

Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des FZA bei Doppelbürgerschaften

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_284/2016 vom 17. Januar 2017

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des FZA bei Doppelbürgerschaften. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_284/2016 vom 20. Januar 2017, 4 S., Digitaler Rechtsprechungskommentar (dRSK) vom 10. Mai 2017. Es ist möglich, dass die in der dRSK publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Das Bundesgericht hatte sich zur Frage zu äussern, unter welchen Voraussetzungen die im Freizügigkeitsabkommen garantierten Rechte auf Familiennachzug zum Zuge kommen, wenn die nachziehende Person Doppelbürgerin ist. In seinem Urteil übernimmt es letztlich eine neuere Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage und betont einerseits, bei Doppelbürgerschaften kämen die Regeln über den Familiennachzug nur im Falle des vorherigen Gebrauchs der Freizügigkeitsrechte in Betracht; andererseits müssten die Familienbände bereits im vorherigen Aufnahmestaat begründet worden sein.

Sachverhalt

(1) In dem französischsprachigen Urteil stand in Frage, ob sich eine schweizerisch-französische Doppelbürgerin auf das Freizügigkeitsabkommen berufen bzw. ob ihre drittstaatsangehörige Schwiegermutter (eine ecuadorianische Staatsangehörige) ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA geltend machen kann. Nach dieser Bestimmung haben (gewisse) Familienangehörige einer Person, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat bzw. sich in einem anderen Staat als demjenigen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, niedergelassen hat, ebenfalls (teilweise unter bestimmten Voraussetzungen) ein Aufenthaltsrecht.

(2) Die nachziehende Person *in casu* – nach dem Gesagten die Schwiegertochter der Beschwerdeführerin und französisch-schweizerische Doppelbürgerin – wurde in Frankreich geboren und hatte sich sodann in der Schweiz niedergelassen, wo sie heiratete. Da die Beschwerdeführerin grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA fällt bzw. fallen kann (als Verwandte aufsteigender Linie, der Unterhalt gewährt wird, vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA), war vorliegend entscheidend, ob der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens eröffnet war, was *in casu* vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements abhängig war.

Das Urteil des Bundesgerichts

(3) Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht die Einschlägigkeit des Abkommens, wobei es sich massgeblich auf die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Problematik stützte, die auch ausführlich zitiert wird.

(4) Ausgangspunkt der Erwägungen ist die Feststellung, dass das Freizügigkeitsabkommen in Bezug auf den Familiennachzug von Verwandten in aufsteigender Linie vorteilhafter ist als das AuG, aus dem die Beschwerdeführerin vorliegend kein Recht ableiten könne, dies im Gegensatz zum Freizügigkeitsabkommen, welches im Falle seiner Anwendbarkeit ein Recht der Beschwerdeführerin auf Aufenthalt begründen könne (E. 3.2).

(5) *In casu* sei somit entscheidend, ob das Freizügigkeitsabkommen anwendbar sei (E. 3.3). Daran anschliessend weist das Bundesgericht auf seine eigene Rechtsprechung hin: Zunächst habe es die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens bei Doppelbürgerinnen und Doppelbürgern im Zusammenhang mit dem Familiennachzug offen gelassen, um sodann seine Einschlägigkeit zu bejahen, ohne dass im Einzelnen geprüft worden sei, ob vom Freizügigkeitsrecht tatsächlich Gebrauch gemacht worden war und wann die Familienbande gegründet worden waren (3.4).

(6) Auf der Grundlage eines Hinweises auf die bereits in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts etablierten Grundsätze der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens (wonach grundsätzlich von einer Parallelität der Auslegung des Abkommens im Verhältnis zum Unionsrecht auszugehen sei und auch neuere Urteile des EuGH „übernommen“ würden, soweit nicht triftige Gründe hiergegen sprechen, vgl. E. 3.6) nimmt das Bundesgericht auf zwei Urteile des EuGH Bezug (E. 3.5, 3.7 und 3.8):

- In der Rs. C-434/09 (EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), ECLI:EU:C:2011:277) vereinte der EuGH die Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen zum Familiennachzug in Bezug auf eine in Grossbritannien wohnhafte britisch-irische Doppelbürgerin, die noch nie ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hatte. Die RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) finde nach ihrem Art. 3 nur auf Unionsbürger Anwendung, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben haben oder sich dort aufhalten, um dort von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Der blosse Umstand, dass ein Unionsbürger auch noch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besitze, habe insofern keinen Einfluss, denn dies bedeute nicht, dass er sich in einen anderen Staat begeben und dort aufgehalten habe. Aber auch ein primärrechtlicher Anspruch unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft bzw. dem Unionsbürgern zustehenden Recht auf

Freizügigkeit verneinte der EuGH. Denn die Betroffene sei durch die Entscheidung der britischen Behörden, ihre irische Staatsangehörigkeit bei der Zuerkennung ihres Aufenthaltsrechts im Vereinigten Königreich ausser Acht zu lassen, weder in der Ausübung ihres Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Art. 21 AEUV), noch in einem anderen durch die Unionsbürgerschaft begründeten Recht berührt. Der bloße Umstand, dass sie neben der Staatsangehörigkeit ihres Wohnsitzstaates noch die Staatsangehörigkeit eines weiteren Mitgliedstaates besitze, reiche nicht aus, um ihre Situation als von Art. 21 AEUV erfasst anzusehen.

- In der Rs. C-456/12 (EuGH, Rs. C-456/12 (O und B), ECLI:EU:C:2014:135) führte der Gerichtshof aus, einem Unionsbürger, der sein Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 Abs. 1 AEUV ausgeübt hat und in einem anderen Mitgliedstaat mit einem Drittstaatsangehörigen ein Familienleben begründet hat, stehe für den Fall, dass er in „seinen“ Mitgliedstaat zurückkehren möchte, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu, dies auf der Grundlage des Art. 21 AEUV sowie in entsprechender Anwendung des Art. 7 Abs. 1, 2 RL 2004/38. Denn die effektive Wirksamkeit des Art. 21 Abs. 1 AEUV impliziere, dass das Familienleben, das der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat geführt hat, bei seiner Rückkehr in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, fortgesetzt werden könne; ansonsten könne er davon abgehalten werden, sein Recht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV auszuüben. Der Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmestaat müsse aber auf eine „gewisse Dauer angelegt“ gewesen sein; weiter müsse sich das Familienleben bereits im Aufenthaltsstaat entwickelt und / oder gefestigt haben und es dürfe kein Rechtsmissbrauch vorliegen.

(7) Die vorliegende Konstellation unterscheide sich von derjenigen in der Rs. C-434/09, da die Schwiegertochter der Beschwerdeführerin von Frankreich in die Schweiz gezogen sei, so dass insofern nicht von einem rein internen Sachverhalt wie in der Rs. C-434/09 ausgegangen werden könne. Da die Heirat mit dem Sohn der Beschwerdeführerin jedoch nach dem Umzug in diese Schweiz erfolgte, sei die konkret relevante Familienbande nicht im vorherigen Aufenthaltsstaat (*in casu* Frankreich) entstanden, womit der in der Rs. C-456/12 entwickelte Grundsatz herangezogen werden könne, so dass vom Vorliegen eines rein internen Sachverhalts und damit der Verneinung des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens auszugehen sei. Damit könne sich die Beschwerdeführerin nicht auf die im Freizügigkeitsabkommen gewährleisteten Familiennachzugsrechte berufen (E. 3.10).

Kommentar

(8) Das Urteil ist zunächst als Fortführung der vom Bundesgericht bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu sehen. Insofern bestätigt es den (überzeugenden) Ansatz, dass im Falle des Rückgriffs des Abkommens auf unionsrechtliche Konzepte die Rechtslage in der Union in der Auslegung des EuGH massgeblich und auf das Abkommen zu übertragen ist, dies unter Einschluss neuer Rechtsprechung des Gerichtshofs. Somit kann auch in Zukunft davon ausgegangen werden, dass die neuere Rechtsprechung des EuGH für Auslegung und Tragweite des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, so dass es sich lohnt, diese Rechtsprechung aufmerksam zu verfolgen.

(9) Konkret klärt das Bundesgericht die Relevanz der erwähnten beiden (neueren) Urteile des EuGH, eine Frage, die in der bisherigen Rechtsprechung nicht nur noch nicht entschieden worden war: Vielmehr impliziert das Urteil eine zumindest teilweise Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, in der das Gericht davon ausgegangen war, allein die Doppelbürgerschaft einer Person (Schweizerin und EU-Bürgerin) führe zur Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens, so dass auch die Rechte auf Familiennachzug geltend gemacht werden können.

(10) Verallgemeinert man die Aussagen des Bundesgerichts so lässt sich in Bezug auf die Einschlägigkeit des Freizügigkeitsabkommens im Falle einer Doppelbürgerschaft (Schweiz und EU-Mitgliedstaat) Folgendes festhalten:

- Das Freizügigkeitsabkommen ist von vornherein nur dann anwendbar, wenn die betreffende Person von ihrem Freizügigkeitsrecht grenzüberschreitend Gebrauch gemacht hat.
- Auch wenn das Bundesgericht dies nicht ausdrücklich anspricht, legen es die Erwägungen nahe (wird doch eine das Vorliegen einer rein internen Situation verneint), dass eine solche grenzüberschreitende Ausübung des Freizügigkeitsrechts auch dann zu bejahen ist, wenn die betreffende Person von dem einen Heimatstaat in den anderen Heimatstaat gezogen ist.
- Soweit es um die Rechte auf Familiennachzug geht, ist zusätzlich gefordert, dass die Familienbande im (vorherigen) Aufenthaltsstaat begründet und gelebt worden sind, so dass ein fehlender Familiennachzug die Effektivität der Freizügigkeit der nachziehenden Person beeinträchtigen könnte. Insofern kommt den Rechten auf Familiennachzug also ein akzessorischer Charakter zu.

(11) Auch aufgrund der in dieser Hinsicht nicht ganz klaren Rechtsprechung des EuGH (sowohl auf der Grundlage der erwähnten Urteilen als auch in Berücksichtigung einer Reihe weiterer Urteile) bleiben jedoch noch einige Fragen offen: So sind insbesondere die Umstände bzw. die

genauen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen davon ausgegangen werden kann, dass Familienbände in einem vorherigen Aufnahmestaat begründet worden waren, unklar; Gleiches gilt für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Aufenthalt im vorherigen Aufnahmestaat von Dauer war und wann genau ein Rechtsmissbrauch vorliegen kann. Insofern dürften weitere Rechtsstreitigkeiten vorprogrammiert sein.

(12) Weiter führt der vom Bundesgericht übernommene Ansatz des EuGH auch zu gewissen Inkonsistenzen: Im Falle einer Person nämlich, die nicht Doppelbürgerin ist, ist wohl davon auszugehen (so jedenfalls auch die Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), ECLI:EU:C:2003:539; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), ECLI:EU:C:2004:639), dass allein die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats ausreicht, um einen grenzüberschreitenden Bezug und damit die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens und seiner Familiennachzugsregeln zu begründen, dies unabhängig von der Frage, ob von den Freizügigkeitsrechten vorgängig Gebrauch gemacht wurde und wann und wo die Familienbände begründet wurden. Wirkliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Konstellationen sind nicht ersichtlich.

(13) Die praktischen Auswirkungen dieser im Ergebnis wenig überzeugenden Differenzierung können am Beispiel der „Rückkehrkonstellationen“, wie sie dem angezeigten Urteil zugrunde lag, illustriert werden: Kehrt ein Schweizer oder eine Schweizerin, der oder die auch Bürger oder Bürgerin eines EU-Mitgliedstaats ist, nach einem Auslandsaufenthalt in die Schweiz zurück, so kann die Familie auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens nur unter der Voraussetzung nachgezogen werden, dass sie vorher im Aufenthaltsstaat begründet und gelebt wurde. Geht es hingegen um eine Person, die nur EU-Bürgerin ist und die in die Schweiz zieht, so kommt es für den Familiennachzug nicht darauf an, wann und wo die Familienbände begründet und gelebt wurden, sondern die Familienangehörigen können „unbeschränkt“ nachgezogen werden, soweit die Voraussetzungen des Art. 3 Anhang I FZA vorliegen (vgl. EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), ECLI:EU:C:2008:449, ein Urteil, das das Bundesgericht nachvollzogen hat, vgl. BGE 136 II 5). Insoweit stellt die Rechtsprechung also nicht auf die Akzessorietät des Familiennachzugs im Verhältnis zur effektiven Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts ab.

(14) Schliesslich ist zu erwähnen, dass der Ansatz der Rechtsprechung wohl auch impliziert, dass im Falle einer Einbürgerung eines Unionsbürgers oder einer Unionsbürgerin in der Schweiz die Betroffenen unter Umständen die Möglichkeit verlieren, gewisse Familienangehörige nachzuziehen, da mit der Einbürgerung die erörterten (zusätzlichen) Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Familiennachzugs vorliegen müssen.

