

Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

Astrid Epiney/Beate Metz

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Beate Metz, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2011/2012, Bern 2012, S. 223-256. 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.....	5
1.	Anwendungsbereich des Abkommens.....	5
2.	Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	13
3.	Abgeleitete Aufenthaltsrechte.....	20
4.	Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit.....	28
5.	Dienstleistungsfreiheit.....	31
6.	Niederlassungsfreiheit.....	32
III.	Schluss.....	34

I. Einleitung

Seit einem Jahrzehnt ist das sog. Freizügigkeitsabkommen (FZA)¹ für die Regelung der Beziehungen der Schweiz zu den Staaten der Europäischen Union im Bereich der Personenfreizügigkeit massgeblich. Das Abkommen

¹ 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.

räumt den Begünstigten eine Reihe von Rechten ein, die diese auch gerichtlich geltend machen können, so dass der Rechtsprechung für die Tragweite des Abkommens eine bedeutende Rolle zukommt.

Auf der Ebene der tatsächlichen Auswirkungen der Personenfreizügigkeit dürfte das Abkommen zu steigenden Wanderungsbewegungen zwischen den Vertragsparteien geführt haben; so ist auch in der Schweiz die ausländische Wohnbevölkerung aus den EU-Staaten in den letzten Jahren gestiegen.² Die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger haben zwar in mehreren Abstimmungen ihre Zustimmung zu dem Abkommen zum Ausdruck gebracht, zuletzt Anfang 2009 in einem Referendum zur Weiterführung und Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen Beitrittsländer der Europäischen Union, Bulgarien und Rumänien.³ Gleichwohl werden in der politischen Diskussion auch immer wieder (tatsächliche oder vermeintliche) Nachteile der Migration hervorgehoben und damit auch gewisse Ängste in der Schweizer Bevölkerung (vor allem über eine unkontrollierte Zuwanderung und dadurch möglicherweise hervorgerufene Störungen auf dem Arbeitsmarkt) geschürt. Darauf reagierend beschloss der Bundesrat am 18. April 2012, die im FZA vertraglich vorgesehene sog. Ventilklausel⁴ ab 1. Mai 2012 anzuwenden; allerdings beziehen sich die vorübergehend für ein Jahr wieder eingeführten Kontingente bei der Einwanderungszahl nur auf Personen aus Polen, Ungarn, Tschechien, Slowakei, Slowenien, Estland, Litauen und Lettland,⁵ wobei es umstritten ist, ob das Abkommen – wie vom Bundesrat bereits seit längerem vertreten – eine solche selektive Anwendung der Ventilklausel zulässt.⁶

Die schweizerische Rechtsprechung⁷ hat sich denn auch immer wieder mit der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu befassen, und insbeson-

² Gibt es hier Nachweise?

³ Vgl. hierzu *Dieter Freiburghaus*, Die Europapolitik im Jahre 2009: Erwacht die Europadebatte aus ihrem Dornröschenschlaf?, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, 1 (2 f.).

⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 4 FZA, der seitens der Schweiz eine Begrenzung der Zahl neuer Aufenthaltserlaubnisse gegenüber den Arbeitnehmern und Selbständigen der Europäischen Union erlaubt, wenn die Zahl der neuen Aufenthaltserlaubnisse um 10 % höher als der Durchschnitt der drei vorangegangenen Jahre ist. Die Begrenzung kann dann auf den Durchschnitt der drei vorangegangenen Jahre plus 5 % festgelegt werden.

⁵ Neue Züricher Zeitung (NZZ) v. 18.04.2012, Schweiz droht Konflikt mit EU wegen Ventilklausel; Der Bund v. 19.04.2012, Der neue Krach mit der EU.

⁶ Vgl. hierzu NZZ v. 21.04.2012. Interessant wäre daher, wie das Bundesgericht die Interpretation des Art. 10 FZA bei Anrufung durch einen betroffenen Beschwerdeführer aus diesen acht Mitgliedstaaten vornehmen würde.

⁷ Die Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen ist bislang sehr spärlich. Im Berichtszeitraum ist hier auf drei Urteile hinzuweisen: In EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Urt. v. 15.07.2010, befasste sich der Gerichtshof mit der Reichweite der im Abkommen gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit, wobei er auch grundsätzliche (und nicht in jeder Beziehung überzeugende) Aussagen zur Auslegung des Abkommens machte; in EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Urt. v. 06.10.2011, relativierte er diese grundsätzlichen Aussagen etwas und zog letztlich

dere die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat massgeblich dazu beigetragen, dass gewisse Grundsatzfragen der rechtlichen Tragweite des Abkommens zumindest einer gewissen Klärung zugeführt werden konnten. Im Folgenden soll die Weiterentwicklung der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – anknüpfend an die Beiträge in den Jahrbüchern für Migrationsrecht aus den Jahren 2004/2005⁸, 2007/2008⁹ und 2009/2010¹⁰ – für den Zeitraum von Mitte 2010 bis Mitte 2012 in einem Überblick dargestellt und ggf. kurz gewürdigt werden. Der Akzent liegt dabei auf der Rechtsprechung des Bundesgerichts; nur vereinzelt werden u.E. hervorzuhebende Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und kantonaler Gerichte berücksichtigt. Weiter bleiben Aspekte der sozialen Sicherheit¹¹ und

unionsrechtliche Grundsätze auch bei der Auslegung des Abkommens (dies im Zusammenhang mit einer diskriminierenden Regelung in Bezug auf die Verpachtung landwirtschaftlicher Flächen in Süddeutschland) heran. Vgl. zu diesen beiden Urteilen *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz – ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, 2012, 163 ff. In EuGH, Rs. C-257/10 (Bergström), Urt. v. 15.12.2011, stand eine sozialversicherungsrechtliche Frage im Vordergrund, nämlich diejenige, ob bei einem in einem Mitgliedstaat geltend gemachten Anspruch auf Familienleistungen in Gestalt eines einkommensabhängigen Ausgleichs für die Kinderbetreuung die diesbezüglichen Anspruchsvoraussetzungen auch durch Arbeit und Versicherung in der Schweiz erfüllt werden können und ob diese Arbeit in der Schweiz bei der Berechnung der Höhe dieses Anspruchs zu berücksichtigen ist. Der Gerichtshof bejahte beide Fragen in Anwendung der entsprechenden Vorschriften der VO 1408/71 und stellte damit die Schweiz in dieser Beziehung vollumfänglich einem EU-Mitgliedstaat gleich.

⁸ *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.

⁹ *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 2007/2008, 2008, 227 ff.

¹⁰ *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, 2010, 243 ff.

¹¹ 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.; *Silvia Bucher*, Das FZA und Anhang K des EFTA-Übereinkommens in der sozialrechtlichen

nicht auf das FZA bezogene migrationsrechtliche Fragen¹² weitgehend ausgeblendet, und auch darüber hinaus strebt der Beitrag keine Vollständigkeit an; vielmehr erfolgt eine Konzentration auf u.E. bedeutsame Urteile, und zahlreiche Urteile werden lediglich in den Fussnoten erwähnt.

Damit geht es im Folgenden gerade nicht darum, einen Überblick über die rechtliche Tragweite des Freizügigkeitsabkommens zu geben¹³ (dessen Kenntnis vielmehr Grundlage für die hier erörterte Rechtsprechung sein dürfte); ebensowenig soll die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit – die im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens von (grosser) Bedeutung ist bzw. sein kann – thematisiert werden.¹⁴ Schliesslich wird im Sinne der Anlage des Beitrags, einen Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu leisten, auf weitere Literaturhinweise weitgehend verzichtet.

Rechtsprechung des Bundesgerichts (1. Teil), in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, 2009, 387 ff., sowie den 2. Teil, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, 453 ff. S. auch den Überblick über jüngere Etnwicklungen bei *Christine Kaddous/Christa Tobler*, Droit européen : Suisse – Union européenne / Europarecht; Schweiz – Europäische Union, SZIER 2011, 743 (775 f.).

¹² Vgl. hierzu *Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen/Dieyla Sow*, Chronique de jurisprudence relative au droit des migrations, AJP 2011, 686 ff.; *Marc Spescha*, Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab September 2010 bis Ende Juli 2011, FamPra 2011, 851 ff.

¹³ Vgl. zum Freizügigkeitsabkommen ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 7), 103 ff., 154 ff.; s. ansonsten die Nachweise bei *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), bei Fn. 5; *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/1010 (Fn. 10) bei Fn. 12.

¹⁴ 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/Tobias Fassnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2010/2011 / Annuaire suisse de droit européen 2010/2011, 2011, 75-122.

II. Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

1. Anwendungsbereich des Abkommens

a) Anforderungen an den Nachweis der Staatsangehörigkeit¹⁵

In einem Urteil vom 4. Oktober 2010¹⁶ stand die Vereinbarkeit des Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA zur Debatte. Diese Bewilligung war auf der Grundlage der Vorlage einer echten französischen Identitätskarte und eines Arbeitsvertrages erteilt worden, wobei die Identitätskarte jedoch – wie von den französischen Behörden festgestellt – durch gefälschte Dokumente erlangt worden war; tatsächlich war der Betroffene Drittstaatsangehöriger.

Das Bundesgericht hält zweierlei fest:

- Ein nachweislich (wobei hier auf die Beweiserhebung durch die französischen Behörden abgestellt wurde) durch Täuschung erlangter Personalausweis könne nicht als Nachweis für die Staatsangehörigkeit und damit als Rechtsgrund für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA herangezogen werden. Denn missbräuchlich Handelnden könne kein Schutz für Rechtspositionen gewährt werden, die durch Täuschung erwirkt wurden. Irrelevant sei daher in diesem Zusammenhang auch, ob durch die erfolgte Ungültigerklärung des Ausweises die französische Staatsangehörigkeit entzogen wurde oder nicht.
- Zwar könne allein der Umstand, dass ein vom Freizügigkeitsabkommen Begünstigter nicht über einen gültigen Ausweis verfügt dann nicht zur Verweigerung des Aufenthalts führen, wenn die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei auf andere Weise nachgewiesen wird, ein Grundsatz, den das Bundesgericht unter Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechung

¹⁵ S. in diesem Zusammenhang auch noch BG, 2C_52/2010, Urt. v. 14.06.2010: Das Bundesgericht sah hier von einer materiellen Beurteilung der Aufenthaltsberechtigung einer Person ab, da diese weder vor dem Bundesgericht noch vor den Vorinstanzen geltend gemacht habe, als erwerbstätiger (in diesem Fall) Rumäne die Voraussetzungen für eine Aufenthaltsgewährung gemäss dem FZA zu erfüllen; vielmehr machte der Betroffene geltend, staatenlos zu sein. Sollte die Staatenlosigkeit aber definitiv verneint werden (diese Prüfung war nicht Gegenstand des Rechtsstreits), sei er aufgrund seiner Herkunft als rumäne zu behandeln und könne die aus FZA fliessenden Rechte geltend machen.

¹⁶ BG, 2C_209/2010, Urt. v. 04.10.2010.

des EuGH¹⁷ formuliert. Dieser Nachweis müsse jedoch vom Antragsteller erbracht werden. Sowohl das Schweizer Recht als auch das der Europäischen Union bestimmten, dass der Antragsteller sich für die Erbringung des Nachweises – soweit notwendig – auch mit den zuständigen Behörden seines Heimatstaates in Verbindung setzen müsse. Das Gericht kam sodann zum Schluss, dass der Beschwerdeführer dieser Pflicht nicht nachgekommen und mangels Nachweises der Staatsangehörigkeit die Berufung auf das FZA nicht möglich sei.¹⁸

Das Urteil ist schon allein deshalb bemerkenswert, weil das Bundesgericht ohne nähere Erläuterungen bzw. Begründung auf nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Urteile des EuGH (die zudem wohl zumindest teilweise neue Rechtsfragen entschieden haben) zurückgreift, woraus man schliessen kann, dass das Bundesgericht grundsätzlich die Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf eine parallele Auslegung des Freizügigkeitsabkommens im Verhältnis zum Unionsrecht heranzieht.¹⁹ Allerdings hatte sich der EuGH – soweit ersichtlich – bislang noch nicht mit einer Konstellation, wie sie dem angezeigten Urteil zugrundelag, zu befassen. Es ist aber davon auszugehen, dass die entsprechende Frage im Unionsrecht im Ergebnis ebenso zu entscheiden wäre. Denn letztlich obliegt der Nachweis der Staatsangehörigkeit dem Betroffenen, und aufgrund von Täuschungen erlangte Papiere und – daran anschliessend – Rechtspositionen dürften tatsächlich ein Schulbeispiel von Rechtsmissbrauch darstellen. Im Übrigen wird man aus dem Unionsrecht auch ableiten können, dass es dem (vermeintlichen) Heimatstaat obliegt zu prüfen, ob gewisse Dokumente echt sind oder nicht.²⁰

b) *Zur Relevanz einer falschen Identitätsangabe*

Die Angabe einer falschen Identität vermag aber als solche nichts an der Berechtigung aus dem Freizügigkeitsabkommen zu ändern, wie das Bundesgericht in einem Urteil vom 10. Dezember 2010²¹ feststellte. Der betroffene

¹⁷ BG, 2C_209/2010, Urt. v. 04.10.2010, E. 2.2. mit Hinweisen auf EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591, Rn. 76, 80; EuGH Rs. C-215/03 (Oulane), Slg. 2005, I-1215, Rn. 21 ff.

¹⁸ BG, 2C_209/2010, Urt. v. 04.10.2010, E. 6.1.

¹⁹ Vgl. insoweit auch das diesbezügliche Grundsatzurteil des BG, BGE 136 II 5. Zu diesem *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (259 ff.).

²⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-369/90 (Micheletti), Slg. 1992, I-4239; EuGH, Rs. C-192/99 (Kaur), Slg. 2001, I-1237, wo der Gerichtshof feststellte, dass die Festlegung der Voraussetzungen für den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit Sache der Mitgliedstaaten sei. Die Union kann also derartige Feststellungen grundsätzlich nicht in Frage stellen, ein Grundsatz, der sich wohl auf die Frage der Echtheit offizieller Dokumente übertragen lässt.

²¹ BG, 2C_547/2010, Urt. 10.12.2010.

Drittausländer war verschiedentlich in der Schweiz straffällig geworden und zu einer bedingten Haftstrafe sowie einer Geldstrafe und einem Aufenthaltsverbot für die Stadt Genf verurteilt worden; nach seiner Heirat unter Angabe einer falschen Identität mit einer französischen Staatsangehörigen mit einer Aufenthaltsgenehmigung EG/EFTA – wobei die Behörden keine „Scheinehe“ nachweisen konnten – beantragte er eine abgeleitete Aufenthaltsgenehmigung EG/EFTA, deren Erteilung von der zuständigen Behörde abgelehnt wurde. Das Bundesgericht hingegen erachtete diese Ablehnung als nicht mit dem Freizügigkeitsabkommen in Einklang stehend und hob hervor, dem Beschwerdeführer stehe aufgrund des Abkommens ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu, woran auch die falsche Identitätsangabe nichts ändere. Im Übrigen verneinte das Gericht das Vorliegen einer (gegenwärtigen) Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, dies auf der Grundlage des hier anzulegenden strengen Massstabs.²²

Dieser Ansatz des Bundesgerichts steht im Einklang mit der deklaratorischen Wirkung der Aufenthaltsbewilligung²³ und der nicht erforderlichen Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthaltes für die Aufenthaltsbewilligung nach dem FZA.²⁴ Insbesondere ergeben sich die Rechte aus dem Abkommen allein aufgrund des Vorliegens der in diesem geregelten Voraussetzungen, und ein möglicherweise vorliegender Verstoß gegen nationales Recht ändert nichts an der Existenz der entsprechenden Rechte, die lediglich im Falle des Vorliegens einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eingeschränkt werden können.

Diese Grundsätze bedeuten jedoch nicht, dass unwahre Angaben in keinem Fall einen Einfluss auf die Aufenthaltsberechtigung nach dem FZA entfalten können: Im Gegensatz zu der für eine FZA-Berechtigung nach dem erwähnten Urteil wohl in jedem Fall unschädlichen „Identitätslüge“ stellte das Bundesgericht in einem Urteil vom 24. Mai 2011²⁵ (überzeugend) fest, dass die Lüge über die bisherige Straffälligkeit unter Umständen einen Einfluss auf die Beantwortung der Frage entfalten könne, ob eine aktuelle und tatsächliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nach Art. 5 Anhang I FZA vorliege und damit mitursächlich für eine freizügigkeitsbeschränkende Massnahme sein könne.²⁶ Dies ändert freilich nichts daran, dass allein wahrheitswidrige Angaben keine Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des Art. 5 Anhang I FZA darstellen können; diese können lediglich im Rahmen der Bewertung des konkreten Verhaltens des Betroffenen im Hinblick auf das Vorliegen einer gegenwärtigen, tatsächlichen und hinreichend

²² Vgl. hierzu auch noch unten II.4.

²³ BGE 136 II 329. Hierzu schon *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (255ff.).

²⁴ BGE 136 II 5; EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241. Hierzu bereits *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (259 ff.).

²⁵ BG, 2C_932/2010, Urt. v. 24.05.2011.

²⁶ BG, 2C_932/2010, Urt. v. 24.05.2011, E. 4.1.

schweren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 5 Anhang I FZA berücksichtigt werden.

c) *Begriff des Staatsangehörigen einer Vertragspartei*

Aus dem Freizügigkeitsabkommen erwachsen Rechte für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten und der Schweiz (Art. 1 FZA) sowie gewisser weiterer Personen (insbesondere Familienangehörige). Wie das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 19. Juli 2010²⁷ feststellte, ist für die Frage, ob jemand Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, auf die rechtskräftig festliegende Rechtslage abzustellen, so dass sich aus dem Abkommen keine Rechte für Personen ableiten lassen, die noch das nicht abgeschlossene Einbürgerungsverfahren in einem Mitgliedstaat durchlaufen.²⁸ Daher wurde die Beschwerde eines Tunesiers gegen ein gegen ihn erlassenes dreijähriges Einreiseverbot – das allein darauf beruhte, dass dieser ohne gültige Arbeitserlaubnis einer Tätigkeit als Rezeptionsmitarbeiter in einem Genfer Hotel nachgegangen war – abgewiesen; dieser könne sich nicht auf das Abkommen berufen.

Dieser Schluss dürfte angesichts des Umstands, dass es allein den Vertragsparteien obliegt zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Person die Staatsangehörigkeit erlangt,²⁹ zwingend sein, ist doch vor dem Abschluss eines Einbürgerungsverfahrens gerade nicht klar, ob die Voraussetzungen für die Erlangung der Staatsangehörigkeit vorliegen und diese auch tatsächlich verliehen wird. Fraglich ist in diesem Zusammenhang aber (was in dem angezeigten Urteil nicht zu entscheiden war), ob in dem Fall, dass der Betreffende noch während der Dauer des Einreiseverbots die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei erlangt, diese noch aufrecht erhalten werden kann, wenn die im Freizügigkeitsabkommen formulierten Voraussetzungen für eine Verweigerung der Aufenthaltsberechtigung (vgl. Art. 5 Anhang I FZA) nicht vorliegen. Man wird diese Frage verneinen müssen: Denn mit der Erlangung der Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei kann sich der Betreffende auf das Abkommen berufen. Die sich aus diesem ergebenden Rechte können aber nur unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen eingeschränkt werden, so dass eine diesen nicht entsprechende, jedoch noch rechtskräftige Verfügung aufzuheben ist, dies zumindest auf Antrag bzw. im Rahmen eines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Weiter dürfte ein Verstoß gegen die entsprechenden Auflagen (also *in concreto* das Einreiseverbot) wohl nicht geahndet werden. Deutlich wird damit auch, dass das Abkommen in derarti-

²⁷ BVGer, C-5261/2009, Urt. v. 19.07.2010.

²⁸ BVGer, 2-5261/2009, Urt. v. 19.07.2010, E. 2.2.

²⁹ EuGH, Rs. C-369/90 (Micheletti), Slg. 1992, I-4239; EuGH, Rs. C-192/99 (Kaur), Slg. 2001, I-1237.

gen (zugegebenermassen wohl nur ausnahmsweise auftretenden) Konstellationen Implikationen für die Bestandskraft und damit die rechtliche Tragweite von Verfügungen entfalten kann.

d) *Bestimmung des Hauptwohnsitzes*

In einem sozialrechtlichen Urteil vom 17. Februar 2012³⁰ hatte sich das Bundesgericht zur grundsätzlichen Frage der für die Bestimmung des Hauptwohnsitzes massgeblichen Kriterien auszusprechen. Konkret ging es um die deutsche Leiterin eines Entwicklungsprojekts für Frauen in Ostafrika, die gegen den ablehnenden Entscheid auf Unterstellung unter die schweizerische obligatorische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) geklagt hatte. Das Bundesgericht stützte jedoch die Entscheidung der Ausgleichskasse und stellte darauf ab, das die Beschwerdeführerin nicht über den erforderlichen Wohnort im Geltungsbereich des FZA verfüge. Nach der einschlägigen VO 1408/71³¹ sei der „Wohnort“ der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts und von einem vorübergehenden Aufenthalt zu unterscheiden. Dieser Ort befinde sich dort, wo die Person den Mittelpunkt ihrer Lebensführung habe, dessen Bestimmung von subjektiven oder objektiven Umständen abhängen. Das Unionsrecht lasse die Festlegung nach subjektiven oder objektiven Kriterien offen und verweise somit auf nationales Recht zur Bestimmung. Der Rechtsprechung des Bundesgerichts zufolge sei der Wohnsitz ausschliesslich nach objektiven Kriterien zu bestimmen.³² Nach den objektiven Umständen liege der Wohnsitz der Beschwerdeführerin ausserhalb des Anwendungsgebiets der Vertragsstaaten des FZA, nämlich in Ostafrika, wo sie sich in einer Missionstätigkeit einen dauerhaften Lebensmittelpunkt geschaffen habe.³³ Auch in Bezug auf das Abkommen selbst, Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, sei der persönliche Anwendungsbereich zu verneinen, da eine einen Monat dauernde berufliche Einführungszeit in der Schweiz keine hinreichend enge Verbindung zum Arbeitsmarkt begründe.³⁴ Solange die deutsche Beschwerdeführerin ein engeres Verhältnis zu einem Drittstaat als zu einem Vertragsstaat habe, könne eine obligatorische Versicherungseigenschaft auch nicht aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA – dem nach (überzeugender) Ansicht des Bundesgerichts aber ein eigenständiger Inhalt zukommt, so dass es nicht nur hinsichtlich der in den Anhängen enthaltenen Bestim-

³⁰ BG, 9C_474/2011, Urt. v. 17.02.2012.

³¹ SR 0.831.109.268.1.

³² BG, 9C_474/2011, Urt. v. 17.02.2012, E. 3.3.1, mit Verweis auf BG, 5A_663/2009, Urt. v. 01.03.2010, E. 2.2.2.

³³ BG, 9C_474/2011, Urt. v. 17.02.2012, E. 3.3.2.

³⁴ BG, 9C_474/2011, Urt. v. 17.02.2012, E.3.4.2,

mungen, sondern allgemein im Anwendungsbereich des Abkommens gilt – abgeleitet werden.³⁵

Ebenso entschied das Bundesgericht in einem anderen Zusammenhang am 24. Juli 2010³⁶, dass der in der Schweiz gelegene effektive Hauptwohnsitz, der Voraussetzung für ein Recht auf diskriminierungsfreien Immobilienerwerb durch Staatsangehörige der Vertragsparteien ist, im Wesentlichen demjenigen des Art. 23 ZGB entspreche und nach objektiven Kriterien zu bestimmen sei, so dass der Wille des Erwerbenden keine Rolle spiele.³⁷

e) *Geltungsbereich des FZA für EFTA-Mitgliedstaaten*

In einem Urteil vom 16. April 2010³⁸ wies das Bundesgericht die Klage eines Deutschen gegen versagte Leistungen der Schweizer Arbeitslosenversicherung ab. Der in Deutschland wohnhafte Beschwerdeführer war als Grenzgänger bei einem liechtensteinischen Unternehmen tätig gewesen und nach zwei Jahren aus betrieblichen Gründen gekündigt worden. Im Anschluss siedelte er in die Schweiz über und beantragte dort Arbeitslosentschädigung, die ihm versagt wurde. Der Antragsteller falle als Angehöriger eines Vertragsstaates grundsätzlich in den persönlichen Geltungsbereich des FZA.³⁹ Dennoch sei der räumliche Geltungsbereich nach Art. 24 FZA für die dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) angeschlossenen EFTA-Staaten Island, Fürstentum Liechtenstein und Norwegen nicht eröffnet.⁴⁰ Aber auch das EFTA-Abkommen finde auf die Situation des Beschwerdeführers keine Anwendung, weil der Beschwerdeführer als Deutscher nicht zu den Staatsangehörigen eines der EFTA-Mitgliedstaaten gehöre.⁴¹ Die somit anzuwendenden zweiseitigen Abkommen zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein bzw. der Schweiz und Deutschland ergäben ebenso wenig einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.⁴²

Diese für den Beschwerdeführer prekäre Situation könne auch nicht durch die Anrufung einer überstaatlichen Gerichtsinstitution wie den EuGH beurteilt werden, da dieses Verfahren vertraglich nicht vorgesehen sei. Im Abkommen sei lediglich eine innerstaatliche Rechtsweggarantie verbürgt. Ein Schweizer Gericht könne diese Sache so nicht zur Vorabentscheidung dem EuGH vorlegen.⁴³

³⁵ BG, 9C_474/2011, Urt. v. 17.02.2012, E. 3.5.

³⁶ BG, 2C_27/2010, Urt. v. 24.07.2012.

³⁷ BG, 2C_27/2010, Urt. v. 24.07.2012, E. 4.6.

³⁸ BG, 8C_994/2009, Urt. v. 16.04.2010.

³⁹ BG, 8C_994/2009, Urt. v. 16.04.2010, E. 3.2.

⁴⁰ BG, 8C_994/2009, Urt. v. 16.04.2010, E. 6.2.1.

⁴¹ BG, 8C_994/2009, Urt. v. 16.04.2010, E. 6.3.2, 7.1.

⁴² BG, 8C_994/2009, Urt. v. 16.04.2010, E. 7.2.3, 8.

⁴³ BG, 8C_994/2009, Urt. v. 16.04.2010, E. 10.

Das Urteil wendet wohl konsequent die verschiedenen Regelungen bezüglich des räumlichen und persönlichen Anwendungsbereich des FZA und des auf dieses bezogenen EFTA-Übereinkommens an; gleichwohl illustriert es, dass das Ziel dieser Abkommen, eine übergreifende Koordination in Fragen der sozialen Sicherheit zu schaffen, nicht vollumfänglich erreicht wird: Die Pflicht der Schweiz zur Anrechnung von einem EFTA-Staat zurückgelegten Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten gilt eben gerade nicht für EU-Staatsangehörige, ohne dass für diese unterschiedliche Behandlung ein sachlicher Grund ersichtlich ist.

f) *Inländerdiskriminierung*

In mehreren Urteilen hatte sich das Bundesgericht auch im Berichtszeitraum mit der Frage der sog. Inländerdiskriminierung zu befassen, wobei insbesondere auf zwei Urteile hingewiesen sei:

- Einem Urteil vom 9. November 2010⁴⁴ lag die Klage eines indischen Staatsangehörigen zugrunde, der durch Heirat einer Schweizerin eine Aufenthaltsbewilligung erlangt hatte. Nach deren Tod klagte der Beschwerdeführer auf Fortbestand dieser Bewilligung und führte dazu u.a. aus, dass er nach dem FZA nach über zweijährigem Zusammenleben über ein Verbleiberecht verfügt hätte, wenn seine verstorbene Ehefrau Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union gewesen wäre.⁴⁵ In der Sache ging das Bundesgericht allerdings auf diese Rüge nicht ein, da es festhielt, dass sich auch aus dem Freizügigkeitsabkommen kein solches Verbleiberecht ergeben hätte. Denn zur Lebzeit der Ehegattin habe dem Beschwerdeführer nur während des Zusammenlebens ein abgeleitetes Verbleiberecht zugestanden, das sich für den Familienangehörigen erst mit dem Tod des Rechtsinhabers in ein eigenes Recht umwandle. Da die Eheleute jedoch zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zusammengelebt hätten, sei eine derartige Umwandlung ausgeschlossen gewesen.⁴⁶
- Am 17. Januar 2011⁴⁷ hielt das Bundesgericht in Anlehnung an seine bisherige Rechtsprechung⁴⁸ fest, dass es nicht seine Aufgabe sei, das in

⁴⁴ BGE 137 II 1.

⁴⁵ BGE 137 II 1, E. 3.2.

⁴⁶ Dieser Ansatz wurden in BG, 2C_781/2010, Urt. v. 16.02.2011 bestätigt (BG, 2C_781/2010, Urt. v. 16.02.2011, E. 2.3 mit Verweis auf BGE 137 II 1, Urt. v. 09.11.2010, E. 3.2).

⁴⁷ BG, 2C_575/2010, Urt. v. 17.01.2011. S. auch BG, 2C_941/2010, Urt. v. 10.05.2011.

⁴⁸ Vgl. BGE 136 II 120; BG, 2C_624/2009, Urt. 05.02.2010; BG, 2C_635/2009, Urt. v. 26.03.2010. Hierzu bereits *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (253 ff.).

bestimmten Konstellationen inländerdiskriminierende Ausländergesetz entgegen dem Wortlaut auszulegen, sondern dass dies i.S.v. Art. 190 BV Aufgabe des Gesetzgebers sei.⁴⁹

Damit vermeidet das Bundesgericht auch in diesen Urteilen die Frage, ob die einschlägigen Vorgaben des Ausländergesetzes bzw. die sich aus diesem im Zusammenspiel mit dem Freizügigkeitsabkommen ergebende Inländerdiskriminierung infolge ihres (möglichen) Verstosses gegen Art. 8, 14 EMRK (wofür Vieles spricht) ausser Anwendung zu lassen sind, im ersten Urteil bereits wegen der Verneinung der Relevanz, da schon gar keine Inländerdiskriminierung vorliege, im zweiten Urteil mit dem (erneuten⁵⁰) Hinweis auf die Rolle des Gesetzgebers. Beide Urteile vermögen nicht wirklich zu überzeugen:

- In dem erstgenannten Urteil verlangt das Gericht letztlich als zusätzliche Voraussetzung für ein Verbleiberecht, dass die Eheleute unmittelbar vor dem Tod des freizügigkeitsberechtigten Ehegatten auch zusammengelebt hätten. Diese Voraussetzung ergibt sich jedoch nicht aus der hier einschlägigen Verordnung 1251/70, und der Hinweis darauf, dass das eigenständige Verbleiberecht nach dem Tod nur entstehen könne, wenn vorher ein abgeleitetes Verbleiberecht bestand, ist zwar grundsätzlich zutreffend; dies gilt jedoch nicht für den ebenfalls formulierten Grundsatz (der im Übrigen auch nicht durch eine Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH gestützt werden kann), dass ein solches Verbleiberecht nur im Falle des Zusammenlebens der Ehegatten unmittelbar vor dem Tod bestehe. Dieser pauschale Hinweis – der noch nicht einmal durch den sonst in der Rechtsprechung zu findenden Verweis auf mögliche überzeugende Gründe für das Fehlen einer Wohngemeinschaft relativiert wird – trägt jedoch nicht der Rechtslage in der Union Rechnung (die schon aufgrund des Verweises auf Sekundärrecht nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist), die grundsätzlich massgeblich auf das Bestehen des Ehebandes abstellt.⁵¹
- Soweit das Bundesgericht auf die Rolle des Gesetzgebers zur Behebung der Inländerdiskriminierung verweist, stellt sich die Frage, warum das Gericht nicht verpflichtet sein soll, selbst zu prüfen, ob die entsprechenden Vorgaben des Ausländergesetzes wegen einer (möglichen) Unvereinbarkeit mit Art. 8, 14 EMRK unanwendbar sind, eine sich grundsätzlich aus dem Vorrang der EMRK gegenüber Bundesgesetzen ergebende Konsequenz. Die Rolle des Gesetzgebers (der

⁴⁹ BG, 2C_575/2010, Urt. v. 17.01.2011, E. 4.2.

⁵⁰ S. schon die Nachweise in Fn. 48.

⁵¹ Vgl. insoweit auch schon die Bemerkungen bei *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), 227 (237 f.). Allerdings hätte sich in der im angezeigten Urteil vorliegenden Konstellation dann noch die Frage gestellt, ob die Voraussetzungen des Verbleiberechts auch in zeitlicher Hinsicht erfüllt waren.

hier zweifellos auch in der Verantwortung steht) entbindet das Bundesgericht als Dritte Gewalt nämlich gerade nicht von seiner Pflicht, das geltende Recht – zu der auch die EMRK gehört – anzuwenden.⁵²

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Diskriminierung bei der Lohnzahlung

Grundlegende Fragen der Gleichbehandlung von Grenzgängern in Bezug auf Arbeits- und Lohnbedingungen waren Gegenstand eines (noch nicht rechtskräftigen) Urteils des Bezirksgerichts Arlesheim vom 31. Januar 2012.⁵³ Soweit die Auslegung und Tragweite des Freizügigkeitsabkommens betroffen ist, ging es im Wesentlichen um die Frage, ob ein in der Schweiz ansässiger Betrieb (nur) seinen im angrenzenden Ausland (Frankreich oder Deutschland) wohnhaften Arbeitnehmer einen niedrigeren Lohn als den in der Schweiz ansässigen Arbeitnehmern ausrichten kann, dies mit dem Hinweis auf den ungünstigen Eurokurs, der das Unternehmen in beträchtliche Schwierigkeiten bringe.

Im Einzelnen ging es um einen in Frankreich wohnenden Grenzgänger, der gegen die Kündigung als Mechaniker bei einem schweizerischen Betrieb geklagt hatte. Der Beklagte hatte eine von seinem Arbeitgeber aufgrund des schwachen Eurokurses vorgeschlagene Reduktion seines in schweizerischer Landeswährung ausgezahlten Lohnes um 6% abgelehnt mit der Folge der Kündigung. Der Kündigung erfolgte mit dem Hinweis darauf, dass die Entwicklung des Eurokurses zu einer finanziell schwierigen Situation für den Arbeitgeber geführt habe, woraufhin dieser veranlasst worden sei, den rund 120 im Betrieb beschäftigten Grenzgängern eine Vertragsänderungsofferte mit Lohnreduktion zu unterbreiten, die 113 der betroffenen Arbeitnehmer angenommen hätten.⁵⁴ Seitens des Arbeitnehmers sei volkswirtschaftlich ein liberales Kündigungsrecht erwünscht, denn dies schaffe tendenziell mehr Arbeitsplätze.⁵⁵

Das Bezirksgericht schloss auf die Unvereinbarkeit einer Lohndifferenzierung in Abhängigkeit von dem Wohnsitz der Arbeitnehmer im In- oder Ausland mit dem Freizügigkeitsabkommen, insbesondere mit Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA.⁵⁶ Eine solche Massnahme sei eine materielle Diskriminierung, wohne die Mehrzahl der Menschen doch in demjenigen Staat, dessen Staatsangehö-

⁵² Vgl. zu diesen Erwägungen ausführlicher auch schon *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (254 f.).

⁵³ Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Ur. v. 31.01.2012.

⁵⁴ Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Ur. v. 31.01.2012, E. 7.1.

⁵⁵ Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Ur. v. 31.01.2012, T. 4.

⁵⁶ Kündigungen, die aufgrund des fehlenden Einverständnisses mit solchen Kürzungen erfolgen, wurden in der Folge als missbräuchlich angesehen.

rigkeit sie habe. Ausserdem sei das Diskriminierungsverbot u.a. bezüglich der arbeitsrechtlichen Bestimmungen unmittelbar anwendbar und entfalte Drittwirkung auch gegenüber privaten Arbeitgebern.⁵⁷ Somit sei eine Vertragsänderungs-offerte des Arbeitgebers, allen im Betrieb beschäftigten Grenzgängern einen niedrigeren Lohn zu zahlen, eine indirekte Diskriminierung, da Grenzgänger in der Regel ausländische Staatsangehörige seien.⁵⁸ Als Rechtfertigungsgründe kämen Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Konkurrenten aufgrund des starken Schweizer Frankens, die durch Lohnreduktion bei Grenzgängern mit tieferen Lebenserhaltungskosten am Wohnort im Ausland behoben werden könnten, nicht in Betracht.⁵⁹ Insbesondere sei der Lohn eine vertragliche Gegenleistung des Arbeitgebers für die Erfüllung der Hauptleistungspflicht. Sowohl der Wohnsitz als auch der persönliche Bedarf des Arbeitnehmers hätten auf die Arbeitsleistung keinen Einfluss. Zudem könnten auch in der Schweiz wohnhafte Arbeitnehmende vom Wechselkurs profitieren. Das Wohnsitzkriterium sei somit kein sachliches Argument, den Grenzgängern tiefere Löhne auszubezahlen. Zwar ermögliche die Bestimmung der Vereinbarung in der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (GAV), dass bei allgemeinen Lohnänderungen u.a. die Lebenshaltungskosten der Arbeitnehmenden in Erwägung gezogen werden könnten. Dem sei jedoch entgegen zu halten, dass es im Vorfeld der Lohnänderungs-offerte keine Verhandlungen zwischen dem Beklagten und der zuständigen Arbeitnehmervertretung gegeben habe. Unabhängig von fehlenden Verhandlungen sei ausserdem diese mögliche GVA-Massnahme, soweit sie diskriminierend sei, nichtig, weil sie gegen Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA verstosse.⁶⁰ Schliesslich scheide eine Rechtfertigung aus, weil der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trage und dies nicht auf die ausländischen Arbeitnehmenden überwältigt werden könne. Dieser sei auch nicht am Gewinn des Unternehmens beteiligt.⁶¹ Aufgrund des Diskriminierungsverbots nach Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA stehe dem Kläger ein gesetzlicher Anspruch auf gleiche Vertragsbedingungen wie dem im Betrieb der Beklagten tätigen Arbeitnehmern mit schweizerischem Wohnsitz zu.⁶²

Im Ergebnis ist das Urteil zu begrüssen und war letztlich wohl auch zu erwarten. Allerdings überrascht etwas, dass das Gericht weder auf Art. 16 Abs. 2

⁵⁷ Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Urt. v. 31.01.2012; E. 6.3. m.w.N. auf die schweizerische Literatur.

⁵⁸ Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Urt. v. 31.01.2012, E. 6.5.

⁵⁹ Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Urt. v. 31.01.2012, E. 6.6.

⁶⁰ Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Urt. v. 31.01.2012, E. 6.6.1. mit Verweis auf BG 4A_593/2009, Urt. v. 05.03.2010, E. 1.3 ff.

⁶¹ Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Urt. v. 31.01.2012, E. 6.6.5.

⁶² Bezirksgericht Arlesheim, 150 11 1966 IV, Urt. v. 31.01.2012, E. 6.7.

FZA Bezug nimmt noch Rechtsprechung des EuGH⁶³ zur Auslegung und Tragweite der Arbeitnehmerfreizügigkeit (unter Einschluss der Rechtfertigungsproblematik) heranzieht. Dabei dürfte das Abkommen gerade im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit – trotz teilweise nach wie vor bestehender Auslegungsfragen⁶⁴ – auf die entsprechenden Grundsätze des Unionsrechts zurückgreifen, so dass nach Art. 16 Abs. 2 FZA diese heranzuziehen ist, was nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch für nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung gilt.⁶⁵ Soweit es um die Frage diskriminierender Arbeitsbedingungen geht, dürfte die Parallelität mit dem EU-Recht denn auch kaum zu bestreiten sein: So knüpft der Diskriminierungsbegriff des Abkommens zweifellos an denjenigen des Unionsrechts an, mit der Folge, dass auch materielle Diskriminierungen erfasst werden; diese können allerdings – ebenfalls in Anknüpfung an das EU-Recht – jedoch durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden. Das Gericht prüft die zur Debatte stehende Massnahme zwar im Ergebnis parallel wie im EU-Recht, jedoch ohne wirklichen Hinweis auf dieses und die Rechtsprechung des EuGH, was aus grundsätzlicher Sicht nicht ganz unproblematisch ist, könnte dieser Ansatz doch den Blick auf die aus rechtlicher Sicht zwingende „Anlehnung“ der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens an das EU-Recht verstellen.

In Bezug auf die Rechtfertigungsprüfung des Gerichts ist noch zu beachten, dass eine Rechtfertigung von gegen die Grundfreiheiten verstossenden Massnahmen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nur dann in Betracht kommt, wenn das angestrebte Ziel in kohärenter Weise verfolgt wird.⁶⁶

⁶³ Z.B. EuGH, Rs. C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2681; EuGH, Rs. C-94/07 (Raccanelli), Slg. 2008, I-5939, Rn. 41 ff.; EuGH, Rs. C-350/96 (Clean Car Autoservice), Slg. 1998, I-2521; EuGH, Rs. C-237/94 (O'Flynn), Slg. 1996, I-2617, Rn. 19 f.; EuGH, Rs. C-204/90 (Bachmann), Slg. 1992, I-249, Rn. 27; EuGH, Rs. C-111/91 (Kommission/Luxemburg), Slg. 1993, I-817, Rn. 12; EuGH, verb. Rs. C-259/91, C-331/91 und C-332/91 (Allué u. a.), Slg. 1993, I-4309, Rn. 15; EuGH, Rs. C-195/98 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), Slg. 2000, I-10497, Rn. 40; EuGH Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Rn. 32; EuGH, Rs. 71/76 (Thieffry), Slg. 1977, 765, Rn. 12 und 15; EuGH, Rs. C-57/96 (Meints), Slg. 1997, I-6689, Rn. 44; EuGH, Rs. C-285/01 (Burbaud), Slg. 2003, I-8219, Rn. 104; EuGH, Rs. C-185/04, Slg. 2006 (Öberg), I-1453, Rn. 19; EuGH, Rs. C-212/05 (Hartmann), Slg. 2007, I-6303, Rn. 30; EuGH, Rs. C-213/05 (Geven), Slg. 2007, I-6347, Rn. 19; EuGH, Rs. C-228/07 (Petersen), Slg. 2008, I-6989, Rn. 54.

⁶⁴ Vgl. zu einigen Aspekten den Beitrag von *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (in diesem Band).

⁶⁵ Vgl. BGE 136 II 5, E. 3.4. Näher zur Tragweite der Berücksichtigungspflicht, *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 7), 156 ff.

⁶⁶ Vgl. jüngst im Zusammenhang mit dem sog. sektoralen Fahrverbot auf der Intalautobahn EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

Gerade dies ist bei der in Frage stehenden Massnahme jedoch von vornherein zu verneinen: Hintergrund der Lohnreduktion nur für Grenzgänger war letztlich die Erwägung, dass deren Kaufkraft im Zuge der Frankenstärke gestiegen ist, so dass hier eine „Anpassung“ erfolgen sollte. Ein derartiges Abstellen auf die „Bedürfnisse“ des Arbeitnehmers bzw. seine Lebenshaltungskosten am Wohnort vermag jedoch jedenfalls dann keine Differenzierungen bzw. Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu begründen, wenn es nur in Bezug auf bestimmte Konstellationen (nämlich im Ausgangssachverhalt in materiell diskriminierender Form die Grenzgänger) herangezogen wird, nicht jedoch generalisiert (was etwa impliziert hätte, dass in Gemeinden mit niedrigen Lebenshaltungskosten und Steuerfuss wohnhafte Personen ebenfalls eine Lohnreduktion hätten erfahren müssen). Im Übrigen dürfte es wohl zu weit gehen, aus dem Freizügigkeitsabkommen grundsätzlich die Unzulässigkeit von Lohndifferenzierungen nach dem Bedarf der Arbeitnehmenden (die also unabhängig von der Arbeitsleistung erfolgen) abzuleiten, was die Formulierungen des Gerichts zumindest nahe legen könnten bzw. nicht ausschliessen. Das Problem der in Frage stehenden Massnahme in Anbetracht des Freizügigkeitsabkommens war somit weniger der Rechtfertigungsgrund an sich (wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitgebers) oder das Abstellen auf die individuellen Bedürfnisse der Arbeitnehmer, denn die Inkohärenz der Massnahme, die letztlich dazu führte, dass allein die Grenzgänger ein „Opfer“ erbringen mussten.

Vor diesem Hintergrund würde es wohl nicht gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen, wenn ein Arbeitgeber angesichts wirtschaftlicher Schwierigkeiten und Kursschwankungen entscheidet, die Löhne für alle in Zukunft in Euro auszuzahlen.

b) Diskriminierung bei der Besteuerung

Am 23. November 2010⁶⁷ befasste sich das Bundesgericht erneut mit der Quellenbesteuerung von Ausländern ohne Niederlassungsbewilligung bzw. Ausländern ohne steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz, dies wiederum anlässlich eines Genfer Ausgangsfalls.⁶⁸ Das Bundesgericht bestätigte zunächst seine Rechtsprechung, wonach aufgrund der unterschiedlichen Abzugsmöglichkeiten bei der Quellenbesteuerung einerseits und dem ordentlichen Veranlagungsverfahren andererseits die Quellenbesteuerung (nur) für nicht Gebietsansässige eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstelle und grundsätzlich gegen das Abkommen

⁶⁷ BG, 2C_21/2010, Urt. v. 23.11.2010.

⁶⁸ Siehe dazu die Praxisänderung bei der Quellenbesteuerung in BGE 136 II 241; zu diesem Urteil *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (274 f.).

verstosse. Allerdings liege im Ausgangsfall gleichwohl kein Verstoß gegen das Abkommen vor, da die Genfer Steuerbehörden aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine neue Praxis eingeführt hätten, wonach eine Gleichbehandlung mit gebietsansässigen Arbeitnehmern möglich sei: Nicht Gebietsansässige könnten eine ordentliche Veranlagung beantragen mit der Folge, dass sie den Gebietsansässigen gleichgestellt werden.⁶⁹ Der dagegen vom Antragsteller erhobene Einwand, die Gleichstellungsoption sei nicht ausreichend zur Behebung der diskriminierenden Behandlung, da ein langes und kostenaufwendiges Verfahren verursacht werde,⁷⁰ überzeugte das Bundesgericht schon deshalb nicht, weil es hier um Rechtspflichten gehe, denen jeder Steuerpflichtige unterworfen sei.

Damit geht das Bundesgericht also davon aus, dass der grundsätzliche Verstoß der Quellenbesteuerung gegen das Abkommen aufgrund des diskriminierenden Charakters dadurch „geheilt“ werden könne, dass dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eingeräumt wird, eine ordentliche Veranlagung zu beantragen. Nicht für erforderlich gehalten wird offenbar, dass eine solche Veranlagung ex officio vorzunehmen ist. Dies wäre im Übrigen auch schon deshalb nicht möglich, weil eine solche Veranlagung auf Angaben des Steuerpflichtigen angewiesen ist. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang jedoch auf ein neueres Urteil des EuGH⁷¹, in dem der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Besteuerung von Selbständigen (wobei die Problematik in Bezug auf die hier im Vordergrund stehende Frage für Arbeitnehmer gleich gelagert ist) festhielt, eine Wahlmöglichkeit zwischen der diskriminierenden und der für Gebietsansässige geltenden steuerlichen Regelung sei nicht geeignet, die diskriminierenden Wirkungen der ersten dieser beiden steuerlichen Regelungen auszuschliessen. Würde dieser Wahl eine solche Wirkung zuerkannt werden, hätte dies zur Folge, dass eine steuerliche Regelung für rechtmäßig erklärt würde, die für sich genommen aufgrund ihres diskriminierenden Charakters weiter gegen Art. 49 AEUV verstosse.⁷² Fraglich ist nun, ob eine Berücksichtigung dieses Urteils – auf das das Bundesgericht nicht Bezug nimmt – zu einem anderen Ergebnis hätte führen müssen. Dies erscheint – entgegen dem ersten Anschein – nicht zwingend: Denn der EuGH bezieht sich bei seiner Aussage (entsprechend der Vorlagefrage) lediglich auf die Frage, ob der diskriminierende Charakter der Gewährung einer bestimmten Steuervergünstigung nur für Gebietsansässige und der Verstoß einer solchen Regelung gegen die Niederlassungsfreiheit durch ein dem Steuerpflichtigen zustehendes Wahlrecht „geheilt“ werden kann. Bei der Frage nach der Quellenbesteuerung

⁶⁹ BG, 2C_21/2010, Urt. v. 23.11.2010, E. 4.3.

⁷⁰ BG, 2C_21/2010, Urt. v. 23.11.2010, E. 4.3.2

⁷¹ EuGH, Rs. C-440/08 (Gielen), Slg. 2010, I-2323.

⁷² EuGH, Rs. C-440/08 (Gielen), Slg. 2010, I-2323, Rn. 48 ff.

nicht Gebietsansässiger ist die Problematik jedoch schon deshalb anders gelagert, weil es hier um die Besteuerung des gesamten Einkommens der Betroffenen geht, die zwar in manchen Fällen ungünstiger als die ordentliche Veranlagung sein kann, in anderen Konstellationen jedoch nicht. Zudem sprechen gute Gründe dafür, dass die (ggf. nur zunächst erfolgende) Quellenbesteuerung nicht Gebietsansässiger durch das zwingende Erfordernis der Vermeidung von Steuerflucht bzw. Steuerhinterziehung grundsätzlich gerechtfertigt werden kann. Insgesamt könnte vor diesem Hintergrund eine Regelung, wonach dem Steuerpflichtigen die ordentliche Veranlagung (die durchaus aus der Sicht des Steuerpflichtigen Nachteile aufweisen kann, insbesondere wenn der Aufwand des Ausfüllens der Steuererklärung in keinem Verhältnis zu dem dadurch erzielten, ja nur möglichen „Steuervorteil“ steht) nicht „aufgedrängt“, sondern nur ermöglicht wird, durchaus auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung mit dem Abkommen in Einklang stehen, zumal die ordentliche Veranlagung nicht zwingend steuerliche Vorteile mit sich bringt. Allerdings müsste wohl verlangt werden, dass der Steuerpflichtige ex officio und ausdrücklich auf diese Wahlmöglichkeit hingewiesen wird, bestünde doch ansonsten zumindest in gewissen Konstellationen die Gefahr der grundsätzlichen Anwendung diskriminierender Regelungen.

In einem Urteil vom 21. März 2011⁷³ hiess das Bundesgericht die Beschwerde eines österreichischen, in der Schweiz wohnhaften Staatsangehörigen gut, dessen Einkauf in eine ausländische Einrichtung der Altersvorsorge in der Schweiz nicht zum Abzug vom steuerbaren Einkommen zugelassen worden war (dies im Gegensatz zu Einkäufen in in der Schweiz ansässige Pensionskassen): Es liege eine indirekte Diskriminierung gemäss Art. 2 FZA bzw. Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA vor, obwohl auch Schweizer Bürger von dieser Konstellation betroffen sein könnten. Dennoch dürften hauptsächlich ausländische Staatsangehörige betroffen sein, was gerade eine indirekte bzw. versteckte Diskriminierung ausmache.⁷⁴ Letztlich geht das Bundesgericht damit – wenn dies auch in den Formulierungen nicht ganz klar zum Ausdruck kommt – davon aus, dass es für das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung bereits ausreicht, wenn die Gefahr besteht, dass hauptsächlich Ausländer benachteiligt bzw. Inländer bevorzugt werden, ohne dass diesbezügliche statistische Nachweise vorzulegen wären; eine Analyse der betreffenden Vorschrift reicht somit aus. Dies dürfte auch dem Ansatz des EuGH entsprechen.⁷⁵

⁷³ BG, 2C_530/2010, Urt. v. 21.03.2011.

⁷⁴ BG, 2C_530/2010, Urt. v. 21.03.2011, E. 3.4.2.

⁷⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-29/95 (Pastoors), Slg. 1997, I-285; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

c) *Diskriminierung beim Anspruch auf soziale Vergünstigungen*

In einem Urteil vom 24. März 2011⁷⁶ hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob einer in der Schweiz wohnhaften österreichisch-philippinischen Doppelbürgerin, die im philippinischen Manila Opfer eines Raubüberfalls geworden war, ein Anspruch auf Leistungen aufgrund des Opferhilfegesetzes⁷⁷ zusteht. Die Beschwerdeführerin war nach dem Überfall von der Botschaft in Manila nicht über das Bestehen eines solchen Anspruchs informiert worden, während gegenüber Schweizer Staatsangehörigen eine derartige Informationspflicht bestand, so dass sie die Frist zur Geltendmachung der Ansprüche versäumt hatte. Ausserdem sah die für die Beurteilung des Anspruchs massgebliche Fassung des Opferhilfegesetzes vor, dass nur Schweizer Bürgern mit Wohnsitz in der Schweiz ein Anspruch auf Opferhilfe zusteht.

Das Bundesgericht bejahte jedoch einen Anspruch der Beschwerdeführerin in Anwendung des Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, wonach ein Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsstaaten die gleichen sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer geniesst. Der Begriff der sozialen Vergünstigungen sei ein unionsrechtlicher Begriff, für dessen Bestimmung nach Art. 16 Abs. 2 FZA die Rechtsprechung des EuGH heranzuziehen sei. Diese gehe von einem weiten Begriffsverständnis aus, so dass alle Vergünstigungen erfasst sein, die den inländischen Arbeitnehmern wegen ihrer Arbeitnehmereigenschaft oder wegen ihres gewöhnlichen Wohnsitzes im Inland gewährt werden und deren Erstreckung auf Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten daher ihre Mobilität innerhalb der Union erleichtern könnte. Auch sei nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁷⁸ bei der Gewährung von Opferhilfe das Diskriminierungsverbot zu beachten. Da die Opferhilfe geeignet sei, die Mobilität innerhalb der Union zu erleichtern, stelle sie eine soziale Vergünstigung nach Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA dar. Auch komme das Diskriminierungsverbot nach Art. 2 FZA zum Tragen. Im vorliegenden Fall hätten die Behörden daher die Beschwerdeführerin wegen Verkennung der Anspruchsberechtigung nicht über den Anspruch auf Opferhilfe informiert und somit den Anspruch vereitelt, was der Beschwerdeführerin nach Ansicht des Bundesgerichts nicht zur Last gelegt werden könne.⁷⁹

Das Bundesgericht lehnt sich hier sehr eng an die Rechtsprechung des EuGH an, und das Urteil ist im Ergebnis zwingend und zu begrüssen. Allerdings lassen die Formulierungen des Gerichts nicht klar erkennen, ob der Gleichbehandlungsanspruch nun aus Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA oder aber aus Art. 2

⁷⁶ BGE 137 II 242.

⁷⁷ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), SR 312.5.

⁷⁸ Wobei das Bundesgericht auf EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195, hinweist.

⁷⁹ BGE 137 II 242, E. 5.

FZA folgt, werden beide Vorschriften doch ohne nähere Erklärung nebeneinander genannt. Grundsätzlich erübrigt sich jedoch ein Rückgriff auf Art. 2 FZA, wenn ein besonderes Diskriminierungsverbot – wie das in Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA geregelte – greift, und Art. 2 FZA wäre in Bezug auf einen Anspruch auf Opferhilfe nur heranzuziehen, wenn der Betroffene nicht Arbeitnehmer ist (findet Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA doch nur auf Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen Anwendung). Es wäre daher wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht diese Zusammenhänge deutlicher gemacht hätte. Jedenfalls legt es das Urteil aber nahe, dass Art. 2 FZA zumindest in Bezug auf den Zugang zu gewissen staatlichen Leistungen wie die Opferhilfe grundsätzlich in Anlehnung an Art. 18 AEUV auszulegen ist (nimmt das Gericht doch auf die entsprechende Rechtsprechung Bezug), so dass hier Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (unter dem Vorbehalt ihrer Rechtfertigung) verboten sind.⁸⁰

3. Abgeleitete Aufenthaltsrechte

a) *Nachzugsrecht volljähriger Kinder*

Am 18. Juli 2011⁸¹ äusserte sich das Bundesgericht zum Familiennachzug von volljährigen Kindern. Ein volljähriger rumänischer Staatsangehöriger hatte eine Aufenthaltsbewilligung beantragt, um seine kranke Mutter (eine rumänisch-schweizerische Doppelbürgerin) in der Schweiz zu pflegen. Entgegen der Vorinstanz bejahte das Bundesgericht einen auf das FZA gestützten Nachzugsanspruch.⁸² Zum einen stehe nachzugsberechtigten volljährigen Familienangehörigen nach dem FZA, Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA, ein Nachzugsrecht zu, wenn ihnen Unterhalt gewährt werde. Zum anderen könne sich für Personen, die (noch) keine Erwerbstätigkeit ausübten ein Anwesenheitsrecht ergeben könne, falls sie über die zum Unterhalt erforderlichen finanziellen Mittel verfügten, Art. 1 lit. c, Art. 6 FZA i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA.⁸³

Das Bundesgericht hebt das kantonale Urteil damit schon deshalb auf, weil die Vorinstanz letztlich den Familiennachzug nach Art. 3 Abs. 2 Anhang 1 FZA pauschal verneint hatte. Hinzu kam noch, dass die eigenen Rechte auf Aufenthalt des Beschwerdeführers gerade nicht berücksichtigt wurden, ob-

⁸⁰ Zur Auslegung von Art. 2 FZA ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 7), 221 ff.

⁸¹ BG, 2C_253/2010, Urt. v. 18.07.2011.

⁸² BG, 2C_253/2010, Urt. v. 18.07.2011, E. 3.3. mit Verweis auf die Rechtsprechung zur FZA-Berechtigung für Doppelbürger, BGE 135 II 369.

⁸³ BG, 2C_253/2010, Urt. v. 18.07.2011, E. 3.3.

wohl dieser möglicherweise über ein Aufenthaltsrecht verfügte. Jedenfalls wird bei der erneuten Entscheidung auch Art. 8 EMRK zu berücksichtigen sein, aus dem sich – wie das Bundesgericht im Einzelnen darlegt – in einer Konstellation wie im Ausgangsfall durchaus ein Aufenthaltsrecht ergeben kann. Denn auch das Freizügigkeitsabkommen ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts auszulegen.

Bemerkenswert ist das Urteil weiter in Bezug auf die grundsätzliche Bejahung der Anwendbarkeit der Regeln des Freizügigkeitsabkommens über den Familiennachzug in einer Konstellation, in der die nachziehende Person Doppelbürgerin (Schweiz/EU-Mitgliedstaat) ist, ohne dass geprüft wird, ob sie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat. Die neuere Rechtsprechung des EuGH ist hier zurückhaltender: So betonte der Gerichtshof in der Rs. C-434/09⁸⁴, einer britisch-irischen Doppelbürgerin, die immer im Vereinigten Königreich gelebt hatte, müsse nicht gestattet werden, ihren drittstaatsangehörigen Ehegatten gestützt auf die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) und / oder Art. 21 AEUV „nachzuziehen“. Denn die Antragstellerin habe von ihrem Recht auf Freizügigkeit nie in irgendeiner Form Gebrauch gemacht. Daher sei die Unionsbürgerrichtlinie nicht anwendbar, regle diese doch lediglich die aufenthaltsrechtliche Stellung eines Unionsbürgers in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt. Hieran ändere der Besitz auch der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats nichts, da dies nicht bedeute, dass der Unionsbürger von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Da es beim Aufenthaltsrecht des Ehegatten um ein abgeleitetes Recht gehe, könne auch in Bezug auf diesen angesichts dieser Ausgangslage kein Anspruch auf Aufenthalt aus der Richtlinie abgeleitet werden. Damit lässt es der EuGH hier für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs also nicht genügen, dass die Gesuchstellerin die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats hat, sondern verlangt eine eigentliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts. Da sich die Frage nach den Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug letztlich im Unionsrecht einerseits und im FZA andererseits parallel stellt und auch das Bundesgericht hier die Rechtsprechung des Gerichtshofs bislang auch immer „nachvollzogen“ hat,⁸⁵ könnte einiges dafür sprechen, dass sich das Bundesgericht auch in Bezug auf diese neuere Wendung bzw. Präzisierung an der Rechtsprechung des EuGH orientieren könnte. Bemerkenswert ist allerdings, dass das Urteil des EuGH in der Rs. C-434/09 einige Monate vor dem angezeigten Entscheid des Bundesgerichts erging und das Bundesgericht auf dieses Urteil keinen Bezug nimmt, dies im Gegensatz zu dem sogleich zu

⁸⁴ EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), Urt. v. 05.05.2011, EuZW 211, 522.

⁸⁵ Vgl. insbesondere BGE 136 II 5. Hierzu *Epinay/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (259 ff.).

erwähnenden Urteil des Bundesgerichts vom 17. Oktober 2011 zum Nachzugsrecht von (Stief-) Kindern.⁸⁶

b) *Nachzugsrecht von Stiefkindern*

Am 17. Oktober 2011⁸⁷ bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung,⁸⁸ wonach auch Stiefkinder nachzugsberechtigt sein könnten, wenn bestimmte familiäre Gegebenheiten vorhanden sind, wie insbesondere ein minimales tatsächliches Familienleben, der Nachzug dem Kindeswohl zu Gute kommt und im Einverständnis des Stiefelternteils erfolgt.⁸⁹ Im Verfahren hatte ein beschwerdeführendes Ehepaar sich erfolglos um den Nachzug dreier Kinder der Beschwerdeführerin aus dem Kongo bemüht. Die Beschwerdeführerin war Angolanerin und hatte durch Heirat des italienischen Beschwerdeführers auch die italienische Staatsangehörigkeit erlangt.⁹⁰ Das Bundesgericht prüfte in Bezug auf jedes Kind die genannten⁹¹ spezifischen Voraussetzungen eines Nachzugs. Für ein Kind erachtete es die Voraussetzungen als gegeben. Bei den anderen Kindern stand zum einen Volljährigkeit gegen einem Nachzug entgegen, zum anderen konnte eine persönliche Beziehung zur Mutter nicht nachgewiesen werden.⁹² Grundsätzlich entspricht das Urteil damit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die sich ihrerseits an der neueren EuGH-Rechtsprechung⁹³ orientiert.

Interessant an dem Entscheid ist jedoch, dass das Bundesgericht nur ein Nachzugsrecht vom Stiefvater ableitete, nicht aber von der auch über die italienische Staatsangehörigkeit verfügenden Beschwerdeführerin. Das Bundesgericht liess es offen, ob sich die Beschwerdeführerin – die die italienische Staatsbürgerschaft durch ihre Heirat mit einem Italiener in der Schweiz erlangt und nie von ihrem Freizügigkeitsrecht in der Union Gebrauch gemacht hatte – in Anbetracht der erwähnten neueren Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-434/09⁹⁴ auch auf den Familiennachzug berufen kann, war dies doch nicht entscheidungserheblich. Auch wenn man grundsätzlich die Übertragbarkeit dieser neuen Rechtsprechung auf das Freizügigkeitsabkommen in

⁸⁶ BG, 2C_195/2011, Urt. 17.10.2011.

⁸⁷ BG, 2C_195/2011, Urt. 17.10.2011.

⁸⁸ BGE 136 II 65, BGE 136 II 177.

⁸⁹ BGE 136 II 177, E. 3.2.2.

⁹⁰ Eingangs erklärte das Bundesgericht, dass im vorliegenden Fall die Rechtsprechungsänderung Auswirkungen auf den bereits einmal entschiedenen Fall habe und somit von Amts wegen eine neue Untersuchung zu erfolgen habe, BG, 2C_195/2011, Urt. v. 17.10.2011, E. 3.3.2 ff.

⁹¹ BGE 136 II 177, E. 3.2.2.

⁹² BG, 2C_195/2011, Urt. v. 17.10.2011, E. 4.3.

⁹³ EuGH, Rs. C-413/1999 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), Urt. v. 05.05.2011.

Betracht zieht, führte dies jedoch wohl kaum zu einer Verneinung der Anwendbarkeit des Abkommens: Denn der EuGH bezieht sich lediglich auf die Konstellation, in der ein Doppelbürger in einem seiner Heimatstaaten lebt und nie von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Dagegen wurde es in der bisherigen Rechtsprechung regelmässig als für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages ausreichend angesehen, wenn das einzige grenzüberschreitende Element die Staatsangehörigkeit (nur) eines anderen Mitgliedstaates war.⁹⁵ Nichts deutet daraufhin, dass der EuGH diese etablierte Rechtsprechung relativieren wollte, stellt er doch entscheidend darauf ab, dass sich die betreffende Person gerade nicht in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzt, befunden habe.

Im Übrigen führte ein anderer Ansatz letztlich dazu, dass es Staatsangehörigkeiten „minderen Wertes“ gäbe, würde doch bei der Reichweite der aus ihr fliessenden Rechte in einem anderen Mitgliedstaat auf das Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen abgestellt. Auch hat der EuGH bereits mehrfach entschieden, dass es nicht Sache eines Mitgliedstaats sei, die Wirkungen der Verleihung der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats dadurch zu beschränken, dass er eine zusätzliche Voraussetzung für die Anerkennung dieser Staatsangehörigkeit im Hinblick auf die Ausübung der im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten verlange.⁹⁶

c) *Nachzugsrecht für Bezugspersonen minderjähriger FZA-Berechtigter*

In einem Urteil vom 15. November 2010⁹⁷ ging es um das Aufenthaltsrecht einer Drittstaatsangehörigen in der Schweiz, damit diese sich hier um ihren minderjährigen Sohn, einen EU-Bürger, kümmern konnte. Ihr Gesuch um Aufenthaltsbewilligung wurde abgelehnt wurde, weil keine besonderen persönlichen gravierenden Gründe vorlägen. Lediglich ihr Sohn erhielt eine Aufenthaltsbewilligung. Das Bundesgericht nahm zwar – entsprechend dem Vorbringen der Beschwerdeführerin – an, dass im Gefolge der Rechtsprechung des EuGH⁹⁸ aus dem Aufenthaltsrecht eines Kindes aus dem Freizügigkeits-

⁹⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH; Rs. C-200/02 (Zhu, Chen), Slg. 2004, I-9925.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-369/90 (Micheletti), Slg. 1992, I-4239, Rn. 10; EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 28.

⁹⁷ BG, 2C_574/2010, Urt. v. 15.11.2010. S. auch BVGer, C-8145/2010, Urt. v. 18.04.2011, wo das Gericht ebenfalls an EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004 I-9925, anknüpft und im Übrigen im Einzelnen die Frage nach den ausreichenden Ressourcen erörtert.

⁹⁸ EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004 I-9925, Rn. 30 ff. Bei dieser Gelegenheit präziserte das Bundesgericht einmal mehr, dass es sich auch von solcher neueren Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich inspiriere, da nur auf diese Weise die Zielsetzung des Abkommens, zwischen der EU und der Schweiz eine parallele Rechtslage wie innerhalb der EU zu schaffen, erreicht werden könne.

abkommen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht des sorgeberechtigten Elternteils anzunehmen sei (könne doch ansonsten das Kind sein Aufenthaltsrecht nicht wahrnehmen). Allerdings sei der für ein Aufenthaltsrecht notwendige Nachweis über ausreichende finanzielle Mittel (vgl. Art. 6 FZA i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA) im konkreten Fall nicht gelungen.⁹⁹

Damit übernahm das Bundesgericht den Ansatz des EuGH, wonach dem für ein aufenthaltsberechtigtes Kind sorgenden Elternteil ebenfalls ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht zusteht, dies obwohl diese Konstellation als solche im Abkommen nicht aufgeführt ist.¹⁰⁰ Massgeblich für das Bundesgericht ist denn auch (im Anschluss an den EuGH), dass das aufenthaltsberechtigte Kind ansonsten sein Aufenthaltsrecht nicht wahrnehmen kann, womit es um Gesichtspunkte der effektiven Wirksamkeit geht. Allerdings kamen diese Grundsätze in der Ausgangskonstellation im Ergebnis mangels ausreichender Ressourcen des Kindes und damit eines Aufenthaltsrechts nicht zum Zuge.

Dabei ist in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass hier offenbar nicht das Verbleiberecht der Kinder von Freizügigkeitsberechtigten zur Debatte stand, das sich letztlich aus dem in Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA verankerten Recht der Kinder zur Teilnahme am allgemeinen Unterricht ergibt. Diesfalls wäre die Situation im Ergebnis wohl anders zu beurteilen gewesen, dies trotz fehlender finanzieller Ressourcen: Denn in seiner neueren Rechtsprechung¹⁰¹ legte der EuGH Art. 12 VO 1612/68 so aus, dass das bereits in der früheren Rechtsprechung festgestellte Aufenthaltsrecht von Kindern von Arbeitnehmern sowie dem Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnimmt,¹⁰² auch dann bestehe, wenn eine Sozialhilfeabhängigkeit gegeben ist. Art. 12 VO 1612/68 verlange lediglich, dass das Kind mit seinen Eltern oder einem Elternteil in einem Mitgliedstaat gelebt habe, in dem zumindest ein Elternteil

⁹⁹ Vgl. ebenso BG, 2C_190/2011, Urt. v. 23.11.2011.

¹⁰⁰ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf das Aufenthaltsrecht eines (ausländischen) Elternteils eines Schweizer Kindes: Während das Bundesgericht – angesichts der diesbezüglichen Ausgestaltung des Ausländergesetzes – zunächst davon ausging, dass ein derartiger Familiennachzug für Verwandte in aufsteigender Linie nicht möglich sei (mit der Folge, dass das Schweizer Kind letztlich zum Verlassen des Schweizer Territoriums gezwungen war), vgl. etwa BGE 122 II 289, leitet das Bundesgericht inzwischen aus Art. 8 EMRK ein Aufenthaltsrecht auch des Elternteils ab, falls dem nicht Erwägungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder eine Sozialhilfeabhängigkeit entgegenstehen, vgl. etwa BG, 2C_505/2009, Urt. v. 29.3.2010. Der zuletzt genannte Aspekt wirft allerdings die Frage auf, ob ein sich aus Art. 8 EMRK ergebendes Recht durch Erwägungen finanzieller Art (Fürsorgeabhängigkeit) wirklich eingeschränkt werden kann. Jedenfalls sollte von dieser Erwägung nur mit äusserster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-480/08 (Teixeira), Slg. 2010, I-1107; EuGH, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Slg. 2010, I-1065.

¹⁰² EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091.

als Arbeitnehmer gewohnt habe. Damit ist das aus Art. 12 VO 1612/68 fließende Aufenthaltsrecht des Kindes ein eigenständiges, ihm zustehendes Recht. Das aus diesem abgeleitete Aufenthaltsrecht des für ihn sorgenden Elternteils ende allerdings grundsätzlich mit der Volljährigkeit des Kindes, es sei denn, die Anwesenheit des Elternteils sei notwendig, damit das Kind seine Ausbildung abschliessen kann. Da Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA dem in diesen Rechtssachen einschlägigen Art. 12 VO 1612/68 nachgebildet ist (der Wortlaut beider Artikel deckt sich im Wesentlichen), spricht Vieles dafür, dass auch die Rechtslage unter dem Freizügigkeitsabkommen entsprechend den erwähnten Urteilen des EuGH zu beurteilen ist.¹⁰³ Im Übrigen hat das Bundesgericht die sog. *Baumbast*-Rechtsprechung des EuGH¹⁰⁴, wonach auch Stiefkinder nachzugsberechtigten Familienangehörige sind, übernommen,¹⁰⁵ so dass konsequenterweise auch die Rs. C-480/08 und C-310/08, die dieselbe Rechtsmaterie betreffen, im Rahmen des FZA relevant sein müssten.¹⁰⁶

Interessant ist im Übrigen, dass Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA nicht nur auf Arbeitnehmer bzw. deren Kinder, sondern auf alle freizügigkeitsberechtigten Personen und deren Kinder anwendbar ist.

d) *Verbleiberecht bei Gegenstandslosigkeit der Ehe*

Auch im Berichtszeitraum bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach einem (drittstaatsangehörigen) Ehegatten eines Unionsbürgers kein Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA zustehe, wenn die Ehe zwar noch formell bestehe, aber gegenstandslos geworden sei.¹⁰⁷ Es be-

¹⁰³ Vgl. in der Tendenz ähnlich *Marc Spescha*, Das Familienleben als hervorragendes Rechtsgut des Freizügigkeitsrechts – am Beispiel der aktuellen Rechtsprechung zum Familiennachzug im Geltungsbereich des FZA, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Zürich 2011, 141 (153 f.), der in diesem Zusammenhang auch auf die Problematik der Inländerdiskriminierung hinweist; ebenfalls die Relevanz der Urteile bejahend *Thomas Burri/Benedikt Pirker*, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 (181 f.).

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-413/99 (*Baumbast*), Slg. 2002, I-7091.

¹⁰⁵ BGE 136 II 65.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu auch *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Fn. 64), III.2. (in diesem Band).

¹⁰⁷ BG, 2C_417/2008, Urt. v. 18.06.2010; BG, 2C_60/2010, Urt. v. 27.07.2010. S. auch BG, 2C_926/2010, Urt. v. 21.07.2011, wo sich das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Verbleiberecht des Ehegatten (Art. 4 Anhang I FZA) zum nur formalen Bestehen der Ehe äusserte. S. sodann noch folgende Urteile zum Thema: BG, 2C_40/2011, Urt. v. 25.02.2011; BG, 2C_167/2011, Urt. v. 03.08.2011; BG,

hielt weiterhin die Rechtsauffassung bei, die es auch bei Fällen nach dem Ausländergesetz ohne Bezug zum FZA anwendet.¹⁰⁸ So sei es zwar für ein Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA nicht zwingend, dass die Ehegatten zusammenleben; jedoch stelle das Fehlen einer Haushaltsgemeinschaft während einer gewissen Zeit ein starkes Indiz dafür dar, dass die Ehe nur noch formal bestehe. Grundsätzlich sei nach mehr als zwei Jahren fehlenden Zusammenlebens davon auszugehen, dass die Eheleute kein gemeinsames Leben führen wollten, so dass die Familiennachzugsrechte nicht geltend gemacht werden könnten.¹⁰⁹ In der Sache verlangt das Bundesgericht damit im Falle fehlenden Zusammenlebens während einer gewissen Zeit den Nachweis der Ehegatten, dass diese gleichwohl eine Lebensgemeinschaft führen wollen, ein Ansatz, der in dieser Form wohl nicht der Rechtsprechung des EuGH entsprechen dürfte.¹¹⁰

f) *Exkurs: Teilfamiliennachzug nach dem Ausländergesetz*

Am 1. April 2011¹¹¹ setzte sich das Bundesgericht mit der Auslegung des Art. 44 AuG, der für die Familienzusammenführung eines aufenthaltsberechtigten Ausländers (ohne Niederlassungsbewilligung) lediglich eine „Kann-Vorschrift“ enthält, auseinander. Das Freizügigkeitsabkommen konnte im Ausgangsfall – in dem der mit einer Schweizerin verheiratete, aus dem Kosovo stammender Beschwerdeführer für seine aus erster Ehe stammenden, im Kosovo lebenden minderjährigen Kinder einen Antrag auf Familiennachzug gestellt hatte, dessen Bewilligung verweigert wurde – aufgrund der Staatsangehörigkeit des Beschwerdeführers nicht zur Anwendung kommen. Interessanterweise griff das Bundesgericht aber für die Auslegung des Art. 8 EMRK – aus dem sich ein Recht auf Familiennachzug ergeben kann – auf die im EU-Recht und im Schweizer Recht beobachtende Tendenz, beim Familiennachzug (aufgrund des Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und dem damit einhergehenden Rechtswandel) nicht mehr danach zu unterscheiden, ob ein Gesamt- oder ein Teilfamiliennachzug zur Debatte steht und damit die Eltern zusammenleben oder nicht. Diese Grundsätze seien auch im Rahmen der Auslegung des Ausländergesetzes zu beachten, der insofern EMRK-

2C_286/2011, Urt. v. 07.04.2011. Zu diesen Urteilen *Kaddous/Tobler*, SZIER 2011 (Fn. 11), 743 (758 ff.).

¹⁰⁸ BGE 128 II 145, E. 2.2.

¹⁰⁹ BG, 2C_417/2008, Urt. v. 18.06.2010, E. 5.1; BG, 2C_60/2010, Urt. v. 27.07.2010, E. 3.1.

¹¹⁰ Siehe dazu bereits die Kritik bei *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), 227 (237 f.).

¹¹¹ BGE 137 I 264.

konform auszulegen sei, so dass auch im Rahmen dieser Vorschrift ein Anspruch auf (Teil-) Familiennachzug bestehen könne.

Das aus dogmatischer Sicht sehr knapp begründete Urteil ist in verschiedener Hinsicht interessant und durchaus von grundsätzlicher Bedeutung:

- Zunächst geht das Bundesgericht davon aus, dass Entwicklungen im EU-Recht auch die Auslegung des Art. 8 EMRK beeinflussen können, offenbar in dem Sinn, dass unionsrechtliche Ansprüche auf Familiennachzug Implikationen für die Reichweite des sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Anspruchs auf Familiennachzug entfalten (können). Der Hintergrund dieses Ansatzes könnte darin bestehen, dass das EU-Recht als Praxis zur EMRK anzusehen sein könnte und völkerrechtliche Verträge auch unter Berücksichtigung der Praxis der Vertragsparteien und anderer internationaler Gerichte auszulegen sind.
- Die Implikationen dieses Ansatzes können potentiell sehr weit gehen: Denn damit kann eine unionsrechtliche Entwicklung, die als solche im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens gerade nicht zu berücksichtigen ist (entweder weil sie eine Weiterentwicklung des EU-Rechts darstellt, die im Abkommen nicht übernommen wird, oder wegen mangelnder Anwendbarkeit des Abkommens), über den „Umweg“ der EMRK dann doch Eingang in die Auslegung der anwendbaren ausländerrechtlichen Bestimmungen finden.
- Materiell wird nicht immer klar sein, welche Rechtsentwicklungen auf EU-Ebene die Auslegung der EMRK beeinflussen können; die Formulierungen des Bundesgerichts legen es aber nahe, dass hier insofern ein eher strenger Massstab anzulegen ist, als die entsprechenden Grundsätze Ausdruck eine gesamteuropäischen Tendenz und Entwicklung sein müssen, wobei bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht auch auf das schweizerische Recht hinweist (dessen Entwicklung in eine ähnliche Richtung gehe), das aber seinerseits wiederum aufgrund des Freizügigkeitsabkommens jedenfalls im Bereich des Familiennachzugs massgeblich vom EU-Recht beeinflusst ist. Insofern kommt dem Unionsrecht als solchem in diesem Zusammenhang dann doch eine entscheidende Rolle zu.
- Abzuwarten bleibt, ob der EGMR – was bislang, soweit ersichtlich, noch nicht geschehen ist – ebenfalls Entwicklungen im EU-Recht heranziehen wird, um eine bestimmte Auslegung der EMRK zu stützen.
- Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Heranziehung der EMRK nach den genannten Grundsätzen in Bezug auf Art. 44 AuG dazu führt, dass sich im Anwendungsbereich dieser Vorschrift – trotz ihres anders lautenden Wortlauts („kann“) – ein Anspruch auf Familiennachzug ergeben kann.

4. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

Eine Vielzahl von Urteilen erging zu den durch das Abkommen ermöglichten Beschränkungen der sich aus diesem ergebenden Rechte. Dabei behielt das Bundesgericht die an die EuGH-Rechtsprechung angelehnte restriktive Auslegung der Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA) bei, an deren Vorliegen strenge Anforderungen gestellt werden.¹¹² Im Folgenden werden daher beispielhaft einige u.E. besonders interessante Urteile herausgegriffen, die die Anwendung der (bekannten) Kriterien auf neue Fallkonstellationen zu illustrieren vermögen:

- In einem Urteil vom 6. Juni 2011¹¹³ ging es um die Beschwerde eines deutschen Staatsangehörigen, der in der Schweiz u.a. wegen mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern zu mehr als drei Jahren Zuchthaus verurteilt worden war. Noch im stationären Massnahmenvollzug erfolgte gegen ihn eine fünfjährige Ausweisung aus der Schweiz. Streitig war in diesem Zusammenhang, ob diese Ausweisungsentscheidung erfolgen durfte, obwohl die Massnahmen noch nicht vollzogen waren, so dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Beurteilung der Gegenwärtigkeit der vom Beschwerdeführer ausgehenden Gefahr sich im Laufe des Massnahmen- bzw. Strafvollzugs noch ändern kann. Das Bundesgericht stützte die Rechtmässigkeit der Ausweisungsentscheidung aufgrund des Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr zum Zeitpunkt der Entscheidung (wobei die Entwicklung des Beschwerdeführers im Rekursverfahren von den verschiedenen Instanzen berücksichtigt worden sei).¹¹⁴ Diesem Ansatz des Gerichts ist insoweit zu folgen, als die Rechtmässigkeit einer behördlichen Entscheidung selbstredend immer nur auf der Grundlage der zum Entscheidungszeitpunkt massgeblichen Situation beurteilt werden kann und nicht ersichtlich ist, warum während eines Massnahmen- oder Strafvollzugs keine solche Entscheidung getroffen werden können sollte, zumal wenn der Betroffene zum Vollzug in sein Heimatland überstellt werden kann. Der Klarstellung halber sei jedoch präzisiert, dass jedenfalls in denjenigen Konstellationen, in denen

¹¹² Vgl. zu diesen aus der Rechtsprechung des EuGH z.B. EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999, Rn. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115-116/81 (Adaoui et Cornuaille), Slg. 1982, 1665, Rn. 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), Slg. 1999, I-11, Rn. 24 ff.; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 1263, Rn. 17; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), Slg. 2002, I-10981, Rn. 40 ff. Siehe zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zuletzt *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (266).

¹¹³ BGE 137 II 233.

¹¹⁴ Wie es auch der Rechtsprechung des EuGH entspricht, vgl. EuGH, verb. Rs. C-482/01, C-493/01 (Orfanopoulos), Slg. 2004, I-5257.

zwischen der Ausweisungsentscheidung und deren Vollzug ein ins Gewicht fallender Zeitraum liegt, die seitherige Entwicklung zu berücksichtigen sein dürfte; insofern dürfte die Situation ähnlich gelagert sein, wie bei einem behördlichen und gerichtlichen Instanzenzug.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch auf die Erwägung des Bundesgerichts hingewiesen, die Argumentation des Beschwerdeführers stehe im Widerspruch zu einem seit dem 1. Oktober 2004 geschlossenen Abkommen¹¹⁵ zwischen der Schweiz und Deutschland, das die Überstellung verurteilter Personen regle und nach dem Völkervertragsrecht aufgrund seines jüngeren Datums dem FZA vorgehe. Im Abkommen werde nämlich vorgesehen, dass eine Ausweisung auch zu Beginn oder während des Strafvollzugs ergehen könne.¹¹⁶ Dieser Argumentation könnte entgegen gehalten werden, dass das Freizügigkeitsabkommen ja auch mit der EU (und den anderen Mitgliedstaaten) abgeschlossen wurde, so dass ein bilateralen Vertrag zwischen der Schweiz und einem Mitgliedstaat nichts daran ändert, dass die im Freizügigkeitsabkommen verankerten Pflichten gegenüber der EU nach wie vor fortbestehen. Im Falle eines Widerspruchs zwischen einem solchen Abkommen und dem Freizügigkeitsabkommen ist daher nicht bereits aufgrund der *lex posterior*-Regel von einem Vorrang des ersteren auszugehen.

- An anderer Stelle stellte das Bundesgericht klar, dass die Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zwar bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Ausweisungsentscheidung zu berücksichtigen seien. Jedoch bleibe eine Ausweisung grundsätzlich in jedem Fall – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen und der Verhältnismässigkeit der Massnahme – möglich. Selbst wenn ein EU-Bürger in der Schweiz geboren und sein ganzes Leben im Land verbracht habe, d.h. bei sog. Ausländern der zweiten Generation, könne daher unter Umständen eine Ausweisung erfolgen.¹¹⁷
- Genauso könne eine Entfernungsmassnahme „bloss“ bei der wiederholten Begehung von gewichtigen Vermögensdelikten und daraus resultierenden mehreren kurzen Freiheitsstrafen verhältnismässig sein, sofern die Strafen in ihrer Summe als „längerfristig“ zu qualifizieren seien.¹¹⁸ Selbst das Bestehen von privatrechtlichen Schulden könne im Einzelfall einen

¹¹⁵ SR 0.343.1.

¹¹⁶ BGE 137 II 233, E. 5.3.4.

¹¹⁷ BG, 2C_41/2011, Urt. v. 30.06.2011, E. 2.3; BG, 2C_562/2011, Urt. v. 21.11.2011, E. 3.3; BG, 2C_839/2011, Urt. 28.02.2012, E. 2.3. Zur Frage, ob und inwieweit im Rahmen der Auslegung des Art. 5 Anhang I FZA auch die letztlich weitgehend (wenn auch nicht nur) an die bisherige Rechtsprechung anknüpfenden Regelungen der Art. 27, 28 RL 2004/38 sowie die diesbezügliche Rechtsprechung zu beachten sind, *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Fn. 64), II.2. (in diesem Band).

¹¹⁸ BGE 137 II 297, 2.2, 3.3; BG, 2C_839/2011, Urt. v. 28.02.2012, E. 3.1.

schwerwiegenden Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen, wenn die Verschuldung mutwillig herbei geführt worden sei.¹¹⁹ Dennoch werde überwiegend bei Gewalt-, Sexual- oder schwerwiegenden Betäubungsmitteldelikten ausländerrechtlich eher ein erheblicheres Verschulden bejaht.¹²⁰ Die Straftaten müssten dabei nicht in der Schweiz begangen und/oder verfolgt worden sein. Auch in einem anderen Land begangene Vortaten könnten auf Uneinsichtigkeit und eine Gefahr schliessen lassen.¹²¹

- Ausserdem erklärte das Bundesgericht, dass die systematische Verschleierung der Identität bzw. das Auftreten unter zahlreichen Aliasnamen zur Vorteilsname trotz darauf ergehender behördlicher Verfügungen und Verurteilungen von einer ausgeprägten Geringschätzung der Rechtsordnung zeugten und ausnahmsweise eine fortdauernde gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung angenommen werden könne.¹²²
- In weiteren Entscheidungen¹²³ führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass neben des grundsätzlich keine Gefahr nach Art. 5 Abs. 1 FZA darstellenden Versäumnisses des Vertragsausländers, eine Aufenthaltserlaubnis einzuholen, auch die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung lediglich eine Verletzung einer Formschrift darstelle, die nach der hinzugezogenen EuGH-Rechtsprechung allein eine freizügigkeitsbeschränkende Massnahme nicht rechtfertigen könne. Dieser Grundsatz könne jedoch für Personen aus Bulgarien und Rumänien nicht gleichermassen gelten, solange sie den in Art. 10 FZA vorgesehenen Beschränkungen unterständen. Hier könne eine Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung eine freizügigkeitsbeschränkende Massnahme rechtfertigen, jedoch nur bei ausserordentlichen Fällen von Schwarzarbeit. Diesen notwendigen Schweregrad lehnte das Bundesverwaltungsgericht für die Ausübung der Prostitution ab. Insbesondere könnten sozialschädliche Begleiterscheinungen der Prostitution nicht dem persönlichen Verhalten der diese Tätigkeit ausübenden Person zugerechnet werden. Zudem werde die Prostitution,

¹¹⁹ BG, 2C_41/2011, Urt. v. 30.06.2011, E. 2.2.; BGE 137 II 297, E. 3.3; BVGer, C-7692/2008, Urt. 7.10.2010, E. 8.2.

¹²⁰ BG, 2C_908/2010, Urt. v. 07.04.2011, E. 4.2; BG, 2C_325/2010, Urt. v. 11.10.2010, E. 5.2.3; BG, 2C_932/2010, Urt. v. 24.05.2011, 4.1; BG, 2C_636/2010, Urt. 03.08.2011, E. 3.4; BG, 2C_473/2011, Urt. v. 17.10.2011, 2.2; BG, 2C_492/2011, Urt. v. 06.12.2011, E. 4.1; BG, 2C_4/2011, Urt. v. 15.12.2011, 3.4.2.

¹²¹ BG, 2C_713/2009, Urt. v. 11.06.2010, E. 4.1.2.

¹²² BG, 2C_636/2010, Urt. v. 03.08.2011, E. 3.4; siehe dazu aber unter II.1.d).

¹²³ BVGer, C-7549/2008 und C-7550/2008, Urt. v. 23.08.2010.

wenn sie von Schweizer Bürgern ausgeübt werde, weder strafrechtlich noch auf eine andere Art und Weise verfolgt bzw. bekämpft.¹²⁴

- In einem Urteil vom 17. August 2010¹²⁵ sah das Bundesgericht hingegen in der geplanten Tätigkeit, für die eine Aufenthaltserlaubnis beantragt worden war, eine besonders akut erscheinende Gefahr, dies aber nur, weil der deutsche Beschwerdeführer durch sein bisheriges, bereits mit Strafe geahndetes Geschäftsgebaren seine mangelnde Vertrauenswürdigkeit bewiesen habe. Eine Tätigkeit als Vermittler von Immobilien könne daher wieder zu kriminellen Machenschaften veranlassen.¹²⁶ Das Bundesgericht betonte in diesem Urteil erneut wegen dieser doch sehr weiten Auslegung der Gefahr, in die auch ein strafrechtlich noch nicht entschiedener Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung einbezogen worden war, dass bei der Prüfung der Legalprognose eine gewisse Zurückhaltung geboten und die Unschuldsvermutung nicht verletzt werden dürfe.¹²⁷ Diese Betonung der Unschuldsvermutung ist zu begrüßen, wenn auch weiterhin fraglich ist, wie ein Tatverdacht bei einer Gefahrenprognose berücksichtigt werden kann, ohne die Unschuldsvermutung dann eben doch zu tangieren.¹²⁸ Letztlich dürfte dies nur dann möglich sein, wenn der Tatverdacht zur Bestätigung bereits ansonsten bestehender Elemente herangezogen wird.

5. Dienstleistungsfreiheit¹²⁹

Am 7. Dezember 2010¹³⁰ wies das Bundesgericht darauf hin, dass kantonale kollektive arbeitsrechtliche Bestimmungen des Ausbaugewerbes, die zur Bekämpfung von Schwarzarbeit bei entsandten Arbeitnehmern eine Kautionspflicht für deren Arbeitgeber vorsehen, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 2 FZA sowie Art. 19 Anhang I FZA zu überprüfen seien. Eine daraus resultierende Benachteiligung der Betriebe mit Sitz in den EU/EFTA-Mitgliedstaaten im Vergleich zu ausserkantonalen, aber

¹²⁴ BVGer, C-7549/2008 und C-7550/2008, Urt. v. 23.08.2010, E. 7.3 f.

¹²⁵ BG, 2C_845/2009, Urt. v. 17.08.2010.

¹²⁶ BG, 2C_845/2009, Urt. v. 17.08.2010, E. 5.

¹²⁷ BG, 2C_845/2009, Urt. v. 17.08.2010, E. 5 mit Verweis auf BG, 2C_596/2009, Urt. v. 23.04.2010, E. 6.

¹²⁸ Dazu schon *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn. 10), 243 (266 f.).

¹²⁹ Zur Dienstleistungsfreiheit auch BG, 2C_714/2010, Urt. v. 14.12.2010 (Sanktionen gegen einen Arbeitgeber, der den Anforderungen des Entsenderechts nicht nachgekommen sei, wobei letztlich streitig war, ob tatsächlich ein Arbeitsverhältnis zu der Betroffenen vorlag oder nicht, wobei die Rechtssache in diesem Sinn an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde.

¹³⁰ BG, 2C_81/2010 und 2C_81/2010, Urt. v. 07.12.2010.

schweizerischen Arbeitgebern sei nach dem FZA „heikel“.¹³¹ Weitere aufschlussreiche Erwägungen zur vage angedeuteten Nichtvereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot liess das Bundesgericht nicht folgen, denn im Verfahren war die problematische Regelung samt des kantonalen Gesamtarbeitsvertrages ausser Kraft gesetzt worden und somit als Prozessgegenstand erledigt. Interessant wäre gewesen, ob das Bundesgericht eine Rechtfertigung der Kautionspflicht durch das Anliegen der Durchsetzung von sich aus dem Gesetz oder Gesamtarbeitsverträgen ergebenden Forderungen bejaht hätte, wie dies nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich möglich ist, selbst wenn diese Pflicht ausschliesslich von im Ausland ansässigen Unternehmern erfüllt werden muss,¹³² wobei allerdings den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist.¹³³

6. Niederlassungsbewilligung und FZA

Am 27. Mai 2011¹³⁴ äusserte sich das Bundesgericht zum Widerruf bzw. Erlöschen einer Niederlassungsbewilligung EG/EFTA. Einer deutschen Staatsangehörigen war die Niederlassungsbewilligung widerrufen worden, nachdem sie nach deutschem Recht Wohnsitz bei ihrem türkischen Mann und den beiden Söhnen in Konstanz genommen hatte. Gegen den Widerruf wandte die Beschwerdeführerin ein, dass sich ihr Lebensmittelpunkt weiterhin in St. Gallen befinde, wo sie als einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin einen Restaurantbetrieb unterhalte. Das Ausländeramt erklärte daraufhin, dass ein Hauptsitz in zwei Staaten unmöglich sei und sie seit ihrer Anmeldung in Reichenau als Grenzgängerin gelte. Das Bundesgericht bestätigte den Widerruf, wies aber daraufhin, dass der Widerruf bzw. das Erlöschen im FZA nicht geregelt seien. Somit komme das Landesrecht zur Anwendung, das in seiner Ausgestaltung aber nicht den staatsvertraglich gewährleisteten Anspruch aus dem FZA vereiteln dürfe und so das FZA nicht gänzlich vernachlässigt werde könne. Die Bestimmung für den Widerruf nach dem nationalen Ausländergesetz, Art. 63 AuG, stehe im Einklang mit dem FZA, denn aus Art. 6 Abs. 5, Art. 12 Abs. 5 und Art. 24 Abs. 6 Anhang I FZA ergebe sich, dass Aufenthaltsunterbrechungen bis zu sechs Monaten die Aufenthaltserlaubnis nicht berühren.¹³⁵ Eine Landesabwesendheit liege auch dann vor, wenn sich der

¹³¹ BG, 2C_111/2010, Urt. v. 07.12.2010, E. 2.6.

¹³² EuGH, Rs. C-29/95 (Pastoors), Slg. 1997, I-285.

¹³³ Vgl. zur Problematik *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, Freiburg 2009, 41 f.

¹³⁴ BG, 2C_831/2010, Urt. v. 27.05.2011.

¹³⁵ BG, 2C_831/2010, Urt. v. 27.05.2011, E. 2.2; s. auch BG, 2C_408/2010, Urt. 15.12.2010, E. 3, in Bezug auf das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung eines

Ausländer bloss zu Geschäfts- oder Besuchszwecken in der Schweiz jeweils kurz vor Ablauf der Sechsmonatsfrist aufhalte. Selbst wenn der Ausländer noch eine Wohnung habe, sei der Lebensmittelpunkt das ausschlaggebende Kriterium.¹³⁶ Auch der Einwand eines Steuerdomizils in der Schweiz greife nicht, da diese Steuerpflichtigkeit nicht zwingend mit dem ausländerrechtlichen Status übereinstimmen müsse. Schliesslich sei die Freizügigkeit der Beschwerdeführerin nicht beeinträchtigt, denn einer beruflichen Tätigkeit könne mit einer Grenzgängerbewilligung EG/EFTA nachgegangen werden.¹³⁷ Das Urteil ist insbesondere deshalb interessant, weil das Bundesgericht das Freizügigkeitsabkommen auch im Zusammenhang mit der im Abkommen nicht geregelten Niederlassungsbewilligung heranzieht und offenbar davon ausgeht, dass eine Niederlassungsbewilligung nur dann widerrufen werden oder erlöschen kann, wenn auch nach dem Freizügigkeitsabkommen kein Aufenthaltsrecht (mehr) besteht. Denn diesfalls würde der durch das Abkommen gewährleistete Anspruch auf Aufenthalt vereitelt werden. Nur so dürfte die Bemerkung des Gerichts, in Bezug auf das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung könne das Freizügigkeitsabkommen „nicht gänzlich vernachlässigt“ werden, zu verstehen sein, zumal das Gericht dann eben auch prüft, ob noch ein Aufenthaltsrecht nach dem Abkommen besteht bzw. ob das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung mit den Vorgaben des Abkommens für das Erlöschen eines Aufenthaltsrechts nach dem Abkommen in Einklang steht.

7. Reichweite des Beschwerderechts

Nach Art. 11 Abs. 1 FZA haben die durch das Abkommen berechtigten Personen das Recht, bei den zuständigen Behörden mittels einer Beschwerde die Verletzung des Abkommens geltend zu machen, und gemäss Art. 11 Abs. 3 FZA ist darüber hinaus der Rechtsweg vor einem nationalen Gericht zu gewährleisten; insofern ist also ein zweistufiger Beschwerdeweg vorzusehen. In einem Urteil vom 4. Oktober 2010¹³⁸ präzisierte das Bundesgericht, dass dieser Anforderung auch dann Genüge getan wird, wenn die für die Erstverfügung zuständige Behörde (das Bundesamt für Migration) zu Unrecht das Freizügigkeitsabkommen nicht angewandt hat, da die Möglichkeit, Rechtsverletzungen geltend zu machen, auch die Geltendmachung der rechtswidrigen Nichtanwendung einer anwendbaren Rechtsnorm umfasse. Zudem habe dem Beschwerdeführer die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht

italienischen Ehepaars, dass in Chiasso angemeldet war und dessen tatsächlicher Lebensmittelpunkt aber im grenznahen Italien lag.

¹³⁶ BG, 2C_831/2010, Urt. v. 27.05.2011, E. 5.1; vgl. dazu auch II.1.e).

¹³⁷ BG, 2C_831/2010, Urt. v. 27.05.2011, E. 5.4.

¹³⁸ BG, 2C_347/2010, Urt. v. 04.10.2010.

und der Weiterzug an das Bundesgericht offen gestanden, so dass den Anforderungen des Art. 11 Abs. 3 FZA hinsichtlich der zweistufigen Beschwerde Genüge getan sei.

III. Schluss

Die Rechtsprechungsübersicht zeigt, dass das Bundesgericht seinem pragmatischen Grundsatzentscheid vom 29. September 2009¹³⁹ in vieler Hinsicht folgt und – ohne dazu verpflichtet zu sein – auch nach der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommen ergangene Rechtsprechung des EuGH für die Abkommensinterpretation heranzieht, um die Abkommenszielsetzung – eine parallele Rechtslage – nicht zu gefährden. Die Zielsetzung der Sicherstellung dieser Parallelität der Rechtslage wird denn auch gerade aufgrund der in dieser Beziehung insgesamt konsequenten Rechtsprechung des Bundesgerichts, das sich umfassend an die Rechtsprechung des EuGH vor und nach der Unterzeichnung des Abkommens anlehnt, weitgehend erreicht. Damit leistet das Bundesgericht einen wesentlichen und überaus wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit. An dieser Schlussfolgerung ändert auch der Umstand nichts, dass man einzelne Aspekte bestimmter Urteile kritisieren mag.

Allerdings ist auch nicht zu verkennen, dass sich wegen des grundsätzlich statischen Charakters des Abkommens und der nur teilweisen „Anbindung“ an unionsrechtliche Konzepte immer wieder Auslegungsfragen ergeben werden, auch und gerade im Zuge der legislativen und judikativen Weiterentwicklung des Besitzstandes in der Union. Dies dürfte letztlich der Anlage des Abkommens selbst bis zu einem gewissen Grad inhärent sein, und es sind Zweifel angebracht, ob „institutionelle Reformen“ dergestalt möglich sind, dass eine vollumfängliche Parallelität tatsächlich sichergestellt werden kann. Jedenfalls illustriert gerade das Freizügigkeitsabkommen die vielfältigen Aspekte der Europäisierung der Schweizer Rechtsordnung, die in dieser Form und in diesem Ausmass bei der Unterzeichnung und bei Inkrafttreten des Abkommens vor 10 Jahren wohl nicht überall und vollumfänglich vorausgesehen wurden. Diese Europäisierung wird zweifellos weitergehen, und die Frage nach der genauen Gestaltung der Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union wird vor diesem Hintergrund aktuell bleiben und sich in gewisser Weise immer wieder neu stellen.

¹³⁹ BGE 136 II 5.