

---

# Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

Astrid Epiney/Daniela Nüesch

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

*Astrid Epiney/Daniela Nüesch, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2017/2018, Bern 2018, S. 273-318. Es ist möglich, dass die publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	1
II.	Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen .....	4
	1. Anwendungsbereich .....	4
	2. Diskriminierung .....	11
	3. Arbeitnehmerfreizügigkeit .....	15
	4. Abgeleitete Aufenthaltsrechte .....	23
	5. Einreise und Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit .....	37
	6. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit .....	39
	7. Dienstleistungsfreiheit .....	45
	8. Diplomanerkennung .....	47
III.	Schluss .....	48

## I. Einleitung

Zwar ist die Ausgestaltung der Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union nach wie vor Gegenstand von Diskussionen, und die Verhandlungen zwischen der Schweiz und der Union betreffend ein institutionelles Rahmenabkommen sind noch nicht abgeschlossen, so dass die diesbezügliche Entwicklung mit diversen Unsicherheiten behaftet ist. Auf der anderen Seite konnte im

Dezember 2016 der im Zuge der Annahme der „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingefügte Art. 121a BV<sup>1</sup> auf Gesetzesebene umgesetzt werden, und die im Anschluss daran erlassenen Verordnungsbestimmungen werden seit dem 1. Juli 2018 angewandt.<sup>2</sup> Deutlich wird damit auch, dass die Personenfreizügigkeit nach wie vor grosse Akzeptanz genießt und davon auszugehen ist, dass das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz einerseits und der Europäischen Union (EU) und ihren Mitgliedstaaten andererseits (FZA)<sup>3</sup> Bestand haben wird.<sup>4</sup> Aber selbst wenn man (ist doch eine Volksinitiative hängt, welche die Kündigung des Abkommens anstrebt)<sup>5</sup> hier pessimistischer ist, ist jedenfalls beim derzeitigen Stand der Dinge festzuhalten, dass das Freizügigkeitsabkommen derzeit nicht nur unverändert in Kraft und somit zu beachten ist, sondern ihm in der Rechtspraxis eine grosse Bedeutung zukommt. Vor diesem Hintergrund will dieser Beitrag (erneut) die Entwicklung der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen für den Zeitraum von Mitte 2016 bis Mitte 2018 nachzeichnen, indem ausgewählte Urteile zusammengefasst und ggf. gewürdigt werden.<sup>6</sup> Im Mittelpunkt steht dabei die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (wobei der Beitrag keine Vollständigkeit anstrebt; vielmehr erfolgt eine Konzentration auf u.E. bedeutsame Urteile, und zahlreiche Urteile werden lediglich in den Fussnoten erwähnt). Thematisch bleiben Aspekte der sozialen

---

<sup>1</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV), SR 101.

<sup>2</sup> Vgl. zur Umsetzung des Art. 121a BV *Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, Inländervorrang und Freizügigkeitsabkommen. Zu den Schranken des FZA für die sog. Inländervorränge bei der Anstellung, in: *AJP* 1/2018, S. 6 (13 ff.); zur Umsetzung auf Verordnungsebene *Marie Fonjallaz*, Die Europapolitik im Jahre 2017, in: *Epiney/Hehemann* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Bern 2018 (im Erscheinen).

<sup>3</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), BBl 1999, 7027 ff; SR 0.142.112.681; seit dem 1. Juni 2002 in Kraft.

<sup>4</sup> Vgl. insoweit auch den Beitrag von *Astrid Epiney*, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, Bern 2016, S. 3 ff.

<sup>5</sup> Vgl. die eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)», BBl 2018, 108 ff. Weiterführend zum Stand des Verfahrens <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis483.html> (zuletzt besucht am 3.7.2018).

<sup>6</sup> Vgl. zu einigen der nachfolgend erörterten Urteile bereits *Benedikt Pirker/Daniela Nüesch*, *Europarecht: Schweiz – Europäische Union*, in: *SRIEL* 1/2018, S. 111 ff. (einzelne Passagen dieses Beitrags werden nachfolgend aufgegriffen). Einzelne der nachfolgend berücksichtigten Urteile werden auch im Beitrag von *Didier Leyvraz* (in diesem Band) erwähnt.

Sicherheit<sup>7</sup> und nicht auf das Freizügigkeitsabkommen bezogene migrationsrechtliche Fragen ausgeblendet, und auch die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit wird nicht thematisiert,<sup>8</sup> und auf weitere Literaturhinweise wird weitgehend verzichtet. Der Beitrag knüpft an die Beiträge in den Jahrbüchern für Migrationsrecht aus den Jahren 2004/2005<sup>9</sup>, 2007/2008<sup>10</sup>, 2009/2010,<sup>11</sup> 2011/2012<sup>12</sup>, 2013/2014<sup>13</sup> und 2015/2016<sup>14</sup> an.

Ausgangspunkt der Ausführungen ist dabei der sog. Grundsatz der parallelen Auslegung des Freizügigkeitsabkommens mit dem Unionsrecht, dies soweit das Abkommen auf unionsrechtliche Begriffe zurückgreift, wobei auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu berücksichtigen ist. Dieser in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>15</sup> anerkannte Grundsatz – der (jedenfalls mittlerweile) auch vom EuGH zugrundegelegt wird<sup>16</sup> und in

---

<sup>7</sup> Zur Rechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts die Überblicke im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht, zuletzt *Jean Métral/Andrea Rochat*, *Assurances sociales et aide sociale: jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'Accord sur la libre circulation des personnes*, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Bern 2018 (im Erscheinen). Siehe auch den Überblick über jüngere Entwicklungen bei *Benedikt Pirker/Daniela Nüesch*, *Europarecht; Schweiz – Europäische Union*, in: SRIEL 1/2018, S. 111 (144 f.).

<sup>8</sup> Zu dieser die jährlichen Rechtsprechungsübersichten über die Judikatur des EuGH sowie die Bedeutung der einzelnen Urteile für Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht. Siehe zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahr 2017 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen*, in: Epiney/Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Bern 2018 (im Erscheinen).

<sup>9</sup> *Astrid Epiney*, *Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005*, Bern 2005, S. 141 ff.

<sup>10</sup> *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008*, Bern 2008, S. 227 ff.

<sup>11</sup> *Astrid Epiney/Beate Metz*, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010*, Bern 2010, S. 243 ff.

<sup>12</sup> *Astrid Epiney/Beate Metz*, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012*, Bern 2012, S. 223 ff.

<sup>13</sup> *Astrid Epiney/Beate Metz*, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014*, Bern 2014, S. 331 ff.

<sup>14</sup> *Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, Bern 2016, S. 303 ff.

<sup>15</sup> Grundlegend BGE 136 II 5 E. 3.4. Siehe weiter z. B. BGE 142 II 35.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-506/10, *Graf/Engel*, Slg. 2011, I-9345, ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-425/11, *Ettwein*, Urteil vom 28.2.2013, ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Urteil vom 27.2.2014, ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14, *Bukovansky*, Urteil vom 19.11.2015, ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-478/15, *Radgen*, Urteil vom 21.9.2016, ECLI:EU:C:2016:705.

der Literatur grossmehrheitlich auf Zustimmung gestossen ist<sup>17</sup> – ergibt sich ausgehend von den völkerrechtlichen Grundsätzen für die Auslegung von Verträgen aus dem Ziel des Abkommens, eine im Verhältnis zum Unionsrecht parallele Rechtslage herzustellen, eine Zielsetzung, die auch in verschiedenen Bestimmungen des Abkommens zum Ausdruck kommt und sich in der auf verschiedenen Mechanismen beruhenden „Übernahme“ unionsrechtlicher Vorgaben, Konzepte und Rechtsakte materialisiert hat. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden auch insbesondere danach gefragt, ob und inwieweit die schweizerische Rechtsprechung mit der Rechtslage im Unionsrecht und damit der Rechtsprechung des EuGH in Einklang steht.

## **II. Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen**

### **1. Anwendungsbereich**

#### *a) Anwendbarkeit des Abkommens auf Doppelbürger\_innen*

Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>18</sup> – welche im Grundsatz durch das Bundesgericht übernommen wurde<sup>19</sup> – sind sowohl das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV<sup>20</sup> als auch die Grundfreiheiten nur anwendbar, wenn ein grenzüberschreitender Bezug zu bejahen ist. Allerdings kann das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs mit Unsicherheiten behaftet

---

<sup>17</sup> Vgl. die Nachweise bei *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 305 f.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Slg. 2010, I-13693, ECLI:EU:C:2010:806; EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, ECLI:EU:C:2004:639; EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375, ECLI:EU:C:2011:277; EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Urteil vom 15.11.2011, ECLI:EU:C:2011:734; EuGH, Rs. C-457/12, *S und G*, Urteil vom 12.3.2014, ECLI:EU:C:2014:136. Ausführlich zu dieser Rechtsprechung *Astrid Epiney*, Doppelbürgerschaft und Familiennachzug: zum Anwendungsbereich des FZA, in: *AJP* 6/2017, S. 752 (754 ff.).

<sup>19</sup> Siehe z.B. BGE 129 II 249; BGE 130 II 137. Hierzu *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, in: *Amarelle/Nguyen* (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations*. Volume III: *Accord sur la libre circulation des personnes* (ALCP), Art. 2 ALCP, Rn. 9 ff.

<sup>20</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47.

sein, dies u.a. in Konstellationen, in denen es um Rechte von Doppelbürger\_innen geht. Mit dieser Problematik hatte sich das Bundesgericht in einem Urteil vom 20. Januar 2017<sup>21</sup> erneut<sup>22</sup> zu befassen.

Hintergrund des Urteils war die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin – eine ecuadorianische Staatsangehörige – auf Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA berufen konnte. Nach dieser Bestimmung haben (gewisse) Familienangehörige einer Person, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat bzw. sich in einem anderen Staat als demjenigen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, niedergelassen hat, ebenfalls ein Aufenthaltsrecht. Die nachziehende Person war *in casu* die Schwiegertochter der Beschwerdeführerin, eine französisch-schweizerische Doppelbürgerin, die in Frankreich geboren war und sich sodann in der Schweiz niedergelassen hatte. Da die Beschwerdeführerin grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA fällt,<sup>23</sup> war entscheidend, ob der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens eröffnet war, was *in casu* vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements abhängig war.

Nachdem das Bundesgericht seine eigene diesbezügliche Rechtsprechung in Erinnerung gerufen,<sup>24</sup> auf die Grundsätze der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens hingewiesen und das Urteil des EuGH in der Rs. *McCarthy*<sup>25</sup> und in

---

<sup>21</sup> BGE 143 II 57. Eingehend zu diesem Urteil sowie der vorliegend relevanten Rechtsfrage unter Bezugnahme auf die massgebliche Rechtsprechung des EuGH sowie des Bundesgerichts *Epiney*, in: AJP 6/2017 (Anm. 18), S. 752 ff. Siehe insoweit auch *Marc Spescha*, Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMR) ab November 2016 bis Ende September 2017, in: Fampra.ch 1/2018, S. 173 ff., m.w.H.

<sup>22</sup> Siehe zur früheren Rechtsprechung in Bezug auf Doppelbürger\_innen schon *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 308 ff.

<sup>23</sup> Dies als Verwandte aufsteigender Linie, der Unterhalt gewährt wird, vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA.

<sup>24</sup> Vgl. insbesondere BGE 135 III 369; BGE 136 II 177; BGer, 2C\_296/2015 vom 28.1.2016. Zu dieser Rechtsprechung *Epiney*, in: AJP 6/2017 (Anm. 18), S. 752 (761).

<sup>25</sup> EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375, ECLI:EU:C:2011:277. Der Gerichtshof betonte hier, der blosser Umstand, dass eine Person neben der Staatsangehörigkeit ihres Wohnsitzstaates noch die Staatsangehörigkeit eines weiteren Mitgliedstaats besitze, reiche nicht aus, um den Anwendungsbereich des Art. 21 AEUV (Freizügigkeit von Unionsbürger\_innen) zu begründen.

der Rs. *O. und B.*<sup>26</sup> skizziert hatte, verneinte es – wie schon das Bundesverwaltungsgericht<sup>27</sup> – das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements, dies unter Berufung auf die erwähnte Rechtsprechung des EuGH, deren Grundgedanken auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar seien. Allerdings weicht das Bundesgericht in der Begründung vom Bundesverwaltungsgericht ab: Während dieses massgeblich auf die Rs. *McCarthy* abgestellt hatte (und in der Begründung auch einige missverständliche Passagen enthält, so die Formulierung der Voraussetzungen eines grenzüberschreitenden Bezugs sowie der Hinweis auf den «wirtschaftlichen Charakter» der Familiennachzugsrechte), weist das Bundesgericht darauf hin, dass sich die Konstellation in der von ihm zu entscheidenden Rechtssache von derjenigen in der Rs. *McCarthy* unterscheide, da die Schwiegertochter der Beschwerdeführerin von Frankreich in die Schweiz gezogen sei, so dass insofern nicht von einem rein internen Sachverhalt wie in der Rs. *McCarthy* ausgegangen werden könne. Da die Heirat mit dem Sohn der Beschwerdeführerin jedoch nach dem Umzug in die Schweiz erfolgte, sei die konkret relevante Familienbande nicht im vorherigen Aufenthaltsstaat (*in casu* Frankreich) entstanden, womit der in der Rs. *O. und B.* entwickelte Grundsatz herangezogen werden könne, so dass vom Vorliegen eines rein internen Sachverhalts und damit der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens nicht eröffnet sei.

Damit bestätigt das Bundesgericht (unter Nachvollzug des Urteils des EuGH in der Rs. *McCarthy*),<sup>28</sup> dass eine Doppelbürgerschaft für sich genommen nicht ausreicht, um den Anwendungsbereich des FZA zu eröffnen, ein Ansatz, der in einem weiteren Urteil aufgegriffen wird,<sup>29</sup> jedoch eine Abkehr von der bishe-

---

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-456/12, *O. und B.*, Urteil vom 12.3.2014, ECLI:EU:C:2014:135. Hier entwickelte der EuGH gewisse einschränkende Voraussetzungen für das Bestehen eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts von Familienangehörigen in «Rückkehrkonstellationen». Vgl. hierzu *Epiney*, in: AJP 6/2017 (Anm. 18), S. 757 f.

<sup>27</sup> BVGer C-3189/2015 vom 10.2.2016. Zu diesem Urteil *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 308 ff.

<sup>28</sup> Bemerkenswert ist hier auch, dass das Urteil nach der Unterzeichnung des FZA ergangen ist und wohl eine neuere Rechtsprechungsentwicklung darstellt, so dass es nicht unter die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zwingend zu berücksichtigenden Urteile fällt. Allerdings sei es – wie das Bundesgericht unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung darlegt – im Hinblick auf die Sicherstellung einer parallelen Rechtslage im Verhältnis zum EU-Recht gleichwohl zu berücksichtigen, vgl. BGE 143 II 57 E. 3.5-3.7.

<sup>29</sup> Siehe BGE 143 V 81. Hier bestätigte das Bundesgericht (im Zusammenhang mit der Frage nach dem Bestehen eines Anspruchs auf Ergänzungsleistungen der Ehegattin eines schweizerisch-italienischen Doppelbürgers, der immer in der Schweiz gelebt hatte), dass der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens im Falle einer Doppelbürgerschaft nur dann eröffnet sei, wenn die betreffende Person auch von ihren Freizügig-

rigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (wonach der Umstand der Doppelbürgerschaft für sich allein ausreicht, um das Recht auf Familiennachzug zu begründen, ohne dass geprüft wurde, ob die betreffende Person tatsächlich von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat)<sup>30</sup> darstellt. Dieser Ansatz impliziert, dass das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts jeweils unabhängig von der Doppelbürgerschaft zu prüfen ist.

In Bezug auf die Frage, ob und inwieweit das FZA auf Situationen Anwendung findet, in denen Doppelbürger\_innen ihr Heimatland verlassen, um sich in einem Drittstaat niederzulassen, deren Staatsbürgerschaft sie ebenfalls besitzen, knüpfte das Bundesgericht ebenfalls an die Rechtsprechung des EuGH (in der Rs. *O. und B.*) an. Danach ist es für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts und damit das Bestehen eines Familiennachzugsrecht von zentraler Bedeutung, dass die Familienbande bereits vor der Rückkehr ins Heimatland Bestand hatte, da sich nur insoweit auch eine Beeinträchtigung der Freizügigkeitsrechte des originär Berechtigten feststellen lässt. Eine solche Situation lag im konkreten Fall allerdings nicht vor: Die Beschwerdeführerin hatte ihren Mann erst 20 Jahre nach ihrer Einreise geheiratet und das Familienband zu ihrer Schwiegermutter entwickelte sich erst zu diesem Zeitpunkt. Angesichts dieser Umstände ist gemäss Bundesgericht von einem rein internen Sachverhalt auszugehen.<sup>31</sup>

Das Urteil des Bundesgerichts ist in der Sache sowie im Vorgehen – insbesondere was den Nachvollzug der massgeblichen EuGH-Urteile betrifft – zu begrüssen, auch wenn nicht alle damit im Zusammenhang stehenden Fragen geklärt sind bzw. gewisse Implikationen gerade des Ansatzes des Gerichtshofs in der Rs. *O. und B.* Fragen in Bezug auf seine Konsistenz aufwerfen.<sup>32</sup> Folgerichtig scheint überdies, dass der blosser Besitz einer Staatsbürgerschaft eines

---

keitsrechten Gebrauch gemacht hat; allein der Umstand, dass sie auch die Staatsbürgerschaft eines EU-Mitgliedstaats besitze (zusätzlich zur schweizerischen Staatsangehörigkeit) genüge nicht

<sup>30</sup> Zur bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 143 II 57 E. 3.4. Eingehend hierzu *Epiney*, in: AJP 6/2017 (Anm. 18), S. 761. Auch im vorliegend relevanten Berichtszeitraum liess das Bundesgericht die Frage nach der Anwendbarkeit des FZA im Fall von Doppelbürger\_innen – soweit diese für die Entscheidungsfällung nicht relevant war – mehrmals offen, vgl. insoweit BGer 2C\_1103/2015 vom 21.12.2016 E. 4.1; BGer 2C\_176/2017 vom 23.6.2017 E. 4.1; BGer 2C\_112/2017 vom 14.9.2017 E. 1.2.

<sup>31</sup> BGE 143 II 57 E. 3.10.2.

<sup>32</sup> Siehe insoweit insbesondere *Epiney*, in: AJP 6/2017 (Anm. 18), S. 758 ff. Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass der Ansatz des EuGH dazu führt, dass Doppelbürger\_innen in Bezug auf den Familiennachzug allein aufgrund der Doppelbürgerschaft schlechter gestellt sind (wird bei ihnen doch eine Akzessorietät des Nachzugsrechts im Verhältnis zur Freizügigkeit verlangt). Immerhin wurde durch die jüngere Rechtsprechung des EuGH ein weiterer Aspekt geklärt: In EuGH, Rs. C-165/16, *Lounes*, Urteil vom

EU-Mitgliedstaates zusätzlich zur schweizerischen Staatsangehörigkeit für sich allein nicht genügt, um die Anwendbarkeit des FZA zu begründen.<sup>33</sup> Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte sich im Berichtszeitraum mit der Frage nach der Anwendbarkeit des FZA auf Doppelbürger zu befassen. Konkret stand zur Debatte, ob sich ein Drittstaatsangehöriger für die Erlangung eines Aufenthaltsrechts auf der Grundlage des FZA auf die schweizerisch-französische Doppelbürgerschaft seines Sohnes berufen konnte.<sup>34</sup> Das Bundesverwaltungsgericht bejahte zunächst – unter Bezugnahme auf den oben erläuterten BGE 143 II 57 – die Anwendbarkeit des FZA: Denn zwar müsse in einer «Rückkehrkonstellation» das Familienband vor der Rückkehr in den Heimatstaat bereits begründet worden sein (liege doch ansonsten ein rein interner Sachverhalt vor); diese Voraussetzung sei jedoch vorliegend gegeben, da der Sohn in Frankreich (Heimatstaat) geboren sei und erst nach der Einreise in die Schweiz (Aufenthaltsstaat) die hiesige Staatsangehörigkeit erworben habe, ohne nachfolgend nach Frankreich zurückzukehren. Massgeblich sei, dass das Familienband bereits bestanden hat, als der Sohn als französischer Staatsangehöriger in der Schweiz weilte. Der nachträgliche Erwerb der schweizerischen Staatsangehörigkeit vermöge an der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens nichts zu ändern.<sup>35</sup> Der Drittstaatsangehörige könne sich aber

---

14.11.2017, ECLI:EU:C:2017:862, bejahte der Gerichtshof ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers auch dann, wenn der Unionsbürger sich zwar zunächst in Ausübung seines Freizügigkeitsrechts in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat, dann aber dessen Staatsangehörigkeit zusätzlich zu seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit erwirbt. Denn Art. 21 Abs. 1 AEUV erfasse auch das Recht einer Unionsbürger\_in, durch Zusammenleben mit seinen Angehörigen im Aufnahmemitgliedstaat ein normales Familienleben führen zu dürfen. Dies gelte auch, wenn die Unionsbürger\_in die Staatsangehörigkeit dieses Staates zusätzlich zu seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit erworben hat. Denn die gegenteilige Auffassung liefe darauf hinaus, den Unionsbürger (der ja ursprünglich von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat) genauso zu behandeln wie Unionsbürger\_innen, bei denen dies nicht der Fall war. Weiter stehe es im Widerspruch zu dem in Art. 21 Abs. 1 AEUV zum Ausdruck gekommenen Gedanken der schrittweisen gesellschaftlichen Integration, wenn ein Unionsbürger, der von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, allein deshalb das Recht, ein normales Familienleben zu führen, verlöre, weil er sich einbürgern liess. Vgl. zu diesem Urteil *Epiney/Mosters* (Anm. 8).

<sup>33</sup> Siehe insoweit auch bereits *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 310 f., sowie *Epiney*, in: AJP 6/2017 (Anm. 18), S. 762 f.

<sup>34</sup> BVGer F-5332/2016 vom 27.4.2018.

<sup>35</sup> BVGer F-5332/2016 vom 27.4.2018 E. 8.2. Auch die Rechtsprechung des EuGH geht in seiner jüngsten Rechtsprechung hiervon aus, vgl. EuGH, *Lounes* (Anm. 32).



gleichwohl nicht auf das FZA berufen, da kein tatsächliches und effektives Familienleben geführt werde, so dass es missbräuchlich wäre, sich für ein Aufenthaltsrecht auf Art. 24 Anhang I FZA zu berufen.<sup>36</sup>

Während die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf die Anwendbarkeit des FZA auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH überzeugen, sind seine Erwägungen zum Vorliegen eines Aufenthaltsrechts nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA nicht schlüssig. So fragt es sich schon, warum sich das Bundesverwaltungsgericht auf Art. 24 Anhang I FZA stützt: Diese Bestimmung ist nämlich für das (offenbar bejahte) Aufenthaltsrecht des Sohnes massgeblich, während sich das Aufenthaltsrecht des Vaters (nur) aus Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA (mögliches Nachzugsrecht von Verwandten in aufsteigender Linie) ergeben könnte. Sodann kommt es bei der Anwendung dieser Bestimmung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gerade nicht darauf an, ob die Familienbande tatsächlich gelebt wird (womit auch bei Vorliegen der Voraussetzungen kein Rechtsmissbrauch angenommen werden kann),<sup>37</sup> so dass das Nachzugsrecht des Vaters (immer unter der Voraussetzung, dass dem Sohn nach Art. 24 Anhang I FZA oder einer anderen Bestimmung des Abkommens ein Aufenthaltsrecht zukommt) im Falle der Gewährung von Unterhalt zu bejahen gewesen wäre.

#### b) *Inländerdiskriminierung*

Im Juni 2016 befasste sich das Bundesgericht (erneut)<sup>38</sup> mit der Zulässigkeit der sog. Inländerdiskriminierung, dies im Zusammenhang mit dem Nachzugsrecht eines aus Mazedonien stammenden Schweizer, der seine drittstaatsangehörige Mutter nachziehen wollte.<sup>39</sup> Das Bundesgericht führte diesbezüglich aus, dass aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>40</sup>, das ihrerseits die einschlägige EuGH-Rechtsprechung<sup>41</sup> nachvollzogen habe, Unionsbürger (bzw. FZA-Berechtigte) ihre Familienangehörigen auch dann nachziehen können, falls diese sich vorher nicht (rechtmässig) im Unionsgebiet aufgehalten haben. Dieser Ansatz impliziere zwar eine Ungleichbehandlung zwischen Unionsbürger\_innen und Schweizer Bürger\_innen, die nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben; allerdings habe der Gesetzgeber explizit auf eine Korrektur verzichtet, und in Anbetracht von Art. 190 BV könne Art.

---

<sup>36</sup> BVGer F-5332/2016 vom 27.4.2018 E. 8.4.

<sup>37</sup> Vgl. insoweit auch noch unten II.4.c), f).

<sup>38</sup> Zur früheren diesbezüglichen Gerichtspraxis siehe bereits *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 311 ff., m.w.N. auf frühere Urteile.

<sup>39</sup> BGer 2D\_22/2016 vom 13.6.2016.

<sup>40</sup> BGE 136 II 5.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Slg. 2008, I-6241, ECLI:EU:C:2008:449.

42 Abs. 2 AuG<sup>42</sup> nicht so ausgelegt werden, dass das Nachzugsrecht von Schweizer Bürger\_innen nach freiem Ermessen der kantonalen Behörden zu gewährleisten sei.<sup>43</sup>

Es erstaunt nach wie vor, dass das Bundesgericht davon absieht, die Zulässigkeit der Diskriminierung von Schweizer Bürger\_innen im Lichte von Art. 8 und Art. 14 EMRK<sup>44</sup> zu prüfen und sich vielmehr damit begnügt, darauf hinzuweisen, dass die Ungleichbehandlung vom Gesetzgeber – insbesondere im Rahmen der parlamentarischen Initiative *Tschümperlin* – bewusst nicht korrigiert wurde.<sup>45</sup>

c) *Erweiterung auf Kroatien, Rumänien und Bulgarien*

Seit der Ausdehnung des FZA im Januar 2017 auf Kroatien hatte sich das Bundesgericht auch mit deren Implikationen zu beschäftigen.<sup>46</sup> In mehreren Urteilen bestätigte es dabei, dass zwar noch keine volle Freizügigkeit bestehe (namentlich aufgrund der geltenden Zulassungsvoraussetzungen und Höchstzahlen), was jedoch nichts daran ändere, dass Art. 5 Anhang I FZA bei der Beendigung der Anwesenheit bereits in der Schweiz ansässiger kroatischer Bürger zu beachten sei. Nur auf diese Weise könne eine Ungleichbehandlung kroatischer Bürger gegenüber den übrigen EU-Bürgern vermieden werden.<sup>47</sup>

Die Kontingentierung der Aufenthaltsbewilligungen für rumänische und bulgarische Staatsangehörige wurde im Frühjahr 2018 erneut um ein Jahr verlängert, dies bis am 31. Mai 2019.<sup>48</sup>

---

<sup>42</sup> Bundesgesetz vom 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), SR 142.20.

<sup>43</sup> BGer 2D\_22/2016 vom 13.6.2016 E. 2.1. Das Bundesgericht verweist dabei auf seine bisherige Praxis, namentlich BGer 2C\_303/2014 vom 20.2.2015, insb. E. 2.3.

<sup>44</sup> Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

<sup>45</sup> Siehe insoweit bereits *Epiney/Metz*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Anm. 13), S. 335 ff.

<sup>46</sup> Hierzu insbesondere BGer 2C\_471/2017 vom 22.12.2017 E. 2.1; BGer 2C\_116/2017 vom 3.10.2017 E. 3.4.2; BGer 2C\_1032/2016 vom 9.5.2017 E. 4.

<sup>47</sup> BGer 2C\_471/2017 vom 22.12.2017 E. 2.1; BGer 2C\_116/2017 vom 3.10.2017 E. 3.4.2.

<sup>48</sup> Zur Gerichtspraxis zu rumänischen und bulgarischen Staatsangehörigen insb. BGer 6B\_839/2015 vom 26.8.2016; BGer 2C\_435/2016 vom 23.5.2016.

## 2. Diskriminierung

### a) Familiennachzug

Nach Art. 2 FZA sind Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich des Abkommens verboten,<sup>49</sup> so dass Unionsbürger\_innen bzw. FZA-Berechtigte und Schweizer Bürger\_innen – soweit der Anwendungsbereich der Bestimmung eröffnet ist – grundsätzlich gleich zu behandeln sind.<sup>50</sup> In BGE 144 II 1 stand die Tragweite dieser Bestimmung im Zusammenhang mit dem gemäss Art. 50 AuG drittstaatsangehörigen Ex-Ehegatten eingeräumten Aufenthaltsrecht in Frage. Diese Bestimmung sieht unter gewissen Voraussetzungen ein selbstständiges Aufenthaltsrecht vor und geht insofern weiter als die abgeleiteten Aufenthaltsrechte für Familienangehörige nach dem FZA.

Vorliegend ging es um eine Staatsangehörige aus der dominikanischen Republik, die einen spanischen Staatsangehörigen geheiratet, ihre Tochter aus früherer Beziehung in die Schweiz nachgezogen und – nach der Rückkehr des Ehemannes in sein Heimatland – erneut um ein Aufenthaltsrecht ersucht hatte. Das Bundesgericht verneinte zunächst aufgrund der Trennung der Beschwerdeführerin vom Nachziehenden und der Rückkehr des letzteren nach Spanien ein Aufenthaltsrecht gestützt auf Art. 3 Anhang I FZA.<sup>51</sup> Auch die Voraussetzungen eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts gestützt auf Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA seien nicht gegeben.<sup>52</sup> Daher könne der Beschwerdeführerin nur auf der Grundlage des Art. 50 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 2 FZA ein Aufenthaltsrecht zukommen,<sup>53</sup> was jedoch die Eröffnung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift voraussetze, die zu verneinen sei: Denn die Nachzugsrechte dienten dem

---

<sup>49</sup> Vgl. im Einzelnen zur Tragweite dieser Bestimmung, m.w.N., *Epiney/Blaser*, in: Code annoté (Anm. 19), Art. 2.

<sup>50</sup> Vgl. insoweit schon *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, S. 81 (103).

<sup>51</sup> BGE 144 II 1 E. 3.1-3.2. Weiterführend zum Ehegattennachzug insbesondere im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs siehe unten II.4.f).

<sup>52</sup> BGE 144 II 1 E. 3.3. Weiterführende Ausführungen zum Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA sowie zu den diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichts siehe unten II.4.d).

<sup>53</sup> Wobei diese Bestimmung voraussetze, dass der Ehegatte bzw. der Elternteil, von dem die Bewilligung abgeleitet werde, das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt. Diesbezüglich nahm das Bundesgericht auf seine bisherige Praxis und insbesondere einen Entscheid aus dem Jahr 2012 Bezug, wo es bereits festgestellt hatte, dass sich drittstaatsangehörige Ex-Ehegatten von EU-Angehörigen unabhängig von der Bewilligungssituation des Ex-Gatten ebenfalls auf Art. 50 AuG berufen können, wobei die Voraussetzungen von Art. 50 AuG im konkreten Fall nicht erfüllt waren, siehe den Verweis in BGE 144 II 1 E. 3.3. In weiteren Entscheiden liess es die Frage

Schutz des Familienlebens (wobei diese Rechte aber «Nachwirkungen» entfalten),<sup>54</sup> und der Gleichbehandlungsanspruch des Drittstaatsangehörigen gelte nur soweit, als der Ex-Ehegatte noch ein freizügigkeitsrechtlich aufenthaltsberechtigter EU-Bürger sei. Vorliegend sei der Ex-Ehegatte aber bereits in sein Heimatland zurückgekehrt und in der Schweiz daher nicht mehr aufenthaltsberechtigt, womit auch die für den Drittstaatsangehörigen geltenden Gleichbehandlungsansprüche auf der Grundlage von Art. 2 FZA untergegangen seien bzw. der Anwendungsbereich des Abkommens nicht (mehr) eröffnet sei.<sup>55</sup>

Diesen Ansatz bestätigte das Bundesgericht in einem weiteren, am selben Tag gefällten Urteil.<sup>56</sup> Da der Nachziehende hier allerdings nicht in sein Heimatland zurückgekehrt, sondern auch nach der Trennung von seinem Ehegatten in der Schweiz wohnhaft geblieben war, bejahte das Gericht die Eröffnung des Anwendungsbereichs des FZA, so dass sich der Drittstaatsangehörige auf Art. 2 FZA i.V.m. Art. 50 AuG berufen könne.<sup>57</sup> Jedoch seien die Voraussetzungen von Art. 50 AuG nicht erfüllt; insbesondere liege kein wichtiger persönlicher Grund im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG vor.<sup>58</sup>

Die klare Bejahung der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 50 AuG auch auf Unionsbürger bzw. deren Familienangehörige im Zuge des Rückgriffs auf Art. 2 FZA durch das Bundesgericht ist sehr zu begrüssen. Soweit jedoch die Prüfung der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens betroffen ist, überrascht die Argumentationslinie des Bundesgerichts:<sup>59</sup> Der bundesgerichtliche Ansatz legt nämlich den Schluss nahe, dass grundsätzlich einzig Situationen der Familienzusammenführung vom FZA erfasst werden sollen und bei erfolgter Trennung das FZA nur ausnahmsweise aufgrund von «Nachwirkungen des Familienanspruches» anwendbar sein soll. Das Bundesgericht verneint damit letztlich die Anwendbarkeit des Abkommens im Fall der Trennung der Ehegatten, dies jedoch bei gleichzeitiger Bejahung von «Nachwirkungen des Familiennachzugsanspruchs», die aber nur zum Zuge kommen sollen, wenn der Nachziehende sich noch in der Schweiz aufhält. Unklar bleibt dabei schon, warum der Anwendungsbereich des FZA im Falle der Trennung nicht eröffnet sein soll, geht es doch um Personen, denen aufgrund eines Familiennachzugs zunächst ein Aufenthaltsrecht aufgrund des FZA zukommt, so dass

---

dagegen offen.

<sup>54</sup> Das FZA vermittele denn auch kein Aufenthaltsrecht infolge Trennung für drittstaatsangehörige Ehepartnern. Siehe in diesem Zusammenhang auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gegenstandslosigkeit der Ehe unter II.4.f).

<sup>55</sup> BGE 144 II 1 E. 4.

<sup>56</sup> BGer 2C\_68/2017 vom 29.11.2017.

<sup>57</sup> BGer 2C\_68/2017 vom 29.11.2017 E. 4.4.

<sup>58</sup> BGer 2C\_68/2017 vom 29.11.2017 E. 5.2-5.5.

<sup>59</sup> Vgl. insoweit auch *Thomas Hugi Yar*, Personenfreizügigkeit und Scheitern der Ehe, in: dRSK vom 18.4.2018, Rn. 19.

nicht deutlich wird, warum ein Verbleiberecht nicht vom Anwendungsbereich des Abkommens erfasst sein soll, zumal dieses in anderen Konstellationen (z.B. bei Tod des Nachziehenden) durchaus solche Verbleiberechte kennt.<sup>60</sup> Insofern überrascht es dann auch nicht, dass das Bundesgericht seinen eigenen Ansatz wieder relativiert, indem es «Nachwirkungen des Familiennachzugsanspruchs» annimmt und damit Art. 2 FZA dann doch heranziehen will, dies allerdings nur, soweit der Nachziehende noch in der Schweiz aufhältig ist, eine Differenzierung, die schon deshalb wenig einsichtig ist, weil die Ehegatten sowieso getrennt leben und es letztlich in jedem Fall um ein selbständiges Verbleiberecht des Drittstaatsangehörigen geht (und im Übrigen auf der Grundlage von Art. 50 AuG ein Aufenthaltsanspruch unabhängig von der Aufenthaltsberechtigung des ehemaligen Ehepartners geltend gemacht werden kann).<sup>61</sup> Aber auch allgemein bleibt unklar, in welchen Konstellationen genau solche «Nachwirkungen» anzunehmen sein sollen. Vor diesem Hintergrund wäre es nach der hier vertretenen Ansicht überzeugender, die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens in Bezug auf ein Verbleiberecht allein deshalb zu bejahen, weil ein (drittstaatsangehöriges) Familienmitglied aufgrund des Familiennachzugs ein Aufenthaltsrecht nach dem FZA erlangt hat, das sodann im Zuge der Auflösung der Familienbande weggefallen ist.

b) *Familienzulagen und Steuerrecht*

Im Berichtszeitraum hatte das Bundesgericht insbesondere in zwei Fällen kantonale Regelungen im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle zu überprüfen, wobei es in beiden Fällen um Fragen im Zusammenhang mit dem Vorliegen einer Diskriminierung ging:

- In BGE 143 I 1<sup>62</sup> stand eine Tessiner Regelung in Frage, die schweizerische Staatsangehörige gegenüber ausländischen Personen insofern begünstigt, als deren Anspruch auf Kleinkinder- und Integrationszulagen lediglich eine Aufenthaltsdauer von drei Jahren voraussetzt, wohingegen bei ausländischen Personen ein Aufenthalt von fünf Jahren verlangt wird. Das Bundesgericht erachtete diese Regelung als verfassungskonform, da sie aufgrund der in der Regel stärkeren Bindung von Schweizer\_innen zum Kanton sachlich gerechtfertigt sei. Offen liess das Bundesgericht hingegen die Frage nach der Vereinbarkeit der Regelung mit dem FZA. Zum einen erachtete es die vorgebrachte EuGH-Rechtsprechung<sup>63</sup> aufgrund der in der

---

<sup>60</sup> Zu diesen *Epiney/Blaser*, in: Code annoté (Anm. 19), Art. 7, Rn. 20 ff.

<sup>61</sup> Vgl. auch *Hugi Yar* (Anm. 59), Rn. 21.

<sup>62</sup> Vom 6.12.2016.

<sup>63</sup> Dabei handelte es sich namentlich um EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, Urteil vom 11.11.2014, ECLI:EU:C:2014:2358.

Schweiz nicht anwendbaren «Unionsbürgerrichtlinie»<sup>64</sup> als nicht massgeblich, und wies zum anderen darauf hin, dass es der vorliegenden Beschwerde hinsichtlich der Frage nach dem Vorliegen beitragsunabhängiger Geldleistungen (Art. 70 Abs. 4 VO 883/2004<sup>65</sup>) an der Begründetheit fehle. Im Übrigen könne die kantonale Regelung aufgrund der vielfältigen Anwendungsmöglichkeiten nicht allgemein als rechtswidrig beurteilt werden.<sup>66</sup>

Offen bleibt bei der Argumentation des Bundesgerichts, warum Art. 2 FZA nicht herangezogen wurde und warum die klar formell diskriminierende Regelung nicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Abkommen überprüft werden kann. In der Sache spricht Vieles dafür, dass die Bestimmung auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>67</sup> jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht mit dem Abkommen vereinbar ist.

- Im zweiten Entscheid war eine Änderung des Genfer Steuergesetzes zu beurteilen, wonach Transportkosten lediglich bis zu einem Betrag von 500 CHF abgezogen werden können.<sup>68</sup> Das Bundesgericht verneinte das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, da das massgebliche Unterscheidungskriterium der Weg vom Wohnort bis zum Arbeitsort sei und auch nicht indirekt auf die Staatsangehörigkeit abgestellt werde.<sup>69</sup> Zu überzeugen vermag diese Erwägung freilich nicht: Denn angesichts der Unterscheidung hinsichtlich des Arbeitsweges besteht – ähnlich wie beim Abstellen auf den Wohnsitz – durchaus die Gefahr, dass sich die fragliche Regelung in erster Linie auf EU-Ausländer

---

<sup>64</sup> 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, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EG, 68/360/EG, 72/194/EG, 73/148/EG, 75/34/EG, 75/35/EG, 90/364/EG, 90/365/EG und 93/96/EG, ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77 ff.

<sup>65</sup> Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1 ff.

<sup>66</sup> BGE 143 I 1, insb. E. 3.7, 3.8, 6.

<sup>67</sup> Vgl. insbesondere EuGH, verb. Rs. C-611/10, C-612/10, *Hudzinski und Wawrzyniak*, Urteil vom 12.6.2012, ECLI:EU:C:2012:339, Rn. 69 ff.; EuGH, Rs. C-542/09, *Kommission/Niederlande*, Urteil vom 14.6.2012, ECLI:EU:C:2012:346, Rn. 65 ff. Der EuGH geht in diesen Urteilen davon aus, dass jedenfalls in Bezug auf Arbeitnehmer diskriminierende Massnahmen keinesfalls durch das Anliegen der «Integration» gerechtfertigt werden können.

<sup>68</sup> BGer 2C\_735/2017 vom 6.2.2018.

<sup>69</sup> BGer 2C\_735/2017 vom 6.2.2018 E. 5. Im Übrigen sei auch keine Beeinträchtigung der Personenfreizügigkeit ersichtlich, da im Ausland wohnhafte Personen nicht daran gehindert werden, in der Schweiz arbeitstätig zu sein, vgl. E. 6.

nachteilig auswirkt, was für das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung ausreicht, so dass angesichts des Umstands, dass eine Rechtfertigung nicht ersichtlich ist bzw. keine derartigen Gründe geltend gemacht wurden, Vieles für einen Verstoß dieser Regelung gegen das Abkommen spricht.

c) *Sozialversicherung*

Im Berichtszeitraum sind zahlreiche Gerichtentscheide zur Frage zu verzeichnen, ob Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG)<sup>70</sup> (bzw. der zuvor geltende aArt. 22quater Abs. 2 der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV)<sup>71</sup>) mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71<sup>72</sup> bzw. dem neueren Art. 4 VO 883/2004 vereinbar ist.<sup>73</sup> Im Resultat kam das Bundesgericht dabei jeweils zum Schluss, dass zwar möglicherweise eine Ungleichbehandlung vorliege, diese aber gerechtfertigt sei.<sup>74</sup>

### 3. Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) *Arbeitnehmereigenschaft*

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der (unionsrechtliche) Begriff des Arbeitnehmers weit auszulegen und umfasst jede weisungsgebundene und zeitlich definierte Tätigkeit, der eine Gegenleistung gegenübersteht, wobei eine echte und tatsächliche Tätigkeit vorliegen muss.<sup>75</sup> Völlig unwesentliche Tätigkeiten sind vom Arbeitnehmerbegriff ausgenommen, wobei die Unwesentlichkeit insbesondere in Anknüpfung an die Dauer und Regelmäßigkeit der Tätigkeit zu bestimmen ist.<sup>76</sup> Jedenfalls schließt eine kurze Dauer der Tätigkeit und/oder eine begrenzte Höhe der Vergütung die Arbeitnehmereigenschaft

---

<sup>70</sup> Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19.6.1959 (IVG), SR. 831.20.

<sup>71</sup> Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17.1.1961 (IVV), SR. 831.201.

<sup>72</sup> Verordnung (EG) Nr. 1408/71 des Rates vom 15.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 149 vom 5.7.1971, S. 2 ff.

<sup>73</sup> BGE 144 V 2; BGE 143 V I; BGE 142 V 538; BGE 143 V I.

<sup>74</sup> Siehe namentlich BGE 143 IV 1 E. 5.2.2-5.2.4.

<sup>75</sup> Vgl. zum Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung *Astrid Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 12. Aufl., Baden-Baden 2016, § 11, Rn. 83.

<sup>76</sup> EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin*, Slg. 1992, I-1027, ECLI:EU:C:1992:87, Rn. 12 ff.

nicht von vornherein aus,<sup>77</sup> und letztlich entscheidend ist eine Gesamtwürdigung der Umstände.

Obwohl es im Grundsatz unstrittig ist, dass der Arbeitnehmerbegriff des Freizügigkeitsabkommens ein unionsrechtlicher Begriff ist, so dass die diesbezügliche, übrigens langjährige und auf die Zeit vor der Unterzeichnung des FZA zurückreichende Rechtsprechung des EuGH massgeblich ist,<sup>78</sup> trägt die Rechtsprechung diesem Umstand oft nicht Rechnung und legt den Begriff enger aus bzw. berücksichtigt die Rechtsprechung des EuGH nicht vollumfänglich oder gebraucht missverständliche Formulierungen. Auch im Bereichszeitraum<sup>79</sup> gibt es hierfür Beispiele:<sup>80</sup>

- So bejahte das Bundesgericht in einem Entscheid vom 27. März 2017<sup>81</sup> zwar die Arbeitnehmereigenschaft im Falle einer Teilzeitbeschäftigung und hielt – insoweit im Gegensatz zur Vorinstanz und wohl auch (teilweise) zu seiner eigenen früheren Rechtsprechung<sup>82</sup> – fest, eine (unbefristete) Anstellung zu 50% mit einem Gehalt von 2'100 CHF sei ausreichend, um die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen, lasse eine solche Anstellung doch grundsätzlich auf eine stabile und längerfristige Arbeitstätigkeit («*activité stable et durable*») schliessen. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass das Gehalt nicht für den Unterhalt einer dreiköpfigen Familie ausreiche, womit das Gericht an die Rechtsprechung des EuGH anknüpft.<sup>83</sup> Gleichzeitig verwies das Gericht aber auch auf seine bisherige Rechtsprechung zum Vorliegen einer unwesentlichen und untergeordneten Tätigkeit, wonach auch bei einer reduzierten Tätigkeit die Arbeitnehmereigenschaft

---

<sup>77</sup> EuGH, verb. Rs. C-22/08 und 23/08, *Vatsouras/Koupatantze*, Slg. 2009, I-4585, ECLI:EU:C:2009:344; EuGH, Rs. C-432/14, *O*, Urteil vom 1.10.2015, ECLI:EU:C:2015:643.

<sup>78</sup> Aus der Rechtsprechung BGE 131 II 339 E. 3.3; BGer 2C\_1061/2013 vom 14.7.2015 E. 4.2.1. Zum Ganzen *Epiney/Blaser*, in: Code annoté (Anm. 19), Art. 4, Rn. 22 ff.

<sup>79</sup> Siehe für die frühere Rechtsprechung schon *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 313 ff.

<sup>80</sup> Siehe betreffend die im Text erwähnten Urteile noch BGer 2C\_897/2017 vom 31.1.2018.

<sup>81</sup> BGer 2C\_813/2016 vom 27.3.2016.

<sup>82</sup> In zuvor ergangenen Entscheiden hatte das Bundesgericht die Arbeitnehmereigenschaft bei ähnlich gelagerten Fallgestaltungen teilweise verneint, dies insbesondere im Fall einer reduzierten Tätigkeit zu 600-800 CHF und bei einer befristeten Tätigkeit zu 50 % und einem Lohn von 1'673 CHF. Siehe insoweit BGer 2C\_813/2016 vom 27.3.2016 E. 3.2. Siehe auch BGer 2C\_1137/2015 vom 6.8.2015 sowie BGer 2C\_98/2015 vom 3.6.2016.

<sup>83</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-139/85, *Kempf*, Slg. 1986, 1741, ECLI:EU:C:1986:223, Rn. 14. Das Bundesgericht hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen, siehe insbesondere BGE 131 II 339 E. 3.3; nachfolgend auch BGer 2C\_1061/2013 vom 14.7.2015 E. 4.2.1.



grundsätzlich angenommen werden kann, sofern der Lohn nicht von untergeordneter Bedeutung ist – was das Bundesgericht beispielsweise im Fall eines Lohnes von 600-800 CHF bejaht hatte (wobei in diesem Fall überdies auch Beweisprobleme bestanden)<sup>84, 85</sup> Im Übrigen liege vorliegend auch keine Verschuldung vor, und der Bezug von Sozialhilfeleistungen könne für sich genommen nicht zur Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft führen.<sup>86</sup> Diese zusätzlichen Erwägungen des Bundesgerichts sind im besten Fall missverständlich: Denn sie insinuieren, dass die Arbeitnehmereigenschaft vorwiegend von einer lang andauernden Anstellung, dem Lohn und dem Ausmass der Tätigkeit abhinge, was nicht in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH steht (wonach eine reduzierte Arbeitszeit und eine geringfügige Vergütung lediglich Anzeichen für eine untergeordnete Arbeitstätigkeit darstellen, jedoch für sich allein nicht ausschlaggebend sind).<sup>87</sup> Erstaunlich erscheint überdies, dass das Bundesgericht in seinen Erwägungen keine Bezüge zur einschlägigen EuGH-Rechtsprechung herstellt und hinsichtlich dessen einzig auf die Ausführungen der Vorinstanz verweist.<sup>88</sup> Nicht wirklich klar werden auch die Ausführungen zur Sozialhilfe, könnten sie doch nahelegen, dass der Bezug von Sozialhilfe bei der Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft zu berücksichtigen wäre, was ebenfalls nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH steht und auch insofern widersinnig wäre, als Arbeitnehmer (unter bestimmten Voraussetzungen) gerade einen Anspruch auf Sozialhilfe haben.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Siehe namentlich BGer 2C\_1137/2015 vom 6.8.2015. Weiterführend dazu *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 314 f.

<sup>85</sup> Zur weiteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGer 2C\_1061/2013 vom 14.7.2015 sowie BGer 2C\_98/2015 vom 3.6.2016. Siehe insoweit ebenfalls *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 314 f.

<sup>86</sup> Im Hinblick auf eine möglichst weitgehende Personenfreizügigkeit erscheine es überdies angezeigt, bei der Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft nur die individuellen Verhältnisse des Arbeitnehmenden zu berücksichtigen, ohne die finanzielle Lage allfälliger Familienmitglieder miteinzubeziehen, BGer 2C\_813/2016 vom 27.3.2017 E. 3.2.

<sup>87</sup> Siehe insoweit u.a. EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin*, Slg. 1992, I-1027, ECLI:EU:C:1992:87, Rn. 12 ff.; EuGH, Rs. 344/87, *Bettray*, Slg. 1989, 1621, ECLI:EU:C:1989:226, Rn. 15; EuGH, Rs. C-432/14, *O*, Urteil vom 1.10.2015, ECLI:EU:C:2015:643.

<sup>88</sup> Siehe namentlich BGer 2C\_813/2016 vom 27.3.2017 E. 3.1. Vgl. dazu die Erwägungen des Bundesgerichts in den Urteilen BGer 2C\_1061/2013 vom 14.7.2015 E. 4.2; BGer 2C\_1137/2014 vom 6.8.2015 E. 3.2, 3.3. Siehe insoweit auch *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 317.

<sup>89</sup> Hierzu im Einzelnen *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques, in: *Epiney/Gordzielik* (Hrsg.), *Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen*, Zürich 2015, S. 37 ff.

- In einem weiteren Urteil<sup>90</sup> verwies das Bundesgericht eher pauschal darauf, das erzielte Gehalt habe es dem Betroffenen nicht ermöglicht, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, dies im Zusammenhang mit einem Arbeitnehmer, der sukzessive verschiedenen und zuletzt eher gering entlöhnten Tätigkeiten nachgegangen war.<sup>91</sup> Im Übrigen hob das Bundesgericht die Sozialhilfeabhängigkeit des Beschwerdeführers hervor und verneinte insgesamt die Arbeitnehmereigenschaft.<sup>92</sup> Damit stellt das Gericht nicht auf eine Gesamtwürdigung der Umstände ab,<sup>93</sup> sondern erachtet letztlich das Gehalt als ausschlaggebend, ganz abgesehen davon, dass auch in diesem Urteil auf die Sozialhilfeabhängigkeit hingewiesen wird, welche jedoch im vorliegenden Zusammenhang irrelevant ist, können doch auch sog. «*working poors*» als Arbeitnehmende anzusehen sein.<sup>94</sup>

Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte sich im Berichtszeitraum mit der Frage nach dem Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft trotz unregelmässiger und/oder kurzzeitiger Arbeitseinsätze sowie (teilweise) zwischenzeitlicher Phasen der Untätigkeit zu befassen. Es stellte dabei auf eine Gesamtschau der Umstände ab und bejahte jeweils die Arbeitnehmereigenschaft:

- Im Fall eines portugiesischen Staatsangehörigen, der zwischen November 2008 bis zum Eintreten der Arbeitsunfähigkeit im Oktober 2010 aufgrund diverser Einsatzverträge («*contrat de mission*») mehreren kurzzeitigen Beschäftigungen nachgegangen und dabei insbesondere als Kranführer tätig war, untersuchte das Gericht insbesondere die Arbeitsauslastung in den Jahren 2009 und 2010 und kam dabei zum Schluss, dass der Portugiese insgesamt während 21 – der gesamthaft 52 – Wochen arbeitstätig war und

---

<sup>90</sup> BGer 2C\_289/2017 vom 4.12.2017.

<sup>91</sup> Konkret ging es um einen italienischen Staatsangehörigen, der im Jahr 2009 in die Schweiz eingereist war und danach insbesondere vier verschiedenen Tätigkeiten nachgegangen war (einer ersten Beschäftigung von Mai bis Juli 2010 zu einem Lohn von insgesamt 11'318 CHF, einer zweiten von Mai bis August 2011 zu einem Lohn von 3'050 CHF, einer dritten von Dezember 2011 bis Dezember 2012 zu einem Lohn von 4'143 CHF und schliesslich einer vierten im März 2013 zu einem Lohn von 178 CHF). Das Bundesgericht untersuchte die einzelnen Tätigkeiten und stellte dabei insbesondere fest, die Löhne der ersten beiden Tätigkeiten seien grundsätzlich zwar nicht zu vernachlässigen, ab September 2011 sei allerdings keine regelmässige und hinreichend entlohnte Tätigkeit zu verzeichnen. Insbesondere hätten die beiden letzten Tätigkeiten dem italienischen Staatsangehörigen nicht ermöglicht seinen Lebensunterhalt zu bestreiten und der diesbezügliche Lohn sei daher als untergeordnet und unwesentlich zu qualifizieren.

<sup>92</sup> BGer 2C\_289/2017 vom 4.12.2017 E. 4.4.

<sup>93</sup> Im Gegensatz zum EuGH, vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-139/85, *Kempf*, Slg. 1986, 1741, ECLI:EU:C:1986:223, Rn. 14.

<sup>94</sup> Siehe insoweit die EuGH-Rechtsprechung sowie die daran angelehnte Bundesgerichtsrechtsprechung in Anm. 76 ff. Ausführlicher hierzu *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 317.

durchschnittlich jeweils ca. 38 Stunden pro Woche gearbeitet hatte. Zwar sei im Jahr 2009 eine längere Phase der Untätigkeit – konkret 21 Wochen – festzustellen; zu berücksichtigen sei aber auch, dass der Arbeitnehmer in einem Zeitraum von neun Monaten während insgesamt 32 Wochen zu jeweils ca. 38 Stunden arbeitstätig gewesen war. Im Übrigen wies das Bundesverwaltungsgericht auf die stets zufriedenstellende Arbeitsausführung und die Unmassgeblichkeit der fehlenden unbefristeten bzw. länger dauernden Anstellung hin, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Baugewerbe stark von der jeweiligen Saison abhängt und daher auch temporäre Einsätze nicht unüblich seien. Irrelevant sei überdies, dass dem Beschwerdeführer bisher lediglich Kurzaufenthaltsbewilligungen erteilt worden waren. Aus all diesen Gründen konnte die Arbeitnehmereigenschaft vorliegend bejaht werden.<sup>95</sup>

- Zum gleichen Schluss kam das Bundesverwaltungsgericht auch in einem Entscheid vom 21. August 2017:<sup>96</sup> Der Beschwerdeführer habe von Dezember 2000 bis Juni 2002 – konkret über ein Jahr – kontinuierlich gearbeitet, woran auch die fehlende Aufenthaltsbewilligung nichts hieran ändere. Auch habe die Intensität der Arbeitsleistung zwar stark variiert; aufgrund der massgeblichen Umstände könne aber ein durchschnittlicher Arbeitsumfang von 150 Stunden angenommen werden, und aufgrund des Lohnes von 2'925 CHF sei das Vorliegen einer unwesentlichen und untergeordneten Tätigkeit auszuschliessen.<sup>97</sup>

Zwar sind auch die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht immer über alle Zweifel erhaben, so wenn es auf die Zufriedenheit des Arbeitsgebers hinweist (ein Element, das für die Arbeitnehmereigenschaft irrelevant ist). Insgesamt jedoch geht das Gericht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH von einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls aus und nimmt eine entsprechende Bewertung vor. Im Übrigen ist die Klarstellung der alleinigen Massgeblichkeit der tatsächlichen Begebenheiten, unter Ausschluss rechtlicher Qualifikationen der Arbeitsleistung oder des Aufenthalts (wie z.B. der aufenthaltsrechtliche Status oder die kurzzeitigen Einsatzverträge, so dass auch Temporärarbeit – zumindest im Fall einer gewissen Regelmässigkeit – die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen vermag), zu begrüssen.

---

<sup>95</sup> BVGE 2017 VII/3 E. 6.1-6.9. Zu diesem Urteil auch *Alexandra Büchler/Martin Hemmi/Joël Olivier Müller/Alberto Achermann*, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017*, Bern 2017, S. 257 f.

<sup>96</sup> BVGer F-3531/2016 vom 21.8.2017.

<sup>97</sup> BVGer F-3531/2016 vom 21.8.2017 E. 4.2.2.2.

Im Berichtszeitraum hatten sich die Gerichte auch mit der Frage des Verlusts der Arbeitnehmereigenschaft zu befassen.<sup>98</sup> Einen solchen nahm das Bundesgericht u.a. dann an, wenn die Person auch nach zweimaliger Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung jeweils um ein Jahr weiterhin arbeitslos war (bzw. keine relevanten Arbeitstätigkeiten festzustellen waren) und keine Aussicht auf eine zukünftige Beschäftigung bestand.<sup>99</sup> Überdies bejahte dies das Bundesgericht auch in einem Fall, in dem die betreffende Person während eines Jahres keine Tätigkeit von über drei Wochen wahrgenommen hatte, die Frist zur Arbeitssuche von sechs Monaten bereits verstrichen war und aufgrund der beruflichen Entwicklung und der unregelmässigen Beschäftigungen keine Aussicht auf eine zukünftige Beschäftigung mehr angenommen werden konnte.<sup>100</sup>

Erneut Gegenstand gerichtlicher Beurteilung war überdies die Frage nach der Qualifizierung von Wiedereingliederungsbeschäftigungen. Einerseits ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht am 1. Dezember 2016 seine neuere – mit Urteil vom 21. April 2016<sup>101</sup> geänderte – Rechtsprechung bestätigte, wonach auch Beschäftigungen im Rahmen von Wiedereingliederungsmassnahmen grundsätzlich als echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeiten angesehen werden können.<sup>102</sup> Andererseits drängt sich aber die Frage auf, weshalb in einem nachfolgenden Entscheid vom 7. Dezember 2017 erneut gegenteilig entschieden wurde,<sup>103</sup> und zwar unter Bezugnahme auf die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung.<sup>104</sup> In dem Urteil ging es um eine knapp einjährige Beschäftigung zu 50% zwecks Reintegration. Da es sich bei einer derartigen Aktivität jedenfalls um eine tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeit handeln

---

<sup>98</sup> BGer 2C\_99/2018 vom 15.5.2018; BGer 2C\_567/2017 vom 5.3.2018; BGer 2C\_897/2017 vom 31.1.2018; BGer 2C\_998/2017 vom 18.1.2018; BGer 2C\_882/2017 vom 7.12.2017; BVGer F-2848/2015 vom 30.1.2018. Zum Problembereich bereits *Benedikt Pirker*, Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft im Freizügigkeitsabkommen, AJP 9/2014, S. 1217 ff.

<sup>99</sup> Siehe namentlich BGer 567/202017 vom 5.3.2018 E. 4.5 (zum vorinstanzlichen Entscheid BVGer F-4802/2015 vom 15.5.2017 bereits *Büchler/Hemmi/Müller/Achermann* (Anm. 95), S. 256 f.); BGer 2C\_998/2017 vom 18.1.2018 E. 5.2.

<sup>100</sup> So BGer 2C\_897/2017 vom 31.1.2018 E. 4.5.

<sup>101</sup> BGer 2C\_761/2015 vom 21.4.2016.

<sup>102</sup> BGer 2C\_695/2016 vom 1.12.2016 E. 4.2. Zuvor hatte das Bundesgericht noch anders entschieden, siehe namentlich BGer 2C\_390/2013 vom 10.4.2014 E. 4.4 sowie BGE 141 II 1 E. 2.2.5.

<sup>103</sup> BGer 2C\_882/2017 vom 7.12.2017 E. 2.3.1.

<sup>104</sup> Das Bundesgericht bezieht sich dabei insbesondere auf folgende Urteile: BGE 141 II 1, wo in den Erwägungen auf BGer 2C\_390/2013 vom 10.4.2014 Bezug genommen wird.

dürfte, ist in Anlehnung an die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die diesbezügliche EuGH-Rechtsprechung<sup>105</sup> nicht ersichtlich, warum diese den Arbeitnehmerstatus nicht begründen soll.

b) *Zum Verbleiberecht*

Das Verbleiberecht von Arbeitnehmern war im Berichtszeitraum verschiedentlich Gegenstand der Rechtsprechung,<sup>106</sup> wobei im Folgenden insbesondere zwei Teilaspekte näher beleuchtet werden sollen, nämlich das Aufenthaltserfordernis sowie der Zusammenhang zwischen der Beendigung der Arbeitstätigkeit und dem Eintreten der Arbeitsunfähigkeit.

Nach Art. 2 VO 1251/70<sup>107</sup> wird für das Verbleiberecht vorausgesetzt, dass sich der Arbeitnehmende bereits während einer bestimmten Zeit in der Schweiz aufgehalten hat,<sup>108</sup> wobei in gewissen Fällen auch davon abgesehen wird.<sup>109</sup> Wie das Bundesgericht in einem Entscheid vom 16. Februar 2018 – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – unter ausführlicher Bezugnahme auf Wortlaut und Systematik des Art. 2 VO 1251/70 klarstellte, ist dabei nicht notwendig, dass während der geforderten Aufenthaltsdauer auch die Arbeitnehmereigenschaft gegeben ist.<sup>110</sup>

---

<sup>105</sup> Siehe den Hinweis auf die diesbezügliche Rechtsprechung in BGer 2C\_761/2015 vom 21.4.2016 E. 4.5.

<sup>106</sup> Zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts BGer 2C\_99/2018 vom 15.5.2018; BGer 2C\_1062/2017 vom 4.5.2018; BGer 2C\_567/2017 vom 5.3.2018; BGer 2C\_308/2017 vom 21.2.2018; BGer 2C\_262/2017 vom 16.2.2018; BGer 2C\_1034/2016 vom 13.11.2017; BGer 2C\_1171/2016 vom 26.10.2017; BGer 2C\_81/2017 vom 31.7.2017; BGer 2C\_120/2017 vom 18.7.2017; BGer 2C\_122/2017 vom 20.6.2017; BGer 2C\_173/2017 vom 19.6.2017; BGer 2C\_303/2017 vom 29.5.2017; BGer 2C\_1041/2015 vom 28.11.2016; BGer 2C\_456/2016 vom 15.11.2016. Zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts BVGer F-2848/2015 vom 30.1.2018; BVGer 5969/2015 vom 13.6.2017; BVGer F-4802/2015 vom 15.5.2017.

<sup>107</sup> Verordnung (EG) Nr. 1251/70 der Kommission vom 29.6.1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. L 142 vom 30.6.1970, S. 24 ff.

<sup>108</sup> Siehe den diesbezüglichen Verweis in Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA.

<sup>109</sup> Siehe namentlich den Ausnahmefall von Art. 2 lit. b der Verordnung 1251/70. In einem Bundesgerichtsentscheid vom 26.10.2017 war dieser jedoch nicht erfüllt, dies insbesondere, weil die Beschwerdeführerin nicht aufgrund eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit, sondern wegen einer – bereits vor Einreise in die Schweiz bestehenden – psychischen Erkrankung arbeitsunfähig wurde, hierzu BGer 2C\_1171/2016 vom 26.10.2017 E. 4.1. Siehe im Einzelnen zu den Verbleiberechten *Epiney/Blaser*, in: Code annoté (Anm. 19), Art. 7, Rn. 20 ff.

<sup>110</sup> BGer 2C\_262/2017 vom 16.2.2018 (zur Publikation vorgesehen). Vgl. auch *Marc Spescha*, Das Verbleiberecht der arbeitsunfähig gewordenen Wanderarbeitnehmerin, in:

Bereits Art. 2 lit. a VO 1251/70 lasse darauf schliessen, dass es sich um zwei voneinander zu trennende Kriterien handle, zumal eine dreijährige Aufenthaltsdauer und eine zwölfmonatige Beschäftigungsdauer vorausgesetzt sei, d.h. nicht deckungsgleiche Vorgaben, was darauf hindeute, dass das Aufenthaltserfordernis unabhängig von der Beschäftigungsdauer zu beurteilen sei. Dieser Schluss werde durch Art. 2 lit. b VO 1251/70, der keine Mindestbeschäftigungsdauer beinhalte, bestätigt. Auch in Art. 2 lit. c VO1251/70 seien die beiden Vorgaben getrennt voneinander geregelt, dies trotz des Umstandes, dass in beiden Fällen je eine dreijährige Dauer vorausgesetzt sei. Aus der Regelung von Art. 2 lit. c VO 1251/70 lasse sich überdies ableiten, dass auch im massgeblichen Art. 2 lit. b VO 1251/70 von einer zweijährigen Beschäftigungsdauer explizit die Rede wäre, wenn eine solche denn tatsächlich gewollt wäre. Einen weiteren Hinweis liefere Art. 2 Abs. 2 VO 1251/70, wo die Kriterien des Wohnsitzes und der Beschäftigung ebenfalls getrennt geregelt seien. Im vorliegenden Fall waren die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt und das Verbleiberecht wurde daher bejaht.<sup>111</sup>

Im Falle der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist sein Verbleiberecht an das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen der Beendigung der Tätigkeit und der Arbeitsunfähigkeit geknüpft (Art. 2 Abs. 1 lit. b VO 1251/70), was insbesondere in zwei Urteilen thematisiert wurde:<sup>112</sup>

- In einem Entscheid vom 13. November 2017 hielt das Bundesgericht fest, es sei gerichtsnotorisch, dass einem Krebsleiden eine längere Entstehungszeit vorausgehe, so dass die Kausalität auch dann angenommen werden könne, wenn das Krebsleiden erst einige Zeit nach dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit festgestellt wurde.<sup>113</sup>
- Das Bundesverwaltungsgericht bejahte im Fall einer psychischen Erkrankung auf der Grundlage eines psychiatrischen Gutachtens die Möglichkeit, dass eine funktionelle Einschränkung bereits einige Zeit vor der Feststellung der Erkrankung gegeben sein könne.<sup>114</sup>

---

dRSK vom 30.4.2018, Rn. 13 ff., der darauf hinweist, dass ein zusätzliches Kriterium rechtlich keine Grundlage hätte und überdies zur Folge hätte, dass die Verbleiberechte der Arbeitnehmer geschmälert würden.

<sup>111</sup> BGer 2C\_262/2017 vom 16.2.2018 E. 3.6.

<sup>112</sup> Siehe nebst den unten erläuterten Urteilen auch BGer 2C\_99/2018 vom 15.5.2018 E. 4.5.2; BGer 2C\_1062/2017 vom 4.5.2018 E. 6.4.2.

<sup>113</sup> BGer 2C\_1034/2016 vom 13.11.2017 E. 4.

<sup>114</sup> BVGer F-5969/2015 vom 13.6.2017 E. 8, 9, 10.1.

#### 4. Abgeleitete Aufenthaltsrechte

##### a) Familiennachzug und Erfordernis einer geeigneten Wohnung

Nach Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA ist für einen Familiennachzug vorausgesetzt, dass der Nachziehende über eine geeignete Wohnung verfügt, die den in dem betreffenden Gebiet geltenden «normalen Anforderungen» entspricht, wobei diese Bestimmung nicht zu Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit führen darf. In einem Entscheid vom 18. Dezember 2017<sup>115</sup> äusserte sich das Bundesgericht erstmals ausführlich zu diesem Kriterium, dies im Zusammenhang mit einer dreiköpfigen Familie (ein Ehepaar und sein dreijähriges Kind), die in einem Studio (17m<sup>2</sup>) wohnten. Unter Bezugnahme auf die – allerdings bislang sehr spärliche – Rechtsprechung des EuGH zu einem solchen Erfordernis<sup>116</sup> und seine eigene Rechtsprechung<sup>117</sup> – meldete das Bundesgericht Zweifel an, ob eine Dreizimmerwohnung für ein Ehepaar, zwei minderjährige Kinder und einen zwanzigjährigen Sohn aus einer früheren Beziehung noch angemessen sei. Jedoch sei die Vorgabe des Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA flexibel zu handhaben und keiner schematischen Beurteilung zugänglich. Vielmehr sei die Geeignetheit der Wohnung in einer Gesamtbewertung der massgeblichen Umstände zu beurteilen, wobei insbesondere die Anzahl Zimmer, die Wohnfläche, die Anzahl der Familienmitglieder, die Zusammensetzung der Familie, die Situation des Wohnungsmarktes sowie die finanziellen Möglichkeiten zu berücksichtigen seien. Auch komme den kantonalen Behörden aufgrund ihrer räumlichen Nähe zum Wohnungsmarkt ein weiter Ermessensspielraum zu, so dass das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung in den vorinstanzlichen Ermessensentscheid eingreife, namentlich im Fall eines Verstosses gegen das Willkürverbot.<sup>118</sup> Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz die Wohnung insbesondere aufgrund der herrschenden Wohnungsknappheit und der hohen Mietpreise in Genf als hinreichend erachtet, was angesichts der erwähnten Kriterien keine unhaltbare Einschätzung darstelle.<sup>119</sup>

Angesichts des Wortlauts von Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA, der explizit das Vorliegen einer angemessenen Wohnung verlangt, sind die Ausführungen des Bundesgerichts auf den ersten Blick gut nachvollziehbar. Mit Blick auf die

---

<sup>115</sup> BGer 2C\_416/2017 vom 18.12.2017.

<sup>116</sup> Siehe insbesondere EuGH, Rs. C-249/86, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1989, 1263, ECLI:EU:C:1989:204.

<sup>117</sup> Vgl. den Hinweis auf BGer 2C\_131/2016 vom 10.11.2016 (ausführlicher zu diesem Urteil oben II.3.b)) in E. 2.1. Vgl. insoweit auch BGE 144 II 1, wo eine Einzimmerwohnung für drei Personen als zu klein erachtet wurde (E. 3.2.), ausführlicher zu diesem Urteil oben II.2.a)

<sup>118</sup> BGer 2C\_416/2017 vom 18.12.2017 E. 2.2.

<sup>119</sup> *Ibid.*, E. 2.3.

EuGH-Rechtsprechung scheint allerdings fraglich, ob der vor Unterzeichnung des FZA ergangenen (und im Urteil zitierten) Rechtsprechung damit hinreichend Rechnung getragen wird. Danach soll nämlich dem Kriterium der Geeignetheit der Wohnung insbesondere im Rahmen von Verlängerungsgesuchen (offenbar lag auch vorliegend ein solches vor) kaum Bedeutung zukommen. Weiter und vor allem dürfte der EuGH davon ausgehen, dass ein solches Kriterium von vornherein nicht herangezogen werden darf, soweit für Wohnungen von Inländern auch keine entsprechenden Vorgaben gelten.<sup>120</sup> Dieser Ansatz drängt sich aber auch im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA auf, da dieser präzisiert, die Regelung dürfe nicht zu einer Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer führen.<sup>121</sup> Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass das Bundesgericht nicht auf die Frage der Diskriminierung eingeht: In der Tat ist nicht ersichtlich, wie das Kriterium einer geeigneten Wohnung für den Familiennachzug herangezogen werden kann, soweit ein solches Erfordernis für den Familiennachzug von Schweizer\_innen bzw. für einen Kantonswechsel nicht zum Zuge kommt.

b) *Nachzug von Kindern*

Das Bundesgericht befasste sich im Berichtszeitraum verschiedentlich mit dem Nachzug von (Stief-)Kindern,<sup>122</sup> wobei teilweise auch das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs in Frage stand:

- In einem Entscheid vom 10. November 2016<sup>123</sup> bestätigte das Bundesgericht im Ergebnis seine Rechtsprechung bezüglich der Voraussetzungen für einen Nachzug und hob hervor, dass für einen Nachzug das Einverständnis des nachzugsberechtigten Elternteils (mit dem zudem ein minimales Familienband bestehen müsse), aber auch des zweiten Elternteils vorliegen müsse. Überdies präzisierte das Gericht, der Familiennachzug müsse dem Wohl des Kindes entsprechen und der erleichterten Wahrnehmung der

---

<sup>120</sup> Siehe insoweit EuGH, Rs. C-249/86, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1989, 1263, ECLI:EU:C:1989:204, Rn. 19 ff.

<sup>121</sup> Vgl. insoweit *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 326 f.

<sup>122</sup> Stiefkinder sind ebenfalls als Familienmitglieder im Sinn des Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA anzusehen, wobei für ihren Nachzug allerdings mit Blick auf das Kindeswohl besondere Voraussetzungen zum Zuge kommen. Zur bisherigen diesbezüglichen Bundesgerichtspraxis BGer 2C\_1144/2012 vom 13.5.2013; BGE 136 II 65; BGE 136 I 77; BGer 2C\_195/2011 vom 17.10.2011. Hierzu bereits *Epiney/Metz*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012* (Anm. 12), S. 243 ff.; *Epiney/Metz*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014* (Anm. 13), S. 342 ff.

<sup>123</sup> BGer 2C\_131/2016 vom 10.11.2016 E. 4.1. Das Bundesgericht verweist an dieser Stelle auf seine bisherige Rechtsprechung, insbesondere BGE 136 II 65 E. 3-4.



Freizügigkeitsrechte des Arbeitnehmers bzw. der Pflege der Familienbande dienen. Dies sei insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich der Arbeitnehmer nicht gezwungen sehen soll, aufgrund der Ausübung der Freizügigkeitsrechte seine Familie verlassen zu müssen.<sup>124</sup> Diese Voraussetzungen seien in der Ausgangskonstellation nicht erfüllt:<sup>125</sup> Zweifelhaft sei (neben der Verfügbarkeit einer angemessenen Wohnung)<sup>126</sup> schon das Bestehen einer tatsächlichen Familienbande zwischen Vater und Sohn,<sup>127</sup> da letzterer bei seiner Mutter und den Grosseltern im Kosovo aufgewachsen ist, den Vater lediglich aus Ferienbesuchen kannte und die Stiefmutter trotz der fünfjährigen Ehe erst aufgrund der illegalen Einreise kennengelernt hatte. Darüber hinaus sei angesichts dieser Umstände nicht ersichtlich, inwiefern der Nachzug einem überwiegenden Interesse des Kindes dienen solle, und es fehle jedenfalls am Zweck der Familienzusammenführung, die vorliegend offenbar allein mit dem Ziel erfolgen solle, dem Sohn eine berufliche Zukunft zu ermöglichen und diesen möglichst rasch in den Arbeitsmarkt zu integrieren.<sup>128</sup>

- Das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs wurde explizit in einem Entscheid vom 17. April 2018<sup>129</sup> problematisiert. Dabei ging es um einen kosovarischen Staatsangehörigen, der infolge der Heirat mit einer polnischen Staatsangehörigen die polnische Staatsangehörigkeit erworben hatte und danach seine beiden minderjährigen Töchter aus erster Ehe aus dem Kosovo nachziehen wollte. Nachdem das Bundesgericht auf die bereits im soeben erwähnten Entscheid erwähnten Voraussetzungen für einen Nachzug von (Stief-)Kindern (namentlich die Beachtung des Kindeswohls, das Einverständnis beider Ehegatten, die Erziehungsberechtigung, das Bestehen eines minimalen Familienbandes mit dem Kind, die durch den Familiennachzug erleichterte Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte sowie die Pflege der Familienbande als Zweck der Familienzusammenführung) hingewiesen hatte, prüfte es (unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung<sup>130</sup>) das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs, könne doch bei knapp

---

<sup>124</sup> BGer 2C\_131/2016 vom 10.11.2016 E. 4.1-4.4.

<sup>125</sup> Im Gegensatz zur Konstellation, die einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.8.2016 zugrunde lag, vgl. BVGer F-3913/2014 vom 16.8.2016. Siehe ausführlicher zu letzterem Urteil *Büchler/Hemmi/Müller/Achermann* (Anm. 95), S. 257 f.

<sup>126</sup> Eine Dreizimmerwohnung für eine vierköpfige Familie. Vgl. zu diesem Kriterium bereits oben II.4.a).

<sup>127</sup> Vgl. zum Kriterium des Bestehens eines minimalen Familienbandes auch unten II.4.c).

<sup>128</sup> BGer 2C\_131/2016 vom 10.11.2016 E. 4.5-4.7.

<sup>129</sup> BGer 2C\_739/2017 vom 17.4.2018.

<sup>130</sup> Namentlich BGer 2C\_195/2011 vom 17.10.2011, wo der Nachzug eines 20-jährigen Sohnes insbesondere angesichts des Umstandes verweigert wurde, dass der Sohn bisher bei seiner Grossmutter in Kinshasa gelebt hatte und ein hinreichendes Familienband –

21-jährigen nachzuziehenden Kindern, die überdies die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzen, Missbrauchsgefahr bestehen.<sup>131</sup> Allerdings seien die dem Gericht vorliegenden Umstände (insbesondere nur zwei jährliche Besuche und ansonsten lediglich Telefon- und Chatkontakte und kaum Kontakt vor der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung des Vaters) nicht ausreichend, um auf einen Rechtsmissbrauch zu schliessen.<sup>132</sup>

- Schliesslich ist auf ein Urteil vom 14. November 2016<sup>133</sup> hinzuweisen, in dem der Nachzugsanspruch der minderjährigen Tochter aus Mazedonien durch den aus Italien stammenden Vater in Frage stand. Zweifel hinsichtlich der Rechtmässigkeit dieses Nachzugs weckte insbesondere das nachfolgend eingereichte Gesuch um Nachzug des mazedonischen Ehemannes der Tochter. Im Einklang mit der Vorinstanz und unter Bezugnahme auf die einschlägige EuGH-Rechtsprechung<sup>134</sup> bejahte das Bundesgericht im Ergebnis das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs: Ein solcher sei dann anzunehmen, wenn der Nachzug nicht dem Zweck diene, ein tatsächlich gelebtes Familienleben zu ermöglichen,<sup>135</sup> was vorliegend zu bejahen sei: Die Tochter habe sich bereits ein Jahr vor der Einreise verlobt und den mazedonischen Staatsangehörigen noch vor der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung geheiratet, dies – so scheine es – insbesondere zum Zweck, sich danach auf ein Familiennachzugsrecht zu berufen. Dazu komme, dass die Tochter die Behörden im Rahmen des Nachzugsverfahrens nicht über die erfolgte Heirat informierte. Überdies vermochte die Tochter nicht darzulegen, dass bereits vor der Einreise ein tatsächliches Familienleben zwischen ihr und ihrem Vater bestanden hatte. Insgesamt lägen damit eindeutige Hinweise für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs vor.<sup>136</sup>

Die Urteile führen einerseits die bisherige bundesgerichtliche Praxis zum Nachzug von Stiefkindern fort, enthalten andererseits aber (teilweise) auch zusätzliche Präzisierungen, wobei insbesondere auffällt, dass der EuGH im erstgenannten Urteil ohne Prüfung des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs<sup>137</sup> massgeblich auf den (individuellen) Zweck der Familienzusammenführung abstellt (welcher der Pflege der Familienbande dienen soll), so dass offenbar ein

---

trotz finanzieller Unterstützung – nicht nachgewiesen werden konnte.

<sup>131</sup> BGer 2C\_739/2017 vom 17.4.2018 E. 4.1.

<sup>132</sup> BGer 2C\_739/2017 vom 17.4.2018 E. 4.2, 4.3. Die Vorinstanz hatte hier anders entschieden.

<sup>133</sup> BGer 2C\_71/2016 vom 14.11.2016.

<sup>134</sup> EuGH, Rs. C-186/10, *Oguz*, Slg. 2011, I-6957, ECLI:EU:C:2011:509, Rn. 25.

<sup>135</sup> BGer 2C\_71/2016 vom 14.11.2016 E. 3.1-3.4.

<sup>136</sup> BGer 2C\_71/2016 vom 14.11.2016 E. 3.5-3.6.

<sup>137</sup> BGer 2C\_131/2016 vom 10.11.2016 E. 4.5-4.7 E. 4.7. *in fine*. Eingehender zur Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf den Rechtsmissbrauch unten II.4.f).

primär wirtschaftlicher Zweck einer Zusammenführung grundsätzlich entgegenstehen soll. Für ein derartiges Kriterium enthalten weder Art. 3 Anhang I FZA noch das einschlägige Unionsrecht einen Anhaltspunkt, und es begegnet auch insofern Bedenken, als solche Absichten nur schwer eruierbar sind und das Unionsrecht bei der Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen für die Wahrnehmung von Freizügigkeitsrechten (unter Einschluss des Familiennachzugs) grundsätzlich auf das Vorliegen objektivierbarer Voraussetzungen abstellt und subjektive Absichten insoweit nicht relevant sind.<sup>138</sup>

In Bezug auf die beiden Urteile zum Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs ist (auch hier)<sup>139</sup> bemerkenswert, dass das Bundesgericht zwar auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug nimmt, jedoch die dieser zu entnehmenden Vorgaben nicht hinreichend berücksichtigt. So stellt die Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich auf das formale Band der verwandtschaftlichen Beziehung ab,<sup>140</sup> so dass jedenfalls allein das Fehlen einer tatsächlich gelebten Familienbande bzw. der Zweck der Zusammenführung nicht für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs ausreichend ist. Zudem erscheint die Frage nach einem tatsächlichen Familienleben insofern in einem neuen Kontext, als das Bundesgericht diese zuvor vorwiegend im Zusammenhang mit dem Nachzug von Stiefkindern aufgeworfen hat, während sie in den beiden genannten Urteilen allgemein thematisiert wird, was die Annahme nahelegt, dass die Vorgabe eines tatsächlichen Familienlebens als Kriterium für die Beurteilung sämtlicher Nachzugsrechte gelten soll. Die zentrale Bedeutung dieses Kriteriums scheint aber insofern problematisch, als dieses weder explizit aus Art. 3 Anhang I FZA hervorgeht noch inhaltlich klare Konturen aufweist.<sup>141</sup>

c) *Familiennachzug und Unterhaltsgewährung*

In gewissen Fällen – namentlich falls das Kind älter als 21 Jahre alt ist oder es sich um einen Verwandten in aufsteigender Linie handelt<sup>142</sup> – verlangt Art. 3 Anhang I FZA für den Familiennachzug eine Unterhaltsgewährung

---

<sup>138</sup> Vgl. im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht z.B. EuGH, Rs. C-364/10, *Ungarn/Slowakei*, Urteil vom 16.10.2012, ECLI:EU:C:2012:630; EuGH, Rs. C-456/12, *O und B*, Urteil vom 12.3.2014, ECLI:EU:C:2014:135; EuGH, verb. Rs. C-58/13 und 59/13, *Torresi u.a.*, Urteil vom 17.7.2014, ECLI:EU:C:2014:2088.

<sup>139</sup> Vgl. noch zur Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Frage nach der Gegenstandslosigkeit einer Ehe unten II. 4.f).

<sup>140</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. 267/83, *Diatta*, Slg. 1985, 567, ECLI:EU:C:1985:67.

<sup>141</sup> Kritisch hierzu auch bereits *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 326; *Epiney/Metz*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Anm. 13), S. 344.

<sup>142</sup> Siehe insoweit Art. 3 Abs. 2 lit. a und b Anhang I FZA.

durch die nachzugsberechtigte Person. Die Rechtsprechung hatte sich insbesondere<sup>143</sup> in zwei Urteilen zum Vorliegen dieser Voraussetzung zu äussern:

- Das Bundesverwaltungsgericht hielt in einem Entscheid vom 17. April 2018<sup>144</sup> fest, der erwachsenen Tochter, die nachgezogen werden sollte, sich aber bereits als Tochter einer Botschaftsangehörigen in der Schweiz befand, werde kein Unterhalt im Sinne der erwähnten Bestimmung gewährt, dies obwohl sie durchaus unterstützt werde. Denn angesichts des Auszugs aus der Familienwohnung, der Unterbrechung des Studiums und der erfolgten Anstellung zu einem Lohn von 4'225 CHF sei davon auszugehen, dass sie ihre Grundbedürfnisse selbst decken könne. Im Übrigen bestehe der Zweck des Familiennachzugs auch ganz allgemein darin, der Tochter eine Arbeitstätigkeit zu ermöglichen. Zwar sei die Arbeitstätigkeit den Familienangehörigen erlaubt, gleichzeitig aber auch als Zeichen der Unabhängigkeit bzw. fehlender Wille zum Aufbau eines gemeinsamen Familienlebens zu werten. Dieser Eindruck werde durch die vorliegenden Umstände – das Getrenntleben von der Mutter sowie die finanzielle Eigenständigkeit – noch verstärkt. An dieser Einschätzung vermöge auch die enge Verbundenheit der Tochter mit der Mutter nichts zu ändern.<sup>145</sup>

Das Urteil ist im Ergebnis sehr gut nachvollziehbar, insbesondere soweit die fehlende Unterhaltsgewährung betroffen ist. Nicht ganz klar ist jedoch, warum das Gericht darüber hinaus auf den Zweck der Familienzusammen-

---

<sup>143</sup> Zur weiteren Gerichtspraxis: BVGer F-13/2016 vom 5.3.2018, wo der Aufenthaltsanspruch eines brasilianischen Kindes mit der Begründung verneint wurde, dass aufgrund der unbefristeten Anstellung als Küchenhilfe davon auszugehen sei, dass der Sohn seinen Lebensunterhalt selbst bestreiten könne. Ausserdem seien gar Unterstützungsleistungen von Seiten des Sohnes an seine Mutter zu verzeichnen (namentlich E. 6.3-6.4). Hinsichtlich des Nachzugs von Verwandten in aufsteigender Linie BVGer 2017 VII/1, in dem das Bundesverwaltungsgericht den Familiennachzug einer Mutter aus Marokko bejahte, dies insbesondere aufgrund der geringen Rente der Mutter bzw. der allgemein prekären finanziellen Lage (insbesondere auch angesichts der hohen Fixkosten wie namentlich Wohnungsmiete und medizinische Behandlung), der finanziellen Unterstützung durch den Sohn (Prämienzahlung an die schweizerische Krankenkasse sowie weitere Unterstützungsleistungen) und der gesundheitlichen Probleme, die die Selbstständigkeit der Mutter zusätzlich in Frage stellten (insbesondere E. 6.4-6.5, ausführlich zu diesem Entscheid: *Büchler/Hemmi/Müller/Achermann* (Anm. 95), S. 258 f.). Siehe in diesem Zusammenhang überdies auch BGer 2C\_820/2017 vom 27.9.2017, wo das Bundesgericht ein Nichteintreten verfügte, da keine Unterhaltsleistungen nachgewiesen werden konnten und aufgrund der aktuellen Lohnverhältnisse des Sohnes (3'450 CHF Lohn pro Monat) und der negativen Solvenzeinschätzung des Garanten durch die Gemeinde auch keine Gründe ersichtlich waren, weshalb sich dies in Zukunft ändern sollte (insb. E. 2.3.2).

<sup>144</sup> BVGer F-3135/2016 vom 17.4.2018.

<sup>145</sup> *Ibid.*, E. 5.3-5.5.

führung Bezug nimmt, hätte doch mit der Verneinung der Unterhaltsgewährung bereits eine hinreichende Grundlage für die Ablehnung des Aufenthaltsanspruchs bestanden. Man wird (auch) dieses Urteil daher so auslegen müssen, dass Familiennachzugsrechte massgeblich auch davon abhängen sollen, dass die Familienzusammenführung auch tatsächlich der Pflege der Familienbande dienen muss, ein jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht wirklich überzeugender Ansatz.<sup>146</sup>

- In einem überzeugenden Urteil vom 19. Juli 2017<sup>147</sup> hielt das Bundesgericht – unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>148</sup> und systematische Gesichtspunkte<sup>149</sup> – in Bezug auf Verwandte in aufsteigender Linie fest, die in Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA enthaltene Passage «denen Unterhalt gewährt wird» beziehe sich nicht nur auf die Verwandten des Ehegatten, sondern darüber hinaus auch auf die Verwandten des Nachziehenden selbst.<sup>150</sup> Im konkreten Fall erachtete das Bundesgericht diese Vorgabe als nicht erfüllt, wobei das Gericht angesichts des Umstands, dass sich der Lebensmittelpunkt der Eltern, die nachgezogen werden sollten, nicht in die Schweiz verschoben habe, auf die im Herkunftsland herrschenden Verhältnissen abstellte.<sup>151</sup>

d) *Selbstständiges Anwesenheitsrecht unmündiger Kinder*

Unter Berücksichtigung des EuGH-Urteils im Fall *Baumbast*<sup>152</sup> geht auch das Bundesgericht in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung<sup>153</sup> davon aus, dass

---

<sup>146</sup> Siehe insoweit im Zusammenhang mit dem Nachzug von (Stief-)kindern bereits oben II.4.b).

<sup>147</sup> BGer 2C\_301/2016 vom 19.7.2017. Eingehender zu diesem Urteil *Spescha*, in: FamPra.ch 1/2018 (Anm. 21), S. 175 ff.

<sup>148</sup> Siehe insbesondere EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, ECLI:EU:C:2004:639.

<sup>149</sup> Der Nachzug von Verwandten in aufsteigender Linie könne nicht mit demjenigen von Kindern unter 21 Jahren verglichen werden, da sich die diesbezüglichen Bestimmungen (namentlich lit. a und b) insbesondere in der Formulierung und der Struktur wesentlich unterscheiden, was darauf schliessen lasse, dass auch bei Verwandten des EU/EFTA-Bürgers eine Unterhaltsgewährung gewollt sei. Ausserdem sei im Sinne einer teleologischen Auslegung den Familienangehörigen gestützt auf Art. 7 lit. d FZA ein Aufenthaltsrecht «ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit» zuzusprechen.

<sup>150</sup> BGer 2C\_301/2016 vom 19.7.2017 E. 2.1-2.7.

<sup>151</sup> Entsprechend der EuGH-Rechtsprechung im Fall *Jia* (EuGH, Rs. C-1/05, *Jia*, Slg. 2007, I-1, ECLI:EU:C:2007:1) und abweichend von BGE 135 II 369. Vgl. BGer 2C\_301/2016 vom 19.7.2017 E. 3.

<sup>152</sup> EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, ECLI:EU:C:2002:493.

<sup>153</sup> Siehe u.a. BGE 142 II 35, zu diesem Urteil bereits *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 327 ff. Aus neuerer Rechtsprechung überdies BGE 144 II 1 insb. E. 3.3 (zu diesem Urteil oben

Kindern mit Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates aufgrund des (dem Unionsrecht nachgebildeten) Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA ein Verbleiberecht zwecks Abschluss ihrer Ausbildung zukommt und in diesem Fall auch der sorgeberechtigte Elternteil aufenthaltsberechtigt ist. Dieser Aufenthaltsanspruch war erneut Gegenstand insbesondere folgender Urteile:

- In einem Entscheid vom 30. Juni 2016<sup>154</sup> bejahte das Bundesgericht insbesondere das Aufenthaltsrecht einer elfjährigen Lettin, da diese zum massgeblichen Zeitpunkt das sechste Schuljahr abschliesse und damit einen wesentlichen Teil der Ausbildung bereits begonnen habe. Überdies sei sie derzeit in einer zentralen persönlichen und schulischen Entwicklung, weshalb eine Wegweisung sich als äusserst schädlich erweisen könne. Eine Wegweisung nach Lettland sei ihr auch deshalb nicht zuzumuten, da sie bisher lediglich in Genf gelebt habe, einzig die französische Sprache spreche und kein Bezug zu Lettland bestehe.<sup>155</sup> Trotz fehlendem Sorgerecht sei im vorliegenden Fall auch die Mutter aufenthaltsberechtigt, dies auf der Grundlage von Art. 8 EMRK.<sup>156</sup>
- Anders verhielt es sich in einem Urteil vom 5. März 2018<sup>157</sup>, in dem das Aufenthaltsrecht eines aus einer Ehe zwischen einer serbischen Staatsangehörigen und einem tschechisch-mazedonischen Doppelbürger stammenden Sohnes (geboren 2011) sowie seiner Mutter verneint wurde, dies unter Bezugnahme auf die beiden, bereits in der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Vorbehalte des Aufenthaltsrechts gemäss Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA (Bestand der ehelichen Gemeinschaft zwischen dem FZA-Berechtigten und dem drittstaatsangehörigen Elternteil zum Zeitpunkt der Aufnahme der Ausbildung und eine bereits begonnene Ausbildung des Kindes in nennenswerter Weise), die vorliegend angesichts der Trennung der Eltern, als der Sohn erst drei Jahre alt war, nicht erfüllt seien.<sup>158</sup>
- In dem bereits in anderem Zusammenhang erwähnten<sup>159</sup> BGE 144 II 1 verneinte das Bundesgericht das Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Stiefkindes eines spanischen Staatsangehörigen (der mittlerweile von der Mutter getrennt war und wieder nach Spanien zurückgekehrt war), dies unter Bezugnahme auf die einschlägige EuGH-Rechtsprechung und die bisherige bundesgerichtliche Praxis. Der Aufenthaltsanspruch gemäss Art. 3

---

II.2.a)).

<sup>154</sup> BGer 2C\_997/2015 vom 30.6.2016.

<sup>155</sup> Ibid., E. 3.

<sup>156</sup> Ibid., E. 4.

<sup>157</sup> BGer 2C\_145/2017 vom 5.3.2018.

<sup>158</sup> BGer 2C\_145/2017 vom 5.3.2018 E. 3.

<sup>159</sup> Siehe dazu oben II.2.a).

Abs. 6 Anhang I FZA sei nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung auf «Kinder eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei» beschränkt, so dass sich das Kind nicht auf Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA berufen könne, dies trotz des Umstandes, dass Stiefkinder unter den Begriff der Familienangehörigen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA fallen.<sup>160</sup>

Auch in dieser neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA wird deutlich, dass das Bundesgericht die Tragweite dieser Bestimmung im Zusammenhang mit dem selbständigen Aufenthaltsrecht unmündiger Kinder im Vergleich zum EuGH (trotz der Bezugnahme auf dessen Rechtsprechung) wesentlich restriktiver fasst.<sup>161</sup> Die Gegenüberstellung der ersten beiden besprochenen Urteile zeigt überdies auf, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung offenbar (ohne dies ausdrücklich zu problematisieren) davon ausgeht, dass es für das Aufenthaltsrecht des Kindes mit EU-Staatsangehörigkeit von zentraler Bedeutung ist, ob der sorgeberechtigte Elternteil bzw. derjenige, der ein Interesse am Verbleib des Kindes in der Schweiz hat, ebenfalls die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates besitzt. Ist dies nicht der Fall, soll das Aufenthaltsrecht des Kindes offenbar vom Bestand der Ehe der Eltern abhängen und nur dann bestehen, wenn zum Zeitpunkt der Aufnahme der Ausbildung noch eine intakte Familiengemeinschaft bestanden hat. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat demnach eine Benachteiligung von aufgrund des FZA aufenthaltsberechtigten Kindern ohne Elternteil mit EU-Staatsangehörigkeit zur Folge. Was die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 144 II 1 angeht, so erschliesst sich nicht, weshalb Stiefkinder zwar als Familienangehörige im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA gelten sollen und daher in die Schweiz nachgezogen werden dürfen, ihnen aber auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA kein Verbleiberecht zukommen soll. BGE 144 II 1 dürfte insofern auch im Widerspruch zur massgeblichen EuGH-Rechtsprechung<sup>162</sup> sowie zur bisherigen bundesgerichtlichen Praxis<sup>163</sup> zu stehen.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> Vgl. insoweit bereits oben II.4.b).

<sup>161</sup> Ersichtlich wird dies insbesondere in Bezug auf BGer 2C\_145/2017. Zum Spannungsverhältnis zur diesbezüglichen EuGH-Rechtsprechung bereits *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 327 ff.; *Epiney/Metz*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Anm. 13), S. 345 ff.

<sup>162</sup> EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, ECLI:EU:C:2002:493, Rn. 16 f.

<sup>163</sup> BGE 139 II 393 E. 4.2.4.

<sup>164</sup> Vgl. insoweit auch *Hugi Yar* (Anm. 59), Rn. 22.

e) *Abgeleitetes Aufenthaltsrecht von sorgeberechtigten Eltern minderjähriger FZA-Berechtigter*

In Anwendung von Art. 6 i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA haben auch minderjährige Kinder unter der Voraussetzung der Verfügbarkeit genügender finanzieller Mittel und eines Krankenversicherungsschutzes ein Aufenthaltsrecht, wobei in diesem Fall im Hinblick auf die Effektivität des Aufenthalts auch der sorgeberechtigte Elternteil aufenthaltsberechtigt ist.<sup>165</sup> Im Berichtszeitraum hatte sich die Rechtsprechung sehr häufig damit zu befassen, ob die Voraussetzungen dieser Bestimmungen gegeben sind, wobei insbesondere<sup>166</sup> auf folgende Aspekte der neueren Rechtsprechung hingewiesen werden soll:

- In zahlreichen Gerichtsentscheiden stand das Vorliegen finanzieller Mittel im Fokus, wobei u.a. fraglich war, ob und inwieweit Prämienverbilligungen (in Bezug auf Krankenkassenbeiträge) sowie Familienzulagen zu berücksichtigen sind. Diesbezüglich hielt das Bundesverwaltungsgericht – unter Berücksichtigung der SKOS-Richtlinien<sup>167</sup> und der diesbezüglichen Gerichtspraxis<sup>168</sup> – fest, dass jedenfalls letztere nicht mit Sozialhilfeleistungen gleichzustellen, sondern vielmehr als Lohn bzw. Einnahmen zu qualifizieren seien.<sup>169</sup> Hingegen wies das Bundesgericht darauf hin, dass Taggelder der Arbeitslosenversicherung zwar unbestrittenermassen als Einnahmen miteinzubeziehen seien, dies bei Unterstützungsleistungen für Krankenversicherungsbeiträge aber fraglich sei, wobei es die Frage jedoch aufgrund der Umstände des Einzelfalls offen lassen konnte.<sup>170</sup>

---

<sup>165</sup> Siehe insoweit EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, ECLI:EU:C:2004:639, ein Urteil, das vom Bundesgericht «nachvollzogen» wurde, vgl. u.a. BGE 135 II 265 E. 3.3; BGE 139 II 393 E. 4.2.5; BGE 142 II 35 E. 5.2.

<sup>166</sup> Für die weitere (unten nicht ausgeführte) Gerichtspraxis: BGer 2C\_955/2017 vom 5.3.2018; BGer 2C\_145/2017 vom 5.3.2018; BGer 2C\_337/2017 vom 10.7.2017; BVGer F-7495/2014 vom 26.1.2017; BGer 2C\_60/2016 vom 25.5.2016; BVGer F-4916/2016 vom 17.1.2018; BVGer F-4799/2014 vom 12.8.2016, eingehend zu letzterem Urteil *Büchler/Hemmi/Müller/Achermann* (Anm. 95), S. 260.

<sup>167</sup> *Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (SKOS)*, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, [https://www.skos.ch/fileadmin/\\_migrated/content\\_uploads/2017\\_SKOS-Richtlinien-komplett-d.pdf](https://www.skos.ch/fileadmin/_migrated/content_uploads/2017_SKOS-Richtlinien-komplett-d.pdf) (zuletzt besuch am 5.7.2018).

<sup>168</sup> Genannt werden: BVGer C-1091/2013 vom 20.8.2015 E. 5.5.2 (bestätigt durch BGer 2C\_841/2015 vom 17.8.2016) und BVGer C-2001/2012 vom 16.9.2014 E. 6.2.2.

<sup>169</sup> BVGer F-871/2017 vom 20.4.2018 E. 6; BVGer F-5817/2015 vom 24.7.2017 E. 5.3; BVGer F-2671/2015 vom 19.7.2017 E. 6.2.2; BVGer F-2042/2015 vom 23.6.2017 E. 5.2.2; BVGer F-826/2015 vom 16.3.2017 E. 7, eingehender zu diesem Urteil *Büchler/Hemmi/Müller/Achermann* (Anm. 95), S. 259.

<sup>170</sup> BGer 2C\_743/2017 vom 15.1.2018 (zur Publikation vorgesehen) E. 4.3; eingehend zu diesem Urteil *Astrid Epiney*, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 2C\_743/2017 vom 15. Januar 2018, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement gegen A., B. und C., Genehmigungsverweigerung von EU-/EFTA-



- Betreibungen und Verlustscheine sprechen zwar grundsätzlich gegen das Vorliegen hinreichender finanzieller Mittel, wobei diese Vermutung auch widerlegt werden kann, wie sich beispielhaft anhand eines Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Juli 2017 illustrieren lässt: Das Gericht ging trotz der Schwierigkeit der Rückzahlung der hohen Schulden (ca. 55'000 CHF) von hinreichenden finanziellen Mitteln aus, dies insbesondere im Gefolge einer beruflich stabilen Situation (unbefristete Anstellung und regelmässiger Lohn) und des fehlenden Bezugs von Sozialhilfe.<sup>171</sup>
- Mehrfach wurde in gerichtlichen Verfahren die Frage aufgeworfen, ob die Ablehnung hinreichender finanzieller Mittel in Anlehnung an den Bundesgerichtsentscheid 2C\_375/2014<sup>172</sup> damit begründet werden kann, dass die zugrundeliegende Arbeitstätigkeit lediglich während des laufenden Verfahrens geduldet wird.<sup>173</sup> Diesbezüglich hielt das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Urteilen fest, dass BGer 2C\_375/2014 im Zusammenhang mit der Kontingentierung bulgarischer und rumänischer Arbeitnehmer zu sehen sei und deshalb nicht auf Fälle, bei denen über das Aufenthaltsrecht anderer EU-Staatsangehöriger zu entscheiden ist, übertragen werden könne.<sup>174</sup>
- Das Bundesgericht bestätigte sodann, die Herkunft der finanziellen Mittel sei für die Beurteilung des Aufenthaltsrechts nicht von Belang; irrelevant sei auch, ob die arbeitstätige Person über ein Aufenthaltsrecht verfüge. Denn Art. 24 Anhang I FZA solle lediglich verhindern, dass zur Deckung des Unterhalts staatliche Gelder bezogen werden, und zwar unabhängig davon, wie das Existenzminimum im Einzelfall gewährleistet wird.<sup>175</sup> Offen bleibt in der Rechtsprechung allerdings, ob die Herkunft finanzieller Mittel auch dann unmassgeblich ist, wenn schwerwiegende Straftaten zugrunde liegen. Jedenfalls könnte diesem Umstand bei der Beurteilung des Vorliegens einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA Rechnung getragen werden.<sup>176</sup>

---

Aufenthaltsbewilligungen, in: AJP 5/2018, S. 653 ff.

<sup>171</sup> BVGer F-2671/2015 vom 19.7.2017 E. 7.2.2.

<sup>172</sup> Vom 4.2.2015. Siehe eingehender zu diesem Urteil bereits *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 330 f.

<sup>173</sup> BVGer F-826/2015 vom 16.3.2017 E. 7.

<sup>174</sup> BVGer F-871/2017 vom 20.4.2018 E. 6; BVGer F-2671/2015 vom 19.7.2017 E. 6.2.2; BVGer F-2042/2015 vom 23.6.2017 E. 5.2.2.

<sup>175</sup> BGer 2C\_743/2017 vom 15.1.2018 (zur Publikation vorgesehen) E. 4.3. Siehe insoweit auch *Epiney*, in: AJP 5/2018 (Anm. 170), S. 655 f.

<sup>176</sup> In diesem Sinne bereits *Epiney*, in: AJP 5/2018 (Anm. 170), S. 656.

- In einem Entscheid vom 23.5.2016<sup>177</sup> verneinte das Bundesgericht bereits das Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Vaters (der mehrfach strafällig geworden war) eines neugeborenen Kindes mit der Begründung, das Kind könne trotz einer Wegweisung des Vaters in der Schweiz verbleiben, da es von seiner aufenthaltsberechtigten Mutter versorgt werden könne. Diese Begründung steht in einem gewissen Widerspruch zu dem anderweitig betonten Grundsatz, dass grundsätzlich beiden Eltern ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukommt,<sup>178</sup> und ist auch darüber hinaus wenig überzeugend: Sie impliziert nämlich, dass jeweils nur einem Elternteil ein Aufenthaltsrecht zukommen kann, wenn dieser allein in der Lage ist, für den Unterhalt des Kindes zu sorgen. Auch in der Praxis mutet diese Argumentation seltsam an, hätte dies doch zur Folge, dass sich ein Kind trotz geteiltem Sorgerecht jeweils mit einem Elternteil begnügen müsste. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls bei geteiltem Sorgerecht grundsätzlich jeweils beiden Elternteilen ein Aufenthaltsrecht zuzusprechen, wobei selbstredend auch die weiteren Voraussetzungen (insbesondere genügend finanzielle Mittel) erfüllt sein müssen. Dies ändert freilich nichts daran, dass der Aufenthalt eines Elternteils wegen der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beendet werden darf (Art. 5 Anhang I FZA), was denn auch vorliegend hätte geprüft werden müssen (und möglicherweise zum selben Ergebnis geführt hätte).

f) *Gegenstandslosigkeit der Ehe*

Art. 3 Anhang I FZA gesteht grundsätzlich auch Ehegatten ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu (Abs. 2 lit. a). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können sich Ehegatten allerdings dann nicht auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht berufen, wenn die Ehe von Beginn an zum Schein geschlossen wurde («Scheinehe»)<sup>179</sup> oder inzwischen gegenstandslos geworden ist. Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf einen Ehegattennachzug liegt gemäss Bundesgericht dabei insbesondere dann vor, wenn die Ehe bereits aufgelöst worden ist

---

<sup>177</sup> BGer 2C\_265/2016 vom 23.5.2016 E. 7; aufgegriffen durch BVGer F-1376/2015 vom 20.3.2018 E. 4.3.5.

<sup>178</sup> In BGer 2C\_743/2017 vom 15.1.2018 (zur Publikation vorgesehen) E. 4.2, stellte der EuGH klar, dass das abgeleitete Aufenthaltsrecht für sorgeberechtigte Personen nicht nur für einen, sondern für beide (verheiratete) Elternteile gilt. Siehe insoweit auch *Epiney*, in: AJP 5/2018 (Anm. 170), S. 656.

<sup>179</sup> Für ein Beispiel einer ausländerrechtlich motivierten Ehe aufgrund klarer Beweislage BGer 2C\_763/2017 vom 8.2.2018 E. 3.

(insbesondere im Fall einer Scheidung)<sup>180</sup> oder die Ehegatten bereits seit längerer Zeit getrennt leben.<sup>181</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wirft nach wie vor und immer wieder grundsätzliche Fragen nach der Reichweite des Verbots des Rechtsmissbrauchs auf,<sup>182</sup> und auch im Berichtszeitraum war diese Thematik Gegenstand verschiedener Urteile:

- In einem Entscheid vom 8. September 2017 bejahte das Bundesgericht das Vorliegen eines Rechtsmissbrauches im Fall eines seit Mai 2016 getrennt lebenden Ehepaares,<sup>183</sup> dies obwohl die Ehegattin mit der Scheidung nicht einverstanden war und der Ehegatte – im Februar 2017 nach erfolgtem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung – präzisierte, dass er hinsichtlich der Scheidung noch keine Entscheidung getroffen habe und eine Wiederaufnahme des gemeinsamen Ehelebens plane bzw. in Erwägung ziehe. Denn die im Februar 2017 geäusserte Absichtserklärung sei vor dem Hintergrund des zuvor angekündigten Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung zu sehen, und zum Zeitpunkt des kantonalen Urteils hätten die Ehegatten bereits seit 11 Monaten getrennt gelebt und das Zusammenleben auch bisher nicht wiederaufgenommen. Die Gegenstandslosigkeit der Ehe sei daher zu bejahen.<sup>184</sup>
- In zwei weiteren Urteilen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass «Scheinehen» vorlägen. Dies schloss das Gericht in dem einen Urteil daraus, dass die Heirat erst nach der erfolgten Androhung der Wegweisung erfolgt war, die Eheleute nur bescheidene Kenntnisse voneinander hätten und insbesondere hinsichtlich der ausserehelichen Schwangerschaft der Ehefrau widersprüchliche Aussagen festzustellen seien.<sup>185</sup> Im zweiten Entscheid stellte das Gericht fest, dass dem Ehemann aufgrund der abgelehnten Gesuche um eine Aufenthaltsbewilligung, der erteilten Einreiseverbote sowie des abgebrochenen Kontakts zur Tochter einzig die Eheschliessung als Mittel zur Erlangung eines Aufenthaltstitels geblieben sei. Angesichts der übrigen Umstände (Schliessung der Ehe kurz nach der Scheidung von der vorherigen Frau, eine drohende dritte Ausschaffung aus der Schweiz,

---

<sup>180</sup> Zur rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung infolge Auflösung der Ehe BGer 2C\_281/2017 vom 26.3.2018 E. 3.4; BVGer F-2956/2016 vom 3.5.2018 E. 4.2.

<sup>181</sup> Zum Vorliegen einer gegenstandslosen Ehe aufgrund einer Trennung BGer 2C\_955/2017 vom 8.3.2018 E. 3.2.1; BGE 144 II 1 sowie BGer 2C\_68/2017 vom 29.11.2017 (ausführlicher zu diesen beiden Urteilen oben II.2.a)); BGer 2C\_560/2017 vom 8.9.2017 E. 3.1-3.2; BGer 2C\_310/2017 vom 21.3.2017 E. 2.2; BGer 2C\_536/2016 vom 13.3.2017 E. 2.1; BVGer F-847/2015 vom 27.7.2017 E. 6.2.

<sup>182</sup> Vgl. zur Problematik bereits *Epiney/Nüesch* (Anm. 14), S. 331 ff. (m.w.N.).

<sup>183</sup> BGer 2C\_560/2017 vom 8.9.2017.

<sup>184</sup> BGer 2C\_560/2017 vom 8.9.2017 E. 3.1-3.2.

<sup>185</sup> BGer 2C\_292/2017 vom 8.3.2018 E. 4.2.

ein für den entsprechenden Kulturkreis aussergewöhnlicher Altersunterschied der Eheleute, die zudem nur allgemeine Kenntnisse voneinander hätten, sowie widersprüchliche Aussagen) sei daher nicht anzunehmen, dass ein Ehwille bestanden habe.<sup>186</sup>

- In einem weiteren Entscheid ging es um die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen eine sog. «*amor superveniens*» – also eine wiederauflebende Liebe – angenommen werden kann, die eine wesentliche Änderung der einem vorherigen (rechtskräftigen) Entscheid zugrundeliegenden Umstände zu begründen vermag.<sup>187</sup> An den Nachweis einer «*amor superveniens*» seien – so das Bundesgericht – erhöhte Anforderungen zu stellen. Insbesondere müsse in überzeugender Weise dargelegt werden, dass die Beziehung eine entscheidende Wendung genommen habe und neuerdings eine echte Ehegemeinschaft vorliege. Im konkreten Fall sei überdies eine erhöhte Überzeugungskraft erforderlich, da gewisse Umstände keine echte eheliche Gemeinschaft vermuten liessen, so insbesondere die späte Wiederaufnahme des Zusammenlebens, das Festhalten am Bestehen einer tatsächlichen Ehe trotz entgegengesetzter gerichtlicher Beurteilung und schliesslich das Eingeständnis einer «zeitweise zugegebenermassen wohl» rechtsmissbräuchlichen Ehe. Im konkreten Fall reichten die von den Eheleuten angeführten Argumente und Umstände (insbesondere die zwei Schreiben der Ehefrau, die Fotos einer gemeinsamen Pilgerreise sowie verschiedene Bestätigungen von Bekannten) nach Ansicht des Bundesgerichts nicht aus, um die «Echtheit» der Ehe zu belegen, dies auch angesichts der Wohnverhältnisse und mit Blick auf die Vorgeschichte und die beschränkte Glaubwürdigkeit der Beschwerdeführer.<sup>188</sup>

Bei genauer Betrachtung der Bundesgerichtsurteile zum rechtsmissbräuchlichen Ehegattennachzug ist eine gewisse Divergenz zur einschlägigen EuGH-Rechtsprechung auszumachen.<sup>189</sup> Der EuGH lässt für den Familiennachzug im

<sup>186</sup> BGer 2C\_1027 vom 10.5.2017 E. 3.2-3.3.

<sup>187</sup> BGer 2C\_900/2016 vom 7.12.2016. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Bundesgerichtsurteil auf ein erneutes Gesuch um Aufenthaltsbewilligung zurückzuführen, nachdem der Instanzenzug zuvor bereits erfolglos durchlaufen und ein entsprechendes Wiedererwägungsgesuch bereits abgelehnt worden war. Im Zentrum stand dabei die Frage, ob sich die zugrundeliegenden Umstände seit dem rechtskräftigen Kantonsentscheid vom 24.8.2015 wesentlich geändert haben.

<sup>188</sup> BGer 2C\_900/2016 vom 7.12.2016 E. 2.2, 2.3.

<sup>189</sup> Siehe insbesondere EuGH, Rs. 267/83, *Diatta*, Slg. 1985, 567, ECLI:EU:C:1985:67. Zum Rechtsmissbrauch im Allgemeinen und zur nach der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung EuGH, Rs. C-109/01, *Akrich*, Slg. 2003, I-9607, ECLI:EU:C:2003:491, Rn. 55 ff.; EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, ECLI:EU:C:2004:639, Rn. 34 ff.; EuGH, Rs. C-186/10, *Oguz*, Slg. 2011, I-6957, ECLI:EU:C:2011:509, Rn. 25; EuGH, Rs. C-456/12, *O und B*, Urteil vom 12.3.2014, ECLI:EU:C:2014:135, Rn. 58.

Unterschied zum Bundesgericht das Vorliegen formaler Kriterien genügen und wendet damit einen weniger strengen Massstab an. Danach ist ein Rechtsmissbrauch somit jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn das formale Band der Ehe bzw. der verwandtschaftlichen Beziehung noch besteht und auch keine Vorspiegelung falscher Tatsachen vorliegt. Dieser Ansatz impliziert auch, dass für die Beurteilung eines Nachzugsrechts sonstige Umstände (wie insbesondere eine tatsächlich gelebte Beziehung oder die Gründe für die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte) nicht relevant sind.<sup>190</sup> Ein konsequenter Nachvollzug der EuGH-Rechtsprechung würde damit bedeuten, dass die Absichten bei der Heirat und die Umstände der Ehe grundsätzlich nicht in die Beurteilung mitbezogen werden dürfen. Auch eine Trennung kann allein nicht von Belang sein. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob ein (knapp) einjähriges Getrenntleben und die einmal geäusserte Scheidungsabsicht für sich genommen für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs ausreichen, wovon das Bundesgericht in BGer 2C\_560/2017 ausgehen dürfte.<sup>191</sup> Auch hinsichtlich der Rechtsprechung zur Scheinehe und der Annahme einer «*amor superveniens*» stellt sich die Frage, ob sie der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung hinreichend Rechnung trägt. Im Übrigen stösst der bundesgerichtliche Ansatz insofern auf beachtliche Schwierigkeiten, als er es notwendigerweise mit sich bringt, dass das Vorliegen einer gegenstandslosen Ehe aufgrund höchst vager und wenig voraussehbarer Kriterien, die zudem subjektive Absichten berücksichtigen bzw. aus denen auf gewisse «Gemütslagen» geschlossen wird, beurteilt wird, was letztlich auch der Rechtssicherheit abträglich ist.

## 5. Einreise und Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit

### a) *Einreise und Aufenthalt für eine Dauer von unter drei Monaten*

In BGE 143 IV 97 stellte das Bundesgericht unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH<sup>192</sup> fest, Einreise und Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit für weniger als drei Monate seien auf der Grundlage des FZA grundsätzlich voraussetzungslos zulässig (dies im Gegensatz zu einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten). Daher habe sich ein rumänisches Ehepaar,

---

<sup>190</sup> So namentlich EuGH, Rs. C-419/92, *Scholz*, Slg. 1994, I-505, ECLI:EU:C:1994:62, Rn. 8 f.

<sup>191</sup> Vgl. insoweit die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach nach zwei Jahre Getrenntleben nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass die Eheleute ein gemeinsames Leben führen wollen, so dass die Familiennachzugsrechte untergehen. Siehe BGer 2C\_417/2008 vom 18.6.2010 E. 5.1; BGer 2C\_60/2010 vom 27.7.2010 E. 3.1.

<sup>192</sup> Namentlich EuGH, Rs. C-68/89, Slg. 1991, I-2637, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:1991:226, Rn. 10 ff.

das in Rumänien ein Transportunternehmen führte, welches zahlreiche Personen von Rumänien nach Genf transportierte (eine Dienstleistung, die insbesondere von Personen in Anspruch genommen wurde, die rumänischer Herkunft waren, in ärmlichen Verhältnissen lebten und in der Schweiz einzig mittels Betteln, Prostitution oder Diebstahl ihren Lebensunterhalt bestreiten konnten), nicht nach Art. 116 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 lit. a AuG wegen der Förderung rechtswidriger Ein- und Ausreisen sowie Aufenthalte strafbar gemacht.<sup>193</sup> Auch die Voraussetzungen für eine Einschränkung des Einreise- und Aufenthaltsrechts nach Art. 5 Anhang I FZA seien nicht gegeben, da keine strafrechtlichen Verurteilungen oder verwaltungsrechtlichen Massnahmen nachgewiesen werden konnten, womit lediglich eine rein hypothetische Gefahr für die öffentliche Ordnung bestehe; im Übrigen handle es sich beim Betteln und der Prostitution – soweit sie verboten sind – nicht um hinreichend schwere Delikte, die eine derartige Einschränkung rechtfertigen würden.<sup>194</sup>

Auch wenn das Urteil auf den ersten Blick überraschen mag, erscheint es angesichts der Art. 3 und Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA zwingend: Diese Bestimmungen sehen für Unionsbürg\_innen ein Einreise- und Aufenthaltsrecht vor, das – abgesehen vom Vorweisen eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses – an keine zusätzlichen Voraussetzungen geknüpft werden darf. Im Unterschied zum Aufenthaltsrecht nach Art. 24 Anhang I FZA muss daher auch nicht nachgewiesen werden, dass die Betroffenen über genügend finanzielle Mittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügen.<sup>195</sup> Der Schluss, dass die Einschränkung nach Art. 5 Anhang I FZA vorliegend nicht zu greifen vermag, erscheint vor dem Hintergrund der diesbezüglichen, sich an die EuGH-Rechtsprechung anlehrende Bundesgerichtspraxis ebenfalls folgerichtig.<sup>196</sup>

*b) Aufenthaltsrecht ohne Erwerbstätigkeit*

In zahlreichen Bundesgerichtsentscheiden war im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht ohne Erwerbstätigkeit (Art. 24 Anhang I FZA) insbesondere das Vorliegen hinreichender Mittel fraglich,<sup>197</sup> wobei insbesondere auf folgende Aspekte der Rechtsprechung hingewiesen werden soll:

---

<sup>193</sup> BGE 143 IV 97 E. 1.2-1.5.

<sup>194</sup> BGE 143 IV 97 E. 2.2-2.3.

<sup>195</sup> Vgl. insoweit auch BVGer F-1148/2017, F-1151/2017, F-1153/2017 vom 7.7.2017, wobei es hier um die Zulässigkeit eines Einreiseverbots im Zusammenhang mit dem Bezug von Sozialhilfeleistungen ging. Eingehender dazu unten II.6.d)

<sup>196</sup> Vgl. insoweit auch BVGer F-5875/2015 vom 1.11.2016 (insb. E. 7.3). Eingehender zur Rückfallgefahr im Zusammenhang mit vermögensrechtlichen Delikten unten II.6.d).

<sup>197</sup> Zu dieser Vorgabe im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsanspruch eines FZA-berechtigten Kindes sowie dem abgeleiteten Aufenthaltsrecht des sorgeberechtigten Elternteils oben II.4.e).

- Das Bundesgericht geht davon aus, dass das Vorliegen hinreichender Mittel gewissermassen mit dem Nichtbezug von Sozialhilfeleistungen gleichzustellen ist. M.a.W. verunmöglicht der Bezug von Sozialhilfe in aller Regel die Bejahung hinreichender Mittel.<sup>198</sup> Nicht massgeblich ist dagegen die Herkunft der finanziellen Mittel, so dass auch Familienangehörige oder sonstige Dritte für den Unterhalt der Person sorgen bzw. einen materiellen Beitrag dazu leisten können.<sup>199</sup>
- Der Bezug von Ergänzungsleistungen zusätzlich zu einer IV-Rente schliesst grundsätzlich das Vorliegen hinreichender Mittel aus, wie das Bundesgericht in einem Entscheid vom 4. April 2017 – unter Hinweis auf die bisherige bundesgerichtliche Praxis<sup>200</sup> – bestätigte.<sup>201</sup>

## 6. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

Zur Frage nach dem Verlust des Aufenthaltsrechts bzw. der Zulässigkeit von Fernhaltemassnahmen aufgrund einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 5 Anhang I FZA) – die nach ständiger und vom Bundesgericht übernommener Rechtsprechung des EuGH voraussetzt, dass eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft besteht, wobei an das persönliche Verhalten des Betroffenen angeknüpft und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss<sup>202</sup> – ist im Berichtszeitraum erneut eine grosse Zahl an Gerichtsentscheiden zu ver-

---

<sup>198</sup> Siehe insoweit den Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA. Aus der Gerichtspraxis BGer 2C\_882/2017 vom 7.12.2017 E. 2.3.2; BGer 2C\_303/2017 vom 29.5.2017 E. 3.2; BGer 2C\_813/2016 E. 5 vom 27.3.2017 (eingehender zu letzterem Urteil oben II.3.a)). Vgl. auch BVGer F-2848/2015 vom 30.1.2018 E. 7.

<sup>199</sup> Zum Grundsatz schon BGE 135 II 265 E. 3.3. Aus der neueren Rechtsprechung BGer 2C\_122/2017 vom 20.6.2017, wo aufgrund der Unterstützung durch die Ehefrau ausreichende finanzielle Mittel angenommen werden konnten (E. 3.3).

<sup>200</sup> Hingewiesen wird insbesondere auf: BGE 135 II 265 E. 3.7, wonach Ergänzungsleistungen mit Sozialhilfeleistungen gleichzusetzen sind, allerdings nur soweit diese tatsächlich bezogen werden. Siehe auch BGer 2C\_989/2011 vom 2.4.2012 E. 3.3.4; BGer 2C\_222/2010 vom 29.7.2010 E. 6.2.2.

<sup>201</sup> BGer 2C\_59/2017 vom 4.4.2017 E. 6. Siehe insoweit auch BGer 2C\_1171/2016 vom 26.10.2017 E. 4.2; BVGer 5969/2015 vom 13.6.2017 E. 9.6.

<sup>202</sup> Ausführlich hierzu, m.w.N. aus der Rechtsprechung, *Astrid Epiney*, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden* 2010, S. 3 ff.

zeichnen. Im Folgenden werden Urteile zu einzelnen Deliktarten, dem begünstigenden Umstand einer Verhaltensänderung sowie verfahrensrechtlichen Fragen überblicksartig vorgestellt.

a) *Drogendelinquenz*

Gemäss ständiger, auch im Berichtszeitraum weitergeführter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Bereich der Drogendelinquenz<sup>203</sup> eine strenge Beurteilung angezeigt, da es sich dabei um besonders schwerwiegende Delikte handle.<sup>204</sup> Aber auch auf dieser Grundlage differenziert das Bundesgericht durchaus und berücksichtigt insbesondere, ob die Delikte aus Suchtmotiven oder rein finanziellen Motiven begangen wurden, wobei auch im ersten Fall bei einer grossen Drogenmenge und der damit einhergehenden Gefährdung Dritter sowie der Generierung eines grossen Gewinns eine verminderte Rückfallgefahr nur sehr zurückhaltend anzunehmen sei.<sup>205</sup> Massgeblich ist bei der Beurteilung der Rückfallgefahr überdies die Funktion und die Verantwortung der betreffenden Person im Drogengeschäft. Insbesondere bei Personen der mittleren bzw. oberen Stufe – wie z.B. Drahtzieher und Leiter einer Drogenbande, Kontakteleute bzw. Ansprechpartner der Hauptlieferanten sowie Drogenhändler im Verkauf – sei von einer vergleichsweise höheren Rückfallgefahr auszugehen.<sup>206</sup> Auch die Schwere des Verschuldens und die Intensität und Dauer der deliktischen Tätigkeit könnten für eine erhöhte Rückfallgefahr sprechen,<sup>207</sup> wobei

---

<sup>203</sup> Zur diesbezüglichen Rechtsprechung siehe namentlich BGer 2C\_740/2017 vom 6.3.2018; BGer 2C\_991/2017 vom 1.2.2018; BGer 2C\_112/2017 vom 14.9.2017; BGer 2C\_44/2017 vom 28.7.2017; BGer 2C\_142/2017 vom 19.7.2017; BGer 2C\_828/2016 vom 17.7.2017; BGer 2C\_33/2017 vom 8.6.2017; BGer 2C\_1032/2016 vom 9.5.2017; BGer 2C\_1071/2016 vom 30.3.2017; BGer 2C\_1103/2015 vom 21.12.2016; BGer 2C\_860/2016 vom 2.12.2016; BGer 2C\_695/2016 vom 1.12.2016; BGer 2C\_560/2016 vom 6.10.2016; BGer 2C\_127/2016 vom 13.9.2016; BGer 2C\_997/2015 vom 30.6.2016; BGer 2C\_1112/2015 vom 8.6.2016; BVGer F-2343/2016 vom 26.3.2018; BVGer F-6954/2016 vom 16.3.2018; BVGer F-2685/2016 vom 7.9.2017; BVGer F-7485/2016 vom 1.9.2017; BVGer F-2522/2015 vom 2.6.2017; BVGer F-2721/2016 vom 17.5.2017; BVGE 2016/33 vom 12.10.2016; BVGer F-6553/2014 vom 8.7.2016; BVGer F-2222/2016 vom 21.3.2017 (zu diesem Urteil *Büchler/Hemmi/Müller/Achermann* (Anm. 95), S. 260).

<sup>204</sup> Siehe insbesondere BGer 2C\_1008/2016 vom 14.11.2017 E. 4.3; BGer 2C\_142/2017 vom 19.7.2017 E. 5.2.2; BGer 2C\_695/2016 vom 1.12.2016 E. 4.3.

<sup>205</sup> Siehe insoweit BGer 2C\_560/2016 vom 6.10.2016 E. 3.3; BGer 2C\_127/2016 vom 13.9.2016 E. 5.2; BGer 2C\_1112/2015 vom 8.6.2016 E. 6.2; BVGer 2343/2016 vom 26.3.2018 E. 4.6.2.

<sup>206</sup> BGer 2C\_1008/2016 vom 14.11.2017 E. 4.2; BGer 2C\_828/2016 vom 17.7.2017 E. 4.1; BGer 2C\_1071/2016 vom 30.3.2017 E. 5.1.1, 5.1.2; BGer 2C\_1103/2015 vom 21.12.2016 E. 4.3.2; BGer 2C\_860/2016 vom 2.12.2016 E. 3.1, 3.2.

<sup>207</sup> Namentlich bei über lange Zeit begangenen schwerwiegenden Delikte, siehe u.a. BGer



aber auch bei einer einzelnen Verurteilung eine solche angenommen werden könne und jedenfalls auch ausländische Urteile in die Beurteilung miteinzubeziehen seien.<sup>208</sup> Begünstigend seien ein lange andauerndes Wohlverhalten, eine berufliche Wiedereingliederung und ein stabiles soziales Umfeld zu berücksichtigen.

So wurde die Rückfallgefahr z.B. dann verneint, wenn eine einzige Verurteilung und ein stabiles berufliches und privates Umfeld vorlag.<sup>209</sup> Sodann erachtete das Bundesgericht die Wegweisung einer Person, deren Verurteilung bereits sieben Jahre zurücklag, die im Drogengeschäft keine Schlüsselrolle gespielt und den Kontakt zum Komplizen abgebrochen hatte, für nicht mit dem FZA in Einklang stehend.<sup>210</sup>

b) *Sexual- und Gewaltdelikte*

Auch bei Sexual- und Gewaltdelikten ist gemäss Bundesgericht angesichts der hochwertigen Schutzgüter – insbesondere der körperlichen und sexuellen Integrität – eine strenge Beurteilung der Rückfallgefahr angezeigt.<sup>211</sup> Dies bringe mit sich, dass auch bei einem relativ geringen Rückfallrisiko von einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung ausgegangen werden könne.<sup>212</sup> Persönlichkeitsstörungen oder Suchterkrankungen könnten überdies als negative Faktoren in die Beurteilung miteinbezogen werden.<sup>213</sup>

---

2C\_112/2017 vom 14.9.2017 E. 3.1, 3.2; BGer 2C\_860/2016 vom 2.12.2016 E. 3.1, 3.2; BVGer F-2685/2016 vom 7.9.2017 E. 6.4.1; BVGer 2522/2015 vom 2.6.2017 E. 7.2.

<sup>208</sup> Zum Vorliegen einer einzigen Verurteilung BVGer F-7485/2016 vom 1.9.2017 E. 7.2.2; zur Berücksichtigung im Ausland erfolgter Verurteilungen BGer 2C\_44/2017 vom 28.7.2017 E. 5.2; BGer 2C\_33/2017 vom 8.6.2017 E. 4.3.

<sup>209</sup> Siehe namentlich BGer 2C\_695/2016 vom 1.12.2016 E. 5; BVGer F-2222/2016 vom 21.3.2017 E. 4.3.

<sup>210</sup> BGer 2C\_997/2015 vom 30.6.2016 E. 4.6.

<sup>211</sup> BGer 2C\_401/2017 vom 26.3.2018 E. 4.5.2; BGer 2C\_991/2017 vom 1.2.2018 E. 5.3; BGer 2C\_389/2017 vom 10.1.2018 E. 4.1; BVGer F-6954/2016 vom 16.3.2018 E. 7.4.

<sup>212</sup> BGer 2C\_831/2016 vom 26.1.2017 E. 3.2.2.

<sup>213</sup> BGer 2C\_389/2017 vom 10.1.2018 E. 4.1; BGer 2C\_831/2016 vom 26.1.2017 E. 3.2.2; BGer 2C\_394/2016 vom 26.8.2016 E. 6.3.

c) *Strassenverkehrsdelikte*

Auch im Zusammenhang mit Strassenverkehrsdelikten weist das Bundesgericht in der Regel darauf hin, dass es sich – aufgrund der damit verbundenen Gefährdung Dritter – um nicht zu vernachlässigende Straftaten handle.<sup>214</sup>

So nahm das Bundesgericht beispielsweise im Fall eines Franzosen, der zwischen 1993 und 2013 zwölf Mal wegen Fahren in angetrunkenem Zustand und/oder Fahren ohne Führerausweis verurteilt worden war, eine Rückfallgefahr an. Massgeblich war dabei nebst der Gefährdung Dritter insbesondere die Schwere und mehrfache Begehung der Delikte. Beispielhaft wies das Bundesgericht dabei auf die Geschehnisse aus dem Jahr 2010 hin, als der Beschwerdeführer zweimal unter Alkoholeinfluss einen Sachschaden verursacht hatte, wobei er diesen entweder zu vertuschen versucht oder die Flucht ergriffen hatte. Eine Verhaltensänderung und insbesondere das Fahren ohne Alkoholeinfluss seien nicht zu erwarten.<sup>215</sup>

d) *Vermögensrechtliche Delikte*

Von besonderer Bedeutung sind bei der Beurteilung der Rückfallgefahr im Zusammenhang mit Vermögensdelikten nebst der Schwere des Verschuldens, der Intensität sowie Dauer der Delinquenz auch der entstandene Vermögensschaden und die damit verbundene Gefährdung Dritter.<sup>216</sup> Überdies zieht das Bundesgericht die persönlichen Motive in Betracht. Zu berücksichtigen sei namentlich der Umstand, ob die Delikte in einer prekären finanziellen Lage oder ungeachtet anderer Einnahmequellen, also nebst einer beruflichen Tätigkeit oder einer finanziellen Unterstützung Dritter, begangen wurden.<sup>217</sup> Eher für eine Rückfallgefahr spreche der Zusammenhang mit Gewaltdelikten, namentlich im Fall einer Verurteilung wegen qualifizierten Raubes.<sup>218</sup>

Eine differenziertere Beurteilung erfolgte hinsichtlich des Bettelns: Für sich genommen sei das Betteln zwar nicht hinreichend, um eine Gefährdung im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA zu begründen, in Kombination mit weiteren schwerwiegenden Delikten oder einer schwierigen finanziellen Lage, insbesondere einer Sozialhilfeabhängigkeit oder dem Vorliegen von Betreibungen

---

<sup>214</sup> Siehe BGer 2C\_991/2017 vom 1.2.2018; BGer 2C\_74/2016 vom 8.12.2016 (eingehender zu diesem Urteil oben II.6.f); BGer 2C\_108/2016 vom 7.9.2016; BGer 2C\_344/2016 vom 6.9.2016; BVGer F-2343/2016 vom 26.3.2018; BVGer F-2922/2015 vom 11.8.2017; BVGer C-7012/2013 vom 23.6.2016.

<sup>215</sup> BGer 2C\_344/2016 vom 6.9.2016 E. 5.1-5.2.

<sup>216</sup> BGer 2C\_702/2016 vom 30.1.2017 E. 4.2; BGer 2C\_412/2015 vom 18.7.2016.

<sup>217</sup> BGer 2C\_702/2016 vom 30.1.2017 E. 4.2.

<sup>218</sup> BGer 2C\_1097/2016 vom 20.2.2017 E. 4.2.

oder Verlustscheinen, sei die Annahme einer Rückfallgefahr aber nicht auszuschliessen.<sup>219</sup> Auf der anderen Seite betont das Bundesverwaltungsgericht zu Recht, allein ein bevorstehender Sozialhilfebezug stelle keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung dar. Denn hier handle es sich um einen wirtschaftlichen Grund, der vom *Ordre-public*-Vorbehalt ausgeschlossen sei.<sup>220</sup> Deutlich wird damit, dass ein drohender Sozialhilfebezug oder eine Verschuldung zwar bei der Beurteilung der Rückfallgefahr in Bezug auf gewisse Delikte berücksichtigt werden darf (wobei es zweifelhaft ist, ob damit die Bewertung der Delikte selbst in Bezug auf die Frage, ob sie ein Grundinteresse der Gemeinschaft betreffen, beeinflusst werden kann, wobei die Rechtsprechung diesbezüglich aber nicht ganz klar ist), jedoch nicht für sich allein im Rahmen von Art. 5 Anhang I FZA einen Wegweisungsgrund darstellen kann.

*e) Illegaler Aufenthalt und Erwerbstätigkeit*

Bei der Annahme einer Rückfallgefahr im Zusammenhang mit illegalen Einreisen, Aufenthalten und Erwerbstätigkeiten zeigte sich die Rechtsprechung eher zurückhaltend. So zweifelte das Bundesgericht in einem Fall mehrfach illegaler Einreisen und Aufenthalte zwar an der Fähigkeit des Betroffenen, sich an die Rechtsordnung zu halten, betonte aber gleichzeitig, es sei dem Beschwerdeführer lediglich darum gegangen, seine Familie – namentlich Frau und Kind – zu besuchen.<sup>221</sup> Auch das Bundesverwaltungsgericht lehnte eine hinreichende Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 5 Anhang I FZA trotz eines langjährigen illegalen Aufenthalts und einer Arbeitstätigkeit ohne Bewilligung und der Befürchtung weiterer illegaler Tätigkeiten ab, dies insbesondere, weil auch von der Intensität her kein Fall von schwerer Schwarzarbeit vorgelegen habe.<sup>222</sup>

*f) Günstige Prognose aufgrund einer Verhaltensänderung*

In gewissen Fällen – insbesondere bei Personen, die in der Schweiz geboren, seit langer Zeit hier wohnhaft sind oder starke Beziehungen zur Schweiz besitzen<sup>223</sup> – kann eine Verhaltensänderung des Betroffenen Grund zur Annahme

---

<sup>219</sup> BGE 143 IV 97 E. 2.3 (ausführlicher zu diesem Urteil oben II.5.a)) sowie BVGer F-5875/2015 vom 1.11.2016 E. 7.3.7-7.5.

<sup>220</sup> BVGer F-1148/2017, F-1151/2017, F-1153/2017 vom 7.7.2017.

<sup>221</sup> BGer 2C\_176/2017 vom 23.6.2017 E. 4.3. Eingehend zu diesem Urteil *Spescha*, in: FamPra.ch 1/2018 (Anm. 21), S. 180 f.

<sup>222</sup> BVGer F-5670/2016 vom 14.3.2017 E. 6.2-6.4. Siehe insoweit auch BVGer F-1148/2017, F-1151/2017, F-1153/2017 vom 7.7.2017.

<sup>223</sup> Vgl. insoweit auch *Valerio Priuli*, Die biographische Kehrtwende, in: dRSK vom

sein, dass keine schwerwiegenden Delikte (mehr) zu erwarten sind und die Rückfallgefahr daher zu verneinen ist.<sup>224</sup> Anlass für eine Neuorientierung können dabei gemäss Bundesgericht z.B. neue familiäre Bindungen, wie etwa eine Heirat oder die Geburt eines Kindes, sein.<sup>225</sup> Ein Indiz für eine Verhaltensänderung könne auch eine beruflich stabile Situation sein.<sup>226</sup> Im Fall einer Delinquenz im Zusammenhang mit einem Alkohol- oder Drogenkonsum kann nach mehrjähriger Abstinenz unter Umständen von einer Verhaltensänderung ausgegangen werden.<sup>227</sup> Ebenso könnten der Umstand, dass die (schwerwiegenden) Straftaten bereits lange zurückliegen<sup>228</sup> oder/und ein signifikanter Rückgang der kriminellen Energie eine Verhaltensänderung nahelegen.<sup>229</sup>

g) *Verfahrensrechtliche Fragen*

Im Berichtszeitraum befasste sich die Rechtsprechung auch mit verfahrensrechtlichen Fragen:

- In einem Entscheid vom 30. Mai 2017 stellte das Bundesgericht fest, eine Person, deren Aufenthaltsbewilligung bereits rechtskräftig widerrufen worden war, habe auf der Grundlage des FZA (ebenso wie im Rahmen der alleinigen Anwendung des innerstaatlichen Rechts) grundsätzlich nach fünf Jahren einen Anspruch auf Neubeurteilung, wobei bei Vorliegen besonderer Umstände auch eine vorherige inhaltliche Überprüfung angezeigt sein könne.<sup>230</sup> Denn gemäss einschlägiger und für die Schweiz massgeblicher EuGH-Rechtsprechung habe eine Neubeurteilung «nach angemessener Frist» zu erfolgen. Zur Konkretisierung dieser allgemeinen Vorgabe sehe die Unionsbürgerrichtlinie zwar eine dreijährige Frist vor, die Vorga-

---

22.1.2018, Rn. 24.

<sup>224</sup> Zur diesbezüglichen Rechtsprechung BGer 2C\_308/2017 vom 21.2.2018; BGer 2C\_116/2017 vom 3.10.2017; BGer 2C\_176/2017 vom 23.6.2017; BGer 2C\_74/2016 vom 8.12.2016; BGer 2C\_317/2016 vom 14.9.2016.

<sup>225</sup> Siehe namentlich BGer 2C\_317/2016 vom 14.9.2016 E. 5.2.

<sup>226</sup> Siehe beispielhaft BGer 2C\_116\_2017 vom 3.10.2017 E. 4.2; BGer 2C\_176/2017 vom 23.6.2017 E. 4.3.

<sup>227</sup> Z.B. BGer 2C\_308/2017 vom 21.2.2018 E. 5.3.

<sup>228</sup> So kam das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2017 zum Schluss, dass aufgrund des bereits 18 bzw. 12 Jahre zurückliegenden schwerwiegenden Fehlverhaltens und der Geringfügigkeit der nachfolgenden Delikte davon ausgegangen werden könne, dass dem Beschwerdeführer die Folgen seines Handelns bewusst geworden seien, vgl. BGer 2C\_176/2017 vom 23.6.2017 E. 4.3.

<sup>229</sup> Siehe z.B. BGer 2C\_74/2016 vom 8.12.2016 E. 3.1-3.2.

<sup>230</sup> BGer 2C\_253/2017 vom 30.5.2017.

ben dieser Richtlinie seien allerdings für die Schweiz als solche nicht massgeblich.<sup>231</sup> Das Bundesgericht orientierte sich daher vielmehr an den Vorgaben der RL 2008/115 («Rückführungsrichtlinie»)<sup>232</sup>, in deren Art. 11 Abs. 2 für Einreiseverbote eine Regelhöchstdauer von fünf Jahren vorgesehen ist. Diese Frist – so das Bundesgericht – könne auch für die Neubeurteilung eines Aufenthaltsanspruches herangezogen werden, wobei in besonderen Fällen eine vorherige Beurteilung erforderlich erscheinen könne.<sup>233</sup> Das Bundesgericht bestätigte diese Auffassung im darauffolgenden Jahr.<sup>234</sup>

Ein anderer Ansatz – obwohl die Unionsbürgerrichtlinie zweifellos als solche nicht im Verhältnis zur Schweiz massgeblich ist – wäre durchaus denkbar gewesen, hätte man doch davon ausgehen können, dass die in der Richtlinie 2004/38/EG vorgesehene Frist für die Freizügigkeit von originär freizügigkeitsberechtigten Personen vorgesehen bzw. als angemessen anzusehen ist, ein Grundgedanke, den man auch auf das FZA hätte übertragen können, zumal die Richtlinie 2008/115/EG gänzlich andere Sachverhalte regelt. Jedenfalls lässt der bundesgerichtliche Ansatz aber Raum für eine gewisse Flexibilität.

- Ein Bundesverwaltungsgerichtsurteil betraf dagegen die Frage nach der Zulässigkeit eines Einreiseverbots, das zum Zeitpunkt eines bereits geltenden Verbots verhängt und dessen Geltungsbeginn auf das Ende des noch geltenden Einreiseverbots gelegt wurde.<sup>235</sup> Zu Recht stellte das Gericht fest, dass die zwei Jahre nach Urteilsspruch angesetzte Gültigkeit problematisch sei, da nicht beurteilt werden könne, wie die Rückfallgefahr zwei Jahre später aussehen werde. Der Beginn der Gültigkeit sei daher jedenfalls am Entscheiddatum festzumachen.<sup>236</sup>

## 7. Dienstleistungsfreiheit

Zwei Urteile betrafen die Vereinbarkeit gewisser Massnahmen mit der im FZA verankerten Dienstleistungsfreiheit:

---

<sup>231</sup> Siehe schon BGer 2C\_487/2012 vom 2.4.2013 E. 4.4.3, auf den verwiesen wird.

<sup>232</sup> Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98 ff.

<sup>233</sup> BGer 2C\_253/2017 vom 30.5.2017 E. 4.5.

<sup>234</sup> BGer 2C\_790/2107 vom 12.1.2018.

<sup>235</sup> BVGer F-5141/2014 vom 30.9.2016.

<sup>236</sup> Ibid., E. 5.

- In einem Entscheid vom 22. Mai 2017 erachtete das Bundesgericht – in Anknüpfung an die einschlägige Rechtsprechung des EuGH<sup>237</sup> – eine «Dienstleistungssperre» von einem Jahr für ein Unternehmen mit Sitz in den Niederlanden infolge des Verstosses gegen in der Schweiz geltende Arbeits- und Lohnbedingungen, insbesondere der Höchstarbeitszeit sowie der Ruhezeiten, für mit dem FZA in Einklang stehend.<sup>238</sup> Denn die Massnahme stelle eine geeignete und den Umständen angepasste, verhältnismässige Abhilfemassnahme dar, namentlich zum Zweck der nach Art. 22 Abs. 2 FZA gebotenen Einhaltung der innerstaatlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Eine verbotene Diskriminierung liege nicht vor, zumal die damit einhergehende Ungleichbehandlung ausländischer Arbeitgeber aufgrund der objektiven Unterschiede im Bereich der Kontrolle der Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorgaben gerechtfertigt sei.<sup>239</sup>
- Als zulässig erachtete das Bundesverwaltungsgericht die in der Schweiz übliche Praxis, wonach die unentgeltliche Verbeiständung nur durch im Zuständigkeitsbereich des urteilenden Gerichts registrierte Anwälte wahrgenommen werden kann:<sup>240</sup> Die hinsichtlich der interkantonalen Freizügigkeit entwickelte Praxis, wonach die Einschränkung aufgrund der besseren Gewährleistung der Überwachungs- und Disziplinarfunktion gerechtfertigt sei,<sup>241</sup> könne auch auf das grenzüberschreitende Verhältnis übertragen werden. Insofern könne nicht von einer diskriminierenden Vorgabe gesprochen werden, zumal diese auch für in der Schweiz niedergelassene Anwälte gelte und eine grosszügigere Regelung eine Inländerdiskriminierung zur Folge hätte.<sup>242</sup>

Das Urteil überzeugt durchaus im Ergebnis und in weiten Teilen in der Begründung, sieht man vom Hinweis auf die Inländerdiskriminierung (die als solche kein in diesem Zusammenhang relevantes Element darstellen kann, steht doch die Frage nach der Tragweite des FZA zur Debatte) ab.

---

<sup>237</sup> EuGH Rs. C-315/13, *De Clercq*, Urteil vom 3.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2408, Rn. 63 ff.

<sup>238</sup> BGer 2C\_150/2016 vom 22.5.2017.

<sup>239</sup> BGer 2C\_150/2016 vom 22.5.2017 E. 4.2.

<sup>240</sup> BVGE 2016/37.

<sup>241</sup> Siehe namentlich BGer 5A\_175/2008 vom 8.7.2008 insb. E. 5.1. Siehe zur älteren Rechtsprechung, wonach für die Rechtmässigkeit der Massnahme insbesondere Gründe wie die bessere Kenntnis des kantonalen Prozessrechts, die Unterwerfung unter die kantonale Disziplinarhoheit sowie der Zwang zur Übernahme unentgeltlicher Mandate und der finanzielle Aspekt massgeblich waren, BGE 60 I 12 E. 2; BGE 67 I 1 E. 2; BGE 95 I 409 E. 5; BGE 113 Ia 69 E. 5c.

<sup>242</sup> BVGE 2016/37 E. 3.8.

## 8. Diplomanerkennung

In einem Entscheid vom 7. Dezember 2017 bejahte das Bundesgericht die Möglichkeit der Anerkennung eines österreichischen Meisterprüfungszeugnisses als eidgenössisches Diplom des Augenoptikers, dies obwohl die höhere Fachprüfung für Augenoptiker in der Schweiz seit 2011 nicht mehr abgelegt werden kann und daher einzig die Gleichwertigkeit mit dem *Bachelor of Science* (FHNW) in Optometrie geprüft werden kann.<sup>243</sup> Bei der Tätigkeit als Augenoptiker und Optometrist handle es sich um reglementierte Berufe, deren Bewilligungserteilung in der Kompetenz der Kantone liege. Gemäss geltenden kantonalen Bestimmungen werden Personen mit höherer Fachprüfung und eidgenössischem Diplom weiterhin zur selbstständigen Berufsausübung zugelassen, so dass (entgegen der Auffassung des Departements) nicht von einer Übergangsrechtlichen Regelung gesprochen werden könne und die Reorganisation der Berufsausbildung damit auch nichts am Besitz des Diploms bzw. der Ausübung der diesbezüglichen Tätigkeit geändert habe. Im Übrigen sei auch das Argument der Gesundheitsgefährdung im Bereich der Anerkennung nicht einschlägig, sei doch davon auszugehen, dass das Meisterprüfungsdiplom nicht von vornherein ungeeignet ist, um mit den in der Schweiz für die Ausübung als Augenoptiker erforderlichen Fähigkeitszeugnissen verglichen zu werden, dies umso mehr, als Inhaber schweizerischer Diplome der höheren Fachprüfung weiterhin zur selbstständigen Berufsausübung zugelassen werden, so dass eine Anerkennung des österreichischen Diploms nicht nur möglich, sondern mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz auch angezeigt erscheine.<sup>244</sup> Ähnlich argumentierte das Bundesverwaltungsgericht in einem Fall bezüglich der Anerkennung eines Nachdiploms bzw. gewisser Spezialisierungen im Bereich der Labormedizin.<sup>245</sup> Denn bei der Anerkennung seien jegliche schweizerischen Diplome zu berücksichtigen, die den Zugang zu einer bestimmten Tätigkeit ermöglichen, und zwar unabhängig davon, ob sie derzeit in der Schweiz noch erlangt werden können oder nicht.<sup>246</sup> Daher hätten die fraglichen

---

<sup>243</sup> BGer 2C\_472/2017 vom 7.12.2017. Siehe auch bereits BVGer B-5372/2015 vom 4.4.2017.

<sup>244</sup> BGer 2C\_472/2017 vom 7.12.2017 E. 3. Ausführlicher zum Vorliegen einer ungerechtfertigten Diskriminierung BVGer B-5372/2015 vom 4.4.2017 E. 6.4. Insbesondere argumentierte das Bundesverwaltungsgericht, dass die verweigerte Gleichwertigkeitsprüfung einzig Inhaber ausländischer Diplome und damit Staatsangehörige anderer Vertragsparteien betreffe und diese im Vergleich zu Inhabern altrechtlicher Diplome sowie bereits anerkannter ausländischer Diplome daher benachteiligt werden.

<sup>245</sup> BVGer B-3440/2015 vom 17.8.2017 insb. E. 3.6.3. Auf die Beschwerde ist das Bundesgericht nicht eingetreten; es hatte sich daher in der Sache nicht zu äussern. Siehe BGer 9C\_669/2017 vom 7.12.2017.

<sup>246</sup> BVGer B-3440/2015 vom 17.8.2017 insb. E. 3.6.3.

Diplome auch mit monodisziplinären Titeln der Labormedizin verglichen werden müssen.<sup>247</sup>

Die vorgestellte Gerichtspraxis überzeugt mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz. Soweit Inhaber altrechtlicher Diplome weiterhin Zugang zu gewissen Tätigkeiten haben, muss auch ausländischen Personen mit gleichwertigen Qualifikationen der entsprechende Zugang gewährt werden. M.a.W. dürfen ausländische Personen nicht einzig wegen des ausländischen Diploms schlechter gestellt werden. Daraus folgt schliesslich, dass jegliche Titel, die die Ausübung einer bestimmten beruflichen Tätigkeit ermöglichen, bei der Anerkennung in Betracht zu ziehen sind.<sup>248</sup>

### III. Schluss

Auch die vorliegende Übersicht über die jüngere Rechtsprechung zeigt, dass die schon seit Jahren verfolgte Linie einer intensiven Auseinandersetzung mit der europäischen Rechtslage und Rechtsprechung bei der Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens beibehalten und fortgeführt wurde. Damit wird bei der Auslegung des Abkommens und der Entscheidungsfindung das Abkommensziel – eine parallele Rechtslage – konsequent angestrebt und weitgehend verwirklicht, womit die Rechtsprechung einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit leistet. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass man einzelne Aspekte bestimmter Urteile kritisieren mag.

Allerdings zeigte sich im Berichtszeitraum vergleichsweise verstärkt das grundsätzliche Problem, welches aus dem völkerrechtlichen Charakter des Abkommens und dem Umstand, dass schweizerischen Gerichten der Weg des Vorabentscheidungsverfahrens nicht zur Verfügung steht, resultiert: Die Rechtsprechung betont zwar konsequent, sich (soweit das Abkommen auf Unionsrecht zurückgreift) an die Rechtslage in der Union anzulehnen und diese zugrunde zu legen; gleichzeitig ist jedoch gerade im Berichtszeitraum relativ häufig festzustellen, dass die konkrete Anwendung unionsrechtlicher Grundsätze im Rahmen des Abkommens der Rechtsprechung des EuGH nicht genügend Rechnung tragen dürfte. Bis zu einem gewissen Grad sind solche Divergenzen im Abkommen angelegt, wobei aber nicht zu verkennen ist, dass sie der Erreichung seiner Zielsetzung (eine Parallelität der Rechtslage) abträglich sind, zumal Divergenzen auch aufgrund der legislativen und judikativen Entwicklungen in der Union und der nur teilweisen „Anbindung“ an unionsrechtliche Konzepte auftreten (wodurch übrigens auch immer wieder Auslegungsfragen

---

<sup>247</sup> BVerfGE B-3440/2015 vom 17.8.2017 E. 10, 13.4.3.

<sup>248</sup> Siehe weiterführend zur diesbezüglichen früheren Rechtsprechung BVerfGE B-5495/2012 vom 4.6.2014; BVerfGE B-342/2008 vom 23.6.2009.



aufgeworfen werden). Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit sich die Rechtslage im Zuge des geplanten Abschlusses eines institutionellen Rahmenabkommens ändert. Der Rechtssicherheit jedenfalls könnte eine gewisse Abhilfe in diesem Zusammenhang sehr förderlich sein.