

Jahrbuch für Annuaire du droit Migrationsrecht de la migration

2016/2017

Alberto Achermann
Cesla Amarelle
Martina Caroni
Astrid Epiney
Jörg Künzli
Peter Uebersax
(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Das Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017 befasst sich mit dem Themenkomplex «Einreise und Zulassung» und behandelt zentrale rechtliche Fragen rund um die Regelung der Visumserteilung, der Asylsuche und der Zulassung zum Arbeitsmarkt. Der Band beinhaltet Beiträge zur Rechtsnatur des Visums und zu dem vom Parlament beschlossenen modifizierten Inländervorrang («light»). Vor dem Hintergrund von Diskussionen um ein neues Zulassungsregime in der Schweiz werden in rechtsvergleichender Perspektive Systeme anderer Staaten vorgestellt.

Das Jahrbuch berichtet zudem umfassend über die Praxis schweizerischer und internationaler Gerichte in den vergangenen zwölf Monaten und zeigt die nationalen und internationalen Rechtsentwicklungen im Migrationsrecht von Mitte 2016 bis Mitte 2017 auf.

L'Annuaire du droit de la migration 2016/2017 s'intéresse au thème de « l'entrée et l'admission » et traite de questions juridiques centrales en lien avec la réglementation relative à l'octroi des visas et de l'asile ainsi qu'à l'admission sur le marché du travail. L'ouvrage contient des contributions sur la nature juridique des visas ainsi que sur la préférence nationale (« light ») récemment adoptée par le Parlement. Compte tenu des discussions en Suisse autour d'un nouveau système d'admission, les systèmes d'autres pays sont également présentés dans une perspective comparative.

L'Annuaire présente de manière détaillée l'évolution de la pratique des juridictions suisses et internationales au cours de ces douze derniers mois. Les développements juridiques du droit fédéral et international de la migration intervenus entre le milieu de l'année 2016 et le milieu de l'année 2017 sont ainsi exposés.

Jahrbuch für Migrationsrecht

Annuaire du droit de la migration

2016/2017

Alberto Achermann

Rechtsanwalt und assoziierter Professor an der Universität Bern

Cesla Amarelle

Professeure à l'Université de Neuchâtel

Martina Caroni

Professorin an der Universität Luzern

Astrid Epiney

Professorin an der Universität Freiburg

Jörg Künzli

Professor an der Universität Bern

Peter Uebersax

Professor an der Universität Basel, Gerichtsschreiber
und wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht in Lausanne

(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Umschlaggestaltung: Magma, Bern

Publiziert mit Unterstützung des Staatssekretariats für Migration.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017
www.staempfliverlag.com

© Stämpfli Editions SA Berne · 2017
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-2774-5

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com, les versions suivantes sont également disponibles :

Print ISBN 978-3-7272-2773-8
Judocu ISBN 978-3-0354-1454-7

printed in
switzerland



Vorwort

Unter «Zulassung» von Nicht-Staatsangehörigen kann einerseits die legale Einreise in einen Staat verstanden werden, andererseits – und so wird der Begriff im Schweizer Ausländerrecht verwendet – die rechtliche Bewilligung eines längeren Aufenthalts. Bekanntlich hängen die Einreise- und die Zulassungsmöglichkeiten stark von der Nationalität der Einreisewilligen ab: Für Staatsangehörige vieler Staaten besteht eine Visumpflicht, für andere nicht. Für Menschen aus EU/EFTA-Ländern ist die Arbeitnehmereigenschaft der Hauptschlüssel für die Begründung eines Aufenthalts. Welche Bedeutung dabei der neue «Inländervorrang light» haben wird, ist in verschiedenen Punkten noch unklar. Arbeitsuchende Personen aus sog. «Drittstaaten» hingegen müssen eine Vielzahl von Kriterien erfüllen und einem Bedarf der Wirtschaft entsprechen. Ähnliche Mechanismen, wenn auch z.T. mit beträchtlichen Unterschieden, kennen andere (faktische) Einwanderungsstaaten ebenfalls. Auch beim Familiennachzug oder bei der Geburt von Kindern in der Schweiz stellt die Staatsangehörigkeit bzw. der Wohnort der Beteiligten (Nachziehende und Nachgezogene) in Bezug auf ihre Rechtsstellung eine entscheidende Weichenstellung dar. Für Asylsuchende schliesslich bedeutet das Wort «Asyl» bzw. die Stellung eines Asylgesuchs das vorläufige «Sesam-öffne-dich», d.h. die Voraussetzung für die Zulassung zum Asylverfahren.

Die Referate der 13. Schweizerischen Migrationsrechtstage befassen sich aus verschiedenen Optiken mit dem Thema «Einreise und Zulassung» und untersuchen die Bedeutung der Staatsangehörigkeit, allenfalls des Aufenthaltstitels, aber auch der Bedürfnisse der Wirtschaft für die Möglichkeit, in der Schweiz Aufenthalt nehmen zu können. Das Jahrbuch dokumentiert im Weiteren für den Zeitraum von Mitte 2016 bis Mitte 2017 die Rechtsprechung internationaler und nationaler gerichtlicher Instanzen zum Migrationsrecht, zeichnet die wesentlichen Rechtsentwicklungen in der Schweiz auf Kantons- und Bundesebene, in der EU und in weiteren internationalen Gremien nach und enthält eine Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts.

An dieser Stelle danken wir Alexandra Büchler, Martin Hemmi, Joël Olivier Müller und Barbara von Rütte, Assistierende an der Universität Bern, sowie Didier Leyvraz, Assistent an der Universität Neuchâtel, für ihre Mitarbeit bei der Erarbeitung dieses Buches. Ein besonderer Dank gilt dem Staatssekretariat für Migration, das die Herausgabe dieses Jahrbuches wiederum mit einem namhaften Beitrag unterstützt hat.

Bern, im Juli 2017

Alberto Achermann
Martina Caroni
Jörg Künzli

Cesla Amarelle
Astrid Epiney
Peter Uebersax

Préface

Par « admission » de non-nationaux, on peut comprendre soit l'entrée légale dans un Etat ou alors – et c'est ainsi que le conçoit le droit suisse des étrangers –, l'acte juridique autorisant un séjour de longue durée. Il est notoire que les conditions d'entrée et d'admission dépendent fortement de la nationalité des intéressé-e-s : pour les ressortissant-e-s d'un grand nombre d'Etats, il existe une obligation de visa, pour d'autres pas. Pour les personnes venant de pays de l'UE/AELE, la qualité de travailleur/euse est la principale raison justifiant un séjour. A ce sujet, l'impact réel de la nouvelle « préférence indigène light » demeure peu clair sur certains points. Les chercheurs/euses d'emplois des « Etats tiers », pour leur part, doivent remplir de nombreux critères et répondre à un besoin de l'économie. Des mécanismes similaires existent également, quoiqu'avec parfois des différences considérables, dans d'autres Etats d'immigration. Dans les questions de regroupement familial ou de naissance d'enfants en Suisse, la nationalité, respectivement le lieu de domicile, des intéressé-e-s (regroupé/e et regroupant/e) jouent également un rôle décisif. S'agissant finalement des requérant-e-s d'asile, le mot « asile », respectivement le dépôt d'une demande d'asile, représentent le « Sésame ouvre-toi » provisoire, c'est-à-dire la condition de l'admission à la procédure d'asile.

Les exposés des 13^e journées suisses du droit de la migration traitent, dans ces différentes optiques, du thème de « l'entrée et l'admission » et analysent la signification de la nationalité, ou des titres de séjour, mais aussi les besoins de l'économie comme condition à la possibilité de séjourner en Suisse. L'annuaire recense également, pour la période de mi-2016 à mi-2017, la jurisprudence des instances judiciaires internationales et nationales, il montre les évolutions juridiques essentielles au niveau cantonal et fédéral suisse, dans l'UE ainsi que dans certaines instances internationales et contient une bibliographie du droit suisse des migrations.

Nous remercions ici Alexandra Büchler, Martin Hemmi, Joël Olivier Müller et Barbara von Rütte, assistant-e-s à l'Université de Berne, ainsi que Didier Leyvraz, assistant à l'Université de Neuchâtel, pour leur collaboration à l'élaboration de ce livre. Nous remercions également particulièrement le Secrétariat d'Etat aux migrations qui – au travers d'une contribution importante – a une nouvelle fois soutenu la publication de cet annuaire.

Berne, juillet 2017

Alberto Achermann
Martina Caroni
Jörg Künzli

Cesla Amarelle
Astrid Epiney
Peter Uebersax

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

Teil A / Partie A: Referate – Rapports

| | |
|--|------------|
| Einwanderungsrecht und -politik im Vergleich | 3 |
| THOMAS GROSS | |
| Der Familiennachzug im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH | 17 |
| GIULIA SANTANGELO | |
| La « préférence indigène light » et sa compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes | 61 |
| VÉRONIQUE BOILLET ET FRANCESCO MAIANI | |
| La demande d'asile et l'accès à la procédure..... | 79 |
| SYLVAIN FÉLIX | |
| Das Visum: Rechtsnatur und Rechtsformen | 117 |
| JULIA HÄNNI | |
| Die ausländer- und flüchtlingsrechtliche Stellung von in der Schweiz geborenen ausländischen Kindern | 149 |
| NADEZHDA NESTERENKO | |

Teil B / Partie B: Rechtsprechung – Jurisprudence

| | |
|---|------------|
| La jurisprudence du Tribunal fédéral en droit des étrangers et de la nationalité | 189 |
| DIDIER LEYVRAZ | |
| Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts..... | 211 |
| ALEXANDRA BÜCHLER, MARTIN HEMMI, JOËL OLIVIER MÜLLER UND ALBERTO ACHERMANN | |
| Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Asylrechts | 267 |
| SARAH FREHNER UND SERAINA NUFER | |

| | |
|--|------------|
| Die Rechtsprechung der Kantone im Migrationsrecht | 325 |
| ALEXANDRA BÜCHLER UND NULA FREI | |
| Zur Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit – Hinweise | 361 |
| BEATE METZ | |
| Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht | 371 |
| SARAH PROGIN-THEUERKAUF, CONSTANTIN HRUSCHKA UND MARGARITE HELENA ZOETEWELJ-TURHAN | |
| Die Praxis internationaler Menschenrechtsorgane im Bereich Migrationsrecht | 411 |
| MARTINA CARONI UND NICOLE SCHEIBER | |
| Teil C / Partie C: Rechtsentwicklungen – Développements juridiques | |
| Rechtsentwicklungen in der Schweiz..... | 475 |
| BARBARA VON RÜTTE | |
| Änderungen in der kantonalen Bürgerrechts-, Ausländer- und Asylrechtsgesetzgebung | 525 |
| JOËL OLIVIER MÜLLER | |
| Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz..... | 535 |
| ALBERTO ACHERMANN UND MARTIN HEMMI | |
| Teil D / Partie D: Bibliografie – Bibliographie | |
| Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts 2016/2017..... | 581 |
| JOËL OLIVIER MÜLLER | |
| Abkürzungsverzeichnis – Liste des abréviations..... | 593 |
| Verzeichnis der Autorinnen und Autoren und der Herausgeberinnen und Herausgeber – Liste des auteurs et éditeurs | 609 |

Teil A
Referate

Partie A
Rapports

Einwanderungsrecht und -politik im Vergleich *

Thomas Gross

Inhaltsübersicht

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einführung..... | 3 |
| II. | Das Einwanderungsland Kanada..... | 5 |
| III. | Die Regelung der Einwanderung in Europa..... | 6 |
| | 1. Grossbritannien..... | 6 |
| | 2. Frankreich..... | 8 |
| | 3. Deutschland..... | 9 |
| | 4. Österreich..... | 13 |
| IV. | Auswertung..... | 15 |

I. Einführung

In der Schweiz gibt es wie in den meisten europäischen Staaten eine erhitzte politische Auseinandersetzung über den Umfang der Einwanderung. Ebenfalls wie die meisten westeuropäischen Länder weist sie einen positiven Wanderungssaldo auf, weil trotz aller Restriktionen der Zuzug von Ausländerinnen und Ausländern nach wie vor höher ist als der Wegzug.¹ Wenn man ein Einwanderungsland rein faktisch als Land mit einem statistischen Nettowanderungsgewinn definiert, zählt auch die Schweiz in diese Kategorie.² Der starke Anstieg der Flüchtlingszahlen im Jahr 2015 hat diesen Trend in grossen Teilen Europas verstärkt und damit auch die öffentliche Aufmerksamkeit für Migrationsfragen vergrössert. Es handelt sich aber weder um eine neue noch um eine einzigartige Entwicklung, wie nicht zuletzt ein Blick in die wechselhafte Geschichte der schweizerischen Migrationspolitik zeigt.³

* Der Text ist eine stark überarbeitete Fassung eines Beitrags, der 2016 in der ZAR erschienen ist: *Thomas Gross*, Einwanderungspolitiken im Vergleich – Erwartungen an ein Einwanderungsgesetz in Deutschland, in: ZAR 8/2016, S. 262 ff.

¹ *Staatssekretariat für Migration (SEM)*, Statistik Zuwanderung, Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz, März 2017, 1. Quartal 2017, 27.4.2017, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/auslaenderstatistik/monitor/2017/statistik-zuwanderung-2017-03-q1-d.pdf> (zuletzt besucht am 5.5.2017).

² *Martin Schain*, *The Politics of Immigration in France, Britain and the United States*, 2. Aufl., Basingstoke 2012, S. 2; für die Schweiz: *Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Nicole Scheiber*, *Migrationsrecht*, 3. Aufl., Bern 2014, S. 25.

³ Überblick bei *Marc Spescha/Antonia Kerland/Peter Bolzli*, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 3. Aufl., Zürich 2015, S. 35 ff.

Man kann den Begriff des Einwanderungslandes aber auch normativ verstehen. In diesem Fall bezeichnet er Länder, in denen der Zuzug aus dem Ausland politisch gewollt ist. Es gehört dann zum Selbstverständnis eines Landes, dass Einwanderung grundsätzlich erwünscht ist. Die traditionellen Einwanderungsländer liegen alle ausserhalb Europas. Insbesondere in den USA, Kanada, Australien, Neuseeland und einigen südamerikanischen Staaten besteht die Mehrheit der Bevölkerung aus Einwanderinnen und Einwanderern oder ihren Nachfahren. Diese Länder fördern nach wie vor die Einwanderung, insbesondere um ihren Arbeitskräftebedarf abzudecken. Dagegen versteht sich in der Gegenwart wohl kein einziges europäisches Land als Einwanderungsland, obwohl es jedenfalls in den meisten westeuropäischen Ländern auch nach den Anwerbstopps der 1970er-Jahre faktisch eine kontinuierliche Nettozuwanderung gibt.

Diese Unterscheidung zwischen einem faktischen und einem normativen Verständnis des Begriffes «Einwanderungsland» hat Auswirkungen auf die Rolle des Rechts. Im ersten Fall reicht es aus, wenn die jeweilige Rechtsordnung den Zuzug von Ausländerinnen und Ausländern ermöglicht. Im zweiten Fall kommt es dagegen darauf an, dass die Gesetze des Landes die Einwanderung aktiv fördern. In welcher Form das geschieht, kann im Detail natürlich unterschiedlich ausgestaltet sein. Es bedeutet wohl gemerkt in keinem Land eine uneingeschränkte Zulassung von ausländischen Arbeitskräften, sondern es geht um eine durchaus gesteuerte, aber dauerhafte Eröffnung einer Einwanderungsoption in einer relevanten Grössenordnung.

Das Recht ist übrigens nur einer von mehreren Parametern, die für die Einwanderung relevant sind. Daneben gibt es weiche Steuerungsfaktoren, wie etwa die Bekanntheit der Sprache, die Informationspolitik gegenüber potentiellen Einwanderern, die Bildungspolitik, die ökonomische Attraktivität eines Landes, aber natürlich auch das gesellschaftliche Klima. Diese Faktoren sind zwar politisch relevant, sie liegen aber ausserhalb des hier betrachteten Feldes des Migrationsrechts im engeren Sinn.⁴

Im Folgenden werden die rechtlichen Grundlagen der Einwanderung in fünf Ländern im Überblick vorgestellt. Im Mittelpunkt steht die Einwanderung zum Zweck der Erwerbstätigkeit. Kanada wurde exemplarisch für die klassischen Einwanderungsländer ausgewählt. Grossbritannien und Frankreich sind stark durch die Zuwanderung aus den früheren Kolonien gekennzeichnet, haben aber eine zunehmend restriktive Politik entwickelt. Deutschland lässt die Erwerbsmigration nach wie vor nur in einigen Teilbereichen des Arbeitsmarktes zu, doch liegen inzwischen zwei Entwürfe für ein neues Einwanderungsgesetz vor. Österreich wurde ausgewählt, weil es vor einigen Jahren ein Punktesystem für die hochqualifizierte Einwanderung eingeführt hat. Neben

⁴ Zum Migrationsfolgenrecht ausführlich: *Daniel Thym*, Migrationsfolgenrecht, in: *VVDStRL 76/2017*, S. 169 ff.

den Rechtsgrundlagen werden auch statistische Daten berücksichtigt, wobei allerdings die Kategorien nicht immer ganz übereinstimmen.

II. Das Einwanderungsland Kanada

Kanada betrachtet sich traditionell als Einwanderungsland, das seinen Arbeitskräftebedarf auch aus dem Ausland befriedigt. Schon seit dem 19. Jahrhundert gab es jedoch Auseinandersetzungen über die Einwanderung aus Asien, die von Teilen der Bevölkerung aus rassistischen Gründen abgelehnt wurde.⁵ Die daraufhin eingeführten Restriktionen wurden erst in den 1960er-Jahren wieder abgeschafft. In jüngerer Zeit liegen die wichtigsten Herkunftsländer erneut in Asien.

Aktuelle Rechtsgrundlage ist der *Immigration and Refugee Protection Act* von 2001. Als erster Zweck wird in Sektion 3 des Gesetzes angegeben: «*to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration*». Unter den weiteren zehn Gesetzeszwecken in Bezug auf die Einwanderung finden sich u.a. der Nutzen für die kanadische Wirtschaft und die öffentliche Sicherheit. Die einzelnen Regelungen werden immer wieder geändert, so dass hier nur ihre Grundstruktur vorgestellt wird.⁷ Unterschieden wird zwischen der dauerhaften Einwanderung (*permanent resident*) und temporären Aufenthaltsrechten, z.B. für Studierende und für zeitlich begrenzt angeworbene Arbeitskräfte. Von den etwa 240'000 neuen Daueraufenthaltsrechten im Jahr 2016 wurden etwa 25% zum Zweck des Familiennachzugs, 55% für die ökonomische Einwanderung und etwa 20% für anerkannte Flüchtlinge vergeben.⁸

Einwanderer für den Arbeitsmarkt werden sowohl von der Bundesregierung wie auch von den Provinzen ausgewählt. Ursprünglich wurde ein rein an den Qualifikationen der Bewerber ausgerichteter Ansatz verfolgt, bei dem es nicht darauf ankam, ob ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt.⁹ Inzwischen gilt

⁵ Dagmar Soennecken, *Studies in Law, Politics and Society*, Vol. 60, Toronto 2013, S. 91 ff.

⁶ *Immigration and Refugee Protection Act* vom 1.11.2001, S.C. 2001, c. 27, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-2.5/FullText.html> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

⁷ Die folgenden Informationen beruhen auf Angaben, die auf der Webseite «<http://www.immigration.ca/en/>» (zuletzt besucht am 26.6.2017) veröffentlicht wurden.

⁸ Statistik abrufbar unter: *Government of Kanada*, Immigration, Refugees and Citizenship Canada, Overview – Quarterly IRCC Updates, <http://open.canada.ca/data/en/dataset/0186868b-a04d-4a0e-962e-bdfbac51bfb3> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

⁹ *Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration*, Das kanadische Express-Entry-System, Berlin 2015, http://www.svr-migration.de/wp-content/uploads/2015/09/kurz-und-b%C3%BCndig_Das-kanadische-Express-Entry-System.pdf (zuletzt besucht am 27.6.2017).

ein Mischsystem. Für die nationale Ebene besteht seit 2015 zusätzlich ein *Express-Entry-System* für ausgebildete Arbeitskräfte. Auswahlkriterien sind neben der Berufsbildung das Niveau der Sprachkenntnisse, die Berufserfahrung, das Alter, das Bestehen eines konkreten Arbeitsplatzangebotes in Kanada sowie die Anpassungsfähigkeit, die durch frühere Aufenthalte in Kanada nachgewiesen werden kann. Ob eine Bewerbung die Anforderungen erfüllt, kann man innerhalb von zwei Tagen durch eine internetgestützte Anfrage herausfinden. Aus den Anträgen werden im Rahmen der festgelegten Kontingente in einem zweistufigen Verfahren diejenigen ausgewählt, die zur Einwanderung eingeladen werden und bei Annahme sofort ein Daueraufenthaltsrecht erhalten. Daneben gibt es die Möglichkeit, dass internationale Studierende nach ihrem Abschluss in Kanada bleiben, um eine Arbeit aufzunehmen. Das Daueraufenthaltsrecht kann nur aufgehoben werden, wenn Gründe der öffentlichen Sicherheit bzw. strafrechtliche Verfehlungen vorliegen oder der zulässige Zeitraum für Auslandsaufenthalte überschritten wurde. Ansonsten ist es bereits nach vier Jahren Aufenthalt möglich, die Einbürgerung zu beantragen.

III. Die Regelung der Einwanderung in Europa

Die Gesetzgeber der europäischen Staaten verwenden selten den Begriff der Einwanderung. Obwohl der von allen Mitgliedstaaten gebilligte Art. 79 AEUV¹⁰ von der Entwicklung einer gemeinsamen Einwanderungspolitik spricht, bestehen nach wie vor erhebliche politische Differenzen, die sich auch in der verwendeten Terminologie niederschlagen. Nur Grossbritannien bezeichnet sein einschlägiges Gesetz als «Einwanderungsgesetz», während in Frankreich, Deutschland und Österreich andere, neutralere Bezeichnungen zu finden sind.

1. Grossbritannien

Grossbritannien war bis zum zweiten Weltkrieg ein Land mit einer Netto-Auswanderung.¹¹ Danach konnte es seinen Arbeitskräftebedarf zunächst durch Zuzüge aus den Ländern des *British Empire* decken, hat aber nie eine aktive Anwerbepolitik betrieben.¹² Schon ab 1962 wurden jedoch Restriktionen eingeführt. 1971 wurden die Privilegien von Angehörigen der anderen

¹⁰ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47.

¹¹ *Schain* (Anm. 2), S. 125 ff.

¹² Vgl. den historischen Überblick bei *Jürgen Bellers/Supriyo Bhattacharya*, Grossbritannien, in: Gieler et al. (Hrsg.), *Handbuch Europäischer Migrationspolitiken*, 2. aktualisierte und erweiterte Aufl., Münster 2013, S. 133 ff.

Commonwealth-Länder weitgehend abgeschafft. In den letzten Jahren erfolgte fast die Hälfte der Einwanderung aus EU-Mitgliedstaaten. Im Jahr 2016 sind etwa 257'000 Drittstaatsangehörige nach Grossbritannien eingereist, um sich mehr als ein Jahr dort aufzuhalten.¹³ Davon wurden etwa 35% der Visa für das Studium, 35% für die qualifizierte Erwerbstätigkeit und 17% für den Familiennachzug erteilt.

Die Grundlagen des britischen Aufenthaltsrechts finden sich im vielfach geänderten Einwanderungsgesetz (*Immigration Act 1971*)¹⁴. Es enthält keine allgemeine Zweckbestimmung. Sektion 3 enthält einen allgemeinen Erlaubnisvorbehalt für die Einreise entsprechend den Bedingungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern, und ermächtigt den Innenminister, hierzu nähere Regelungen zu erlassen. Die auf dieser Grundlage veröffentlichten Einwanderungsregeln (*Immigration Rules*)¹⁵ sind praktisch sehr wichtig. Sie definieren sehr detailliert viele verschiedene Kategorien von Aufenthaltszwecken. In Grossbritannien ist der Erstaufenthalt in fast allen Fällen befristet.

Für die Arbeitsmigration wurde im Jahr 2002 ein punktebasiertes System eingeführt, das für verschiedene Gruppen wie Hochqualifizierte, Unternehmer, Investoren, Sportler, Studenten oder Schüler gilt. Die ursprünglich ebenfalls enthaltene Kategorie der unqualifizierten Arbeitskräfte wurde bald wieder abgeschafft. Die Punkte werden im Wesentlichen nach sehr differenzierten Kriterien des britischen Arbeitsmarktbedarfs vergeben.¹⁶ Seit 2010 hat die Regierung für einige Kategorien Obergrenzen festgesetzt. Für die nicht spezifizierte Gruppe der allgemeinen Einwanderung beträgt sie zurzeit 20'700 Plätze pro Jahr. Je nach Kategorie erhält ein erfolgreicher Antragsteller ein Aufenthaltsrecht von einem bis zu fünf Jahren. Nach fünf Jahren Aufenthalt kann ein unbefristetes Aufenthaltsrecht (*indefinite leave to remain*) erteilt werden, das allerdings mit hohen Gebühren verbunden ist.

¹³ Statistiken abrufbar unter: *British Office for National Statistics*, Migration Statistics Quarterly Report: February 2017, 23.2.2017, <https://www.ons.gov.uk/people-populationandcommunity/populationandmigration/internationalmigration/bulletins/migrationstatisticsquarterlyreport/feb2017> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

¹⁴ Immigration Act 1971 vom 28.10.1971, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

¹⁵ *British Government*, A collection of the current Immigration Rules, 29.2.2016 (aktualisiert am 2.3.2017), <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/policyandlaw/immigrationlaw/immigrationrules/> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

¹⁶ Dazu näher *Gina Clayton*, Textbook on Immigration and Asylum Law, 4. Aufl., Oxford 2010, S. 352 ff.

2. Frankreich

Frankreich verstand sich schon seit dem 19. Jahrhundert als Einwanderungsland, v.a. aus demografischen Gründen.¹⁷ Der grösste Teil der aussereuropäischen Einwanderung erfolgt bis heute aus den früheren Kolonien. Im Jahr 1974 wurde die seit 1946 forcierte Förderung der Einwanderung von Erwerbstätigen jedoch beendet, so dass sich die Zahlen deutlich reduzierten.¹⁸ In den letzten Jahren ist die Zahl der an Drittstaatsangehörige vergebenen Aufenthaltstitel kontinuierlich angestiegen. Allerdings kommen dem Familiennachzug (ca. 40%) und der Einreise zum Studium (ca. 30%) grössere Bedeutung zu als der primär arbeitsmarktbezogenen Einwanderung, die jeweils weniger als 10% der erstmals erteilten Aufenthaltstitel ausmachte.¹⁹

Die Rechtsgrundlagen für das französische Ausländerrecht finden sich im Gesetzbuch über Einreise und Aufenthalt von Ausländern sowie das Asylrecht (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*²⁰), das immer wieder geändert wird. Eine allgemeine Zweckbestimmung ist nicht enthalten. Es unterscheidet in Art. L313-6 ff. viele verschiedene Kategorien von befristeten Aufenthaltstiteln (*cartes de séjour temporaires*). Dadurch erfolgt eine Spezialisierung des Aufenthaltstitels je nach der Natur des Aufenthalts.²¹

Insbesondere kann die Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von einem Jahr für verschiedene, näher definierte Arten von Erwerbstätigkeit erteilt werden. Neu eingeführt wurde im Jahr 2016 eine mehrjährige Aufenthaltserlaubnis (*carte de séjour pluriannuelle*), die man nach einem Jahr Aufenthalt erhalten kann (Art. L313-17). Voraussetzung ist die Erfüllung von Integrationsverpflichtungen. Bestimmte hochqualifizierte Arbeitskräfte können jedoch schon bei der ersten Einreise eine solche mehrjährige Aufenthaltserlaubnis als «Talentpass» (*passeport talent*) erhalten (Art. L313-20). Eine generelle Arbeitserlaubnis ist erst mit der Niederlassungserlaubnis (*carte de résident*) verbunden, die in der Regel nach fünf Jahren ununterbrochenem

¹⁷ Marcel Berlinghoff, Das Ende der «Gastarbeit», Paderborn 2013, S. 269 ff.; Carsten Keller/Ingrid Tucci, in: Gieler et al. (Hrsg.), Handbuch Europäischer Migrationspolitiken, 2. aktualisierte und erweiterte Aufl., Münster 2013, S. 103 ff.; Schain (Anm. 2), S. 39 ff.

¹⁸ Schain (Anm. 2), S. 48 ff.

¹⁹ Statistische Angaben abrufbar unter: *Ministère de l'intérieur français*, Données de l'immigration, de l'asile et de l'accès à la nationalité française, 16.1.2017, <http://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Donnees-statistiques/Donnees-de-l-immigration-de-l-asile-et-de-l-acces-a-la-nationalite-francaise> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

²⁰ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile vom 11.5.2017, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070158> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

²¹ Xavier Vandendriessche, Le droit des étrangers, 5. Aufl., Paris 2012, S. 80.

Aufenthalt und einem Integrationsnachweis erteilt wird.²² Ihre Gültigkeit beträgt zehn Jahre mit Verlängerungsmöglichkeit (Art. L314-1).

3. Deutschland

Über die Frage, ob Deutschland ein Einwanderungsland ist, wird schon seit Jahrzehnten gestritten.²³ Obwohl Deutschland zweifellos faktisch ein Einwanderungsland ist, zeigt ein genauerer Blick auf die Statistik, dass die ökonomisch erwünschte Einwanderung nur eine geringe quantitative Bedeutung hat.²⁴ Ausländische Arbeitskräfte kommen in erster Linie über die EU-Freizügigkeit nach Deutschland, die 2015 mit über 900'000 fast die Hälfte aller Zuzüge umfasste. Bei den Drittstaatsangehörigen waren Flüchtlinge die grösste Gruppe mit der aussergewöhnlich hohen Zahl von 890'000 Personen, während 93'000 Personen ein humanitäres Aufenthaltsrecht erhielten, wobei der Rückstau der Asylverfahren zu beachten ist. An der zweiten Stelle folgt der Familiennachzug, über den 2015 mehr als 82'000 Personen nach Deutschland kamen. Für Studienzwecke sind etwa 50'000 Personen eingereist. Dagegen haben im Jahr 2015 nur etwa 39'000 Drittstaatsangehörige einen Aufenthaltstitel zum Zweck der Erwerbstätigkeit erhalten. Davon reisten 6700 mit einer «Blauen Karte EU» für Hochqualifizierte ein. Also ist nur bei etwa 1,5% aller nach Deutschland gekommenen Ausländerinnen und Ausländer die Einreise gezielt zugelassen worden, um einen Bedarf des eigenen Arbeitsmarktes abzudecken.

Weil vielfältige Prognosen über den voraussichtlichen Einwanderungsbedarf davon ausgehen, dass die Zahl der einheimischen Arbeitskräfte deutlich zurückgehen wird, gibt es schon seit vielen Jahren eine politische Diskussion über eine weitere Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes. Obwohl im Bericht der Zuwanderungskommission aus dem Jahr 2001 anerkannt wurde, dass Deutschland ein Einwanderungsland ist,²⁵ enthält das in der Folge verabschiedete Zuwanderungsgesetz kein Bekenntnis zur Einwanderung. In der

²² Ibid., S. 85 ff.

²³ Zur Diskussion *Jochen Oltmer*, Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland, in: Meier-Braun/Weber (Hrsg.), Deutschland Einwanderungsland, 3. Aufl., Stuttgart 2017, S. 73 ff.

²⁴ Die folgenden Angaben sind dem Migrationsbericht 2015 entnommen (*Deutsches Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, Migrationsbericht 2015, https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Migrationsberichte/migrationsbericht-2015.pdf;jsessionid=E2AC2669360F4D0F462BAFAE71B72A5.1_cid359?__blob=publicationFile [zuletzt besucht am 27.6.2017]).

²⁵ *Unabhängige Kommission «Zuwanderung»*, Zuwanderung gestalten, Integration fördern, Berlin 2001, https://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjD85_WluPUAhWF1RoKHdCBDT0QFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fluechtlingsrat.org%2Fdownload%2Fberkommzusfas.pdf&usq=AFQjCNEfDwuQ1rSIMHayqnvqJlaRsJBLRQ (zuletzt besucht am 29.6.2017), S. 1.

grundlegenden Zweckbestimmung des § 1 Abs. 1 AufenthG²⁶ werden die Steuerung und die Begrenzung des Zuzugs von Ausländerinnen und Ausländern benannt und gerade nicht seine Förderung. Auch in der Sache ist das geltende Aufenthaltsrecht, das sich in seinen Grundstrukturen nicht grundsätzlich von den vorhergehenden gesetzlichen Regelungen unterscheidet, eher auf Abwehr und Kontrolle ausgerichtet. Zwar gab es in den letzten Jahren, auch unter dem Einfluss der EU, einige Änderungen, um die Einreise von hochqualifizierten Arbeitnehmern zu erleichtern. Die Grundtendenz ist aber nach wie vor restriktiv.

Das Aufenthaltsgesetz kennt mehr als fünfzig verschiedene Aufenthaltsw Zwecke. Jeder Aufenthaltsw Zweck ist exklusiv, ein Wechsel ist nur nach behördlicher Genehmigung zulässig. Die Regelungen über die Arbeitsmigration sind unübersichtlich. Nur für bestimmte Fälle der Einreise von hochqualifizierten Arbeitnehmern sind die Voraussetzungen im Gesetz selbst (§§ 18a-21 AufenthG) enthalten. Die allgemeine Vorschrift über die Zulassung ausländischer Beschäftigter in § 18 AufenthG benennt nur eine vage Leitlinie, wonach sie «sich an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen» orientiert. Alle Einzelheiten, insbesondere die gewünschten Berufe sowie die Ausnahmen von der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit, ergeben sich aus der von der Bundesregierung erlassenen Beschäftigungsverordnung. Ergänzend treten allgemeine Verwaltungsvorschriften sowie im Bereich bestimmter Ausbildungsberufe Beschlüsse der Bundesagentur für Arbeit nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BeschV²⁷ hinzu. Diese praktisch ausgesprochen wichtigen Regelungen sind für Laien nicht einfach auffindbar.

Selbst wenn aber die Voraussetzungen einer dieser Vorschriften vorliegen sollten, besteht in der Regel ein Ermessen für die Entscheidung im Einzelfall. Dies gilt insbesondere im Bereich der Arbeitsmigration. Nur in einigen neueren Vorschriften zur Beschäftigung von Hochqualifizierten sind Rechtsansprüche auf eine Aufenthaltserlaubnis eingeführt worden (vgl. §§ 18b, 19a, 20 AufenthG). Bei der allgemeinen beschäftigungsbezogenen Regelung des § 18 AufenthG besteht dagegen sogar ein doppeltes Ermessen, da zwei Behörden zu entscheiden haben, nämlich die Bundesagentur für Arbeit und die Ausländerbehörde. § 39 AufenthG räumt der Bundesagentur für Arbeit ein Ermessen bei der arbeitsmarktpolitischen Prüfung ein.²⁸ In diesem Rahmen bestehen nach § 39 Abs. 4 AufenthG sehr weitreichende Beschränkungs-

²⁶ Gesetz vom 30.7.2004 über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG), BGBl. I S. 162.

²⁷ Verordnung vom 6.6.2013 über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (BeschV), BGBl. I S. 1499.

²⁸ Klaus Peter Stiegeler, § 39, in: Hoffmann (Hrsg.), Ausländerrecht, Nomos Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2016, Rn. 8 zu § 39.

lichkeiten in Bezug auf die Dauer der Beschäftigung, die konkrete berufliche Tätigkeit und sogar die Einschränkung auf bestimmte Betriebe oder Bezirke. Zusätzlich hat auch die Ausländerbehörde Ermessen auszuüben, wobei allerdings nur Kriterien berücksichtigt werden dürfen, die nicht arbeitsmarktbezogen sind.²⁹ Eine zusätzliche Ausdifferenzierung erfolgt beim Aufenthalt zur Beschäftigung durch Nebenbestimmungen nach Massgabe von § 18 AufenthG i. V. m. der Beschäftigungsverordnung, die ebenfalls im Ermessen der Behörde stehen. Dadurch kann z.B. der erlaubte Aufenthalt an die Anstellung bei einem bestimmten Arbeitgeber gebunden werden.

Im Wesentlichen eröffnet Deutschland also einen Arbeitsmarktzugang nur für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige oder für bestimmte Mangelberufe wie z.B. im Pflegebereich. Grosse Bereiche der Erwerbstätigkeit sind damit der Einwanderung praktisch verschlossen. Zudem ist die Aufenthaltserlaubnis meistens an einen konkreten Arbeitsplatz gebunden. Selbst für Inhaber einer «Blauen Karte EU» ist bei einem Arbeitsplatzwechsel innerhalb der ersten zwei Jahre eine behördliche Erlaubnis erforderlich (§ 19a Abs. 4 AufenthG). Hierin zeigt sich die strenge Bedarfsorientierung der ökonomisch motivierten Einreiseerlaubnis.³⁰

Ein wichtiger Aspekt bei der Einordnung, wie einwanderungsfreundlich das deutsche Recht ist, sind die Regelungen über die Verlängerung des Aufenthalts. Eine Analyse des Aufenthaltsgesetzes zeigt, dass es auch nach der Einreise eine Unzahl an Bedingungen und Kontrollen gibt, bevor eine Verfestigung des Aufenthaltes erfolgen kann. Dabei variieren die Regelungen im Detail, so dass hier nur auf die allgemeinen Vorgaben eingegangen werden kann. Da eine Aufenthaltserlaubnis für die Ersteinreise in fast allen Fällen zeitlich befristet ist, muss sie regelmässig mehrfach verlängert werden. In diesem Rahmen prüft die Ausländerbehörde erneut das Vorliegen aller Voraussetzungen, die schon bei der ersten Erteilung nachgewiesen werden mussten (§ 8 Abs. 1 AufenthG). Zusätzlich ist seit einigen Jahren zu prüfen, ob eine Ausländerin oder ein Ausländer einer etwaigen Pflicht zur ordnungsgemässen Teilnahme am Integrationskurs nachgekommen ist (§ 8 Abs. 3 AufenthG). Soweit bei der Ersteinreise ein Ermessensspielraum bestand, besteht er auch bei der Verlängerung, allerdings ist bei zunehmender Aufenthaltsdauer das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.³¹ Diese ersten Jahre nach der Einreise bilden so eine Art «Bewährungsphase».³²

²⁹ *Alexandra Sussmann*, § 18 AufenthG, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 11. Aufl., München 2016, Rn. 54 zu § 18 AufenthG; *Bertold Huber/Ralph Göbel-Zimmermann*, *Ausländer- und Asylrecht*, 2. Aufl., München 2008, Rn. 222.

³⁰ *Bettina Offer*, Der Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion für ein Einwanderungsgesetz, Analyse und kritische Stellungnahme, in: ZAR 1/2017, S. 30.

³¹ BVerfGE 49, 168, 184.

³² *Thomas Gross*, Das Ausländerrecht zwischen obrigkeitstaatlicher Tradition und menschenrechtlicher Herausforderung, in: AöR 3/2014, S. 428.

Ein spezielles Problem, das in den letzten Monaten besonders deutlich geworden ist, ist die rigide Trennung zwischen der regulären und der Flüchtlingsmigration. Wird ein Asylantrag gestellt, sind andere Aufenthaltstitel in der Regel gesperrt (§ 10 Abs. 1 AufenthG), so dass kein Wechsel in den regulären Aufenthalt möglich ist, selbst wenn ein Arbeitsplatz vorhanden ist. Nach der Ablehnung eines Asylantrags ist eine Regularisierung noch schwieriger, da ein Aufenthaltstitel zu anderen als humanitären Zwecken ausgeschlossen ist, sofern kein Anspruch auf Erteilung besteht (§ 10 Abs. 3 AufenthG).³³ Damit ist insbesondere die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Erwerbstätigkeit nach § 18 AufenthG unmöglich. Erst nach jahrelanger Duldung ermöglichen §§ 18a und 25a AufenthG sozusagen einen Seiteneinstieg in einen Aufenthaltstitel.

Eine Verfestigung des Aufenthaltes durch einen unbefristeten, nicht mehr von Aufenthaltzwecken, Auflagen und Bedingungen abhängigen Titel, die Niederlassungserlaubnis, setzt voraus, dass jemand mindestens fünf Jahre eine Aufenthaltserlaubnis besessen hat und in der Regel nicht weniger als acht weitere Voraussetzungen erfüllt (§ 9 AufenthG). Hierzu zählen insbesondere die eigene Sicherung des Lebensunterhalts, ausreichende Deutschkenntnisse sowie Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung wie auch der Lebensverhältnisse in Deutschland, die insbesondere durch den erfolgreichen Abschluss eines Integrationskurses nachgewiesen werden können. Die Niederlassungserlaubnis wird als eine Art Prämie für eine erfolgreiche ökonomische und soziale Integration verstanden.

Inzwischen liegen zwei neue Vorschläge für ein Einwanderungsgesetz vor. Die SPD-Fraktion im Bundestag hat einen Entwurf vorgelegt, wonach 25'000 Plätze jährlich über ein Punktesystem an akademisch qualifizierte Personen und Fachkräfte mit einer beruflichen Ausbildung vergeben werden, auch ohne konkretes Arbeitsplatzangebot.³⁴ Sie sollen eine Aufenthaltserlaubnis für ein Jahr zur Arbeitsplatzsuche oder für drei Jahre bei Erwerbstätigkeit erhalten, der anschliessend eine Niederlassungserlaubnis folgt. Das Verhältnis dieser neuen Form der Einwanderung zu den bestehenden Regelungen bleibt allerdings unklar. Nach dem Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen soll das Aufenthaltsgesetz in ein Einwanderungsgesetz umgewandelt werden.³⁵ Er schlägt ebenfalls die Einführung eines Punktesystems vor, wobei die Kriterien wie auch die Höhe des Kontingentes jährlich auf

³³ Enge Auslegung bei BVerwG, NVwZ 2016, 458.

³⁴ SPD Bundestagsfraktion, Ein Einwanderungsgesetz für Deutschland, 7.11.2016, <http://www.spdfraktion.de/einwanderungsgesetz> (zuletzt besucht am 27.6.2017); s.a. *Offer* (Anm. 30), S. 30 f.

³⁵ BT-Drs. 18/11854 (*Grüne Bundestagsfraktion*, Für ein zukunftsfestes und nachhaltiges Einwanderungsgesetz, Pressemitteilung vom 4.4.2017, <https://www.gruene-bundestag.de/presse/pressemitteilungen/2017/april/fuer-ein-zukunftsfestes-und-nachhaltiges-einwanderungsgesetz-04-04-2017.html> [zuletzt besucht am 27.6.2017]).

Vorschlag einer unabhängigen Kommission von der Regierung festgelegt werden sollen. Neben dieser potentialorientierten Einwanderung sollen auch der Zugang zur beruflichen Ausbildung und zum Arbeitsmarkt für Fachkräfte sowie die Verfestigung des Aufenthalts und die Einbürgerung erleichtert werden.

4. Österreich

Österreich hat wie Deutschland in den 1960er-Jahren eine aktive Gastarbeiteranwerbung betrieben und 1975 durch eine konkret bedarfsorientierte Politik ersetzt.³⁶ Heute stammt etwa die Hälfte der ausländischen Bevölkerung aus der EU. 2015 entfielen von den Erstaufenthaltsrechten, die für Drittstaatsangehörige gewährt wurden, 14'900 auf die Familienzusammenführung, 14'400 auf anerkannte Flüchtlinge, 9200 auf Studierende, Forscher u.ä., 700 auf Saisonarbeitskräfte und 1300 auf die dauerhaft Erwerbstätigen.³⁷

Das österreichische Ausländerrecht geht nach wie vor vom Zweck der polizeilichen Überwachung von Fremden aus.³⁸ Eine ausdrückliche gesetzliche Zielbestimmung findet sich allerdings nicht. Die einschlägigen Regelungen sind auf mehrere Gesetze verteilt und häufigen Änderungen unterworfen.³⁹

Zurzeit gibt es nicht weniger als neun verschiedene Aufenthaltstitel (§ 8 Abs. 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz⁴⁰). Das Gesetz unterscheidet zwischen dem vorübergehenden Aufenthalt und der längerfristigen Niederlassung.⁴¹ Als Niederlassung wird jeder tatsächliche oder beabsichtigte Aufenthalt zur Begründung eines Wohnsitzes für länger als sechs Monate im Jahr verstanden (§ 2 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz). Fast alle Aufenthaltstitel sind befristet. Einzige Ausnahme ist der Aufenthaltstitel «Daueraufenthalt – EU», der eine fünfjährige ununterbrochene Niederlassungsberechtigung sowie die Erfüllung einer Integrationsvereinbarung, insbesondere durch den Nachweis ausreichender Deutschkenntnisse, voraussetzt (§ 45 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz). Das österreichische Recht

³⁶ *Ilker Ataç*, Conditions as Internal Borders: The case of 'Security of Residence' for Third-Country Nationals in Austria, in: Schwenken/Russ-Sattar (Hrsg.), *New Border and Citizenship Politics*, Basingstoke 2014, S. 123, 127 f.

³⁷ Angaben aus *Statistik Austria*, Migration und Integration 2016, http://www.statistik.at/web_de/services/publikationen/2/index.html?includePage=detailedView§ionName=Bev%C3%B6lkerung&pubId=579 (zuletzt besucht am 27.6.2017).

³⁸ *Rudolf Feik*, *Fremdenrecht*, in: Bachmann et al. (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., Wien 2016, S. 147.

³⁹ *Sebastian Schumacher/Johannes Peyrl/Thomas Neugschwendner*, *Fremdenrecht*, 4. Aufl., Wien 2012, S. 15.

⁴⁰ Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20004242> (zuletzt besucht am 29.6.2017).

⁴¹ *Feik* (Anm. 38), S. 173.

bindet wie das deutsche jeden Aufenthaltstitel an einen bestimmten Zweck.⁴² Aus § 19 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz ergibt sich die Pflicht der Ausländerin oder des Ausländers, bereits im Antrag auf den Aufenthaltstitel den Grund des Aufenthalts genau zu bezeichnen. Ein Asylantrag schliesst das Antragsrecht auf einen anderen Aufenthaltstitel grundsätzlich aus.⁴³

Für einige Aufenthaltszwecke, insbesondere für die Familienzusammenführung oder eine Niederlassungsbewilligung ohne Erwerbstätigkeit wird eine jährliche Quote durch Verordnung der Bundesregierung festgelegt (§§ 12, 13 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz). Die Gesamtquote für das Jahr 2017 beträgt 5853 Aufenthaltstitel, die in der Niederlassungsverordnung 2017⁴⁴ detailliert auf die einzelnen Bundesländer und Aufenthaltszwecke verteilt werden. Das Quotensystem ist vom Verfassungsgerichtshof akzeptiert worden, sofern eine sachgerechte Reihenfolge festgelegt wird.⁴⁵

Die Aufnahme einer Beschäftigung durch eine Ausländerin oder einen Ausländer ist grundsätzlich von einer Bewilligung abhängig (§ 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz⁴⁶). Das Gesetz definiert selbst einige Kategorien, bei denen eine solche Bewilligung erteilt werden kann, und kennt ausserdem seit 2011 eine «kriteriengeleitete Zulassung von Schlüsselkräften» (§§ 12 ff. Ausländerbeschäftigungsgesetz). Hierbei handelt es sich um ein Punktesystem für besonders hochqualifizierte Ausländerinnen und Ausländer, Fachkräfte in Mangelberufen und sonstige Schlüsselkräfte, die eine rot-weiss-rote Karte erhalten. Das Punktesystem soll eine dauerhafte Zuwanderung in diese Berufe fördern. Die Liste der Mangelberufe wird vom Arbeitsminister in einer Rechtsverordnung festgelegt. Für 2017 sind elf Berufe in der Liste enthalten, gesucht werden überwiegend Handwerker aus technischen Berufen und Ingenieure sowie Gesundheits- und Krankenpfleger/innen.⁴⁷ Dieses Punktesystem,

⁴² *Schumacher/Peyrl/Neugschwendtner* (Anm. 39), S. 42 f.

⁴³ *Gerhard Muzak*, Das Asylrecht und seine Wechselwirkungen mit dem Aufenthalts-, Fremdenpolizei- und Grenzkontrollrecht, in: Merli/Pöschl (Hrsg.), *Das Asylrecht als Experimentierfeld*, Wien 2017, S. 34.

⁴⁴ Verordnung der Bundesregierung, mit der die Anzahl der quotenpflichtigen Aufenthaltstitel und die Höchstzahlen der Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigte Fremde und Erntehelfer für das Jahr 2017 festgelegt werden (NLV 2017), BGBl. II Nr. 389/2016, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20009734> (zuletzt besucht am 29.6.2017).

⁴⁵ VfSlg. 14.191/1995; dazu *Feik* (Anm. 38), S. 177.

⁴⁶ Bundesgesetz vom 20.3.1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008365> (zuletzt besucht am 29.6.2017).

⁴⁷ Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mit der für das Jahr 2017 Mangelberufe für die Beschäftigung von ausländischen Fachkräften festgelegt werden (Fachkräfteverordnung 2017), BGBlA Nr. 2016 II 423, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBlA_2016_II_423/BGBlA_2016_II_423.pdf (zuletzt besucht am 29.7.2017).

das nicht in die Quotenfestlegung einbezogen ist, regelt somit den Zugang zu einem beschäftigungsbezogenen Aufenthaltstitel. Die rot-weiss-rote Karte gilt wie alle Aufenthaltstitel zunächst für zwölf Monate, unter besonderen Voraussetzungen für drei Jahre (§ 20 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz).

IV. Auswertung

In den Rechtsgrundlagen der Migrationssteuerung wie auch in ihrer Umsetzung und ihren faktischen Konsequenzen zeigen sich deutliche Unterschiede. Die Komplexität der einschlägigen Vorschriften ist allerdings in allen Ländern gross.

Nur der kanadische Gesetzgeber bekennt sich ausdrücklich zum Nutzen der Einwanderung, während in Deutschland Steuerung und Begrenzung als Zweckbestimmung normiert worden sind. In den anderen Ländern fehlt eine klare legislative Zielvorgabe. Alle europäischen Länder sehen so viele Restriktionen für die arbeitsmarktbezogene Einwanderung vor, dass sie quantitativ deutlich hinter der Migration zu anderen Einreisezwecken zurückbleibt.

Inzwischen gibt es mit der *Blue Card* und ergänzenden nationalen Regelungen verstärkte Bemühungen, hochqualifizierte Arbeitskräfte anzuwerben. Die Regelungen in Frankreich und Deutschland setzen auf eine Einzelfallprüfung ohne quantitative Vorgaben. Dagegen steuern Grossbritannien und Österreich die erwerbsbezogene Einwanderung durch ein Punktesystem, das allerdings auf bestimmte Segmente des Arbeitsmarktes beschränkt ist. In Grossbritannien besteht zudem für die nicht spezifizierte Kategorie eine Kontingentierung. Dies entspricht der Schweizer Praxis der Begrenzung der Zulassung zum Aufenthalt mit dem Zweck der Erwerbstätigkeit aufgrund von Art. 20 AuG^{48, 49}. Wenn man die jährlichen Aufnahmequoten der drei europäischen Länder im Verhältnis zu ihrer Bevölkerungszahl betrachtet, so liegen sie alle um mehr als den Faktor 10 hinter Kanada.

In allen untersuchten europäischen Ländern erhalten drittstaatsangehörige Arbeitskräfte, anders als die Einwandernden in Kanada, zunächst nur ein befristetes Aufenthaltsrecht, von wenigen Ausnahmen in Deutschland abgesehen. Dies gilt auch für Grossbritannien und Österreich, die den im Rahmen ihrer Punktesysteme ausgewählten Drittstaatsangehörigen zunächst nur einen befristeten Aufenthaltstitel gewähren, der erst nach frühestens fünf Jahren in ein Daueraufenthaltsrecht überführt werden kann. Die gleiche Mindestfrist gilt für die Niederlassungserlaubnis in Deutschland und Frankreich sowie für die Daueraufenthaltserteilung in der EU. In der Schweiz beträgt die Regelfrist für die Niederlassungsbewilligung sogar zehn Jahre (Art. 34 AuG).

⁴⁸ Bundesgesetz vom 16.12.2005 über Ausländerinnen und Ausländer (AuG), SR 142.20.

⁴⁹ Dazu *Caroni/Grasdorf-Meyer/Ott/Scheiber* (Anm. 2), S. 111 f.

In der aktuellen deutschen Diskussion wird manchmal der Eindruck erweckt, als würde die Einführung eines Punktesystems mit Quoten das Land sofort zu einem Einwanderungsland machen. Wie ein Blick über die Grenzen zeigt, kommt es aber sehr auf seine Ausgestaltung an. Wenn die Auswahlkriterien eng gefasst sind und das Kontingent klein gehalten wird, kann man nicht von einer wirklichen Öffnung für die Einwanderung sprechen.

Die normative Anerkennung einer faktischen Einwanderungssituation muss breiter ansetzen und insbesondere den frühzeitigen Übergang in ein Dauer-aufenthaltsrecht und in die nationale Staatsangehörigkeit umfassen. Die Bedeutung weicher Steuerungsmassnahmen darf ebenfalls nicht unterschätzt werden, wenn ein dauerhafter Anstieg der Einwanderung angestrebt wird. Das Image eines Landes kann man nicht allein durch ein paar Seiten in einem Gesetzblatt ändern. Notwendig ist ein Gesamtkonzept zur Förderung der Einwanderung. Es würde nicht nur die ökonomische Attraktivität eines Landes steigern und die internationale Verflochtenheit der Arbeitsmärkte anerkennen, sondern auch ein Integrationssignal an die bereits eingewanderten Drittstaatsangehörigen senden. Ob dafür allerdings politische Mehrheiten zu gewinnen sind, ist in Europa heute fraglicher denn je.

Der Familiennachzug im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH

Giulia Santangelo*

Inhaltsübersicht

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einleitung | 18 |
| II. | Grenzüberschreitender Sachverhalt | 18 |
| | 1. Grundlagen | 18 |
| | 2. Tatsächliche Sachverhaltselemente | 19 |
| | 3. Mehrfache Staatsangehörigkeit..... | 23 |
| | 4. Kernbereichsdoktrin | 31 |
| III. | Persönlicher Anwendungsbereich | 33 |
| | 1. Arbeitnehmende..... | 33 |
| | 2. Selbständig Erwerbstätige..... | 35 |
| | 3. DienstleistungserbringerInnen und -empfängerInnen..... | 35 |
| | 4. Nichterwerbstätige..... | 36 |
| IV. | Voraussetzungen für den Familiennachzug..... | 37 |
| | 1. Familienangehörige | 37 |
| | 2. «Begleiten oder nachziehen» bzw. «Wohnung nehmen» | 38 |
| | 3. Gewährung von Unterhalt..... | 39 |
| | 4. Ausreichende Mittel und Krankenversicherung | 40 |
| | 5. UnionsbürgerInnen und Drittstaatsangehörige | 41 |
| | 6. Öffentliche Sicherheit und Ordnung..... | 42 |
| | 7. Akzessorietät des Freizügigkeitsrechts | 42 |
| V. | Familienangehörige | 44 |
| | 1. Eheleute | 44 |
| | 2. Verwandte in absteigender Linie | 47 |
| | 3. Verwandte in aufsteigender Linie..... | 49 |
| | 4. «Umgekehrter Familiennachzug»..... | 50 |
| | 5. Weitere Familienangehörige..... | 59 |
| VI. | Schlusswort..... | 59 |

* Die Autorin dankt Rechtsanwalt Julius Longauer für die sorgfältige Durchsicht und wertvollen Hinweise sowie Prof. Dr. Alberto Achermann für die Unterstützung.

I. Einleitung

Auf das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU¹ kann sich berufen, wer sich zur Ausübung der durch das Abkommen gewährten Freizügigkeitsrechte in einen anderen Vertragsstaat begibt. Sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, können auch Familienangehörige von freizügigkeitsberechtigten Personen aus dem Abkommen Rechte ableiten. Die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens erfolgt durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) einerseits und das Bundesgericht andererseits. Unter Heranziehung und Gegenüberstellung der beiden Rechtsprechungen wird der Hauptfokus des vorliegenden Referats auf den Familiennachzug im Freizügigkeitsrecht gelegt. Die Rechtsprechung des EuGH wird insofern dargelegt, als sie für die Beurteilung der schweizerischen Rechtsprechung massgebend ist oder das Bundesgericht in seiner Praxis darauf Bezug genommen hat.

Nachfolgend werden zunächst die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens in sachlicher (II.) und persönlicher (III.) Hinsicht eingehender untersucht. Sodann wird auf die weiteren Voraussetzungen, die zur Ausübung des Rechts auf Familiennachzug erfüllt sein müssen, Bezug genommen (IV.). Abschliessend beleuchtet der Beitrag mögliche Nachzugskonstellationen (V.).

II. Grenzüberschreitender Sachverhalt

1. Grundlagen

Nationale Rechtsordnungen sind als Folge der räumlich begrenzten staatlichen Souveränität grundsätzlich territorial organisiert. Die Regelungskompetenz der einzelnen Staaten endet an ihren Grenzen. Zuständigkeitsfragen ergeben sich, sobald der im Einzelfall zu regelnde Sachverhalt räumliche Berührungspunkte zu mehr als einer (nationalen) Rechtsordnung aufweist.² Es gilt dann die Kollision aufzulösen, indem ermittelt wird, zu welcher der betroffenen Rechtsordnungen die entscheidende Beziehungsnähe besteht. Ein ähnliches Kollisionsproblem besteht, wenn zusätzlich völkerrechtliche oder supranationale Regelungen hinzutreten.

¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999 (FZA), SR 0.142.112.681.

² Im Kontext der EU s. *André Lippert*, *Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht – Eine Analyse anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Kontrollkompetenzen*, Tübingen 2013, S. 6 f.

Aus rechtlicher Sicht dient die Bestimmung des grenzüberschreitenden Sachverhalts in erster Linie der *Bestimmung des anwendbaren Rechts*³, denn ein rein innerstaatlicher Sachverhalt führt zur Anwendung des nationalen Rechts.⁴ Auf politischer Ebene stellt hingegen die staatliche *Souveränität* einen zentralen Aspekt dar.⁵

Soweit das EU-Recht oder das Freizügigkeitsabkommen günstigere Rechte gewähren als das innerstaatliche Recht, haben die Betroffenen ein Interesse an einem möglichst weiten Verständnis des grenzüberschreitenden Bezugs und damit einhergehend an dem Zurückdrängen der nationalstaatlichen Souveränität in den jeweiligen Rechtsbereichen.⁶

Die Rechtsprechung des EuGH zum «hinreichenden Gemeinschaftsbezug» umfasst die vier Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft. Sie beinhaltet zahlreiche und komplexe Fallkonstellationen. Dabei lässt sie sich nicht auf einzelne Ansätze eingrenzen, sondern tangiert querschnittartig zahlreiche Aspekte der Europäischen Union.⁷ Vor diesem Hintergrund wird die schweizerische Rechtsprechung mit der Herausforderung konfrontiert, den in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens «passenden» Teil der Praxis des EuGH zu finden. Davon ausgeschlossen dürften jene Entscheide des EuGH sein, der Konzepte zugrunde liegen, die dem Freizügigkeitsabkommen fremd sind.⁸

2. Tatsächliche Sachverhaltselemente

Ein grenzüberschreitender Anknüpfungspunkt kann vorliegen, wenn im konkreten Fall die tatsächlichen Elemente des Sachverhaltes über die Landesgrenzen hinausweisen. Dabei muss das tatsächliche Sachverhaltselement durch die Tätigkeit einer *originär berechtigten Person*⁹ vermittelt werden.¹⁰

³ In Bezug auf das Unionsrecht, *ibid.*, S. 202.

⁴ Vgl. BGE 129 II 249 E. 4.2; *Christina Schnell*, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz: Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich 2010, S. 135.

⁵ Vgl. *Ferdinand Wollenschläger*, Aktuelle Fragen der EU-Personenfreizügigkeit, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010*, Bern 2010, S. 3 ff., S. 16 f.; *Alberto Achermann*, Migration und Völkerrecht, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005*, S. 89 ff., S. 89 f.

⁶ Vgl. *Martina Caroni*, in: *Caroni/Gächter/Thurnherr* (Hrsg.), SHK Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 21.

⁷ Vgl. *Lippert* (Anm. 2), S. 7.

⁸ Siehe BGE 130 II 113 E. 6.2 ff.

⁹ Im vorliegenden Zusammenhang gelten als originär berechtigt Personen, deren Rechte sich direkt aus dem Freizügigkeitsabkommen ableiten. Dies im Unterschied zu den derivativ berechtigten Personen, die ihre Rechte von einer originär berechtigten Person ableiten. Derivativ berechtigt sind Familienangehörige.

In der Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen von Relevanz waren bis anhin der physische Grenzübertritt und der in der Vergangenheit liegende Grenzübertritt (sog. Rückkehrer-Fälle).

a) *Tatsächlicher Gebrauch der Freizügigkeitsrechte durch grenzübergreifende Mobilität*

Die Vorschriften über die Personenfreizügigkeit regeln die Freiheit eines Verhaltens unter einem bestimmten wirtschaftlichen Aspekt.¹¹ Da der grenzüberschreitende Bezug auch im Bereich der Personenfreizügigkeit über die betroffene Person vermittelt wird¹², gelangen die Freizügigkeitsbestimmungen – sowohl im EU-Recht als auch im Freizügigkeitsabkommen – zur Anwendung, wenn die originär berechnete Person tatsächlich Gebrauch von den in den entsprechenden Bestimmungen gewährten Rechten macht.¹³ Die Ratio hinter dem Konstrukt des grenzüberschreitenden Bezugs ist bei den «primären» Freizügigkeitsrechten einfach: Durch Gewährung der Freizügigkeitsrechte definiert das Freizügigkeitsabkommen gleichzeitig die Anforderungen an den grenzüberschreitenden Sachverhalt. Die Inanspruchnahme eines Freizügigkeitsrechts konstituiert den geforderten Mobilitätsbezug. Die Voraussetzung des tatsächlichen Gebrauchs impliziert einen tatsächlichen physischen Grenzübertritt, sodass die rein hypothetische Aussicht auf Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit noch keinen hinreichenden Bezug herstellt.¹⁴

b) *Rückkehr in den Heimatstaat*

Grundsätzlich kann sich eine Person gegenüber dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, nicht auf die vertraglich garantierten Freizügigkeitsrechte berufen. Einen Spezialfall bildet die Konstellation, bei der eine Person,

¹⁰ Vgl. hierzu *Dirk Martin Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt in der Rechtsprechung des EuGH und deren Auswirkung auf die Freizügigkeit der Unionsbürger, Diss., Frankfurt a.M. 2011, S. 54.

¹¹ *Ibid.*, S. 53.

¹² *Ibid.*

¹³ Siehe *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 20; *Martina Caroni et al.*, Migrationsrecht, 3. Aufl., Bern 2014, S. 198 f.; *Astrid Epiney/Andrea Faeh*, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, S. 49 ff., S. 57; *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Heidelberg 2012, S. 484 Rn. 1451; EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Urteil vom 15.12.1995, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 89 m.w.H.; BGE 136 II 120 E. 3.2.1; Bger 2C_49/2009 vom 2.2.2009 E. 3.1. Vgl. in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-527/06, *Renneberg*, Urteil vom 16.10.2008, ECLI:EU:C:2008:566, Rn. 36 m.w.H.

¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-40/11, *Jida*, Urteil vom 8.11.2012, ECLI:EU:C:2012:691, Rn. 77 m.w.H.

nachdem sie in Ausübung ihrer Freizügigkeitsrechte ins Ausland gereist ist, wieder in ihren Heimatstaat zurückkehrt. Damit muss der grenzüberschreitende Sachverhalt nicht zum Zeitpunkt der Berufung auf das Freizügigkeitsrecht verwirklicht sein. Vielmehr reicht es aus, dass der in der Vergangenheit erfolgte Grenzübertritt in der Gegenwart fortwirkt. Darin zeigt sich die zeitliche Dimension des grenzüberschreitenden Sachverhalts.¹⁵

aa. Rechtsprechung des EuGH

In der Rs. *Singh*¹⁶ hat der EuGH einen Fall beurteilt, bei dem eine britische Staatsangehörige und ihr die indische Staatsbürgerschaft besitzender Ehegatte während zwei Jahren in Deutschland unselbständig erwerbstätig waren. Nach ihrer Rückkehr liessen sich die Eheleute scheiden, und die britischen Behörden weigerten sich, dem Ex-Gatten eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Der EuGH kam zum Schluss, dass das Recht auf freie Niederlassung einen Mitgliedstaat verpflichte dem Ehegatten einer Angehörigen dieses Staates Einreise und Aufenthalt zu gestatten, wenn diese zuvor in einen anderen Mitgliedstaat gereist ist, um dort eine selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben und in den Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, zurückkehre.¹⁷ Der EuGH hat zur Begründung darauf hingewiesen, dass Staatsangehörige eines Mitgliedstaates davon abgehalten werden könnten ihr Herkunftsland zur Ausübung seiner Freizügigkeitsrechte zu verlassen, wenn jene und ihre Familienangehörigen im Falle einer Rückkehr nicht in den Genuss von Erleichterungen bzgl. Einreise oder Aufenthalt kämen, die den Freizügigkeitsbestimmungen im EU-Recht zumindest gleichwertig seien.¹⁸ Daher rechtfertigt die *bloße Möglichkeit* einer Beeinträchtigung der Freizügigkeitsrechte die Anwendung der Vorschriften über die Freizügigkeit.

In einem späteren Urteil¹⁹ hat der EuGH seine Rechtsprechung bei einem Unionsbürger, der nach Ausübung der Freizügigkeitsrechte in seinen Heimatstaat zurückkehrte, dort arbeitslos und von der Sozialhilfe abhängig war und seine Tochter nachziehen wollte, bestätigt und konkretisiert. Der Gerichtshof entschied, dass die Behörden eines Mitgliedstaates grundsätzlich nicht verpflichtet werden können, einer Person, die zuvor im Aufnahmemitgliedstaat über eine Aufenthaltsbewilligung verfügte, eine ebensolche auszustellen.²⁰ Doch können die sich stellenden Hindernisse bei der Familienzusammenführung durch ihre abschreckende Wirkung das Recht auf Freizügigkeit potenzi-

¹⁵ Vgl. *Lippert* (Anm. 2), S. 70 f.

¹⁶ EuGH, Rs. C-370/90, *Singh*, Urteil vom 7.7.1992, ECLI:EU:C:1992:296.

¹⁷ *Ibid.*, Rn. 25.

¹⁸ *Ibid.*, Rn. 19.

¹⁹ EuGH, Rs. C-291/05, *Eind*, Urteil vom 11.12.2007, ECLI:EU:C:2007:771.

²⁰ *Ibid.*, Rn. 26.

ell beeinträchtigen.²¹ Dieser «Grenzbezug» der nationalen Vorschriften führt zur Anwendbarkeit des Unionsrechts. In Anknüpfung an diesen Entscheid führte der EuGH seine Rechtsprechung im Urteil *O.*²² fort. Auf der Grundlage des Art. 21 AEUV²³ sowie in *entsprechender* Anwendung²⁴ des Art. 7 Abs. 1 und 2 RL 2004/38²⁵ wurde dem drittstaatsangehörigen Familienmitglied eines «Heimkehrenden» ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zuerkannt. Die Aufenthaltsgenehmigung machte der EuGH von Voraussetzungen abhängig, die er im Urteil näher definierte. Nach diesen muss:

- die originär berechtigte Person in Ausübung ihrer Rechte nach Art. 21 Abs. 1 AEUV in den Mitgliedstaat gereist sein,²⁶
- Der Aufenthalt des Unionsbürgers oder der Unionsbürgerin im Aufnahmestaat muss auf «eine gewisse *Dauer* angelegt» sein und,²⁷
- das Familienleben soll sich dort *entwickelt oder gefestigt* haben.²⁸
- Die Aufenthaltsgewährung steht zudem unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs.²⁹

bb. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich in einem publizierten Urteil³⁰ unter Hinweis auf den Entscheid *Singh* zum anwendbaren Recht bei Heimkehrenden geäußert. Dabei hat es festgehalten, dass Ehegatten und Kinder von Staatsangehörigen, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben und in ihr Herkunftsland zurückgekehrt sind, unter den gleichen Bedingungen einreisen und sich dort aufhalten dürfen, wie es gemäss Gemeinschaftsrecht im Ho-

²¹ Ibid., Rn. 35-37.

²² EuGH, Rs. C-456/12, *O.*, Urteil vom 12.3.2014, ECLI:EU:C:2014:135. S. dazu z.B. *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2014 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Kern/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, Zürich 2015, S. 53 ff., S. 60 ff.

²³ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47).

²⁴ Eine direkte Berufung auf die RL 2004/38 schloss der EuGH aus, weil diese den Fall der Rückkehr nicht regle. Vgl. dazu EuGH, *O.* (Anm. 22), Rn. 50.

²⁵ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77).

²⁶ EuGH, *O.* (Anm. 22), Rn. 49; folglich kann sich nicht nur eine wirtschaftlich tätige Person im Falle einer Rückkehr in den Herkunftsstaat auf EU-Recht berufen.

²⁷ Ibid., Rn. 57.

²⁸ Ibid., Rn. 54.

²⁹ Ibid., Rn. 58 m.w.H.

³⁰ BGE 129 II 249; s. auch BGer 2A.351/2006 vom 18.10.2006 E. 2.2.2; im Bereich des Sozialversicherungsrechts: BGE 139 V 393 E. 4.

heitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates der Fall wäre.³¹ Diese Feststellung erfolgte ohne Anknüpfung an einen konkreten Sachverhalt – im Ausgangsfall hatte das Bundesgericht diese Frage nicht zu entscheiden. Damit wurde klar gestellt, dass sich Heimkehrende auch in der Schweiz auf das Freizügigkeitsabkommen berufen können.³² Hinsichtlich der nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangenen Urteile des EuGH wird das Bundesgericht zu beurteilen haben, ob und inwiefern es diese ebenfalls berücksichtigt. Dabei wird es insbesondere die vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen sowie das Rechtsmissbrauchsverbot zu beurteilen haben. Durch das Aufstellen klarer Anwendungsvoraussetzungen hat der EuGH seine Rechtsprechung einschränkend konkretisiert, was insgesamt für deren Übernahme spricht. Das Rechtsmissbrauchsverbot gilt im Bereich des Familiennachzugs ohnehin bereits.³³

3. Mehrfache Staatsangehörigkeit

Anknüpfungspunkt für ein grenzüberschreitendes Element, das keinen tatsächlichen Grenzübertritt beinhaltet, ist das Kriterium der Staatsangehörigkeit. Dieses Kriterium ist immer dann erfüllt, wenn sich eine Person, die (auch) die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaates besitzt, auf ihre Freizügigkeitsrechte berufen kann. Von entscheidender Bedeutung ist dabei die Frage, ob es genügt, wenn der grenzüberschreitende Bezug einzig in der fremden Staatsangehörigkeit liegt.

a) *Rechtsprechung vor McCarthy*

aa. Bundesgericht und EuGH

Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 5. März 2004³⁴ festgestellt, dass eine ausdrückliche Regelung zur Behandlung von DoppelbürgerInnen im Freizügigkeitsabkommen fehle. Der EuGH habe sich zu dieser Frage im Bereich des Familiennachzugs noch nicht geäußert. Nur in anderem Zusammenhang habe er die Gelegenheit gehabt, sich mit DoppelbürgerInnen zu befassen. In Erwägung 3.4 verwies das Bundesgericht u.a. auf folgende Urteile:

³¹ BGE 129 II 249 E. 4.2.

³² S. auch *Marc Spescha*, Zwischen Hoffen und Bangen: Ehen und Familien in grenzüberschreitenden Spannungsverhältnissen, in: Rumo-Jungo/Fountoulakis (Hrsg.), Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Zürich 2013, S. 85 ff., S. 93; *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 20 m.w.H.

³³ S. dazu V.1.a) und V.2.a) hiernach; zur Übernahme dieser Rechtsprechung s. z.B. *Epiney/Mosters* (Anm. 22), S. 62 ff.

³⁴ BGer 2A.425/2003 vom 5.3.2004.

Im Urteil *Gullung*³⁵ hatte der EuGH darüber zu befinden, ob sich eine Person mit der Staatsbürgerschaft von zwei Mitgliedstaaten, die in einem von diesen als Anwältin zugelassen ist, gegenüber dem anderen Mitgliedstaat auf die RL 77/249³⁶ berufen und somit auch dort als Anwältin erwerbstätig sein darf. In seiner Begründung betonte der EuGH, dass die Freizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr nicht voll verwirklicht wären, wenn ein Mitgliedstaat die Berufung auf die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts in Konstellationen wie der vorliegenden verwehren könne.³⁷ Im genannten Fall hatte der in Deutschland als Anwalt zugelassene Beschwerdeführer bereits in Frankreich ein Anwaltsbüro eröffnet und damit von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht, sodass die doppelte Staatsangehörigkeit nicht das einzige Element für die Bejahung des grenzüberschreitenden Sachverhalts war.

Im Urteil *Micheletti*³⁸ hatte der EuGH einen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem es um das Niederlassungsrecht eines argentinisch-italienischen Doppelbürgers ging, der in Spanien als selbständig erwerbender Zahnarzt praktizieren wollte und zu diesem Zweck für sich und seine Familie um Aufenthaltsregelung ersuchte. Nach spanischem Recht kam bei DoppelbürgerInnen, die nicht über die spanische Staatsbürgerschaft verfügten, jener Staatsangehörigkeit der Vorrang zu, die dem gewöhnlichen Aufenthalt der Person vor ihrer Einreise nach Spanien entsprach. Im vorliegenden Fall war dies Argentinien, weshalb die spanische Behörde das nationale Recht für Drittstaatsangehörige anwendete. Der EuGH legte die Niederlassungsfreiheit dahingehend aus, dass die spanische Regelung nicht zulässig sei.³⁹ Im Vordergrund stand dabei die Frage, ob ein Mitgliedstaat berechtigt wäre, Angehörige eines Mitgliedstaates aufgrund nationaler Bestimmungen als Drittstaatsangehörige zu behandeln. Der grenzüberschreitende Sachverhalt ergab sich demzufolge aus einem rechtlichen Sachverhaltselement. Da die spanische Regelung das anwendbare Recht gegenüber Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates bestimmte, erhielt sie einen «Grenzbezug» und musste auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorschriften über die Freizügigkeit geprüft werden.⁴⁰

Im Urteil *Scholz*⁴¹ ging es um einen Rechtsstreit über die Einstufung von BewerberInnen mittels eines allgemeinen Auswahlverfahrens aufgrund von Befähigungsnachweisen und Prüfungen zur Besetzung von Stellen für Kanti-

³⁵ EuGH, Rs. C-292/86, *Gullung*, Urteil vom 19.1.1988, ECLI:EU:C:1988:15.

³⁶ Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. L 78 vom 26.3.1977, S. 17.

³⁷ Ibid., Rn. 12.

³⁸ EuGH, Rs. C-369/90, *Micheletti*, Urteil vom 7.7.1992, ECLI:EU:C:1992:295.

³⁹ Ibid., Rn. 9-11.

⁴⁰ Vgl. *Kutzscher* (Anm. 10), S. 64 f.

⁴¹ EuGH, Rs. C-419/92, *Scholz*, Urteil vom 23.2.1994, ECLI:EU:C:1994:62.

nenbedienstete an einer italienischen Universität. Die italienische Berufsausübungsregelung führte bei einer deutsch-italienischen Doppelbürgerin zu einer mittelbaren Diskriminierung, weil die Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten im Vergleich zu eigenen Staatsangehörigen erschwert war. Anders als im Fall *Micheletti* hat die nationale Bestimmung im vorliegenden Fall keinen Grenzbezug. Anknüpfungspunkt bildete der Umstand, dass eine mittelbare Diskriminierung vorlag.⁴²

Diese Urteile des EuGH legen die Vermutung nahe, dass die *unterschiedliche* Staatsangehörigkeit lediglich ein Differenzierungskriterium neben anderen ist, welches für die Annahme eines grenzüberschreitenden Bezugs bestehen muss.

bb. Staatsangehörigkeit als grenzüberschreitendes Element

Das Bundesgericht hatte die Frage des grenzüberschreitenden Bezugs allein aufgrund der Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates, der nicht Wohnsitzstaat ist, ohne weitergehendes grenzüberschreitendes Element zunächst offen gelassen.⁴³ Schliesslich erklärte es die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens auf DoppelbürgerInnen mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaates und eines Vertragsstaates⁴⁴ auf DoppelbürgerInnen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit und jener eines Vertragsstaates⁴⁵ sowie auf Bürgerinnen und Bürger eines anderen Vertragsstaates als des Wohnsitzstaates⁴⁶ für anwendbar. Seither liess es das Bundesgericht zunächst genügen, wenn die Person die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates besitzt, um gegenüber der Schweiz einen grenzüberschreitenden Sachverhalt zu begründen. Einer weiteren Beurteilung, ob die betreffende Person von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat oder nicht bzw. ob ein Element mit tatsächlichem Grenzbezug besteht, bedurfte es nicht.⁴⁷ Begründet wurde diese Praxis kaum und eine Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH erfolgte sehr zurück-

⁴² *Kutzscher* (Anm. 10) spricht in diesem Zusammenhang von einer «potentiellen Beeinträchtigung», vgl. S. 66 ff.; zur Gleichbehandlung von AusländerInnen und InländerInnen s. auch *Frenz* (Anm. 13), S. 510 f. Rn. 1542.

⁴³ Vgl. BGE 130 II 176 E. 2.3; BGer 2A.557/2002 vom 3.6.2004 E. 3.2 und 2A.425/2003 vom 5.3.2004 E. 3.4.

⁴⁴ Vgl. BGer 2C_375/2007 vom 8.11.2007 E. 2; *Epiney/Faeh*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006 (Anm. 13), S. 57.

⁴⁵ Vgl. BGE 135 II 369 E. 1.

⁴⁶ Vgl. BGer 2C_625/2007 vom 2.4.2008 E. 6; vgl. auch EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Urteil vom 2.10.2003, ECLI:EU:C:2003:539 und Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Urteil vom 19.10.2004, ECLI:EU:C:2004:639.

⁴⁷ Vgl. BGer 2C_799/2009 vom 21.6.2010 E. 1.2; *Astrid Epiney/Beate Metz*, Schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, S. 243 ff., S. 251 ff.

haltend und unter Verweis auf das Urteil *Garcia Avello*.⁴⁸ Dieses Urteil betraf die Kinder eines spanischen und einer belgischen Staatsangehörigen, die in Belgien geboren worden waren und die doppelte Staatsbürgerschaft besaßen. Der belgische Staat verweigerte den Wunsch der Eltern, als Familiennamen der Kinder sowohl den Nachnamen des Vaters als auch den der Mutter einzutragen, da nach belgischem Recht die Kinder den Namen des Vaters zu tragen hätten. Der EuGH bejahte in Bezug auf die Kinder das grenzüberschreitende Element, indem er auf Art. 21 AEUV abstellte.

b) *McCarthy*

aa. Sachverhalt und Erwägungen

In einem Urteil vom 5. Mai 2011⁴⁹ hatte der EuGH in einem Familiennachzugsfall die Anwendbarkeit der RL 2004/38 zu beurteilen. Eine Frau mit der Staatsangehörigkeit von zwei Mitgliedstaaten, die ihren Wohnsitz in einem der beiden Staaten hatte, aber nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatte, wollte ihren drittstaatsangehörigen Ehegatten nachziehen. Der Familiennachzug nach RL 2004/38 setzt in Art. 3 Abs. 1 explizit einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus. Der EuGH folgerte aus dem Wortlaut der Bestimmung, dass sich eine Person *zwingend* in einen anderen Mitgliedstaat begeben oder sich dort aufhalten müsse, um das Erfordernis des grenzüberschreitenden Sachverhalts zu erfüllen.⁵⁰ Hingegen beziehe sich die Richtlinie nicht auf Personen, welche die Staatsangehörigkeit ihres Wohnstaates besitzen.⁵¹ Schliesslich ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der Richtlinie, dass der Aufenthalt und die Ausübung des Freizügigkeitsrechts in einem Zusammenhang stünden.⁵² Daher falle ein Unionsbürger oder eine Unionsbürgerin, der oder die noch nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht und sich stets in einem Mitgliedstaat aufgehalten habe, dessen Staatsangehörigkeit er oder sie besitze, nicht unter den Begriff des «Berechtigten» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 RL 2004/38, sodass dieser nicht anwendbar sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der oder die UnionsbürgerIn zusätzlich die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besitze. Das bedeute für sich alleine nämlich nicht, dass er oder sie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht habe.⁵³

⁴⁸ Vgl. BGE 135 II 369 E. 2.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Urteil vom 5.5.2011, ECLI:EU:C:2011:277.

⁵⁰ *Ibid.*, Rn. 32.

⁵¹ *Ibid.*, Rn. 33 und 34.

⁵² *Ibid.*, Rn. 35 und 36.

⁵³ *Ibid.*, Rn. 39-41; *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, S. 45 ff., S. 92 f.

bb. Abgrenzung zu *Garcia Avello*

Der EuGH machte schliesslich in seinem Urteil *McCarthy* die Unterschiede zur Rs. *Garcia Avello* deutlich. Dort habe die Anwendung von Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates auf eigene Staatsangehörige, die zusätzlich die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besässen, bewirkt, dass diese nach den Rechtssystemen der beiden betroffenen Staaten unterschiedliche Familiennamen führten, was zu schwerwiegenden Nachteilen beruflicher wie auch privater Art führen könne.⁵⁴ Es sei dabei nicht darauf angekommen, ob die Unterschiedlichkeit der Nachnamen aus der doppelten Staatsangehörigkeit folgte, sondern dass diese für die Betroffenen zu schwerwiegenden Nachteilen führen könnten, die eine Behinderung der Freizügigkeit darstellen würden.⁵⁵ So hatte die im Fall *Garcia Avello* in Frage stehende nationale Massnahme bewirkt, dass Unionsangehörigen der tatsächliche Genuss des Kernbestands der durch diesen Status verliehenen Rechte verwehrt oder die Ausübung ihres Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, behindert wurde.⁵⁶ Ähnlich wie im Urteil *Scholz* hatte die mitgliedstaatliche Regelung keinen Grenzbezug, sondern sie führte zu einer *potenziellen* Beeinträchtigung der Unionsbürgerrechte. Diese Rechtsprechung war zuvor lediglich in Bezug auf die wirtschaftsbezogenen Grundfreiheiten angewendet worden, nicht aber auf die Unionsbürgerschaft.⁵⁷

In Bezug auf das Urteil *Garcia Avello* gilt es weiter zu beachten, dass das Namensrecht in der EU eine besondere Stellung hat. Der EuGH hat in einer längeren Entscheidungslinie Vorgaben entwickelt, durch welche die Mitgliedstaaten nicht nur zur Gleichbehandlung von EU-Angehörigen verpflichtet werden, sondern auch zur Privilegierung dieser Personen, indem sie verpflichtet werden, Bestimmungen anderer Mitgliedstaaten anzuwenden, wenn diese günstiger sind.⁵⁸

Anknüpfungspunkt für die Anwendung von Unionsrecht ist damit nicht die doppelte Staatsangehörigkeit allein, sondern insbesondere die Auswirkungen der innerstaatlichen Massnahmen im spezifischen Bereich des Namensrechts. Der EuGH erwähnt gar den Kernbereich der Unionsbürgerschaft.⁵⁹ Daher dürfte diese Rechtsprechung grundsätzlich nicht ohne Weiteres auf andere

⁵⁴ EuGH, *McCarthy* (Anm. 49), Rn. 51.

⁵⁵ In diesem Sinne auch EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Urteil vom 14.10.2008, ECLI:EU:C:2008:559, Rn. 23, 24 und 29.

⁵⁶ EuGH, *McCarthy* (Anm. 49), Rn. 53.

⁵⁷ *Kutzscher* (Anm. 10), S. 160 f.

⁵⁸ Vgl. *Martin Nettesheim*, §16. Unionsbürgerschaft, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (Hrsg.), *Europarecht*, 6. Aufl., München 2014, S. 254 ff., S. 1034; *Kutzscher* (Anm. 10), S.159 ff.; zu den Grenzen: EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Urteil vom 22.12.2010, ECLI:EU:C:2010:806.

⁵⁹ Siehe hierzu unten II.4.

Sachverhalte wie bspw. den Familiennachzug im Freizügigkeitsabkommen übertragbar sein.

cc. Konsequenzen

Das Urteil *McCarthy* bestätigt, dass die Staatsangehörigkeit für sich genommen grundsätzlich kein Anknüpfungselement für die Anwendung unionsrechtlicher Vorschriften darstellen kann. Das Kriterium des grenzüberschreitenden Sachverhalts bedarf auch bei der fremden Staatsangehörigkeit eines zusätzlichen Elements, um einen hinreichenden Zusammenhang zu den Freizügigkeitsbestimmungen herzustellen. Auf ein grenzüberschreitendes Element wird folglich auch in Zukunft nicht verzichtet werden bzw. ist dieses lediglich in Fällen unerheblich, bei denen der Kernbestand⁶⁰ der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte verwehrt wird.⁶¹ Damit dürfte die doppelte Staatsangehörigkeit für sich genommen wohl nur bei besonderen Sachverhaltskonstellationen bzw. in Ausnahmefällen genügen.⁶²

c) *Rechtsprechungsentwicklungen in der Schweiz nach McCarthy*

aa. Bundesverwaltungsgericht

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits in zwei Fällen zu Gunsten der *McCarthy*-Rechtsprechung ausgesprochen.⁶³ Im Gemeinschaftsrecht wie auch im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sei der Familiennachzug in erster Linie zum Zwecke der Förderung der Freizügigkeit der vom Freizügigkeitsrecht erfassten Personengruppen konzipiert. Der vordergründig ökonomische Gedanke des Familiennachzuges sei es, Hindernisse, die dem freien Personenverkehr entgegenstehen, wie die Trennung von den Familienangehörigen, zu eliminieren. Aus diesem Grund könne es nicht genügen, wenn eine Person sich auf das Freizügigkeitsabkommen berufen könne, bloss weil sie über die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates verfüge, ohne dass jedoch weitere Mobilitätselemente vorhanden seien.⁶⁴

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Vgl. dazu *Robert Mosters*, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-434/09, *McCarthy*, Urteil vom 5. Mai 2011, in: ASYL 3/11, S. 33.

⁶² Vgl. *Véronique Boillet*, La détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice; les implications des arrêts *Zambrano* et *McCarthy*, in: AJP 2012, S. 49 ff., S. 53.

⁶³ BVGer C-4797/2014 vom 18.9.2015 und C-3189/2015 vom 10.2.2016; bestätigt durch BGer 2C_284/2016 vom 20.1.2017.

⁶⁴ Vgl. BVGer C-4797/2014 vom 18.9.2015 E. 5 und C-3189/2015 vom 10.2.2016 E. 6. Im Fall C-3189/2015 vom 10.2.2016 wurde das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts an das Bundesgericht weitergezogen, das seinerseits mit Urteil BGer 2C_284/2016

bb. Bundesgericht

Bei Konstellationen von Personen, die über die doppelte Staatsangehörigkeit von zwei Vertragsstaaten verfügen, hat das Bundesgericht in gewissen Fällen das Freizügigkeitsabkommen auch nach der Entscheidung in der Rs. *McCarthy* angewendet, ohne zu beurteilen, ob diese Personen von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hatten.⁶⁵ In anderen Fällen hat es die Frage explizit offen gelassen.⁶⁶

In Bezug auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen im Freizügigkeitsabkommen betont das Bundesgericht schliesslich, dass die originär berechnete Person selbst Gebrauch von ihren Freizügigkeitsrechten gemacht haben müsse.⁶⁷ Diese könne sich nur auf das Freizügigkeitsabkommen berufen, wenn sie *mit dem Zweck* (in die Schweiz) zu reisen von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch mache.⁶⁸ Dies gilt auch für die Gewährung der derivativen Rechte.⁶⁹ Angesichts der im Grunde strikten und klaren Haltung in Bezug auf Personen, die nur die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates besitzen, erscheint es wenig nachvollziehbar, dass bei der Frage der doppelten Staatsangehörigkeit weniger hohe Anforderungen gestellt wurden als vom EuGH. Da das Konzept der Unionsbürgerschaft und ihr Kernbereich⁷⁰ vom Freizügigkeitsabkommen nicht erfasst sind, lässt sich eine Herabsetzung der Anforderungen an den grenzüberschreitenden Sachverhalt auch nicht damit begründen. In einem neueren Urteil, in dem zuvor das Bundesverwaltungsgericht⁷¹ die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens verneint hatte, hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung weiter konkretisiert.⁷² Dabei ging es um eine schweizerisch-französische Doppelbürgerin, die zunächst in Frankreich gelebt hatte und anschliessend, vor Eheschluss mit einem ecuadorianischen Staatsangehörigen, in die Schweiz gezogen ist. Nach der Hochzeit wollte sie ihre in Ecuador lebende Schwiegermutter gestützt auf die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens in die Schweiz nachziehen. Das Bundesgericht

vom 20.1.2017 (publiziert in BGE 143 II 57) darüber befand. Zu diesem Urteil siehe unten II.3.c)bb.

⁶⁵ Siehe z.B. BGer 2C_296/2015 vom 28.1.2016 E. 2; 2C_179/2014 vom 21.2.2014 E. 3.1; 2C_958/2012 vom 20.6.2013 E. 2.5; 2C_766/2011 vom 19.6.2012 E. 3.1; 2C_253/2010 vom 18.7.2011 E. 3.

⁶⁶ Vgl. BGer 2C_1103/2015 vom 21.12.2016 E. 4.1; 2C_1071/2013 vom 6.6.2014 E. 3.3; *Boillet*, in: AJP 2012 (Anm. 62), S. 53.

⁶⁷ Vgl. BGer 2C_862/2013 vom 18.7.2014 E. 6.2.3; 2C_1092/2013 vom 4.7.2014 E. 6.2.3.

⁶⁸ Vgl. BGE 134 II 25 E. 5.; *Caroni et al.* (Anm. 13), S. 199.

⁶⁹ BGer 2C_862/2013 vom 18.7.2014 E. 6.2.3.

⁷⁰ Siehe hierzu unten II.4.

⁷¹ BVGer C-3189/2015 vom 10.2.2016.

⁷² BGer 2C_284/2016 vom 20.1.2017 (publiziert in BGE 143 II 57); Anmerkungen zum Urteil vgl. *Astrid Epiney*, Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des FZA bei Doppelbürgerschaften, in: dRSK, publiziert am 10.5.2017.

befand, dass die Schwiegertochter, im Unterschied zur Rs. *McCarthy*, nicht stets im selben Land gelebt habe. Hingegen könne das Urteil in der Rs. *O.* herangezogen werden, welches sich mit den Voraussetzungen bei Rückkehrenden befasse.⁷³ Gestützt auf diese Rechtsprechung gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass bei doppelter Staatsangehörigkeit der Zeitpunkt der Ausübung der Freizügigkeitsrechte für die Beurteilung des anwendbaren Rechts massgebend sei. Da die schweizerisch-französische Schwiegertochter vor Entstehung des Verwandtschaftsverhältnisses mit der Schwiegermutter in die Schweiz übergesiedelt sei, liege in Bezug auf den Familiennachzug ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vor, weshalb das Freizügigkeitsabkommen nicht zur Anwendung gelange. Der Umstand, dass die Schwiegertochter als schweizerisch-französische Staatsangehörige weder durch ihren Aufenthalt in Frankreich noch mit ihrer Übersiedlung in die Schweiz Gebrauch von ihren Freizügigkeitsrechten gemacht hatte und damit von vornherein ein *rein innerstaatlicher* Sachverhalt bzw. kein hinreichender Gemeinschaftsbezug vorlag, wurde im Urteil hingegen nicht berücksichtigt. Darüber hinaus hat das Bundesgericht die Rechtsprechung des EuGH herangezogen, sich aber auch in diesem Fall nicht zum Verhältnis der vom EuGH für anwendbar erklärten rechtlichen Grundlagen der Unionsbürgerschaft geäussert.

d) *Schlussfolgerungen*

Die Annahme, dass die fremde Staatsangehörigkeit als einziges Element im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens einen grenzüberschreitenden Sachverhalt zu begründen vermag, hat sich folglich nicht länger aufrechterhalten lassen. Als heikel hat sich zudem die Heranziehung der Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft erwiesen, insbesondere weil sich das Urteil *Garcia Avello* nicht auf Aspekte der Freizügigkeit als solche bezieht, sondern auf das Namensrecht; ein Rechtsbereich, der vom Freizügigkeitsabkommen nicht erfasst wird.

Angesichts der ansonsten strengen Praxis des Bundesgerichts zum *grenzüberschreitenden Element*⁷⁴ war es zudem wenig konsequent, bei Personen auf die fremde Staatsangehörigkeit abzustellen, ohne dass diese tatsächlich von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht haben mussten bzw. ohne dass ein hinreichender Gemeinschaftsbezug bestand. Da das Bundesgericht die fremde Staatsangehörigkeit unabhängig davon anerkannte, ob weitere differenzierende Elemente wie bspw. diskriminierende innerstaatliche Regelungen bzw. Regelungen mit Grenzbezug zu einer tatsächlichen oder potenziellen Beeinträchtigung der Freizügigkeit führen, liessen sich die Gründe für diese Rechtsprechung kaum nachvollziehen. Mithin konnte die Unterscheidung zu einer

⁷³ Rechtsprechung zur Rückkehr in den Heimatstaat, siehe hierzu oben II.2.b)aa.

⁷⁴ Siehe hierzu oben II.2.

Person, welche lediglich über die Staatsangehörigkeit ihres Wohnsitzstaates verfügt und diesen nie verlassen hat, sachlich nicht gerechtfertigt werden. Mit der neuen Voraussetzung eines zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem Begründen und Leben der Familienbande und der Ausübung der Freizügigkeitsrechte wurde diese Problematik etwas abgeschwächt. Denn das Freizügigkeitsabkommen ist von vornherein nur dann anwendbar, wenn die betreffende Person von ihrem Freizügigkeitsrecht grenzüberschreitend Gebrauch gemacht hat und die Familienbande zu diesem Zeitpunkt bereits Bestand hatte.⁷⁵ Doch vermag die Begründung im Urteil 2C_284/2016 aus anderen Gründen nicht gänzlich zu überzeugen. So lag in diesem Fall weder ein grenzüberschreitender Sachverhalt noch ein anderer hinreichender Gemeinschaftsbezug⁷⁶ vor und die Frage der Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens hätte bereits in der formellen Beurteilung⁷⁷ verneint werden müssen, womit ein Rechtsmittel an das Bundesgericht jedoch unzulässig gewesen wäre.⁷⁸ Grundsätzlich lässt sich jedoch aus dieser Rechtsprechung ableiten, dass die doppelte Staatsangehörigkeit künftig für sich nicht mehr genügt, sondern eine tatsächliche Ausübung der Freizügigkeitsrechte vorausgesetzt wird, welche überdies in einem zeitlichen Konnex zum Nachzug stehen muss.

4. Kernbereichsdoktrin

a) *Ruiz Zambrano*⁷⁹

Im Urteil *Ruiz Zambrano*⁸⁰ hat der EuGH in Entwicklung der «Kernbereichsdoktrin» den Status der Unionsbürgerschaft einem fundamentalen Konzeptionswechsel unterzogen.⁸¹ In der Entscheidung gewährte er einem drittstaatsangehörigen Vater minderjähriger Unionsbürger ein direkt auf Art. 20 AEUV gestütztes Aufenthaltsrecht, obwohl die Kinder von ihrer Freizügigkeit keinen Gebrauch i.S. der Rechtsprechung gemacht hatten und in demjenigen Mitgliedstaat wohnten, dessen Staatsangehörigkeit sie besaßen. Der EuGH entschied, dass Art. 20 AEUV auch dort bestimmte Rechte aus der Unionsbür-

⁷⁵ Vgl. *Epiney*, in: dRSK vom 10.5.2017 (Anm. 72).

⁷⁶ Siehe hierzu oben II.3.c)bb.

⁷⁷ Zur Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens als doppelrelevante Tatsache, s. BGer 2C_284/2016 vom 20.1.2017 E. 1.1.

⁷⁸ A.M. *Epiney*, in: dRSK vom 10.5.2017 (Anm. 72), wonach kein rein interner Sachverhalt vorliegt, wenn die betreffende Person von einem Heimatstaat in den anderen gezogen ist.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Urteil vom 8.3.2011, ECLI:EU:C:2011:124.

⁸⁰ S. dazu z.B. *Nathalie Christen*, Le développement du regroupement familial inversé par la jurisprudence suisse et européenne, in: Amarelle/Christen/Nguyen (Hrsg.), Migrations et regroupement familial, Bern 2012, S. 71 ff., S. 87 ff.

⁸¹ *Martin Nettesheim*, Der «Kernbereich» der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährung eines Lebensumfelds, in: Juristische Zeitung, Vol. 66 Nr. 21, November 2011, S. 1030 ff., S. 1031.

gerschaft vermittele, wo keine grenzüberschreitende Situation vorliege. Demnach seien innerstaatliche Massnahmen verboten, die den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte verwehren.⁸² Der Schutz der UnionsbürgerInnen richte sich insofern auch gegen den eigenen Staat; er komme in Situationen zum Tragen, die herkömmlich als rein «innerstaatliche Sachverhalte» bezeichnet würden. Eine Verweigerung der Aufenthalts- bzw. Arbeitserlaubnis hätte die Kinder mit Unionsbürgerschaft *de facto* gezwungen, das Unionsgebiet zu verlassen. Diese faktische Unmöglichkeit, den durch den Unionsbürgerstatus gewährten Kernbestand der Rechte in Anspruch zu nehmen, führte zur Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung an die Eltern.

b) *Auswirkungen des Urteils: Kernbereich der Unionsbürgerschaft*

Nach dieser Rechtsprechung können abgeleitete Aufenthaltsrechte im EU-Recht auch *unabhängig von einem grenzüberschreitenden Sachverhalt* geltend gemacht werden. Dies gilt jedoch lediglich sehr eingeschränkt, wenn bei Verweigerung eines derartigen Rechts der «Kernbestand» der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, beeinträchtigt ist. Dies ist der Fall, wenn die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger *de facto* gezwungen sind, das Unionsgebiet zu verlassen.⁸³ Anders als das Aufenthaltsrecht von Unionsangehörigen ist ihr Recht auf Familiennachzug vom Kernbereich nicht erfasst, was vom EuGH im Urteil *McCarthy* klargestellt wurde.⁸⁴ Was den Familiennachzug angeht, so zeigen die Entscheidungen *Ruiz Zambrano* und *McCarthy*, dass es entscheidend darauf ankommt, ob es sich bei den Unionsangehörigen noch um Minderjährige handelt. Eine Trennung von Eltern und Kind ist rechtlich nicht zulässig. Demgegenüber ist bei einem drittstaatsangehörigen Ehegatten die Trennung und damit der alleinige Verbleib des Unionsbürgers oder der Unionsbürgerin im Unionsgebiet durchaus möglich.⁸⁵ Auch wirtschaftliche Gründe können kein Argument bilden.⁸⁶ Der Kernbereichsschutz konzentriert sich folglich auf UnionsbürgerInnen und weitet sich nur in Fällen auf Drittstaatsangehörige aus, bei denen Unionsangehörigen der eigentliche Schutz nicht gewährt werden kann.

Die Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft findet im Bereich des Freizügigkeitsabkommens grundsätzlich keine Anwendung.⁸⁷ Nach dem

⁸² Vgl. EuGH *Ruiz Zambrano* (Anm. 79), Rn. 42.

⁸³ S. dazu auch EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Urteil vom 15.11.2011, ECLI:EU:C:2011:734, Rn. 66.

⁸⁴ *Nettesheim*, in: Juristische Zeitung (Anm. 81), S. 1033.

⁸⁵ Vgl. *Mosters* (Anm. 61), S. 33; *Boillet*, in: AJP 2012 (Anm. 62), S. 52.

⁸⁶ So in EuGH, *Dereci* (Anm. 83), Rn. 68.

⁸⁷ Vgl. BGE 130 II 113 E. 6.3; vgl. *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: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, Zürich 2011, S. 29 ff., S. 40 und 42 f.

Stichdatum ergangene Entscheide des EuGH, soweit sie sich auf die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft und deren Kernbereich beziehen, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Regel nicht zu berücksichtigen.⁸⁸ Daher liesse sich die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens bei entsprechenden Konstellationen lediglich über die Konstruktion eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes rechtfertigen.

III. Persönlicher Anwendungsbereich

Das Freizügigkeitsabkommen liberalisiert den Personenverkehr zwischen der Schweiz und der EU und gewährleistet die Niederlassungsfreiheit. Nach Art. 1 FZA richtet es sich an Staatsangehörige der Schweiz und der EU-Mitgliedstaaten. Das Abkommen nennt als anspruchsberechtigte Personen Arbeitnehmer (Art. 6 Anhang I FZA), Selbständige (Art. 12 Anhang I FZA), Dienstleistungserbringer (Art. 5 FZA) und Nichterwerbstätige (Art. 6 FZA) und räumt ihnen unterschiedlich weitreichende Freizügigkeitsrechte ein. Sozialhilfeabhängige Personen können sich grundsätzlich nicht auf das Freizügigkeitsabkommen berufen.⁸⁹ Die aus dem Abkommen primär Begünstigten sind die in der Zielbestimmung in Art. 1 FZA genannten Adressatinnen. Darüber hinaus werden deren Familienangehörige begünstigt (vgl. Art. 7 Bst. d und e FZA i.V.m. Art. 3 Anhang I FZA).

1. Arbeitnehmende⁹⁰

Freizügigkeitsberechtigt sind nach Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA Arbeitnehmende mit der Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei, die im Hoheitsgebiet

⁸⁸ BGE 139 II 393 E. 4.1.2.

⁸⁹ Vgl. BGer 2C_2/2016 vom 23.8.2016 E. 3.

⁹⁰ Siehe dazu auch *Andreas Zünd/Thomas Hugli Yar*, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: *Epiney/Gordzielik* (Hrsg.), *Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen*, Zürich 2015, S. 157 ff., S. 187 ff.; *Véronique Boillet*, La notion de travailleur au sens de l'ALCP et la révocation des autorisations de séjour avec activité lucrative, in: *Nguyen/Dang/Petry* (Hrsg.), *Actualité du droit des étrangers*, volume I, Basel 2014, S. 11 ff.; *Epiney/Metz*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010* (Anm. 47), S. 246 ff.; *Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner*, *Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG*, Zürich 2007, S. 4; *Thomas Cottier et al.*, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014, S. 274 Rn. 459 ff.; BGE 140 II 460 E. 4; BGer 2C_390/2013 vom 10.4.2014, zu diesem Urteil s. z.B. *Christine Kaddous/Christa Tobler*, *Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, in: *SZIER 2014*, S. 641 ff., S. 664 f.; zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft BGer 2C_195/2014 vom 12.1.2015 E. 2, s. zu diesem Urteil z.B. *Christine Kaddous/Christa Tobler*, *Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, in: *SZIER 2015*, S. 591 ff., S. 613 ff.; zur Arbeitnehmereigenschaft in der EU s. *Frenz* (Anm. 13), S. 477 ff. Rn. 1423 ff.

einer anderen Vertragspartei eine Erwerbstätigkeit ausüben. Der Begriff des Arbeitnehmenden wird im Freizügigkeitsabkommen (ebenso wie im Primär- und Sekundärrecht der EU) nicht definiert. Er ist jedoch ein unionsrechtlicher Begriff⁹¹, den der EuGH in einer umfangreichen Rechtsprechung entwickelt hat⁹² und der nach Massgabe des *effet utile* weit ausgelegt wird.⁹³ Demnach sind *Arbeitnehmende* im Sinne des Freizügigkeitsabkommens Personen,

- die während einer bestimmten Zeit;
- Leistungen für eine andere Person;
- nach deren Weisungen erbringen und;
- als Gegenleistung hierfür eine Vergütung erhalten.⁹⁴

Erforderlich ist eine quantitativ und qualitativ echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit⁹⁵, die nach objektiven Kriterien unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles beurteilt wird.⁹⁶ Der Arbeitnehmerstatus dauert während der Stellensuche über die Beendigung des Arbeitsvertrags hinaus an.⁹⁷

Arbeitnehmende im Sinne von Art. 45 AEUV können auch Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen sein⁹⁸; die Arbeitnehmereigenschaft ist auch nicht

⁹¹ BGE 141 II 1 E. 2.2.3; 131 II 339 E. 3 f.; *Nettesheim*, in: Europarecht (Anm. 58), S. 454 Rn. 13; *Andreas Haratsch/Christian Koenig/Matthias Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl., Tübingen 2016, S. 432 f. Rn. 913; *Alvaro Borghi*, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'EU, Genève 2010, S. 64 Rn. 127.

⁹² Vgl. *Benedikt Pirker*, Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft, in: AJP 2014 S. 1217 ff., S. 1219 f.; *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, in: Amarelle/Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014, Art. 7 ALCP, S. 84 ff., Rn. 47; *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques – un aperçu, in: Epiney/Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, S. 37 ff., S. 39 f.; *Schnell* (Anm. 4), S. 141.

⁹³ Vgl. *Borghi* (Anm. 91), S. 64 Rn. 128; *Kaddous/Tobler*, in: SZIER 2014 (Anm. 90), S. 664; vgl. auch EuGH, Rs. C-337/97, *Meeusen*, Urteil vom 8.6.1999, ECLI:EU:C:1999:284, Rn. 13; EuGH, Rs. C-413/01, *Ninni-Orasche*, Urteil vom 6.11.2003, ECLI:EU:C:2003:600, Rn. 23.

⁹⁴ Vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.3; 131 II 339 E. 3 f.; BGER 2A.513/2002 vom 27.2.2003 E. 4.1; 2C_243/2015 vom 2.11.2015 E. 3.2.2; *Schnell* (Anm. 4), S. 147 f.; *Epiney/Blaser*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang (Anm. 92), S. 48.

⁹⁵ Vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.4; EuGH, Rs. C-3/90, *Bernini*, Urteil vom 26.2.1992, ECLI:EU:C:1992:89, Rn. 16; Rs. C-139/85, *Kempf*, Urteil vom 3.6.1986, ECLI:EU:C:1986:223, Rn. 14, Rs. C-53/81, *Levin*, Urteil vom 23.3.1982, ECLI:EU:C:1982:105, Rn. 17.

⁹⁶ Vgl. *Epiney/Blaser*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang (Anm. 92), S. 47 f.; *Borghi* (Anm. 91), S. 65 Rn. 129; EuGH, Rs. C-3/87, *Agegate*, Urteil vom 17.11.1992, ECLI:EU:C:1989:650, Rn. 36; *Ninni-Orasche* (Anm. 93), Rn. 27.

⁹⁷ Vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.2; *Monika Pustul*, Freizügigkeit der Unionsbürger und das Recht auf Sozialleistungen in der EU und unter dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: ZStöR, Band/Nr. 221, 2014, S. 184 ff., S. 74 f.

⁹⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-350/96, *Clean Car*, Urteil vom 7.5.1998, ECLI:EU:C:1998:205, Rn. 25.

bereits dadurch ausgeschlossen, dass die betreffende Person durch Ertragsbeteiligung entlohnt wird.⁹⁹ In einem neueren Urteil stellt der EuGH zur Abgrenzung der Arbeitnehmereigenschaft von derjenigen des selbständig erwerbstätigen Arbeitgebenden auf das Über- und Unterordnungsverhältnis ab.¹⁰⁰

Auch Grenzgängerinnen und Grenzgänger können als Arbeitnehmende gelten, wenn sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen.¹⁰¹ Art. 7 Anhang I FZA definiert die Eigenschaft des Grenzgängers resp. der Grenzgängerin.

2. Selbständig Erwerbstätige¹⁰²

Der Begriff des selbständig Erwerbstätigen ist in Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA definiert. Eine selbständige Erwerbstätigkeit zeichnet sich – im Gegensatz zur unselbständigen Erwerbstätigkeit – dadurch aus, dass sie grundsätzlich in eigener Verantwortung, auf eigenes Risiko und weisungsfrei erfolgt.¹⁰³ Anhaltspunkte für eine selbständige Erwerbstätigkeit können die Beteiligung an den geschäftlichen Risiken, die freie Bestimmung der Arbeitszeit, die Weisungsfreiheit und die Auswahl der Mitarbeitenden sein.¹⁰⁴ Art. 13 Anhang I FZA sieht auch selbständige GrenzgängerInnen vor, deren Situation im übertragenen Sinne derjenigen von unselbständigen Arbeitnehmenden entspricht.¹⁰⁵

3. DienstleistungserbringerInnen und -empfängerInnen¹⁰⁶

Nach Art. 5 FZA und Art. 17-23 Anhang I FZA haben DienstleistungserbringerInnen, einschliesslich juristischer Personen, das Recht im Hoheitsgebiet

⁹⁹ Vgl. EuGH *Agegate* (Anm. 96), Rn. 36.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-151/04 und C-152/04, *Nadin*, Urteil vom 15.12.2005 ECLI:EU:C:2005:775, Rn. 31.

¹⁰¹ Vgl. *Borghi* (Anm. 91), S. 66 Rn. 132; *Schnell* (Anm. 4), S. 148.

¹⁰² Vgl. zum Begriff statt vieler *Cottier et al.* (Anm. 90), S. 275 ff. Rn. 465 ff.; *Caroni et al.* (Anm. 13), S. 209 ff. Zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs in Bezug auf die Prostitution vgl. BGE 140 II 460 E. 4.

¹⁰³ Vgl. *Sebastian Bensch*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: Ein Beitrag zum schweizerischen Europäisierungsprozess, Diss., Tübingen 2007, S. 138; *Zünd/Hugi Yar* (Anm. 90), S. 200 f.; *Epiney/Blaser*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang (Anm. 92), S. 50.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 140 II 460 E. 4.1.1.

¹⁰⁵ Vgl. *Borghi* (Anm. 91), S. 75 Rn. 153.

¹⁰⁶ Vgl. *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, Zürich 2011, S. 81 ff., S. 4; *Epiney*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005* (Anm. 53), S. 59 ff.; *Hansjörg Seiler*, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, in: *ZBJV 150/2014*, S. 265 ff., S. 287 f.; *Cottier et al.* (Anm. 90), S. 268 Rn. 441; *Caroni et al.* (Anm. 13), S. 211 ff.

der anderen Partei Dienstleistungen bis zu 90 Kalendertage pro Jahr zu erbringen, ohne sich dort niederzulassen. Die Regelung geht weniger weit als die Dienstleistungsfreiheit innerhalb der EU.¹⁰⁷ Die passive Dienstleistungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 FZA besteht nur nach Massgabe von Art. 23 Anhang I FZA.

4. Nichterwerbstätige¹⁰⁸

Das Freizügigkeitsabkommen enthält auch Bestimmungen über nicht erwerbstätige Personen, darunter Arbeitssuchende¹⁰⁹, ehemals Erwerbstätige¹¹⁰ und Studierende¹¹¹. Familienangehörige bilden eine eigene Kategorie, die es nachfolgend näher zu beleuchten gilt.¹¹² Das Aufenthaltsrecht nichterwerbstätiger Personen ist in Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA¹¹³ für Arbeitssuchende, in Art. 4 und Art. 24 Abs. 3 Anhang I FZA für Personen nach Beendigung der Erwerbstätigkeit, in Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA für Studierende und in Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA für andere nicht erwerbstätige Personen geregelt. Diese Regelungen entsprechen, mit Ausnahme jener für Arbeitssuchende, früheren Richtlinien, die durch RL 2004/38 ersetzt wurden.¹¹⁴

EU-Angehörige, die nach zweijährigem selbständigem Aufenthalt in der Schweiz dauerhaft arbeitsunfähig werden bzw. infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgeben, verfügen als Wanderarbeitnehmer, welche von der Personenfreizügigkeit Gebrauch gemacht haben, über ein autonomes Verbleibrecht.¹¹⁵ Die Karenzfrist von zwei Jahren entfällt, falls die Arbeitsunfähigkeit auf einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit zurückgeht und ein Anspruch auf Rente eines schweizerischen Versicherungsträgers besteht.¹¹⁶

¹⁰⁷ So BGE 133 V 624 E. 4.3.7.

¹⁰⁸ Vgl. *Kellerhals/Baumgartner* (Anm. 90), S. 5 f.; *Cottier et al.* (Anm. 90), S. 279 f. Rn. 475 f.; *Caroni et al.* (Anm. 13), S. 214 f.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu *Epiney/Blaser*, in: *Personenfreizügigkeit und Zugang* (Anm. 92), S. 52; *Schnell* (Anm. 4), S. 153 ff.; *Borghi* (Anm. 91), S. 71 Rn. 144 f.

¹¹⁰ Vgl. dazu *Schnell* (Anm. 4), S. 160 f.

¹¹¹ Vgl. BGER 2A.255/2006 vom 6.6.2006.

¹¹² Siehe hierzu unten V.

¹¹³ Dieser kodifiziert die Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH, Rs. C-292/89, *Antonissen*, Urteil vom 26.2.1991, ECLI:EU:C:1991:80.

¹¹⁴ Vgl. *Christa Tobler*, Hier sind Onkel, hier sind Tanten, hier sind meine Anverwandten, Wer fällt im EU-Recht bzw. im bilateralen Recht unter den Familiennachzug? in: *Epiney/Diezig* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Zürich 2014, S. 319 ff., S. 323.

¹¹⁵ Vgl. *Marcel Dietrich*, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union unter Berücksichtigung des schweizerischen Ausländerrechts, Zürich 1995, S. 295 ff. auf der Grundlage der damaligen Rechtsordnung, die auch heute noch Geltung hat.

¹¹⁶ BGE 141 II 1 E. 4.1, m.H. auf die Literatur.

IV. Voraussetzungen für den Familiennachzug

Das Freizügigkeitsabkommen begünstigt auch Familienangehörige (Art. 7 Bst. d und e FZA i.V.m. Art. 3 Anhang I FZA). Sofern sie nicht ihrerseits als Staatsangehörige eines Vertragsstaates ein originäres Recht geltend machen können, leiten sich ihre Rechte von denjenigen der originär berechtigten Person ab.¹¹⁷

Die Geltendmachung derivativer Rechte bedingt, dass (1) ein Familienangehöriger (2) nachgezogen wird, dem (3) Unterhalt gewährt wird. Es kann der Nachweis (4) ausreichender Mittel und einer Krankenversicherung verlangt werden. Es ist zudem zu unterscheiden, ob der oder die Familienangehörige (5) UnionsbürgerIn oder DrittstaatsangehörigeR ist. Der Familiennachzug kann zudem aus (6) Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Frage gestellt werden. Schliesslich kann das Kriterium der (7) Akzessorietät des Freizügigkeitsrechts gewisse Fragen aufwerfen. Auf diese Aspekte des Familiennachzugs ist nachfolgend einzeln einzugehen.

1. Familienangehörige¹¹⁸

Die Regelungen zu den Familienangehörigen finden sich in Art. 7 Bst. d und e FZA i.V.m. Art. 1, 3, 4 und 24 Anhang I FZA. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. d UAbs. 1 Anhang I FZA gelten als Familienangehörige der Ehegatte oder die Ehegattin der Unionsbürgerin oder des Unionsbürgers, ihre Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird, sowie die Verwandten und die Verwandten der Ehegattin oder des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird.¹¹⁹ Eine Ausnahme gilt für Studierende. Diese können lediglich ihre Ehegatten resp. Ehegattinnen, unterhaltsberechtigten Kinder sowie die unterhaltsberechtigten Kinder des Ehegatten oder der Ehegattin nachziehen, nicht aber generell Verwandte in absteigender oder aufsteigender Linie (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. c Anhang I FZA).

Ein Vergleich des Abkommens mit dem Unionsrecht zeigt, dass die Rechtsstellung der Familienangehörigen den Vorschriften in Art. 10-12 VO 1612/68¹²⁰ nachempfunden ist.¹²¹ Wortlaut und Systematik machen deutlich, dass das Frei-

¹¹⁷ Siehe *Cottier et al.* (Anm. 90), S. 280 Rn. 479.

¹¹⁸ Die Familienangehörigen werden unter V. ausführlich besprochen.

¹¹⁹ Vgl. *Bensch* (Anm. 103), S. 176.

¹²⁰ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

¹²¹ Vgl. *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 28; *Caroni et al.* (Anm. 13), S. 217.

zügigkeitsabkommen auf dem unionsrechtlichen Konzept des Familiennachzuges basiert.¹²²

2. «Begleiten oder nachziehen» bzw. «Wohnung nehmen»

Die bilaterale Regelung im Anhang I FZA entspricht teilweise älterem EU-Recht. So gewährt Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA Familienangehörigen das Recht, beim Staatsangehörigen einer Vertragspartei «Wohnung zu nehmen». Dies entspricht dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 VO 1612/68, der durch RL 2004/38 ersetzt wurde und in deren Art. 3 Abs. 1 (sowie Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 RL 2004/38) in «den Unionsbürger (...) begleitet oder ihm nachzieht» umformuliert wurde. Trotz Änderung des Wortlautes legt der EuGH Art. 3 Abs. 1 RL 2004/38 im Sinne der alten Bestimmung aus.¹²³ Bereits vor Inkrafttreten der RL 2004/38 hatte der EuGH gestützt auf Art. 10 Abs. 1 Bst. a VO 1612/68 festgehalten, dass das Recht auf Familiennachzug i.S. des «Wohnungnehmens» nur in dem Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden könne, in dem der originär Berechtigte wohne.¹²⁴ Solange sich die nachgezogene Person *im selben Land* aufhalte, wie die originär berechtigte Person, müsse erstere jedoch nicht notwendigerweise ständig beim Unionsangehörigen wohnen, damit sie von diesem ein Aufenthaltsrecht ableiten könne.¹²⁵

Die Anforderungen an die Qualität der (ehelichen) Beziehung¹²⁶ als auch die Voraussetzungen an den Kindernachzug¹²⁷ lassen darauf schliessen, dass das Bundesgericht in Bezug auf die Voraussetzung des Zusammenwohnens einen etwas strengeren Ansatz verfolgt. Getrennte Wohnsituationen sind daher möglich¹²⁸, ein «minimales Zusammenleben»¹²⁹ muss jedoch in jedem Fall bestehen.

Nach Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA muss die Wohnung des Arbeitnehmenden «angemessen» sein. Dies ist der Fall, wenn die Wohnung für inländische Arbeitnehmende in der Wohn- bzw. Arbeitsregion als normal betrachtet werden kann.¹³⁰ In der RL 2004/38 findet sich diese Bedingung nicht mehr.¹³¹

¹²² Vgl. *Tobler*, in: Jahrbuch für Europarecht 2013/2014 (Anm. 114), S. 325 ff.

¹²³ Vgl. EuGH, *Iida* (Anm. 14), Rn. 61-64.

¹²⁴ EuGH, *Eind* (Anm. 19), Rn. 24.

¹²⁵ Siehe EuGH, Rs. C-267/83, *Diatta*, Urteil vom 13.2.1985, ECLI:EU:C:1985:67, Rn. 20 und 22; *Iida* (Anm. 14), Rn. 58. Vgl. auch *Wollenschläger* (Anm. 5), S. 19.

¹²⁶ Siehe hierzu unten V.1.; BGE 136 II 65 E. 5.2; BGer 2D_64/2011 vom 22.11.2011 E. 2.1; 2C_461/2010 vom 24.6.2010 E. 2.2.2.

¹²⁷ Siehe hierzu unten V.2.

¹²⁸ Vgl. BGE 130 II 113 E. 9.5.

¹²⁹ BGer 2C_494/2013 vom 2.6.2013 E. 3.1.

¹³⁰ *Staatssekretariat für Migration (SEM)*, Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (Weisungen VEP), Juni 2017,

Die praktische Bedeutung dieser Voraussetzung bleibt auch mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung unklar.¹³² Im konkreten Fall dürfte es regelmässig schwierig werden den Familiennachzug zu verweigern, weil die Wohnung als «nicht geeignet» beurteilt wird. Da eine solche Voraussetzung beim Familiennachzug durch schweizerische Staatsangehörige im nationalen Recht nicht besteht (vgl. Art. 42 ff. AuG¹³³), würde eine strenge Anwendung dieses Kriteriums zu einer *Diskriminierung* aufgrund der Staatsangehörigkeit führen, was Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA ausdrücklich verbietet. Die Verweigerung des Familiennachzugs weil keine «geeignete» Wohnung vorhanden ist, dürfte daher kaum gerechtfertigt sein.¹³⁴

3. Gewährung von Unterhalt

Art. 3 Abs. 2 Bst. a und b Anhang I FZA setzen in Bezug auf den Familiennachzug von Verwandten in absteigender Linie, die älter als 21 Jahre sind, und Verwandten in aufsteigender Linie voraus, dass diesen Unterhalt gewährt wird.¹³⁵ Anders als Art. 2 Bst. c und d RL 2004/38 verlangt die Bestimmung nicht (explizit), dass die originär berechnete Person den Unterhalt gewähren *muss*.

Unterhalt wird den Familienangehörigen gewährt, wenn die nachzugsberechnete Person für diese materiell aufkommt. Das Bundesgericht scheint der Rechtsprechung des EuGH zur Unterhaltsgewährung im Wesentlichen zu folgen, indem es sich jedenfalls auf die vor Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangene Rechtsprechung stützt.¹³⁶ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Unterhaltsbegriff weit auszulegen.¹³⁷ Es ist auf die *tatsächliche Situation* abzustellen. Dabei ist entscheidend, ob die nachzuziehende Person in Anbetracht ihrer wirtschaftlichen Situation in der Lage ist, ihre Grundbedürfnisse zu decken, oder ob sie auf zusätzliche Mittel angewie-

<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/fza/weisungen-fza-d.pdf> (zuletzt besucht am 11.7.2017), S. 116.

¹³¹ Vgl. *Christa Tobler/Jacques Beglinger*, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-) Rechts Schweiz-EU, Band 1, Zürich/St. Gallen 2013, S. 109 Rn. 270.

¹³² BGER 2C_909/2015 vom 1.4.2016 E. 4.3.

¹³³ Bundesgesetz vom 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 14.2.20).

¹³⁴ Siehe auch *Epiney/Blaser*, in: Personenfreizügigkeit und Zugang (Anm. 92), S. 50 f.; *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 32.

¹³⁵ Siehe auch *SEM*, Weisungen VEP (Anm. 130), S. 117.

¹³⁶ Vgl. BGE 135 II 369 E. 3.

¹³⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-316/85, *Lebon*, Urteil vom 18.6.1987, ECLI:EU:C:1987:302, Rn. 23; Rs. C-1/05, *Jia*, Urteil vom 9.1.2007, ECLI:EU:C:2007:1, Rn. 36.

sen ist, die von der originär berechtigten Person sichergestellt werden.¹³⁸ Der Unterhaltsbedarf muss zum Zeitpunkt des Gesuchs um Familiennachzug bestehen. Befindet sich die Familienangehörige bereits im Inland, so ist auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen.¹³⁹ Dabei sind die Gründe für die Inanspruchnahme nicht zu ermitteln. Ein zivilrechtlicher Anspruch auf Unterhaltsgewährung muss ebenfalls nicht bestehen.¹⁴⁰ Der EuGH hat hinsichtlich des Nachweises der Unterhaltsgewährung präzisiert, dass ein solcher vom Aufnahmestaat verlangt werden dürfe, mit jedem geeigneten Mittel geführt werden könne und ein Staat nicht eine spezifische Bescheinigung voraussetzen dürfe.¹⁴¹ Zudem ist es nicht erforderlich, die Gründe für die Abhängigkeit bzw. die Unterstützung zu ermitteln.¹⁴² In einem Urteil¹⁴³ vom 16. Januar 2014 hat der EuGH hinsichtlich des Unterhalts weiter ausgeführt, dass ein Mitgliedstaat nicht verlangen dürfe, dass Verwandte in gerader absteigender Linie, die 21 Jahre alt oder älter sind, nachweisen, dass sie vergeblich versucht haben Arbeit zu finden, von den Behörden ihres Herkunftslands Hilfe zum Lebensunterhalt zu erlangen oder auf andere Weise ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Dies würde den Personen nämlich verbieten im Aufnahmestaat eine Arbeit zu suchen. Es genügt, dass die Unionsbürgerin oder der Unionsbürger den Verwandten in absteigender Linie regelmässig während eines beachtlichen Zeitraums einen Geldbetrag gezahlt hat, den diese benötigten, um ihre Bedürfnisse zu decken.¹⁴⁴

4. Ausreichende Mittel und Krankenversicherung

Die Aufenthaltsregelung von Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, setzt gemäss Art. 24 Anhang I FZA den Nachweis ausreichender finanzieller Mittel¹⁴⁵ sowie einen genügenden Krankenversicherungsschutz für sich und im Falle des Familiennachzugs für ihre Familienangehörigen voraus.¹⁴⁶ Diese

¹³⁸ EuGH, *Lebon* (Anm. 137), Rn. 22; *Jia* (Anm. 137), Rn. 35; *SEM*, Weisungen VEP (Anm. 130), S. 126; *Zünd/Hugi Yar* (Anm. 90), S. 185 f.; *Epinay/Faeh*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006 (Anm. 13), S. 61.

¹³⁹ EuGH, *Jia* (Anm. 137), Rn. 37; Rs C-423/12, *Reyes*, Urteil vom 16.1.2014, ECLI:EU:C:2014:16, Rn. 22; BGE 135 II 369 E. 3.2; BGer 2C_296/2015 vom 28.1.2016 E. 4.3.1; *Zünd/Hugi Yar* (Anm. 90), S. 185 f.

¹⁴⁰ *SEM*, Weisungen VEP (Anm. 130), S. 126; EuGH, *Lebon* (Anm. 137), Rn. 21; *Jia* (Anm. 137), Rn. 36.

¹⁴¹ Vgl. EuGH, *Jia* (Anm. 137), Rn. 39-41.

¹⁴² Vgl. *Caroni et al.* (Anm. 13), S. 217; EuGH *Lebon* (Anm. 137), Rn. 22 und 23; *Jia* (Anm. 137), Rn. 36; *Reyes* (Anm. 137), Rn. 23.

¹⁴³ EuGH, *Reyes* (Anm. 137). S. dazu z.B. *Epinay/Mosters* (Anm. 22), S. 66 f.

¹⁴⁴ *Ibid.*, Rn. 28.

¹⁴⁵ Zu den ausreichenden Mitteln s. BGE 135 II 265; vgl. auch Art. 16 VEP.

¹⁴⁶ Vgl. *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 12; *Borghi* (Anm. 91), S. 166 ff. Rn. 343 ff.;

müssen tatsächlich (nicht nur potenziell) vorhanden sein.¹⁴⁷ Gemäss Bundesgericht gilt auch hier die Rechtsprechung des EuGH, wonach es nur darauf ankommt, ob jemand über ausreichende Existenzmittel verfügt, während die Herkunft und die Existenz einer Verpflichtung Dritter zur Unterstützung unerheblich ist.¹⁴⁸

5. UnionsbürgerInnen und Drittstaatsangehörige¹⁴⁹

Nach Art. 7 Bst. d FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA ist den Familienmitgliedern einer originär berechtigten Person ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Bestimmungen sind weitgehend von Art. 10 VO 1612/68 übernommen worden. Zur letzteren hat der EuGH im Urteil *Akrich* entschieden, dass sich drittstaatsangehörige Familienmitglieder zuvor rechtmässig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben müssen, damit sie in den Genuss der freizügigkeitsrechtlichen Nachzugsbestimmungen kommen können. Das Bundesgericht (wie auch der Gesetzgeber mit Art. 42 Abs. 2 AuG) folgte dieser Rechtsprechung im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens.¹⁵⁰ In einem späteren Urteil¹⁵¹ hat der EuGH diese Auslegung jedoch nicht auf die neue RL 2004/38 übertragen. Ein Aufenthaltsanspruch besteht seither im EU-Recht unabhängig von einem vorherigen rechtmässigen Aufenthalt der Familienangehörigen in einem Mitgliedstaat.¹⁵² Damit deutete der EuGH die ursprünglich ausschliessliche Funktion des Rechts auf Familiennachzug zur Ermöglichung von Mobilität *im* Bin-

¹⁴⁷ Vgl. BGer 2C_470/2014 vom 29.1.2015 E. 3.4.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 135 II 369 E. 3.1; EuGH, *Zhu und Chen* (Anm. 46); Rs. C-408/03, *Kommission gegen Belgien*, Urteil vom 23.3.2006, ECLI:EU:C:2006:192.

¹⁴⁹ Zur Rechtsprechung i.S. EuGH, Rs. C-109/01, *Akrich*, Urteil vom 23.9.2003, ECLI:EU:C:2003:491 und Rs. C-127/08, *Metock* Urteil vom 25.7.2008, ECLI:EU:C:2008:449. S. z.B. *Astrid Epiney*, Von Akrich über Jia bis Metock: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug, in: *Euro-
parecht 2008/6*, S. 840 ff.; *Marc Spescha*, Das Familienleben als hervorragendes Rechtsgut des Freizügigkeitsrechts – am Beispiel der aktuellen Rechtsprechung zum Familiennachzug im Geltungsbereich des FZA, in: *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), *Das
Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, Zürich 2011, S. 141 ff., S. 146 ff.; *Schnell* (Anm. 4), S. 179 ff.; *Wollenschläger* (Anm. 5), S. 19 f.; *Caroni*, in: *SHK-AuG*
(Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 23 ff.; *Astrid Epiney/Beate Metz*,
Schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: *Jahrbuch
für Migrationsrecht 2011/2012*, S. 223 ff., S. 259 ff.; *Christine Kaddous/Christa Tob-
ler*, *Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, in: *SZIER 2010*, S. 597 ff.,
S. 609 ff.; zur Zulassung von Drittstaatsangehörigen bereits *Achermann*, in: *Jahrbuch
für Migrationsrecht 2004/2005* (Anm. 5), S. 99 f.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 134 II 10 E. 3; 130 II 1 E. 3.6.

¹⁵¹ EuGH, *Metock* (Anm. 149).

¹⁵² *Ibid.*, Rn. 99.

nenmarkt zu einem Recht (Drittstaatsangehöriger) auf Zugang *zum* Binnenmarkt um.¹⁵³ Das Bundesgericht passte seine Rechtsprechung in der Folge wiederum an.¹⁵⁴ Diese Rechtsprechung brachte (erneut) eine Inländerdiskriminierung mit sich, da Familienangehörige von Schweizer BürgerInnen und Bürgern gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG nur über ein dem Freizügigkeitsabkommen nachgebildetes Nachzugsrecht verfügen, wenn sie im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Staates sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde.¹⁵⁵

6. Öffentliche Sicherheit und Ordnung

Der Familiennachzug ist nicht möglich, wenn Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung¹⁵⁶ dem entgegenstehen. Die Einschränkung der Freizügigkeitsrechte gestützt auf Art. 5 Anhang I FZA findet auf alle nach dem Freizügigkeitsabkommen berechtigten Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit Anwendung. Nach der Rechtsprechung des EuGH, die vom Bundesgericht übernommen wurde¹⁵⁷, ist eine Beschränkung der Freizügigkeit nur dann verhältnismässig, wenn eine drohende Störung der öffentlichen Ordnung besteht. Demnach muss eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung im Sinne eines individuell vorwerfbareren Verhaltens vorliegen, welche die Grundinteressen der Gemeinschaft berührt.¹⁵⁸

7. Akzessorietät des Freizügigkeitsrechts

Die Frage, ob und inwieweit die Freizügigkeitsrechte von Familienangehörigen gegenüber den Freizügigkeitsrechten der primär berechtigten Person akzessorisch sind, betrifft Fragen wie

- die Konsequenzen des Ablebens der originär berechtigten Person oder;

¹⁵³ *Nettesheim*, in: Juristische Zeitung (Anm. 81), S. 1032.

¹⁵⁴ BGE 136 II 5 E. 3.6; vgl. auch *Cottier et al.* (Anm. 90), S. 280 ff.; *SEM*, Weisungen VEP (Anm. 130), S. 116; *Bundesamt für Migration (heute: SEM)*, Rundschreiben «Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen durch Staatsangehörige aus der EU / Übernahme des Urteils Metock des EuGH vom 25. Juli 2008 (C-127/08) durch das Bundesgericht», 27.1.2010, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/fza/20100127-rs-familiennachzug-d.pdf> (zuletzt besucht am 11.7.2017).

¹⁵⁵ Vgl. BGE 2C_354/2011 vom 13.7.2012 E. 2; zur Inländerdiskriminierung s. *Wollenschläger* (Anm. 5), S. 20 f.; *Epiney/Metz*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Anm. 149), S. 253 ff.; *Spescha*, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Anm. 149), S. 148 ff. Trotz dieser Rechtsprechung hat das Parlament darauf verzichtet, das Ausländergesetz anzupassen, vgl. *SEM*, Weisungen VEP (Anm. 130), S. 116.

¹⁵⁶ Vgl. zum Begriff BGE 129 II 215 E. 6.

¹⁵⁷ Vgl. BGE 139 II 121 E. 5.3.

¹⁵⁸ *Ibid.* Siehe auch 136 II 5 E. 4.2; 130 II 176 E. 3.4; BGE 2C_317/2016 E. 4; *Zünd/Hugi Yar* (Anm. 90), S. 181, m.w.H. auf die Rechtsprechung.

- der Scheidung von dieser und;
- deren Wegzug aus dem Aufnahmemitgliedstaat.

Eine Akzessorität des Freizügigkeitsrechts hätte zur Folge, dass die Rechte der Familienangehörigen in solchen Fällen erlöschen. Mit der RL 2004/38 hat sich die Rechtsstellung der Familienangehörigen in der EU verbessert, da diese ein gewisses Schutzbedürfnis anerkennt, indem sie einen rascheren Erwerb eines eigenständigen Aufenthaltsrechts vorsieht.¹⁵⁹ Dabei gelten für Drittstaatsangehörige strengere Voraussetzungen als für UnionsbürgerInnen.¹⁶⁰

a) *Scheidung*

Für die Aufenthaltsregelung nach der Scheidung unterscheidet Art. 13 RL 2004/38 zwischen dem Ehegatten mit Unionsbürgerrecht, der seinen Aufenthalt nicht verliert, und der drittstaatsangehörigen Ehegattin, bei dem die Ehe mindestens drei Jahre bestanden haben muss und davon mindestens ein Jahr im Aufnahmemitgliedstaat. Gemäss dem Urteil *Singh II* setzt eine Berufung auf die Nachzugsbestimmung voraus, dass der originär berechnigte Unionsangehörige zum Scheidungszeitpunkt im Aufnahmemitgliedstaat ansässig war. Anderenfalls erlöscht das Aufenthaltsrecht bereits aufgrund von Art. 7 Abs. 2 RL 2004/38 mit dem Wegzug des Ehegatten oder der Ehegattin.¹⁶¹ Dies gilt auch für den Fall, dass der drittstaatsangehörige Ehegatte oder die drittstaatsangehörige Ehegattin während der Ehe Opfer ehelicher Gewalt wurde.¹⁶²

Das Freizügigkeitsabkommen enthält keine Regelung des Verbleiberechts von Familienangehörigen nach einer Scheidung, Aufhebung der Ehe oder Beendigung der Partnerschaft, weshalb das Aufenthaltsrecht gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen wegfällt (s. auch Art. 23 VEP¹⁶³). Hingegen kann in solchen Fällen in der Schweiz Art. 50 AuG zur Anwendung gelangen.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Vgl. *Epiney/Faeh*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006 (Anm. 13), S. 68 f.

¹⁶⁰ Vgl. *Wollenschläger* (Anm. 5), S. 21 f.; *Thomas Hugli Yar*, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten – Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, S. 31 ff., S. 57 f.

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-218/14, *Singh II*, Urteil vom 16.7.2015, ECLI:EU:C:2015:476, Rn. 58-67.

¹⁶² Vgl. EuGH, Rs. C-115/15, *NA*, Urteil vom 30.6.2016, ECLI:EU:C:2016:487, Rn. 31-51.

¹⁶³ Verordnung vom 22.5.2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP), SR 142.203.

¹⁶⁴ Vgl. BGer 2C_49/2017 vom 20.1.2017 E. 2; 2C_1050/2012 vom 6.12.2013 E. 3.1, zu diesem Urteil s. z.B. *Kaddous/Tobler*, in: SZIER 2014 (Anm. 90), S. 661; *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 38; *Marc Spescha*, Nr. 25

b) *Tod der originär berechtigten Person*

Familienangehörige können nach Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA¹⁶⁵ bei einem Todesfall der originär berechtigten Person in der Schweiz verbleiben, wenn sich die verstorbene Person während mindestens zwei Jahren ständig in der Schweiz aufgehalten hat. Bei früherem Ableben können sich die Familienangehörigen gemäss der Meistbegünstigungsklausel des Art. 2 Abs. 2 AuG auf einen Aufenthaltsanspruch nach Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG berufen.¹⁶⁶

BGE 137 II 1 betraf einen Fall, bei dem sich die Eheleute, ein schweizerisch-indisches Ehepaar, bereits vor dem Tod der schweizerischen Ehefrau getrennt hatten. Aus diesem Grund wurde dem indischen Ehemann die Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung verweigert. Das Bundesgericht ging auf die Vorschriften des Freizügigkeitsabkommens über das Verbleiberecht ein und befand, dass eine Berufung auf das Freizügigkeitsabkommen schon deshalb scheitere, weil die Eheleute zum Zeitpunkt des Todes bereits seit einigen Monaten nicht mehr zusammengewohnt hätten.¹⁶⁷

V. Familienangehörige

1. Eheleute

Der Ehegatte oder die Ehegattin einer originär berechtigten Person sind unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige. Diesbezüglich entsprechen sich die Bestimmungen in Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA und in Art. 10 Abs. 1 VO 1612/68. Beide Bestimmungen definieren den Ehegattenbegriff nicht näher. In seinem vor Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangenen Urteil *Diatta* definierte der EuGH den in der VO 1612/68 verwendeten Ehegattenbegriff als einen rein *formalrechtlichen*. Entscheidend ist demnach das förmliche Bestehen einer rechtsgültig geschlossenen Ehe.

FZA, in: Spescha et al. (Hrsg.), Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2015, S. 1044 ff., S. 1085 f. Rn. 6.

¹⁶⁵ Welcher seinerseits auf die einschlägigen unionsrechtlichen Sekundärerlasse verweist.
¹⁶⁶ Vgl. BGE 137 II 1 E. 3 und 4 noch als Ermessensbewilligung; nach geltender Rechtsprechung zum AuG stellt der Tod eines der Eheleute einen wichtigen Grund für die Aufenthaltsverlängerung nach Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG dar, sofern die Ehe bis zum Todeszeitpunkt gelebt wurde, vgl. BGE 138 II 393 E. 3.

¹⁶⁷ Siehe dazu auch BGer 2C_1147/2014 vom 25.2.2015 E. 2 f.; 2C_926/2010 vom 21.7.2011 E. 6.

a) *Rechtsmissbrauch*

Nach der *Diatta*-Rechtsprechung¹⁶⁸ des EuGH ist das eheliche Band erst als aufgelöst anzusehen, wenn die Scheidung durch die zuständige Stelle ausgesprochen wurde. Bei Ehepaaren, die voneinander getrennt leben, gilt das Band als nicht aufgelöst. Auch eine Scheidungsabsicht bereits getrennt lebender Eheleute ändert nichts an der Anwendbarkeit der Familiennachzugsbestimmungen.¹⁶⁹ Selbst ein vorläufiges Scheidungsurteil genügt nicht, um den Bestimmungen über den Familiennachzug die Anwendung zu versagen.¹⁷⁰ Da Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA praktisch identisch mit Art. 10 VO 1612/68 ist und das Urteil des EuGH vor Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen ist, ist das Bundesgericht grundsätzlich gehalten, dessen Inhalt zu berücksichtigen (vgl. Art. 16. Abs. 2 FZA). Im Freizügigkeitsabkommen ist das Verbot des Rechtsmissbrauchs nicht ausdrücklich erwähnt. Das Bundesgericht interpretiert die *Diatta*-Rechtsprechung *restriktiv*.¹⁷¹ Unter umfassendem Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH betont es, dass diese auch das Institut des Rechtsmissbrauchs kenne und wendet seine Rechtsprechung zur rechtsmissbräuchlichen Ehe im schweizerischen Ausländerrecht an. Es lässt eine Berufung auf das freizügigkeitsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht gelten, wenn die Ehe nur noch der Form nach besteht.¹⁷²

b) *Eingetragene Partnerschaft*

Der EuGH ist lange Zeit vom klassischen Bild der Ehe ausgegangen.¹⁷³ Dabei lehnte er sich an Art. 12 EMRK¹⁷⁴ und die Rechtsprechung des EGMR an.¹⁷⁵

¹⁶⁸ Siehe dazu z.B. *Tobler*, in: Jahrbuch für Europarecht 2013/2014 (Anm. 114), S. 328.

¹⁶⁹ Vgl. EuGH, *Iida* (Anm. 14); *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 13; *Spescha*, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Anm. 149), S. 143 f.

¹⁷⁰ Vgl. EuGH, *Singh* (Anm. 16), Rn. 4 und 12.

¹⁷¹ Vgl. *Epiney/Metz*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Anm. 149), S. 246 f.

¹⁷² Vgl. BGE 130 II 113 E. 4 und 8; BGer 2C_417/2008 vom 18.6.2010 E. 4 und 5; 2C_60/2010 vom 27.7.2010 E. 3; 2C_840/2014 vom 4.3.2015 E. 6.3; 2C_536/2016 vom 13.3.2017 E. 2.3; *Hugi Yar* (Anm. 160), S. 50; *Spescha*, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Anm. 149), S. 144 f.; *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, S. 141 ff., S. 142 ff.; *Peter Uebersax*, Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, S. 3 ff., S. 12 f.; *Tobler*, in: Jahrbuch für Europarecht 2013/2014 (Anm. 114), S. 329; *Christine Kaddous/Christa Tobler*, Europarecht: Schweiz – Europäische Union, in: SZIER 2012, S. 661 ff., S. 680 f.

¹⁷³ Siehe dazu *Christine Kaddous*, Le droit communautaire et les partenaires de même sexe, in: FamPra.ch 2004, S. 598 ff., S. 613 f.

Im Urteil *Reed*¹⁷⁶ des EuGH wurden unverheiratet zusammenlebende Paare nicht in den Ehebegriff einbezogen. Nach Auffassung des EuGH habe die Auslegung einer Bestimmung in allen Mitgliedstaaten Konsequenzen und eine Auslegung von Rechtsbegriffen, die auf eine gesellschaftliche Entwicklung gestützt werde, müsse aufgrund einer Untersuchung der Lage in der gesamten Gemeinschaft erfolgen und nicht bloss in einem Mitgliedstaat. Im vorliegenden Fall konnte sich die Klägerin schliesslich auf das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit berufen, da die Niederlande den eigenen Staatsangehörigen den Familiennachzug unverheirateter PartnerInnen erlauben. Nach Auffassung des EuGH verwies Art. 10 VO 1612/68 durch die Verwendung des Wortes «Ehegatte» ausschliesslich auf eine Beziehung, die auf der Ehe im Rechtssinne beruht.¹⁷⁷ Später lehnte der EuGH in der Rechtssache *Grant* die Gleichstellung von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften mit Ehepaaren angesichts des damaligen Stands des Rechts innerhalb der Gemeinschaft ab.¹⁷⁸ Diese Auslegung des Ehebegriffs bekräftigte der EuGH ein weiteres Mal in Bezug auf die eingetragene Lebenspartnerschaft, die nicht mit der Ehe gleichzustellen sei.¹⁷⁹ Obwohl die Mitgliedstaaten zunehmend neben der Ehe andere Lebensgemeinschaften von Partnern und Partnerinnen des gleichen oder anderen Geschlechts rechtlich anerkannt hatten¹⁸⁰, waren die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten nach Ansicht des EuGH zu unterschiedlich und eine Gleichstellung mit der Ehe nicht möglich.¹⁸¹ Durch den Erlass der RL 2004/38 wurde die eingetragene Lebensgemeinschaft schliesslich bedingt anerkannt. Nach Art. 2 RL 2004/38 gilt der eingetragene Lebenspartner oder die Partnerin als Familienangehörige, sofern der Aufnahmemitgliedstaat die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichstellt und die Bedingungen in den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften erfüllt sind.¹⁸² Nach dieser Regelung entscheidet jeder Mitgliedstaat selber darüber, ob er die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichstellt. Diese Gleichstellung mit dem Begriff des Ehegatten resp. der Ehegattin ist im Freizügigkeitsabkommen – welches dem Stand der Rechtsentwicklungen in

¹⁷⁴ Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK), SR 0.101.

¹⁷⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-249/96, *Grant*, Urteil vom 17.2.1998, ECLI:EU:C:1998:63, Rn. 34; zu diesem Urteil s. z.B. *Kaddous*, in: *FamPra.ch* (Anm. 173), S. 601 ff.

¹⁷⁶ EuGH, Rs. C-59/85, *Reed*, Urteil vom 17.4.1986, ECLI:EU:C:1986:157. Siehe dazu z.B. *Tobler*, in: *Jahrbuch für Europarecht* 2013/2014 (Anm. 114), S. 328.

¹⁷⁷ *Ibid.*, Rn. 13-16.

¹⁷⁸ EuGH, *Grant* (Anm. 175), Rn. 35.

¹⁷⁹ EuGH, verb. Rs. C-122/99 und C-125/99, *P.*, Urteil vom 31.5.2001, ECLI:EU:C:2001:304.

¹⁸⁰ *Ibid.*, Rn. 35.

¹⁸¹ *Ibid.*, Rn. 36 und 37.

¹⁸² Vgl. *Wollenschläger* (Anm. 5), S. 18 f.; *Epiney/Faeh*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2005/2006 (Anm. 13), S. 60 f.

der EU zum Zeitpunkt der Geltung von Art. 10 und 11 VO 1612/68 entspricht – nicht enthalten.¹⁸³ Doch wurde in der Schweiz anlässlich der Annahme des Partnerschaftsgesetzes mit Art. 52 AuG eine Bestimmung in das Ausländergesetz eingeführt, wonach die Bestimmungen über den Familiennachzug bei gleichgeschlechtlichen eingetragenen Partnern analog anwendbar sind. Da im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens eine Schlechterstellung zum nationalen Recht nicht zulässig ist¹⁸⁴, können sich gleichgeschlechtliche eingetragene PartnerInnen im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens auf die Familiennachzugsbestimmungen des AuG berufen.¹⁸⁵

2. Verwandte in absteigender Linie

a) Verwandte unter 21 Jahre

Verwandte der originär berechtigten Person in absteigender Linie sind ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige gemäss Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA. Die Bestimmung nennt ausdrücklich Nachkommen, die noch nicht 21 Jahre alt sind.

Das Bundesgericht hat dazu eine eigene Rechtsprechung entwickelt. Demnach steht der Familiennachzug von Kindern – wie auch der von EhepartnerInnen – unter dem *Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs*¹⁸⁶. Es gilt rechtsmissbräuchliche Nachzugsbegehren in Bezug auf Nachkommen auszuschliessen.¹⁸⁷ Das Bundesgericht prüft dabei, ob vor dem Familiennachzugsgesuch ein (soziales) Familienleben tatsächlich bereits bestanden hat im Sinne, dass die Angehörigen ihre Beziehung mit minimaler Intensität gelebt haben müssen.¹⁸⁸ Wie bei Eheleuten¹⁸⁹ sind Fälle, bei denen eine «geistig-seelische» Lösung erfolgt ist, und mitunter ein «wirtschaftlicher und emotionaler Bruch» besteht, vom Familiennachzug ausgeschlossen.¹⁹⁰ Für die Annahme einer

¹⁸³ Vgl. *Borghi* (Anm. 91), S. 202 Rn. 426 ff.; *Kaddous* (Anm. 173), S. 614.

¹⁸⁴ Vgl. *Minh Son Nguyen*, De la norme à la jurisprudence et vice versa, in: Amarelle/Nguyen (Hrsg.), *Migrations et regroupement familial*, Bern 2012, S. 205 ff., S. 205; *Stéphanie Fässler*, Das Recht auf sexuelle Orientierung und seine Bedeutung im Migrationsrecht, in: *ZStöR*, Band/Nr. 222, 2014, S. 221 ff., S. 236 f.

¹⁸⁵ Vgl. BVGer C-6699/2012 vom 5.7.2013 E. 5; BGer 2C_56/2012 vom 24.9.2012 E. 1.1.2 *e contrario*.

¹⁸⁶ Rechtsmissbräuchlich ist nach BGer 2C_71/2016 vom 14.11.2016 E. 3 auch der Nachzug eines bereits verheirateten Kindes.

¹⁸⁷ Vgl. *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014*, S. 331 ff., S. 342 f.; *Hugi Yar* (Anm. 160), S. 50 f.

¹⁸⁸ Siehe BGE 136 II 177 E. 3.2.3; 136 II 65 E. 5.2; BGer 2C_767/2013 vom 6.3.2014 E. 3.2; 2C_195/2011 vom 17.10.2011 E. 4.3; in Bezug auf Stiefkinder BGer 2C_909/2015 vom 1.4.2016 E. 3.2; 2C_1144/2012 vom 13.5.2013 E. 2.1.

¹⁸⁹ Siehe dazu oben V.1.a).

¹⁹⁰ Vgl. *Hugi Yar* (Anm. 160), S. 51.

tatsächlichen Familiengemeinschaft genügt es nicht, wenn der originär berechnigte Elternteil zum Unterhalt des Kindes im Ausland finanziell beigetragen hat und regelmässige Kontakte bestanden haben.¹⁹¹ Zudem muss er in beweisrechtlicher Hinsicht die Qualität der Beziehung glaubhaft machen können.¹⁹² Beurteilungsrelevant ist auch das Alter des nachziehenden Nachkommen. Bei Kindern, die kurz vor Vollendung ihres 21. Lebensjahres sind, ist es wahrscheinlicher, dass der primäre Zweck des Familiennachzuges darin liegt in den Genuss von besseren Lebens- und Arbeitsbedingungen zu gelangen und ein Gesuch um Familiennachzug in erster Linie wirtschaftlich motiviert ist.¹⁹³ Auch der Zeitpunkt des Nachzugsbegehrens ist relevant. Obwohl das Freizügigkeitsabkommen keine Fristen vorsieht und ein Familiennachzug grundsätzlich jederzeit möglich ist¹⁹⁴, setzt das Bundesgericht doch implizite Schranken: Je mehr Zeit zwischen der Wohnsitznahme im Aufnahmestaat und dem Nachzugsbegehren verstrichen ist, desto eher ist von einer primär wirtschaftlichen Motivation des Familiennachzuges auszugehen.¹⁹⁵

b) *Stiefkinder*

Im Urteil *Baumbast*¹⁹⁶ hatte der EuGH Stiefkinder der originär berechtigten Person in den Begriff der Familienangehörigen nach der VO 1612/68 einbezogen, obwohl sich dies aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht ergab. Mit Erlass der RL 2004/38 wurde diese Rechtsprechung kodifiziert.¹⁹⁷ Art. 2 Abs. 2 RL 2004/38 erwähnt zwischenzeitlich ausdrücklich nicht nur «Nachkommen des Unionsbürgers», sondern auch «des Ehegatten oder des Lebenspartners».

Da das Freizügigkeitsabkommen formal dem Stand der Entwicklungsphase der EU vor Erlass der RL 2004/38 entspricht, enthält es keine Familiennachzugsregelung, welche Stiefkinder explizit erfasst. Dies konnte lediglich auf dem Weg der Rechtsprechung realisiert werden. In einem Entscheid vom 5. Januar 2010¹⁹⁸ äusserte sich das Bundesgericht zur Frage, ob Nachkommen des Ehegatten oder der Ehegattin einer originär berechtigten Person als Familienangehörige zu betrachten sind. Diese Frage – bei der es um die Massgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH *nach* Unterzeichnung des Freizügig-

¹⁹¹ Vgl. BGer 2C_131/2016 vom 10.11.2016 E. 4.3; 2C_1144/2012 vom 13.5.2013 E. 4.2.

¹⁹² Vgl. BGer 2C_195/2011 vom 17.10.2011 E. 4.3.

¹⁹³ Vgl. BGer 2C_767/2013 vom 6.3.2014 E. 3.2; in Bezug auf Stiefkinder s. BGer 2C_909/2015 vom 1.4.2016 E. 3.4.

¹⁹⁴ Vgl. BGer 2C_131/2016 vom 10.11.2016 E. 4.2.

¹⁹⁵ Vgl. BGer 2C_767/2013 vom 6.3.2014 E. 3; 2C_909/2015 vom 1.4.2016 E. 3.4.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Urteil vom 17.9.2002 ECLI:EU:C:2002:493.

¹⁹⁷ Vgl. *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 30.

¹⁹⁸ BGE 136 II 65; vgl. dazu *Epiney/Metz*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Anm. 149), S. 243 f.

keitsabkommens ging – hatte das Bundesgericht in BGE 130 II 1 noch offen gelassen. Im Fall war strittig, ob den Kindern aus einer vorehelichen Beziehung eines aus dem Kosovo stammenden Vaters und Ehegatten einer in der Schweiz ansässigen französischen Staatsangehörigen der Familiennachzug verweigert werden konnte. Obwohl der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Bst. a Anhang I FZA die Einbeziehung von Stiefkindern in den Kreis der nachzugsberechtigten Familienmitglieder nicht klar erkennen lässt, wurde dies im Fall bejaht. Zur Begründung wurde das grundsätzlich nicht verbindliche Urteil *Baumbast* herangezogen, welches sich (diesbezüglich) nicht auf neues Sekundärrecht beziehe und damit keine im Vergleich zum Freizügigkeitsabkommen weitergehende Freizügigkeitsrechte gewähre.¹⁹⁹ Nach der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung können Stiefkinder nachzugsberechtigt sein, wenn bestimmte familiäre Gegebenheiten erfüllt sind. Dies sind insbesondere das Vorliegen eines minimalen tatsächlichen Familienlebens²⁰⁰, ferner, dass der Nachzug dem Kindeswohl zu Gute kommt²⁰¹ und dass er mit dem Einverständnis des originär berechtigten Stiefelternteils erfolgt.²⁰²

c) *Nachkommen über 21 Jahre*

Über 21-jährige Nachkommen werden als Familienangehörige behandelt, wenn ihnen Unterhalt gewährt wird.²⁰³

Das Bundesgericht äusserte sich am 18. Juli 2011²⁰⁴ zum Familiennachzug volljähriger Nachkommen. Dabei ging es um einen rumänischen Staatsangehörigen, der um eine Aufenthaltsbewilligung ersuchte, um seine kranke Mutter in der Schweiz pflegen zu können. Ein auf das Freizügigkeitsabkommen gestützter Anspruch wurde vom Bundesgericht grundsätzlich bejaht. Aufgrund seiner Staatsangehörigkeit konnte der Beschwerdeführer jedoch auch eigene Freizügigkeitsrechte geltend machen.

3. Verwandte in aufsteigender Linie

Eltern und Grosseltern beider Ehegatten gelten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit als Familienangehörige, wenn ihnen Unterhalt gewährt wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. c Anhang I FZA).

¹⁹⁹ Ibid., E. 4.

²⁰⁰ Siehe hierzu oben V.2.a).

²⁰¹ *Spescha*, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Anm. 149), S. 152.

²⁰² Vgl. BGE 136 II 177 E. 3.2.3; BGer 2C_909/2015 vom 1.4.2016 E. 3.2; 2C_1144/2012 vom 13.5.2013 E. 2.1.

²⁰³ Zur Unterhaltsgewährung siehe oben IV.3.

²⁰⁴ BGer 2C_253/2010 vom 18.7.2011; zu diesem Urteil s. z.B. *Epiney/Metz*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Anm. 149), S. 241 ff.

Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung haben demnach auch drittstaatsangehörige Schwiegereltern einer originär berechtigten Person, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird.²⁰⁵

4. «Umgekehrter Familiennachzug»

a) *Selbständiges Anwesenheitsrecht unmündiger Kinder*²⁰⁶

Die Bestimmungen über die Freizügigkeit gewähren Kindern in ihrer Eigenschaft als Familienangehörige von originär berechtigten Vertragsstaatsangehörigen kein unabhängiges Aufenthaltsrecht. Aufgrund ihres abgeleiteten Charakters haben die mit dem Familiennachzug verbundenen Rechte keine eigenständige Funktion, sondern hängen stets von den Rechten derjenigen originär berechtigten Person ab, aus denen sie hervorgegangen sind. Solange sie die Voraussetzungen für einen Aufenthalt nicht persönlich erfüllen, besteht das Aufenthaltsrecht von Kindern nur soweit und solange sie sich im Rahmen des Familiennachzugs mit der originär berechtigten Person im Aufnahmestaat aufhalten.²⁰⁷

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung Ausnahmen von diesem Grundsatz definiert. Er gewährt Kindern von Unionsangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen *originäre* Aufenthaltsrechte. Als Konsequenz hat er schliesslich auch die rechtliche Situation des primär sorgeberechtigten²⁰⁸ Elternteils mit Unionsbürgerschaft oder Drittstaatsangehörigkeit geregelt. Das Bundesgericht hingegen auferlegt sich in Bezug auf diese Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung.

Nachfolgend werden die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Konstellationen einzeln aufgeführt und der Rechtsprechung des Bundesgerichts vergleichend gegenübergestellt.

aa. Kinder im schulpflichtigen Alter

Kinder von Angehörigen eines Vertragsstaates haben nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zum allgemeinen Unterricht sowie zur Lehrlings- und Berufsausbildung im Aufnahmestaat. Die Bestimmung baut auf Art. 12 VO 1612/68 auf, geht im Wortlaut aber weiter. Nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA besteht der Anspruch der Kinder unabhängig davon, ob der Elternteil, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei – und

²⁰⁵ Vgl. BGE 135 II 369 E. 3.1 S. 372 f.

²⁰⁶ Siehe auch *Epiney/Metz*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Anm. 187), S. 345 ff.

²⁰⁷ Vgl. in diesem Sinne BGer 2A.475/2004 vom 25.5.2005 E. 4.2; s. auch BGE 130 II 113 E. 7.2.

²⁰⁸ Sorgerecht als Voraussetzung vgl. z.B. BGer 2C_165/2016 vom 8.9.2016 E. 3.2.

damit grundsätzlich originär Berechtigter – ist, eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht bzw. ob er eine solche ausgeübt hat. Hingegen setzt Art. 12 VO 1612/68 zwingend voraus, dass der Elternteil, der Staatsangehöriger eines Vertragsstaates ist, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder war. Diese Bestimmung wurde anders als Art. 10 und 11 VO 1612/68 nicht durch die RL 2004/38 aufgehoben und hat demnach auch innerhalb der EU in der VO 492/2011²⁰⁹ weiterhin Geltung.

(i) Baumbast

In der Rs. *Baumbast* entschied der EuGH, dass die Kinder eines Wanderarbeitnehmers nach Beendigung seiner Tätigkeit ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat haben, um dort gemäss Art. 12 VO 1612/68 am allgemeinen *Unterricht teilnehmen zu können*.²¹⁰ Herr Baumbast war deutscher Staatsbürger und mit einer Kolumbianerin verheiratet. Er hatte mehrere Jahre mit seiner Familie im Vereinigten Königreich gelebt und dort gearbeitet. Nachdem er dort keiner Erwerbstätigkeit mehr nachging, jedoch weiter wohnhaft blieb, stellte sich die Frage, ob seine Kinder zum Aufenthalt im Vereinigten Königreich berechtigt seien, um dort weiterhin die Schule zu besuchen. Der EuGH bejahte diese Frage mit der Begründung, dass die Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis und die dadurch bewirkte Hinderung am Schulbesuch den Unionsbürger von der Ausübung seiner Freizügigkeitsrechte abhalten und damit ein Hemmnis für die tatsächliche Wahrnehmung der gewährten Freiheit darstellen könne.²¹¹ Dem Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnehme, stehe ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht zu, um den Kindern die Wahrnehmung ihres Rechts zu erleichtern. Es sei nicht von Belang, dass die Eltern zwischenzeitlich geschieden, der Elternteil mit Unionsbürgerrecht nicht mehr Wanderarbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat und die Kinder selbst nicht EU-Bürger seien.²¹²

(ii) Ibrahim und Teixeira

In zwei Urteilen vom 23. Februar 2010²¹³ hat der EuGH seine Rechtsprechung zum Aufenthaltsrecht von Kindern von ehemaligen Wanderarbeitneh-

²⁰⁹ Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union Text von Bedeutung für den EWR (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1).

²¹⁰ EuGH, *Baumbast* (Anm. 196), Rn. 53.

²¹¹ *Ibid.*, Rn. 52.

²¹² *Ibid.*, Rn. 75.

²¹³ EuGH, Rs. C-310/08, *Ibrahim*, Urteil vom 23.2.2010, ECLI:EU:C:2010:80; EuGH, Rs. C-480/08, *Teixeira*, Urteil vom 23.2.2010, ECLI:EU:C:2010:83.

menden bestätigt und präzisiert. Demnach habe derjenige Elternteil, der die tatsächliche Sorge innehat, nach Art. 12 VO 1612/68 einen Aufenthaltsanspruch, ohne dass dieser vom Vorhandensein ausreichender Existenzmittel abhängig gemacht werden dürfe.²¹⁴ Folglich stehe der Bezug von Sozialhilfeleistungen dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen.²¹⁵ Ferner bedarf es keiner zeitlichen Korrelation zwischen dem Beginn der Ausbildung des Kindes und der Berufstätigkeit des freizügigkeitsberechtigten Elternteils.²¹⁶ Während das Aufenthalts- und Ausbildungsrecht des Kindes bis zum Abschluss seiner Ausbildung gilt²¹⁷, endet dasjenige des Elternteils mit der Volljährigkeit des Kindes, sofern dieses nicht der Anwesenheit und Fürsorge des Elternteils bedarf, um seine Ausbildung fortsetzen und abschliessen zu können.²¹⁸

Nach dieser Rechtsprechung geht Art. 12 VO 1612/68 deutlich über die blosse Regelung des Zugangs zu einer Ausbildung hinaus. Nicht nur gewährt diese Bestimmung den Kindern ein eigenständiges originäres Recht auf Aufenthalt, sondern sie gewährt auch ein entsprechendes abgeleitetes Recht für den tatsächlich die Sorge innehabenden Elternteil. Verlangt wird lediglich,

- dass das Kind mit seinen Eltern oder einem Elternteil in einem Mitgliedstaat gelebt hat;
- in dem zumindest ein Elternteil mit EU-Bürgerrecht als Arbeitnehmer tätig war.

Die Rechtsgewährung ist an *keine* weiteren Voraussetzungen gebunden. Mangelnde Integration oder Sozialhilfeabhängigkeit sind daher keine Aufenthaltsverweigerungsgründe. Das Aufenthaltsrecht des Kindes aus Art. 12 VO 1612/68 ist ein eigenständiges.²¹⁹

(iii) Rechtsprechung des Bundesgerichts

Da sich Art. 6 Anhang I FZA an Art. 12 VO 1612/68 anlehnt, ist zu beurteilen, ob die Urteile *Baumbast*, *Ibrahim* und *Teixeira* des EuGH im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens nach Massgabe von Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen sind. Während sich die Doktrin²²⁰ mehrheitlich für eine Übernahme der Urteile ausspricht, liess das Bundesgericht diese Frage bis heute offen bzw. hat sie differenzierend entschieden.²²¹

²¹⁴ Vgl. EuGH, *Ibrahim* (Anm. 213), Rn. 56 ff.

²¹⁵ Vgl. EuGH, *Teixeira* (Anm. 213), Rn. 70.

²¹⁶ *Ibid.*, Rn. 75. S. auch *NA* (Anm. 162), Rn. 52-68.

²¹⁷ *Ibid.*, Rn. 79.

²¹⁸ *Ibid.*, Rn. 87.

²¹⁹ *Ibid.*, Rn. 35.

²²⁰ So *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, S. 81 ff., S. 84 ff.; *Schnell* (Anm. 4), S. 173 f.; *Spescha*, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (Anm. 149), S. 153 f.

²²¹ BGE 139 II 393 E. 4.2.1.

In einem Urteil vom 25. Mai 2005²²² hatte das Bundesgericht die Aufenthaltsgenehmigung einer mauretanischen Mutter und ihres deutschen Sohnes, der in der Schweiz seine Lehre begonnen hatte, zu beurteilen. Die Mutter, die zuvor mit dem deutschen Vater des Kindes im Konkubinat gelebt hatte, war zwischenzeitlich von diesem getrennt. Sie hatte die Obhut über den gemeinsamen Sohn inne und bezog Sozialhilfe. Obwohl das Bundesgericht im Ergebnis ein ähnliches Resultat präsentierte wie der EuGH in seinen späteren Urteilen *Ibrahim* und *Teixeira*, ist der vom Bundesgericht verfolgte dogmatische Ansatz ein anderer. Nach seiner damaligen Interpretation von Art. 12 VO 1612/68 räumte dieser den Kindern lediglich *derivative* Rechte ein, während der ursprünglich freizügigkeitsberechtigte Arbeitnehmende die *originär* berechtigte Person blieb.²²³ Nicht von Belang war, dass Vater und Kind keinen Kontakt mehr pflegten und damit eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Kindes den Vater nicht (mehr) an der Ausübung seiner Freizügigkeitsrechte hindern konnte. Das Bundesgericht setzte den Anknüpfungspunkt weiter in der Vergangenheit auf den Zeitpunkt des Familiennachzugs durch den Kindsvater an und gewährte dem Kind gestützt auf Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA ein abgeleitetes zeitlich befristetes Recht auf Abschluss seiner Ausbildung in der Schweiz.²²⁴ Die Aufenthaltsgewährung machte das Bundesgericht von der *Unzumutbarkeit*, die begonnene Ausbildung im Herkunftsstaat abzuschliessen, abhängig. Massgebend für die Beurteilung war unter anderem das Alter des Kindes. Hätte es erst die ersten Jahre der Primarschule absolviert gehabt, hätte von ihm erwartet werden können, dass es die Schule im Herkunftsstaat abschliesse, da das Alter es ihm erlaubte hätte, sich an ein neues Schulsystem zu gewöhnen.²²⁵ Das Aufenthaltsrecht der Mutter wurde aus Art. 3 Abs. 1, 2 und 6 Anhang I FZA abgeleitet. Eine Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung wegen ungenügender finanzieller Mittel erachtete das Bundesgericht im Übrigen schon deshalb als nicht gerechtfertigt, weil das Aufenthaltsrecht zeitlich beschränkt war und nur bis zum Abschluss der Ausbildung bestand.

Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 6 Anhang I besteht gemäss einem späteren Urteil²²⁶ des Bundesgerichts explizit in der Förderung der Integration in der Aufnahmegesellschaft durch Teilnahme am allgemeinen Unterricht. Die Kinder müssen bereits begonnen haben, sich über den Unterricht zu integrieren bzw. massgebliche Beziehungen ausserhalb der Kernfamilie auszubilden. Bei Kindern, die aufgrund ihres Alters in erster Linie auf den familiären Bereich

²²² BGer 2A.475/2004 vom 25.5.2005, zu diesem Urteil s. z.B. *Christen* (Anm. 80), S. 84 f.

²²³ *Ibid.*, E. 4.7.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Vgl. BGE 139 II 393; zu diesem Urteil s. z.B. *Christine Kaddous/Christa Tobler*, *Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, in: SZIER 2013, S. 639 ff., S. 652 ff.