

## Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

Astrid Epiney/Tamara Civitella

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**  
*Astrid Epiney/Tamara Civitella, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, 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. 227-248. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	1
II.	Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen.....	3
1.	Anwendungsbereich des Abkommens.....	3
2.	Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	7
3.	Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen.....	8
4.	Allgemeines Diskriminierungsverbot.....	13
5.	„Verbleiberechte“ von Kindern.....	16
6.	Dienstleistungsfreiheit.....	20
7.	Einschränkung der Rechte aus dem Freizügigkeitsabkommen.....	21
III.	Schluss.....	22

### I. Einleitung

Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten (FZA)<sup>1</sup> ist nunmehr seit bald sechs Jahren

---

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

in Kraft. Seit dem 1. Juni 2007 kommt für die EU-15-Mitgliedstaaten sowie Malta und Zypern bereits „probeweise“ die vollständige Freizügigkeit zur Anwendung. Daher überrascht es nicht, dass sich die schweizerische Rechtsprechung<sup>2</sup> bereits häufig mit dem Abkommen zu befassen hatte.

Die Zielsetzung des folgenden Beitrags – der an diejenigen im Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005<sup>3</sup> anknüpft – geht vor diesem Hintergrund dahin, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Personenfreizügigkeitsabkommen in den Jahren 2005 bis Anfang 2008 zusammenzufassen und einer kurzen Würdigung zu unterziehen. Allerdings bleiben Aspekte der sozialen Sicherheit im Wesentlichen ausgeblendet<sup>4</sup>, und auch darüber hinaus strebt der Beitrag keine Vollständigkeit an; vielmehr erfolgt eine Konzentration auf u.E. besonders bedeutsame Urteile, und zahlreiche Urteile können lediglich in den Fussnoten erwähnt werden.

Damit geht es im Folgenden gerade nicht darum, einen Überblick über die rechtliche Tragweite des Freizügigkeitsabkommens zu geben<sup>5</sup> (dessen Kenntnis vielmehr Grundlage

---

<sup>2</sup> Interessanterweise gibt es bislang noch keine Urteile des EuGH zum Personenfreizügigkeitsabkommen; soweit ersichtlich (wobei hier keine erschöpfende Recherche möglich war) war das Abkommen aber auch kaum Gegenstand von Verfahren vor nationalen Gerichten in den EU-Mitgliedstaaten.

<sup>3</sup> *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 / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 141 ff.

<sup>4</sup> S. zur Rechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts sehr instruktiv *Silvia Bucher*, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Abkommen über die Personenfreizügigkeit, SZS 2003, 67 ff.; *Silvia Bucher*, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Freizügigkeitsabkommen, SZS 2004, 405 ff.; *Silvia Bucher*, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Freizügigkeitsabkommen, SZS 2006, 49 ff.; *Silvia Bucher*, Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA und zu Anhang K des EFTA-Übereinkommens, SZS 2007, 3 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zum Freizügigkeitsabkommen etwa *Sebastian Benesch*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2007; *Walter Kälin*, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 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.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

für die hier erörterte Rechtsprechung sein dürfte); ebensowenig soll die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit – die im Rahmen des Freizügigkeitsabkommen von (grosser) Bedeutung ist bzw. sein kann – thematisiert werden.<sup>6</sup> Schliesslich wird im Sinne der Anlage des Beitrags, einen Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu leisten, auf weitere Literaturhinweise weitgehend verzichtet.

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

### **1. Anwendungsbereich des Abkommens**

#### *a) Abgeschlossenheit der Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Freizügigkeit?*

Im Urteil vom 18. Oktober 2007<sup>7</sup> wurde einer aus Grossbritannien stammenden Person das Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA für die Schweiz mit der Begründung abgelehnt, das Freizügigkeitsabkommen komme schon deshalb nicht zur Anwendung, weil sich der Brite nicht in die Schweiz begeben habe, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, sondern um dem Vollzug einer in Grossbritannien rechtskräftig gegen ihn verhängten Gefängnisstrafe wegen Steuervergehen zu entgehen. Mit anderen Worten setze die Anwendung des Abkommens gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts voraus, dass derjenige, der sich darauf beruft, nicht nur in den Aufnahmestaat einreisen, sondern auch, dass er frei aus seinem Heimatstaat ausreisen darf. Vor diesem Hintergrund liess das Bundesgericht die Frage offen, ob eine Aufenthaltsbewilligung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hätte verweigert werden dürfen.

Nur am Rande sei bemerkt, dass die Voraussetzungen für das Greifen dieses Ausnahmetatbestandes im konkreten Fall wohl nicht vorgelegen hätten, da die betroffene Person angesichts ihres korrekten Verhaltens in der Schweiz wohl keine konkrete Gefahr mehr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit in der Schweiz dargestellt hätte. Im Gegenteil: Die Aussicht auf eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihr

<sup>6</sup> Zu dieser die jährlichen Rechtsprechungsübersichten über die Judikatur des EuGH sowie die Bedeutung der einzelnen Urteile für Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht. S. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 / Annuaire suisse de droit européen 2007/2008, 2008, im Erscheinen.

<sup>7</sup> BG, 2C\_223/2007, Urt. v. 18.10.2007, BGE 134 II 25.

Heimatland war oder wäre wohl ein Grund mehr, sich in der Schweiz gesetzeskonform zu verhalten.

Das Urteil überrascht in verschiedener Hinsicht:

- Erstens führt das Bundesgericht letztlich – über die im Abkommen formulierten Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht hinaus – eine zusätzliche Voraussetzung ein, nämlich das Recht, seinen Heimatstaat zu verlassen, dessen Vorliegen das Bundesgericht dann gleich auch noch selbst prüft. Es ist sehr fraglich, ob dies mit den Grundregeln der Freizügigkeit im Gemeinschaftsrecht im Einklang steht, denn danach sind die tatbestandlichen Voraussetzungen (etwa die Arbeitnehmereigenschaft) für die Wahrnehmung der Freizügigkeit grundsätzlich abschliessend geregelt, und es ist nicht ersichtlich, auf welche rechtliche Begründung das Bundesgericht diese zusätzliche Voraussetzung stützt.
- Damit in engem Zusammenhang steht der im Gemeinschaftsrecht anerkannte Grundsatz, dass es für die Frage, ob eine Person sich auf ihr Freizügigkeitsrecht berufen kann, allein auf das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen ankommt; irrelevant ist hingegen das Motiv für die Wahrnehmung der Freizügigkeit.<sup>8</sup> Jede andere Auslegung führte im Übrigen dazu, dass die Gerichte Beweggründe zu bewerten hätten, was weder möglich noch im Sinne der Rechtssicherheit sinnvoll wäre.
- Weiter ist darauf hinzuweisen, dass in der vorliegenden Fallgestaltung auch ein „Missbrauch“ der Freizügigkeitsrechte nicht geltend gemacht werden kann (und im Übrigen auch vom Bundesgericht nicht ausdrücklich angeführt wird): Nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung kommt ein solcher Missbrauch nämlich im Ergebnis nur dann in Frage, wenn über die tatbestandlichen Voraussetzungen, die für die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts verlangt werden, getäuscht wird; m.a.W.: die Inanspruchnahme der durch den Vertrag gewährleisteten Freizügigkeitsrechte kann von vornherein keinen Missbrauch darstellen.<sup>9</sup> Im Ausgangsfall hingegen erfüllte die betroffene Person eben gerade die Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts.
- Man mag nun das nach der hier vertretenen Ansicht zwingende Ergebnis, dass auch in solchen Fallgestaltungen wie der hier besprochenen ein

---

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-417/02 (Scholz), Slg. 1994, I-505, wo der EuGH davon ausgeht, dass der Grund für eine Übersiedlung in einen anderen Mitgliedstaat (hier war der Grund ein rein privater) für die Existenz der Rechte aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit unerheblich sei.

<sup>9</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu, Chen), Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-176/01 (Inspire Act), Slg. 2003, I-10155.

Aufenthaltsrecht besteht, bedauern, wird es damit doch verunmöglicht, eine rechtskräftig in einem Vertragsstaat verhängte Freiheitsstrafe zu vollziehen. Hinzuweisen ist aber darauf, dass – wie auch das Bundesgericht bemerkt – die Frage der Freizügigkeit und diejenige nach der Auslieferung zu trennen sind: Wird die Auslieferung einer Person verlangt, so sind die entsprechenden Rechtsgrundlagen heranzuziehen, und es ist u.E. wenig überzeugend, in einem Fall, in dem unter Umständen nicht ausgeliefert werden darf, das Freizügigkeitsrecht aus im Abkommen nicht vorgesehenen Gründen einzuschränken.

Insgesamt dürfte das Urteil daher den einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen nicht Rechnung tragen, die jedoch gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachten sind, geht es hier doch durchweg um Prinzipien, die bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens geklärt waren. Insofern überrascht es denn auch nicht, dass das Bundesgericht in diesem Urteil in keiner Weise auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug nimmt, was durchaus hilfreich gewesen wäre.

*b) Doppelbürger und grenzüberschreitender Bezug*

Im Urteil vom 8. November 2007<sup>10</sup> wandte das Bundesgericht das Freizügigkeitsabkommen auf einen britisch-australischen Doppelbürger – der seinen Wohnsitz in der italienischen Enklave Campione d’Italia hatte – an, welcher sich auf das Freizügigkeitsabkommen berief, um der Ausweisung aus der Schweiz zu entgehen. Die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens auf Doppelbürger, bei welchen die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates vorliegt, erscheint zwingend, haben die Mitgliedstaaten doch die Verleihung der Staatsangehörigkeit durch andere Mitgliedstaaten grundsätzlich als Rechtstatsache hinzunehmen,<sup>11</sup> so dass der Umstand, dass eine Person darüber hinaus Drittstaatsangehörige ist, nichts daran ändert, dass sie in den persönlichen Anwendungsbereich des EG-Vertrages und des Abkommens fällt.

Konsequenterweise müsste das Personenfreizügigkeitsabkommen damit auch auf einen Schweizer Bürger mit „zusätzlicher“ Staatsangehörigkeit eines EU-Staates bejaht werden. Vergegenwärtigt man sich die Rechtsprechung des EuGH zum Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs – wonach ein solcher immer schon dann gegeben ist, wenn irgendein Element des Ausgangssachverhalts einen grenzüberschreitenden Charakter aufweist, wozu

---

<sup>10</sup> BG, 2C\_375/2007, Urt. v. 8.11.2007.

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-369/90 (Micheletti), Slg. 1992, I-4239.

eben auch die Staatsangehörigkeit gehören kann<sup>12</sup> –, so wird deutlich, dass damit auch auf den ersten Blick rein inländische Sachverhalte unter das Personenfreizügigkeitsabkommen fallen können.

Die Relevanz dieses Punktes wird umso deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass das Freizügigkeitsabkommen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und insofern im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH keine Anwendung auf die Rechtsstellung von Schweizerinnen und Schweizern findet, die nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, so dass kein grenzüberschreitender Bezug vorliegt.<sup>13</sup> Denn obwohl die „Besserstellung“ der Unionsbürger insbesondere in Bezug auf den Familiennachzug durch das neue Ausländergesetz abgemildert wurde, finden doch noch in Bezug auf einzelne Aspekte für Unionsbürger günstigere Bestimmungen Anwendung.<sup>14</sup> Als Unionsbürger gilt aber nach der erwähnten Rechtsprechung eben auch ein Doppelbürger, so dass auf einen in der Schweiz niedergelassenen Doppelbürger (oder auch einen EU-Bürger), der von seinem Freizügigkeitsrecht selbst noch keinen Gebrauch gemacht hat und bei dem der einzige grenzüberschreitende Bezug die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats ist, in Bezug auf den Familiennachzug die (günstigeren) Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens anwendbar sind, während für den Familiennachzug eines Schweizers, der immer in der Schweiz wohnhaft war, das Ausländergesetz zum Zuge kommt.

Dieser Ansatz wird durch die Rechtsprechung nunmehr – wenn auch nicht in Bezug auf den Familiennachzug, sondern in Bezug auf die Zulässigkeit einer Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit – bestätigt: In einem Urteil vom 2. April 2008<sup>15</sup> ging es um einen italienischen Staatsangehörigen, der in der Schweiz geboren war und sich ununterbrochen

---

<sup>12</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rn. 28; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu, Chen), Slg. 2004, I-9925.

<sup>13</sup> Vgl. etwa BG, 2A.351/2006, Urt. v. 18.10.2006; vgl. in diesem Urteil auch die Ausführungen welche das Bundesgericht in Bezug auf Art. 11 Abs. 3 FZA betreffend das zweistufige Beschwerdeverfahren macht (vgl. hierzu weiter auch BG, 2A.410/2004, Urt. v. 14.4.2005, BGE 131 II 352; BG, 2A.433/2006, Urt. v. 15.9.2006; BG, 2A.39/2006, Urt. v. 31.5.2006; BG, 2A.626/2004, Urt. v. 6.5.2005; BG, 2C\_375/2007, Urt. v. 8.11.2007; BG, 2C\_378/2007, Urt. v. 14.1.2008). S. ansonsten zur Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Bezugs als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Abkommens BG, 2A.659/2005, Urt. v. 5.4.2006; BG, 2A.768/2006, Urt. v. 23.4.2007; BG, 2P.224/2006, Urt. v. 26.4.2007. S. zur diesbezüglichen Rechtsprechung auch schon *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 3), 141 (149 f.).

<sup>14</sup> Vgl. hierzu *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Die rechtliche Stellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz – ein Vergleich ausgewählter Aspekte, III.6. (in diesem Band).

<sup>15</sup> BG, 2C\_625/2007, Urt. v. 2.4.2008.

in der Schweiz aufgehalten hatte; nach fünfjähriger Erwerbstätigkeit lebte er von einer IV-Rente. Im Zuge mehrerer strafrechtlicher Verurteilungen sowie mehrerer Androhungen der Ausweisung wurde er definitiv aus der Schweiz ausgewiesen, wogegen er Beschwerde erhob. Das Bundesgericht prüfte die Rechtmässigkeit der Ausweisung – die im Ergebnis auf der Grundlage einer ausführlichen Abwägung der im konkreten Fall relevanten Umstände verneint wurde – auch am Massstab des Freizügigkeitsabkommens, denn der Betroffene könne sich auf Art. 24 Anhang I FZA berufen, da er mit der IV-Rente seinen Lebensunterhalt finanzieren könne. Interessant ist die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens in diesem Fall insbesondere vor dem Hintergrund, dass die betroffene Person zwar EU-Ausländer ist, sich aber Zeit ihres Lebens in der Schweiz aufgehalten hat und der grenzüberschreitende Bezug hier allein in dem Besitz der Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats zu sehen ist.

## 2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Im Urteil vom 14. März 2008<sup>16</sup> hatte das Bundesgericht den Fall eines französischen Staatsangehörigen zu beurteilen, welcher eine Kurzaufenthaltsbewilligung EG/EFTA für die Schweiz erhalten hatte, um einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Da dem französischen Staatsangehörigen seitens des Arbeitgebers die Stelle gekündigt wurde, verlor er seine Arbeitnehmereigenschaft. Das Bundesgericht stellte fest, dass er sich zwar zunächst auf ein Verbleiberecht von sechs Monaten berufen könne, um Arbeit zu suchen. Gemäss Art. 18 Abs. 3 VEP könne diese Bewilligung zur Stellensuche bis zu einem Jahr verlängert werden, sofern der hier betroffene EU-Bürger seine Suchbemühungen nachweisen könne und auch begründete Aussicht auf eine Beschäftigung bestehe. Keine dieser Voraussetzungen liege jedoch vor, weshalb die Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung zu Recht verweigert worden sei. Das Bundesgericht prüfte des Weiteren die Möglichkeit einer Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung unter den Voraussetzungen des Art. 20 VEP, d.h. aus wichtigen Gründen. Diese Bestimmung sei aber – wie dies die untere Instanz bereits richtig darlegt habe – nicht auf den hier behandelten Fall anwendbar, da ein hängiges arbeitsgerichtliches Verfahren gegen den früheren

---

<sup>16</sup> BG, 2C\_172/2008, Urt. v. 14.3.2008. S. im Übrigen in Bezug auf die (Nicht-) Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Abkommens BG, 2A.255/2006, Urt. v. 6.6.2006. Zu diesem Urteil *Christine Kaddous/Christa Tobler*, Droit européen: Suisse – Union européenne / Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SZIER 2006, 467 (485 f.). Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die Anerkennung von Diplomen, die hier nicht weiter vertieft werden soll, *Kaddous/Tobler*, SZIER 2006 (ebd.), 467 (497 ff.).

Arbeitgeber keinen solchen wichtigen Grund darstelle. Die Kurzaufenthaltsbewilligung sei daher nicht zu verlängern.

### 3. Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen

#### a) Anwendungsbereich der Regeln über den Familiennachzug

In einem Urteil vom 30. November 2007<sup>17</sup> hatte sich das Bundesgericht erneut mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen das in Art. 3 Anhang I FZA verankerte Recht auf Familiennachzug zum Zuge kommt.

Das Urteil ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH in dieser Frage zu sehen: In der Rs. C-109/91<sup>18</sup> stellte der EuGH fest, dass die gemeinschaftsrechtlichen Regeln über den Familiennachzug (die im Wesentlichen im Anhang I FZA aufgenommen wurden) nur die Freizügigkeit innerhalb der Union betreffen; ihnen 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 auf Familiennachzug zu kommen. Art. 10 VO 1612/68<sup>19</sup> sei also nur unter der Voraussetzung einschlägig, dass sich der Drittstaatsangehörige bereits rechtmässig im Unionsgebiet aufhalte. M.a.W. ist der rechtmässige Aufenthalt Voraussetzung für die Anwendung der Freizügigkeitsrechte von Drittstaatsangehörigen.<sup>20</sup> Das Bundesgericht „übernahm“ diese Rechtsprechung des Gerichtshofs.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> BG, 2C\_42/2007, Urt. v. 30.11.2007, BGE 134 II 10; vgl. in diesem Zusammenhang auch BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005 (Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung für eine mongolische Staatsangehörige, die mit einem Briten verheiratet war und einen Tag nach ihrer Einreise in die Schweiz das Gesuch um Aufenthaltsbewilligung gestützt auf den Familiennachzug gemäss Art. 3 Anhang I FZA stellte). Zu diesem Urteil noch unten II.4.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-109/91 (Akrich), Slg. 2003, I-6239.

<sup>19</sup> ABl. 1968 L 257, 2.

<sup>20</sup> *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.

<sup>21</sup> BG, 2A.91/2003, Urt. V. 4.11.2003, BGE 130 II 1. Hierzu ausführlich *Epiney*, *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2004/2005 (Fn. 3), 141 (145 ff.); *Hanspeter Mock/Fabrice Filliez*, *Libre circulation des personnes et regroupement familial*: à

Der Gerichtshof entwickelte seine Rechtsprechung jedoch weiter: In der Rs. C-1/05<sup>22</sup> machte eine Drittstaatsangehörige ein Aufenthaltsrecht geltend, die rechtmässig (als Touristin) in den betreffenden EU-Mitgliedstaat eingereist war. Daher könne, so der Gerichtshof, das im Fall *Akrich* formuliert 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 vorauszusetzen. 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: 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 Besuchervisum 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;<sup>23</sup> zutreffenderweise hält der EuGH aber auch fest, dass es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten jedenfalls nicht verwehrt, in solchen Konstellationen einen Aufenthalt zu gewähren.<sup>24</sup>

Das Bundesgericht setzte sich in dem erwähnten Urteil nun – nachdem es festgestellt hatte, dass das Freizügigkeitsabkommen auch auf Personen anwendbar ist, die ihren Aufenthalt vor Inkrafttreten des Abkommens in der Schweiz begründet hatten – mit der Tragweite der Rechtsprechung des Gerichtshofs und der Frage, ob und inwieweit die Weiterentwicklung der EuGH-Rechtsprechung in der Rs. C-1/05 auch für die Schweiz von Bedeutung ist, auseinander. Dabei ging es im Ausgangsfall um einen libyschen Staatsangehörigen, dem bereits 1997 der vorläufige Aufenthalt in der Schweiz erlaubt worden war und der in der Folge mehrfach strafrechtlich verurteilt worden

---

propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, SZIER 2006, 237 ff.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-1/05 (*Jia*), Slg. 2007, I-1.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Vgl. zur Tragweite dieses Urteils auch etwa *Alina Tryfonidou, Jia or “Carpenter II”: the edge of reason*, ELR 2007, 908 ff.

war; er stellte gestützt auf den Familiennachzug, weil er im Jahr 2005 eine portugiesische Staatsangehörige mit einer Niederlassungsbewilligung für die Schweiz geheiratet hatte, ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Das Bundesgericht verneinte hier zunächst den rechtmässigen Aufenthalt des Libyers, da er zwar in der Schweiz wohnhaft war, jedoch aufgrund seiner Straftaten rechtskräftig ausgewiesen worden war. Anschliessend referiert das Bundesgericht die erwähnten Urteile des EuGH und kommt zum (vorläufigen) Schluss, dass im Ausgangssachverhalt die Anwendung der Regeln über den Familiennachzug wohl nicht in Betracht komme, dies auch in Anbetracht der Rechtsprechung in der Rs. C-1/05, da jedenfalls ein unrechtmässiger Aufenthalt vorliege. Dabei hält das Gericht aber auch fest, dass die Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich sehr schwierig auszulegen sei, eine Feststellung, der man kaum widersprechen kann. Aber auch unabhängig von diesen Auslegungsproblemen gehe es hier um nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung, die für das Bundesgericht nicht verbindlich sei. Des Weiteren fügt das Bundesgericht in seiner Begründung an, dass, würde es seine Rechtsprechung des BGE 130 II 1 ändern, Schweizer Bürgerinnen und Bürger, die unter das seit dem 1. Januar 2008 in Kraft getretene Ausländergesetz<sup>25</sup> fallen, gegenüber den Unionsbürgern wiederum schlechter behandelt würden, was der Gesetzgeber mit der im Ausländergesetz vorgenommenen Änderung der Familiennachzugsregelung für Schweizerinnen und Schweizer gerade beseitigen wollte.

Betreffend die Schlechterstellung der Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern, sollte die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Jia* bei der Interpretation des Art. 3 Anhang I FZA herangezogen werden, ist anzumerken, dass gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG Familienangehörige aus Drittstaaten von Schweizer Bürgern „Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung“ haben, „wenn sie im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Staates sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde“. Somit wurde vom schweizerischen Gesetzgeber explizit festgehalten, dass sich Familienangehörige aus Drittstaaten von Schweizer Bürgern zunächst rechtmässig in einem Mitgliedstaat der EU aufgehalten haben müssen, damit ein Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz besteht.

Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht daher den Anspruch des libyschen Staatsangehörigen auf eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA gestützt auf Art. 3 Anhang I FZA und hielt an seiner Rechtsprechung bezüglich des Erfordernisses eines rechtmässigen Aufenthaltes fest.

Das Urteil des Bundesgerichts vermag im Ergebnis zu überzeugen, sollte doch – wie dargelegt – die Tragweite des Urteils des EuGH in der Rs. C-1/05 nicht überschätzt werden. Insbesondere dürfte sich aus dem Urteil gerade nicht ergeben, dass ein Familienangehöriger, der erstmals mit einem Touris-

---

<sup>25</sup> Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20.

tenvisum in das Unionsgebiet einreist, aus den gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug einen Rechtsanspruch auf Aufenthalt geltend machen kann. Insofern dürfte das Urteil des Bundesgerichts also durchaus der Rechtslage in der Union – die Aussagen des Gerichtshofs dürften im Übrigen auf die neue Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38<sup>26</sup>) übertragbar sein - entsprechen. Aus dogmatischer Sicht hingegen weniger überzeugend sind die Ausführungen des Bundesgerichts zur Frage der „Übernahme“ der nach dem Stichtag der Unterzeichnung ergangenen Rechtsprechung des EuGH: Denn das Gericht dürfte im Wesentlichen ausschliesslich auf die zeitliche Komponente abstellen, ohne zu berücksichtigen, dass die Differenzierung zwischen „alten“ und „neuen“ Urteilen ggf. sehr schwierig durchzuführen ist,<sup>27</sup> greift die Rechtsprechung doch häufig in älteren Urteilen formulierte Grundsätze auf und entwickelt sie weiter, so dass ein alleiniges Abstellen auf das Datum eines Urteils weder Sinn und Zweck des Abkommens Rechnung tragen dürfte noch sachlich in jedem Fall überzeugend ist, sind die verschiedenen Elemente der Rechtsprechung doch häufig komplementär zueinander und bauen aufeinander auf, womit ein „Zerlegen“ in Einzelteile je nach Urteilsdatum unter Umständen auf grosse Schwierigkeiten stösst. Darüber hinaus erscheint es fraglich, im Zusammenhang mit einer Problematik wie der vorliegenden, in der der EuGH in verschiedenen Urteilen den Anwendungsbereich der Regeln über den Familiennachzug in komplementärer und aufeinander aufbauenden Urteilen präzisiert, ein Urteil (*Akrich*) – das den Anwendungsbereich der Familiennachzugsregeln eher restriktiv auslegt – zu „übernehmen“, das dieses Urteil aber ergänzende nächste Urteil (*Jia*) – das eine „freizügigkeitsfreundlichere“ Linie zugrundelegen dürfte, wenn auch seine Tragweite wohl beschränkt ist – für unbeachtlich zu erklären (wohin das Bundesgericht wohl tendiert). Eine klare dogmatische Begründung für derartige Differenzierungen fehlt jedenfalls, und der Rechtssicherheit ist es abträglich, wenn das Bundesgericht – je nachdem, wie es zu dem (vorher?) gefundenen Ergebnis passt – in einem Fall auf die neuere EuGH-Rechtsprechung abstellt, in einem anderen Fall hingegen davon absieht, ohne dass im Vorfeld erkennbar ist, nach welchen Kriterien genau eine „Übernahme“ erfolgt oder nicht.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> ABl. 2004 L 158, 77.

<sup>27</sup> Ausführlich zu diesem Aspekt bereits *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 5), 1 (15 ff.).

<sup>28</sup> S. in diesem Zusammenhang die Ausführungen bei *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 5), 1 (23 ff.), wo vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Abkommens dafür plädiert wird, dass auch in Bezug auf die nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung eine grundsätzliche Übernahmepflicht besteht, es sei denn, ein neueres Urteil des EuGH sei klar nicht mit Ziel, Systematik und / oder Inhalt des Abkommens vereinbar. In diese Richtung nun auch ein unterinstanzliches Urteil, vgl. noch unten II.4.

Die Rechtsprechung liess bis vor kurzem die Frage nach der Begriffsumschreibung der Familienangehörigen gemäss Art. 3 Anhang I FZA, insbesondere die Frage nach der Anwendbarkeit auch auf Stiefkinder, offen.<sup>29</sup> Das Kantonsgericht Waadt hat nunmehr in einem Urteil vom 31. März 2008<sup>30</sup> die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Baumbast*<sup>31</sup> zu dieser Frage übernommen und entschieden, dass auch die Nachkommen nur eines Ehegatten als Familienangehörige zu betrachten seien.

b) *Rechtsmissbrauch bei „Scheinehen“*

In mehreren Urteilen<sup>32</sup> des Bundesgerichts wurde an der bereits früher begründeten Praxis<sup>33</sup> festgehalten, dass sich Eheleute nicht auf die Regelungen des Familiennachzuges des Freizügigkeitsabkommens berufen könnten, falls die Ehe nur noch formal fortbestehe und es klare Hinweise darauf gebe, dass die Führung einer Lebensgemeinschaft nicht mehr beabsichtigt und nicht mehr zu erwarten ist. Hierfür reiche es allerdings nicht aus, dass die Eheleute (vorübergehend) nicht zusammenleben, sondern es sind darüber hinaus gehende Anhaltspunkte erforderlich. Die Rechtsprechung läuft letztlich darauf hinaus zu verlangen, dass im Falle einer nicht bestehenden Wohngemeinschaft der Eheleute überzeugende Gründe für das Fehlen einer solchen angeführt werden müssen. Diese Variante des Rechtsmissbrauchs kommt nach Ansicht des Bundesgerichts auch zum Zuge, wenn die Ehe ursprünglich nicht zum Zweck des Erlangens einer Aufenthaltserlaubnis geschlossen wurde. Diese Rechtsprechung dürfte jedoch die Tragweite des Instituts des Rechtsmissbrauchs in der Rechtsprechung des EuGH überschätzen, geht dieser doch im Wesentlichen nur dann von einem Rechtsmissbrauch aus, wenn über relevante Tatsachen getäuscht wird,<sup>34</sup> während im Falle des Aufenthaltsrechts aufgrund einer Ehe das Vorliegen bzw. Weiterbestehen derselben grundsätzlich entscheidend sein muss.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Vgl. hierzu *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 3), 141 (148).

<sup>30</sup> Kantonsgericht Waadt, Ur. v. 31.3.2008, PE.2007.0517.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-413/99 (*Baumbast*), Slg. 2002, I-7091.

<sup>32</sup> Vgl. u.a. BG, 2A.89/2006, Ur. v. 5.5.2006; BG, 2A.131/2005, Ur. v. 14.9.2005; BG, 2A.725/2006, Ur. v. 23.3.2007 sowie auch BG, 2C\_21/2007, Ur. v. 16.4.2007, wonach die Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA aufgrund des Wegfalls der Voraussetzung zur Erteilung einer solchen widerrufen wurde.

<sup>33</sup> Vgl. insbesondere BG, 2A.246/2003, Ur. v. 13.12.2003; BGE 130 II 113; BG, 2A.379/2003, Ur. v. 6.4.2004.

<sup>34</sup> Wie etwa im Fall einer wirklichen „Scheinehe“; vgl. insoweit auch BG, 2A.725/2006, Ur. v. 23.3.2007.

<sup>35</sup> Vgl. bereits die Kritik bei *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 3), 141 (145 f.). Der EuGH stellt denn auch entscheidend auf die „formale“ Existenz der Ehe ab, vgl. EuGH, Rs. 267/83 (*Diatta*), Slg. 1985, 567, Rn. 20. S. auch die Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei *Kaddous/Tobler*, SZIER 2006 (Fn. 16), 467

c) *Verbleiberecht*

In einem Urteil aus dem Jahr 2007<sup>36</sup> ging es um die Frage, ob ein mit einer Unionsbürgerin verheirateter Drittstaatsangehöriger nach dem Tod seiner Ehegattin ein Verbleiberecht in der Schweiz hat. Das Bundesgericht verneinte diese Frage zu Recht: Denn Art. 3 Anhang 1 FZA sieht einen Familiennachzug nur für die Konstellation vor, dass der Zusammenführende noch in einem der Vertragsstaaten lebt, und die Voraussetzungen der VO 1251/70 für ein ständiges Bleiberecht waren nicht erfüllt. Damit divergiert die Rechtslage auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens (inzwischen) von derjenigen im Gemeinschaftsrecht: Die RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) sieht weitgehende Verbleiberechte für Familienangehörige von Unionsbürgern vor, wenn der Unionsbürger stirbt oder wegzieht (Art. 12 RL 2004/38) oder bei Scheidung, Aufhebung der Ehe oder Beendigung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 13 RL 2004/38), eine wesentliche Neuerung der Unionsbürgerrichtlinie, die jedoch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens nicht massgeblich ist.

#### 4. Allgemeines Diskriminierungsverbot

Wird die Anwendung der Familiennachzugsregeln nach den erörterten Grundsätzen<sup>37</sup> verneint, kann sich nach der (zutreffenden) Rechtsprechung des Bundesgerichts in einem Urteil vom 25.8.2005<sup>38</sup> ein Aufenthaltsrecht gleichwohl aus Art. 2 FZA, das Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit bei der Anwendung des Abkommens verbietet, ergeben. Dieser Ansatz zieht die Konsequenz nach sich, dass der Familiennachzug eines Unionsbürgers jedenfalls nicht ungünstiger ausgestaltet sein darf als derjenige für Schweizer Bürger, so dass im Ergebnis – sollten die Familiennachzugsregeln des Freizügigkeitsabkommens nicht zur Anwendung kommen – für Unionsbürger zumindest die für Schweizer Bürger geltenden Familiennachzugsregeln heranzuziehen sind.

Zu begrüssen ist dieser Ansatz schon deshalb, weil das Bundesgericht damit klarstellt, dass Art. 2 FZA insofern eine eigenständige Bedeutung zukommt, als diese Bestimmung „revêt (...) une portée générale“<sup>39</sup>, so dass Art. 2 FZA auch und gerade dann von Bedeutung ist, wenn das Abkommen ansonsten kein Recht verankert. Allerdings ist auch mit diesem Urteil nicht geklärt, ob

---

(490); *Christine Kaddous/Christa Tobler*, Droit européen: Suisse – Union européenne / Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SZIER 2007, 637 (649).

<sup>36</sup> BG, 2D\_63/2007, Urt. v. 20.7.2007.

<sup>37</sup> S.o. II.3.a).

<sup>38</sup> BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005.

<sup>39</sup> BG, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005, Erw. 3.3.

und inwieweit Art. 2 FZA parallel zu Art. 12 EGV auszulegen ist, wofür – trotz der diesbezüglich eher unklaren Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>40</sup> – die besseren Gründe sprechen.<sup>41</sup>

In einem bemerkenswerten Urteil des Gerichtskreises Bern-Laupen<sup>42</sup> erfolgten wegweisende Aussagen zur Auslegung des Art. 2 FZA, dies in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, wobei das Urteil sehr ausführlich ausfiel. In der Sache ging es um die Frage, ob das Wettkampfbreglement des Schweizerischen Leichtathletikverbandes, das für Amateurwettkämpfe (nur solche standen zur Debatte) eine Höchstzahl von teilnehmenden Ausländern pro Klub (womit auch in der Schweiz wohnhafte Unionsbürger von dieser Regelung betroffen sind) vorsieht, mit dem Freizügigkeitsabkommen in Einklang steht. Das Gericht verneint dies, wobei folgende Erwägungen im Vordergrund stehen:

- Im Anschluss an die bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>43</sup> wird zunächst die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 2 FZA betont.
- Unter Bezugnahme auf die Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht einerseits und im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens andererseits sicherzustellen, geht das Gericht weiter davon aus, dass auch die neuere Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu berücksichtigen sei, soweit und solange nicht gewichtige, im Abkommen selbst angelegte Gründe dagegen sprechen.<sup>44</sup>
- Art. 2 FZA entfalte Drittwirkung jedenfalls soweit das Verhalten von Verbänden betroffen ist, was im vorliegenden Fall gegeben war, ging es doch um das Wettkampfbreglement des Schweizerischen Leichtathletikverbandes.
- Der Anwendungsbereich des Art. 2 FZA sei immer dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann. Liege diese Voraussetzung vor, könne sich die betroffene Person hinsichtlich all jener Tatbestände auf Art. 2 FZA berufen, die in einem engen bzw. untrennbaren Zusammenhang mit der angerufenen Grundfreiheit stehen. Jedenfalls entfalte Art. 2 FZA gerade immer dann seine Wirkung, wenn kein anderes, direkt im Abkommen oder in den Anhängen gewährlestetes

---

<sup>40</sup> S. insbesondere BG, 2P.305/2002, Urt. v. 27.11.2003, BGE 130 I 26; BG, 2P.142/2003, Urt. v. 7.11.2003. Zu dieser Rechtsprechung bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 3), 141 (152 ff.).

<sup>41</sup> Zu diesem Problemkreis ausführlich bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 5), 45 (65 ff.).

<sup>42</sup> Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Gerichtspräsidentin 2, Entscheid in Sachen CEP Cortailod / Swiss Athletics betreffend einstweilige Verfügung, Urt. v. 13.6.2008.

<sup>43</sup> BGE 129 II 257, Erw. 3.3; BGE 129 I 392, Erw. 3.2.3.

<sup>44</sup> Dies im Anschluss an *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 5), 1 (23 ff.).

Recht zum Zuge kommt. Art. 1 lit. d, Art. 7 lit. a FZA liessen erkennen, dass ein Ziel des Abkommens die Einräumung gleicher Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen von Unionsbürgern und Schweizern sei, wobei ein solches Recht nicht ausdrücklich im Abkommen verankert sei, so dass Art. 2 FZA zum Zuge komme. Diese Bestimmung erstrecke sich auf alle Lebensumstände, die mit dem Aufenthalt verbunden sind, worunter auch sportliche Aktivitäten fielen, seien sie doch für viele Menschen wesentlicher Teil ihrer Freizeitgestaltung und stünden daher in einem engen Zusammenhang mit dem Aufenthalt. Damit stelle die zur Debatte stehende Ausländerklausel im Wettbewerbsreglement des Leichtathletikverbandes einen Eingriff in das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA dar.

- Dieser könne aber grundsätzlich aus sachlichen Gründen, insbesondere solchen, die mit dem besonderen Charakter und Rahmen des Sports zusammenhängen und daher ausschliesslich den Sport als solchen betreffen, gerechtfertigt werden. Das Anliegen, das Wesen einer Landesmeisterschaft – in dem Wettkampfreglement geht es um die Voraussetzungen der Teilnahme an der Schweizerischen Mannschaftsmeisterschaft der Leichtathletikvereine – durch eine Mindestanzahl inländischer Athleten zu erhalten, stelle einen solchen sachlichen Grund dar. Allerdings sei die Massnahme nicht erforderlich, da bei einer Mindestanzahl von 10 Athleten pro Mannschaft der „schweizerische“ Charakter auch dann noch aufrecht erhalten werde, wenn insgesamt vier ausländische Athleten teilnehmen, so dass die im Wettkampfreglement vorgesehene Begrenzung auf lediglich zwei ausländische Athleten zur Verfolgung des angestrebten Zwecks nicht erforderlich sei. Eine Rechtfertigung durch das Anliegen der Nachwuchsförderung scheidet ebenfalls aus.

Das insgesamt unter ausführlicher Heranziehung der Rechtsprechung des EuGH und der einschlägigen Doktrin gut abgestützte und begründete Urteil des Gerichts dürfte in seiner Bedeutung kaum zu überschätzen sein: Denn es impliziert letztlich nicht nur eine umfassende Anwendung des Diskriminierungsverbots im gesamten Bereich des Amateursports, sondern darüber hinaus in allen Bereichen, die in engem Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht stehen, so dass letztlich in Bezug auf in der Schweiz aufenthaltsberechtigte Unionsbürger über die ausdrücklich im Abkommen gewährleisteten Rechte hinaus ein umfassendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit anzunehmen ist. Abzuwarten bleibt, ob dieser zutreffende Ansatz des Gerichts auch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigt wird.

## 5. „Verbleiberechte“ von Kindern

In mehreren Urteilen hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob sich ein Kind auf das Freizügigkeitsabkommen berufen kann, um in der Schweiz die begonnene Schulbildung bzw. Ausbildung zu beenden. Hintergrund der Entscheidungen war jeweils, dass die Eltern des Kindes keine Ehegemeinschaft mehr bildeten, die Mutter, die das Sorgerecht des Kindes inne hatte, als Drittstaatsangehörige selbst keine Rechte mehr aus dem Freizügigkeitsabkommen ableiten konnte, das Kind jedoch EU-Bürger war.

Aus der Rechtsprechung des EuGH sind hier insbesondere zwei Urteile zu erwähnen: In der Rs. C-413/99<sup>45</sup> hielt der Gerichtshof fest, dass die Kinder eines Wanderarbeitnehmers auf der Grundlage des Art. 12 VO 1612/68 auch dann weiterhin zum Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat berechtigt seien, wenn die Eltern der Kinder inzwischen geschieden sind und die Kinder nicht mehr bei dem Wanderarbeitnehmer, sondern bei ihrer drittstaatsangehörigen (Stief-)Mutter wohnen. Dieses Aufenthaltsrecht der Kinder ziehe dasjenige des Elternteils, das die Personensorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, nach sich, auch wenn dieser Elternteil Drittstaatsangehöriger ist. In der Rs. C-200/02 (*Chen*)<sup>46</sup> stand die Frage zur Debatte, ob ein minderjähriger Unionsbürger im Kleinkindalter und seine die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzende Mutter ein Aufenthaltsrecht in der Union haben. Das Kind hatte aufgrund des in Irland geltenden *ius soli* (das sich auch auf Nordirland bezog) die irische Staatsangehörigkeit erworben, nachdem sich die Mutter zu diesem Zweck für die Geburt nach Nordirland begeben hatte. Der EuGH bejahte im Ergebnis die Frage nach dem Aufenthaltsrecht unter der Voraussetzung des Bestehens einer Krankenversicherung des Kindes sowie der Sicherung des Unterhalts, damit eine Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates durch den Minderjährigen verhindert werde. Dem für das Kind sorgenden Elternteil stehe ebenfalls ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht zu, würde doch ansonsten dem Aufenthaltsrecht des Kindes seine effektive Wirksamkeit entzogen.<sup>47</sup>

Im Urteil vom 25. Mai 2005<sup>48</sup> entschied das Bundesgericht diesbezüglich, dass ein Kind (das Unionsbürger war) seine in der Schweiz begonnene Ausbildung abschliessen und die Mutter für diese Zeit ebenfalls bei ihrem Kind in der Schweiz verbleiben konnte. Begründet wurde diese Entscheidung damit,

---

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091.

<sup>46</sup> EuGH, Rs. C-200/02 (Chen), Slg. 2004, I-9925. Zur Bedeutung dieses Urteils für aus der Unionsbürgerschaft ableitbare Aufenthaltsrechte *Bernhard Hofstötter*, Die aufenthaltsrechtliche Dimension der Unionsbürgerschaft im Spiegel aktueller Entwicklungen, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, 267 ff.

<sup>47</sup> Vgl. zu dem letztgenannten Urteil und seinen Implikationen für die Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, 41 (42 ff.).

<sup>48</sup> BG, 2A.475/2004, Urt. v. 25.5.2005, vgl. diesbezüglich auch die Ausführungen des Bundesgerichtes zu Art. 2 FZA: Auf diesen könne sich nur ein EU-Bürger berufen, nicht jedoch eine Drittstaatsangehörige.

dass das Kind seinen obligatorischen Schulunterricht in der Schweiz absolviert hatte und nun im Begriff war, eine Lehre als Elektriker abzuschliessen. Zwar unterhielt das Kind keine Beziehung mehr zum Vater; da es jedoch gestützt auf den Familiennachzug in die Schweiz eingereist war, könne sich das Kind des EU-Bürgers auf Art. 3 Abs. 1, 2 und 6 Anhang I FZA berufen, um seine Ausbildung in der Schweiz zu beenden, diene das Familiennachzugsrecht doch dazu, die Freizügigkeit im Augenblick ihrer Wahrnehmung zu erleichtern.

Bezugnehmend auf das Urteil des EuGH im Falle *Baumbast*<sup>49</sup> – das zwar nach Ansicht des Bundesgerichts nicht bindend sei, sei es doch nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangen, das aber gleichwohl zur Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Abkommens herangezogen werden könne – hat sich das Bundesgericht damit für eine „freizügigkeitsfreundliche“ Auslegung der Bestimmung von Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA entschieden. Allerdings überrascht es, dass das Bundesgericht in diesem Urteil (eigentlich unnötigerweise, da diese Konstellation im Ausgangsfall nicht zur Debatte stand) gleichzeitig präzisiert, dass der Besuch lediglich der ersten Schuljahre<sup>50</sup> keine solchen (Aufenthalts-) Rechte begründen könne, da dem Kind in einem solchen Fall zugemutet werden könne, in sein Heimatland zurückzukehren und dort die obligatorische Schulbildung zu beenden. Zudem könne aufgrund des jungen Alters des Kindes davon ausgegangen werden, dass dieses sich ohne grössere Probleme in ein neues Schulsystem integrieren könne. Die Erwägungen des Gerichtshofs im Fall *Baumbast* lassen jedoch keine solche Einschränkung erkennen, im Gegenteil: Der EuGH stellt massgeblich auf die Erleichterung der Integration des Wanderarbeitnehmers und seiner Familie ab, so dass allgemein ein Recht der Kinder auf Schulbesuch im Aufnahmemitgliedstaat auch nach dem Ende der Arbeitnehmereigenschaft des Wanderarbeitnehmers gegeben sei. Dem Gemeinschaftsrecht sind die durch das Bundesgericht hier angelegten Kriterien der „Zumutbarkeit“ der Absolvierung der weiteren Ausbildung im Herkunftsland fremd. Das Bundesgericht erläutert im Übrigen nicht, warum insoweit nur „Teile“ der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Baumbast* massgeblich sind, was wiederum die Problematik des sehr pragmatischen Ansatzes des Bundesgerichts aufzeigt, das in einigen Fällen auf neue Urteile des Gerichtshofs bzw. Teile derselben zurückgreift, in anderen Fällen hingegen nicht, ohne dass erkennbar ist, nach welchen Kriterien die neuere Rechtsprechung nun massgeblich sein soll oder nicht.

---

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-413/99 (*Baumbast*), Slg. 2002, I-7091.

<sup>50</sup> Bereits mit Urteil vom 12. April 2005, BG, 2A.130/2005, hatte das Bundesgericht festgestellt, dass ein Kindergartenbesuch kein Bleiberecht entstehen lasse.

Ganz auf der Linie der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind dann aber wieder die Ausführungen des Bundesgerichts zum Aufenthaltsrecht des Elternteils, der für das bleibeberechtigte Kind sorgt: Dieser habe ebenfalls ein Aufenthaltsrecht, könne doch ansonsten das Kind sein Aufenthaltsrecht nicht wahrnehmen. Da es sich hier um ein Aufenthaltsrecht eines Familienangehörigen eines Wanderarbeitnehmers handle, könne auch nicht verlangt werden, dass die Betroffenen über ausreichende finanzielle Ressourcen verfügen, wie dies im Falle von Nichterwerbstätigen der Fall ist.

In einem weiteren Urteil<sup>51</sup> musste sich das Bundesgericht mit der Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA auf Kinder befassen.<sup>52</sup> In der dem Urteil zugrunde liegenden Ausgangskonstellation wollte sich eine Brasilianerin, von Spanien herkommend, mit ihren beiden Kindern – das eine Kind war deutscher Staatsbürger – in der Schweiz niederlassen, um den Kindern eine gute Schulbildung ermöglichen zu können. Das ältere der beiden Kinder besuchte die *American School* in Montagnola. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass ein Aufenthaltsrecht der Mutter in der Schweiz nur gegeben sein könne, wenn dem älteren Sohn aufgrund des Freizügigkeitsabkommens ein originäres Aufenthaltsrecht zusteht. Dieser könne sich nicht auf das Aufenthaltsrecht als Student gemäss Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA berufen, da dieser Tatbestand nicht auf Schüler angewandt werden könne, die noch den obligatorischen Schulunterricht besuchten.<sup>53</sup> In Betracht komme aber noch ein Aufenthaltsrecht nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA, der Nichterwerbstätigen ein Aufenthaltsrecht unter der Voraussetzung des Vorhandenseins genügender finanzieller Mittel sowie eines Krankenversicherungsschutzes einräumt. Allerdings sei das Freizügigkeitsabkommen aber generell so verfasst, dass Kinder lediglich ein derivatives Recht daraus ableiten könnten, Erwachsene demgegenüber ein originäres. Zudem könne es nicht sein, dass sich bereits ein Kind auf Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA berufen könne, da ansonsten Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA – Aufenthaltsrecht für Studenten – obsolet wäre. Die anders lautenden Aussagen des EuGH in der Rs. *Zhu und Chen* könnten nicht ohne Weiteres auf die Interpretation des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA übertragen werden, übernehme das Abkommen doch gerade nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft. Selbst wenn dem Kind aber ein Aufenthaltsrecht zustünde, lasse sich daraus für die Mutter noch kein Bleiberecht in der Schweiz ableiten, da die Schule, welche das Kind besuchte, über ein Internat verfüge. Daher müsse die obhutsberechtigte Mutter für die Schulbildung des Kindes nicht in der Schweiz anwesend sein.

---

<sup>51</sup> BG, 2C\_33/2007, Urt. v. 14.3.2008.

<sup>52</sup> Das BGer bezieht sich in seinem Urteil insbes. auf die Rs. C-200/02 (*Zhu und Chen*), Slg. 2004, I-9925.

<sup>53</sup> Vgl. zu diesem Aspekt bereits BG, 2A.768/2006, Erw. 3.1, Urt. v. 23.4.2007.

Um sich in den Ferien um ihr Kind kümmern zu können, könne die Mutter ein Touristenvisum für die Schweiz beantragen. Zudem habe das Kind keinen besonderen Bezug zur Schweiz<sup>54</sup> und besuche die Schule erst seit Anhängigmachen der vorliegenden Verfahren zum Verbleib in der Schweiz.

Dieses Urteil des Bundesgerichts vermag weder in der Begründung noch im Ergebnis zu überzeugen:

- Erstens ist nicht ersichtlich, warum das Freizügigkeitsabkommen generell so angelegt sein soll, dass Kinder keine originären Rechte daraus ableiten könnten; der Wortlaut des Art. 24 Abs. 1 Anhang 1 FZA jedenfalls spricht allgemein von „Personen“. Der Hinweis auf das eigens geregelte Aufenthaltsrecht der Studenten überzeugt schon deshalb nicht, als es hier gar nicht um Kinder im Sinne von Minderjährigen, die eine obligatorische Schulzeit absolvieren, geht, so dass nicht ersichtlich ist, warum ein Einbezug von Kindern in den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 1 Anhang 1 FZA das Aufenthaltsrecht der Studenten obsolet machen sollte. Vielmehr sprechen – neben dem Wortlaut – die besseren Gründe für eine originäre Berechtigung auch der Kinder durch Art. 24 Abs. 1 Anhang 1 FZA: Grundsätzlich sind Kinder Personen wie jede andere Person auch, für die lediglich aufgrund der eingeschränkten Urteilsfähigkeit bestimmte besondere Vorschriften in besonderen Bereichen gelten. Diese Besonderheiten sind jeweils durch die mangelnde Urteilsfähigkeit der Minderjährigen begründet. Soweit kein solcher Grund besteht und soweit auch sonst keine Anhaltspunkte für eine gesonderte Behandlung von Kindern ersichtlich sind, werden Kinder von der Rechtsordnung – dies gilt sowohl für die gemeinschaftliche als auch für die schweizerische Rechtsordnung – grundsätzlich Erwachsenen gleichgestellt. Dies muss insbesondere für die Zuerkennung von Rechten gelten, darf ihr junges Alter doch nicht zu einer Verkürzung von Rechten führen. Das Personenfreizügigkeitsabkommen erfasst in seinem persönlichen Anwendungsbereich alle Staatsangehörigen der Vertragsstaaten, und es ist kein Grund ersichtlich, warum Kindern aus dem Abkommen grundsätzlich keine originären Rechte zustehen können sollen. Gänzlich unerheblich für das Aufenthaltsrecht des Kindes ist es jedenfalls (im Gegensatz zum Bundesgericht, wobei nicht deutlich wird, in welchem Zusammenhang diese Erwägung genau steht), ob und inwieweit ein „Bezug zur Schweiz“ besteht; das Abkommen kennt ein derartiges Kriterium nicht, sondern stellt auf die abschliessend in Art. 24 Absatz 1 Anhang 1 FZA formulierten Voraussetzungen ab.

---

<sup>54</sup> Das Bundesgericht verweist auch auf das vorerwähnte Urteil vom 25. Mai 2005 und führt aus, dass das Kind und seine Mutter nicht mittels des Familiennachzuges in die Schweiz gekommen seien.

- Weiter trifft es zwar zu, dass das Abkommen die Unionsbürgerschaft als solche nicht übernommen hat; allerdings hätte sich das Bundesgericht doch mit der Frage auseinandersetzen müssen, warum der EuGH wie selbstverständlich (und zu Recht) davon ausgeht, dass eben auch Kinder Unionsbürger sind und sich als solche auf Art. 18 Abs. 1 EGV berufen können, während dies im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens nicht gelten soll, geht es hier doch um die Reichweite des persönlichen Anwendungsbereichs von Freizügigkeitsregeln, eine Problematik, die sich im Gemeinschaftsrecht und im Abkommen letztlich parallel stellt. Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass trotz der Nichtübernahme des Konzepts der Unionsbürgerschaft in das Freizügigkeitsabkommen die Aussagen des Gerichtshofs zur Effektivität der Freizügigkeitsrechte von Unionsbürgern auch im Zusammenhang mit den im Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechten durchaus herangezogen werden können, geht es insoweit doch nicht um die Unionsbürgerschaft als solche, sondern um die Tragweite und Effektivität von Freizügigkeitsrechten, eine Problematik, die im Gemeinschaftsrecht und im Freizügigkeitsabkommen aber grundsätzlich parallel gelagert ist.
- Schliesslich sind auch die Ausführungen des Bundesgerichts zum Aufenthaltsrecht der Mutter kaum überzeugend: Denn schon im Urteil *Baumbast* dürfte der EuGH weniger auf die absolute Notwendigkeit der Anwesenheit eines Elternteils – die im Übrigen bei schulpflichtigen Kindern häufig nicht gegeben sein wird – abstellen, sondern das Bleiberecht der Bezugsperson wird im Hinblick auf die Sicherstellung einer harmonischen Entwicklung des Kindes gewährleistet. Auch im Fall *Zhu und Chen* dürfte der EuGH diese Sichtweise zugrunde legen, wenn er sich zu dieser Frage auch nicht ausdrücklich äusserte. Vor diesem Hintergrund befremdet der Hinweis des Bundesgerichts, es stehe dem Kind frei, ein Internat zu besuchen, und die Mutter könne das Kind gelegentlich mit einem Touristenvisum (auf das wohlgermerkt grundsätzlich kein Rechtsanspruch besteht) besuchen.

## 6. Dienstleistungsfreiheit

In einem Urteil aus dem Jahr 2008<sup>55</sup> hatte sich das Bundesgericht in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit mit der Frage auseinandersetzen, ab wann Bürger der neuen EU-Mitgliedstaaten für die Erwerbstätigkeit über eine Kurzaufenthaltsbewilligung EG/EFTA verfügen müssen. Konkret handelte es sich um den Fall, dass bei der G. GmbH wochenweise Ungarinnen arbeiteten, die durch ein in Ungarn ansässiges Unternehmen, der D. AG, vermittelt wur-

---

<sup>55</sup> BG, 2C\_334/2007, Urt. v. 14.1.2008.

den. Die in Luzern ansässige G. GmbH wurde vom kantonalen Amt für Migration des Kantons Luzern dazu verpflichtet, für die aus Ungarn stammenden Personen eine Aufenthaltsbewilligung zu beantragen, wogegen sich die G. GmbH mit der Begründung wehrte, dass lediglich das Meldeverfahren anwendbar sei.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass, da es sich um Arbeitnehmerinnen der inländischen Unternehmung G. GmbH handle, die ersteren sehr wohl einer Bewilligungspflicht unterstünden, da gemäss Art. 38 Abs. 3 VEP Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedstaaten – wozu auch Ungarn zu zählen sei –, die in der Schweiz eine unselbständige Tätigkeit ausübten, bis ins Jahr 2011 den im FZA vereinbarten Beschränkungen unterworfen werden könnten. Um überprüfen zu können, ob diese eingehalten würden, würden die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen in jedem Einzelfall geprüft und erst danach könne eine Bewilligung ausgestellt werden. Nach Art. 4 Abs. 4 VEP sei eine bewilligungslose Erwerbstätigkeit von weniger als drei Monaten nur Bürgern der alten EU-Mitgliedstaaten sowie Malta und Zypern gestattet. Daraus folge, dass Bürger der neuen EU-Mitgliedstaaten – im hier konkret behandelten Fall die Arbeitnehmerinnen aus Ungarn – für die Zeit der Übergangsbestimmungen auch für eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz, die weniger als drei Monate dauere, einer Kurzaufenthaltsbewilligung EG/EFTA bedürften.<sup>56</sup>

Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts wäre der Fall anders zu beurteilen, wären die Arbeitnehmerinnen von der D. AG für die kurzzeitige Dienstleistungserbringung in die Schweiz entsandt worden. Unter diesen Umständen würde eine blosser Meldung der Tätigkeit in der Schweiz genügen (Art. 5 Abs. 1 FZA).

## 7. Einschränkung der Rechte aus dem Freizügigkeitsabkommen

Auch in der jüngsten Zeit<sup>57</sup> hatte sich das Bundesgericht in zahlreichen Fällen mit den Voraussetzungen der Beschränkung der Rechte, die sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergeben, gemäss Art. 5 Anhang I FZA auseinanderzusetzen. Da es sich um eine Weiterführung der Rechtsprechung handelt und nicht um eigentliche Neuerungen, sei an dieser Stelle zur Illustration nur kurz auf ein Urteil hingewiesen:<sup>58</sup> Im Fall eines Italieners, der wegen des Raubes

---

<sup>56</sup> Vgl. auch BG, 6B\_601/2007, Urt. v. 7.12.2007, BGE 134 IV 57.

<sup>57</sup> Vgl. für die Rechtsprechung vor 2005 bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 3), 141 (149), wo ausgeführt wird, dass das Bundesgericht konsequent die Rechtsprechung des EuGH anwendet.

<sup>58</sup> Vgl. des Weiteren auch BG, 2A.247/2006, Urt. v. 3.8.2006, in welchem es insbesondere um das Vorliegen einer hinreichend schweren und gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung ging; BG, 2A.39/2006, Urt. v. 31.5.2006, bei

in der Fraumünsterpost verurteilt worden war, wurde insbesondere die Voraussetzung der gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Ordnung geprüft.<sup>59</sup> Das Gericht führte aus, dass der seit nunmehr drei Jahren in Freiheit lebende Italiener keine weiteren Straftaten mehr begangen habe und auch ein anderweitiges Fehlverhalten nicht bekannt geworden sei. Auch wenn er keine eigentliche Berufsausbildung vorweisen könne, gehe er einer geregelten Arbeit als Hilfsmonteur nach. Zudem sei er mit einer Schweizerin verheiratet, mit welcher er einen gemeinsamen Sohn habe. Das Bundesgericht kam aufgrund dieses Sachverhaltes zum Schluss, dass die private Situation des Italieners leicht gefestigter sei als zum Zeitpunkt des Raubes und aufgrund der oben gemachten Ausführungen somit keine konkrete Gefährdung der öffentlichen Ordnung bestehe. Dieses Urteil – dem im Ergebnis und in der Begründung zuzustimmen ist – illustriert (einmal mehr), dass selbst bei Personen, die sehr schwere Straftaten begangen haben, die Aktualität der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit jeweils gesondert und mit Bezug auf den Einzelfall zu prüfen ist.

### III. Schluss

Auch diese Rechtsprechungsübersicht konnte anhand mehrerer Urteile das Grundproblem bei Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens illustrieren, bei dem es darum geht, ob und inwieweit auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe zurückgegriffen wird und ob und inwieweit auch nach der Unterzeichnung des Abkommens am 21. Juni 1999 ergangene Urteile des EuGH zu berücksichtigen sind. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zeichnet sich hier durch eine sehr pragmatische Herangehensweise aus, so dass ohne nähere dogmatische Untermauerung gewisse Aspekte der neueren Rechtsprechung übernommen werden, gewisse andere Aspekte jedoch nicht. Auch wird – wie die Fälle des Aufenthaltsrechts für Kinder aufzeigen – nicht immer klar, warum das Bundesgericht bei gewissen Konstellationen davon ausgeht, dass gewisse Konzepte des Gemeinschaftsrechts keinen Eingang in das Freizügigkeitsabkommen gefunden haben sollen. Dieser Pragmatismus ist zwar sehr gut nachvollziehbar; er weist aber den gewichtigen Nach-

---

dem es um die Einschränkung des Rechts auf Einreise gemäss Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA ging, was nur unter Berücksichtigung von Art. 5 Anhang I FZA erfolgen konnte; gemäss BG, 2A.315/2005, Urt. v. 18.10.2005 ist eine Einschränkung der Rechte gemäss Art. 2 und 3 Anhang I FZA nur im Rahmen von Art. 5 Anhang I FZA möglich; vgl. BG, 2A.433/2006, Urt. v. 15.9.2006 mit Bezug auf das Fürstentum Liechtenstein. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit ausführlich *Kaddous/Tobler*, SZIER 2006 (Fn. 16), 467 (492 ff.); *Kaddous/Tobler*, SZIER 2007 (Fn. 35), 637 (657 ff.).

<sup>59</sup> BG, 2A.361/2005, Urt. v. 7.12.2005.

teil auf, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts in gewissen Fällen nur schwer vorauszusehen ist, was zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit führt. Auch dürfte die gelegentlich festzustellende u.E. zu weit gehende Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der „Übernahme“ gemeinschaftlicher Konzepte im Rahmen der Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens nur bedingt dessen Zielsetzungen, wonach die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“ ist, Rechnung tragen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang das deutlich in eine andere Richtung gehende Urteil des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen, das nicht nur in Bezug auf den Grundsatz der Relevanz auch der neueren Rechtsprechung des EuGH klare Worte findet, sondern auch den Anwendungsbereich und die Tragweite des Art. 2 FZA in überzeugender Weise formuliert.

Nur am Rande sei noch darauf hingewiesen, dass in den Erwägungen des Bundesgerichts zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens gelegentlich Konzepte des schweizerischen Ausländerrechts zu finden sind (etwa die Frage der Zumutbarkeit des Schulbesuchs im Heimatland), die dem Gemeinschaftsrecht fremd sind. Es wäre zu begrüßen, wenn das Bundesgericht die beiden Rechtsordnungen, die von unterschiedlichen Grundsätzen ausgehen, in Zukunft konsequenter auseinanderhalten würde und bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens tatsächlich gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ausschliesslich die gemeinschaftsrechtlichen Konzepte zugrundelegen würde.