

Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung frei praktizierender Ärzte: ausgewählte Aspekte der Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängige Zulassung frei praktizierender Ärzte, Jusletter vom 22.4.2013 (Internetzeitschrift). Es ist möglich, dass die auf Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Derzeit ist eine Wiedereinführung des sog. „Zulassungsstopps“ – genauer gesagt geht es um eine Bedürfnisprüfung, von der die Eröffnung gewisser neuer Arztpraxen (die zu Lasten der Krankenkassen tätig sein können) abhängig gemacht wird – geplant: Der Bundesrat unterbreitete dem Parlament den Vorschlag einer entsprechenden Änderung des Krankenversicherungsgesetzes (KVG)¹ (die in Art. 55a KVG verankert werden soll), und der Nationalrat behandelte die Vorlage bereits, wobei er im Verhältnis zur Vorlage des Bundesrates gewisse Modifikationen beschloss bzw. vorschlug. Derzeit liegt das Geschäft beim Ständerat.²

Die vom Nationalrat vorgeschlagenen Modifikationen betreffen insbesondere den Kreis derjenigen Ärzte und Ärztinnen, die einer solchen bedarfsabhängigen Zulassung unterliegen:

- Für Personen, die mindestens fünf Jahre an einer „anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte“ (d.h. einem als solche anerkannten Spital in der Schweiz) gearbeitet haben, soll der Bedürfnisnachweis entfallen.
- Weiter soll für Personen, die über einen Weiterbildungstitel in Allgemeiner Innerer Medizin (soweit sie über keinen anderen Weiterbildungstitel verfügen) oder in Kinder- und Jugendmedizin verfügen, kein Bedürfnisnachweis erforderlich sein, während er für die Praktischen Ärzte und Ärztinnen notwendig sein soll.

* Die Autorin ist Professorin für Völker- und Europarecht an der Universität Freiburg i.Ue. und geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht. Herrn Rechtsassessor *Robert Mosters* sei herzlich für die Anregungen im Vorfeld der Entstehung des Beitrags gedankt.

¹ Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), SR 832.10.

² Vgl. zum Stand der Dinge und dem Inhalt der Vorlagen NZZ v. 14.3.2013.

Diese Modifikationen werfen jedoch die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU³ auf, könnten sie doch eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit mit sich bringen, die rechtfertigungsbedürftig ist. Aber auch darüber hinaus stellt sich die Frage, ob ein „Zulassungsstopp“ als solcher mit dem Freizügigkeitsabkommen in Einklang steht.

Nachfolgend soll dieser Fragestellung nachgegangen werden (III.), dies auf der Grundlage der Skizzierung der für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätze (II.). Der Beitrag schliesst mit einer zusammenfassenden Schlussbemerkung (IV.).

II. Zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens

1. Grundsätze

Die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist – da es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden zu beantworten. Ausgehend von der Zielsetzung des Abkommens, die Schweiz in die in der Union gewährleistete Personenfreizügigkeit einzubinden (vgl. auch die Präambel des FZA), übernimmt das Abkommen letztlich in weiten Teilen im Verhältnis zur Schweiz die entsprechende Rechtslage in der EU auf der Grundlage von Rechtsetzung und Rechtsprechung zum Zeitpunkt seiner Unterzeichnung, so dass vor dem Hintergrund des Inhalts und des Ziels und Zwecks des Abkommens, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage (in Bezug auf die erfassten Bereiche) wie im Rahmen der Europäischen Union sicherzustellen, von einem Grundsatz der parallelen Auslegung derjenigen abkommensrechtlichen Bestimmungen, die auf den unionsrechtlichen Besitzstand bzw. Teile desselben zurückgreifen,⁴ mit den entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen auszugehen ist.⁵

Spezifisch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen ist, bestimmt Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA, dass die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des Abkommens zwingend zu berücksichtigen ist, soweit im Abkommen „Begriffe des Gemeinschaftsrechts“ herangezogen werden. Was die

³ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABI 2002 L 114, 6 ff.

⁴ Wobei die Frage, ob und inwieweit ein solcher Rückgriff des Abkommens auf unionsrechtliche Vorgaben zu bejahen ist, mitunter schwierig zu beantworten sein kann.

⁵ Vgl. ausführlich und mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, 2012, *passim*.

Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens betrifft, so kann der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die „Auswirkungen dieser Rechtsprechung“ feststellen (Art. 16 Abs. 2 S. 3 FZA), eine Bestimmung, die bislang noch nicht zur Anwendung gekommen ist. Allerdings sprechen auch ganz allgemein gute Gründe (insbesondere die Zielsetzung des Abkommens, eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sicherzustellen) dafür, die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile des EuGH grundsätzlich auch bei der Auslegung des Abkommens – immer soweit dieses auf entsprechende Begriffe des Unionsrechts zurückgreift – zu berücksichtigen und zu beachten.⁶ Dabei vermögen diese Erwägungen – im Gegensatz zur Rechtsprechung, die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangen und jedenfalls zu beachten ist – keine „absolute“ und bedingungslose „Nachvollzugspflicht“ zu begründen; vielmehr geht es nur (aber immerhin) um eine grundsätzliche Pflicht zur Beachtung der neuen Urteile in dem Sinn, dass zunächst eine Vermutung ihrer Beachtlichkeit auch für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens spricht.⁷

Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung wurde allerdings vom EuGH in seiner bisherigen, eher spärlichen Rechtsprechung noch nicht als solcher formuliert; allerdings lässt sie ebensowenig das Gegenteil erkennen, wenn auch zuzugeben ist, dass die Formulierungen des Gerichtshofs zumindest in einigen (früheren) Urteilen eher zurückhaltend formuliert und die Schlussfolgerungen im Übrigen sehr knapp begründet sind.⁸ In drei jüngeren Urteilen lehnt sich der Gerichtshof bei der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens jedoch sehr eng an die Rechtslage im Unionsrecht an (wenn auch auf der Grundlage einer sehr am Wortlaut orientierten Auslegung des Freizügigkeitsabkommens), wobei er auch auf seine eigene Rechtsprechung zum Unionsrecht für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zurückgreift, mitunter auch auf Urteile, die nach der Unterzeichnung des Abkommens ergingen.⁹

Das Bundesgericht – dessen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen mittlerweile recht reichhaltig ist – knüpft bei der Auslegung von dem Unionsrecht entnommenen Begriffen und Konzepten regelmässig und sehr konsequent an die Rechtslage im EU-Recht an. Dabei berücksichtigt das Gericht nicht nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs vor der

⁶ Vgl. mit ausführlicher Begründung schon *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.; s. letztlich ähnlich *Florence Aubry-Girardin*, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, 2011, 29 ff.; *Bettina Kahil-Wolff*, L'application et l'interprétation de l'ALCP: le cas de la sécurité sociale, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, 2011, 49 ff.

⁷ Vgl. im Einzelnen hierzu *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn.), 169 ff.

⁸ S. insbesondere EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Slg. 2010, I-7233.

⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Urt. v. 6.10.2011; EuGH, Rs. C-257/10 (Bergström), Urt. v. 15.12.2011; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), Urt. v. 28.2.2013.

Unterzeichnung des Abkommens, sondern erachtet grundsätzlich auch diejenige nach der Unterzeichnung als relevant.¹⁰

2. Anwendung auf die relevanten Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens

Die Vereinbarkeit der eingangs skizzierten (vorgesehenen) Regelungen betrifft den Zugang zur Tätigkeit des niedergelassenen Arztes / der niedergelassenen Ärztin, so dass – in der Terminologie des Unionsrechts – die Niederlassungsfreiheit bzw. der Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit betroffen ist. Diese Fragestellung ist in Art. 4 FZA i.V.m. Art. 12 ff. Anhang I FZA geregelt. In unserem Zusammenhang ist insbesondere Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA von Bedeutung: Nach dieser Bestimmung ist hinsichtlich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.¹¹

Dieser Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist im EU-Recht in Bezug auf alle Grundfreiheiten verankert und seit langem in der Rechtsprechung anerkannt.¹² Vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Abkommens und der Massgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung von Begriffen des Abkommens, die dem Unionsrecht entsprechen,¹³ ist daher davon auszugehen, dass hier tatsächlich eine Anknüpfung an die entsprechende unionsrechtliche Konzeption erfolgen sollte, so dass die Tragweite dieser Bestimmung in Anlehnung an die entsprechenden Grundsätze des Unionsrechts zu bestimmen ist.

Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht in diese Richtung, wenn es das in Art. 2 FZA verankerte allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit – das in Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA für den Bereich der Niederlassungsfreiheit spezifiziert wird – in Anlehnung an Art. 18 AEUV (dem Art. 2 FZA sichtlich nachgebildet ist) auslegt.¹⁴ Insbesondere sieht das Bundesgericht auch materielle oder indirekte Diskriminierungen als von Art. 2 FZA erfasst an.¹⁵ Aber auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit, in Bezug auf welche

¹⁰ Vgl. insbesondere das Grundsatzurteil in BGE 136 II 5. S. ansonsten zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen die regelmässigen (in der Regel zweijährlichen) Rechtsprechungsübersichten im Jahrbuch für Migrationsrecht, s. zuletzt *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 223 ff.

¹¹ Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA: „Dem Selbständigen wird im Aufnahmestaat hinsichtlich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine Behandlung gewährt, die nicht weniger günstig ist als die den eigenen Staatsangehörigen gewährte Behandlung.“

¹² Vgl. nur die Nachweise bei *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Europarecht II. Die Grundfreiheiten des AEUV, 3. Aufl., 2012, 71 ff., 107 ff., 137 ff. (in Bezug auf die Personenverkehrsfreiheiten).
Hierzu oben II.1.

¹³ Hierzu oben II.1.

¹⁴ Vgl. besonders deutlich BGE 136 II 241, E. 12: „Le principe de non-discrimination de l’art. 2 ALCP correspondant à l’art. 12 TCE (...), il convient de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice (...)“. S. auch BGER, 2 A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005, E. 3.3; BGER, 2C_42/2007, E. 3.6; BGER, 2C_21/2010, Urt. v. 23.11.2010.

¹⁵ BGER, 2C_53/2010, Urt. v. 21.3.2011; BGER, 2C_21/2010, Urt. v. 23.11.2010; BGE 130 I 26.

Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA ein Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA entsprechendes Diskriminierungsverbot enthält, wird in der Rechtsprechung in Anlehnung an die im EU-Recht verankerten Diskriminierungsverbote ausgelegt.¹⁶ Die Rechtsprechung des EuGH legt ebenfalls diesen Ansatz zugrunde, dies sogar ausdrücklich in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit: So betonte der Gerichtshof in Bezug auf die Auslegung des Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA, dass der dort verwandte Begriff der Diskriminierung ebenso wie im Unionsrecht auch materielle bzw. indirekte Diskriminierungen erfasse, bevor er die Rechtfertigung der streitigen Regelung parallel zu den Grundsätzen im Unionsrecht prüfte (und im Ergebnis verneinte).¹⁷ Schliesslich wird auch in der Literatur – soweit ersichtlich einhellig – die Ansicht vertreten, der Diskriminierungsbegriff im Freizügigkeitsabkommen entspreche demjenigen des Unionsrechts, so dass die im Abkommen verankerten Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit parallel wie die entsprechenden Bestimmungen des EU-Rechts auszulegen seien.¹⁸

Vor diesem Hintergrund kann die Tragweite des Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA wie folgt präzisiert werden:

- Die Bestimmung erfasst – soweit ihr Anwendungsbereich eröffnet ist, was bei der Eröffnung einer Arztpraxis zweifellos der Fall ist, stellt dies doch eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne dieser Bestimmung dar¹⁹ – sowohl direkte bzw. formelle als auch indirekte bzw. materielle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit: Erstere liegen vor, wenn das Unterscheidungsmerkmal die Staatsangehörigkeit selbst ist, letztere, wenn zwar auf ein anderes Kriterium abgestellt wird, jedoch im Ergebnis gleichwohl eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bewirkt“ wird, weil typischerweise Angehörige eines bestimmten Mitgliedstaates bevorzugt (oder benachteiligt) werden. Dabei verlangt der Gerichtshof in diesem Zusammenhang keine statistischen Nachweise, sondern stellt darauf ab, dass das gewählte Kriterium die Gefahr mit sich bringt, dass in erster Linie oder in besonderem Masse EU-Ausländer benachteiligt werden. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn das Unterscheidungskriterium einen besonderen Bezug zu einem Mitgliedstaat aufweist, wie z.B. Wohnsitz oder Ausbildungsort.²⁰ Damit kann das Vorliegen einer materiellen

¹⁶ Vgl. BGer, 4A_593/2009, Urt. v. 5.3.2010; BGer, 4A_505/2009, Urt. v. 5.3.2010; Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Urt. v. 31.1.2012.

¹⁷ EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Urt. v. 6.10.2011. Vgl. zu diesem Urteil *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2011/2012, 2012, 51 (93 f.).

¹⁸ Vgl. ausführlich und m.w.N. *Véronique Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010, insbes. 99 ff.; s. auch, ebenfalls m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 5), 226 ff.

¹⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH können sich jedoch nur natürliche, nicht aber juristische Personen, auf die Niederlassungsfreiheit berufen, vgl. EuGH, Rs. C-351/08 (Grimme), Slg. 2009, I-10777; EuGH, Rs. C-541/08 (Fokus Invest), Slg. 2010, I-1025.

²⁰ Beim Abstellen auf diese Kriterien geht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vom Vorliegen einer materiellen Diskriminierung aus, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-

- Diskriminierung bereits allein durch die Analyse der betreffenden Vorschrift oder Massnahme festgestellt werden, ohne dass empirische Nachweise notwendig sind.
- Jedoch kann eine (materielle) Diskriminierung gerechtfertigt werden, wobei sowohl geschriebene Rechtfertigungsgründe (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, vgl. für die Niederlassungsfreiheit Art. 52 Abs. 1 AEUV sowie Art. 5 Anhang I FZA in Bezug auf die durch das Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Rechte) als auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt sind. Bei letzteren handelt es sich letztlich um alle öffentlichen Interessen (wobei solche wirtschaftlicher Art nicht statthaft sind),²¹ so z.B. die die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der System sozialer Sicherheit,²² die „Einheitlichkeit des nationalen Bildungssystems“²³ oder auch die Qualität der medizinischen Versorgung.²⁴
 - Jedoch muss die Massnahme den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten, so dass sie und damit gerade die Differenzierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit geeignet zur Erreichung des angestrebten Ziels sein und hierfür auch das mildeste Mittel – bezogen auf den Eingriff und damit die Diskriminierung – darstellen muss. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. spielt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine geringere Rolle.²⁵

Darüber hinaus ist umstritten (und die Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage noch nicht geäußert)²⁶, ob dem Freizügigkeitsabkommen auch – entsprechend der Rechtslage in der

721; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191; jüngst im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-172/11 (Erny), Urt. v. 28.6.2012, wo der Gerichtshof hervorhebt, dass eine materielle Diskriminierung voraussetze, dass sich die betreffende Massnahme „ihrem Wesen nach“ eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann, so dass die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt. Aus dem Bereich des Gesundheitswesens auch EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), Slg. 2010, I-2735: Hier ging es um eine belgische Quotenregelung für die Einschreibung für bestimmte Studiengänge im Gesundheitswesen, wonach höchstens 30 % der Eingeschriebenen aus „Nichtansässigen“ bestehen dürfen, wobei ein (potentieller) Student nur dann als ansässig gilt, wenn er seinen Hauptwohnsitz in Belgien hat und sich ständig in Belgien aufhalten darf. Ein EU-Ausländer erwirbt ein solches Ansässigkeitsrecht nach der einschlägigen Regelung in der Regel erst nach fünf Jahren ununterbrochenen Aufenthalts in Belgien. Der Gerichtshof stellte das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung fest, da das gewählte Unterscheidungskriterium der Ansässigkeit in Belgien die Gefahr mit sich bringe, dass EU-Ausländer besonders benachteiligt sind, werde ein solches Erfordernis von Inländern doch in der Regel leichter erfüllt als von EU-Ausländern. Zum Ganzen, m.w.N., *Astrid Epiney*, Art. 18 AEUV, Rn. 12 ff., in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl., 2011.

²¹ Hierunter sind solche Gründe zu verstehen, die letztlich auf die Wirtschaftslenkung oder die Verfolgung sonstiger wirtschaftspolitischer Anliegen, wie etwa den Schutz bestimmter Unternehmen oder Berufszweige, abzielen. Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikon), Slg. 1997, I-3091.

²² EuGH, Rs. C-173/09 (Elchinov), Slg. 2010, I-8889.

²³ EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969.

²⁴ EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), Slg. 2010, I-2735.

²⁵ Zum Ganzen, m.w.N., *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 10. Aufl., 2013, § 10, Rn. 15 ff.

²⁶ Weder diejenige des EuGH noch das Bundesgericht. In BGE 130 I 26 wurde der schon damals zur Debatte stehende Zulassungsstopp lediglich unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung geprüft. Allerdings lehnt sich der EuGH in EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Urt. v. 6.10.2011, sehr stark an die Prüfung der Grundfreiheiten an. Vgl. insoweit *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012 (Fn. 17), 51 (93 f.).

EU²⁷ – im Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten ein Beschränkungsverbot zu entnehmen ist mit der Folge, dass nicht nur nach der Staatsangehörigkeit differenzierende Massnahmen, sondern allgemein Beschränkungen verboten sind (unter dem Vorbehalt der Rechtfertigung). Es ist hier nicht der Ort, diese Frage umfassend zu erörtern. Festzuhalten ist aber, dass im Ergebnis die besseren Gründe für den Ansatz sprechen, dass auch das Freizügigkeitsabkommen ein Beschränkungsverbot verankert:²⁸ Zwar ergibt sich dies nicht ganz klar aus der Formulierung der einschlägigen Bestimmungen des Abkommens. Der Wortlaut des Abkommens kann aber schon deshalb kein entscheidendes Argument sein, weil auch derjenige der entsprechenden Bestimmungen des AEUV weder ausdrücklich ein Beschränkungsverbot verankert noch auf der Rechtfertigungsebene die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses erwähnt. Vielmehr ergeben sich diese Grundsätze aus einer gefestigten Rechtsprechung, deren Linien übrigens bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens hinreichend klar waren. Dann aber dürfte das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage sowie die sich daraus ergebende Pflicht, bei der Auslegung derjenigen Bestimmungen, die an Unionsrecht anknüpfen, diese in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH auszulegen, für die „Übernahme“ der genannten Elemente der Rechtsprechung des EuGH auch im Rahmen der Auslegung des Abkommens sprechen. Der Wortlaut des Abkommens steht einer solchen Auslegung nicht entgegen bzw. kann für die hier vertretene Auslegung fruchtbar gemacht werden: So nimmt Art. 2 Abs. 1 FZA allgemein auf das Recht, auf dem Territorium einer anderen Vertragspartei eine Erwerbstätigkeit auszuüben, Bezug, so dass in dieser Bestimmung die Verankerung des Beschränkungsverbots gesehen werden könnte, während Art. 9, 15 Abs. 2 FZA (die auf den Grundsatz der Gleichbehandlung abstellen) letztlich beispielhaft jedenfalls von dem Recht auf Erwerbstätigkeit erfasste Aspekte verankern. Konsequenterweise impliziert die Erfassung von Beschränkungen (und übrigens auch schon von materiellen Diskriminierungen) aber dann auch, dass eine Rechtfertigung aus Gründen, die über die ausdrücklich in Art. 5 Anhang I FZA genannten hinausgehen, möglich sein muss.

III. Zur Vereinbarkeit ausgewählter Aspekte der bedarfsabhängigen Zulassung mit dem Freizügigkeitsabkommen

²⁷ Vgl. zur Rechtslage in der EU nur *Epiney/Mosters*, Europarecht II (Fn. 12), 86 ff., 122 ff., 139 ff. (in Bezug auf die Personenverkehrsfreiheiten), m.w.N. aus der Rechtsprechung.

²⁸ Vgl. ausführlich, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 5), 206 ff., in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (wobei in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit ähnliche Erwägungen einschlägig sind). S. ähnlich etwa *Boillet*, L'interdiction de discrimination (Fn. 18). 89 ff.; *Alvaro Borghi*, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010, Rn. 70 ff.; *Chantal Delli*, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, 2009, 291 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 (9 ff.); *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode: Ist das Beschränkungsverbot in seinem Rahmen anwendbar?, ZESAR 2008, 425 ff.

Ausgehend von den dargelegten Grundsätzen der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens sowie ihrer Anwendung für die im vorliegenden Zusammenhang im Zentrum des Interesses stehenden Bestimmungen des Abkommens soll im Folgenden der Vereinbarkeit der beiden eingangs²⁹ skizzierten, vom Nationalrat ins Auge gefassten Modifikationen der bundesrätlichen Vorlage zur bedarfsabhängigen Zulassung (soweit die Eröffnung einer Praxis betroffen ist) von (kassenpflichtigen) Ärzten und Ärztinnen im Einzelnen nachgegangen werden (1., 2.) sowie nach der Vereinbarkeit des Zulassungsstopps als solcher mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens gefragt werden (3.). Einschlägig ist hier (wie erwähnt³⁰) Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA, der natürlichen Personen das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit – wozu die Eröffnung einer Arztpraxis unstreitig gehört – und die diskriminierungsfreie Ausübung derselben einräumt. Daher geht es bei der Prüfung der vorgeschlagenen Massnahmen regelmässig darum, ob eine (materielle) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt und – wenn diese Frage bejaht werden kann – ob diese gerechtfertigt ist. Daneben könnte auch noch die Frage relevant sein, ob beim Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern auch ein Beschränkungsverbot zum Zuge kommt.

1. Ausnahme vom Bedürfnisnachweis für Personen mit fünfjähriger Tätigkeit in einem schweizerischen Spital

Werden Personen, die während mindestens fünf Jahren an einer „anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte“ (d.h. einem als solche anerkannten Spital in der Schweiz) tätig waren, vom Erfordernis des Bedürfnisnachweises befreit, so dass sie ohne die entsprechenden Einschränkungen eine Praxis eröffnen können, während solche Personen, die dieser Anforderung nicht entsprechen, dem Bedürfnisnachweis unterliegen, wird als Differenzierungskriterium (immer für die vom Bedürfnisnachweis erfassten „Ärztelkategorien“, also insbesondere Spezialärzte) zwar nicht die Staatsangehörigkeit gewählt; jedoch erfüllt das Differenzierungskriterium (fünfjährige Tätigkeit in einem Schweizer Spital) die Voraussetzungen einer materiellen Diskriminierung: Denn es impliziert die Gefahr, dass in erster Linie Schweizer diese Voraussetzung erfüllen und damit Unionsbürger benachteiligt werden (sollen sie doch dem Bedürfnisnachweis unterliegen), da davon auszugehen ist, dass insbesondere Schweizer ein derartiges Erfordernis der Tätigkeit im Inland erfüllen. Regelungen, die auf den Wohnsitz, den Ausbildungsort oder sonstige Kriterien mit einem direkten Bezug zu dem betreffenden Mitgliedstaat abstellen, werden denn

²⁹ Oben I.
³⁰ S.o. II.2.

auch vom Gerichtshof regelmässig als materielle Diskriminierungen angesehen,³¹ wobei keine statistischen Nachweise verlangt werden, so dass es in Bezug auf die zur Debatte stehende Regelung unerheblich ist, ob Statistiken über die an schweizerischen Spitälern tätigen Ärzte und ihre Nationalität vorliegen. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes es sogar nahe legt, dass eine solche materielle Diskriminierung beim Abstellen auf ein in direktem Bezug zum Territorium des betreffenden Mitgliedstaats stehendes Kriterium auch dann vorliegt, wenn möglicherweise ebenso viele Inländer betroffen sind, eine Konstellation, die in Bezug auf luxemburgische Regelungen deshalb relevant wurde, weil in Luxemburg ausgesprochen viele Ausländer leben, so dass ein Abstellen auf den Wohnsitz nicht zwingend quantitativ mehr Inländer bevorzugt.³²

Damit ist in Bezug auf die hier zur Debatte stehende (geplante) Regelung entscheidend, ob sie gerechtfertigt werden kann. In Betracht kommen hier im Wesentlichen drei Rechtfertigungsgründe:

- Erstens könnte die Regelung durch das Anliegen der Eindämmung der Kosten(steigerung) im Gesundheitswesen gerechtfertigt werden, da offenbar zumindest gewichtige Anhaltspunkte dafür sprechen, dass eine Erhöhung der Anzahl von Arztpraxen (jedenfalls bei Spezialärzten) die Kosten des Gesundheitswesens erhöhen. Dieses Anliegen stellt zweifellos ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls dar, das auch eine materielle Diskriminierung grundsätzlich zu rechtfertigen vermag. Jedoch müssen noch die Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit erfüllt sein. Danach muss eine Massnahme u.a. zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet sein, wobei der Gerichtshof in diesem Rahmen auch prüft, ob die Massnahme kohärent ist, so dass eine Differenzierung im Hinblick auf das verfolgte Ziel stimmig sein muss.³³ Ein Bedürfnisnachweis nur für Ärzte, die nicht eine mindestens fünfjährige Tätigkeit an einem schweizerischen Spital nachweisen können, ist jedoch im Hinblick auf das Ziel der Kosteneindämmung im Gesundheitswesen schon deshalb nicht kohärent, weil die Ärzte, die nicht unter diese Regelung fallen und eine Praxis eröffnen, in gleichem Mass

³¹ S.o. II.2.

³² Vgl. EuGH, Rs. C-175/88 (Biehl), Slg. 1990, I-1779; s. auch EuGH, Rs. C-411/98 (Ferlini), Slg. 2000, I-8081.

³³ EuGH, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Slg. 2009, I-1721 (in Bezug auf Differenzierungen bei einer Bedarfsprüfung im Gesundheitswesen), zu diesem Urteil auch noch unten III.2. Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung auch EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011: Hier erachtete der Gerichtshof ein Fahrverbot auf einer Teilstrecke der Brenner-Autobahn für LkW, die bestimmte Güter befördern (das eine Beschränkung des freien Warenverkehrs darstellt), als geeignet zur Verfolgung von gesundheits- und umweltpolitischen Zielen: Es sei nachvollziehbar und damit nicht inkohärent, dass der Transport der in der Verordnung näher bezeichneten Güter verboten werde, da sich diese Güter durch eine gewisse „Bahnaffinität“ auszeichneten, sich m.a.W. für eine Verlagerung des Transports auf die Bahn eigneten. Ebensowenig führe der Ausschluss des lokalen und regionalen Verkehrs von dem Verbot zu einer Inkohärenz der Massnahme, da die angestrebte Verlagerung des Transports auf die Schiene nur bei längeren Transporten Sinn mache; auch liege die fragliche Zone teilweise ausserhalb des österreichischen Hoheitsgebiets.

zur Kostensteigerung im Gesundheitswesen beitragen wie diejenigen, die von ihr erfasst werden. Ein Grund für die Bevorzugung der in der Schweiz an einem Spital tätigen Ärzte im Zusammenhang mit der Eindämmung der Kosten ist nicht ersichtlich. Nur am Rande sei bemerkt, dass das Anliegen, grundsätzlich zu viele ausländische Ärzte verhindern zu wollen, keine Einschränkung der durch das Abkommen gewährleisteten Rechte zu begründen vermag, geht das Grundanliegen des Abkommens und der durch dieses garantierten Rechte doch gerade dahin, in den erfassten Bereichen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu gewährleisten, so dass das Bestreben der „Eindämmung der ausländischen Ärzteschwemme“ letztlich eine Negation dieser Rechte implizierte (und im Übrigen einen wirtschaftlichen Grund darstellte).

- Zweitens könnte in Erwägung gezogen werden, dass das Erfordernis der fünfjährigen Tätigkeit an einem schweizerischen Spital der Qualitätssicherung bei den eine selbständige Praxis betreibenden Ärzten dient.

Dabei kann es jedenfalls nicht um die medizinischen Kenntnisse gehen: Denn erstens ist die Frage der Anerkennung der Diplome abschliessend durch die in Anhang II FZA figurierende RL 2005/36³⁴ – die auch für die Schweiz massgeblich ist – geregelt. Zweitens könnte eine gewisse Praxis in einem Spital zwar durchaus in Bezug auf die Qualifikation und die Erfahrung von Ärzten von Bedeutung sein; eine derartige Praxis kann aber nicht nur in einem schweizerischen Spital erworben werden, stellen sich die medizinischen Probleme doch gleichermassen in anderen Staaten.³⁵ In diesem Punkt unterscheidet sich die ärztliche Tätigkeit denn auch von derjenigen eines Anwalts, der notwendigerweise immer in einer bestimmten nationalen Rechtsordnung tätig ist, so dass es hier zumindest vertretbar erscheint, eine gewisse inländische Praxis zu verlangen, bevor ein Anwalt, der seine Ausbildung im Ausland absolviert hat, vollumfänglich selbständig tätig sein darf.

Jedoch könnte z.B. eine gewisse Vertrautheit mit dem schweizerischen Gesundheitssystem, eine Kenntnis der Landessprachen oder des Sozialversicherungssystems notwendig sein, damit ein Arzt seine selbständige Praxis auch kompetent führen kann. Derartige Erfordernisse stellen ebenfalls als solche zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls dar, die eine Einschränkung der durch das Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Rechte zu rechtfertigen vermögen. Fraglich ist aber auch hier die Verhältnismässigkeit: Indem starr auf die fünfjährige Tätigkeit in der Schweiz abgestellt wird, können diese Kenntnisse ausschliesslich durch eine derartige Aktivität nachgewiesen werden bzw. es wird davon ausgegangen, dass es

³⁴ RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22. Zu dieser Richtlinie ausführlich *Nina Gammethaler*, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, 2010, 127 ff.

³⁵ So geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Berufserfahrung in anderen Mitgliedstaaten grundsätzlich anzuerkennen ist, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-244/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239; s. auch EuGH, Rs. C-15/96 (Kalliope Schöning), Slg. 1998, I-47.

nur unter dieser Voraussetzung möglich ist, sich mit dem „schweizerischen System“ und ggf. den Landessprachen vertraut zu machen. Damit geht eine derartige Regelung jedoch jedenfalls über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinaus, wird doch auf diese Weise ausgeschlossen, dass die Betroffenen die diesbezüglichen Kenntnisse auf andere Art und Weise erlangt haben.

Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang auch, dass der EuGH in anderem Zusammenhang – nämlich der Frage, auf welche Weise eine genügende „Verbundenheit“ eines Unionsbürgers zu einem anderen Mitgliedstaat angenommen werden kann, damit dieser in Anwendung des Art. 18 AEUV (auch) Zugang zu bestimmten staatlichen Leistungen hat – davon ausgeht, dass zwar auch z.B. auf eine gewisse Verweildauer oder einen gewöhnlichen Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat abgestellt werden darf, wobei aber grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet sein muss, die Verbundenheit auf andere Art und Weise nachzuweisen. Im Falle des Rückgriffs auf solche typisierenden Kriterien muss zudem jeder Einzelfall im Hinblick auf den grundsätzlich verfolgten Zweck der Regelung analysiert werden: Notwendig ist jedenfalls, dass in Bezug auf die konkrete Regelung und ihre Zielsetzung das gewählte Kriterium grundsätzlich relevant und repräsentativ ist, um die Verbundenheit mit dem betreffenden Mitgliedstaat nachzuweisen. Dies bedeutet auf der anderen Seite auch, dass zu pauschale bzw. nicht auf die konkrete Regelungsmaterie zugeschnittene typisierende Kriterien (die im Hinblick auf den Nachweis einer Verbundenheit zu dem jeweiligen Mitgliedstaat in Bezug auf die konkrete Regelung zu allgemein und „einseitig“ sind) den Anforderungen der Verhältnismässigkeit eben gerade nicht entsprechen, sind sie doch für den Grad der Integration bzw. der Verbundenheit gerade nicht zwingend aussagekräftig. Insbesondere darf es das gewählte Kriterium ebenfalls mit dem betreffenden Mitgliedstaat „verbundenen“ Personen aus anderen Mitgliedstaaten nicht letztlich verunmöglichen, ihre „Verbundenheit“ mit dem „leistenden“ Mitgliedstaat auf andere Art und Weise nachzuweisen.³⁶ Überträgt man diese Grundsätze auf die im vorliegenden Zusammenhang relevante Fragestellung, so wären die für notwendig erachteten Kenntnisse zu spezifizieren und die Möglichkeit zu schaffen, diese Kenntnisse nicht nur durch eine fünfjährige Tätigkeit in einem schweizerischen Spital, sondern auch auf andere Art und Weise nachzuweisen.

- Drittens könnte in Erwägung gezogen werden, dass in Bezug auf Personen, die fünf Jahre in der Schweiz an einem Spital tätig waren, deren Vertrauen in die Möglichkeit,

³⁶ EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573; EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947; EuGH, verb. Rs. C-11/06, C-12/06 (Morgan), Slg. 2007, I-9161; EuGH, Rs. C-164/07 (Wood), Slg. 2008, I-4143; EuGH, Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507; EuGH, Rs. C-103/08 (Gottwald), Slg. 2009, I-9117; EuGH, Rs. C-503/09 (Stewart), Urt. v. 21.7.2011; EuGH, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Urt. v. 4.10.2012; EuGH, Rs. C-367/11 (Prete), Urt. v. 25.10.2012. Vgl. ausführlich hierzu *Astrid Epiney*, Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und Zugang zur Förderung durch Forschungsförderungsorganisationen, FS Marco Borghi, 2011, 131 ff.

nach einer derartigen Tätigkeit eine Praxis zu eröffnen, geschützt werden soll. Auch der Schutz berechtigten Vertrauens ist grundsätzlich als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls anzusehen, das eine Einschränkung der im Abkommen gewährleisteten Rechte rechtfertigen kann. Jedoch setzt eine Berufung auf den Schutz dieses Rechtsguts – wie auch bei anderen zwingenden Erfordernissen – voraus, dass nachvollziehbare Gründe dafür geltend gemacht werden können, dass es beeinträchtigt werden könnte. Daher müsste plausibel dargetan werden, dass die in der Schweiz tätigen Ärzte und Ärztinnen sich darauf verlassen konnten, eine Praxis eröffnen zu können, und zwar unabhängig von einem Bedürfnisnachweis. Angesichts des Umstands, dass diese Massnahme lange Zeit bereits zur Anwendung kam, dass die Kosten im Gesundheitswesen gleichwohl nicht wirklich gesunken sind (bzw. ihre Steigerung nur ungenügend eingedämmt werden konnte) und die Fortführung dieser Massnahme schon bald nach dem Ablauf der ersten Frist wieder durchaus zur Diskussion stand, ist jedoch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen hier ein (rechtlich relevantes³⁷) berechtigtes Vertrauen entstehen konnte. Hiergegen kann auch nicht die auch bei der ersten Einführung des Grundsatzes des Bedürfnisnachweises vorgesehene Befristung der Massnahme angeführt werden, da das Ablaufen einer solchen Frist nichts daran ändert, dass eine Verlängerung oder eine „Neuaufgabe“ möglich ist. Im Gegenteil dürfte gerade der Umstand, dass bereits einmal auf einen solchen befristeten „Zulassungsstopp“ zurückgegriffen wurde, implizieren, dass eine solche Massnahme grundsätzlich möglich ist bzw. mit ihr zu rechnen ist, zumal das Bundesgericht sie als verfassungskonform ansah.³⁸

Schliesslich sei noch allgemein darauf hingewiesen, dass die Kontrolldichte des EuGH im Falle des Vorliegens diskriminierender Regelungen insgesamt relativ streng ausfällt, so etwa in Bezug auf diskriminierende Regelungen des Hochschulzugangs.³⁹ Zwar hielt der Gerichtshof in einem den Zugang zum Medizinstudium – der in materiell diskriminierender Form durch eine Art „Quotenregelung“ für nicht ansässige Personen beschränkt wurde⁴⁰ – betreffenden Urteil⁴¹ fest, die streitige Regelung könne grundsätzlich durch Erfordernisse der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt werden, wobei die Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer solchen Massnahme durch das zuständige Gericht zu beurteilen sei. So sei nicht von vornherein ausgeschlossen, dass eine mögliche Qualitätsverringerung bei der Ausbildung Auswirkungen auf die Qualität der medizinischen Versorgung in dem

³⁷ Das Vertrauen darauf, dass sich das Recht nicht ändert, ist keinesfalls als solches schützenswert.

³⁸ BGE 130 I 26.

³⁹ EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), Slg. 2010, I-2735.

⁴⁰ Zum Inhalt der Regelung bereits oben Fn. 20. Begründet wurden die vorgesehenen „Quoten“ mit dem „Ansturm“ ausländischer Studierender, die zu einer übermäßigen Belastung der öffentlichen Finanzen und einer Qualitätseinbuße des Unterrichts führe, was letztlich auch die Qualität des öffentlichen Gesundheitssystems in Mitleidenschaft ziehen könne.

⁴¹ EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), Slg. 2010, I-2735.

betreffenden Gebiet entfalte. Auch könne ein etwaiger Mangel an medizinischem Personal durchaus schwerwiegende Probleme für den Schutz der öffentlichen Gesundheit mit sich bringen. Allerdings bestehe zwischen der Ausbildung des zukünftigen medizinischen Personals und dem Ziel der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen medizinischen Versorgung lediglich ein mittelbarer Zusammenhang. Der Mitgliedstaat müsse anhand einer objektiven, eingehenden und auf Zahlenangaben gestützten Untersuchung und somit basierend auf zuverlässigen, übereinstimmenden und beweiskräftigen Daten nachweisen, dass die öffentliche Gesundheit tatsächlich gefährdet ist. Im Übrigen dürfe nicht von vornherein angenommen werden, dass Nichtansässige nach ihrem Studium wieder in ihren Ursprungsstaat zurückkehren, ebensowenig, wie von vornherein vom Bleiben der Ansässigen ausgegangen werden dürfe; vielmehr seien diesbezügliche Zahlen heranzuziehen. Sodann habe das nationale Gericht u.a. zu prüfen, ob eine Beschränkung der Zahl der nichtansässigen Studierenden tatsächlich geeignet ist, die Zahl der Absolventen zu erhöhen, die für die Gewährleistung der Gesundheitsversorgung im betreffenden Gebiet zur Verfügung stehen. In Bezug auf die Erforderlichkeit sei nachzuprüfen, ob das angestrebte Ziel nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden könne, etwa durch die Schaffung von Anreizen für Personen, die an den betreffenden Universitäten abgeschlossen haben, in diesem Gebiet zu bleiben, oder durch die Anstellung von anderswo ausgebildetem Gesundheitspersonal. Schliesslich meldet der Gerichtshof Zweifel an, ob eine Methode, wonach die für Nichtansässige zur Verfügung stehenden Studienplätze durch Auslosung, ohne dass die Fähigkeiten der potentiellen Studierenden berücksichtigt werden, erforderlich sein könne. Damit hebt der Gerichtshof insbesondere die engen Grenzen, die einer solchen Quotenregelung durch das Unionsrecht gezogen sind, hervor, und die Lektüre des Urteils erweckt insgesamt den Eindruck, dass der Gerichtshof davon ausgeht, die Anforderungen der Verhältnismässigkeit seien in Bezug auf die zur Debatte stehende Regelung wohl kaum erfüllt.⁴² Man wird hieraus ableiten können, dass derartige diskriminierende Regelungen nur unter der Voraussetzungen plausibler Nachweise der Verhältnismässigkeit zulässig sind (insbesondere müssen wohl auch empirische Untersuchungen durchgeführt werden),⁴³ ein Nachweis, der in Bezug auf die hier zur Debatte stehenden Regelung aus den genannten

⁴² Der Gerichtshof beantwortete diese Frage nicht endgültig, was prozessuale Gründe hat: Im Vorabentscheidungsverfahren legt ein nationales Gericht dem Gerichtshof Fragen u.a. zur Auslegung des Unionsrechts vor, der diese beantwortet. Die Entscheidung in der Sache und damit auch die konkrete Verhältnismässigkeitsprüfung ist aber Sache des nationalen Gerichts, das unter Beachtung des Urteils des Gerichtshofs zu entscheiden hat.

⁴³ S. insoweit auch das bereits erwähnte Urteil EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011, wo der Gerichtshof in Bezug auf ein sektorales Fahrverbot für LKWs mit bestimmten Gütern auf der Inntalautobahn festhielt, Österreich habe nicht dargetan, warum andere, den Warenverkehr weniger beschränkende Massnahmen – wie insbesondere die Generalisierung einer Geschwindigkeitsbeschränkung und ein Fahrverbot für LKWs, die bestimmte Emissionswerte überschreiten – das angestrebte Ziel nicht ebenso hätten erreichen können, so dass die Massnahme nicht erforderlich sei.

Gründen nicht ersichtlich ist, wobei – wie bereits erwähnt – bereits unklar bzw. nicht spezifiziert ist, welche Qualifikationen durch eine fünfjährige Tätigkeit an einem schweizerischen Spital denn erworben werden sollen.

Damit verstiesse die Befreiung von Personen, die während mindestens fünf Jahren an einer „anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte“ (d.h. einem als solche anerkannten Spital in der Schweiz) tätig waren, vom Erfordernis des Bedürfnisnachweises gegen das Freizügigkeitsabkommen (insbesondere gegen Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA).

2. *Keine Ausnahme vom Bedürfnisnachweis für Praktische Ärzte und Ärztinnen*

Ebenfalls in Erwägung gezogen wird die Streichung der Ausnahme vom Bedürfnisnachweis für Praktische Ärzte und Ärztinnen, während Personen mit einem Weiterbildungstitel in Allgemeiner Innerer Medizin (sofern sie über keinen anderen Weiterbildungstitel verfügen) vom Bedürfnisnachweis ausgenommen sein sollen.

Fraglich ist hier zunächst, ob eine materielle Diskriminierung vorliegt, also m.a.W. die gewählte Unterscheidung die Gefahr impliziert, dass in erster Linie Unionsbürger benachteiligt werden. Angesichts des Umstandes, dass die Ausbildung zum Praktischen Arzt / zur Praktischen Ärztin in der Schweiz letztlich eine Art verkürzte Ausbildung zur Allgemeinen Inneren Medizin ist (offenbar werden im Wesentlichen dieselben Gebiete unterrichtet bzw. parallele Kenntnisse vermittelt, dies allerdings nicht während fünf, sondern während drei Jahren, und die Prüfung entspricht derjenigen in Bezug auf die Allgemeine Innere Medizin, wobei etwas niedrigere Anforderungen gestellt werden) und dass Personen aus dem EU-Ausland mit einem Weiterbildungstitel in Allgemeinmedizin in Anwendung der Diplomanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36)⁴⁴ in der Schweiz „automatisch“ den Praktischen Ärzten und Ärztinnen gleichgestellt werden, dürften die besseren Gründe für das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung sprechen. Denn insbesondere der zuletzt genannte Umstand führt letztlich dazu, dass Personen mit einem ausländischen Weiterbildungstitel in Allgemeinmedizin (unabhängig davon, ob diese Ausbildung drei oder fünf Jahre dauert) von vornherein keinen Zugang zum Weiterbildungstitel der Allgemeinen Inneren Medizin haben, sondern mit demjenigen des Praktischen Arztes / der Praktischen Ärztin „vorlieb“ nehmen müssen und sie im Falle der Annahme der geplanten Regelung im Gegensatz zu ersteren damit dem Bedürfnisnachweis unterliegen.

Fraglich könnte jedoch sein, ob diese Unterscheidung gerechtfertigt ist. Grundsätzlich sind die Ausnahmen vom Bedürfnisnachweis für bestimmte Kategorien von Ärzten vor dem Hintergrund zu sehen, dass in den betreffenden Sektoren ein Ärztemangel besteht, wie dies einerseits bei sog. „Hausärzten“ – also solchen Ärzten, die in der Grundversorgung tätig sind

⁴⁴ Fn. 34.

– und andererseits im Bereich der Kinder- und Jugendmedizin der Fall ist. Eine kohärente⁴⁵ Verfolgung dieses Anliegens impliziert jedoch, dass in Bezug auf die „Grundversorger“ alle Ärzte, die in diesem Sektor tätig sind, von der Bedürfnisprüfung ausgenommen werden. Daher vermag dieses Anliegen die vorgesehene Streichung der Ausnahme von der Bedürfnisprüfung nicht zu rechtfertigen, fehlt es doch schon an der Geeignetheit der Massnahme. Gründe für die Differenzierung zwischen Personen mit einem Weiterbildungstitel in Allgemeiner Innerer Medizin und Praktischen Ärzten bzw. Praktischen Ärztinnen sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann auch nicht das Anliegen der Qualität der eine Praxis eröffnenden Ärzte geltend gemacht werden, da es sich bei dem entsprechenden Weiterbildungstitel um einen anerkannten Titel handelt, der grundsätzlich zur Eröffnung einer Praxis berechtigt. Ebenso wenig kann auf die Eindämmung der Tätigkeit ausländischer Ärzte verwiesen werden, steht dieses Anliegen doch – wie bereits erwähnt⁴⁶ – in diametralem Gegensatz zu Inhalt und Zielsetzungen des Freizügigkeitsabkommens und kann daher von vornherein keinen Rechtfertigungsgrund darstellen.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtsprechung des EuGH, der sich mit der Zulässigkeit einer Art Bedarfsprüfung als Voraussetzung für die Bewilligung der Niederlassung einer Krankenanstalt in der Form eines sog. selbständigen „Ambulatoriums“ (eine Krankenanstalt, die Patienten ambulant behandelt) zu befassen hatte.⁴⁷ Ausgehend von der Feststellung, dass die Organisation und Erbringung von Dienstleistungen im Gesundheitswesen in der Kompetenz der Mitgliedstaaten stehe, wobei sie aber das Unionsrecht, insbesondere die Niederlassungsfreiheit, zu beachten hätten, und dass es jedenfalls den Mitgliedstaaten zustehe zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten wollen, stellte der EuGH – wenig überraschend – einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit durch das erwähnte Bewilligungserfordernis und die hierfür einschlägigen Anforderungen (das Bestehen eines Bedarfs nach der in Frage stehenden Tätigkeit) fest. Eine Rechtfertigung komme zwar aus Gründen des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung (Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus durch eine allgemein zugängliche und hochwertige Versorgung sowie Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit) in Betracht. Jedoch sei schon die Geeignetheit der in Frage stehenden Massnahme zu verneinen: Denn die Regelung trage nicht in kohärenter und systematischer Weise zur Erreichung dieser Zielsetzungen bei, da zwar die Eröffnung neuer Ambulatorien der erwähnten Bewilligung und der damit verbundenen Bedarfsprüfung unterliege, nicht jedoch diejenige von Gruppenpraxen. Gruppenpraxen und Ambulatorien wiesen jedoch ähnliche Merkmale auf und böten die gleichen medizinischen

⁴⁵ Die Kohärenz einer Massnahme wird vom EuGH im Zusammenhang mit der Geeignetheit geprüft, vgl. bereits oben III.1. sowie noch sogleich die Ausführungen im Text.

⁴⁶ S.o. III.1.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Slg. 2009, I-1721.

Leistungen an, so dass der Unterschied für den Patienten in der Regel nicht erkennbar sei, zumal es nicht auf die Grösse der Ambulatorien bzw. der Gruppenpraxen ankomme.⁴⁸

Die unterschiedliche Behandlung von Personen mit einem Weiterbildungstitel in Allgemeiner Innerer Medizin einerseits und Praktischen Ärzten und Ärztinnen andererseits in Bezug auf die Notwendigkeit eines Bedürfnisnachweises dürfte mit der vom EuGH beurteilten Fallgestaltung durchaus vergleichbar sein, geht es doch auch hier um Personen, die – wie erwähnt – letztlich vergleichbare medizinische Leistungen anbieten, so dass aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Unzulässigkeit einer derartigen Regelung folgt.

Im Ergebnis verstiesse daher auch die Streichung der Kategorie der Praktischen Ärzte / Ärztinnen von den Ausnahmen vom Bedürfnisnachweis gegen das Freizügigkeitsabkommen, insbesondere gegen Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA.

3. Nicht diskriminierende Zulassungsbeschränkung bzw. Notwendigkeit eines Bedürfnisnachweises

Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob die Notwendigkeit eines Bedürfnisnachweises für Ärzte, die nicht über Weiterbildungstitel in Allgemeiner Innerer Medizin oder Kinder- und Jugendmedizin verfügen oder Praktische Ärzte/Ärztinnen sind, als solche mit dem Freizügigkeitsabkommen in Einklang steht. Eine solche Massnahme unterscheidet nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sind doch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die erwähnte Differenzierung nach Ärztekategorien die Gefahr mit sich brächte, dass typischerweise Schweizer bevorteilt wären. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich hier um eine nicht diskriminierende Regelung handelt, die jedoch den Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit beschränkt.

Damit hängt die Vereinbarkeit einer solchen Massnahme mit dem Freizügigkeitsabkommen zunächst davon ab, ob dieses – in casu in Bezug auf die selbständige Erwerbstätigkeit – nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern auch ein Beschränkungsverbot enthält. Verneint man diese Frage (die übrigens vom Bundesgericht in seiner Entscheidung zur „ersten Auflage“ des Bedürfnisnachweises nicht erörtert wurde, obwohl sich dies hätte aufdrängen können),⁴⁹ wäre

⁴⁸ Hinzu komme, dass Ambulatorien mitunter wirtschaftlicher als Vertragsärzte arbeiten könnten, da sie aufgrund der Bündelung medizinischer Apparate und Ausstattung die Betriebskosten relativ gering halten könnten. Im Übrigen könne ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung nur dann mit dem Unionsrecht vereinbar sein, wenn es auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhe, so dass der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt sind. Gerade dies sei zumindest in den Ländern Wien und Oberösterreich nicht der Fall, da die Kriterien, die für die Bejahung oder Verneinung eines Bedarfs ausschlaggebend sind, teilweise weder vorher festgesetzt noch bekannt sind und mitunter gar auf die Meinung der im Versorgungsgebiet ansässigen Ärzte abgestellt wird.

⁴⁹ Vgl. BGE 130 I 26. Vgl. zu diesem Urteil im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 141 (152 ff.).

schon der Anwendungsbereich des Abkommens nicht eröffnet. Wie dargelegt,⁵⁰ sprechen aber nach der hier vertretenen Ansicht die besseren Gründe für ihre Bejahung, so dass sich aus Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA ein umfassendes Beschränkungsverbot jedenfalls in Bezug auf den Zugang zu einer (selbständigen oder unselbständigen) Erwerbstätigkeit und auf staatliche Massnahmen ergibt.

Damit ist auch hier die Frage nach der Rechtfertigung entscheidend. Hintergrund der Notwendigkeit eines Bedürfnisnachweises für Spezialärzte ist das Anliegen der Eindämmung der Kostensteigerung im Gesundheitswesen, ein zweifellos als zwingender Grund des Allgemeinwohls anzusehendes Anliegen. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit der Massnahme ist zu beachten, dass es – ohne dass diese Frage hier im Einzelnen analysiert werden kann – offenbar Studien und gewichtige Anhaltspunkte dafür gibt, dass jedenfalls ab einer bestimmten Zahl von selbständig niedergelassenen Spezialärzten in einer bestimmten Region mit einer Kostensteigerung im Gesundheitswesen zu rechnen ist, deren Ursachen offenbar kaum anders als durch eine zu hohe Ärztedichte erklärt werden kann. Falls diese Zusammenhänge – wovon wohl auszugehen ist – durch plausibles Zahlenmaterial erhärtet werden können, ist grundsätzlich von der Verhältnismässigkeit der Massnahme auszugehen, woran auch der Umstand nichts änderte, dass möglicherweise die Ursache-Wirkungs-Beziehungen hier nicht zweifelsfrei und lückenlos etabliert werden können: Denn die Massnahme erschiene als geeignet zur Verfolgung des Ziels, und eine mildere Massnahme ist nicht ersichtlich, scheint doch gerade die Ärztezahl eine Kostensteigerung zu bewirken. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. – die in der Rechtsprechung des EuGH sowieso keine grosse Rolle spielt – kann wohl unter Rückgriff auf parallele Erwägungen wie diejenigen, die das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Prüfung der Vereinbarkeit einer solchen Massnahme mit den Grundrechten der BV anführte,⁵¹ bejaht werden.

Dieses Ergebnis wird durch einen Blick auf die Rechtsprechung des EuGH, die insoweit im vorliegenden Rahmen relevant ist,⁵² bestätigt, wobei in erster Linie auf folgende Aspekte bzw. Urteile hinzuweisen ist:

- Der Gerichtshof dürfte den Mitgliedstaaten bei nicht diskriminierenden Massnahmen im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeitsprüfung tendenziell einen grösseren Gestaltungsspielraum einräumen als bei diskriminierenden Massnahmen, was damit zusammenhängen dürfte, dass es diesfalls nicht um Massnahmen mit grundsätzlich marktabschottender Wirkung, sondern um Regelungen, die zur Verfolgung bestimmter Ziele einen Eingriff in die Wirtschaftstätigkeit für alle entsprechenden Wirtschaftsteilnehmer vorsehen, geht.⁵³ Insofern ist aus unionsrechtlicher Sicht eine

⁵⁰ S.o. II.2.

⁵¹ BGE 130 I 26.

⁵² Oben II.

⁵³ S. z.B. die Ausführungen in EuGH, Rs. C-470/11 (SIA Garkalns), Urt. v. 19.7.2012; EuGH, Rs. C-203/08 (Sporting Exchange), Slg. 2010, I-4695; EuGH, Rs. C-258/08 (Ladbrokes), Slg. 2010, I-4757; EuGH, verb. Rs. C-316/07, Rs. C-409/07, C-410/07 (Stoss), Slg. 2010, I-8069; EuGH, Rs. C-46/008 (Carmen

(formell oder materiell) nach der Staatsangehörigkeit diskriminierende Massnahme grundsätzlich ein weitergehender bzw. „schwerwiegender“ Eingriff in die Grundfreiheiten (bezogen auf dieselbe „Kategorie“ von Massnahmen). In Bezug auf die hier relevante Problemstellung bedeutet dies, dass die Rechtfertigung eines diskriminierenden „Zulassungsstopps“ schwieriger darzulegen ist als diejenige eines nicht diskriminierenden „Zulassungsstopps“.

- Sodann geht der Gerichtshof davon aus, dass den Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Beschränkungen der Grundfreiheiten im Hinblick auf die Sicherstellung eines funktionierenden Gesundheitswesens, das zu akzeptablen Preisen zugänglich ist, grundsätzlich ein eher weiter Gestaltungsspielraum zukommt (sofern die entsprechende Massnahme nicht grundsätzlich inkohärent im Hinblick auf die Verfolgung des angestrebten Ziels erscheint, wie die beiden hier zur Debatte stehenden diskriminierenden Massnahmen):⁵⁴ So hielt der Gerichtshof z.B. jüngst (im Anschluss an und unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung) in einem die Genehmigung des Betriebs privater Apotheken (für die weniger günstige Vorschriften zum Zuge kommen als für Filialen der Apotheke der Universität Helsinki) betreffenden Urteil fest, der Gesundheitsschutz stelle ein hohes Gut dar, dessen Schutzniveau mangels einer Unionsregelung durch die Mitgliedstaaten zu bestimmen sei, wobei diesen ein gewisser Wertungsspielraum einzuräumen sei. Nachdem der Gerichtshof die in Frage stehende Regelung als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit qualifizierte, bejahte er aber die grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit aus Gründen des Gesundheitsschutzes, zu dem auch eine sichere und qualitativ hochstehende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehöre. Soweit die Filialen der Universitätsapotheke an der Erfüllung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausbildung von Pharmaziestudenten, der Forschung auf dem Gebiet der Arzneimittelversorgung sowie der Herstellung seltener pharmazeutischer Zubereitungen tatsächlich beteiligt sind, sei die Massnahme daher gerechtfertigt.⁵⁵ Das Urteil illustriert einmal mehr⁵⁶ den weiten

⁵⁴ Media Group), Slg. 2010, I-8149 (betreffend den Bereich der Glücksspiele); EuGH, Rs. C-84/11 (Susisalo), Urt. v. 21.6.2012 (betreffend den Gesundheitsschutz, zu diesem Urteil noch sogleich im Text). S.o. III.1., 2. S. in diesem Zusammenhang auch etwa EuGH, Rs. C-173/09 (Elchinov), Slg. 2010, I-8889; EuGH, Rs. C-512/08 (Kommission/Frankreich), Slg. 2010, I-8833, wo der Gerichtshof betonte, ein Genehmigungserfordernis für die Inanspruchnahme bestimmter medizinischer Leistungen (in einem Krankenhaus oder eine Behandlung unter Einsatz von Grossgeräten) könne grundsätzlich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls (Zwänge der Planung, die ein ausgewogenes Angebot qualitativ hochwertiger Versorgung sicherstellen und zur Beherrschung der Kosten beitragen soll) gerechtfertigt werden. Ein solches Genehmigungssystem müsse aber den Anforderungen der Verhältnismässigkeit entsprechen und auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen. S. in Bezug auf eine Art Bedarfsprüfung für bestimmte medizinische Dienstleister EuGH, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Slg. 2009, I-1721. Zu diesem Urteil bereits oben III.2. sowie sogleich im Text.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-84/11 (Susisalo), Urt. v. 21.6.2012.

⁵⁶ S. auch schon EuGH, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-368/98 (Vanbraekel), Slg. 2001, I-5363; EuGH, Rs. C-385/99 (Müller-Fauré), Slg. 2003, I-4509; EuGH, Rs. C-343/04 (Watts), Slg. 2006, I-4325; EuGH, Rs. C-173/09 (Elchinov), Slg. 2010, I-8889; EuGH, Rs. C-512/08 (Kommission/Frankreich), Slg. 2010, I-8833.

Gestaltungsspielraum, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes einräumt, wobei besonders bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof auf eine eigentliche „strenge“ Verhältnismässigkeitsprüfung weitgehend verzichtet.

- Auch das bereits erwähnte Urteil des EuGH zur Zulässigkeit einer Art Bedarfsprüfung als Voraussetzung für die Bewilligung der Niederlassung einer Krankenanstalt in der Form eines sog. selbständigen „Ambulatoriums“ (eine Krankenanstalt, die Patienten ambulant behandelt)⁵⁷ spricht für den hier vertretenen Ansatz: Da der EuGH im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer solchen Regelung (die letztlich mit der hier zur Debatte stehenden Bedürfnisprüfung vergleichbar sein dürfte) massgeblich auf die Ausgestaltung der Bedarfsprüfung abstellt und darüber hinaus betont, dass sich eine vorherige Genehmigung für die Niederlassung neuer Anbieter medizinischer Leistungen als zur Verfolgung öffentlicher Interessen unerlässlich erweisen kann, dürfte aus dem Urteil abzuleiten sein, dass jedenfalls bei medizinischen Dienstleistungen eine hoheitliche Beschränkung der Zahl der Anbieter grundsätzlich mit der Niederlassungsfreiheit in Einklang stehen kann (sofern die Regelung in Bezug auf das anvisierte Ziel kohärent ist), wobei der Gerichtshof im Übrigen offenbar keinen „hieb- und stichfesten“ Nachweis dafür verlangt, dass Zulassungsbeschränkungen tatsächlich eine Eindämmung von Gesundheitskosten nach sich ziehen. Offenbar geht der EuGH davon aus, dass hier den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen ist, was angesichts der Komplexität der Ursachen hoher Gesundheitskosten durchaus nachvollziehbar ist.
- Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits eine Bedarfsklausel für Apotheken als grundsätzlich mit Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) in Einklang stehend erachtete.⁵⁸ Konkret ging es um eine portugiesische Regelung, wonach die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis für neue Apotheken begrenzt wird, indem in jedem Apothekenbezirk grundsätzlich nur eine einzige Apotheke pro 2'800 Einwohner errichtet werden und eine zusätzliche Apotheke nur bei einer Überschreitung dieser Schwelle von mindestens 2'000 Einwohnern erlaubt werden darf. Zudem muss zwischen den Apotheken ein Mindestabstand von 250m eingehalten werden. Diese die Niederlassungsfreiheit beschränkende Regelung könne aus Gründen des Gesundheitsschutzes – dessen Niveau von den Mitgliedstaaten festzulegen sei – gerechtfertigt werden. Dabei sei die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Planung der Gesundheitsversorgung im Krankenhauswesen auf den Apothekensektor übertragbar, so dass eine vorherige Erlaubnis für die Niederlassung neuer Leistungserbringer möglich sei, wenn diese notwendig ist, um eventuelle Lücken

⁵⁷ EuGH, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Slg. 2009, I-1721. S. bereits oben III.2.

⁵⁸ EuGH, verb. Rs. C-570/07, C-571/07 (Pérez), Slg. 2010, I-4629.

im Zugang zu Leistungen des Gesundheitswesens zu schliessen und um die Einrichtung von Strukturen einer Doppelversorgung zu vermeiden, damit eine Gesundheitsversorgung gewährleistet werden könne, die den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst ist, das gesamte Hoheitsgebiet abdeckt und geografisch isolierte oder in sonstiger Weise benachteiligte Regionen berücksichtigt. Eine „Quotenregelung“ wie die hier zur Debatte stehende könne durchaus bewirken, dass die Ansiedlung von Apotheken in diejenigen Teile des nationalen Hoheitsgebiets, in denen der Zugang zum pharmazeutischen Dienst lückenhaft ist, gelenkt wird. Aber auch der Mindestabstand könne gerechtfertigt werden, da damit eine gleichmässige Verteilung der Apotheken über das fragliche Gebiet sichergestellt werden könne. Allerdings müsse die Regelung die Zielsetzungen systematisch und kohärent verfolgen, so dass die Anwendung der in Frage stehenden Regelungen dann zu relativieren sei, wenn sie – aufgrund der besonderen demografischen oder sonstigen Merkmale eines Gebiets – die Errichtung einer hinreichenden Zahl von Apotheken verhindern könnten. Dies könne in ländlichen Gebieten der Fall sein (da die Mindestzahl von 2'800 Personen hier sehr hoch sein könne), aber auch in städtischen, bevölkerungsreichen Gebieten in Bezug auf die Mindestabstandsregelung (da damit eine einzige Apotheke für viel mehr als 2'800 Personen „zuständig“ sein könne). Ein „Mindestzahlssystem“ – in dem Sinn, dass das System nur dann angewandt wird, bis in allen Bezirken eine ausreichende Zahl von Apotheken vorhanden sei – könne das angestrebte Ziel nicht gleich wirksam erreichen, was insofern überzeugt, als auf diese Weise einer nachträglichen Abwanderung von Apotheken wohl nur unzureichend begegnet werden könnte.

Damit steht der Grundsatz eines Bedürfnisnachweises – so wie er in der bundesrätlichen Vorlage vorgestellt wurde – mit dem Freizügigkeitsabkommen in Einklang: Entweder man verneint bereits die Einschlägigkeit des Abkommens (da es u.a. in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit kein Beschränkungsverbot enthalte, was jedoch nicht der hier vertretenen Ansicht entspricht) oder aber die Regelung könnte durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden.

IV. Schluss

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass einerseits der Ausschluss von Personen, die mindestens fünf Jahre an einer „anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte“ (d.h. einem als solche anerkanntem Spital in der Schweiz) gearbeitet haben, vom Bedürfnisnachweis als auch die Notwendigkeit eines solchen Bedürfnisnachweises für Praktische Ärzte und Ärztinnen (während für Personen mit einem Weiterbildungstitel in Allgemeiner Innerer Medizin oder in Kinder- und Jugendmedizin kein Bedürfnisnachweis

erforderlich ist) gegen das Freizügigkeitsabkommen, insbesondere gegen Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA, verstießen. Hinzuweisen ist dabei darauf, dass sich dieses Ergebnis nach der hier vertretenen Ansicht sehr klar aus der Anwendung der durch die einschlägige Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze – die nach wohl einhelliger Ansicht in Literatur und Rechtsprechung (sowohl des EuGH als auch des Bundesgerichts) im Rahmen der Anwendung von Diskriminierungsverboten zu beachten sind – ergibt. Insofern fällt es schwer, Argumente zu finden, die für die Vereinbarkeit dieser Massnahmen mit dem Freizügigkeitsabkommen sprechen könnten.

Hingegen dürfte die Notwendigkeit eines Bedürfnisnachweises als solcher – sofern er nicht diskriminierend ausgestaltet ist, wie dies in der Vorlage des Bundesrates der Fall war – mit dem Freizügigkeitsabkommen in Einklang stehen, woran auch der Umstand nichts ändert, dass es sich hier aus der Sicht der Betroffenen um einen weitgehenden Eingriff in ihre Rechte als Wirtschaftsteilnehmer handelt.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang noch darauf, dass im Falle einer Annahme einer der beiden nach den dargelegten Ausführungen gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossenden Massnahmen nicht davon auszugehen ist, dass das Parlament „bewusst“ gegen das Abkommen verstossen wollte; hierfür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, und insbesondere dürfte die m.E. klare Rechtslage in dieser Beziehung nicht als solche implizieren, dass das Parlament gegen das Abkommen verstossen wollte, sind hierzu doch präzise Anhaltspunkte erforderlich. Insofern käme die sog. „Schubert“-Rechtsprechung⁵⁹ nicht zum Zuge, wonach ausnahmsweise einem Bundesgesetz im Konfliktfall im Verhältnis zu einem völkerrechtlichen Vertrag Vorrang einzuräumen ist, falls der Gesetzgeber diesen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf genommen hat. Daher würde das Bundesgericht – unabhängig von der Frage, ob zumindest einige der durch das Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Rechte als „Grundrechte“ angesehen werden könnten, so dass in Bezug auf sie die „Schubert“-Rechtsprechung (parallel zur Situation bei einem „bewussten“ Verstoss gegen die EMRK) nicht zum Zuge kommen könnte⁶⁰ – im Streitfall⁶¹ wohl die einschlägige Bestimmung des KVG nicht anwenden, geht es doch von einem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts vor nationalem Recht (unter Einschluss von Bundesgesetzen, mit der erwähnten Ausnahme der „Schubert“-Rechtsprechung) aus.⁶²

⁵⁹ BGE 99 Ib 39.

⁶⁰ Zu dieser Frage, die von der Rechtsprechung noch nicht entschieden werden musste, *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012*, 2012, 81 (110 ff.).

⁶¹ Zu dem es wohl käme, genügte hier doch die Beschwerde eines einzigen Arztes gegen die Verweigerung der Praxiszulassung.

⁶² Vgl. jüngst BGer, 2C_828/2011, Urt. v. 12. Okt. 2012. Zu diesem Urteil *Astrid Epiney*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, *Jusletter* v. 4.3.2012.