

Die rechtliche Stellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz – ein Vergleich ausgewählter Aspekte

Astrid Epiney/Tamara Civitella

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:
Astrid Epiney/Tamara Civitella, Die rechtliche Stellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz – ein Vergleich ausgewählter Aspekte, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2007/2008, Bern 2008, S. 3-58. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	2
II.	Gesetzliche Grundlagen.....	3
1.	Für Unionsbürger.....	3
2.	Für Drittstaatsangehörige.....	8
III.	Ausgewählte Aspekte der Rechtsstellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen im Vergleich	8
1.	Einreise	9
2.	Aufenthalt in der Schweiz	15
3.	Mobilität von Ausländern	30
4.	Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	35
5.	Integrationsanforderungen	38
6.	Familiennachzug	40
7.	Aufenthaltsbeendigung	48
IV.	Ausländerrechtliche Differenzierungen und Art. 8 BV – ein Problemaufriss	55
V.	Schluss	57

I. Einleitung

Am 1. Juni 2002 trat sowohl das Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten¹ als auch das Abkommen zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA)² in Kraft. Für Unionsbürger³ findet seitdem in Bezug auf die Voraussetzungen für einen (rechtmässigen) Aufenthalt in der Schweiz und die Aufenthaltsbedingungen das Freizügigkeitsabkommen Anwendung, während Drittstaatsangehörige⁴ unter das seit dem 1. Januar 2008 geltende Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer⁵ fallen, welches das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) ersetzt hat.

Aufgeworfen wird damit die Frage, in welchen Bereichen genau welche Unterschiede in Bezug auf die aufenthaltsrechtliche Stellung von Unionsbürgern einerseits und Drittstaatsangehörigen andererseits bestehen (III.), dies auf der Grundlage eines kurzen Hinweises auf die jeweils heranzuziehenden Rechtsgrundlagen und ihre hauptsächlichen Charakteristika (II.). Da die derzeitige gesetzliche Regelung zu einer (teilweisen) Ungleichbehandlung verschiedener „Kategorien“ von Ausländern in der Schweiz führt, sei sodann kurz auf ausgewählte Aspekte der Vereinbarkeit dieser Differenzierungen mit Art. 8 BV hingewiesen (IV.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (V.).

¹ SR 0.142.112.681, nachfolgend als „Freizügigkeitsabkommen“ bzw. FZA bezeichnet.

² SR 0.632.31, nachfolgend als „EFTA-Übereinkommen“ bezeichnet.

³ Worunter nach Art. 17 Abs. 1 EGV diejenigen Personen zu verstehen sind, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen. Da die Regelungen betreffend die EFTA-Staaten durch das erwähnte Abkommen zur Änderung des EFTA-Abkommens denjenigen der EG-Staaten angepasst wurde, gelten die Ausführungen zu den Unionsbürgern analog auch für die Staatsangehörigen von EFTA-Staaten, ohne dass diese jeweils explizit aufgeführt werden.

⁴ Wird nachfolgend von Drittstaatsangehörigen gesprochen, sind sämtliche Personen gemeint, welche nicht Staatsangehörige eines EU- oder EFTA-Staates sind.

⁵ SR 142.20, in diesem Beitrag „Ausländergesetz“ (AuG) genannt. Ebenfalls seit dem 1. Januar 2008 ist die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201, VZAE), die Verordnung über das Einreise- und Visumverfahren (SR 142.204, VEV), die neue Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (SR 142.205, VIntA) sowie die Verordnung über die Gebühren zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.209, GebV-AuG) in Kraft.

II. Gesetzliche Grundlagen

Ausgangspunkt des unter III. erfolgenden Vergleichs der Ausgestaltung ausgewählter aufenthaltsrechtlicher Aspekte von Unionsbürgern einerseits und Drittstaatsangehörigen andererseits sind die jeweils zum Zuge kommenden unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen: für Unionsbürger das Freizügigkeitsabkommen (1.) und für Drittstaatsangehörige das Ausländergesetz (2.).

1. Für Unionsbürger

Für Unionsbürger kommt das Freizügigkeitsabkommen zum Zuge, das Ausländergesetz hingegen nur insoweit, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichenden Bestimmungen enthält oder dem Ausländergesetz günstigere Vorgaben zu entnehmen sind (Art. 2 Abs. 2 AuG).⁶ Es ist hier nicht der Ort, im Einzelnen auf die Charakteristika des Freizügigkeitsabkommens einzugehen;⁷ erinnert sei in unserem Zusammenhang jedoch an folgende zentrale Elemente des Abkommens:

⁶ Vgl. bezüglich den günstigeren Regeln des AuG die Ausführungen und Aufzählungen in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709 (3735 f.).

⁷ Vgl. zum Freizügigkeitsabkommen etwa *Sebastian Benesch*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, 2007; *Walter Kälin*, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 ff.; *Martin Nyffenegger*, Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter besonderer Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts, 2001, 79 ff.; *Steve Peers*, The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: overview and Analysis, European Journal of Migration and Law 2000, 127 ff.; *Edgar Imhof*, Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit, SZS/RSAS 2000, 22 ff.; *Walter Kälin*, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 2002, 11 ff.; *Bettina Kahil-Wolff/Robert Mosters*, Das Abkommen über die Freizügigkeit EG-Schweiz, EuZW 2001, 5 ff.; *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff. 217 ff.; *Kay Hailbronner*, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, 48 ff.; *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 45 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 57 ff.

- Die Zielsetzung des Freizügigkeitsabkommens kann dahingehend zusammengefasst werden, dass im Wesentlichen im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zur Schweiz im Bereich der Personenfreizügigkeit parallele Grundsätze zur Anwendung kommen sollen wie im Verhältnis der EU-Staaten untereinander. Ausgenommen bleiben einige punktuelle Aspekte (z.B. Beschränkung des Abkommens auf kurzfristige Dienstleistungen oder Nichtübernahme, im Abkommen, des Konzepts der Unionsbürgerschaft).
- In diesem Sinn greifen weite Teile des Abkommens wörtlich oder sinngemäss auf gemeinschaftliche Konzepte bzw. Garantien zurück und lassen diese in das Abkommen einfließen.
- In materieller Hinsicht gewährleistet das Abkommen auf dieser Grundlage die Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit von Unionsbürgern parallel zur Rechtslage in der Europäischen Union; gleiches gilt für kurzzeitige Dienstleistungen. Weiter wird die Freizügigkeit Nichterwerbstätiger unter der Voraussetzung einer ausreichenden Krankenversicherung und hinreichender Existenzmittel ebenfalls grundsätzlich parallel zur Situation in der EU⁸ gewährleistet. Gleiches gilt für den Familiennachzug und die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Insofern soll also der freie Personenverkehr möglichst weitgehend gewährleistet werden.
- Gemäss Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen. Im Ergebnis wird aber auch die Rechtsprechung des EuGH nach der Unterzeichnung zumindest faktisch einen nachhaltigen Einfluss auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens entfalten, wobei aber auch aus rechtlicher

⁸ Wobei hier jedoch aufgrund des Erlasses der RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. 2004 L 158, 77, zu dieser Richtlinie *Astrid Epiney/Andrea Faeh*, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, 49, 59 ff.) derzeit gewisse Divergenzen zu verzeichnen sind, da die in der RL 2004/38 enthaltenen Neuerungen (noch) nicht in Bezug auf die Schweiz anwendbar sind. Hierzu *Christine Kaddous*, La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral, SZIER 2006, 213 ff.

Sicht gute Gründe für eine Pflicht zur „grundsätzlichen Berücksichtigung“ auch der nachfolgenden Rechtsprechung sprechen.⁹

- Vor diesem Hintergrund kann in Bezug auf die für die Auslegung des Abkommens zum Zuge kommenden Prinzipien (die sich wegen des völkerrechtlichen Charakters des Abkommens nach den einschlägigen völkerrechtlichen Regeln richten) der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss, grundsätzlich in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Gemeinschaftsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – zumindest auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift,¹⁰ und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Gemeinschaftsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.
- In der Schweiz¹¹ kommt dem Personenfreizügigkeitsabkommen – ausgehend von dem in der Bundesverfassung niedergelegten

⁹ Zu dieser Problematik ausführlich *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

¹⁰ Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 Erw. 6.2 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichts dürften hier aber tendenziell zu zurückhaltend sein, so wenn das Bundesgericht meint, es würden insofern teilweise andere Ziele verfolgt, als es nur um eine partielle Beteiligung an den betroffenen Grundfreiheiten gehe (Erw. 6.2). Abgesehen von dem Umstand, dass nicht wirklich ersichtlich ist, wie die (nicht) erfassten Teile zu präzisieren sein sollen, ist dieser Ansatz jedenfalls in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit kaum überzeugend, geht es hier doch offenbar um eine parallele Ausgestaltung der Rechtsregime; hieran ändert auch der Umstand nichts, dass es in der EU zusätzlich die Unionsbürgerschaft gibt.

¹¹ Zur Stellung der „Bilateralen Verträge“ im Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Andrea Egbuna-Joss*, Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Protmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Handbuch, 2007, 903 (910 ff.); s. auch *Christine Kaddous*, La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen*, 2006, 63 ff.

monistischen System – als solches seit seinem Inkrafttreten auch innerstaatlich Geltung zu, ohne dass ein irgendwie gearteter Transformationsakt notwendig wäre.¹² Grundsätzlich kommt ihm Vorrang gegenüber innerstaatlichem Recht jeden Ranges zu.¹³ Soweit die hierfür in der Schweiz – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegung des Abkommens – zum Zuge kommenden Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit (Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität bzw. hinreichende Bestimmtheit sowie Verpflichtung innerstaatlicher Behörden) gegeben sind,¹⁴ kommt den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommen unmittelbare Wirkung zu, so dass sich (begünstigte) Einzelne auf sie berufen können. Da die Bestimmungen des Abkommens betreffend den aufenthaltsrechtlichen Status von Unionsbürgern diesen entsprechende Rechte einräumen, deren hinreichende Bestimmtheit im Übrigen durch die Rechtsprechung des EuGH weitgehend geklärt ist und die sich an die Behörden richten, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich all diejenigen Abkommensbestimmungen, die die Rechte der Einzelnen betreffen (dies

¹² Vgl. zur Stellung der Bilateralen Abkommen im nationalen (schweizerischen) Recht ausführlich m.w.N. *Daniel Thürer/Carolyn Hillemanns*, Allgemeine Prinzipien, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Handbuch, 2007, 39 (42 ff.).

¹³ Vgl. zum Verhältnis Völkerrecht / Landesrecht nur den Überblick mit zahlreichen weiteren Nachweisen bei *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, 2007, Art. 5, Rn. 26 ff. Spezifisch mit Bezug zur Situation der Bilateralen Verträge *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Les cantons entre adhésion à l'UE et „voie bilatérale“: appréciation d'options sélectionnées de politique européenne du point de vue juridique, in: *Conférence des gouvernements cantonaux* (Hrsg.), *Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale: réflexions et besoin de réformes du point de vue des cantons. Rapports d'experts commandés par le groupe de travail « Europe – Réformes des cantons »*, 2006, 77 (175 ff.).

¹⁴ Zu diesen ausführlich m.w.N. im Zusammenhang mit den Bilateralen Abkommen *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2004/2005, Bern/Zürich 2005, 287 ff.; vgl. auch *Dieter W. Gossen/Claire de Coulon*, *Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten*, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Handbuch, Zürich/Basel/Genf 2007, 135 (Rz. 21). S. ansonsten zum Problemkreis *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, 2005; *Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger*, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, 2001; *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, *ZSR* 2007 I, 137 ff.

sind die meisten Bestimmungen des Abkommens), unmittelbar anwendbar sind.¹⁵

Das Freizügigkeitsabkommen wurde im Rahmen der „Bilateralen I“ abgeschlossen und ist dementsprechend mit den sechs weiteren sektoriellen Abkommen dieses „Pakets“ insofern verbunden, als bei Kündigung bzw. Nichtverlängerung eines der Abkommen die gesamten Abkommen der „Bilateralen I“ ausser Kraft treten (Art. 25 Abs. 4 FZA). Da das Freizügigkeitsabkommen zunächst für sieben Jahre abgeschlossen wurde, muss die Schweiz bis zum 31. Mai 2009 entscheiden, ob sie das Abkommen bzw. sämtliche Abkommen der „Bilateralen I“ weiterführen möchte, was mittels eines referendumsfähigen Bundesbeschlusses geschehen wird. In der Botschaft zur Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens sowie zu dessen Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien vom 18. März 2008 beantragt der Bundesrat dem Parlament die Weiterführung des Abkommens.¹⁶

Die EU umfasst heute 27 Mitgliedstaaten. Die volle Freizügigkeit gemäss dem Freizügigkeitsabkommen gilt seit dem 1. Juni 2007 „probeweise“ für Staatsangehörige der EU-15-Mitgliedstaaten, Malta und Zypern sowie gemäss dem EFTA-Übereinkommen für die EFTA-Staaten. Für die am 1. Mai 2004 der EU beigetretenen Staaten¹⁷ gelten noch Übergangsfristen¹⁸, so dass bezüglich dieser Staaten noch nicht die vollständige Freizügigkeit ihrer Staatsangehörigen zum Tragen kommt, währenddem für die erst am 1. Januar 2007 beigetretenen Mitglieder Rumänien und Bulgarien bis zur Unterzeichnung des entsprechenden Protokolls noch das neue Ausländergesetz gilt.¹⁹

Die gegenwärtigen Mitglieder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA, European Free Trade Association) sind Island, Norwegen, Liechtenstein und die Schweiz. Die vom 4. Januar 1960 stammende EFTA-Konvention wurde vollständig überarbeitet und der Rechtslage der zwischen der Schweiz und der EG bestehenden sektoriellen Abkommen der „Bilateralen I“ im Wesentlichen angepasst. Unter anderem wurde neu auch die Personenfreizügigkeit²⁰ in das Abkommen zur Änderung der EFTA-Konvention aufgenommen, welches – wie das Freizügigkeitsabkommen – seit dem 1. Juni 2002 in Kraft ist.

¹⁵ Ebenso *Thürer/Hillemanns*, in: *Bilaterale Verträge* (Fn. 12), 39 (47); *Fabrice Filliez*, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), *Accords Bilatéraux Suisse – UE* (Commentaires), 2001, 183 (193 ff.); Botschaft des Bundesrates, BBl. 1999 6437.

¹⁶ BBl. 2008 2135.

¹⁷ Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn. Obwohl auch Malta und Zypern am 1. Mai 2004 der EU beigetreten sind, werden sie in Bezug auf die Freizügigkeit wie die EU-15-Staaten behandelt.

¹⁸ Vgl. für die Übergangsbestimmungen u.a. *Grossen/Coulon*, in: *Bilaterale Verträge* (Fn. 14), 135 (Rz. 41 ff., Rz. 63 ff.); *Benesch*, Freizügigkeitsabkommen (Fn. 7), 85 ff.

¹⁹ Vgl. diesbezüglich die Botschaft zur Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens sowie zu dessen Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien vom 14. März 2008, BBl. 2008 2135.

²⁰ Vgl. Anhang K „Freizügigkeit (Freier Personenverkehr)“ des EFTA-Übereinkommens.

2. Für Drittstaatsangehörige

Aufenthalt und aufenthaltsrechtliche Stellung für Drittstaatsangehörige sind durch das eingangs bereits erwähnte Ausländergesetz (AuG) geregelt. Dieses seit dem 1. Januar 2008 geltende Gesetz regelt nunmehr – grösstenteils, im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage, auf Gesetzesstufe – den Aufenthalt und die aufenthaltsrechtliche Stellung umfassend und passte zudem die gesetzlichen Grundlagen an die herrschenden tatsächlichen Verhältnisse an. Bemerkenswert ist die grundsätzlich andere Philosophie des Ausländergesetzes im Vergleich zum Freizügigkeitsabkommen: Letztlich geht es in diesem im Wesentlichen um die Beschränkung der Einwanderung bzw. die selektive Auswahl von Drittstaatsangehörigen, denen die Einreise bzw. der Aufenthalt gestattet wird, wenn selbstredend auch gewisse Rechte – insbesondere im Zuge der sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Verpflichtungen²¹ – formuliert und gewisse Aspekte der Integration geregelt werden.

III. Ausgewählte Aspekte der Rechtsstellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen im Vergleich

Im Folgenden sollen nun ausgewählte Aspekte – wobei sich die Auswahl an der Bedeutung der jeweiligen Bereiche für die Ausländer und ihre Rechtsstellung orientierte – der Rechtsstellung von Unionsbürgern einerseits und Drittstaatsangehörigen andererseits vergleichend analysiert werden. Im Einzelnen geht es um folgende Bereiche: Einreise in die Schweiz (1.), Aufenthalt in der Schweiz (2.), Mobilität von Ausländern (3.), die Geltung des allgemeinen Diskriminierungsverbots (4.), Integrationsanforderungen (5.), Familiennachzug (6.) sowie die Aufenthaltsbeendigung (7.).

²¹ Zur aufenthaltsrechtlichen Bedeutung von Art. 8 EMRK, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden soll, *Minh Son Nguyen*, Droit public des étrangers, 2003, 252 ff.; unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR *Martina Caroni*, Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 191 (200 ff.); *Martina Caroni*, Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, 2006, 189 (195 ff.); *Martina Caroni*, Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, 2007, 215 (228 ff.).

1. Einreise

Die Einreise in die Schweiz²² wird nur dann gestattet, wenn bestimmte, gesetzlich definierte Voraussetzungen erfüllt sind, wobei diese Voraussetzungen unterschiedlich ausfallen, je nachdem ob es sich um Unionsbürger oder um Drittstaatsangehörige handelt.

a) Unionsbürger

Einem Unionsbürger ist die Einreise unter Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses zu gestatten (Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA); ein Visum darf nicht verlangt werden. Fraglich könnte sein, ob bereits bei der Einreise auch der Nachweis für die Rechtmässigkeit des sich zwingend an die Einreise anschliessenden Aufenthalts, die im Anhang I FZA gestaffelt nach dem Zweck des Aufenthalts im Einzelnen geregelt sind,²³ erbracht werden muss bzw. die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen müssen. Diese Frage ist im Gefolge der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die RL 68/360 und die RL 73/148²⁴ – denen Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA nachgebildet ist – zu verneinen: Der EuGH schliesst aus den entsprechenden Bestimmungen der Richtlinien, wonach als einzige Voraussetzung, von der die Mitgliedstaaten die Einreise der Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten abhängig machen dürfen, die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ist, dass die Mitgliedstaaten keine darüber hinausgehenden Anforderungen stellen dürfen; insbesondere darf nicht der Nachweis des Vorliegens der Aufenthaltsvoraussetzungen verlangt werden, der erst bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder -berechtigung gefordert werden kann. Dementsprechend darf bei der Einreise auch nicht nach Zweck und Dauer des Aufenthalts gefragt werden noch müssen bestimmte Geldmittel mitgeführt werden.²⁵

Liegen die Einreisevoraussetzungen vor, steht den Unionsbürgern ein entsprechendes subjektives Recht auf Einreise (und Aufenthalt²⁶) zu,²⁷ das gerichtlich geltend gemacht werden kann (vgl. Art. 11 FZA).

²² S. in Bezug auf Familienangehörige auch noch unten III.5.

²³ Vgl. im Einzelnen zu den verschiedenen Voraussetzungen je nach Aufenthaltszweck nur *Grossen/Coulon*, in: Bilaterale Verträge (Fn. 14), 135 (Rz. 73 ff.). S. auch noch unten III.2.

²⁴ RL 68/360 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen, ABl. 1968 L 257, 13; RL 73/148 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. 1973 L 172, 14.

²⁵ EuGH, Rs. C-68/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, I-2637, Rn. 11 ff.

²⁶ Hierzu noch unten III.2.

Fraglich könnte in diesem Zusammenhang sein, ob die Rechtsprechung des EuGH, wonach die Einreise nicht allein deshalb verweigert werden darf, weil die vorgeschriebenen Dokumente nicht mitgeführt wurden, sofern die betroffene Person zweifelsfrei ihre Identität sowie das Bestehen eines Aufenthaltsrechts nachweisen kann,²⁸ auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens zum Zuge kommt. Angesichts des Umstandes, dass auch bei Unionsbürgern nach dem Freizügigkeitsabkommen ein subjektives Recht auf Einreise besteht und der Personalausweis bzw. der Reisepass lediglich dem Identitätsnachweis dient, so dass dessen Besitz keine konstitutive Bedeutung zukommt und es sich hier nur um eine Modalität des Einreiserechts, nicht aber um eine „Vorbedingung“ handelt, sprechen die besseren Gründe für eine „Übertragung“ des Grundgedankens der erwähnten Rechtsprechung auf den Einreiseanspruch eines Unionsbürgers. Der entgegengesetzte Ansatz zöge im Übrigen die Konsequenz nach sich, dass aus rein formalen Gründen ein materiell bestehendes Einreiserecht ohne Wirkung bliebe.

Zu präzisieren bleibt allerdings, dass das Einreiserecht – wie auch die anderen im Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Rechte – aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden können (Art. 5 Anhang I FZA). Die Bedeutung dieser Begriffe kann in Anlehnung an die einschlägige Rechtsprechung des EuGH²⁹ wie folgt präzisiert werden (s. nunmehr auch Art. 27 RL 2004/38 sowie Art. 2, 3 RL 64/221):

- Es ist ausschliesslich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abzustellen.
- Dieses muss eine „tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr“ darstellen, das ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.³⁰ Eine strafrechtliche Verurteilung allein kann daher nicht ohne Weiteres eine Ausweisung begründen, und generalpräventive Begründungen sind damit von vornherein unzulässig.³¹
- Keinesfalls dürfen die Freizügigkeitsrechte aus wirtschaftlichen Gründen – also letztlich solche, die in der einen oder anderen Form protektionistische Zielsetzungen verfolgen – eingeschränkt werden.³²

²⁷ *Grossen/Coulon*, in: *Bilaterale Verträge* (Fn. 14), 135 (Rz. 30).

²⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-215/03 (*Oulane*), Slg. 2005, I-1215.

²⁹ EuGH, Rs. 30/77 (*Bouchereau*), Slg. 1977, 1999, Rn. 27/28; bestätigt u.a. in EuGH, Rs. C-348/96 (*Calfa*), Slg. 1999, I-21, Rn. 22-25.

³⁰ S. insoweit auch BGE 130 II 176, E. 2-4; vgl. auch *Marc Busslinger*, Das Freizügigkeitsabkommen aus der Sicht der Justiz, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), *Rechtsentwicklungen im schweizerischen Ausländerrecht*, St. Gallen 2004, 49 (57).

³¹ S. schon EuGH, Rs. 67/74 (*Bonsignore*), Slg. 1975, 297, Rn. 7.

³² Vgl. aus der Rechtsprechung zum Begriff der wirtschaftlichen Gründe im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten nur EuGH, Rs. C-398/95 (*Ypourgos Ergasias*), Slg. 1997, I-3091.

- Weiter ist bei der Entscheidung über die Ausweisung der Schutz des Familienlebens (vgl. Art. 8 EMRK) zu berücksichtigen, und ggf. ist ein angemessener Ausgleich zwischen dem Interesse des Aufnahmemitgliedstaates an der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einerseits und dem Interesse der betroffenen Personen am Schutz ihres Familienlebens andererseits zu suchen.³³
- Auch ganz allgemein ist schliesslich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren.

Insgesamt ist der Prüfungsmassstab des Gerichtshofs in Bezug auf das Vorliegen der skizzierten Voraussetzungen eher streng und der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten entsprechend eingeschränkt. Das Bundesgericht übernimmt in seiner Rechtsprechung diesen Ansatz, wenn es um die Einschränkung der sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergebenden Rechte geht.³⁴

b) *Drittstaatsangehörige*

Im Gegensatz zum Freizügigkeitsabkommen wird Drittstaatsangehörigen zwar kein subjektives Recht auf Einreise eingeräumt; allerdings definiert Art. 5 AuG eine Reihe von Voraussetzungen, die für die Einreise erfüllt sein müssen.³⁵ Diese gesetzlichen Voraussetzungen sind unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben – insbesondere den Geboten der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), der Willkürfreiheit (Art. 9 BV) und der Verhältnismässigkeit (vgl. Art. 36 BV) – anzuwenden, so dass die Behörden hier gerade nicht im rechtsfreien Raum handeln.³⁶ Diese Vorgaben können zu einer erheblichen Verringerung oder gar Reduzierung des Ermessensspielraums der Behörden auf Null führen.³⁷

³³ EuGH, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos), Slg. 2004, I-5257, Rn. 98 ff.; vgl. auch EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rn. 41; EuGH, Rs. C-109/01 (Akrich), Slg. 2003, I-9607, Rn. 58. S. auch die Formulierung in Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38.

³⁴ Vgl. z.B. BGE 129 II 215, Erw. 7; BG E 130 II 176; BGE 130 II, 488; BGE 129 IV 246.

³⁵ Wobei gemäss den vorgesehenen Ergänzungen des AuG im Rahmen der Umsetzung der Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen die Bestimmungen über das Visumverfahren und über die Ein- und Ausreise nur gelten, sofern die Schengen-Assoziierungsabkommen keine abweichenden Bestimmungen enthalten (BBJ 2007 7937, 7979, Art. 2 Abs. 4). Demgemäss finden die Bestimmungen des AuG sowie der Schengen-Assoziierungsabkommen kumulativ Anwendung, wobei eine dem AuG widersprechende Regelung diese verdrängt.

³⁶ Vgl. insoweit auch *Peter Uebersax*, in: Peter Uebersax/Peter Münch/Thomas Geiser/Martin Arnold (Hrsg.), *Ausländerrecht*, Basel 2002, Rz. 5.28 ff.

³⁷ So ist bei Vorliegen eines gültigen Visums und der sonstigen Einreisevoraussetzungen davon auszugehen, dass die Einreise grundsätzlich gestattet wird bzw. zu gestatten ist.

Neben einem Visum (sofern dieses erforderlich ist) und Ausweispapieren sind weitere Einreisevoraussetzungen (vgl. Art. 5 Abs. 1 AuG) das Vorhandensein notwendiger finanzieller Mittel³⁸, der Umstand, dass der Drittstaatsangehörige keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz³⁹ darstellt und das Fehlen von Fernhaltemassnahmen⁴⁰. Zudem müssen Drittstaatsangehörige für die gesicherte Wiederausreise Gewähr bieten, sofern nur ein vorübergehender Aufenthalt vorgesehen ist (Art. 5 Abs. 2 AuG).⁴¹ Im Übrigen können die zuständigen Behörden zur Feststellung und Sicherung der Identität von Drittstaatsangehörigen bei der Prüfung der Einreisevoraussetzungen die Erhebung biometrischer Daten anordnen.⁴²

Vgl. in diesem Sinn auch etwa Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3774; s. *Uebersax*, in: *Ausländerrecht* (Fn. 36), Rz. 5.12. Allerdings ist nicht schon mit dem Vorliegen eines Visums ein Recht auf Einreise gegeben, denn mit dem Visumsverfahren im Herkunftsland findet lediglich eine Vorprüfung statt, ob die Einreisevoraussetzungen im Einzelfall grundsätzlich vorliegen; die abschliessende Prüfung der Voraussetzungen wird erst an der Grenze vorgenommen, Botschaft des Bundesrates zum AuG, BBl 2002 3709, 3774. Falls somit beim Grenzübertritt die Einreisevoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, besteht die Möglichkeit der Annullierung des Visums, vgl. Weisungen des Bundesamtes für Migration (BFM), Visa und Grenzkontrolle (VGK), A-111.2.

³⁸ Art. 5 Abs. 1 lit. b AuG. Gemäss Art. 1 Abs. 2 VEV sind die finanziellen Mittel dann ausreichend, wenn sichergestellt ist, dass während des Aufenthaltes in der Schweiz keine Sozialhilfeleistungen bezogen werden. Der Nachweis ausreichender finanzieller Mittel kann mit Bargeld oder Bankguthaben, mit einer Verpflichtungserklärung, einer Reiseversicherung oder einer anderen Sicherheit erbracht werden (vgl. für weitere Ausführungen Art. 6-10 VEV). In der Regel müssen bei einem Aufenthalt auf eigene Kosten Eigenmittel in Höhe von SFr. 100.- pro Aufenthaltstag, SFr. 30.- für Studenten, vorhanden sein (Weisungen BFM, VGK, A-272).

³⁹ Es handelt sich bei den Begriffen der „öffentlichen Ordnung“, „öffentlichen Sicherheit“ und „internationalen Beziehungen der Schweiz“ um unbestimmte Rechtsbegriffe, die im Einzelfall konkretisiert werden müssen (Weisungen BFM, VGK, A-242). Als Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung können z.B. gewalttätige Hooligans oder politisch unerwünschte Personen gesehen werden, welche mit der Absicht einreisen wollen, rassistisches Gedankengut zu verbreiten oder Hass zu predigen, vgl. *Marc Spescha*, in: *Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli*, *Kommentar Migrationsrecht*, Zürich 2008, Art. 5 AuG, Rn. 3.

⁴⁰ In den Art. 64 ff. AuG sind die Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen enthalten.

⁴¹ Häufig scheitern die Einreisen, insbesondere aus politisch instabilen Ländern, an dieser Voraussetzung, wobei aber auch immer die persönlichen Verhältnisse beachtet werden müssen, vgl. z.B. BVGer C-686/2006 oder C-721/2006.

⁴² Art. 102 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 87 VZAE. Bei den biometrischen Daten handelt es sich um Fingerabdrücke, Fotos sowie DNA-Profile.

c) *Fazit*

Vergleicht man die Einreisevoraussetzungen für Unionsbürger einerseits und Drittstaatsangehörige andererseits ist für erstere einzige Voraussetzung für die Einreise in die Schweiz das Vorweisen eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses. Weitere Voraussetzungen dürfen nicht formuliert werden, sondern können ggf. im Rahmen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis geprüft werden.⁴³

Im Gegensatz dazu unterliegen Drittstaatsangehörige einer ganzen Reihe zusätzlicher Einreisevoraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, um die Erlaubnis für die Einreise in die Schweiz zu erhalten, auf die zudem kein subjektives Recht besteht, wenn auch die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen die Behörden in der Regel verpflichten wird, die Einreise bei Vorliegen der Voraussetzungen zu gestatten. Somit wird bereits bei der Einreise von Drittstaatsangehörigen dahingehend „vorselektioniert“, als nur diejenigen in die Schweiz Einlass finden, welche die strengen Voraussetzungen zu erfüllen vermögen. Zu denken ist insbesondere an die notwendigen finanziellen Mittel sowie an die gesicherte Wiederausreise. Zu erwähnen ist aber auch die weitergehende Möglichkeit der Einschränkung der Einreisemöglichkeit: Einmal kann diese auch aus Gründen des Schutzes der internationalen Beziehungen der Schweiz erfolgen, womit auf einen sehr auslegungsbedürftigen Begriff, der den Behörden einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnen dürfte, Bezug genommen wird. Weiter müssen in Bezug auf die Verweigerung der Einreise aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auch nicht die strengen Massstäbe des Gemeinschaftsrechts bzw. des Freizügigkeitsabkommens zur Anwendung kommen, und im Rahmen der Anwendung des Ausländergesetzes bei Drittstaatsangehörigen das Vorliegen dieser „Ausnahmebestimmung“ leichter bejaht werden (können) als im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, eine Tendenz, die sich durchaus auch in der Rechtsprechung findet.

Insbesondere ist bzw. war es nach der bundesgerichtlichen Praxis zulässig, im Falle der Verurteilung einer Person wegen bestimmter Straftaten bzw. im Falle der Verhängung bestimmter Strafen grundsätzlich die Einreise zu verweigern bzw. den Aufenthalt zu beenden, so dass gerade nicht zwingend auf das persönliche Verhalten abzustellen ist,⁴⁴ wenn auch jedenfalls eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, so dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist.⁴⁵ Auch dürfte die Schwelle der Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Rahmen des Ausländergesetzes niedriger anzusetzen sein als im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, verlangt der EuGH doch das Vorliegen einer „tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr“, die ein Grundinteresse-

⁴³ Hierzu sogleich unten III.2.

⁴⁴ Vgl. etwa BGE 120 Ib 131.

⁴⁵ Vgl. BGE 125 II 521 Erw. 2a.

se der Gesellschaft berührt. Gemäss Ausländerrecht ist jedoch bereits dann eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegeben, „wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt“ (Art. 80 Abs. 2 VZAE), wobei diese Umschreibung Bezug nimmt auf den Widerruf von Bewilligungen (vgl. Art. 62 lit. c und Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG). Bei einem solchen Widerruf wird jedoch explizit eine erhebliche oder wiederholte bzw. eine schwerwiegende Gefährdung verlangt, was dem Umstand Rechnung trägt, dass es sich hier um einen Eingriff in eine bereits bestehende Bewilligung und nicht um die Verweigerung der Einreise handelt. Es kann daher betreffend die Einreisevoraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c AuG davon ausgegangen werden, dass, wenn den Behörden Indizien vorliegen, dass die einreisewillige Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstösst, die Einreise verweigert wird. Ferner ist diesbezüglich zu beachten, dass gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. a AuG ein Einreiseverbot gegenüber Ausländerinnen und Ausländer ausgesprochen werden kann, wenn diese gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Ein solches Einreiseverbot wird dann verhängt, wenn die Einreise von unerwünschten Ausländern in die Schweiz verhindert werden soll.⁴⁶ Eine solche Einreisesperre kann als präventive Massnahme auch dann verhängt werden, wenn eine Person im Ausland straffällig geworden ist, sofern ein Bezug zur Schweiz gegeben ist.⁴⁷ Als mildere Massnahme zu einer Verhängung einer Einreisesperre kann somit die Beurteilung der Nichterfüllung der Einreisevoraussetzungen gesehen werden, d.h., einem einreisewilligen Ausländer wird lediglich die Einreise in die Schweiz gestützt auf die Begründung einer Darstellung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen zur Schweiz verweigert, ohne jedoch gleich eine Einreisesperre gegen ihn zu verhängen.⁴⁸

Diese Divergenzen dürften auch damit im Zusammenhang stehen, dass diese Einschränkung im Gemeinschaftsrecht und im Freizügigkeitsabkommen als Ausnahme zum Grundsatz der Freizügigkeit ausgestaltet ist, die eng auszulegen ist, während die Verneinung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch die betreffende Person in Art. 5 Abs. 1 AuG als positive Einreisevoraussetzung formuliert wird.

⁴⁶ Vgl. *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 67, Rn. 1.

⁴⁷ BBl 2002 3709, 3813.

⁴⁸ Vgl. bezüglich der Verhängung einer Einreisesperre aus der jüngeren Rechtsprechung, insb. gestützt auf strafrechtliche Verurteilungen, bspw. BVGer C-123/2006, wonach eine Einreisesperre insbes. einer Gefahr künftiger Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit begegnen will (E. 4.2), oder C-84/2006, wobei diese sich auf die Einreisesperre des Art. 13 aANAG stützen, welche im AuG durch das Einreiseverbot gemäss Art. 67 Abs. 1 AuG ersetzt wurde (vgl. *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht, Fn. 39, Art. 67, Rn. 1).

2. Aufenthalt in der Schweiz

Sowohl das neue Ausländergesetz als auch das Freizügigkeitsabkommen bzw. die entsprechende Ausführungsgesetzgebung in der Schweiz beinhalten diverse Bewilligungsarten: Bei beiden wird unterschieden zwischen Kurzaufenthaltsbewilligung, (Dauer-)Aufenthaltsbewilligung sowie Grenzgängerbewilligung⁴⁹, wobei jedoch je nach gesetzlicher Grundlage und Adressatenkreis unterschiedliche Rechte mit der jeweiligen Bewilligung verbunden sind;⁵⁰ weiter differieren ihre rechtliche Tragweite sowie die Voraussetzungen der Erteilung einer solchen Bewilligung. Die Niederlassungsbewilligung wird durch das Freizügigkeitsabkommen nicht tangiert, diese wird weiterhin nur durch das Ausländergesetz geregelt.⁵¹

Nachfolgend wird zunächst auf die Anforderungen zur Erlangung einer Kurzaufenthalts- bzw. einer (Dauer-)Aufenthaltsbewilligung eingegangen, welche mit dem Recht verbunden ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (a). Weiter werden die Bewilligungen behandelt, die es Personen erlaubt, sich auch ohne Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufzuhalten (b), und es wird auf das sog. „Verbleiberecht“ hingewiesen (c), um schliesslich noch kurz auf die Niederlassungsbewilligung einzugehen (d). Dabei ist jeweils zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen zu unterscheiden. Hingegen werden die Bewilligungen, die auf Grund eines Familiennachzuges ausgestellt werden, in einem eigenen Abschnitt erörtert.⁵²

a) *Erwerbstätige Personen*

aa) Unionsbürger

Das Freizügigkeitsabkommen verankert für Unionsbürger einen Anspruch und damit ein subjektives Recht, sich in der Schweiz aufzuhalten, um einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA). Dieses Recht gilt nach der Massgabe des Anhangs I FZA für Arbeitnehmer, selbständig Erwerbende sowie Dienstleistungserbringer und -empfänger.

⁴⁹ Auf diese wird im vorliegenden Beitrag nicht weiter eingegangen.

⁵⁰ Vgl. für die diversen Bewilligungsarten für Unionsbürger Art. 4 VEP; für diejenigen für Drittstaatsangehörige Art. 32-35 AuG. Für eine schematische Darstellung der verschiedenen Bewilligungsarten des Freizügigkeitsabkommens *Thomas Loher*, Personenfreizügigkeit nach Schweizer Recht, in: Personenfreizügigkeit, 35. Tagung der DACH in Ljubljana vom 21. bis 23. September 2006, 2006, 61 (69).

⁵¹ Vgl. für Unionsbürger Art. 5 VEP, welcher für eine Niederlassungsbewilligung auf das AuG und die VZAE sowie auf die von der Schweiz abgeschlossenen Niederlassungsvereinbarungen verweist.

⁵² Hierzu unten III.6.

Dieser Anspruch ändert allerdings nichts daran, dass auch Unionsbürger der Bewilligungspflicht unterliegen und sich daher dem Anmelde- und Bewilligungsverfahren in der Schweiz unterziehen müssen, das dem Verfahren für Drittstaatsangehörige folgt.⁵³ So hält denn auch Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA fest, dass zum Nachweis des Rechts, sich in einem Hoheitsgebiet einer Vertragspartei aufzuhalten und einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu dürfen, eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Allerdings kommt diesen Bewilligungen lediglich deklaratorische Bedeutung zu, da sich das Recht auf Aufenthalt bereits direkt aus dem Freizügigkeitsabkommen ergibt; auch insofern ist die Rechtslage also unter dem FZA parallel zu derjenigen im Gemeinschaftsrecht ausgestaltet.⁵⁴ Dies impliziert auch, dass von Unionsbürgern, die sich ohne entsprechende Bewilligung in der Schweiz aufhalten, nicht allein wegen des Fehlens einer Bewilligung die Ausreise verlangt werden kann;⁵⁵ auch ganz allgemein darf das Nichterfüllen verfahrensrechtlicher Voraussetzungen nicht zum Erlöschen des Aufenthaltsrechts führen, immer vorausgesetzt, die betreffende Person vermag die ihm zugrunde liegenden Umstände zu belegen. Im Falle der Nichteinhaltung der vorgesehenen Verwaltungsformalitäten kann der Aufnahmemitgliedstaat damit zwar gewisse verhältnismässige und nicht diskriminierende Sanktionen ergreifen, nicht aber allein aus diesem Grund den Aufenthalt beenden.

Unionsbürger erhalten eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren mit automatischer Verlängerung um weitere fünf Jahre,⁵⁶ sofern ein Arbeitsverhältnis eingegangen wurde, welches mindestens ein Jahr dauert (Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA). Eine Kurzaufenthaltsbewilligung wird dagegen erteilt, wird ein Arbeitsverhältnis von mehr als drei Monaten – bei weniger als drei Monaten wird keine Aufenthaltserlaubnis benötigt⁵⁷ – und weniger als einem Jahr eingegangen (Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA).⁵⁸ Voraussetzungen für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung bzw. einer Daueraufenthaltsbewilligung sind lediglich die Vorlage des Ausweises, mit dem der Ar-

⁵³ Gemäss Art. 9 VEP gelten für das Anmelde- und Bewilligungsverfahren die Art. 10-13, 15 AuG sowie Art. 9, 10, 12, 13, 15 und 16 VZAE.

⁵⁴ Vgl. nur EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1979, 497, Rn. 31/33; EuGH, Rs. 8/77 (Sagulo), Slg. 1977, 1495, Rn. 8.

⁵⁵ Gemäss Art. 6 Abs. 7 Anhang I FZA darf die Erledigung der Formalitäten für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis die fristgerechte Erfüllung der von Unionsbürgern geschlossenen Arbeitsverträge nicht behindern.

⁵⁶ Bei der ersten Verlängerung kann die Gültigkeitsdauer beschränkt werden, wenn der Inhaber seit mehr als zwölf aufeinander folgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist; sie darf jedoch ein Jahr nicht unterschreiten (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Anhang I FZA).

⁵⁷ Es besteht aber eine Meldepflicht vor Aufnahme der Erwerbstätigkeit. Eine Bewilligungspflicht besteht weiterhin für EG-8-Staatsangehörige (Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn).

⁵⁸ Die Dauer der Kurzaufenthaltsbewilligung entspricht der Dauer des eingegangenen Arbeitsverhältnisses.

beitnehmer in die Schweiz eingereist ist sowie die Einstellungserklärung des Arbeitgebers oder eine Arbeitsbescheinigung (Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA). Werden diese Voraussetzungen erfüllt, besteht für die Erteilung einer Kurz- bzw. Daueraufenthaltsbewilligung⁵⁹ ein Anspruch auf Seiten des Arbeitnehmers. Auch ein Selbständigerwerbender erhält nach erbrachtem Nachweis, dass er sich zum Zweck der Selbständigkeit niederlassen will, eine Aufenthaltserlaubnis von mindestens fünf Jahren (Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA).

Eine weitere Möglichkeit für Unionsbürger ist der Aufenthalt im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei zum Zweck der Stellensuche: Die Staatsangehörigen der Vertragsparteien dürfen sich zum Zweck der Stellensuche in das Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates begeben oder nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit einer Dauer von weniger als einem Jahr im Hoheitsgebiet des betreffenden Staates verbleiben, und zwar für die Dauer von sechs Monaten,⁶⁰ wobei sie während der Dauer der Stellensuche von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden können (Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 Anhang I FZA).⁶¹

Hingegen wird man – ebenso wie im Gemeinschaftsrecht – nicht allgemein als Voraussetzung für ein Aufenthaltsrecht mit dem Ziel der Stellensuche verlangen können, dass die Unionsbürger über ausreichende Existenzgrundlagen verfügen, denn diese Voraussetzung besteht ausdrücklich nur bei Nichterwerbstätigen und ist dem Gemeinschaftsrecht in Bezug auf Personen, die von den Grundfreiheiten Gebrauch machen, unbekannt, so dass Art. 2 Abs. 2 FZA gemäss den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen des Abkommens⁶² parallel zur Rechtslage im Gemeinschaftsrecht auszulegen ist.

Eine andere Frage ist diejenige danach, ob und inwieweit Unionsbürger während der Stellensuche Zugang zu sonstigen Leistungen des Aufnahmestaates haben. Hier ist zunächst auf Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA hinzuweisen, wonach die Unionsbürger Anspruch auf die gleiche Hilfe, wie sie die Arbeitsämter dieses Staates eigenen Staatsangehörigen leisten, zu gewähren haben. Hingegen findet Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, wonach Arbeitnehmer die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie die Inländer geniessen, nicht auf Stellensuchende Anwendung, sind diese doch keine Arbeitnehmer.⁶³

⁵⁹ Ist ein Arbeitnehmer bereits im Besitze einer gültigen Aufenthaltserlaubnis, darf diese ihm nicht deshalb entzogen werden, weil er keine Beschäftigung mehr hat, entweder weil er infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig ist oder weil er unfreiwillig arbeitslos geworden ist (Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA).

⁶⁰ Gemäss Art. 18 VEP wird für einen Aufenthalt zum Zweck der Stellensuche, der drei Monate nicht übersteigt, keine Bewilligung benötigt. Für eine länger dauernde Suche wird eine Kurzaufenthaltsbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von drei Monaten erteilt, welche bis zu einem Jahr verlängert werden kann, sofern Suchbemühungen nachgewiesen werden können und begründete Aussicht auf eine Beschäftigung besteht.

⁶¹ Vgl. dazu m.w.H. BGer 2A.565/2003, E. 3.1.

⁶² S.o. II.1.

⁶³ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, in Bezug auf die parallele Vorschrift des einschlägigen Sekundärrechts (Art. 7 VO 1612/68). Unklar in Bezug

Allerdings geht die jüngere Rechtsprechung des EuGH davon aus, dass einem Arbeitnehmer, der in einem anderen Mitgliedstaat auf Arbeitssuche ist, Zugang zu dem dort existierenden Recht auf „Beihilfe für Arbeitssuchende“ zu gewähren ist.⁶⁴ Im Einzelnen hielt der Gerichtshof Folgendes fest:

- Art. 39 EGV stelle (auch) eine Ausprägung des Diskriminierungsverbots nach Art. 12 EGV dar, so dass der Anwendungsbereich des Art. 39 EGV im Lichte des Art. 12 EGV auszulegen sei. In Bezug auf letzteren ergebe sich aber aus der Rechtsprechung⁶⁵, dass die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung in ihren Anwendungsbereich falle. Daher könne angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der diesbezüglichen Rechtsprechung in Bezug auf Art. 12 EGV eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, nicht (mehr⁶⁶) vom Anwendungsbereich des Art. 39 EGV ausgenommen werden, so dass in Bezug auf solche finanziellen Leistungen aus Art. 39 EGV ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit abzuleiten sei. Im Ausgangsfall liege eine solche Diskriminierung vor, da die in Frage stehende Sozialleistung lediglich Personen mit ihrem gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich gewährt werde und diese Voraussetzung von Inländern „leichter“ erfüllt werden könne als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.
- Ein solches Erfordernis könne aber aus objektiven Gründen und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips gerechtfertigt werden. Ein legitimes Anliegen sei die Sicherstellung einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Leistungsempfänger und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt. Ein Wohnortfordernis sei zur Erreichung dieser Zielsetzung zwar grundsätzlich geeignet, jedoch sei auch der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten, dem insbesondere zu entnehmen sei, dass die Anwendung des Wohnortfordernisses auf klaren und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müsse; auch sei ein Erfordernis einer Mindestaufenthaltsdauer nur soweit zulässig, als es notwendig ist, damit die Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Arbeitssuche auf dem entsprechenden Arbeitsmarkt ist.

Zwar handelt es sich hier zweifellos um eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung, so dass das Urteil nicht unter die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu

auf die Auslegung des Art. 9 Abs. 2 FZA insoweit *Grossen/Coulon*, in: *Bilaterale Verträge* (Fn. 14), 135 (Rz. 87).

⁶⁴ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703.

⁶⁵ S. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

⁶⁶ S. unter Bezugnahme auf die VO 1612/68 EuGH, Rs. 316/85 (Lebon), Slg. 1987, 2811.

berücksichtigende Rechtsprechung fällt. Allerdings sprechen gute Gründe für seine Übertragung auf Art. 2 Abs. 2 Anhang I i.v.m. Art. 2 FZA (allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit), denn parallel zur Situation im Gemeinschaftsrecht geht es auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens um die Ausübung eines sich aus dem Abkommen ergebenden Aufenthaltsrechts (mit dem Ziel der Arbeitssuche).⁶⁷ Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, dass es sich bei derartigen Hilfen um „Sozialhilfe“ im Sinne des Abkommens handle, von der Stellensuchende nach Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 2 Anhang I FZA ausgeschlossen werden können: Denn der Begriff der Sozialhilfe dürfte sich auf beitragsunabhängige Sozialleistungen für bestimmte, sich in dem jeweiligen Staat aufhaltende Personen beziehen, wobei sich der Kreis der Berechtigten ausschliesslich nach Kriterien der Bedürftigkeit orientiert, während es hier um eine spezifisch (zukünftigen) Arbeitnehmenden zugute kommende Leistung ging. Allgemein wird man daher aus dem Urteil für die rechtliche Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens ableiten können, dass all diejenigen Vergünstigungen oder Leistungen (etwa Hilfestellung bei der beruflichen Eingliederung, Weiterbildungsangebote oder Beschäftigungsprogramme), die spezifisch im Hinblick auf eine erfolgreiche Eingliederung in die Arbeitswelt bestehen, auch Unionsbürgern offen stehen müssen, es sei denn, die skizzierten Voraussetzungen für eine Einschränkung liegen vor.

bb) Drittstaatsangehörige

Im Einzelnen ergibt sich der Zugang eines Drittstaatsangehörigen zur Schweiz aus dem Ausländergesetz und der Verordnung über das Einreise- und Visumverfahren.

Bei Erfüllung bestimmter Bedingungen wird Drittstaatsangehörigen die Einreise in die Schweiz sowie ein sog. bewilligungsfreier Aufenthalt⁶⁸ erlaubt. Unter gewissen Umständen kann eine Bewilligung für einen längeren Aufenthalt in der Schweiz erteilt werden. Dabei ist zwischen diversen Bewilligungsarten zu unterscheiden, je nachdem während welcher Zeitdauer und zu welchem Zweck sich ein Drittstaatsangehöriger in der Schweiz aufhalten möchte. Gemäss Ausländergesetz kann um eine Kurzaufenthaltsbewilligung, eine Aufenthaltsbewilligung, eine Niederlassungsbewilligung sowie eine Grenzgängerbewilligung ersucht werden (Art. 32 ff. AuG). Eine Kurzaufenthaltsbewilligung wird für

⁶⁷ Vgl. schon *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, 41 (50 ff.).

⁶⁸ Art. 9 VZAE, wobei die Einreisevoraussetzungen (zu diesen oben III.1.b) während des gesamten bewilligungsfreien Aufenthalts erfüllt sein müssen. Ein bewilligungsfreier Aufenthalt ist für die Zeitdauer von drei Monaten möglich, allerdings nur für nicht erwerbstätige Personen, Art. 10 Abs. 1 AuG.

befristete Aufenthalte bis zu einem Jahr erteilt und ist mit einem bestimmten Aufenthaltszweck verbunden; eine Verlängerung ist maximal bis zu zwei Jahren möglich (Art. 32 AuG). Eine Aufenthaltsbewilligung wird für Aufenthalte, die mehr als ein Jahr dauern, erteilt (Art. 33 AuG), dient aber ebenfalls einem bestimmten Aufenthaltszweck und kann, wie die Kurzaufenthaltsbewilligung, mit weiteren Bedingungen⁶⁹ verbunden werden. Auch ein Anspruch auf Verlängerung besteht grundsätzlich nicht,⁷⁰ insbesondere wenn der der Aufenthaltsbewilligung zugrunde liegende Zweck erfüllt ist, z.B. die Erwerbstätigkeit nicht mehr ausgeübt wird. Eine Verlängerung ist aber möglich (Art. 32, 33 AuG).

Bei einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit ist grundsätzlich immer eine Bewilligungspflicht gegeben und zwar unabhängig von der Aufenthaltsdauer (Art. 11 Abs. 1 AuG).⁷¹ Bei einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung für den Aufenthalt in der Schweiz.⁷² Denn die entsprechenden Vorschriften (Art. 18, 19 AuG) enthalten lediglich „Kann-Bestimmungen“, so dass es im Ermessen der Behörden steht, ob und inwieweit Ausländer und Ausländerinnen zugelassen werden, wobei aber die bereits an anderer Stelle erwähnten⁷³ allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze (Art. 8, 9, 36 BV) zu beachten sind.

Weiter ist in diesem Zusammenhang auf Art. 17 AuG hinzuweisen, wonach Ausländerinnen und Ausländer, welche rechtmässig in die Schweiz eingereist sind und erst nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, diesen Entscheid – im Gegensatz zum alten Recht – im Ausland abzuwarten haben.⁷⁴

⁶⁹ Insbesondere kann eine Integrationsvereinbarung mit einer solchen Bewilligung verbunden werden (Art. 5 VIntA). Hierzu auch noch unten III.5.

⁷⁰ Ein Anspruch kann sich jedoch gestützt auf Bundesrecht (Familiennachzug nach Art. 42 und 43 AuG) oder Völkerrecht (Art. 8 EMRK) ergeben, wobei auch dann die Aufenthaltsbewilligung verweigert werden kann, sollte ein Erlöschens- oder Widerrufsgrund gemäss Art. 51, 62 oder 63 AuG vorliegen (vgl. Erläuterungen BFM, Aufenthaltsregelung, 3.3.5).

⁷¹ Die Bewilligung ist bei der am vorgesehenen Arbeitsort zuständigen Behörde zu beantragen. Gemäss Art. 11 Abs. 3 AuG ist die Bewilligung von der Arbeitgeberin oder vom Arbeitgeber zu beantragen, handelt es sich um eine unselbständige Arbeit.

⁷² Einen Anspruch können jedoch ausländische Ehegatten und Kinder von Drittstaatsangehörigen, die im Besitze einer Niederlassungsbewilligung sind bzw. von Schweizerinnen und Schweizern geltend machen (Art. 42 und 43 AuG). Zudem bilden Drittstaatsangehörige eine Ausnahme, welche im Besitze eines zur Erwerbstätigkeit oder bewilligungspflichtigen Aufenthaltes ohne Erwerbstätigkeit berechtigenden Visums oder einer Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung sind. Diese haben grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltbewilligung, sofern nicht gewichtige, dem entgegenstehende Gründe vorliegen (Erläuterungen BFM, Einreise in die Schweiz, Ziff. 2.2.4).

⁷³ S.o. III.1.b).

⁷⁴ Art. 17 Abs. 1 AuG. Abs. 2 statuiert lediglich eine Kann-Vorschrift und legt es somit in das Ermessen der Behörden, ob jemand während des Bewilligungsverfahrens

Der Aufenthalt zum Zwecke der (selbständigen oder unselbständigen) Erwerbstätigkeit kann unter folgenden Voraussetzungen zugelassen werden (Art. 18 ff. AuG):

- Erstens muss die Tätigkeit „dem gesamtwirtschaftlichen Interesse“ entsprechen. Dieser sehr vage Begriff, der letztlich auf den Bedarf an Arbeitskräften Bezug nimmt, räumt den Behörden einen erheblichen Gestaltungsspielraum ein.
- Zweitens muss (für unselbständig Tätige) ein Gesuch des Arbeitgebers vorliegen, so dass die betreffende Person bereits einen Arbeitsplatz haben muss, wenn sie in die Schweiz kommen will. Ausgeschlossen ist damit grundsätzlich ein Aufenthaltsrecht zur Stellensuche, dies im Gegensatz zur Situation von Unionsbürgern. Für selbständig Tätige müssen die notwendigen finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen vorliegen.
- Drittens müssen die Voraussetzungen der Art. 20-25 AuG erfüllt sein (wobei die Voraussetzungen für Grenzgänger in Art. 25 AuG gesondert formuliert sind und für Selbständige Art. 21, 22 AuG nicht gelten). So wird grundsätzlich die Zahl der Bewilligungen pro Jahr begrenzt (Art. 20 AuG)⁷⁵, es gilt der „Inländervorrang“ (Art. 21 AuG)⁷⁶ und die orts-

weiterhin in der Schweiz bleiben darf; vgl. zum sog. prozessualen Aufenthalt *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 17 AuG, Rn. 2.

⁷⁵ Die Höchstzahlen werden jeweils jährlich festgesetzt. Für den Zeitraum vom 1.1.2008 bis 31.12.2008 sind sie in den Anhängen zum VZAE enthalten.

⁷⁶ D.h. Drittstaatsangehörige können zur erstmaligen Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder Angehörige von Staaten, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können (Art. 21 Abs. 1 AuG). Gemäss Art. 21 Abs. 2 AuG gelten als inländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Schweizer Bürger, Personen mit Niederlassungsbewilligung sowie Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Ein solcher Nachweis – in Bezug auf die Suche nach einem passenden Arbeitnehmer aus der Schweiz – kann dadurch erbracht werden, dass dargelegt wird, dass mittels Stelleninseraten geeignete Personen gesucht wurden und die zu besetzende Stelle auch ohne Erfolg im schweizerischen Arbeitsvermittlungssystem AVAM ausgeschrieben war. Ein Nachweis in Bezug auf die erfolglos gebliebene Suche im EU-Raum kann jedoch kaum erbracht werden, weswegen es hier genügen muss, wenn Suchbemühungen glaubhaft gemacht werden können – auf jeden Fall solange, bis der internationale Austausch von Informationen bezüglich Stelleninseraten und Stellengesuchen in einem gewissen Ausmass vorhanden ist. Vgl. Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3780. Gemäss der Weisung des BFM, Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.2.2, darf der Nachweis zur erfolglosen Rekrutierung nicht dazu „verkommen“, dass es sich um eine blosser Anforderungserbringung handelt oder dass Personen mit Vorrang nicht auf Grund fachlich nicht relevanter Kriterien ausgeschlossen werden. Durch das duale Zulassungssystem sollen die Möglichkeiten, eine Anstellung zu finden, für die inländische Arbeitnehmerschaft unterstützt sowie die Einreise von

berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen sind einzuhalten (Art. 22 AuG). Besondere Erwähnung verdient Art. 23 AuG: Danach werden grundsätzlich nur „qualifizierte Arbeitskräfte“ zugelassen. Dabei wird dieser Begriff nicht definiert, so dass davon auszugehen ist, dass damit nicht nur Personen mit einer bestimmten höheren Ausbildung, sondern auch Personen mit einer anderen Qualifikation erfasst werden, so dass von vornherein nur Personen ohne Ausbildung von diesem Begriff ausgeschlossen sind; es geht also gerade nicht (nur) um hoch qualifizierte Arbeitskräfte.⁷⁷ Im Übrigen erlaubt Art. 23 Abs. 3 AuG Abweichungen von diesem Grundsatz, wobei die Voraussetzungen eher offen und „flexibel“ formuliert sind, so dass es insgesamt ermöglicht wird, je nach Bedarf des Arbeitsmarktes ausländische Arbeitskräfte in die Schweiz „zu holen“. Als persönliche Voraussetzungen formuliert Art. 23 Abs. 2 AuG zudem für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (nicht hingegen für eine Kurzaufenthaltsbewilligung), dass eine „nachhaltige Integration“ der betroffenen Person in den schweizerischen Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld, dies unter Berücksichtigung der beruflichen Qualifikation, der beruflichen und sozialen Anpassungsfähigkeit, der Sprachkenntnisse und des Alters, zu erwarten sein muss (wobei diese Anforderung ebenfalls durch die Ausnahme des Art. 23 Abs. 3 AuG durchbrochen werden kann). Auch dieses Erfordernis räumt den Behörden einen denkbar weiten Gestaltungsspielraum ein, geht es doch einmal um eine Prognoseentscheidung, wobei zudem das Ziel „nachhaltige Integration“ ebenfalls denkbar unscharf umschrieben ist. Da die Überprüfung der zu erfüllenden Bedingungen von den einzelnen Kantonen vorgenommen wird⁷⁸, ist abzusehen, dass die Praxis in den Kantonen hier variieren wird, wobei die Frage erlaubt sei, ob dies wirklich sinnvoll ist. Schliesslich müssen Ausländerinnen und Ausländer jedenfalls über eine „bedarfsgerechte Wohnung“ verfügen (Art. 24 AuG).

Drittstaatsangehörigen auf die unbedingt notwendigen Arbeitskräfte reduziert werden, vgl. Weisung des BFM, Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit, Ziff. 4.3.2.1. Der Inländervorrang ist jedoch lediglich bei der erstmaligen Bewilligung für eine Erwerbstätigkeit zu prüfen. Er kommt demnach bei einem Stellen- oder Berufswechsel und bei der Verlängerung der Bewilligung nicht zum Zuge (vgl. *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 21, Rn. 2), hingegen aber bei einem Wechsel von einer Kurzaufenthalts- zu einer Aufenthaltsbewilligung, Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3781.

⁷⁷ Ebenso *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 23, Rn. 1.

⁷⁸ Gemäss Art. 40 Abs. 1 AuG werden die diversen Bewilligungen durch die Kantone erteilt.

Aus verfahrensrechtlicher Sicht ergeht vor der erstmaligen Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für Drittstaatsangehörige zudem ein sogenannter arbeitsmarktlcher Vorentscheid, wonach die kantonale Behörde darüber befindet, ob die Zulassungsvoraussetzungen zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit erfüllt sind (Art. 83 Abs. 1 VZAE).⁷⁹

Bewilligungen von Drittstaatenangehörigen kommt konstitutive Wirkung zu,⁸⁰ so dass sie formlos aus der Schweiz weggewiesen werden (können), sollten sie nicht im Besitz der erforderlichen Bewilligung sein (Art. 64 Abs. 1 lit. a AuG).

b) *Nicht erwerbstätige Personen*

aa) *Unionsbürger*

Unter den Voraussetzungen der ausreichenden finanziellen Mittel⁸¹ sowie einem Krankenversicherungsschutz besteht für Unionsbürger, die kein Aufenthaltsrecht auf Grund einer anderen Bestimmung des Abkommens haben, auch bei einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit ein Aufenthaltsrecht (Art. 24 Anhang I FZA). Für Studierende wird eine Aufenthaltserlaubnis lediglich für die Dauer der Ausbildung bzw. beschränkt auf ein Jahr, mit automatischer jährlicher Verlängerung, ausgestellt.⁸²

Diese Voraussetzungen nehmen die entsprechenden Formulierungen im gemeinschaftlichen Sekundärrecht⁸³ auf, so dass sie nach Art. 16 Abs. 2 FZA unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszulegen sind. Hinzuweisen ist hier in erster Linie auf folgende Aspekte:⁸⁴

⁷⁹ Die zu erfüllenden Zulassungsvoraussetzungen finden sich in Art. 18 bis 25 AuG.

⁸⁰ Vgl. nur *Grossen/de Coulon*, in: *Bilaterale Verträge* (Fn. 14), 135 (Rz 35); BGer 6B_601/2007, E. 4.

⁸¹ Vgl. für die Definition des Begriffs „ausreichend finanzielle Mittel“ die genaue Umschreibung in Art. 16 VEP.

⁸² Als Voraussetzung für Studierende erwähnt Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA, dass glaubhaft gemacht werden muss, dass die betreffende Person über finanzielle Mittel verfügt und sie selber, ihr Ehegatte sowie die unterhaltsberechtigten Kinder während der Dauer des Aufenthaltes keine Sozialhilfe des Aufnahme Staates in Anspruch nehmen müssen sowie, dass sie in einer anerkannten Lehranstalt eingeschrieben ist und über einen Krankenversicherungsschutz verfügt.

⁸³ Heute kommt hier Art. 7 RL 2004/38 zum Zuge, wobei die Rechtslage aber unter den früheren Richtlinien, die dem Freizügigkeitsabkommen als „Vorbild“ gedient haben, parallel ausgestaltet waren.

⁸⁴ Die sich teilweise auch auf die Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens beziehen, wobei aber davon auszugehen ist, dass auch diese Rechtsprechung grundsätzlich im Rahmen des FZA zu berücksichtigen ist. Vgl. hierzu *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 9), 1 ff.

- In Bezug auf die ausreichenden Existenzmittel darf kein fester Betrag festgelegt werden, sondern die persönliche Situation des Betroffenen ist zu berücksichtigen.⁸⁵ Jedenfalls darf dieser Betrag nicht höher sein als derjenige, der als Schwellenbetrag für die Gewährung von Sozialhilfe gilt.
- Der Nachweis einer Wohnung als solche ist als Voraussetzung für das Bestehen eines Aufenthaltsrechts nicht erforderlich.⁸⁶ Allerdings gehören zu den ausreichenden Existenzmitteln auch diejenigen, die für eine Unterbringung notwendig sind, so dass der Wohnraum Teil der Existenzmittel ist, über den die Unionsbürger verfügen müssen.
- Die notwendigen Existenzmittel sind auch dann als gegeben anzusehen, wenn weder der Betroffene selbst noch ein Familienmitglied, sondern ein hierzu nicht verpflichteter Dritter dem sich auf sein Freizügigkeitsrecht berufenden Unionsbürger diese Mittel zur Verfügung stellt. Denn auch in diesem Fall ist dem Interesse der Mitgliedstaaten an der Vermeidung der übermäßigen Belastung der öffentlichen Finanzen Rechnung getragen, woran auch die fehlende Rechtspflicht zum Unterhalt nichts ändert, stellt doch der Wegfall ausreichender Existenzmittel stets ein latentes Risiko dar, auf das die Vertragsstaaten denn auch mit der Einleitung (verhältnismässiger) aufenthaltsbeendender Massnahmen reagieren könnten.⁸⁷ Damit sind die ausreichenden Existenzmittel immer dann als gegeben anzusehen, wenn der Unionsbürger von faktisch „irgendjemandem“ unterhalten wird und es kommt darauf an, ob die Grundbedürfnisse im Ergebnis gedeckt werden können.
- Der Nachweis des Vorliegens solcher ausreichender Existenzmittel kann grundsätzlich mit jedem geeigneten Mittel geführt werden. Allerdings ist es nach der Rechtsprechung (die in Bezug auf den Familiennachzug erging, aber hier ebenfalls einschlägig sein dürfte) zulässig, die blosse Verpflichtungserklärung einer Person, dem betroffenen Unionsbürger Unterhalt zu gewähren, nicht als Nachweis anzuerkennen; im Gegensatz dazu sei eine Bescheinigung der zuständigen Behörde des Herkunftsstaats, in der bestätigt wird, dass der erforderliche Unterhalt gewährt wird, zum Nachweis der Unterhaltsgewährung besonders geeignet, wenn sie auch keine Voraussetzung für die Erteilung des Aufenthaltstitels darstellen dürfe.⁸⁸

⁸⁵ Vgl. insoweit nunmehr auch Art. 8 Abs. 4 RL 2004/38.

⁸⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, I-1263.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2006, I-2647; EuGH, Rs. 1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1. S. auch schon EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, wo diese Frage jedoch nicht eindeutig geklärt worden war.

⁸⁸ EuGH, Rs. 1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1.

- Liegen die erwähnten Voraussetzungen (insbesondere die ausreichenden Existenzmittel) nicht mehr vor, darf der Aufenthaltsstaat Massnahmen ergreifen, um das Aufenthaltsrecht zu beenden; auf der Grundlage der Rechtsprechung dürfen diese jedoch keinesfalls die „automatische Folge“ der Inanspruchnahme von Sozialleistungen darstellen,⁸⁹ ein Grundsatz, der in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 aufgegriffen wird. Der EuGH geht damit offenbar davon aus, dass ein grundsätzlich rechtmässig begründeter Aufenthalt nicht allein deshalb „automatisch“ unrechtmässig wird, weil eine Person vorübergehend nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt. Letztlich handelt es sich bei diesem Grundsatz um einen Ausfluss bzw. eine Anwendung des Freizügigkeitsrechts selbst: Dieses ist – in Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit – eben so auszulegen, dass eine nur vorübergehende Mittellosigkeit nicht „automatisch“ zur „Verwirkung“ des Aufenthaltsrechts führen darf, so dass die einschlägigen sekundärrechtlichen Bestimmungen im Lichte des primärrechtlich verankerten Freizügigkeitsrechts auszulegen ist. Allerdings bleiben die genauen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Beendigung des Aufenthalts auf der Grundlage der Rechtsprechung unscharf; letztlich spricht Vieles dafür, dass hier auf der Grundlage des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände zu erfolgen hat, in deren Rahmen dann auch die Interessen des betroffenen Mitgliedstaates und die Schwere des Eingriffs in die Personenfreizügigkeit abzuwägen sind.⁹⁰ Damit dürfte in der Regel eine Beendigung des Aufenthalts immer dann zulässig sein, wenn eine länger andauernde Abhängigkeit von Sozial(hilfe)leistungen vorliegt und deren Ende nicht abzusehen ist. Hingegen dürfte es nicht zulässig sein, auch die „generellen Aspekte der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch zugezogene Unionsbürger“ zu berücksichtigen, wofür es übrigens auch in der Rechtsprechung keinerlei Anhaltspunkte gibt: Denn bei dem Aufenthalts- bzw. Freizügigkeitsrecht geht es um ein Individualrecht, das nicht durch „generalpräventive“ bzw. generalisierende Erwägungen eingeschränkt werden kann; vielmehr sind – wie erwähnt – allein die Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend.

Hingegen gibt es auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens keinen „voraussetzungslosen Kurzaufenthalt“. Insofern gestaltet sich die Rechtslage unter dem Freizügigkeitsabkommen anders als in der Europäischen Union: Denn nach Unterzeichnung und Inkrafttreten des Abkommens wurde in der Europäischen Union die RL 2004/38 (Unions-

⁸⁹ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 30 ff.

⁹⁰ In eine ähnliche Richtung *Stephanie Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger? Zur Wirkung von Art. 18 EG in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2003, 552 (554 f.).

bürgerrechtlinie)⁹¹ erlassen. Diese enthält im Verhältnis zum bis dahin in der Union geltenden und letztlich im Wesentlichen im Freizügigkeitsabkommen „überführten“ Recht gewisse Neuerungen, so insbesondere ein voraussetzungsloses Einreiserecht im Hinblick auf einen Aufenthalt bis zu drei Monaten (Art. 6 RL 2004/38).

bb) Drittstaatsangehörige

Für Drittstaatsangehörige ist die Zulassung zu einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit nur zur Aus- und Weiterbildung⁹², als Rentnerin oder Rentner⁹³ sowie zur medizinischen Behandlung⁹⁴ möglich, auch wenn genügend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen würden und sie demnach der Schweiz „nicht zur Last fallen würden“. Sie ist somit – im Unterschied zur Zulassung von Unionsbürgern – an bestimmte Zwecke und nicht an persönliche Verhältnisse gebunden und kann demnach nur auf diese beschränkt erfolgen. Hinzuweisen ist allerdings auf die in Art. 30 AuG vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten⁹⁵, so dass auf diese Weise gleichwohl auch weiteren Personengruppen der Aufenthalt in der Schweiz gestattet werden kann.

⁹¹ Fn. 8.

⁹² Zulassung zur Aus- und Weiterbildung wird nur gewährt, wenn eine Bestätigung der Schulleitung vorliegt, dass eine Aus- oder Weiterbildung vorgenommen werden kann, wenn eine bedarfsgerechte Unterkunft zur Verfügung steht, die notwendigen finanziellen Mittel vorhanden sind sowie die Wiederausreise gesichert erscheint (Art. 27 AuG).

⁹³ Diesbezüglich muss ein bestimmtes Mindestalter – gemäss Art. 25 Abs. 1 VZAE 55 Jahre – erreicht sein; es müssen besondere Beziehungen zur Schweiz vorliegen, was gemäss Art. 25 Abs. 2 VZAE insbesondere dann der Fall ist, wenn längere frühere Aufenthalte in der Schweiz, namentlich Ferien, Ausbildung oder Erwerbstätigkeit, nachgewiesen werden oder aber enge Beziehungen zu nahen Verwandten in der Schweiz bestehen und wenn die notwendigen finanziellen Mittel vorhanden sind (Art. 28 AuG). Eine enge Beziehung zur Schweiz liegt nicht nur schon dann vor, wenn Besitz von Grundeigentum oder wirtschaftliche Beziehungen zur Schweiz bestehen oder bestanden (Weisung BFM, Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit, Ziff. 5.2).

⁹⁴ Voraussetzung ist hier die Sicherung der Finanzierung der Behandlung sowie die Sicherung der Wiederausreise (Art. 29 AuG).

⁹⁵ Von den Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 18-29 AuG kann nach Art. 30 Abs. 1 AuG u.a. dann abgewichen werden, wenn es um die Regelung der Erwerbstätigkeit der im Rahmen des Familiennachzugs zugelassenen Ausländerinnen und Ausländer geht (lit. a), bei schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen (lit. b), beim Aufenthalt von Opfern und Zeuginnen und Zeugen von Menschenhandel (lit. e), bei einem betrieblichen Transfer von Angehörigen des höheren Kaders und unentbehrlichen Spezialistinnen und Spezialisten (lit. h), bei Au-Pair-Angestellten (lit. j) sowie bei Erwerbstätigkeit oder Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen von unter das Asylgesetz (SR 142.31) fallenden Personen (lit. l). Die Aufzählung in Art. 30 Abs. 1 AuG ist abschliessend (BBI 2002 3709, 3786), eine genauere Umschreibung der diversen Gründe findet sich

c) *Verbleiberecht*

Das Verbleiberecht ist das Recht, auch nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet desjenigen Vertragsstaates zu verbleiben, in dem die Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde. Ein solches Recht kennt nur das Freizügigkeitsabkommen explizit,⁹⁶ nicht aber das Ausländergesetz, in dessen Rahmen daher grundsätzlich kein Verbleiberecht besteht.

Der Zweck des Verbleiberechts liegt darin, dass Unionsbürgern auch nach Aufgabe der Erwerbstätigkeit der Aufenthalt im Aufenthaltsstaat ermöglicht werden soll, wobei dieses Recht auch besteht, wenn die sich darauf berufenen Personen Sozialhilfe beziehen.⁹⁷ Das Recht auf Verbleib in der Schweiz kann jedoch nicht in jedem Fall gefordert werden, es müssen bestimmte Voraussetzungen dazu vorliegen.⁹⁸ Personen, die sich auf das Verbleiberecht berufen können,⁹⁹ erhalten eine Aufenthaltsbewilligung.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf Art. 6 Abs. 6, Art. 12 Abs. 6 Anhang I FZA, wonach eine gültige Aufenthaltserlaubnis Erwerbstätigen nicht allein deshalb entzogen werden darf, weil die betreffende Person vorübergehend arbeitsunfähig ist oder unfreiwillig arbeitslos geworden ist. Diese Formulierung erinnert an diejenigen des EuGH im Zusammenhang mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein zunächst zulässiger Aufenthalt von Nichterwerbstätigen im Falle des Wegfalls der ausreichenden Existenzgrundlage beendet werden darf.¹⁰⁰ Danach darf der Aufenthaltsstaat unter

in Art. 26 – 56 VZAE. Zu beachten ist ferner, dass die Rahmenbedingungen und das Verfahren hierfür durch den Bundesrat geregelt werden (Abs. 2).

⁹⁶ Art. 4 Anhang I FZA. Abs. 2 nimmt Bezug auf Gemeinschaftsrecht: Auf die Verordnung (EWG) 1251/70 vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben (ABl L 142, 30.6.1970, 24) sowie auf die Richtlinie 75/34/EWG vom 17. Dezember 1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zu verbleiben (ABl L 014, 20.1.1975, 10).

⁹⁷ Weisungen VEP, Ziff. 9.1.

⁹⁸ Gemäss den Weisungen VEP, Ziff. 9.1.1, können dieses Recht nur Personen geltend machen, die (1) das vorgeschriebene Alter für die Geltendmachung einer Altersrente erreichen, sich während der letzten drei Jahren ständig in der Schweiz aufgehalten haben und in den letzten zwölf Monaten erwerbstätig waren; (2) dauernd erwerbsunfähig geworden sind und sich während den letzten zwei Jahre ständig in der Schweiz aufgehalten haben; (3) wegen eines Arbeitsunfalls oder wegen einer Berufskrankheit dauernd arbeitsunfähig geworden sind und deswegen einen Anspruch auf eine Rente haben; (4) nach drei Jahren Erwerbstätigkeit und ständigem Aufenthalt in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit in einem EG-Mitgliedstaat aufnehmen, ihren Wohnsitz in der Schweiz jedoch behalten.

⁹⁹ Vgl. für das Verbleiberecht von Familienangehörigen die Weisung VEP, Ziff. 9.1.2.

¹⁰⁰ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 30 ff. S. nunmehr auch Art. 14 RL 2004/38.

Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen zwar Massnahmen ergreifen, um das Aufenthaltsrecht zu beenden, falls dessen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen; diese dürften jedoch keinesfalls die „automatische Folge“ der Inanspruchnahme von Sozialleistungen darstellen. Der EuGH geht damit – und insofern parallel zu dem erwähnten im Freizügigkeitsabkommen formulierten Grundsatz – offenbar davon aus, dass ein grundsätzlich rechtmässig begründeter Aufenthalt nicht allein deshalb „automatisch“ unrechtmässig wird, weil eine Person vorübergehend nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt.¹⁰¹ Parallele Grundsätze dürften im Rahmen der Art. 6 Abs. 6, 12 Abs. 6 Anhang I FZA heranzuziehen sein, so dass eine Beendigung des Aufenthalts immer dann gegen diese Vorgaben verstossen dürfte, wenn eine begründete Aussicht auf eine erneute Erwerbstätigkeit besteht. Dabei ist jeweils die individuelle Situation zu berücksichtigen, so dass generalisierende Erwägungen nicht statthaft sind.

Im Gegensatz dazu steht ein Verbleiberecht von Drittstaatsangehörigen im Ermessen der zuständigen Behörden, da – mit Ausnahme der Niederlassungsbewilligung, welche unbefristet ausgestellt wird – kein Anspruch auf Verlängerung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung besteht.¹⁰² Insbesondere werden Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen nur zu bestimmten Aufenthaltszwecken erteilt, was bei Wegfall des Zweckes zu einer Nichtverlängerung führen kann. Dies kann zu eklatanten Ungleichbehandlungen zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen führen, da erstere einen Anspruch auf Verbleib in der Schweiz unter den oben erwähnten Bedingungen haben.¹⁰³

d) *Niederlassungsbewilligung*

Im Gegensatz zu Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen gemäss Ausländergesetz werden Niederlassungsbewilligungen unbefristet und ohne Bedingungen erteilt (Art. 34 Abs. 1 AuG). Es handelt sich dabei um die bestmögliche Bewilligung für Ausländer, da sie ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verschafft. Ausländern kann eine Niederlassungsbewilli-

¹⁰¹ Vgl. zur Auslegung dieses Grundsatzes bereits oben III.2.b)aa).

¹⁰² Ausser ein solcher Anspruch ist gesetzlich vorgesehen, wie dies z.B. gemäss Art. 42 und 43 AuG beim Familiennachzug der Fall ist.

¹⁰³ Wird bei Drittstaatsangehörigen der Aufenthaltszweck geändert, muss eine neue Bewilligung eingeholt werden, Art. 54 VZAE; vgl. zur Zweckbindung insbes. *Rahel Martin-Küttel*, Zweckbindung der Aufenthaltsbewilligung erwerbstätiger Drittstaatsangehöriger, 2006, *passim*; vgl. auch die kritische Auseinandersetzung mit der Problematik bei *Marc Spescha*, Auswirkungen des Abkommens mit der EG über die Personenfreizügigkeit auf das allgemeine Ausländerrecht, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts, 2001, 109 (122 ff.).

gung erteilt werden, sofern diese sich mindestens zehn Jahre in der Schweiz aufhalten und während den letzten fünf Jahren ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung waren – ein fünfjähriger ununterbrochener Aufenthalt mit Aufenthaltsbewilligung genügt dann, wenn eine erfolgreiche Integration vorliegt (Art. 34 Abs. 2, 4 AuG).¹⁰⁴ Gemäss der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs sind die dem Freizügigkeitsabkommen unterstehenden Staatsangehörigen mit Drittstaatsangehörigen bezüglich der Niederlassungsbewilligung insofern gleichgestellt, als auch bei ersteren die Regelungen des Ausländergesetzes zur Erteilung der Bewilligung zur Anwendung kommen (Art. 5 VEP).

Auch bei der Niederlassungsbewilligung besteht kein Anspruch auf Erteilung (weder für Unionsbürger noch für Drittstaatsangehörige), es sei denn, dieser Anspruch ist gesetzlich verankert – wie etwa beim Familiennachzug¹⁰⁵ – oder wenn zwischenstaatliche Niederlassungsvereinbarungen oder Gegenrechtserwägungen bestehen.¹⁰⁶ Da letzteres insbesondere für die EU-15-Mitgliedstaaten gilt, besteht auch hier – trotz der Anwendung des Ausländergesetzes auf beide Gruppen – ein Unterschied, da Staatsangehörige der EU-15-Mitgliedstaaten auf Grund einer anderen gesetzlichen Grundlage – den Niederlassungsvereinbarungen – unter Umständen ein Recht auf eine Niederlassungsbewilligung haben, wohingegen Drittstaatsangehörige lediglich im Rahmen des Familiennachzuges ein solches beanspruchen können.

e) *Fazit*

Insgesamt gestaltet sich also die Frage nach einem „Recht“ auf Aufenthalt von Unionsbürgern einerseits und Drittstaatsangehörigen andererseits – wohl auch vor dem Hintergrund, dass Freizügigkeitsabkommen und Ausländergesetz insgesamt zu einem „dualen System“ führen, wonach zwischen zwei Kategorien von Ausländern (Unionsbürger einerseits, Drittstaatsangehörige

¹⁰⁴ Gemäss Art. 62 VZAE ist eine erfolgreiche Integration gegeben, wenn der Ausländer oder die Ausländerin die rechtsstaatliche Ordnung und die Werte der Bundesverfassung respektiert, in der am Wohnort gesprochenen Landessprache mindestens das Referenzniveau A2 erreicht sowie den Willen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung bekundet.

¹⁰⁵ Art. 42 Abs. 3 AuG enthält einen Anspruch auf Niederlassungsbewilligung für Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern, Art. 43 Abs. 2 AuG einen Anspruch von Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligungen.

¹⁰⁶ Vgl. zu den verschiedenen Niederlassungsvereinbarungen und Gegenrechtserwägungen, gemäss welchen die Staatsangehörigen des jeweiligen Staates die Niederlassungsbewilligung nach fünf Jahren Aufenthalt in der Schweiz erhalten, die Ausführungen in den Erläuterungen des BFM, Aufenthaltsregelung, Ziff. 3.4.3.2.

andererseits) unterschieden wird – denkbar unterschiedlich, wobei folgende Aspekte von besonderer Bedeutung sind:

- Unionsbürgern steht ein Recht auf Aufenthalt, unter gewissen Voraussetzungen, zu; bei Drittstaatsangehörigen handelt es sich grundsätzlich um eine Ermessensentscheidung der Behörde.
- Die Aufenthaltsbewilligung ist bei Unionsbürgern deklaratorischer, bei Drittstaatsangehörigen konstitutiver Natur.
- Drittstaatsangehörige müssen sehr weitgehende Anforderungen erfüllen, um Aussicht auf eine Aufenthaltsbewilligung zu haben. Besonders zu erwähnen ist der Umstand, dass für die Verweigerung der Zulassung zur Erwerbstätigkeit letztlich (auch) wirtschaftliche Gründe geltend gemacht werden können, während im Rahmen der Freizügigkeit auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens wirtschaftliche Gründe keinesfalls für die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung statthaft sein können. Weiter zu erwähnen sind die von Drittstaatsangehörigen ggf. zu erfüllenden Integrationsanforderungen, die auf Unionsbürger keine Anwendung finden dürfen. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die Voraussetzungen, unter denen Drittstaatsangehörige zugelassen werden können, teilweise sehr offen formuliert sind, so dass den Behörden in den Kantonen – die das Gesetz im Wesentlichen vollziehen – hier ein denkbar weiter Spielraum eingeräumt wird, so dass die unterschiedliche Anwendung und Auslegung der gesetzlichen Vorgaben in den verschiedenen Kantonen praktisch vorprogrammiert ist.
- Unionsbürgern steht ein „Verbleiberecht“ unter gewissen Voraussetzungen zu, während dies für Drittstaatsangehörige grundsätzlich ausgeschlossen ist.
- Nicht erwerbstätigen Unionsbürgern steht unter bestimmten Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu, während dies bei Drittstaatsangehörigen grundsätzlich nur in eng und abschliessend aufgeführten Konstellationen der Fall ist.

3. Mobilität von Ausländern

Sind Personen in der Schweiz aufenthaltsberechtigt, kann ihre Mobilität oder Bewegungsfreiheit dennoch eingeschränkt sein, dies auch und gerade im Anschluss an die in der Bewilligung enthaltenen diesbezüglichen Einschränkungen. Solche Beschränkungen können entweder die geographische oder die berufliche Mobilität betreffen.

Unter geographischer Mobilität versteht man den Wechsel des Arbeits- und des Aufenthaltsorts, während die berufliche Mobilität den Wechsel des Arbeitgebers, der Arbeitsstelle oder des Berufs sowie den Übergang von einer unselbständigen zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit – und umgekehrt – beinhaltet (vgl. Art. 8 Abs. 2 Anhang I FZA).

Auf der Grundlage des geltenden Rechts (vgl. Art. 32 ff. AuG) stellt sich die Frage einer Beschränkung der geographischen und beruflichen Mobilität von Vornherein nur für Personen, deren Aufenthalt einer Bewilligungspflicht unterliegt.¹⁰⁷ Personen, deren Aufenthalt hingegen keiner Bewilligung unterliegt (Aufenthalt bis zu drei Monaten ohne Erwerbstätigkeit, vgl. Art. 10 Abs. 1 AuG), unterliegen keinerlei Beschränkung der geographischen Mobilität; die berufliche Mobilität ist von Vornherein nicht betroffen.

a) *Unionsbürger*

Bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie bei selbständig Erwerbstätigen aus dem EU-Raum mit einer Bewilligung – sei dies nun eine Kurzaufenthalts- oder eine Daueraufenthaltsbewilligung – kommt zunächst die volle berufliche Mobilität zum Zuge. Dies bedeutet, dass diese zum Stellen- und Berufswechsel sowie auch zur Aufnahme einer selbständigen bzw. unselbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (Art. 8, 14 Anhang I FZA). Weiter geniessen Erwerbstätige und Nichterwerbstätige volle geographische Mobilität, gilt doch die Aufenthaltsgenehmigung für das gesamte Hoheitsgebiet (Art. 6 Abs. 4, Art. 12 Abs. 4, Art. 24 Abs. 7 Anhang I FZA). Diese Regelungen stellen letztlich einen Ausfluss bzw. eine Präzisierung des in Art. 2 FZA niedergelegten allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar.¹⁰⁸

Damit benötigen Unionsbürger insbesondere keiner Bewilligung, sollten sie ihren Lebensmittelpunkt in einen anderen Kanton verlegen wollen; es genügt, wenn sie am neuen Wohnort die Adressänderung in den Ausweis eintragen lassen.¹⁰⁹ Aber auch darüber hinaus dürften Bewilligungserfordernisse im Falle des Wechsels des Arbeits- oder Wohnortes nicht mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens im Einklang stehen: Denn sie implizieren jedenfalls einen Eingriff in das Recht auf berufliche und geographische Mobilität und zudem eine (direkte) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, und es ist nicht ersichtlich, durch welches Interesse des Allgemeinwohls ein solches allgemeines Erfordernis gerechtfertigt werden könnte.

b) *Drittstaatsangehörige*

Für Drittstaatsangehörige wird in Bezug auf die berufliche Mobilität danach unterschieden, welchen Aufenthaltsstatus sie in der Schweiz haben: Kurzaufenthaltsbewilligung, Aufenthaltsbewilligung oder Niederlassungsbewilligung:

¹⁰⁷ Hierzu oben III.2.

¹⁰⁸ Hierzu noch sogleich unten III.4.

¹⁰⁹ Vgl. auch Weisungen VEP, Ziff. 4.5.1.

- Eine Kurzaufenthaltsbewilligung dient einem bestimmten Zweck (Art. 32 Abs. 2 AuG),¹¹⁰ für welchen die jeweilige Bewilligung erteilt wird. Die von den zuständigen Behörden¹¹¹ bewilligte Tätigkeit darf zwar grundsätzlich in der ganzen Schweiz ausgeübt werden; ein Stellenwechsel ist jedoch nur möglich, sofern wichtige Gründe vorliegen (Art. 38 Abs. 1 AuG), da die Kurzaufenthaltsbewilligung in der Regel für ein bestimmtes, befristetes Arbeitsverhältnis erteilt wird.¹¹² Ein wichtiger Grund liegt etwa vor, wenn eine weitere Tätigkeit beim bisherigen Arbeitgeber nicht möglich oder nicht zumutbar¹¹³ ist und der Stellenwechsel nicht auf Grund des Verhaltens der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers erfolgt (Art. 55 VZAE). Im Übrigen wird ein Stellenwechsel nur bewilligt, sofern dieser innerhalb der gleichen Branche und des gleichen Berufes stattfindet (Art. 55 VZAE).
- Ebenso wie die Kurzaufenthaltsbewilligung dient auch die Aufenthaltsbewilligung einem bestimmten Zweck (Art. 33 Abs. 2 AuG). Im Gegensatz zur Kurzaufenthaltsbewilligung kann die Stelle – die Tätigkeit darf ebenfalls in der ganzen Schweiz ausgeübt werden – jedoch ohne weitere Bewilligung gewechselt werden (Art. 38 Abs. 2 AuG). Von einem Stellenwechsel ist jedoch der Wechsel von einer unselbständigen zu einer selbständigen Tätigkeit zu unterscheiden, welcher wiederum bewilligungspflichtig ist (Art. 38 Abs. 3 AuG); bei den zu erfüllenden Voraussetzungen wird auf diejenigen verwiesen, die bei der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erfüllt sein müssen.¹¹⁴

Demnach müssen lediglich Personen mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung Einschränkungen in der beruflichen Mobilität in Kauf nehmen, wohingegen die berufliche Mobilität für Personen mit der Aufenthaltsbewilligung relativ weitgehend verwirklicht wurde, sieht man einmal von dem Wechsel von einer unselbständigen zu einer selbständigen Tätigkeit ab. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass in den Fällen, in denen eine Bewilligungspflicht besteht, erhebliche Einschränkungen der beruflichen Mobilität zu verzeichnen sind.

¹¹⁰ Vgl. Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3788, wonach solche Bewilligungen speziell für kurzfristige Erwerbstätigkeiten erteilt werden sollen, wie z.B. für Dienstleistungserbringer, Stagiaires, Praktikanten oder Au-Pair-Angestellte.

¹¹¹ Für die Erteilung der Bewilligungen sind die Kantone zuständig (Art. 40 Abs. 1 AuG).

¹¹² Vgl. Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3788.

¹¹³ Vgl. zur Unzumutbarkeit der Weiterführung eines Arbeitsverhältnisses die Ausführungen bei *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 337 OR, Rn. 2, wonach besonders schwere Verfehlungen des Vertragspartners vorliegen müssen.

¹¹⁴ Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 lit. a und b AuG: gesamtwirtschaftliches Interesse sowie die notwendigen finanziellen Mittel und betrieblichen Voraussetzungen. Hierzu oben III.2.a)bb).

Die geographische Mobilität ist jedenfalls für den Wohnsitzwechsel innerhalb des Kantons, der die Bewilligung erteilt hat, umfassend gewährleistet, so dass Drittstaatsangehörige mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung, einer Aufenthaltsbewilligung oder einer Niederlassungsbewilligung ihren Wohnort in dem jeweiligen Kanton frei wählen können (Art. 36 AuG, Art. 66 VZAE). Bei einem Wechsel des Wohnortes in einen anderen Kanton, mithin der Verlagerung des Lebensmittelpunktes¹¹⁵, wird jedoch – wie bei der beruflichen Mobilität – wiederum zwischen den drei verschiedenen Bewilligungsarten unterschieden, wobei allen drei – wenn auch unter verschiedenen Voraussetzungen – die Bewilligungspflicht gemeinsam ist: Möchte eine Person mit einer Kurzaufenthalts- oder einer Aufenthaltsbewilligung ihren Wohnsitz in einen anderen Kanton verlegen, bedarf dies zunächst der Bewilligung des Kantons, in welchem der zukünftige Wohnort liegt (Art. 37 Abs. 1 AuG). Ist eine Person mit einer Aufenthaltsbewilligung nicht arbeitslos und liegen keine Widerrufsgründe¹¹⁶ für ihre Aufenthaltsbewilligung vor, so besteht für diese Person ein Anspruch auf einen Kantonswechsel (Art. 37 Abs. 2 AuG). Personen mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung haben demgegenüber keinen Anspruch auf einen Kantonswechsel. Das Gesetz schweigt sich darüber aus, unter welchen Voraussetzungen eine Bewilligung möglich ist. Ebenfalls einen Anspruch auf einen Kantonswechsel haben Personen mit einer Niederlassungsbewilligung, sofern keine Widerrufsgründe (vgl. Art. 63 AuG) vorliegen und ein solcher Widerruf verhältnismässig bzw. zumutbar¹¹⁷ ist.

c) *Fazit*

Während für Unionsbürger eine volle berufliche und geographische Mobilität im Falle des Bestehens eines Aufenthaltsrechts zum Zuge kommt, kommen

¹¹⁵ Vgl. zur Begriffsdefinition des Kantonswechsels bzw. zur Verlagerung des Lebensmittelpunktes die Ausführungen bei *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 37 AuG, Rn. 1 ff., der insbesondere aufführt, welche ausserkantonale Aufenthalte nicht als Kantonswechsel gelten.

¹¹⁶ Art. 62 AuG: Als Widerrufsgrund gilt das Machen falscher Angaben im Bewilligungsverfahren oder das Verschweigen wesentlicher Tatsachen, Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe oder eine Anordnung einer strafrechtlichen Massnahme i.S.v. Art. 64 oder Art. 61 StGB, erheblicher oder wiederholter Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland oder die Gefährdung derselben oder die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit, Nichteinhaltung einer mit der Verfügung verbundenen Bedingung oder wenn eine Person, für die gesorgt wird, auf Sozialhilfe angewiesen ist.

¹¹⁷ Vgl. *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 37 AuG, Rn. 7, wonach diese beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, was sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip bei Grundrechtseingriffen ergibt.

bei Drittstaatsangehörigen jeweils abgestufte Voraussetzungen zur Anwendung, und es werden diverse Bewilligungserfordernisse formuliert.

Zwar besteht in diesem Rahmen auch für Drittstaatsangehörige – mit Ausnahme von Drittstaatsangehörigen mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung, welche keinen Anspruch auf einen Kantonswechsel geltend machen können – insofern eine umfassende geographische Mobilität, als sie einen Anspruch auf einen Kantonswechsel geltend machen können. Allerdings unterliegt auch hier der Wohnortwechsel einer Bewilligungspflicht, die für Unionsbürger nicht zum Zuge kommen könnte. Weiter kann der grundsätzlich bestehende Anspruch auf einen Wohnortwechsel in einen anderen Kanton – wie dargelegt – unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden, was für Unionsbürger auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Olazabal*¹¹⁸ nur in sehr engen Grenzen möglich ist.

In diesem Urteil ging es um eine französische Verwaltungsmassnahme, durch die einer wegen Unterstützung und/oder Mitgliedschaft einer kriminellen Vereinigung (der ETA) verurteilten Person spanischer Staatsangehörigkeit zwar eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde, die aber mit dem Verbot gekoppelt war, sich in neun namentlich bezeichneten Departementen (die an der Grenze zum spanischen Baskenland liegen und in denen die ETA offenbar auch aktiv ist bzw. war) aufzuhalten. Der EuGH betonte, nach der Feststellung der Einschlägigkeit des Art. 39 EGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit), dass der Adressat der staatlichen Massnahme wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung belangt worden war. Derartige Umstände berechtigten die Mitgliedstaaten, gegen die jeweiligen Personen ein allgemeines Aufenthaltsverbot für das gesamte Staatsgebiet auszusprechen, so dass es ihnen vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auch möglich sein müsse, eine mildere Massnahme, nämlich ein Aufenthaltsverbot nur für bestimmte Gebiete des Mitgliedstaates, auszusprechen. Allerdings sei dies nur unter der Voraussetzung möglich, dass in vergleichbaren Fällen gegenüber den eigenen Staatsangehörigen „repressive oder andere tatsächliche Massnahmen“ zur Bekämpfung des entsprechenden Verhaltens ergriffen werden. Im Übrigen müsse sich die Massnahme auf ein individuelles Verhalten beziehen, das eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darstellt und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Zwar dürfte das Urteil eine „neue“ Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA darstellen; vieles spricht aber für seine Massgeblichkeit auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens.¹¹⁹

In Bezug auf die berufliche Mobilität bestehen für Drittstaatsangehörige mit Kurzaufenthaltsbewilligung erhebliche Einschränkungen der Mobilität, während für Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung lediglich im Falle des Wechsels von einer unselbständigen zu einer selbständigen Tätigkeit eine Bewilligung erforderlich ist.

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-100/01 (*Olazabal*), Slg. 2002, I-10981.

¹¹⁹ Vgl. zur Rolle der „neuen“ Rechtsprechung des EuGH ausführlich *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 9), 1 ff.

4. Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Das Freizügigkeitsabkommen geht zunächst in Bezug auf die im Einzelnen im Abkommen gewährleisteten Rechte von einem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aus, der in den verschiedenen Abkommensbestimmungen jeweils erwähnt ist. So verankern etwa Art. 9, 15 Anhang I FZA umfassende Diskriminierungsverbote für Arbeitnehmer und Selbständige, die sich insbesondere auch auf den Zugang zum Arbeitsmarkt beziehen. Eine solche Gleichbehandlung mit Inländern kennt das Ausländergesetz nicht, im Gegenteil, es statuiert bei der Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Erwerbstätigkeit den Inländervorrang, welcher klar zum Ausdruck bringt, dass Drittstaatsangehörige nur berücksichtigt werden, sollten sich keine inländische Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer für die zur Verfügung stehende Stelle finden (Art. 21 AuG). In Bezug auf die Lohn- und Arbeitsbedingungen wird aber auch im Ausländergesetz festgehalten, dass die orts-, berufs- und branchenüblichen Bedingungen eingehalten werden müssen (Art. 22 AuG).¹²⁰

Somit gilt auch für Drittstaatsangehörige bezüglich der Lohn- und Arbeitsbedingungen die Gleichbehandlung mit den Inländern, mit dem Ziel, einerseits das Lohn- und Sozialdumping zum Nachteil der inländischen Arbeitnehmerschaft zu verhindern, andererseits die finanzielle Ausbeutung der ausländischen Arbeitnehmerschaft zu bekämpfen.¹²¹ Ein wichtiger Grund für die soeben erwähnten Gleichbehandlung liegt somit vielmehr beim Schutz der inländischen Bevölkerung und weniger bei der Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen mit den Inländern, wie dies insbesondere durch das Freizügigkeitsabkommen erreicht werden möchte.¹²²

Über die soeben erwähnten spezifischen Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinaus kennt das Freizügigkeitsabkommen aber auch ein allgemeines Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit: Nach Art. 2 FZA werden Staatsangehörige einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert. Diese Bestimmung ist Art. 12 EGV „nachgebildet“, so dass – ausgehend von dem Grundsatz der

¹²⁰ Wonach sich die Arbeits- und Lohnbedingungen bestimmen, ist Art. 22 VZAE zu entnehmen.

¹²¹ Vgl. *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 22 AuG, Rn. 1.

¹²² Wobei die Schweiz mit den flankierenden Massnahmen – Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Erlass von Normalarbeitsverträgen mit Mindestlöhnen, erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen – wohl ebenfalls den Schutz der inländischen Arbeitnehmerschaft im Auge hatte.

„parallelen Auslegung“ von Freizügigkeitsabkommen und Gemeinschaftsrecht, sofern im Freizügigkeitsabkommen auf Begriffe und Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgegriffen wird¹²³ – grundsätzlich bei der Auslegung des Art. 2 FZA auf die entsprechende Rechtsprechung des Gerichtshofs zurückzugreifen ist.¹²⁴

Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 EGV¹²⁵ geht dabei davon aus, dass all diejenigen Regelungen in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen, die Implikationen für die Ausübung der Grundfreiheiten entfalten, so etwa auch Studiengebühren für Hochschulen, bereiten letztere doch auf die Berufsausübung vor, so dass ein enger Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit gegeben ist. Zudem schliesst der EuGH im Wesentlichen aus dem sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrecht sowie aus den einschlägigen Aufenthaltsrichtlinien, dass letztlich all diejenigen nationalen Regelungen, die die Aufenthaltsbedingungen betreffen bzw. in untrennbarem Zusammenhang mit dem Aufenthalt stehen (wie etwa auch eine Reihe sozialer Leistungen), in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen. M.a.W. ist der Anwendungsbereich des Vertrages immer schon dann eröffnet, wenn sich eine Person in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befindet, worunter auch die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat fällt. Der Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich dann aus Art. 12 EGV, während die Berufung auf Art. 18 EGV – der das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger formuliert – für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages von Bedeutung ist.

Versucht man vor diesem Hintergrund eine Präzisierung der bei Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu berücksichtigenden einschlägigen Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA, so ist zu unterscheiden:

¹²³ S.o. II.1.

¹²⁴ Ausführlich zum Grundsatz der parallelen Auslegung von Art. 2 FZA und Art. 12 EGV bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 7), 45 (65 ff.). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist hier nicht immer ganz klar, vgl. etwa BG, Urteil 2P.305/2002, Urteil vom 27.11.2003; BG, 2P.142/2003, Urt. v. 7.11.2003; s. aber auch BGE 131 V 209, wo das Bundesgericht offenbar von einer parallelen Auslegung des Art. 2 FZA einerseits und des Art. 12 EGV andererseits ausgeht.

¹²⁵ Vgl. EuGH, Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. C-43/95 (Data Delecta), Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-65/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2004, I-6427; EuGH, verb. Rs. C-92/92, C-326/92 (Phil Collins), Slg. 1993, I-5145; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, 7573; EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613. Ausführlich hierzu m.w.N. *Astrid Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV – einige Gedanken zu den Implikationen der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger -, FS Roland Bieber, 2007, 661 ff.

- Soweit die Rechtsprechung darauf abstellt, dass die effektive Verwirklichung der Grundfreiheiten betroffen ist, fällt sie unter Art. 16 Abs. 2 FZA. Denn auch das Personenfreizügigkeitsabkommen verfolgt ja gerade diese Zielsetzungen, und zwar letztlich auf derselben Grundlage wie der EG-Vertrag, so dass – wie bereits erwähnt – eine parallele Rechtslage angestrebt wird.
- In dem Mass allerdings, in dem die Rechtsprechung des EuGH auf die Unionsbürgerschaft zur Umschreibung des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV abstellt, kann sie im Rahmen des Abkommens nicht herangezogen werden, übernimmt dieses doch gerade nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft. Vielmehr beschränkt sich das Abkommen auf die Garantie der wirtschaftlichen Grundfreiheiten sowie der Freizügigkeit Nichterwerbstätiger und Familienangehöriger unter genau umschriebenen Voraussetzungen. Dies bedeutet aber auch, dass die EuGH-Rechtsprechung in dem Ausmass einschlägig ist, in dem sie sich auf die im Anhang I garantierten Freiheiten bzw. die entsprechenden im EG-Vertrag gewährleisteten Rechte bezieht. Hieran ändert dann auch der Umstand nichts, dass zusätzlich oder ergänzend auf das Konzept der Unionsbürgerschaft Bezug genommen wird.¹²⁶ M.a.W.: Der Anwendungsbereich des Abkommens ist immer schon dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann (z.B. auch ein Tourist auf die passive Dienstleistungsfreiheit¹²⁷). Damit ist die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH so auszulegen, dass Art. 2 FZA alle Diskriminierungen verbietet, die die Wahrnehmung der im Abkommen (einschliesslich seiner Anhänge) gewährleisteten Rechte behindern bzw. mit diesen im Zusammenhang stehen. Dazu genügt es bereits, dass sich die betreffende Person rechtmässig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält und somit von ihrem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Insofern können also auch Regelungen der sozialen Sicherheit¹²⁸ oder das Namensrecht betreffende Bestimmungen¹²⁹ in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, wobei der Hintergrund nicht

¹²⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091. Dieses Urteil erging allerdings erst am 17.9.2002, also nach der Unterzeichnung des Abkommens.

¹²⁷ Vgl. z.B. die Fälle betreffend diskriminierender Eintritte in staatliche Museen, EuGH, Rs. C-45/93 (Kommission/Spanien), Slg. 1994, I-911, Rn. 9 f.; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 12, 28.

¹²⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191.

¹²⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613.

in der Wahrnehmung der sich aus der nicht im Abkommen aufgenommenen Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte, sondern in der Inanspruchnahme der sich aus dem Abkommen ergebenden Freizügigkeitsrechte zu sehen ist.

In Bezug auf Drittstaatsangehörige kennt das schweizerische Recht kein derartiges Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit; vielmehr findet hier (lediglich) Art. 8 Abs. 1, 2 BV Anwendung,¹³⁰ womit sie wesentlich schlechter gestellt sind als Unionsbürger, bei denen die (ausgehend von der EuGH-Rechtsprechung relativ strengen) Voraussetzungen des Art. 2 FZA zu beachten sind.

5. Integrationsanforderungen

Im Gegensatz zur Situation von Unionsbürgern, für welche das Freizügigkeitsabkommen nichts über die „Integration“ in den jeweiligen Aufnahmestaaten enthält, so dass die im Abkommen figurierenden Aufenthaltsrechte nicht von der Erfüllung irgendwie gearteter Integrationsanforderungen abhängig gemacht werden dürfen, findet sich im neuen Ausländergesetz ein eigenes Kapitel, das die Ziele und Grundsätze der Ausländerintegration aufführt.

Die Regelungen bezüglich der Integration werden durch die Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA) konkretisiert. Als Ziel der Integration wird „das Zusammenleben der einheimischen und ausländischen Wohnbevölkerung auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung und gegenseitiger Achtung und Toleranz“ (Art. 4 Abs. 1 AuG) aufgeführt, was die „chancengleiche Teilhabe der Ausländer und Ausländerinnen an der schweizerischen Gesellschaft“ zur Folge haben soll (Art. 2 Abs. 1 VIntA).

Wie bereits erörtert,¹³¹ besteht – im Gegensatz zu den Regelungen im Freizügigkeitsabkommen – für Drittstaatsangehörige nur in sehr beschränktem Mass ein Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz, so dass die Erteilung einer Bewilligung für den Aufenthalt in der Schweiz auch von der Integration abhängig gemacht werden kann. Dem neuen Ausländergesetz ist jedoch keine allgemeine „Integrationsverpflichtung“ zu entnehmen, wonach genau definierte Voraussetzungen für die Bewilligung eines Aufenthaltes in der Schweiz erfüllt sein müssten, sondern lediglich die Möglichkeit der Berücksichtigung der Integration sowie eines Abschlusses einer Integrationsvereinbarung nach Ermessen der Behörden.¹³² So kann die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder

¹³⁰ Vgl. hierzu noch unten IV.

¹³¹ S.o. III.2.

¹³² Vgl. bspw. das Vorgehen des Kantons Basel-Stadt mit der Lancierung eines Pilotprojekts - siehe Pressecommuniqué zum Pilotprojekt Integrationsvereinbarungen

Aufenthaltsbewilligung für Ausländerinnen und Ausländer (Art. 54 AuG)¹³³ von den Kantonen mit der Bedingung verbunden werden, dass ein Sprach- oder Integrationskurs besucht wird, was in einer Integrationsvereinbarung¹³⁴ festgehalten werden kann. Gleiches gilt auch im Rahmen des Familiennachzuges.¹³⁵ Das Ziel einer Integrationsvereinbarung ist die Förderung des Erwerbs der am Wohnort gesprochenen Landessprache sowie weiterer Kenntnisse über die Regeln und die Lebensbedingungen in der Schweiz.¹³⁶

Da gemäss neuem Ausländergesetz grundsätzlich lediglich Führungskräften, Spezialistinnen und Spezialisten sowie anderen qualifizierten Arbeitskräften eine Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit erteilt wird,¹³⁷ wobei bereits bei Aufenthaltsbewilligungen speziell auf die nachhaltige Integration geachtet und als Voraussetzung aufgeführt wird, kommt eine Integrationsvereinbarung insbesondere beim Familiennachzug – welcher unabhängig von anderen Voraussetzungen erfolgen kann – zum Tragen. Zu beachten ist bezüglich der Anwendung der Integrationsvereinbarungen, dass deren Umsetzung den einzelnen Kantonen obliegt, welche bestimmen können, wie genau die Integrationsvereinbarung ausgestaltet werden soll und bei welchen Personen bzw. zu welchem Zeitpunkt diese eingesetzt werden.¹³⁸ Dies kann wiederum zu einer differenzierten Behandlung von Ausländerinnen und Ausländern führen, je nachdem in welchen Kanton sie Wohnsitz nehmen.

Zur Ergänzung sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass das europäische Gemeinschaftsrecht im Zusammenhang mit der Verleihung der Rechtsstellung eines

vom 31.3.2008 vom Departementssekretariat des Sicherheitsdepartements des Kantons Basel-Stadt; Projektpartner sind des Weiteren die Kantone Basel-Land, Solothurn, Zürich sowie das Bundesamt für Migration.

¹³³ Eine Niederlassungsbewilligung kann nicht mit einer solchen Vereinbarung verknüpft werden, da diese unbefristet und ohne Bedingungen erteilt wird, Art. 34 Abs. 1 AuG.

¹³⁴ Vgl. ausführlich zur Integrationsvereinbarung, insbesondere zu den sich daraus ergebenden rechtlichen Fragestellungen, *Alberto Achermann*, Integrationsverpflichtungen, in: *Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Ngyuen/Peter Uebersax* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007*, Bern 2007, 107 (120 ff.).

¹³⁵ Genauer über die Integrationsvereinbarung ist der Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern zu entnehmen, wonach eine solche Vereinbarung die Ziele, die vereinbarten Massnahmen sowie die Folgen bei Nichterfüllung zu enthalten hat (Art. 5 Abs. 2 VIntA).

¹³⁶ Vgl. die Ausführungen zu den diversen Voraussetzungen für eine Integration bei *Achermann*, *Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007* (Fn. 134), 107 (117 f.).

¹³⁷ S.o. III.2.a)bb).

¹³⁸ Vgl. betreffend den Kanton Zürich den Artikel „Vierzig Integrationsvereinbarungen geplant“, *NZZ* vom 26./27.4.2008, wonach zum einen mit bereits in der Schweiz lebenden Ausländern, zum anderen mit Neuzuzüglern eine solche Vereinbarung abgeschlossen wird und die Verpflichtung enthalten soll, „Deutsch zu lernen und sich die Spielregeln im Umgang mit Nachbarn, Eltern oder Ämtern anzueignen“.

langfristig Aufenthaltsberechtigten nach der RL 2003/109¹³⁹ vorsieht, dass die Mitgliedstaaten verlangen können, dass die Antragsteller über die jedenfalls zu erfüllenden Bedingungen des Art. 5 Abs. 1 RL 2003/109 (fünfjähriger rechtmässiger Aufenthalt, feste und regelmässige Einkünfte und ausreichende Krankenversicherung) hinaus bestimmte, im Einzelnen von den Mitgliedstaaten zu definierende „Integrationsanforderungen“ zu erfüllen haben (Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109). Weiter kann von den Drittstaatsangehörigen verlangt werden, dass sie nach Erhalt der Rechtsstellung des langfristig Aufenthaltsberechtigten „Integrationsmassnahmen“ nachkommen, dies allerdings nur für diejenigen Personen, die nicht bereits im Vorfeld der Erlangung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten Integrationsanforderungen gemäss Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109 erfüllen mussten; jedenfalls aber kann die Teilnahme an Sprachkursen gefordert werden (Art. 15 Abs. 3 RL 2003/109).

6. Familiennachzug

Einer der wichtigsten Gründe für die Zulassung von Ausländern und Ausländerinnen in die Schweiz ist der Familiennachzug, dessen Sinn und Zweck die Ermöglichung des Familienlebens in der Schweiz sein soll. Für rund einen Drittel der Ausländer liegt der Einwanderungsgrund in die Schweiz beim Familiennachzug.¹⁴⁰

In Bezug auf den Familiennachzug gab vor Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes insbesondere die unterschiedliche Behandlung von Familienangehörigen von Unionsbürgern und denjenigen von Schweizer Bürgern Anlass zu Kritik, konnten sich doch die Familienangehörigen von Unionsbürgern – mit Ausnahme von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmässigen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat – auf die grosszügigere Regelung des FZA berufen, während für Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern die Regelung des ANAG Anwendung fand;¹⁴¹ das Freizügigkeitsabkommen kommt nämlich – wie auch die entsprechenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts – nur im Falle eines

¹³⁹ RL 2003/109 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2003 L 16, 44.

¹⁴⁰ Ausländerstatistik per Ende Dezember 2007 des Bundesamtes für Migration BFM (http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/pressemitteilung/2008/pk_bfm_2008-02-14.Par.0003.File.tmp/PK-122007_Ausländerstatistik_d.pdf, zuletzt besucht am 17. April 2008).

¹⁴¹ Vgl. auch die Ausführungen bei Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3752; *Marc Spescha*, Auswirkungen des Abkommens mit der EG über die Personenfreizügigkeit auf das allgemeine Ausländerrecht, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts, St. Gallen 2001, 109 (116 ff.); *Markus Felber*, Folgen des Freizügigkeitsabkommens mit der EU, in: Jusletter 7. April 2003; *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 141 (149 f.).

grenzüberschreitenden Bezugs zur Anwendung,¹⁴² was allerdings auch bedeutet, dass sich Schweizer, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, bei ihrer Rückkehr in die Schweiz auf das Abkommen berufen können. Abgesehen von dieser Ausnahme finden heute für Familienangehörige von Schweizern die Bestimmungen des Ausländergesetzes Anwendung, die die angesprochene Ungleichbehandlung im Vergleich zu den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens abmildern, wenn auch nicht ganz beseitigen.¹⁴³ Nach Art. 42 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren aus Drittstaaten Anspruch auf Erteilung und Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung unter der Voraussetzung des Zusammenlebens,¹⁴⁴ wobei bei wichtigen Gründen aber bei gleichzeitigem Weiterbestehen der Gemeinschaft dieses Erfordernis nicht erfüllt sein muss (Art. 49 AuG).¹⁴⁵ Eine grosszügigere Regelung – welche der Rechtslage von unter das Freizügigkeitsabkommen fallenden Personen nachgebildet ist – besteht für ausländische Familienangehörige, wenn diese im Besitz einer „dauerhaften Aufenthaltsbewilligung“¹⁴⁶ eines Staates sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen besteht: Der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die unter 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird, sowie die eigenen Verwandten wie auch die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird, haben Anspruch auf Erteilung und Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 42 Abs. 2 AuG). Damit werden Familienangehörige unterschiedlich behandelt, je nachdem welche Staatsangehörigkeit sie besitzen bzw. in welchem Staat sie sich zur Zeit des Nachzuges aufhalten und dort eine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung besitzen. Allerdings besteht insoweit eine Ungleichbehandlung zwischen Unionsbürgern und Schweizern fort, als Angehörige von Schweizern eine Aufenthaltsbe-

¹⁴² BGE 129 II 249, E. 4. Aus der Judikatur des EuGH z.B. EuGH, Rs. C-332/90 (Stehen), Slg. 1992, I-341, Rn. 9 f.; EuGH, Rs. C-29/94 u.a. (Aubertin), Slg. 1995, I-301, Rn. 9. Aus der Literatur zum Problemkreis *Jörn Kämmerer*, Inländer im Europarecht – Obsoleszenz oder Renaissance eines Rechtsbegriffs?, EuR 2008, 45 ff.; *Christoph Riese/Paul Noll*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung, NVwZ 2007, 516 ff.; umfassend *Astrid Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, *passim*.

¹⁴³ Zu beachten ist im Übrigen bezüglich eines Anspruchs auf Familiennachzug von Schweizerinnen und Schweizern das Erlöschen dieses Anspruchs gemäss Art. 51 Abs. 1 AuG aus Gründen des Rechtsmissbrauchs sowie wenn Widerrufsgründe gemäss Art. 63 AuG vorliegen.

¹⁴⁴ Dies im Gegensatz noch zum alten Recht, vgl. Art. 7 Abs. 1 aANAG. Kinder unter zwölf Jahren haben gemäss Art. 42 Abs. 4 AuG direkt Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung unabhängig von ihrer Herkunft.

¹⁴⁵ Als wichtiger Grund sind insbesondere berufliche Gründe in Betracht zu ziehen; zumindest muss eine sachliche Begründung vorliegen, bestehe ansonsten doch ein starkes Indiz für eine „Scheinehe“, Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3753.

¹⁴⁶ Dieser Begriff wird jedoch nicht definiert. Vieles spricht dafür, diesen Begriff dahingehend auszulegen, dass ein rechtmässiger Aufenthalt, der über ein Besuchsvisum hinausgeht, ausreichend sein muss, will diese Bestimmung doch die Gleichbehandlung, in Bezug auf den Familiennachzug, von Unionsbürgern und Schweizern sicherstellen (zu dieser Zielsetzung Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3752 und 3792), vgl. *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 42 AuG, Rn. 5 f.

willigung erhalten, für welche die Gültigkeit bei der erstmaligen Erteilung ein Jahr beträgt (Art. 58 Abs. 1 VZAE). Gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen erhalten Angehörige beim Familiennachzug aber eine der Aufenthaltsbewilligung des originären Inhabers – insbesondere in Bezug auf die Gültigkeitsdauer – „nachgebildete“ Bewilligung (Art. 3 Abs. 4 Anhang I FZA). Diese Ungleichbehandlung wird jedoch insoweit gemildert, als gemäss dem Ausländergesetz ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung besteht und dieser nur erlischt, wenn gesetzlich aufgeführte Gründe vorliegen.¹⁴⁷

Weiter ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass sich unter gewissen Umständen, insbesondere im Falle des Familiennachzugs durch eine Person mit gefestigtem Aufenthaltsrecht in der Schweiz, ein Anspruch auf Familiennachzug aus Art. 8 EMRK ergeben kann, was immer dann von Bedeutung ist, wenn aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen kein Aufenthaltsrecht besteht.¹⁴⁸

a) Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen

Der Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen¹⁴⁹ untersteht dem neuen Ausländergesetz, wobei zwischen den drei verschiedenen Bewilligungsarten (Familiennachzug von Personen mit einer Niederlassungsbewilligung, von denjenigen mit einer Aufenthaltsbewilligung sowie denjenigen mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung) zu unterscheiden ist:

- Beim Vorliegen einer Niederlassungsbewilligung haben der ausländische Ehegatte sowie die ledigen Kinder unter 18 Jahren (Art. 43 Abs.1 AuG)¹⁵⁰

¹⁴⁷ Gemäss Art. 51 AuG erlischt ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung jedoch, wenn diese rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden kann oder wenn Widerrufsgründe vorliegen.

¹⁴⁸ Vgl. zur aufenthaltsrechtlichen Bedeutung von Art. 8 EMRK Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 1999, 114 ff.; mit ausführlichem Bezug auf die Rechtsprechung Martina Caroni, Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 191 (200 ff.); Martina Caroni, Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, 189 (195 ff.); Martina Caroni, Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, 215 (228 ff.).

¹⁴⁹ Zu beachten ist auch hier das Erlöschen eines Anspruches auf Familiennachzug bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauches oder bei Widerrufsgründen gemäss Art. 62 AuG (Art. 51 Abs. 2 AuG).

¹⁵⁰ Gemäss Art. 43 Abs. 2 AuG haben Ehegatten nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Kinder unter zwölf Jahren haben sogleich Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung (Art. 43 Abs. 3 AuG).

Anspruch auf Erteilung und Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung, sofern die Voraussetzung des Zusammenwohnens erfüllt ist.

- Bei ausländischen Ehegatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung sowie mit Kurzaufenthaltsbewilligung ist hingegen kein Rechtsanspruch auf eine Aufenthalts- bzw. eine Kurzaufenthaltsbewilligung gegeben (Art. 44, 45 AuG); die Bewilligung liegt vielmehr im behördlichen Ermessen. Die Möglichkeit einer Erteilung besteht, sofern die beantragende Person mit der Person, welche bereits im Besitze einer Aufenthalts- bzw. Kurzaufenthaltsbewilligung ist, zusammen wohnt, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind.

b) *Familienangehörige von Unionsbürgern*

Gemäss dem Freizügigkeitsabkommen haben Familienangehörige¹⁵¹ einer Person mit Aufenthaltsrecht in der Schweiz – unabhängig davon ob es sich um eine Kurzaufenthalts- oder Daueraufenthaltsbewilligung¹⁵² handelt – das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen (Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA). Allerdings wird vorausgesetzt, dass der Zusammenführende über eine Wohnung verfügt, „die in dem Gebiet, in dem er beschäftigt ist, den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht“, wobei allerdings keine Diskriminierung zwischen inländischen Arbeitnehmern und Arbeitnehmern aus einem Vertragsstaat einhergehen darf.¹⁵³

Damit wird die Frage aufgeworfen, wie dieses Erfordernis auszulegen ist, insbesondere angesichts des Umstands, dass im Gemeinschaftsrecht selbst als Voraussetzung für den Aufenthalt von Familienangehörigen keine ausrei-

¹⁵¹ Als Familienangehörige gelten gemäss Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, wobei sie sich aber rechtmässig im EU-Raum aufhalten müssen, der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird, sowie die eigenen Verwandten wie auch die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird. Der Kreis der Familienangehörigen eines Studierenden ist enger, d.h. in diesem Falle fallen nur der Ehegatte und die unterhaltsberechtigten Kinder darunter. Gemäss Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 Anhang I FZA benötigen Familienangehörige von Unionsbürgern, die nicht die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzen, im Gegensatz zu den Unionsbürgern, für die Einreise in die Schweiz ein Visum oder einen gleichwertigen Nachweis. Hierzu schon oben III.1.

¹⁵² Da sich das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen vom Aufenthaltsrecht des bereits in einem Hoheitsgebiet Tätigen ableitet, erhalten Familienangehörige eine Aufenthaltserlaubnis mit gleicher Gültigkeit (Art. 3 Abs. 4 Anhang I FZA).

¹⁵³ Hingegen ist es nicht erforderlich, dass etwa Ehegatten auch zusammenwohnen, EuGH, Rs. 267/83 (Diatto), Slg. 1985, 567. S. auch *Petra Klaus*, Familiennachzug im Ausländerrecht, in: Patricia M. Schiess Rüttimann (Hrsg.), *Schweizerisches Ausländerrecht in Bewegung?*, 2003, 67 (75 f.).

chende Wohnung verlangt werden darf.¹⁵⁴ Im Ergebnis ist zwar davon auszugehen, dass – entsprechend dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA – ein solches Erfordernis formuliert werden kann, so dass insoweit im Vergleich zum Aufenthaltsrecht von Erwerbstätigen selbst – für die nach der Rechtsprechung des EuGH kein solches Erfordernis aufgestellt werden darf (zumindest soweit für die eigenen Staatsangehörigen kein solches Erfordernis existiert),¹⁵⁵ wobei diese Rechtsprechung gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten ist – eine zusätzliche Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht formuliert werden kann. Angesichts des Umstandes jedoch, dass ein solches Erfordernis nur dann formuliert werden darf, wenn damit keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit einhergeht, dürfte es im Ergebnis kaum herangezogen werden, da insbesondere das Niederlassungsrecht von Schweizern und ihren Familien an jedem Ort der Schweiz (vgl. Art. 24 BV) nicht vom Erfordernis „ausreichenden Wohnraums“ abhängig gemacht werden darf.

Weiter müssen die Regeln über die Freizügigkeit und damit den Familiennachzug überhaupt anwendbar sein. Dies ist nach der gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA auf das Freizügigkeitsabkommen zu übertragenden Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁶ von vornherein nur dann der Fall, wenn das Gemeinschaftsrecht anwendbar ist, d.h., wenn der Unionsbürger selbst von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, geht es doch beim Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen um ein abgeleitetes Recht. M.a.W. muss ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen, wobei der Gerichtshof die diesbezüglichen Anforderungen recht niedrig ansetzt.¹⁵⁷ Weiter und mit dem eben erwähnten Aspekt in engem Zusammenhang stehend können die Regeln über den Familiennachzug von vornherein nur unter der Voraussetzung greifen, dass es tatsächlich um einen Familiennachzug zwischen den EU-Mitgliedstaaten bzw. zwischen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz geht. Diese Voraussetzung, die insbesondere im Zusammenhang mit Drittstaatsangehörigen von Bedeutung ist, liegt etwa dann nicht vor, wenn es (nur) um die Einreise eines Drittstaatsangehörigen in einen EU-Mitgliedstaat geht, so dass die Rechte auf

¹⁵⁴ Vgl. Art. 6, 7 RL 2004/38.

¹⁵⁵ Vgl. EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 1263, Rn. 19 ff.

¹⁵⁶ Vgl. mit Bezug zum Familiennachzug insbesondere EuGH, Rs. 35 und 36/82 (Morson und Jhanjan), Slg. 1982, 3723, Rn. 18; EuGH, Rs. C-64 und 65/96 (Uecker und Jacquet), Slg. 1997, I-3171, Rn. 24. Aus der Literatur nur *Gavin Barrett*, *Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members*, CMLRev. 2003, 369 (377). S. hierzu auch schon *Epiney/Faeh*, *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2005/2006 (Fn. 8), 49 (57 ff.).

¹⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421; EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rn. 28 ff.; hierzu bereits *Epiney/Faeh*, *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2005/2006 (Fn. 8), 49 (57 f.).

Familiennachzug grundsätzlich nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden können, dass ein vorheriger rechtmässiger Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat bzw. in der Schweiz vorlag.

Beispielhaft sei auf die Rs. C-109/01¹⁵⁸ verwiesen, in der es um die diesbezügliche Auslegung von Art. 10 VO 1612/68¹⁵⁹, der das Recht der Ehegatten und bestimmter naher Verwandter eines Arbeitnehmers enthält, im Staatsgebiet des Aufenthalts des Arbeitnehmers Wohnsitz zu nehmen, ging. Anlass zu dem Urteil gab die Situation eines Drittstaatsangehörigen, der mit einer britischen Staatsangehörigen verheiratet war, allerdings wegen verschiedener Vergehen aus dem Vereinigten Königreich ausgewiesen worden war. Nachdem die Eheleute einige Monate in Irland gelebt hatten, wollten sie wieder nach Grossbritannien zurückkehren, und der Ehemann beantragte den Widerruf seiner Ausweisungsverfügung, da ihm als Ehegatten einer britischen Staatsangehörigen aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 ein Aufenthaltsrecht in Grossbritannien zustehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt mit dem Argument, die britische Ehefrau habe nur zum Schein während kurzer Zeit (sechs Monate) eine Stelle in Irland angenommen, um letztlich die britischen Bestimmungen über das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen zu umgehen. Der EuGH betonte, dass die VO 1612/68 nur die Freizügigkeit innerhalb der Union betreffe; ihr könnten hingegen keine Hinweise darauf entnommen werden, welche Rechte ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger im Hinblick auf den Zugang zum Unionsgebiet hat. Daher müsse sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, in den der Unionsbürger abwandern möchte, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 VO 1612/68 zu kommen. Art. 10 VO 1612/68 sei also nur unter der Voraussetzung einschlägig, dass sich der Drittstaatsangehörige bereits rechtmässig im Unionsgebiet aufhalte. Diese Rechtsprechung ist auf die Rechtslage unter der RL 2004/38 (durch die Art. 10 VO 1612/68 aufgehoben wird, Art. 38 RL 2004/38) übertragbar, so dass der allgemeine Grundsatz formuliert werden kann, dass sich Familienangehörige von Unionsbürgern bereits rechtmässig im Unionsgebiet aufhalten müssen, um in den Genuss der durch die RL 2004/38 gewährten Rechte zu kommen. M.a.W. ist der rechtmässige Aufenthalt Voraussetzung für die Anwendung der Freizügigkeitsrechte von Drittstaatsangehörigen.¹⁶⁰

Fraglich könnte jedoch sein, ob dieser Grundsatz durch ein neueres Urteil des EuGH wieder relativiert wird: In der Rs. C-1/05¹⁶¹ machte eine Drittstaatsangehörige ein Aufent-

¹⁵⁸ EuGH, Rs. C-109/01 (Akrich), Slg. 2003, I-9607.

¹⁵⁹ VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

¹⁶⁰ *Robin C.A. White*, Conflicting competences: free movement rules and immigration laws, ELRev. 2004, 385 (389). S. aber auch EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591, wo der EuGH ohne Bezugnahme auf das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Anknüpfungspunktes davon ausgeht, dass sich das Recht eines mit einem Unionsbürger verheirateten Drittstaatsangehörigen auf Einreise allein aus der familiären Beziehung ergibt. Angesichts des Umstandes, dass es hier im Wesentlichen um Fragen der Einreiseformalitäten ging, sollte dieser Aspekt des Urteils aber nicht überbewertet werden.

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1.

haltsrecht geltend, die rechtmässig in den betreffenden EU-Mitgliedstaat eingereist war. Daher könne, so der Gerichtshof, das im Fall *Akrich* formulierte Erfordernis eines vorherigen rechtmässigen Aufenthalts nicht auf eine derartige Fallgestaltung übertragen werden, so dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichte, die Gewährung eines Aufenthaltsrechts an einen Drittstaatsangehörigen, dessen Familienmitglied von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, an das Erfordernis eines vorherigen rechtmässigen Aufenthalts zu knüpfen. Die Tragweite dieses Urteils bleibt – soweit das Erfordernis des rechtmässigen Aufenthalts betroffen ist – unklar, insbesondere angesichts des Urteils *Akrich*. Dies beruht in erster Linie auf dem Umstand, dass der Gerichtshof – im Anschluss an die entsprechende Frage des nationalen Gerichts – nur festhält, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichte, einen solchen rechtmässigen Aufenthalt vorzusetzen. Nicht beantwortet wird damit aber die wesentlich interessantere Frage, ob Frau *Jia* bzw. ihre Familienmitglieder aufgrund der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen auch ein Recht auf Aufenthalt aus den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hätte ableiten können. Man wird diese Frage wohl verneinen können:¹⁶² Denn der EuGH stellt im Fall *Akrich* ausdrücklich darauf ab, dass die Familiennachzugsregelungen dazu dienen sollen, die Freizügigkeit zu fördern, indem dieser nicht durch fehlende Familiennachzugsmöglichkeiten Grenzen gesetzt werden. Reist nun eine Person erstmals rechtmässig mit einem Besuchsvisum in das Unionsgebiet ein, um sich – wie im Ausgangsfall – bei ihrem Sohn und der Schwiegertochter, die ihr Unterhalt gewähren, niederzulassen, dürfte gerade dieser Bezug zur Freizügigkeit fehlen, da gerade keine grenzüberschreitende Bewegung zwischen zwei Mitgliedstaaten stattgefunden hat, so dass sich aus den einschlägigen sekundärrechtlichen Regelungen kein Aufenthaltsrecht eines solchen Familienangehörigen ergibt;¹⁶³ zutreffenderweise hält der EuGH aber auch fest, dass es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten jedenfalls nicht verwehrt, in solchen Konstellationen einen Aufenthalt zu gewähren.¹⁶⁴

Finden die Regeln des Freizügigkeitsabkommen über den Familiennachzug wegen eines fehlenden grenzüberschreitenden Bezugs oder wegen eines fehlenden vorherigen Aufenthalts des Familienangehörigen in der Europäischen Union in Bezug auf Familienangehörige eines Unionsbürgers keine Anwendung, richtet sich der Familiennachzug nach den Bestimmungen des Ausländergesetzes. Diesfalls stellt sich die Frage, nach welchen gesetzlichen Grundlagen der Nachzug geregelt ist, unterscheidet doch das Ausländergesetz in Bezug auf einen Familiennachzug durch Ausländer zwischen Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligung, Aufenthaltsbewilligung und Niederlassungsbewilligung, während für den Familiennachzug von Angehörigen von Schweizerinnen und Schweizern andere (günstigere) Bestimmungen zum Zuge

¹⁶² Nicht ganz klar in dieser Beziehung *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 42, Rn. 6.

¹⁶³ S. in diesem Zusammenhang auch die sehr instruktiven und in eine ähnliche Richtung wie der hier vertretene Ansatz gehenden Ausführungen von GA *Geelhoed*, Schlussanträge zur Rs. C-1/05, EuGH, Slg. 2007, I-1, Rn. 62 ff.

¹⁶⁴ Vgl. zur Tragweite dieses Urteils auch etwa *Alina Tryfonidou, Jia* or “Carpenter II”: the edge of reason, ELR 2007, 908 ff.

kommen. Nach der hier vertretenen Ansicht geht es bei der Frage nach der Reichweite des Familiennachzugs um einen (eng) mit dem Aufenthalt selbst verbundenen Bereich, so dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA)¹⁶⁵ zum Zuge kommt. Daher sind auf Familienangehörige von Unionsbürgern diesbezüglich die gleichen gesetzlichen Regelungen des Ausländergesetzes anwendbar, welche auch für Schweizerinnen und Schweizer gelten.¹⁶⁶

c) *Fazit*

Zusammenfassend kommt es in Bezug auf die „Reichweite“ des Familiennachzugs zunächst darauf an, in welchem Staat sich die nachzugswilligen Familienangehörigen zum Zeitpunkt des Nachzuges aufhalten: Handelt es sich um Familienangehörige von Unionsbürgern oder Schweizerinnen und Schweizern – deren Personenkreis weiter gefasst wird als bei Familienangehörigen aus Drittstaaten –, die sich rechtmässig bzw. gestützt auf eine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung im EU-Raum aufhalten, so haben sie einen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz, unabhängig davon, ob sie tatsächlich zusammenwohnen oder nicht. Demgegenüber muss die Voraussetzung des Zusammenwohnens erfüllt sein, geht es um einen Familiennachzug von Angehörigen, die sich nicht im EU-Raum aufhalten, unabhängig davon, ob es sich um Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern, von Drittstaatsangehörigen oder von Unionsbürgern handelt. Zudem differieren die Regelungen auch bezüglich der Anknüpfung des Nachzugsrechts an die Bewilligungsart. Faktisch bedeutet dies, dass Drittstaatsangehörige lediglich dann einen Anspruch auf Familiennachzug haben, wenn sie sich bereits während zehn Jahren – bei erfolgreicher Integration fünf Jahre – in der Schweiz aufgehalten haben und zusammen wohnen, wohingegen Unionsbürger bereits zu Beginn des Aufenthalts in der Schweiz ein solches Recht geltend machen können, auch wenn die Eheleute keine gemeinsame Wohnung unterhalten. Im Ergebnis bedeuten diese Regelungen eine ins Gewicht fallende Schlechterstellung von Drittstaatsangehörigen im Vergleich zu Unionsbürgern (und Schweizern), was die Reichweite des Familiennachzugs betrifft.

Zur Ergänzung sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass im europäischen Gemeinschaftsrecht zwar für Familienangehörige von Unionsbürgern keine irgendwie gearteten „Integrationsanforderungen“ als Voraussetzung für den Familiennachzug formuliert werden dürfen, dies aber bei Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen zum

¹⁶⁵ Zu diesem bereits oben.

¹⁶⁶ Im Ergebnis ähnlich *Spescha*, in: Kommentar Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 44 AuG, Rn. 2, der diesbezüglich für das Vorhandensein einer Gesetzeslücke und somit die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 1 AuG plädiert.

Teil der Fall ist. So können die Mitgliedstaaten für den Fall, dass ein Kind erst nach Vollendung des 12. Lebensjahres und unabhängig vom Rest der Familie in den Aufnahmemitgliedstaat kommt, Integrationskriterien (wie etwa Sprachkenntnisse oder Allgemeinbildung) für die Aufnahme festlegen, Art. 4 Abs. 1 Uabs. 3 RL 2003/86.¹⁶⁷ Weiter können die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86 von Drittstaatsangehörigen verlangen, dass sie „Integrationsmassnahmen“ nachkommen müssen; gewisse Ausnahmen gelten für Flüchtlinge und ihre Familienangehörigen.¹⁶⁸

7. Aufenthaltsbeendigung

Massnahmen, welche einen Aufenthalt in der Schweiz beenden,¹⁶⁹ sind die Weg- und die Ausweisung (Art. 61 ff. AuG). Dabei enthält lediglich das Ausländergesetz Bestimmungen betreffend die Weg- bzw. die Ausweisung, wohingegen das Freizügigkeitsabkommen lediglich feststellt, unter welchen Bedingungen die darin statuierten Rechte eingeschränkt werden dürfen und auf drei Richtlinien verweist.¹⁷⁰ Gemäss dem Prinzip der subsidiären Anwendung des inländischen Ausländerrechts auf Unionsbürger (Art. 2 Abs. 2, 3 AuG) findet demgemäss für die Aus- und Wegweisung das neue Ausländergesetz Anwendung, wobei im Freizügigkeitsabkommen enthaltene Einschränkungen beachtet werden müssen,¹⁷¹ so dass einerseits ggf. gewisse Aus- oder Wegweisungsgründe in Bezug auf Unionsbürger nicht zum Zuge kommen können, andererseits die (übrigen) bestehenden Aus- oder Wegweisungsgründe im Falle ihrer Anwendung auf Unionsbürger entsprechend den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens auszulegen sind. Ausgangspunkt hierfür ist, dass die im Abkommen gewährleisteten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden kön-

¹⁶⁷ RL 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. 2003 L 251, 12.

¹⁶⁸ Zur Vereinbarkeit gewisser Aspekte der Richtlinie mit den gemeinschaftlichen Grundrechten EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat), Slg. 2006, I-5769.

¹⁶⁹ Zu beachten ist bei aufenthaltsbeendenden Massnahmen insbesondere auch die Angemessenheit, denn liegt diese nicht vor, kann die zuständige Behörde – auch wenn eine Massnahme begründet wäre – gemäss Art. 96 Abs. 2 AuG lediglich eine Verwarnung unter Androhung der entsprechenden Massnahme aussprechen.

¹⁷⁰ Vgl. Verweisung in Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA auf die Richtlinien 64/221/EWG, 72/194/EWG und 75/35/EWG, wobei diese Richtlinien durch die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 aufgehoben wurden und nur noch im Verhältnis zur Schweiz Gültigkeit beanspruchen können.

¹⁷¹ Vgl. zum Problemkreis auch *Walter Kälin*, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern 2002, 11 (19 ff.).

nen (Art. 5 Anhang I FZA), wobei diese Begriffe im Einklang mit dem einschlägigen Sekundärrecht und der Rechtsprechung des EuGH auszulegen sind.¹⁷²

Im Folgenden wird kurz auf das Erlöschen einer Bewilligung eingegangen, bevor dann die Wegweisung vertiefter behandelt wird. Die Ausweisung wird nur kurz angesprochen, da insbesondere der Widerruf der Niederlassungsbewilligung nach neuem Recht – welcher die Wegweisung zur Folge hat – die gemäss altem Recht angewandte Ausweisung ersetzt.¹⁷³

a) *Erlöschen einer Bewilligung*

Eine Bewilligung von Drittstaatsangehörigen erlischt – mit Ausnahme einer Ausweisung¹⁷⁴ – nicht durch Ergreifen aufenthaltsbeendender Massnahmen durch die schweizerischen Behörden, sondern bei freiwilliger Abmeldung ins Ausland, mit der Erteilung einer Bewilligung in einem anderen Kanton sowie nach Ablauf der Gültigkeitsdauer der Bewilligung (Art. 61 Abs. 1 AuG). Erfolgt jedoch bei der Rückkehr ins Ausland keine Abmeldung in der Schweiz, erlischt eine Bewilligung nicht sogleich, sondern erst nach Ablauf einer gewissen Dauer.¹⁷⁵ Dies soll insbesondere die internationale berufliche Mobilität sowie die Weiterbildung fördern und steht zudem dem Versuch einer Wiedereingliederung in den Heimatstaat nicht entgegen, da während einer gewissen Zeit das Anwesenheitsrecht für die Schweiz weiterhin besteht.¹⁷⁶

Für Unionsbürger erlischt eine Kurzaufenthalts- oder Daueraufenthaltsbewilligung erst nach sechs Monaten Aufenthalt ausserhalb der Schweiz (Art. 6 Abs. 5 Anhang I FZA). Eine weitere Regelung betreffend das Erlöschen einer Bewilligung enthält das Freizügigkeitsabkommen nicht, weswegen hier als subsidiäre Regelung das Ausländergesetz insoweit Anwendung findet, als eine Kurzaufenthaltsbewilligung von Unionsbürgern nach Ablauf der Gültigkeitsdauer ebenfalls erlischt. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang aber an den Umstand, dass die Bewilligung für Unionsbürger lediglich deklaratori-

¹⁷² Hierzu bereits oben III.1.a).

¹⁷³ Vgl. dazu ausführlich *Rahel Martin-Küttel*, Aufenthaltsbeendigung nach altem und neuem Recht, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen/Peter Uebersax (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2006/2007, Bern 2007, 3 (19 ff.).

¹⁷⁴ Hierzu unten III.7.c).

¹⁷⁵ Eine Kurzaufenthaltsbewilligung erlischt nach drei Monaten, eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung nach sechs Monaten. Die Niederlassungsbewilligung kann zudem auf Gesuch hin während vier Jahren aufrechterhalten werden (Art. 61 Abs. 2 AuG).

¹⁷⁶ Vgl. Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3808.

scher Natur ist,¹⁷⁷ so dass auch im Falle ihres Erlöschens bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht bestehen kann.

b) Wegweisung

Eine Wegweisung – die gegenüber der Ausweisung die „mildere“ der beiden aufenthaltsbeendenden Massnahmen darstellt – wird vorgenommen, wenn für einen Aufenthalt in der Schweiz keine Bewilligung (mehr) besteht, da entweder gar nie eine Bewilligung vorhanden war oder aber die Bewilligung verweigert, widerrufen oder nicht verlängert wurde (Art. 64 ff. AuG). Die Wegweisung kann formlos, d.h. mündlich, oder förmlich erfolgen: Eine formlose Wegweisung erfolgt bei Drittstaatsangehörigen, welche entweder keine erforderliche Bewilligung besitzen oder, ist für den Aufenthalt in der Schweiz keine Bewilligung erforderlich, die Einreisevoraussetzungen¹⁷⁸ nicht mehr erfüllen.¹⁷⁹ Eine förmliche bzw. ordentliche Wegweisung wird vorgenommen, sollte eine Bewilligung verweigert, widerrufen oder nicht verlängert werden und ist mit einer angemessenen Ausreisefrist zu verbinden.

Im Folgenden wird lediglich auf die Wegweisung auf Grund einer widerrufenen oder nicht verlängerten Bewilligung eingegangen, da die Voraussetzungen für eine formlose Wegweisung gerade darin besteht, dass keine Bewilligung vorhanden ist.

Eine Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung kann unter nachfolgenden Gründen widerrufen werden (Art. 62 AuG).¹⁸⁰

- Verletzung der Mitwirkungspflicht, d.h. falls im Bewilligungsverfahren falsche Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen wurden;
- Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe oder bei Anordnung einer strafrechtlichen Massnahme im Sinne von Art. 64 (Verwahrung) oder Art. 61 (Massnahmen für junge Erwachsene) des Strafgesetzbuches¹⁸¹;
- erheblicher oder wiederholter Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland¹⁸²;

¹⁷⁷ S.o. III.2.a)aa).

¹⁷⁸ Vgl. zu den Einreisevoraussetzungen die Ausführungen oben III.1.

¹⁷⁹ Vgl. speziell für die Wegweisung am Flughafen Art. 65 AuG.

¹⁸⁰ Hierunter fallen gemäss dem Titel „Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen“ auch der Widerruf eines Visums sowie die Zusicherung einer Bewilligung, vgl. Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3808.

¹⁸¹ SR 311.0.

¹⁸² Gemäss Art. 80 Abs. 1 VZAE liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung namentlich vor bei einer Missachtung von gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Verfügungen, bei mutwilliger Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen, wenn die betroffene Person ein Verbrechen

- Nichteinhalten von mit einer Aufenthaltsbewilligung festgesetzten Bedingungen, worunter wohl eine nicht erfüllte Integrationsvereinbarung fallen würde;
- Abhängigkeit von der Sozialhilfe durch den Drittstaatsangehörigen oder einer Person, für welche er sorgen muss.¹⁸³

Der Widerruf der Niederlassungsbewilligung wird separat geregelt (Art. 63 AuG); es wird jedoch auf oben erwähnte Gründe für einen Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung Rückgriff genommen, wobei bei den Gründen des Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit sowie bei der Sozialhilfeabhängigkeit höhere Massstäbe angesetzt werden.¹⁸⁴

Art. 67 AuG erlaubt weiter die Verfügung eines Einreiseverbots, falls einer der folgenden Gründe vorliegt:¹⁸⁵

- Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland;
- Verursachung von Sozialhilfekosten;
- Vorherige Ausschaffung;
- Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft.

Eine explizite Regelung betreffend die Nichtverlängerung einer Bewilligung enthält das Ausländergesetz nicht. Besteht ein Anspruch auf Verlängerung der Bewilligung, so z.B. beim Familiennachzug oder wenn der Drittstaatsangehörige im Besitze einer unbefristeten Niederlassungsbewilligung ist, kann eine Nichtverlängerung der entsprechenden Bewilli-

gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder terroristische Taten öffentlich billigt oder dafür wirbt oder wenn sie zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt.

¹⁸³ In Bezug auf die Rolle der „Verschuldensfrage“ bei der Sozialhilfeabhängigkeit vgl. *Martin-Küttel*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007 (Fn. 173), 3 (16).

¹⁸⁴ Bei ersterem muss der Verstoß oder die Gefährdung erheblich sein, bei zweitem muss die Sozialhilfeabhängigkeit dauerhaft und in erheblichem Mass vorliegen. Gemäss Art. 63 Abs. 2 kann jedoch eine Niederlassungsbewilligung von seit mehr als 15 Jahren sich ununterbrochen und ordnungsgemäss aufhaltenden Ausländerinnen und Ausländer nur widerrufen werden auf Grund eines schwerwiegenden Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit bzw. bei einer Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe.

¹⁸⁵ Diese Gründe sind wohl abschliessend zu verstehen. *Spescha*, in: Migrationsrecht (Fn. 39), Art. 67 AuG, Rn. 1. Unklar in dieser Beziehung jedoch Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3809, die darauf Bezug nimmt, dass die neue Regelung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung die bisherige Ausweisung ersetzen soll, die sowohl die Wegweisung als auch eine Einreisesperre beinhaltete, so dass damit auch etwa eine Verletzung der in Art. 62 AuG erwähnten Mitwirkungspflicht eine Einreisesperre begründen könnte.

gung nicht greifen bzw. keinen Grund für eine Wegweisung darstellen.¹⁸⁶ Gemäss neuem Ausländergesetz kommt eine Verlängerung nur bei Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen in Betracht (Art. 32 f. AuG) und stellt diese in das Ermessen der zuständigen Behörde. Eine Bewilligung wird wohl dann nicht verlängert, wenn Widerrufsgründe oder gar Ausweisungsgründe vorliegen.¹⁸⁷ Des Weiteren ist zu beachten, dass Kurzaufenthalts- bzw. Aufenthaltsbewilligungen an bestimmte Zwecke gebunden sind – z. B. den Zweck der Erwerbstätigkeit. Liegt dieser nicht mehr vor, gibt es grundsätzlich keinen Grund für eine nochmalige Erteilung einer entsprechenden Bewilligung.

Auf Unionsbürger können aufgrund der relativ strengen Anforderungen, die an eine Einschränkung der sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergebenden Rechte zu stellen sind,¹⁸⁸ eine ganze Reihe der genannten Wegweisungsgründe keine Anwendung finden, und andere sind so auszulegen bzw. anzuwenden, dass sie mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens im Einklang stehen. Hinzuweisen ist in erster Linie auf folgende Aspekte:¹⁸⁹

- Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht als solche kann keinesfalls zu einem Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung führen, da hiermit keine „tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr“ verbunden ist, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, was aber nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁹⁰ notwendig ist, damit eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung eine Einschränkung des Aufenthaltsrechts nach sich ziehen kann.
- Ebenso wenig kann allein eine Verurteilung zu einer bestimmten Freiheitsstrafe, die Verhängung von Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft oder eine vorherige Ausschaffung eine Einschränkung der Freizügigkeitsrechte begründen; vielmehr ist jeweils im Einzelfall nachzuweisen, dass im Falle des Vorliegens solcher Tatbestände die betreffende Person aufgrund ihres persönlichen Verhaltens auch in Zukunft eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.
- Dem Tatbestand des Nichteinhaltens von mit einer Aufenthaltsbewilligung festgesetzten Bedingungen dürfte in Bezug auf Unionsbürger keine Bedeutung zukommen, da nicht ersichtlich ist, um welche Bedingungen es sich hier handeln könnte, darf doch der Aufenthalt von Unionsbürgern – bei Vorliegen der Voraussetzungen für das Bestehen eines Aufenthaltsrechts – gerade nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden. Ein Verstoss gegen Ordnungsvorschriften

¹⁸⁶ Die Frage einer Verlängerung stellt sich jedoch dann, wenn der Anspruch erlöscht, vgl. Art. 51 AuG.

¹⁸⁷ Vgl. auch *Martin-Küttel*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007 (Fn. 173), 3 (11).

¹⁸⁸ S. bereits oben III.1.a).

¹⁸⁹ S. insoweit auch schon die Bemerkungen bei *Kälin*, in: Die sektoriellen Abkommen (Fn. 7), 11 (20 f.), allerdings noch in Bezug auf das ANAG.

¹⁹⁰ Zu dieser oben III.1.a).

(etwa Meldepflichten) kann jedenfalls nicht zu aufenthaltsbeschränkenden Massnahmen führen.

- Eine Abhängigkeit von der Sozialhilfe durch den Unionsbürger oder einer Person, für welche er sorgen muss, stellt als solcher keinen zulässigen Grund für aufenthaltsbeendende oder -einschränkende Massnahmen dar.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass bei Kurzaufenthalts- und Daueraufenthaltsbewilligungen von Unionsbürgern die Möglichkeit eines Widerrufs bzw. einer Nichtverlängerung besteht, wenn die Voraussetzungen für deren Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Art. 23 Abs. 1 VEP), wobei das Freizügigkeitsabkommen explizite Einschränkungen beinhaltet, bei welchen eine erteilte Bewilligung nicht widerrufen werden darf oder zu verlängern ist.¹⁹¹

Für die Niederlassungsbewilligung, welche im Freizügigkeitsabkommen gänzlich ungeregelt ist, kommt das Ausländergesetz zum Zuge.¹⁹² Unionsbürger können sich aber auch hier auf die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens berufen, geht es doch wiederum um eine Beschränkung von Rechten bei der Ausübung der Freizügigkeit. Somit kann auch eine Niederlassungsbewilligung von Unionsbürgern nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit widerrufen werden.¹⁹³ Es kann daher auf die soeben gemachten Ausführungen zum Widerruf von Kurzaufenthalts- und Daueraufenthaltsbewilligungen verwiesen werden.

c) *Ausweisung*

Die Ausweisung ist sowohl im Ausländergesetz (Art. 68 AuG) als auch in der Bundesverfassung (Art. 121 Abs. 2 BV) geregelt. Demgemäss kann eine Ausweisung sowohl zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz¹⁹⁴ als auch bei Gefährdung der Sicherheit des Landes vorgenommen werden. Eine Ausweisung gestützt auf ersteres wird vom Bundes-

¹⁹¹ Vgl. z.B. die Regelung betreffend die Aufenthaltserlaubnis für Arbeitnehmer in Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA, wonach eine gültige Aufenthaltserlaubnis nicht alleine deshalb entzogen werden darf, weil er infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig ist und deshalb keine Beschäftigung mehr hat oder wenn er unfreiwillig arbeitslos wurde. Hierzu bereits oben III.2.c).

¹⁹² Auch Art. 23 Abs. 2 VEP verweist für die Niederlassungsbewilligung auf Art. 63 AuG.

¹⁹³ Art. 5 Anhang I FZA.

¹⁹⁴ Gemäss Bundesrat, Botschaft zum AuG (BBl 2002 3709, 3814) ist unter „Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit“ insbesondere die Gefährdung des Vorrangs der staatlichen Gewalt im militärischen und politischen Bereich zu verstehen, wie bspw. die Gefährdung durch Terrorismus, gewalttätiger Extremismus, verbotener Nachrichtendienst, die organisierte Kriminalität sowie Handlungen und Bestrebungen, welche die gegenwärtigen Beziehungen der Schweiz zu anderen Staaten ernsthaft gefährden oder auf eine gewaltsame Änderung der staatlichen Organe abzielen.

amt für Polizei verfügt, wohingegen eine Ausweisung auf Grund der Gefährdung der Sicherheit des Landes bei politisch sehr bedeutenden Fällen durch den Bundesrat vorgenommen werden kann.¹⁹⁵ Bei beiden handelt es sich um eine politisch motivierte Ausweisung.¹⁹⁶ Die Ausweisung ist die schärfste aufenthaltsbeendende Massnahme, die von den zuständigen Behörden ergriffen werden kann, und bedeutet einen Eingriff in ein Bewilligungsverhältnis – ohne dass die Voraussetzungen eines Widerrufs vorliegen müssen – mit der Folge des Erlöschens der entsprechenden Bewilligung. Für einen Drittstaatsangehörigen bedeutet eine Ausweisung, dass er die Schweiz nach Ablauf einer angesetzten Ausreisefrist verlassen muss,¹⁹⁷ und diese im Rahmen des festgesetzten Einreiseverbots auch nicht wieder betreten darf.

Die Ausweisung kann sowohl in Bezug auf Drittstaatsangehörige als auch in Bezug auf Unionsbürger zum Zuge kommen, denn in Bezug auf letztere dürfen die in Art. 68 AuG erwähnten Voraussetzungen den Anforderungen des Freizügigkeitsabkommens grundsätzlich genügen, wobei auch hier selbsttendend eine abkommenskonforme Auslegung und Anwendung sicherzustellen ist.

d) *Fazit*

Deutlich wird damit, dass die Rechte, welche sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergeben, nur unter eher strengen Voraussetzungen eingeschränkt werden können; insbesondere kommen einige der im Ausländergesetz formulierten Widerrufsgründe nicht oder nur eingeschränkt in Bezug auf Unionsbürger zum Zuge, was wiederum dem Ziel des Abkommens – die Ermöglichung des freien Personenverkehrs – entgegen kommt. Demgegenüber bestehen – insbesondere auch für Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern, kommen diese nun als Drittstaatsangehörige aus dem EU-Raum oder aus Drittstaaten – weitergehende Möglichkeiten der Einschränkung der aus dem Ausländergesetz fliessenden Rechte. Auch diesbezüglich lässt der Gesetzgeber eine Gleichbehandlung von Schweizerinnen und Schweizern und Unionsbürgern betreffend die Familienangehörigen missen.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Vgl. Bundesrat, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709, 3814.

¹⁹⁶ Vgl. *Martin-Küttel*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007 (Fn. 173), 3 (20).

¹⁹⁷ Eine Ausweisung ist jedoch dann sofort vollstreckbar, wenn erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen oder diese gefährdet wurde oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet wurde (Art. 68 Abs. 4 AuG).

¹⁹⁸ Vgl. für das Erlöschen eines Anspruches auf Familiennachzug Art. 51 AuG, welcher in Abs. 1 lit. b auf die Widerrufsgründe von Art. 63 AuG verweist.

IV. Ausländerrechtliche Differenzierungen und Art. 8 BV – ein Problemaufriss

Nach Art. 8 Abs. 1, 2 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich und niemand darf diskriminiert werden auf Grund diverser, in Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählter Merkmale, wie die Herkunft, die Rasse, das Geschlecht, das Alter und die Sprache. Im hier interessierenden Bereich geht es insbesondere um die unterschiedliche Behandlung von Personen auf Grund der Staatsangehörigkeit,¹⁹⁹ liegt doch jedenfalls eine auf einer gesetzgeberischen Entscheidung beruhende Ungleichbehandlung bzw. Schlechterstellung von Drittstaatsangehörigen im Vergleich zu Unionsbürgern in verschiedenen Bereichen vor.²⁰⁰ Aufgeworfen ist damit zunächst die Frage, ob eine solche Ungleichbehandlung unter das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV oder unter das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV fällt.²⁰¹

Diese Frage ist insbesondere insofern von Bedeutung, als im Falle der Einschlägigkeit von Art. 8 Abs. 2 BV im Vergleich zu Art. 8 Abs. 1 BV ein strengerer Prüfungsmassstab und damit eine qualifizierte Begründungs- bzw. Rechtfertigungspflicht zum Zuge kommt.²⁰²

Vieles spricht dafür, die Differenzierung zwischen Unionsbürgern einerseits und sonstigen Ausländern („Drittstaatsangehörigen“) andererseits als „suspect classification“ einzuordnen, wird hier doch zwischen verschiedenen Gruppen

¹⁹⁹ Vgl. allgemein zur Thematik der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft die Ausführungen bei *Walter Kälin/Martina Caroni*, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: Walter Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung – Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 29, Basel 1999, 67. Zur Thematik im Zusammenhang mit der früher geltenden „Drei-Kreise-Regelung“ *Andreas Auer*, Constitution et politique d’immigration: la quadrature des trois cercles, AJP 1996, 1230 ff.

²⁰⁰ Der Umstand, dass sich die Rechtsstellung der Unionsbürger bereits aus Staatsvertragsrecht ergibt, ändert hieran nichts, denn der Gesetzgeber hätte Drittstaatsangehörige ohne Weiteres ebenso wie Unionsbürger behandeln können. Vgl. zur grundsätzlichen Einschlägigkeit des Gleichheitssatzes in solchen Konstellationen bereits *Astrid Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, 426 ff.

²⁰¹ Allgemein zum Verhältnis von Art. 8 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2 BV *Bernhard Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003, 533 f.; spezifisch zur (komplexen) Frage der Einordnung des Differenzierungskriteriums der Staatsangehörigkeit *Bernhard Waldmann*, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, HAVE 1/2007, 65 ff.

²⁰² BGE 129 I 398; BGE 126 II 393; *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, Art. 8 BV, Rn. 22, 25; ausführlich *Waldmann*, Diskriminierungsverbot (Fn. 201), 325 ff.

von Ausländern unterschieden, so dass es gerade nicht um die (wohl „unverdächtigere“) Differenzierung zwischen In- und Ausländern geht. Damit werden bestimmte Ausländer gerade wegen ihrer Herkunft aus einem Drittstaat benachteiligt, was die Anwendung des Art. 8 Abs. 2 BV nahe legt.²⁰³

Allerdings bedeutet dies noch nicht die Unzulässigkeit einer Differenzierung zwischen Unionsbürgern einerseits und Drittstaatsangehörigen andererseits in Bezug auf ausländerrechtliche Regelungen. Vielmehr ist eine Rechtfertigung möglich, wobei allerdings nicht – wie erwähnt – ein „sachlicher Grund“ (wie im Rahmen des Art. 8 Abs. 1 BV) genügt, sondern eine „qualifizierte Rechtfertigung“ verlangt wird.²⁰⁴ Deutlich wird damit auch, dass die Frage der Rechtfertigung nicht „pauschal“ für Differenzierungen zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen beantwortet werden kann, sondern jeweils auf den betroffenen sachlichen Bereich abzustellen ist, gestalten sich die (möglichen) Rechtfertigungsgründe doch (potentiell) durchaus unterschiedlich, je nachdem, in Bezug auf welche Frage differenziert wird. Es ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich, die verschiedenen Ungleichbehandlungen zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen umfassend auf ihre qualifizierte sachliche Rechtfertigung zu prüfen, so dass hier lediglich auf zwei Eckpunkte hingewiesen werden kann:²⁰⁵

- Die Bevorzugung von Unionsbürgern gegenüber Drittstaatsangehörigen beruht auf dem Freizügigkeitsabkommen, welches zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf Grund der engen Beziehung zu diesen abgeschlossen wurde und dem Grundsatz der Reziprozität gehorcht. Hierin kann grundsätzlich eine (qualifizierte) sachliche Begründung für die Differenzierung zwischen beiden Gruppen von Ausländern gesehen werden.²⁰⁶ Dies gilt insbesondere für das

²⁰³ Vgl. in eine ähnliche Richtung wohl *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, 420; *Markus Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Bern 2005, 248; *Kälin/Caroni*, in: Verbot ethnischer Diskriminierung (Fn. 199), 67 (82 ff.); allgemein für eine Einschlägigkeit des Art. 8 Abs. 2 BV im Falle des Abstellens auf die Staatsangehörigkeit *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 2ème éd., 2006, Rn. 1084; *Pascal Mahon*, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, Art. 8, Rn. 16a.

²⁰⁴ BGE 126 II 377, 393; BGE 129 I 217, 22; BGE 130 I 352, 357.

²⁰⁵ Eine andere Frage – der im Folgenden jedoch nicht nachgegangen werden soll – ist im Übrigen diejenige danach, ob und inwieweit die Differenzierung unter den Drittstaatsangehörigen selbst (also insbesondere den Führungskräften, Spezialisten und sonstigen qualifizierten Arbeitskräften einerseits und den sonstigen Arbeitskräften andererseits) nach Art. 8 Abs. 1, 2 BV gerechtfertigt werden kann. Hierzu *Waldmann*, Diskriminierungsverbot (Fn. 201), 596 f.

²⁰⁶ Vgl. *Waldmann*, Diskriminierungsverbot (Fn. 201), 584, 595 f.; *Walter Kälin*, Die Ausländerdiskriminierung, FS für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, 574.

grundsätzliche Zugangsrecht zum schweizerischen Arbeitsmarkt, aber auch für die sonstigen Freizügigkeitsrechte.

- Soweit jedoch nicht die Zugangsrechte selbst betroffen sind, sondern es um die Ausgestaltung des Aufenthalts selbst in der Schweiz geht, ist die Situation jedoch anders gelagert: Hier fragt es sich nämlich, ob angesichts der Besserstellung der Unionsbürger die Zielsetzung der jeweiligen Regelung noch erreicht werden kann bzw. ob es wirklich eine qualifizierte Begründung für die Schlechterstellung der Drittstaatsangehörigen gibt. Diese Frage stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit den sog. Integrationsanforderungen, aber auch im Zusammenhang mit der Tragweite des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA).

Jedenfalls ist daran zu erinnern, dass sich die Differenzierung zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in den wesentlichen Punkten bereits im Ausländergesetz selbst angelegt ist, so dass dieses nach Art. 190 BV für das Bundesgericht massgebend ist.

V. Schluss

Die Ausführungen konnten aufzeigen, dass in Bezug auf die Rechtsstellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen zum Teil wesentliche Unterschiede bestehen. Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit diese Differenzierungen mit Art. 8 BV im Einklang stehen, könnte es sich aufdrängen, die einzelnen Unterschiede auf ihre sachliche Rechtfertigung zu hinterfragen. So fragt es sich etwa, ob und inwieweit zwingende Integrationsvereinbarungen wirklich sinnvoll sind, wenn sie nur auf bestimmte Ausländer angewandt werden können. Auch die differenzierte Ausgestaltung der Mobilität und der Widerrufsgründe für eine Aufenthaltsbewilligung ist nicht in jeder Hinsicht befriedigend. In diesem Sinn bleibt zu hoffen, dass die zuständigen Behörden die ihnen durch das Ausländergesetz eingeräumten Spielräume im Rahmen der Rechtsanwendung in dem Sinn ausnutzen, dass sie ggf. eine Annäherung der Situation von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürgern anstreben. Denn gerade im Ausländerrecht verbietet sich u.E. eine „symbolische Politik“, die mit einer möglichst strengen Handhabung der gesetzlichen Grundlagen gewissen Ängsten in der Bevölkerung Rechnung tragen will, geht es hier doch um die Situation und ggf. Rechtsstellung Einzelner, wobei jeder und jede einen Anspruch auf eine möglichst rechtsgleiche Behandlung hat.