Aktuelles); vgl. auch NUSPLIGER, Rz. 4 ff.

¹⁵⁹² Vgl. VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.3.

rechts angleichen wollen. Dafür sprächen insbesondere die bewusst unterschiedlich gewählten Begrifflichkeiten: Der Begriff der hoheitlichen Tätigkeit, welcher der deutschsprachigen Gesetzesfassung zugrunde liege, sei zwar ungenau, deute aber genauso wie die französischsprachige («*activités régaliennes*») und die italienischsprachige («*attività [...] negli ambiti di sovranità dello Stato*») Version auf Tätigkeiten hin, die ein «Privileg» des Staates seien. Dazu gehöre namentlich auch die Rechtsprechung bzw. die freiwillige Gerichtsbarkeit, zu welcher auch das Notariat zähle. Von Bedeutung sei hier aber insbesondere, dass das Unionsrecht sowie das FZA andere Begrifflichkeiten verwenden als das Binnenmarktgesetz. Hätte der Gesetzgeber eine Angleichung gewünscht, so hätte er problemlos die entsprechenden Formulierungen des Freizügigkeitsabkommens übernehmen können – er habe sich aber bewusst dagegen entschieden.¹⁵⁹³

743 **Zweitens** sei auch die eurokompatible Auslegung des FZA in Bezug auf die Freizügigkeit des Notariats nicht zwingend.¹⁵⁹⁴ Die entscheidenden Urteile des EuGH seien nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen. Folglich bestehe keine vertragliche Verpflichtung der Schweiz, diese zu berücksichtigen.¹⁵⁹⁵ Insbesondere beim Vorliegen triftiger Gründe könne das Bundesgericht von der Rechtsprechung des EuGH abweichen. In Bezug auf notarielle Tätigkeiten würden überwiegende Argumente für das Vorliegen triftiger Gründe und damit gegen eine Übernahme der Rechtsprechung des EuGH sprechen:¹⁵⁹⁶

- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Hoheitlichkeit notariellen Handelns sei klar und unbestritten; in der Diktion des Bundesgerichts handle es sich bei der Beurkundungstätigkeit «zweifellos» um eine Tätigkeit, welche für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt miteinschliesse.¹⁵⁹⁷
- In dieser Rechtsprechung komme nichts anderes zum Ausdruck als der Kern des demokratischen Staatsverständnisses der Schweiz, wonach Staatsgewalt durch die Staatsunterworfenen selber ausgeübt werde.¹⁵⁹⁸ Die notarielle Tätigkeit sei vergleichbar mit richterlichen Funktionen oder hohen politischen Ämtern und damit eben hoheitlicher Natur.¹⁵⁹⁹ Alleine das Gemeinwesen sei berechtigt, Tätigkeiten den eigenen Angehörigen vorzubehalten sowie autonom zu definieren, welche Handlungen es als «hoheitlich» und welche es als «privat» qualifiziere.¹⁶⁰⁰ Die Be-

¹⁵⁹³ PIOTET, *marché intérieur*, Rz. 19.

¹⁵⁹⁴ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 13 ff.

¹⁵⁹⁵ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 17; PIOTET, *marché intérieur*, Rz. 14.

¹⁵⁹⁶ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 21 f.

¹⁵⁹⁷ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 20, 3. Aufzählungszeichen.

¹⁵⁹⁸ So ausdrücklich BGE 128 I 280, E. 4.3.

¹⁵⁹⁹ PIOTET, *marché intérieur*, Rz. 20 ff.; vgl. BERWEGER/MAHLER/BAUMGARTNER, 1140 f.; RUF, 76; BRÜCKNER, Rz. 481; MARTI, 18 f.

¹⁶⁰⁰ Vgl. KIENER, 268; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1576.

fugnis des Staates, sein Handeln souverän zu qualifizieren, tangiere den Kern des schweizerischen Staats- und Demokratieverständnisses. Die älteste Form der Ausübung öffentlicher Gewalt eines Staates sei jene der Rechtsprechung und Rechtsanwendung, worunter auch die notariellen Tätigkeiten fielen. Die Idee, dass ein Staat sein diesbezügliches Verständnis aufgrund eines fremden Gerichts revidiere, sei nicht leichthin gutzuheissen.¹⁶⁰¹

- Die Qualifikation von Beurkundungstätigkeiten als «hoheitliche Tätigkeiten» entspreche sodann dem Bedürfnis nach Verkehrssicherheit und dem Schutz der Parteien vor ungenauen, unklaren und ihrem Willen zuwiderlaufenden Verträgen. Ein hoheitlich tätiger Notar geniesse ein hohes und unparteiisches Ansehen bei den Vertragsparteien. Ein Entzug der hoheitlichen Funktion würde zu Verkehrsunsicherheit führen und den bestehenden Übereilungsschutz erodieren.¹⁶⁰²
- Eine neue Qualifikation notariellen Handelns hätte ungeahnte Konsequenzen¹⁶⁰³ für die Aufsicht, die Disziplinalgewalt und die Gebühren-/Honorarfestlegung, die einem Paradigmenwechsel gleichkämen. Das schweizerische Verständnis der notariellen Tätigkeit komme einer während mehr als sieben Jahrhunderten gewachsenen und tradierten Rechtsüberzeugung¹⁶⁰⁴ gleich, deren Änderung die bestehende Rechtssicherheit qualifiziert tangieren würde.¹⁶⁰⁵
- Schliesslich hätte eine Neudefinition notariellen Handelns unter Umständen auch erhebliche finanzielle Konsequenzen für die Kantone: Ein Entzug der hoheitlichen Funktion müsste als Entzug eines wohlerworbenen Rechts qualifiziert werden, was wiederum bei den Kantonen eine Entschädigungspflicht auslösen würde.¹⁶⁰⁶

Drittens sei die innerstaatliche Umsetzung des FZA durch das BGMD und die VMD 744 verfassungswidrig. Das gelte umso mehr, seit die Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG revidiert worden und Notare innerhalb der EU nun ausdrücklich davon ausgenommen seien.¹⁶⁰⁷ Dass Notare gemäss der VMD vom FZA erfasst sind, sei daher unbeachtlich.¹⁶⁰⁸

Viertens entfalle in Anbetracht der Tatsache, dass notarielle Tätigkeiten vom Anwen- 745 dungsbereich des FZA ausgenommen seien, das Fundament für die von der WEKO als Begründung für die interkantonale Freizügigkeit der Notare erwähnte Vermeidung

¹⁶⁰¹ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 20, 4. Aufzählungszeichen.

¹⁶⁰² PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 20, 5. Aufzählungszeichen; vgl. auch NUSPLIGER, Rz. 13.

¹⁶⁰³ Vgl. MOSER, 167 f.

¹⁶⁰⁴ CARLEN, 1 ff.; RUF, 17 ff.

¹⁶⁰⁵ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 20, 6. Aufzählungszeichen sowie Fn. 38.

¹⁶⁰⁶ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 20, 7. Aufzählungszeichen m.w.H. auf RUF, 75.

¹⁶⁰⁷ PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 2 ff.; vgl. dazu bereits oben, Rz. 614 f.

¹⁶⁰⁸ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 27 ff.; PIOTET, commission fédérale de la concurrence, 165 f.

von Inländerdiskriminierungen. Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM müsse bezüglich notarieller Tätigkeiten die Anwendbarkeit versagt werden, da sich diese Bestimmung ausschliesslich auf Berufe beziehe, welche vom FZA mitumfasst seien. Für Notare gelte diese – aufgrund ihrer hoheitlichen Tätigkeit – gerade nicht.¹⁶⁰⁹

c) *Stellungnahme*

- 746 Die Kritik an den Empfehlungen der WEKO und den anderslautenden Meinungen in der Doktrin beschränkt sich nach dem Gesagten mehrheitlich auf die Charakterisierung der Notariatstätigkeit als nicht hoheitliche Tätigkeit und eine damit einhergehende Unterstellung unter das BGBM. Welche Tätigkeiten aber generell als hoheitlich gelten und warum dies so ist, wird kaum besprochen. Dabei läge m.E. gerade hierin der Schlüssel für einen sachgerechten Lösungsansatz: Völlig unabhängig von allfälligen Reflexwirkungen des bilateralen und unionalen Rechts auf das Binnenmarktgesetz stellt sich nämlich die Grundsatzfrage, warum im binnenmarktrechtlichen bzw. freizügigkeitsrechtlichen Kontext der Hoheitlichkeitsbegriff weiter verstanden werden sollte, als dies in praktisch allen anderen Gebieten des schweizerischen Rechts der Fall ist. Insbesondere wird von den kritischen Stimmen in der Lehre nicht besprochen, inwiefern im Rechtsverhältnis zwischen Notaren und Privatpersonen ein Subordinationsverhältnis auszumachen ist, was – wie gesehen¹⁶¹⁰ – in praktisch allen anderen Rechtsgebieten auch vom Bundesgericht zur Bestimmung der Hoheitlichkeit einer Tätigkeit herangezogen wird.
- 747 Zu den einzelnen aufgeführten Kritikpunkten können sodann gewichtige Gegenargumente vorgebracht werden:
- 748 Die Zweifel an der gesetzgeberischen Intention zur Angleichung des Geltungsbereichs des BGBM an jenen des FZA werden durch die Gesetzesmaterialien widerlegt. In der parlamentarischen Debatte wurde die angestrebte Parallelität mehrfach erwähnt.¹⁶¹¹ Terminologische Unterschiede zwischen den Ausnahmebestimmungen des FZA und dem Geltungsbereich des BGBM sind unter anderem dem Umstand geschuldet, dass das BGBM eben nicht bloss Freizügigkeitsrechte, sondern auch Marktzugangsrechte regelt. Zudem sieht das BGBM aus gesetzessystematischen Gründen nur eine einzige Ausnahmebestimmung vor, während das FZA und der AEUV für Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit einzelne Ausnahmen stipulieren. Zwischen den Bereichsausnahmen des FZA und jenen des AEUV bestehen auch geringfügige begriffliche Unterschiede. Die Zusätze im Abkommenswortlaut des FZA reflektieren aber einzig die Rechtsprechung des EuGH zu den Bereichsausnahmen des AEUV und deuten darum umso mehr auf eine gewollte Angleichung an

¹⁶⁰⁹ PFÄFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission, Rz. 37; PFÄFFLI/LIECHTI, Notar, Rz. 6 ff.

¹⁶¹⁰ Vgl. oben, Rz. 100.

¹⁶¹¹ Vgl. oben, Rz. 686 ff.

die unionalen Freizügigkeitsrechte und deren enge Bereichsausnahmen hin.¹⁶¹² Letztlich sind auf allen Ebenen «hoheitliche Tätigkeiten» vom jeweiligen Anwendungsbereich ausgenommen, was denn im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes gemäss Art. 1 Abs. 3 BGBM auch ausdrücklich verankert wird.

Die vorgebrachten Argumente, die für das Vorliegen triftiger Gründe gegen eine Übernahme der EuGH-Rechtsprechung sprechen sollen, überzeugen sodann m.E. nur bedingt: Würde man dem Argument, wonach es einer tradierten schweizerischen Rechtsauffassung entspreche, dass die Beurkundungstätigkeit mit der Ausübung einer hoheitlichen Funktion einhergehe, konsequent folgen, so liesse sich dieses Argument auch auf zahlreiche andere tradierte Tätigkeiten übertragen und es verbliebe effektiv kaum je Raum für zeitgemässe Rechtsfortbildung. Sachgerecht erscheint einzig eine Einzelfallbeurteilung des Charakters der jeweils Streitgegenständlichen Tätigkeit nach dem Vorbild der Praxis des EuGH. Diese Beurteilung muss ohne Scheuklappen und Voreingenommenheit gegenüber den Ideen «fremder» Richter erfolgen,¹⁶¹³ zumal die Schweiz durch das Andocken am europäischen Binnenmarkt die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zumindest in Kauf genommen hat.¹⁶¹⁴ 749

Auch ist es m.E. eher unwahrscheinlich, dass die Verkehrssicherheit und der Schutz der Parteien massgeblich in Mitleidenschaft gezogen würden, wenn die notarielle Tätigkeit nicht mehr als hoheitlich gelten würde. Namentlich ist nicht ersichtlich, inwiefern die Unterstellung des Notariatswesens unter das BGBM und – unter gewissen Voraussetzungen¹⁶¹⁵ – das Aufkommen interkantonalen oder gar europäischer Konkurrenz zwangsläufig zu einem Qualitätsverlust führen müssten.¹⁶¹⁶ 750

Den prophezeiten Paradigmenwechsel in Bezug auf Aufsicht, Disziplinalgewalt und Gebühren- bzw. Honorarfestlegung dürfte es sodann kaum geben. Dass ein erleichterter Marktzugang für ortsfremde Notare allenfalls – aus der Perspektive der Klienten – positive Auswirkungen auf die Gebühren- und Honorarfestlegung haben könnte, spricht m.E. eher gegen eine Qualifikation des Notariats als hoheitliche Tätigkeit.¹⁶¹⁷ Eine Tendenz hin zu wettbewerbsorientierteren Gebühren ist im Übrigen auch auf rein kantonaler Ebene zu erkennen.¹⁶¹⁸ 751

Auch läge in der Neuqualifikation des Notariats als nicht hoheitliche Tätigkeit kein Entzug wohlerworbener Rechte. Wohlerworbene Rechte finden nach der jüngeren 752

¹⁶¹² Vgl. oben, Rz. 579 ff.

¹⁶¹³ So auch VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.4.

¹⁶¹⁴ Vgl. OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 62.

¹⁶¹⁵ Vgl. dazu sogleich unten, Rz. 757 ff.

¹⁶¹⁶ Vgl. NUSPLIGER, Rz. 8.

¹⁶¹⁷ Vgl. RUTZ/SCHMID, 52 f.

¹⁶¹⁸ Vgl. z.B. das am 1. Juni 2021 in Kraft getretene teilrevidierte Notariatsgesetz des Kantons Bern (BSG 169.11).

bundesgerichtlichen Rechtsprechung primär im Grundsatz von Treu und Glauben (und nicht mehr in der Eigentumsgarantie) Schutz.¹⁶¹⁹ Es handelt sich vornehmlich «um Rechte, die im gegenseitigen Vertrauen zwischen dem Staat und dem Träger des Rechts darauf begründet worden sind, dass die Rechtsbeziehungen auf eine bestimmte Dauer grundsätzlich unverändert bleiben und einen verstärkten Schutz, namentlich vor späteren Eingriffen durch den Gesetzgeber, geniessen sollen».¹⁶²⁰ Bisherige Notare blieben aber selbstverständlich auch bei einer Unterstellung des Notariatswesens unter das BGBM weiterhin befähigt, als Notare zu arbeiten. Ihnen würden dadurch keine Rechte entzogen. Ganz im Gegenteil könnte argumentiert werden, dass den Notaren durch die neugewonnene Freizügigkeit gar erweiterte Rechte erwachsen.

- 753 Die kritisierten Divergenzen zwischen der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36 und der VMD wurden bereits an anderer Stelle diskutiert.¹⁶²¹ Der neue Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 2005/36/EG wurde bis anhin nicht in den Anhang III des FZA übernommen und ist damit nicht Teil der «für die Schweiz verbindlichen Fassung» der Richtlinie 2005/36/EG.¹⁶²² Selbst wenn eine Kompetenzüberschreitung des Verordnungsgebers vorläge, wäre die praktische Konsequenz hiervon gering. Die Anerkennung ausländischer Fähigkeitsausweise von Notaren würde in diesem Fall einfach anderen, weniger formalisierten Regeln folgen. An der Qualifikation der notariellen Tätigkeit als hoheitliche Tätigkeit würde dies aber nichts ändern. Die interkantonale Freizügigkeit für Notare schliesslich wäre durch das Gebot der Vermeidung von Inländerdiskriminierungen (vgl. Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM) gewährleistet.
- 754 Die Klärung der offenen Fragen zum revidierten Geltungsbereich des BGBM bzw. des FZA obliegt letztlich dem Bundesgericht.¹⁶²³ Es wäre wünschenswert, wenn dieses bei nächster Gelegenheit den dabei entscheidenden Hoheitlichkeitsbegriff generell mit Inhalten ausfüllen und massgebliche Kriterien zur Qualifikation einer Tätigkeit als hoheitlich bzw. nicht hoheitlich festlegen würde. Dabei sollten m.E. – wie wiederholt gesagt – kaum Gründe ersichtlich sein, die für ein Abweichen von der Rechtsprechung in anderen Gebieten sprechen würden. Mithin wäre bei der Qualifikation hauptsächlich auf den Charakter der fraglichen Tätigkeit abzustellen, um zu entscheiden, ob sie hoheitliche Elemente beinhaltet oder nicht. Solche Elemente ergeben sich üblicherweise durch ein Subordinationsverhältnis, dass auf Zwangsbefugnissen gegenüber den Rechtsunterworfenen sowie einseitiger Entscheidungsgewalt beruht.¹⁶²⁴

¹⁶¹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 598 und Rz. 826a; vgl. m.w.H. RIVA, 33 ff. und 69 ff.

¹⁶²⁰ BGE 145 II 140, E. 4.3.

¹⁶²¹ Vgl. oben, Rz. 614 ff.

¹⁶²² Vgl. Art. 2 lit. c BGMD und die sich darauf beziehende Fn. 5, wonach die Richtlinie 2005/36/EG «in der für die Schweiz verbindlichen Fassung» gemäss Anhang III FZA entscheidend ist.

¹⁶²³ OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 61.

¹⁶²⁴ Vgl. oben, Rz. 101 ff.

Im Bereich des Freizügigkeitsrechts hätte das Bundesgericht sodann m.E. die präjudizierende Wirkung der EuGH-Rechtsprechung zu berücksichtigen. Der vorgegebene Auslegungsmechanismus des FZA stipuliert in gewissem Masse gar eine Verpflichtung, die einschlägigen Urteile des EuGH zu berücksichtigen.¹⁶²⁵ Die bisherige Praxis des Bundesgerichts belegt, dass eine Abweichung von der Rechtsprechung des EuGH selbst bei Urteilen, die nach Unterzeichnung des FZA ergangen sind, nur in Ausnahmefällen bzw. beim Vorliegen triftiger Gründe möglich ist. Effektiv aber sah sich das Bundesgericht bis anhin soweit ersichtlich noch überhaupt nie mit solch triftigen Gründen konfrontiert. Nach dem Scheitern der Verhandlungen über das InstA steht eine weitere Instutionalisierung bzw. formelle Verbriefung der Berücksichtigungspflicht der Rechtsprechung des EuGH zu den Parallelbestimmungen im Unionsrecht vorerst nicht mehr zur Debatte. 755

Über die gesetzgeberisch gewollte Angleichung der Geltungsbereiche des BGBM und des FZA ergeben sich aus dieser Berücksichtigungspflicht sodann auch bedeutende Reflexwirkungen auf das interkantonale und kantonale Recht – und mithin auf rein nationale Sachverhalte. Diese Wirkung ist politisch heikel, zumal sie Tätigkeiten betrifft, mit denen zweifellos öffentliche Aufgaben erfüllt werden und deren Regelung traditionell den Kantonen überlassen war.¹⁶²⁶ Es mag zutreffen, dass solche Auswirkungen der restriktiven Praxis des EuGH zu den Bereichsausnahmen im Unionsrecht im Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA nicht jedermann bekannt waren. Die Schweiz hat sich jedoch für ein sektorielles Andocken am dynamischen unionalen Binnenmarkt entschieden. Der EuGH spielt bei der Weiterentwicklung des unionalen Binnenmarkts seit jeher eine aktive und integrationsfreundliche Rolle.¹⁶²⁷ Die mit dem FZA bezweckte Verwirklichung der vertraglich gewährleisteten Freizügigkeitsrechte auf der Basis des unionalen *acquis* unter Schaffung einer möglichst parallelen Rechtslage bringt mit sich, dass die Schweiz die Präjudizienwirkung von einschlägigen EuGH-Urteilen akzeptiert und nachvollzieht – selbst wenn diese tradierten schweizerischen Rechtsvorstellungen oder gar dem Souveränitätsverständnis der Schweiz entgegenstehen.¹⁶²⁸ 756

Was wären denn nun aber letztlich die tatsächlichen Auswirkungen einer Praxisänderung des Bundesgerichts? Welche praktischen Konsequenzen würden sich überhaupt ergeben, wenn eine Tätigkeit, wie beispielsweise das Notariat, vom Bundesgericht nicht mehr als hoheitliche Tätigkeit angesehen würde? In erster Linie käme – wie gesehen – das Binnenmarktgesetz zur Anwendung, da dessen Geltungsbereich im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BGBM eröffnet wäre. Basierend auf dieser Annahme könnten sich kantonale Urkundspersonen auf die im BGBM verankerten Freizügigkeits- und 757

¹⁶²⁵ OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 61; DIEBOLD, Sachverständige, 1169.

¹⁶²⁶ Vgl. OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 61.

¹⁶²⁷ OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 62.

¹⁶²⁸ OESCH, Einfluss des EU-Rechts, 62; vgl. COTTIER, 352 ff.

Marktzugangsrechte berufen, zu deren Durchsetzung sie einen individualrechtlichen Anspruch hätten.¹⁶²⁹ Diese Freizügigkeits- und Marktzugangsrechte würden jedoch nicht absolut gelten. Der Marktzugang für ortsfremde Anbieter könnte unter Berücksichtigung der Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und der Voraussetzungen nach Art. 3 BGBM mittels Auflagen oder Bedingungen eingeschränkt werden. Art. 4 BGBM konkretisiert das Recht auf freien Marktzugang für Erwerbstätigkeiten, deren Ausübung sowohl am Bestimmungsort als auch am Herkunftsort einen Fähigkeitsausweis voraussetzt und sieht ähnliche Einschränkungsmöglichkeiten vor.¹⁶³⁰ Im interkantonalen Verhältnis bestehen dabei drei Anerkennungsregime:¹⁶³¹

- Anerkennung gemäss spezifischen interkantonalen Vereinbarungen (Art. 4 Abs. 4 BGBM);
- Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Erwerbstätigkeiten, die unter das FZA fallen (Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM; die Anerkennung erfolgt nach Massgabe des FZA); sowie
- Anerkennung gemäss Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM.

758 Dem Inhaber eines Fähigkeitsausweises steht ein Wahlrecht zwischen diesen drei Anerkennungsregeln zu, insofern die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Anerkennungsregime nach Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM unterscheiden sich dabei kaum vom Anerkennungsregime gemäss FZA.¹⁶³² Entscheidend ist in allen Fällen eine Gleichwertigkeitsprüfung der Fähigkeitsausweise (vgl. Art. 3 Abs. 1 BGBM), wobei Gleichwertigkeit vermutet wird (vgl. Art. 2 Abs. 5 BGBM). Erfüllt der Fähigkeitsausweis die Anforderungen des Bestimmungsorts nur teilweise, so kann die betroffene Person den Nachweis erbringen, dass sie die erforderlichen (Zusatz-)Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder einer praktischen Tätigkeit anderweitig erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM). Beschränkungen der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen nach Art. 3 BGBM kommen erst in Frage, wenn zum einen der Bestimmungskanton die Vermutung der Gleichwertigkeit der Fähigkeitsausweise widerlegen konnte und zum anderen die betroffene Person den Nachweis nicht erbringen kann, dass sie die fehlenden Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder mittels praktischer Tätigkeit anderweitig erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM).¹⁶³³

759 Die Anwendung des sich aus diesen Gesetzesbestimmungen ergebenden Prüfprogramms dürfte zumindest im Bereich des in der Schweiz vorherrschenden freiberuflichen Notariats folgende Konsequenzen mit sich bringen:¹⁶³⁴

¹⁶²⁹ STÖCKLI, 184.

¹⁶³⁰ STÖCKLI, 184 f.

¹⁶³¹ Vgl. HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 680 ff.; STÖCKLI, 185.

¹⁶³² STÖCKLI, 185; vgl. WEKO, Freizügigkeit Notare, Rz. 54 ff.

¹⁶³³ STÖCKLI, 185.

¹⁶³⁴ Vgl. für eine konkrete Anwendung des Prüfungsschemas auf die Konstellation zwischen dem Berner und Basler Notariat STÖCKLI, 186 ff.; vgl. auch VGer AG, WBE.2018.36 vom

- Die Anerkennung eines ausserkantonalen Notariatsfähigkeitsausweises kann verweigert werden, wenn die Ausbildungserfordernisse im Herkunftskanton bedeutend tiefer sind als im Bestimmungskanton. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Hochschulstudium mit Masterabschluss nur im Bestimmungs- und nicht im Herkunftskanton vorausgesetzt wird. Sieht ein Kanton keine eigenständige Notariatsprüfung vor und ist die Beurkundungsprüfung Teil der Anwaltsprüfung¹⁶³⁵, kann davon ausgegangen werden, dass die Prüfung weniger anforderungsreich ist. Gestützt darauf kann die Gleichwertigkeit verneint werden.¹⁶³⁶
- Wird die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, ist der ortsfremden Person gemäss Art. 4 Abs. 3 BGBM der Nachweis zu ermöglichen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen ihrer praktischen Tätigkeit erworben hat. Gelingt auch dieser Nachweis nicht, könnte die zuständige Stelle nach Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM Auflagen zur Beschränkung des Marktzugangs verfügen, sofern diese (a) gleichermassen für ortsansässige Personen gelten, (b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und (c) verhältnismässig sind. Grundsätzlich unzulässig sind verdeckte Marktzutrittsschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen und Marktzugangsverweigerungen. Eine Auflage könnte etwa darin bestehen, dass der ausserkantonale Notar eine angepasste (sprich: verkürzte) Eignungsprüfung über das kantonale Recht absolvieren müsste.

Auch vor dem Hintergrund der skizzierten praktischen Konsequenzen sind die Erwägungen des Aargauer Verwaltungsgerichts im soweit ersichtlich jüngsten Fall, in dem es um die Frage der Zulassung einer ausserkantonalen Notarin ging, lesenswert.¹⁶³⁷ Einerseits geht das Verwaltungsgericht lobenswert detailliert auf die Frage ein, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Lichte des FZA sowie des europäischen Primär- und Sekundärrechts anzupassen wäre.¹⁶³⁸ Letztlich bleibt aber unbefriedigend, dass es die Frage offenlässt, obwohl sich aus den Erwägungen eine klare Tendenz hin zu einer Rechtsprechungsänderung feststellen lässt. Die vom Gericht zum Ausdruck gebrachten Zweifel an der Gesetzeskonformität der VMD sind m.E. zwar durchaus begründet, würden aber dennoch einer Bejahung der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Inländerdiskriminierung (Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM) nicht entgegenstehen: In Nachachtung der Praxis des EuGH und der ausgear-

21. August 2018, E. 5 ff.: Der darin vorgenommene Vergleich zwischen dem aargauischen und dem zugerischen Fähigkeitsausweis für Notare stützt sich zwar auf die Gleichwertigkeitsprüfung nach § 8 Abs. 2 des Beurkundungsgesetz des Kantons Aargau. Diese unterscheidet sich letztlich aber kaum vom vorgestellten Prüfprogramm gemäss BGBM resp. FZA.

¹⁶³⁵ Wie beispielsweise in den Kantonen Zug und St. Gallen.

¹⁶³⁶ VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 5.3.2 ff.

¹⁶³⁷ Vgl. Kommentar von HETTICH zu VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, in: ZBl 120/2019, 583.

¹⁶³⁸ VGer AG, WBE. 2018.36 vom 21. August 2018, E. 3.4.

beiteten Auslegungskriterien zur «Hoheitlichkeit» müsste die Notariatstätigkeit als «nicht hoheitlich» qualifiziert werden. Dementsprechend bliebe das BGBM auf Notare anwendbar.

- 761 Im Ergebnis legt das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau aber auch das «eigene», kantonale Beurkundungsrecht freizügigkeitsfreundlich aus und weicht von den Empfehlungen der WEKO im Anwendungsbereich des BGBM nur geringfügig ab. Sieht das kantonale Beurkundungsrecht anders als im Kanton Aargau jedoch keine Möglichkeit der Anerkennung ausserkantonaler Fähigkeitsausweise mittels Gleichwertigkeitsprüfung vor, so bleibt einem Notar, der in den Genuss interkantonaler Freizügigkeit kommen möchte, weiterhin nur der Umweg über das BGBM.¹⁶³⁹ Vorausgesetzt ist hierfür freilich, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung im Sinne der vorstehenden Erörterungen anpasst.
- 762 Über die Frage der Freizügigkeit im Notariatswesen wurde und wird in Lehre und Politik ein ausführlicher Diskurs geführt. Eine sachgerechte Lösung im Sinne der Thesen der vorliegenden Arbeit würde dabei m.E. durch eine schweizweite Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens wesentlich befördert. Dies hat umso mehr zu gelten, als etwa auch die Einführung von E-Urkunden für eine Vereinheitlichung des Verfahrens sprechen. Ob der politischen Machbarkeit eines solchen Vorhabens sind jedoch diverse Fragezeichen aufzuwerfen.¹⁶⁴⁰

C. Fazit und Zusammenfassung

- 763 Auch im nationalen, innerschweizerischen Freizügigkeitsrecht, das den Binnenverkehr zwischen den Kantonen und den Gemeinden regelt, ist der Hoheitlichkeitsbegriff ein entscheidender Anknüpfungspunkt.
- 764 Bereits im Bereich der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen kommt dem Hoheitlichkeitsbegriff eine gewisse Relevanz zu. So schützt das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ausschliesslich privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeiten. Im Gegensatz dazu fallen gewisse «amtliche» Tätigkeiten nicht in den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit. Zu solch amtlichen Tätigkeiten gehören auch sämtliche «hoheitlichen» Tätigkeiten. Darüber hinaus sind aber auch weitere Tätigkeiten von öffentlichen Diensten umfasst, die zwar nicht als hoheitlich qualifizieren, aber doch der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen und nicht gewerblich sind.

¹⁶³⁹ Vgl. Kommentar von HETTICH zu VGer AG, WBE.2018.36 vom 21. August 2018, in: ZBl 120/2019, 583.

¹⁶⁴⁰ Vgl. NUSPLIGER, Rz. 22 f.

Im Gegensatz dazu ist der Hoheitlichkeitsbegriff auf Gesetzesebene explizit in Art. 1 Abs. 3 BGBM verankert. Dieser stipuliert seit der Revision im Jahre 2005, dass sämtliche «nicht hoheitlichen», auf Erwerb gerichteten Tätigkeiten vom Geltungsbereich des Gesetzes umfasst sind. Der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes ist seit der Revision nicht mehr an jenen der Wirtschaftsfreiheit geknüpft, sondern im Vergleich dazu weitergehend. Eine Konsultation der Gesetzesmaterialien verdeutlicht, dass mit dem revidierten Wortlaut vor allem zwei Ziele verfolgt werden sollen: Einerseits geht es darum, den im Binnenmarktgesetz verbrieften Rechten eine grössere Wirkung zuzugestehen und der früheren, föderalismusfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts einen Riegel zu schieben. Andererseits wird eine inhaltliche Angleichung mit dem Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens bezweckt. 765

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes und insbesondere zum Hoheitlichkeitsbegriff im binnenmarktrechtlichen Kontext ist relativ spärlich. Auch inhaltlich hat sich das Bundesgericht bislang nicht eingehend mit dem Hoheitlichkeitsbegriff beschäftigt wie etwa der EuGH. Vielmehr beschränkt es sich vornehmlich darauf, einzelne Tätigkeiten als «offensichtlich» oder «zweifellos» hoheitlich zu bezeichnen. Im Resultat qualifizierte das Bundesgericht so bislang die Beurkundungstätigkeit von Notaren, die Tätigkeit von Officialverteidigern und die Tätigkeit von Gerichtsgutachtern als hoheitlich. Insbesondere in der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung fehlt dabei die Bezugnahme auf die Reflexwirkungen, die sich aus der gewollten Angleichung an das Freizügigkeitsabkommen und der daraus folgenden eurokompatiblen Auslegung ergeben. Ob mit dem bereits an anderer Stelle diskutierten BGE 140 II 112, in welchem das Bundesgericht unter Hinweis auf die Massgeblichkeit der Praxis des EuGH im Anwendungsbereich des FZA sowie in Bezug auf die gerichtliche Dolmetschertätigkeit festgehalten hat, dass diese keine «unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt» darstelle, auch Reflexwirkungen auf das Binnenmarktgesetz einhergehen, erscheint zurzeit noch offen. Schliesslich findet auch das Subordinationskriterium, das vom Bundesgericht in vielen anderen Rechtsgebieten als entscheidend bei der Qualifikation als hoheitliche Tätigkeit bezeichnet wird, im binnenmarktrechtlichen Kontext bislang nicht die nötige Berücksichtigung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. 766

Die von der Rechtsprechung des EuGH zu den unionalen Parallelbestimmungen abweichende Praxis des Bundesgerichts ist in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen. Die WEKO erliess gestützt darauf konkrete Empfehlungen zur Freizügigkeit der Notare. Diese wiederum wurden von diversen Autoren und dem schweizerischen Notarenverband scharf kritisiert. M.E. ist diese zweitgenannte Kritik aber mehrheitlich unbegründet. 767

Ein kürzlich ergangener Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts deutet darauf hin, dass den erwähnten Zusammenhängen zwischen dem Binnenmarktgesetz, dem 768

Freizügigkeitsabkommen und dem Unionsrecht in Zukunft von Gerichten vermehrt Rechnung getragen werden dürfte. Entscheidend bleibt letztlich aber natürlich die Haltung des Bundesgerichts, dessen Praxis im Sinne der vorstehenden Ausführungen angepasst werden sollte. Zum ähnlichen Ergebnis hätte im Übrigen auch das Zustandekommen des institutionellen Rahmenabkommens zwischen der Schweiz und der EU geführt, wären dadurch die kaskadenartigen Reflexwirkungen zwischen dem unionalen, dem bilateralen und dem nationalen Freizügigkeitsrecht doch institutionalisiert worden.

Die Untersuchung der Begriffsverwendung und -bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs auf den verschiedenen Ebenen des Freizügigkeitsrechts anhand der eingangs gestellten Leitfragen hat insbesondere folgende Erkenntnisse zu Tage gebracht: 769

A. Hoheitlichkeit als Kerngehalt der Bereichsausnahmen des Freizügigkeitsrechts

Allen Freizügigkeitsebenen ist gemein, dass «hoheitliche Tätigkeiten» vom jeweiligen Geltungsbereich ausgenommen sind. Die ursprüngliche *ratio*, die den Bereichsausnahmen zugrunde liegt, ist jeweils dieselbe: Gewisse Tätigkeiten, die besonders wichtige Bedürfnisse befriedigen, gelten als derart stark mit dem Staat verbunden, dass sie nur von «eigenen» Staatsangehörigen selbst ausgeübt werden sollen. Dahinter steht das grundlegende Anliegen, die Ausübung von Staatsgewalt den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten. Ob dieses Anliegen noch zeitgemäss ist, kann in Frage gestellt werden. Die Antwort differiert wohl nicht zuletzt auch je nachdem, welche Freizügigkeitsebene betroffen ist und welchen Stand die Integration auf der jeweils betroffenen Ebene bereits erreicht hat. Offensichtlich kommt den Bereichsausnahmen darüber hinaus auf allen Ebenen auch eine protektionistische Funktion zu. 770

B. Hoheitlichkeitsbegriff auf multilateraler Freizügigkeitsebene

Auf multilateraler Ebene gewährleistet das GATS gewisse Freizügigkeitsrechte, die mit der Erbringung von Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten verbunden sind – allerdings in weit geringerem Mass als auf den anderen untersuchten Ebenen des Freizügigkeitsrechts. 771

- 772 Dem Hoheitlichkeitsbegriff kommt im Bereich des multilateralen Freizügigkeitsrechts eine entscheidende Bedeutung zu: In Ausübung «hoheitlicher Gewalt» erbrachte Dienstleistungen fallen nicht in den Geltungsbereich des GATS. Wann eine Dienstleistung hoheitlich erbracht wird, bestimmt sich anhand der in Art. I:3(c) GATS enthaltenen Legaldefinition. Demgemäss führt das Vorliegen eines der beiden Merkmale «kommerziell» oder «im Wettbewerb» generell dazu, dass keine hoheitliche Tätigkeit gegeben und eine Tätigkeit im Bereich der betroffenen Dienstleistungen grundsätzlich vom Anwendungsbereich des GATS erfasst ist.
- 773 Weder die Bereichsausnahme noch deren negative Definitionskriterien wurden bislang von den WTO-Streitbeilegungsorganen näher ausgelegt. Anhand der Auslegungsgrundsätze der WVK können insbesondere die beiden Negativkriterien «nicht zu kommerziellen Zwecken» und «ausserhalb des Wettbewerbs stehend» näher beleuchtet und mit Inhalt gefüllt werden. Sie engen den Spielraum für hoheitliche Dienstleistungserbringung im Anwendungsbereich des GATS stark ein. Hoheitliche Dienstleistungserbringung dürfte letztlich üblicherweise mit einseitig anordnendem, zwingendem Handeln verbunden sein, das sich aus dem staatlichen Gewaltmonopol ableitet. Hoheitliche Dienstleistungserbringung erfolgt ferner in einem Subordinationsverhältnis, auf welches im Normalfall öffentliches Recht anwendbar ist. Sind diese Voraussetzungen gegeben, liegt üblicherweise weder Wettbewerb vor, noch werden mit einer derartigen Dienstleistungserbringung kommerzielle Zwecke verfolgt.¹⁶⁴¹
- 774 Die Bereichsausnahme des GATS entfaltet sodann gewisse Reflexwirkungen auf die Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs in bilateralen Freihandelsabkommen mit Freizügigkeitselementen, die auf der Systematik des GATS aufbauen und entsprechend oft auch deckungsgleiche Bereichsausnahmen vorsehen.¹⁶⁴² Die Kombination der Negativkriterien erinnert sodann zumindest vage an die Legaldefinition gemäss MWSTG. Auch hier bestehen also gewisse Parallelen, freilich aber keine direkten Einwirkungen.¹⁶⁴³
- 775 Selbst wenn der historische Ursprung der Bereichsausnahme gemäss Art. 1:3 GATS wohl auf Vertreter der Vorgängerorganisation der EU zurückzuführen ist, sprechen schliesslich sowohl der unterschiedliche Abkommenswortlaut als auch die negative Legaldefinition im GATS, welche das Unionsrecht nicht kennt, gegen eine Bezugnahme auf die Bereichsausnahmen im Unionsrecht.

¹⁶⁴¹ Vgl. oben, Rz. 272 ff.

¹⁶⁴² Vgl. oben, Rz. 629 ff.

¹⁶⁴³ Vgl. oben, Rz. 68 ff.

C. Hoheitlichkeitsbegriff auf unionaler Freizügigkeitsebene

Auf unionaler Freizügigkeitsebene haben die auf die Verwirklichung des unionalen Binnenmarkts ausgerichteten Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) einen tendenziell weiten Geltungsbereich. Enge Bereichsausnahmen sind im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Beschäftigungen in der «öffentlichen Verwaltung» und im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Tätigkeiten, die mit der «Ausübung öffentlicher Gewalt» verbunden sind, vorgesehen. Der Hoheitlichkeitsbegriff stellt, obwohl er nicht explizit in den jeweiligen Wortlauten enthalten ist, den gemeinsamen Kerngehalt dieser Bereichsausnahmen dar. Beide Bereichsausnahmen verfolgen das Ziel, den Mitgliedstaaten der EU die autonome Organisationsgewalt über einen sich tendenziell verengenden Kernbereich ihrer staatlichen Hoheitsgewalt zu belassen.¹⁶⁴⁴ 776

Die Rechtsprechung des EuGH liefert Anhaltspunkte, welche Tätigkeiten nicht zu diesem Kernbereich gehören und damit keine «hoheitlichen Tätigkeiten» darstellen. Demnach sind die Bereichsausnahmen – und nach dem Gesagten auch der Hoheitlichkeitsbegriff – eng auszulegen. Erfasst bleiben Tätigkeiten, die mit der Ausübung von Sonderrechten bzw. einer Zwangsausübung verbunden sind und die sich üblicherweise durch ein Subordinationsverhältnis zwischen Hoheitsträger und rechtsunterworfenem Bürger auszeichnen. Reine Hilfstätigkeiten fallen von vornherein nicht unter die Bereichsausnahmen. Um als hoheitliche Tätigkeit im Sinne der Bereichsausnahmen zu gelten, muss vielmehr eine gewisse Letztverantwortung des Hoheitsträgers vorliegen. In zeitlicher Hinsicht wird eine gewisse Häufigkeit beim Einsatz dieser Hoheitsbefugnisse gefordert.¹⁶⁴⁵ 777

Eine positivrechtliche Definition der Hoheitlichkeit sucht man in der Rechtsprechung des EuGH dagegen vergeblich. Auch bleibt ungeklärt, welche spezifischen Tätigkeiten «hoheitlich» sind, da bislang sämtliche vom EuGH untersuchten Tätigkeiten und Berufsbilder als «nicht hoheitlich» qualifiziert wurden. Nur im Sinne diverser *obiter dicta* hat der EuGH erwogen, dass «genuin hoheitliche» Tätigkeiten von Gerichten, Polizei und Aufsichtsbehörden unter die Bereichsausnahmen fallen. 778

D. Hoheitlichkeitsbegriff auf bilateraler Freizügigkeitsebene

Auch im Bereich des bilateralen Freizügigkeitsrechts kommt dem Hoheitlichkeitsbegriff eine entscheidende Bedeutung zu. Wie auch auf multilateraler und unionaler Ebene sind «hoheitliche Tätigkeiten» vom Anwendungsbereich der statuierten Freizü- 779

¹⁶⁴⁴ Vgl. oben, Rz. 501 ff.

¹⁶⁴⁵ Vgl. oben, Rz. 357 ff.

gigkeitsrechte ausgenommen. Besonders interessant ist im Bereich des bilateralen Freizügigkeitsrechts, dass die entsprechenden Ausnahmebestimmungen ganz offensichtlich von jenen Bestimmungen abgeleitet sind, die im multilateralen bzw. im unionalen Freizügigkeitsrecht gelten.

- 780 Das FZA kennt gewisse institutionelle Besonderheiten. In vorliegendem Kontext ist der im Abkommen selbst festgelegte spezifische Auslegungsmechanismus, der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung entscheidend weiterentwickelt wurde, bedeutsam: Demgemäss ist die Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung von Abkommensbegriffen, die dem Unionsrecht entnommen sind, bis zum Stichtag am 21. Juni 1999 zu berücksichtigen. Das Bundesgericht entscheidet sich aber darüber hinaus regelmässig auch zur Übernahme der später ergangenen Rechtsprechung, solange diese die bisherige Rechtsprechung des EuGH weiterführt, bestätigt oder präzisiert. Zur Verwirklichung des Ziels der parallelen Rechtslage zwischen FZA und Unionsrecht weicht das Bundesgericht prinzipiell nur aus triftigen Gründen von der Rechtsauffassung des EuGH ab.¹⁶⁴⁶
- 781 Dieser Mechanismus, der nach dem Scheitern der Verhandlungen über ein institutionelles Rahmenabkommen vorerst keine formelle Vefestigung erhalten wird, beansprucht auch für die Auslegung der Bereichsausnahmen des FZA Geltung. Diese sind nämlich praktisch wörtlich dem Unionsrecht entnommen und müssen daher im Lichte der EuGH-Rechtsprechung interpretiert werden. Auch die Bereichsausnahmen des FZA nehmen im Kern «hoheitliche Tätigkeiten» von den gewährleisteten Freizügigkeitsrechten aus. Angesichts des beschriebenen Auslegungsmechanismus gelten dabei zur Bestimmung der Hoheitlichkeit dieselben Grundsätze, wie sie bereits auf der Ebene des Unionsrechts dargelegt wurden.¹⁶⁴⁷
- 782 Auch weitere bilaterale Abkommen sehen – insbesondere im Bereich der Dienstleistungsfreiheit – gewisse Freizügigkeitsregelungen vor: So entspricht etwa die EFTA-Konvention praktisch den Regelungen des FZA und sieht auch dieselben Bereichsausnahmen vor. Die Berücksichtigung der neueren EuGH-Rechtsprechung folgt im Bereich der EFTA-Konvention zumindest auf dem Papier anderen Grundsätzen als jene, die im FZA niedergelegt sind. Gerade in Bezug auf die Bereichsausnahmen und den diesbezüglich massgeblichen «Hoheitlichkeitsbegriff» liegen keine Gründe vor, die gegen eine Übernahme der EuGH-Rechtsprechung sprechen würden.¹⁶⁴⁸
- 783 Die meisten bilateralen Freihandelsabkommen basieren dagegen auf dem Regelungswerk des GATS. Auch sie sehen Ausnahmen von der gewährten Dienstleistungsfreiheit vor. Diese Ausnahmen entsprechen meist fast wörtlich den Ausnahmen im

¹⁶⁴⁶ Vgl. oben, Rz. 540 ff.

¹⁶⁴⁷ Vgl. oben, Rz. 579 ff.

¹⁶⁴⁸ Vgl. oben, Rz. 628.

GATS. Anders als im Bereich des FZA und der EFTA-Konvention gibt es im Bereich des GATS und der weiteren Freihandelsabkommen allerdings keine Rechtsprechung auf supranationaler Ebene zu berücksichtigen, die den Anwendungsspielraum der Bereichsausnahmen für «hoheitliche Tätigkeiten» für die Abkommensparteien unmittelbar eingrenzen könnte.¹⁶⁴⁹

E. Hoheitlichkeitsbegriff auf nationaler Freizügigkeitsebene

Das innerstaatliche Freizügigkeitsrecht der Schweiz, welches den Binnenverkehr zwischen den Kantonen und den Gemeinden reguliert, ist sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzesebene sämtlicher Stufen geregelt. 784

Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit schützt ausschliesslich privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeiten. Im Gegensatz dazu fallen nach dem Begriffsverständnis vorliegender Arbeit «amtliche» Tätigkeiten nicht in den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit. Zu diesen «amtlichen» Tätigkeiten gehören auch sämtliche «hoheitlichen» Tätigkeiten. Darüber hinaus sind aber auch weitere Tätigkeiten öffentlicher Dienste umfasst, die zwar nicht als hoheitlich qualifizieren, aber doch der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen.¹⁶⁵⁰ 785

Im Gegensatz dazu ist der Hoheitlichkeitsbegriff auf Gesetzesebene des Bundes explizit in Art. 1 Abs. 3 BGBM verankert. Diese Norm bestimmt, dass sämtliche «nicht hoheitlichen», auf Erwerb gerichteten Tätigkeiten vom Geltungsbereich des Gesetzes umfasst sind. Der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes reicht damit über jenen der Wirtschaftsfreiheit hinaus. Dies war nicht immer so: Bis zur Revision im Jahr 2005 lehnte sich der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes noch ausdrücklich an jenen der Wirtschaftsfreiheit an. Die mit der Gesetzesnovelle erreichte Extension bezweckte einerseits, den im Binnenmarktgesetz verbrieften Rechten eine grössere Wirkung zuzugestehen und der bis dahin ergangenen, föderalismusfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts einen Riegel zu schieben. Andererseits sollte eine inhaltliche Angleichung mit dem Geltungsbereich des FZA erreicht werden.¹⁶⁵¹ 786

Das Bundesgericht konnte sowohl vor wie auch – bis anhin – nach der Revision des Binnenmarktgesetzes nur selten zu dessen Geltungsbereich bzw. zum Hoheitlichkeitsbegriff im binnenmarktrechtlichen Kontext Stellung nehmen. Die Analyse der bisherigen Rechtsprechung zeigt, dass eine höchstrichterliche inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Hoheitlichkeitsbegriff bislang offenbar noch nicht stattgefunden hat. Das Bundesgericht beschränkt sich darauf, einzelne Tätigkeiten grosszügig als «offen- 787

¹⁶⁴⁹ Vgl. oben, Rz. 630 ff.

¹⁶⁵⁰ Vgl. oben, Rz. 654 ff.

¹⁶⁵¹ Vgl. oben, Rz. 681 ff.

sichtlich» oder «zweifellos» hoheitlich zu bezeichnen. Zu solch hoheitlichen Tätigkeiten gehören nach Massgabe des Bundesgerichts die Beurkundungstätigkeit als Teil der Notariatstätigkeit, die Tätigkeit von Officialverteidigern und die Tätigkeit von Gerichtsgutachtern.¹⁶⁵²

- 788 In der Lehre wurde die Haltung des Bundesgerichts m.E. zu Recht kritisiert. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum das Subordinationskriterium im binnenmarktrechtlichen Kontext nicht zur Abgrenzung von hoheitlichen Tätigkeiten herangezogen werden sollte. Auch fehlt es an einer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zu den unionalen Parallelbestimmungen, die aufgrund der angestrebten Parallelität zwischen BGBM und FZA und nicht zuletzt auch aufgrund drohender Inländerdiskriminierungen allerdings zwingend wäre. Zum gleichen Ergebnis hätte im Übrigen auch das Zustandekommen des institutionellen Rahmenabkommens zwischen der Schweiz und der EU geführt, welches die Reflexwirkungen zwischen dem unionalen, dem bilateralen und dem nationalen Freizügigkeitsrecht weiter formalisiert hätte.¹⁶⁵³

F. Vergleich zum Begriffsverständnis gemäss erstem Teil

- 789 Im Zentrum des ersten Teils vorliegender Arbeit stand eine begriffliche, historische und praxisorientierte Annäherung an den Hoheitlichkeitsbegriff und die dahinterstehenden Konzeption. Diese mündete in die Schlussfolgerung, dass «Hoheitlichkeit» im heutigen Staatsverständnis einen engen Kernbereich staatlichen Handelns markiert. Hoheitliche Tätigkeiten sind jene staatlichen Tätigkeiten, bei denen der Staat bzw. seine Behörden oder mit öffentlichen Aufgaben betraute Private herrschaftsrechtlich gegenüber rechtsunterworfenen Bürgern auftreten. Dabei charakterisiert sich hoheitliches Handeln primär durch ein Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger. Ein solches liegt immer dann vor, wenn vom Hoheitsträger, basierend auf öffentlich-rechtlichen Normen, einseitig verbindliche Anordnungen getroffen und notfalls zwangsweise durchgesetzt werden (könnten).
- 790 Insbesondere ein querschnittartiger Überblick zur Verwendung des Hoheitlichkeitsbegriffs in der aktuellen schweizerischen juristischen Praxis erhellte, dass dessen Vielschichtigkeit nicht zuletzt einer unübersichtlichen Vielfalt verwandter oder gar synonym verwendeter Begriffe geschuldet ist. Zu den primären Abgrenzungskriterien (i) des Bestehens eines Subordinationsverhältnisses sowie (ii) der damit verbundenen Befugnis zur Ausübung von Zwangsgewalt scheint jedoch immerhin in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre ein Grundkonsens zu bestehen.

¹⁶⁵² Vgl. oben, Rz. 692 ff.

¹⁶⁵³ Vgl. oben, Rz. 734 ff.

Das erarbeitete Begriffsverständnis und die beiden primären Abgrenzungskriterien können nach dem Gesagten auch im Bereich des Freizügigkeitsrechts fruchtbar gemacht werden. In der Tat scheint es so, dass auf den verschiedenen Ebenen des Freizügigkeitsrechts zumindest ähnliche Begriffsverständnisse vorherrschen: 791

- Auf multilateraler Freizügigkeitsebene liefert das GATS mit den Negativkriterien «kommerziell» und «im Wettbewerb erbracht» zwar eine Legaldefinition, die vordergründig nicht mit dem dargestellten Begriffsverständnis kongruent ist. Führt man sich aber konkrete Situationen vor Augen, in denen diese Negativkriterien nicht vorliegen, so wird man feststellen, dass es sich dabei genau um jene Tätigkeitsbereiche handelt, die durch ein Subordinationsverhältnis geprägt sind.
- Auf unionaler Freizügigkeitsebene werden zur Bestimmung von «Hoheitlichkeit» dieselben Abgrenzungskriterien verwendet, die bereits in § 3 dieser Arbeit diskutiert wurden. In der Rechtsprechung des EuGH werden darüber hinaus auch weitere Kriterien thematisiert, die für das Vorliegen einer «hoheitlichen» Tätigkeit sprechen können. Es handelt sich bei diesen aber zumeist um blossе Indizien. Entscheidend ist auch hier hauptsächlich das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses.
- Nichts Anderes kann sodann aufgrund der beschriebenen Auslegungsmechanismen in Bezug auf den Hoheitlichkeitsbegriff im bilateralen Freizügigkeitsrecht zwischen der Schweiz und der EU bzw. den EFTA-Staaten gelten.
- Eine Abweichung liegt hingegen in Bezug auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des schweizerischen Binnenmarktrechts vor. Hier sieht das Bundesgericht bislang beharrlich von einer Anwendung der behandelten Abgrenzungskriterien zur Bestimmung des Hoheitlichkeitsbegriffs ab. Bei Lichte besehen wäre es aber aus den erörterten Gründen angezeigt, dass das Bundesgericht nicht nur die eigene Rechtsprechung in anderen Rechtsgebieten mit jener im freizügigkeitsrechtlichen Kontext in Einklang bringen, sondern eben auch die Rechtsprechung des EuGH zu den unionalen Parallelbestimmungen berücksichtigen und damit zur Bestimmung des Hoheitlichkeitsbegriffs gemäss Art. 1 Abs. 3 BGBM primär auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses abstellen würde.

Abschliessend kann somit auch die im ersten Teil vorliegender Arbeit gestellte Forderung nach der Verankerung einer einheitlichen rechtsgebietsübergreifenden Terminologie, die unter Bezugnahme auf die dargestellten Abgrenzungskriterien exakt zwischen «amtlichen», «gewerblichen», «hoheitlichen» und «nicht hoheitlichen» staatlichen Tätigkeiten unterscheidet, auf den Bereich des Freizügigkeitsrechts ausgeweitet werden. Der diesbezüglich angebrachte Vorbehalt erübrigt sich.¹⁶⁵⁴ 792

¹⁶⁵⁴ Vgl. oben, Rz. 115.

Schlusswort

Mit vorliegender Studie wurde der Versuch unternommen, sich der Konzeption und den Bedeutungsebenen des Hoheitlichkeitsbegriffs stufenweise anzunähern. Dabei stellte sich zunächst heraus, dass es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der keine scharfen Konturen aufweist, da er an ein sich wandelndes Staatsverständnis gebunden ist und sowohl (interne) Privatisierungstendenzen wie auch (externe) Globalisierungs- und Internationalisierungstendenzen reflektiert. Die vertiefte Untersuchung ergab dann aber, dass mit «Hoheitlichkeit» letztlich ein stetig enger werdender Kern von Staatlichkeit und Souveränität umschrieben wird. Sowohl aus der Begriffsgeschichte als auch aus der aktuellen Praxis in verschiedensten Rechtsbereichen erhellte, dass sich dieser Kernbereich üblicherweise durch Subordination, Ausübung von Staatsgewalt und der Möglichkeit zu deren zwangsweiser Durchsetzung auszeichnet. Der Hoheitlichkeitsbegriff markiert damit die bisweilen konturlose Demarkationslinie zwischen Staat und privater Gesellschaft. 793

Darüber hinaus und hauptsächlich beschäftigte sich die vorliegende Arbeit mit der Bedeutung des Hoheitlichkeitsbegriffs im Mehrebenensystem des Freizügigkeitsrechts. Diese Untersuchung ergab, dass dem Hoheitlichkeitsbegriff im Freizügigkeitsrecht in der Form von verschiedenen Bereichsausnahmen eine besondere Abgrenzungsfunktion zukommt: Er kennzeichnet jene Tätigkeiten, die an der unmittelbaren Ausübung von Staatsgewalt teilhaben, deshalb nur von «eigenen» Staatsangehörigen ausgeübt 794

werden sollen und mithin von der Freizügigkeit ausgenommen sind. Betroffen sind alle Ebenen des Freizügigkeitsrechts, also sowohl auf völkervertragsrechtlicher (multilateraler oder bilateraler) Ebene verbundene Nationalstaaten, der EU beigetretene Mitgliedstaaten, aber auch Gliedstaaten innerhalb des einzelnen Nationalstaats (Kantone oder Gemeinden).

- 795 Interessanterweise wird dabei der Hoheitlichkeitsbegriff im Mehrebenensystem des Freizügigkeitsrechts durch normative Definition und praxisdefinierte Begriffsverwendung auf übergeordneten Ebenen entscheidend und verbindlich geprägt. Er markiert damit gewissermassen auch die Schnittstelle zwischen Anwendungsvorrang von übergeordnetem Völker-, Unions-, oder Bundesrecht, einerseits, und nationaler, mitgliedstaatlicher oder kantonaler bzw. kommunaler Organisationshoheit, andererseits. Daraus folgt ein immer deutlicher zutage tretendes politisches Dilemma der Schweiz, deren wirtschaftliche Integrationsinteressen im internationalen Verhältnis den Zwang zu damit verbundener Übernahme und Anerkennung des völkervertragsrechtlichen Verständnisses des Hoheitlichkeitsbegriffs und daraus resultierenden rechtlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Konsequenzen auch ohne Beitritt zur EU stetig erhöhen, sei es durch den Abschluss bilateraler Abkommen, sei es durch die Einbindung in das multilaterale Handelssystem der WTO. Wie weit die Schweiz hier bereit ist, die völkervertragsrechtlichen Massgaben und die daraus folgenden Konsequenzen anzuerkennen und umzusetzen, erscheint letztlich allerdings nicht als rechtliche, sondern als politische Frage.

An den Hoheitlichkeitsbegriff werden in diversen Rechtsgebieten vielfältige Rechtswirkungen geknüpft. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre haben dem Begriff bis anhin jedoch keine scharfen Konturen zugewiesen. Vielmehr wird das kontradiktorische Begriffspaar «hoheitlich» und «nicht hoheitlich» nicht selten aufgrund uneinheitlicher Abgrenzungskriterien ausgelegt, was Verwirrung stiftet und zu inkonsistenten wie auch unbefriedigenden Resultaten in der Rechtsanwendung führt.

Die Arbeit beleuchtet Entwicklung und Funktion des Hoheitlichkeitsbegriffs im gegenwärtigen Staatsrecht und exzerpiert dabei insbesondere dessen Bedeutung im Bereich des Freizügigkeitsrechts. Sie grenzt so den Spielraum des facettenreichen Begriffs ein, wodurch ein Beitrag zur gebotenen Klärung geschaffen werden soll. Daneben zeigt sie die verschiedenen Anwendungsschwierigkeiten auf und präsentiert einige Lösungsmöglichkeiten.

ISBN 978-3-7190-4543-2

