

Doppelbürgerschaft, Familiennachzug und grenzüberschreitender Bezug: zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des FZA

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

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Doppelbürgerschaft und Familiennachzug: zum Anwendungsbereich des FZA. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_284/2016 vom 17. Januar 2017, AJP 2017, 752-764. Es ist möglich, dass die in der AJP publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

In einem neueren Urteil (BGer, 2C_284/2016 vom 17.1.2017) hatte sich das Bundesgericht zur Frage zu äussern, unter welchen Voraussetzungen die im Freizügigkeitsabkommen garantierten Rechte auf Familiennachzug zum Zuge kommen, wenn die nachziehende Person Doppelbürgerin ist. Das Bundesgericht übernimmt letztlich eine neuere Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage. Der nachfolgende Beitrag stellt das Urteil in den Zusammenhang der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts, fragt nach seinen Implikationen und weist auf die noch offenen Fragen hin.

I. Einleitung

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine der Voraussetzungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs sowohl des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 Abs. 1 AEUV) als auch der Grundfreiheiten (unter Einschluss des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger nach Art. 21 AEUV) das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs.¹ Allerdings stellt der Gerichtshof an das Bestehen eines solchen Bezugs mitunter eher geringe Anforderungen: So erachtete er insbesondere² in einigen Urteilen allein den Umstand, dass eine Person (auch) die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats besass, für die Begründung eines grenzüberschreitenden Bezugs ausreichend, ohne dass es offenbar darauf ankam, ob diese sich auch auf die ihr durch das Unionsrecht

¹ Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-298/14 (Brouillard), ECLI:EU:C:2015:652; EuGH, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), ECLI:EU:C:2015:386; EuGH, verb. Rs. C-458/14, C-67/15 (Promoimpresa et al.), ECLI:EU:C:2016:558.

² Vgl. ansonsten z.B. EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), ECLI:EU:C:2002:434; EuGH, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), ECLI:EU:C:2015:386 (jeweils im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit). Vgl. in diesem Zusammenhang die instruktive Analyse von *Andreas Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008, 107 ff. S. ansonsten zur Thematik, m.w.N., *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 12. Auf., 2016, § 10, Rn. 11.

ingeräumten Freizügigkeitsrechte berufen bzw. diese Rechte grenzüberschreitend wahrgenommen hatte.³ In der jüngeren Rechtsprechung jedoch dürfte eine Tendenz festzustellen sein, das Bestehen eines grenzüberschreitenden Bezugs jedenfalls in einigen Konstellationen nur unter der Voraussetzung zu bejahen, dass zuvor vom Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht wurde, dies jedoch (zumindest teilweise) unter Bezugnahme auf die RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie)⁴, die nach ihrem Wortlaut nur auf Unionsbürger und Unionsbürgerinnen Anwendung findet, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben haben oder sich dort aufhalten und damit von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben.⁵

Deutlich wird damit auch, dass die Frage nach den genauen Voraussetzungen des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Bezugs und damit nach der Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen in diesem Zusammenhang bei Doppelbürgern und Doppelbürgerinnen besonders häufig relevant sein wird. Denn hier kommt regelmässig das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs schon allein aufgrund der Doppelstaatsbürgerschaft in Betracht, so dass die Frage, welche zusätzlichen Voraussetzungen (nunmehr) hier noch verlangt werden, besondere Bedeutung zukommt. Im Übrigen ist die Bejahung eines grenzüberschreitenden Bezugs und damit die Anwendbarkeit der Freizügigkeitsrechte nicht nur für die Unionsbürger und Unionsbürgerinnen selbst, sondern auch ihre Familienangehörigen relevant, können diese doch ihre abgeleiteten Aufenthaltsrechte nur unter der Voraussetzung geltend machen, dass der Unionsbürger oder die Unionsbürgerin selbst sich auf die einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen berufen kann.

Vor dem Hintergrund, dass das Freizügigkeitsabkommen (FZA)⁶ in dieser Beziehung an die Rechtslage in der Union anknüpft, ist davon auszugehen, dass auch dieses nur unter der Voraussetzung des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Bezugs zur Anwendung kommt.⁷ Weiter ist ausgehend von Art. 16 Abs. 2 FZA⁸ und den für die Auslegung des Abkommens zum

³ 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. S. auch noch unten II.

⁴ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77.

⁵ S. z.B. EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), ECLI:EU:C:2011:277. S. zur Rechtsprechung auch noch unten II.

⁶ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681); ABl. 2002 L 114, 6. Da die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft getreten ist (Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV), ist sie seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages am 1. Dezember 2009 statt der EG Vertragspartei des FZA.

⁷ So denn auch die ganz herrschende Meinung sowie die Rechtsprechung, vgl. nur, m.w.N., *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Volume III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), art. 2 ALCP, Rn. 9 ff.; s. auch *Véronique Boillet*, La détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice: les implications des arrêts Zambrano et McCarthy, AJP 2012, 49 ff.

⁸ Wonach in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen ist.

Zuge kommenden Grundsätzen – wonach in dem Mass, in dem das Abkommen auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreift, von einem Grundsatz der parallelen Auslegung des Abkommens im Verhältnis zum Unionsrecht, unter Einbezug der (auch neueren) Rechtsprechung auszugehen ist⁹ – auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs (unter Einschluss der nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile) zu dieser Frage zu berücksichtigen, wie auch das Bundesgericht betont.¹⁰

Das hier angezeigte Urteil ist in diesem Kontext zu sehen: In Frage stand, ob sich eine schweizerisch-französische Doppelbürgerin auf das Freizügigkeitsabkommen berufen bzw. ob ihre drittstaatsangehörige Schwiegermutter ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Anhang I FZA geltend machen kann. Das Bundesgericht stützt die Verneinung der Einschlägigkeit des Abkommens massgeblich auf die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Problematik, die auch ausführlich zitiert wird.

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden zunächst die wichtigsten Urteile des EuGH im Zusammenhang mit der aufgeworfenen Frage und damit auch die Entwicklung der Rechtsprechung nachgezeichnet werden (II.), bevor auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts in diesem Zusammenhang hinzuweisen ist (III.) und die wesentlichen Elemente des hier angezeigten Urteils zusammengefasst werden (IV.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Bewertung und einem Fazit auf der Grundlage der vorher erörterten Rechtsprechung (V.).

II. Zum Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs, insbesondere bei Doppelbürgern und Doppelbürgerinnen, und zur Anwendbarkeit der EU-Regeln über den Familiennachzug: die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH

Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu der vorliegend interessierenden Frage (wobei auch darauf hinzuweisen ist, dass der Gerichtshof mitunter auch auf eine eigentliche Prüfung eines

⁹ Vgl. mit ausführlicher Begründung schon *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, insbes. 169 ff.; ebenso die wohl ganz herrschende Lehre, vgl. etwa *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; *Thomas Cottier*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 ff.

¹⁰ Grundlegend BGE 136 II 5; jüngst BGE 142 II 35 sowie E. 3.6 des angezeigten Urteils, m.w.N. Auch die Rechtsprechung des EuGH geht mittlerweile von einem Grundsatz der parallelen Auslegung des Abkommens im Verhältnis zum Unionsrecht aus, dies soweit das Abkommen unionsrechtliche Begriffe übernimmt, vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (*Graf/Engel*) ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-241/14 (*Bokovansky*), ECLI:EU:C:2015:766; EuGH, Rs. C-656/11 (*Vereinigtes Königreich/Rat*), ECLI:EU:C:2014:97.

grenzüberschreitenden Bezugs verzichtet)¹¹ betrifft drei grosse Bereiche: namensrechtliche Regelungen (1.), Bestehen eines Aufenthaltsrechts (2.) und Familiennachzug (3.), wobei sich gerade die beiden letzteren Themenbereiche teilweise überschneiden. Die hier m.E. besonders wichtigen bzw. aussagekräftigen Urteile sollen nachfolgend jeweils kurz skizziert und ggf. bewertet werden, bevor ein kurzes Zwischenfazit gezogen wird (4.), in dem insbesondere der Versuch unternommen wird, die sich aus der Rechtsprechung ableitbaren Grundsätze zu verallgemeinern bzw. in generell-abstrakter Form zu formulieren.

1. Namensrechtliche Regelungen

In diversen Urteilen hatte sich der EuGH zu namensrechtlichen Regelungen zu äussern.¹² Die Konstellationen unterschieden sich durchaus; jedoch lässt sich zumindest aus einigen Urteilen der Schluss ziehen, dass der Gerichtshof es für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs ausreichend erachtet, wenn eine Person (auch) die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besitzt.

So hielt der Gerichtshof in der Rs. C-148/02¹³ fest, der Anwendungsbereich des Unionsrechts und insbesondere des Art. 18 AEUV (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) sei in einer Konstellation eröffnet, in der es um eine namensrechtliche Regelung geht, die auch auf im Inland geborene Doppelbürger (die Staatsangehörige sowohl des Aufenthaltsstaates als auch eines anderen EU-Mitgliedstaats sind) anwendbar ist. Der Gerichtshof geht damit davon aus, dass allein die Doppelstaatsangehörigkeit bzw. der Umstand, dass die Kinder neben der Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats auch noch diejenige eines anderen Mitgliedstaats besitzen, genügt, um einen grenzüberschreitenden Bezug und damit die Anwendbarkeit des Unionsrechts zu bejahen. Weder war es notwendig, dass sie nicht die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats besaßen, noch, dass sie effektiv von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten.¹⁴

In anderen Fällen dürfte der Hintergrund der Bejahung des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Bezugs jeweils auch darin sehen sein, dass mit solchen Regelungen potentiell auch eine Beschränkung der Freizügigkeit einhergeht bzw. zumindest einhergehen könnte; zumindest hob der Gerichtshof diesen Aspekt jeweils stärker hervor.

¹¹ So z.B. in EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296.

¹² Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), ECLI:EU:C:2003:539; EuGH, Rs. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559 (Grunkin und Paul); EuGH, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), ECLI:EU:C:2010:806; EuGH, Rs. C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff), ECLI:EU:C:2016:401.

¹³ EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), ECLI:EU:C:2003:539.

¹⁴ Vgl. zu diesem Urteil *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: *Epiney/Theuerkauf/Rivière* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2003, 2004, 85 (88 ff.).

So hielt der Gerichtshof in der Rs. C-438/14¹⁵ fest, die Weigerung der Behörden, einen in einem anderen Mitgliedstaat von einem Angehörigen dieses Mitgliedstaats erworbenen Namen anzuerkennen, könne eine Beschränkung der Freizügigkeit der Unionsbürger darstellen, da der Namensträger Gefahr laufe, Zweifel an der Identität seiner Person ausräumen zu müssen. Diese Gefahr sah der Gerichtshof im konkreten Fall als gegeben an, insbesondere auch angesichts der Doppelstaatsangehörigkeit des Betroffenen (der somit in den jeweiligen Identitätsdokumenten mit unterschiedlichen Namen aufgeführt werde); darüber hinaus bestünden möglicherweise auch noch Schwierigkeiten, die verwandtschaftliche Beziehung zur minderjährigen Tochter zu belegen.¹⁶

2. Aufenthaltsrecht

a) Rs. C-200/02, Zhu und Chen, und Rs. C-86/12, Alopka

In der Rs. C-200/02¹⁷ bejahte der EuGH die Anwendbarkeit des Unionsrechts im Zusammenhang mit der Frage nach dem Aufenthaltsrecht eines Kleinkindes irischer Staatsangehörigkeit (das diese Staatsangehörigkeit allein aufgrund der Geburt in Nordirland auf der Grundlage des irischen Rechts erworben hatte) und seiner drittstaatsangehörigen Mutter in Nordirland. Da sich das die Unionsbürgerschaft besitzende Kind nie grenzüberschreitend in der Union bewegt hatte, genügte offenbar hier die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats zur Bejahung des Bestehens eines Aufenthaltsrechts. Zu beachten ist hier allerdings, dass keine Doppelbürgerschaft vorlag; der Gerichtshof hätte wohl anders entschieden, wenn das Kind neben der irischen auch die britische Staatsangehörigkeit besessen hätte.

Auch in der Rs. C-86/12¹⁸ ging es um die Frage eines Aufenthaltsrechts einer Drittstaatsangehörigen als Familienangehörige von Unionsbürgern auf der Grundlage der Art. 20, 21 AEUV (Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger). Die drittstaatsangehörige Mutter von Zwillingen im Kleinkindalter, die französische Staatsangehörige sind, beantragte in

¹⁵ EuGH, Rs. C-438/14 (Bogendorff von Wolffersdorff), ECLI:EU:C:2016:401.

¹⁶ In der konkreten Konstellation stand die Anerkennung einer Adelsbezeichnung zur Debatte. Diese könne zwar grundsätzlich aus Gründen der öffentlichen Ordnung verweigert werden; in Bezug auf die in Frage stehende (deutsche) Regelung äusserte der EuGH jedoch Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, dies im Gegensatz zu seinem Urteil in EuGH, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), ECLI:EU:C:2010:806, das das Verbot von Adelsbezeichnungen in Österreich bzw. die Anerkennung solcher Bezeichnungen betraf. Vgl. insoweit zu diesen beiden Urteilen *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2010 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2010/2011, 2011, 75 (82 ff.); *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2016 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2016/2017 (im Erscheinen).

¹⁷ EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), ECLI:EU:C:2004:639.

¹⁸ EuGH, Rs. C-86/12 (Alopka), ECLI:EU:C:2013:645.

verschiedenen Verfahren ein Aufenthaltsrecht in Luxemburg, wo die Zwillinge geboren und aufgrund ihrer Frühgeburt (medizinisch) betreut worden waren. Auch hier hält der Gerichtshof zunächst fest, dass den Kindern ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage der RL 2004/38 zukomme, sofern sie die hierfür notwendigen Voraussetzungen (insbesondere ausreichende finanzielle Mittel) erfüllen. Da sie dieses Recht aber nicht alleine ausüben könnten, stehe der für sie sorgenden Mutter ebenfalls ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht zu.

Im Ergebnis bejahte der Gerichtshof unter direkter Bezugnahme auf die Unionsbürgerschaft die Frage nach dem Aufenthaltsrecht sowohl von Kindern als auch ihren Müttern (in Bezug auf letztere ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, da sonst dem Aufenthaltsrecht der Kinder die effektive Wirksamkeit entzogen würde), dies allerdings unter der Voraussetzung des Bestehens einer Krankenversicherung der Kinder sowie der Sicherung des Unterhalts, damit eine Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates durch den Minderjährigen verhindert werde. So besteht das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger unabhängig von dem grenzüberschreitenden Gebrauch der Freizügigkeitsrechte. Damit hebt der Gerichtshof das sich aus der Unionsbürgerschaft ergebende Freizügigkeitsrecht von den Grundfreiheiten merklich ab und anerkennt den grundrechtlichen Charakter des Art. 21 AEUV.

b) Zu den Implikationen des Kernbestands der Unionsbürgerrechte

In der Rs. C-34/09¹⁹ entwickelte der Gerichtshof erstmals den Grundsatz, dass aus dem Genuss des Kernbestands der Rechte, die durch die Unionsbürgerschaft verliehen werden, folge, dass ein Aufenthalt im Unionsgebiet nicht verunmöglicht werden dürfe, so dass ggf. auch drittstaatsangehörigen Eltern eines minderjährigen Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht zu gewähren sei.

Diese Rechtsprechung bestätigte der EuGH u.a.²⁰ in zwei jüngeren Urteilen (Rs. C-165/14²¹ und Rs. C-304/14²²) und wandte sie im Grundsatz auch auf die Konstellation an, in welcher ein drittstaatsangehöriger Elternteil vorbestraft war und seine Ausweisung zwangsläufig dazu führte, dass Kinder, die Unionsbürger sind, das Unionsgebiet verlassen müssten.²³ Allerdings präzisierte der Gerichtshof auch, dass das Unionsrecht nur (aber immerhin) in einer solchen Konstellation einer Ausweisung allein wegen Vorstrafen entgegenstehe; hingegen dürfe eine

¹⁹ EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), ECLI:EU:C:2011:124.

²⁰ S. darüber hinaus z.B. EuGH, Rs. C-87/12 (Ymeraga), ECLI:EU:C:2013:291; EuGH, Rs. C-86/12 (Alopka), ECLI:EU:C:2013:645.

²¹ EuGH, Rs. C-165/14 (Marin), ECLI:EU:C:2016:675.

²² EuGH, Rs. C-304/14 (CS), ECLI:EU:C:2016:674.

²³ In einem Verfahren klagte ein allein sorgeberechtigter Vater eines Jungen spanischer Staatsangehörigkeit und eines Mädchens polnischer Staatsangehörigkeit (Rs. C-165/14). Die beiden minderjährigen Kinder haben sich stets in Spanien aufgehalten, wobei der EuGH in Bezug auf das polnische Mädchen auf die RL 2004/38 und die Rechtsprechung in EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), ECLI:EU:C:2004:639, zurückgriff. Im anderen Verfahren geht es um eine allein sorgeberechtigte Mutter eines Kindes britischer Staatsangehörigkeit, das mit ihr im Vereinigten Königreich lebt (Rs. C-304/14).

Ausweisung ausnahmsweise dann erfolgen, wenn das Verhalten des Drittstaatsangehörigen eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats berührt, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren sei.²⁴

In derartigen Konstellationen geht der Gerichtshof somit davon aus, dass kein grenzüberschreitender Bezug notwendig ist; ebensowenig muss der aufenthaltsberechtigte Unionsbürger (jeweils das minderjährige Kind) von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben.

Allerdings dürfte diese Rechtsprechung – im Gegensatz zur Rs. C-200/02 – nicht auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar sein, hat dieses doch das Konzept der Unionsbürgerschaft nicht übernommen. Soweit es also um minderjährige Schweizer und ihre drittstaatangehörigen Eltern geht, liessen sich in einer parallelen Konstellation wie in den erwähnten Urteilen keine Rechte aus dem Freizügigkeitsabkommen ableiten.²⁵

3. Geltendmachung des Familiennachzugs

a) Rs. C-434/09, Mc Carthy

In der Rs. C-434/09²⁶ stand die Frage zur Debatte, ob sich eine in Grossbritannien wohnhafte britisch-irische Doppelbürgerin, die noch nie ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hatte, auf die Unionsbürgerschaft berufen kann, um den Aufenthalt ihres aus einem Drittstaat stammenden Ehegatten zu legalisieren.

Der EuGH verneinte zunächst die Anwendbarkeit der RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) und damit auch abgeleitete Rechte des Ehegatten: Denn diese 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

²⁴ Letztlich dürfte der Gerichtshof hier auf parallele Kriterien wie in Bezug auf die Zulässigkeit der Ausweisung von (an sich aufenthaltsberechtigten) Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten zurückgreifen, wobei im Rahmen der Abwägung auch und gerade das Interesse des Kindes am Aufenthalt im Unionsgebiet (und damit an der Möglichkeit der Wahrnehmung eines Kernbestands seines Rechts als Unionsbürger) sowie das Kindeswohl zu berücksichtigen sind, so dass sich die Interessenlage (im Vergleich zur Situation von Unionsbürgern im Verhältnis zum Aufnahmemitgliedstaat) möglicherweise eher zugunsten eines Aufenthaltsrechts präsentieren kann; hierfür spricht auch, dass der Gerichtshof ausdrücklich darauf hinweist, eine Ausweisung sei nur bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände zulässig.

²⁵ S. insoweit *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2015 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2011/2012, 2012, 51 (58 ff.); *Epiney/Mosters*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017 (Fn. 16).

²⁶ EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), ECLI:EU:C:2011:277. Siehe hierzu *Robert Mosters*, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Rs. C-434/09, Shirley McCarthy / Secretary of State for the Home Department, Urteil vom 5. Mai 2011, ASYL 2011, 33 f.

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. Insbesondere sei sie nicht verpflichtet, das Territorium der EU zu verlassen. 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.²⁷

b) Rs. C-256/11, Dereci

In der Rs. C-256/11²⁸ knüpfte der EuGH an die Rs. C-434/09 an und verneinte die Anwendbarkeit der RL 2004/38 und des Art. 21 AEUV in Bezug auf drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern, die nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatten und immer in ihrem Heimatstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie (allein) besitzen, wohnhaft waren, liege doch kein grenzüberschreitender Bezug vor.²⁹

c) Rs. C-291/05, Eind

In der Rs. C-291/05³⁰ ging es um einen Wanderarbeitnehmer, der sein Ursprungsland zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem anderen EU-Mitgliedstaat verlassen hatte, dort ein

²⁷ Auch liege kein Eingriff in den Kernbestand der Rechte aus der Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) vor, da die Massnahme nicht zur Folge habe, dass die Unionsbürgerin die Unionsbürgerschaft als solche und damit alle Unionsbürgerrechte verliert (so die Konstellation in EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), ECLI:EU:C:2010:104), oder verpflichtet wäre, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen (so die Situation in EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), ECLI:EU:C:2011:124).

²⁸ EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), ECLI:EU:C:2011:734.

²⁹ Insbesondere verneinte der Gerichtshof einen Eingriff in den Kernbestand der Unionsbürgerrechte: Dieser sei nur dann betroffen wenn sich der Unionsbürger *de facto* gezwungen sehe, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, zu verlassen, sondern das Unionsgebiet als Ganzes. Hingegen rechtfertige die bloße Tatsache, dass es für einen Staatsbürger eines Mitgliedstaats aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass sich drittstaatsangehörige Familienangehörige mit ihm zusammen im Unionsgebiet aufhalten können, nicht *per se* die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen, wenn dem Familienangehörigen kein Aufenthaltsrecht gewährt würde.

³⁰ EuGH, Rs. C-291/05 (Eind), ECLI:EU:C:2007:771.

drittstaatsangehöriges Kind vom Ursprungsstaat hatte nachziehen lassen, dann aber wieder in sein Heimatland zurückkehren wollte, ohne aber einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Aufgeworfen wurde in dem Vorabentscheidungsersuchen die Frage, ob der minderjährigen Tochter ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 zukommt.

Der Gerichtshof präziserte zunächst, dass das Recht auf Familienzusammenführung aus Art. 10 VO 1612/68 kein originäres Freizügigkeitsrecht darstelle, sondern dem Wanderarbeitnehmer diene.³¹ Allerdings könne einem Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt in seinem Heimatstaat weder versagt noch Bedingungen unterworfen werden, wenn er nach einer Beschäftigung als Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat dorthin zurückkehren möchte. Denn dieses Rückkehrrecht sei im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit des Rechts auf Freizügigkeit notwendig, könne doch die fehlende Sicherheit über ein solches Rückkehrrecht den Arbeitnehmer davon abhalten, in einem anderen Mitgliedstaat eine Stelle anzunehmen. Diese abschreckende Wirkung könne weiter auch durch die bloße Aussicht für den Arbeitnehmer hervorgerufen werden, dass nach seiner Rückkehr in den Herkunftsmitgliedstaat ein Zusammenleben mit nahen Angehörigen, das etwa durch Heirat oder Familienzusammenführung im Aufnahmemitgliedstaat aufgenommen worden ist, nicht fortgesetzt werden könnte. Daher verfüge auch ein Familienangehöriger unter den Umständen des Ausgangsfalls das Recht, bei dem ehemaligen Wanderarbeitnehmer im Herkunftsmitgliedstaat Wohnung zu nehmen, auch wenn dieser nicht wirtschaftlich tätig ist. Für ein solches Aufnahmerecht seien die in Art. 10 Abs. 1 lit. a VO 1612/68 genannten Bedingungen „entsprechend“ anzuwenden.

Damit leitet der EuGH direkt aus Art. 45 AEUV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowohl ein „Rückkehrrecht“ ehemaliger Wanderarbeitnehmer als auch ein Familiennachzugsrecht ab, die letztlich keinen Bedingungen unterworfen werden dürfen, so dass das Urteil impliziert, dass all diejenigen Familienangehörigen, mit denen der betreffende (ehemalige) Wanderarbeitnehmer im Aufnahmestaat gelebt hat, auch ein entsprechendes voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht im Herkunftsstaat genießen. Immerhin wird man aus dem Urteil auch ableiten können, dass diese Nachzugsrechte – abgeleitet letztlich aus der Effektivität des Art. 45 AEUV – nicht weiter gehen können als diejenigen für Arbeitnehmer auf der Grundlage der VO 1612/68 bzw. (heute) der RL 2004/38.

d) Rs. C-456/12, O und B

³¹ Diese Akzessorietät auch betonend EuGH, Rs. C-218/14 (Singh), ECLI:EU:C:2015:476, wo es um das Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern im Aufnahmestaat nach der Auflösung der Familienbande durch Scheidung und nach dem Wegzug der Unionsbürger aus dem betreffenden Mitgliedstaat und damit um das Verbleiberecht der Familienangehörigen ging. Zu diesem Urteil *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2015 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Kern/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2015/2016, 2016, 63 (70 ff.).

In der Rs. C-456/12³² führte der Gerichtshof – in Anknüpfung an sein Urteil in der Rs. C-291/05 – seine Rechtsprechung zur Frage des abgeleiteten Aufenthaltsrechts von Drittstaatsangehörigen fort: Wenn ein Unionsbürger 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 letzterem für den Fall, dass der Unionsbürger 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 (eine direkte Berufung auf die RL 2004/38 schloss der EuGH in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung aus, da diese Richtlinie nur den Aufenthalt eines Unionsbürgers in anderen Mitgliedstaaten als in demjenigen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, regle). 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, wobei von einer „gewissen Dauer“ nach dem Urteil nur dann auszugehen sei, wenn das Recht auf einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt (vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38) geltend gemacht wird. Jedenfalls nicht für ausreichend hält der Gerichtshof blosse Kurzaufenthalte (z.B. Wochenenden oder Urlaub). Im Übrigen müsse sich bei einem solchen eine gewisse Zeit andauernden Aufenthalt eines Unionsbürgers im Aufnahmestaat auf der Grundlage und unter Beachtung der Art. 7 Abs. 1, 2 RL 2004/38 dort ein Familienleben entwickelt oder gefestigt haben. Schliesslich weist der Gerichtshof ausdrücklich auf das Rechtsmissbrauchsverbot hin, wobei ein Rechtsmissbrauch aber nur dann angenommen werden dürfe, wenn eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergebe, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde, und dass subjektiv die Absicht gegeben sei, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden.

Damit geht der Gerichtshof davon aus, dass nicht nur (wie bereits auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung) wirtschaftlich tätige Personen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht im Falle der Rückkehr in den Heimatstaat verschaffen können, sondern alle Unionsbürger, die von ihrem Recht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV Gebrauch machen, womit ein weiterer Schritt in die Richtung einer strukturellen Annäherung des Art. 21 AEUV mit den Grundfreiheiten einhergeht. Allerdings wirft das Urteil auch eine Reihe von Fragen auf, insbesondere in Bezug auf die im skizzierten (einschränkenden) Voraussetzungen für die Bejahung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts:

³² EuGH, Rs. C-456/12 (O und B), ECLI:EU:C:2014:135.

- Das Erfordernis, dass der Aufenthalt auf eine gewisse Dauer angelegt sein und sich auf das Recht auf einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt stützen musste, stellt zwar klar, dass nicht ein mindestens dreimonatiger Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat verlangt wird. Das Kriterium der „gewissen Dauer“ bleibt aber denkbar unscharf, und Abgrenzungsfragen dürften vorprogrammiert sein.
- Ähnliches gilt für die Frage, ob sich im Aufnahmemitgliedstaat ein Familienleben entwickelt oder gefestigt hat (offenbar soll die Familienbande als solche nicht ausreichen).
- Fraglich ist weiter, ob in solchen „Rückkehrkonstellationen“ ein Rechtsmissbrauch vorliegen kann, was der Gerichtshof offenbar – aufgrund seines diesbezüglichen Hinweises – grundsätzlich bejaht. Allerdings ist höchst fraglich, ob die vom Gerichtshof erwähnten sehr engen Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Rechtsmissbrauchs in der Praxis wirklich nachweisbar sein können, jedenfalls in denjenigen Konstellationen, in denen es nicht um eigentliche „Scheinehen“ geht. Denn das „Ziel der Regelung“ dürfte ja auch (neben der effektiven Verwirklichung des Rechts auf Freizügigkeit) der Schutz des Familienlebens sein, so dass es – immer im Falle des Vorliegens von Familienbanden und eines gelebten Familienlebens – kaum vorstellbar ist, dass bei Vorliegen der vom Gerichtshof skizzierten Voraussetzungen für das Rückkehrrecht das Ziel der Regelung nicht erreicht werden kann, ganz abgesehen davon, dass auch die Absicht, die Voraussetzungen willkürlich zu schaffen, kaum je nachweisbar sein wird.
- Schliesslich bleibt die dogmatische Konstruktion der entsprechenden Heranziehung der RL 2004/38 (wobei eine analoge Anwendung von Richtlinienbestimmungen grundsätzlich wohl nicht möglich ist und vom EuGH auch – wenn überhaupt – kaum jemals angenommen wurde) denkbar unklar; offenbar geht es darum, dass die Richtlinie – obwohl ihre Anwendbarkeit zunächst verneint wurde – im Ergebnis doch auf diese Rückkehrkonstellationen unter den im Urteil aufgeführten Voraussetzungen herangezogen werden soll, dies wohl vor dem Hintergrund, dass derartige Situation gleich gelagert sind wie die (direkt) von der Richtlinie geregelten Konstellationen. Offen bleibt dabei die Frage, ob es methodisch nicht sauberer gewesen wäre, die Richtlinie als solche – vor dem Hintergrund des Art. 21 Abs. 1 AEUV und unter Rückgriff auf teleologische Elemente – in den „Rückkehrkonstellationen“ anzuwenden.

e) Rs. C-457/12, S und G

Ebenfalls um das abgeleitete Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds ging es in der Rs. C-457/12³³, wobei der Unionsbürger in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besass, wohnte und arbeitete, sich aber regelmässig als Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat begab. Der Gerichtshof erachtete die RL 2004/38 nicht als einschlägig, da der Unionsbürger – im Gegensatz zur Konstellation in der Rs. C-456/12 – nicht durch eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatte, so dass der bereits in anderen Urteilen formulierte Grundsatz, wonach aus der RL 2004/38 keine Rechte eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers auf Aufenthalt in dessen Heimatstaat abgeleitet werden könne, zur Anwendung komme. Allerdings komme in der Ausgangskonstellation die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Zuge, die immer bereits dann anwendbar sei, wenn ein Unionsbürger im Rahmen eines Arbeitsvertrages in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnstaat eine Beschäftigung ausübt. Was das abgeleitete Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen betrifft, überträgt der Gerichtshof letztlich die bereits in der Rs. 60/00 (Carpenter)³⁴ entwickelten Grundsätze auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, so dass Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht zukommen könne, wenn dies notwendig ist, damit der Unionsbürger seine Rechte aus Art. 45 AEUV tatsächlich wahrnehmen kann. Dabei präzisiert der Gerichtshof noch, dass der Umstand, dass es wünschenswert erscheinen mag, dass ein Drittstaatsangehöriger, der mit dem Ehegatten des Unionsbürgers in aufsteigender Linie verwandt ist, die Betreuung für ein Kind des Unionsbürgers übernimmt, für sich allein noch nicht genüge, um eine abschreckende Wirkung (in Bezug auf die Wahrnehmung der Grundfreiheit) der Verweigerung von dessen Aufenthalt festzustellen. Diese Relativierung bleibt in ihrer Tragweite enigmatisch: Bei drittstaatsangehörigen Ehegatten (wie in der Rs. Carpenter) soll offenbar die Kinderbetreuung „automatisch“ dazu führen, dass ihr Aufenthalt – im Falle häufiger Auslandsabwesenheiten des Unionsbürgers – im Hinblick auf die Effektivität der Wahrnehmung der Grundfreiheiten notwendig ist, bei sonstigen Familienangehörigen offenbar nicht, obwohl es doch in beiden Fallgestaltungen um dasselbe Problem – nämlich die Beaufsichtigung von Kindern – geht. Zudem bleibt unklar, welche zusätzlichen Elemente erforderlich sein sollen, damit die „abschreckende Wirkung“ angenommen werden kann. Möglicherweise – wobei der Gerichtshof mit keinem Wort hierauf eingeht – könnte der Schutz des Familienlebens hier eine Rolle spielen.

4. *Fazit*

³³ EuGH, Rs. C-457/12 (S und G), ECLI:EU:C:2014:136.

³⁴ EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), ECLI:EU:C:2002:434.

Versucht man, die in den skizzierten Urteilen in Anknüpfung an konkrete Konstellationen entwickelten Voraussetzungen für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs und damit die Anwendbarkeit des Unionsrechts bzw. für ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Familienangehörige von Unionsbürgern zu verallgemeinern bzw. in generell-abstrakte Grundsätze zu giessen, so drängen sich folgende Schlussfolgerungen auf:

- Grundsätzlich ist die Staatsbürgerschaft eines anderen EU-Mitgliedstaats als derjenigen des Aufenthaltsstaats bzw. desjenigen Staats, dessen Verhalten in Frage steht, für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs ausreichend, dies allgemein jedoch nur, sofern der Betreffende nicht gleichzeitig die Staatsangehörigkeit des letztgenannten Staats besitzt.
- In diesem Fall (also bei Doppelbürgern) ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts grundsätzlich nur dann eröffnet, wenn die betreffende Regelung zu einer Beeinträchtigung bzw. Behinderung der Freizügigkeit führen kann, wobei ein entsprechendes Risiko ausreichend ist. Beispiele sind hier gewisse namensrechtliche Regelungen.³⁵
- Gleiches gilt letztlich auch für („reine“) Inländer: Führt eine nationale Regelung dazu, dass deren Freizügigkeit behindert wird, ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet. Ggf. können in solchen Konstellationen dann auch Rechte auf Familiennachzug direkt aus den Freizügigkeitsrechten geltend gemacht werden, wobei die genaue Reichweite und die Voraussetzungen aber nicht abschliessend geklärt sind.³⁶
- Dieser Ansatz der Rechtsprechung impliziert auf der anderen Seite auch, dass im Falle einer Doppelbürgerschaft der Anwendungsbereich des Unionsrechts dann nicht eröffnet ist, wenn kein grenzüberschreitender Bezug nachweisbar ist, so dass diesfalls auch keine Rechte auf Familiennachzug aus dem Unionsrecht geltend gemacht werden können.³⁷
- Ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet, weil ein Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, so kommen die Rechte auf Familiennachzug grundsätzlich zum Zuge, dies entweder aufgrund der RL 2004/38³⁸ oder aufgrund einer analogen Anwendung der in dieser verankerten Garantien (dies bei den „Rückkehrkonstellationen“).³⁹
- Jedoch kommt im Fall eines Doppelbürgers, der in einen der Staaten, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung eine zusätzliche Anforderung zum Zuge: Die Familienbande muss „dauerhaft“ im vorherigen Aufnahmestaat begründet worden sein, wobei auch hier einige Fragen nicht abschliessend

³⁵ EuGH, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), ECLI:EU:C:2010:806; s. auch schon oben II.1.

³⁶ EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), ECLI:EU:C:2002:434; EuGH, Rs. C-457/12 (S und G), ECLI:EU:C:2014:136. Hierzu bereits oben II.3.e).

³⁷ EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), ECLI:EU:C:2011:277. Hierzu oben II.3.a).

³⁸ Z.B. EuGH, Rs. C-423/13 (Reyes), ECLI:EU:C:2014:16; EuGH, Rs. C-378/12 (Onuekwere), ECLI:EU:C:2014:13.

³⁹ EuGH, Rs. C-456/12 (O und B), ECLI:EU:C:2014:135.

geklärt sind.⁴⁰ Diese Rechtsprechung geht offenbar davon aus, dass das Recht auf Familiennachzug grundsätzlich nur dann geltend gemacht werden kann, wenn ein Zusammenhang mit der Effektivität der Freizügigkeitsrechte besteht, so dass die Akzessorietät des Rechts auf Familiennachzug betont wird. Dieser Ansatz steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einer älteren Rechtsprechung,⁴¹ wonach – in Abkehr von (noch) früheren Urteilen⁴² – die Rechte auf Familiennachzug nicht davon abhängen, ob sich das betreffende drittstaatsangehörige Familienmitglied bereits vorher rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufgehalten hat; auch bejahte der Gerichtshof hier die Anwendbarkeit der Familiennachzugsregeln für den Fall, dass der Unionsbürger die Familie, die er nachziehen möchte, erst nach Ausübung seines Freizügigkeitsrechts gegründet hat.⁴³

- Jedenfalls könnte in „Rückkehrkonstellationen“ im Falle einer Doppelbürgerschaft im Zuge einer erneuten Ausübung der Freizügigkeitsrechte und einer erneuten Rückkehr in den (zweiten) Heimatstaat das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Familiennachzug (Begründung der Familienbande im Aufnahmestaat) bejaht werden. Fraglich könnte hier allenfalls sein, welche Anforderungen an die Dauerhaftigkeit des Aufenthalts im Aufnahmestaat zu stellen sind und ob ggf. ein Rechtsmissbrauch vorliegen könnte.

Deutlich wird hiermit auch, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs eine beachtliche Komplexität aufweist, durch nicht immer in sich stimmige Entwicklungslinien gekennzeichnet ist und noch diverse Fragen keiner abschliessenden Klärung zugeführt wurden.

Im Zusammenhang mit der Relevanz der skizzierten Rechtsprechung für Auslegung und Tragweite des Freizügigkeitsabkommens ist zu unterscheiden:⁴⁴

- Sofern und soweit der Gerichtshof auf den Kerngehalt der Unionsbürgerschaft gemäss Art. 20 AEUV abstellt, fehlt es an einer parallelen Rechtsvorschrift im

⁴⁰ EuGH, Rs. C-456/12 (O und B), ECLI:EU:C:2014:135. Hierzu oben II.3.d).

⁴¹ EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), ECLI:EU:C:2008:449.

⁴² Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-109/01 (Akrich), ECLI:EU:C:2003:491.

⁴³ Vgl. zur Problematik *Maiani*, ZSR 2011 I (Fn. 9), 27 ff.; *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. Auslegung und Anwendung in der Praxis, 2011, 146 ff.; *Marc Spescha*, Erweiterte Familiennachzugsrechte für EU-BürgerInnen: BGE-Entscheid vom 29.09.2009: 2C_196/2009, AJP 2010, 102 ff.; *Astrid Epiney*, Von Akrich über Jia bis Metock: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über Familiennachzug, EuR 2008, 480 ff..

⁴⁴ Vgl. ausführlich insoweit *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2014 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Kern/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2014/2015, 2015, 53 (62 ff.); *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Epiney/Rivière/Theuerkauf/Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2004/2005, 2005, 41 (42 ff.); *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2014 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2012/2013, 2013, 49 (55 ff.); *Epiney/Mosters*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2011/2012 (Fn. 25), 51 (62).

Freizügigkeitsabkommen, so dass eine Übertragung dieser Erwägungen auf das Abkommen bereits aus diesem Grunde nicht in Betracht kommt.

- Bei Ansprüchen jedoch, die an das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger gemäss Art. 21 AEUV oder an eine Erwerbstätigkeit anknüpfen, kommt grundsätzlich ein entsprechender Anspruch gestützt auf das Aufenthaltsrecht der Nichterwerbstätigen gemäss Art. 24 Anhang I FZA oder der Erwerbstätigen nach den einschlägigen Bestimmungen von Anhang I FZA in Betracht. Insofern sind dann auch die Aussagen des Gerichtshofs zum Familiennachzug grundsätzlich auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar, dies unter Einschluss der sog. „Rückkehrkonstellationen“,⁴⁵ wovon auch das Bundesgericht ausgeht.⁴⁶
- Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass sich der aus der jüngeren Rechtsprechung des EuGH ergebende Grundsatz, wonach im Falle einer Doppelstaatsbürgerschaft allein die (auch bestehende) Staatsbürgerschaft eines anderen Mitgliedstaats keinen grenzüberschreitenden Bezug zu begründen vermag (so dass das Unionsrecht und damit die Familiennachzugsregeln nicht anwendbar sind), nicht zwingend bedeutet, dass in solchen Konstellationen auch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV bzw. Art. 2 FZA) von vornherein keine Anwendung finden könnte,⁴⁷ eine Problematik, auf die hier jedoch nicht weiter eingegangen werden kann.

III. Zur Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens bei Doppelbürgern und Doppelbürgerinnen und zur Tragweite der Rechte auf Familiennachzug: die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Auch das Bundesgericht befasste sich – nachdem es die Frage der Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens auf Doppelbürger oder Doppelbürgerinnen lange Zeit offen gelassen hatte⁴⁸ – bereits verschiedentlich mit der Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens auf Doppelbürger und Doppelbürgerinnen, dies in erster Linie im Zusammenhang mit dem Familiennachzug. Hinzuweisen ist im Wesentlichen auf folgende Urteile bzw. Rechtsprechungslinien:

- 2009 betonte das Bundesgericht klar, dass die Familiennachzugsbestimmungen nach Art. 3 Anhang I FZA auch auf Personen anzuwenden seien, die neben der schweizerischen über die Staatsangehörigkeit einer anderen Vertragspartei verfügen.⁴⁹ In der

⁴⁵ Spezifisch zu diesen BGE 129 II 249 E. 4.2.

⁴⁶ Vgl. sogleich III. sowie die Nachweis in Fn. 44.

⁴⁷ Hierzu, m.w.N., *Epiney/Blaser*, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté (Fn. 7), art. 2, Rn. 12.

⁴⁸ Vgl. BGE 130 II 176 E. 2.3; BGer, 2A.557/2002 E. 3.2; BGer 2A.425/2003 E. 3.4.; s. auch BGer 2C_1071/2013 vom 6.6.2014 E.3.3.

⁴⁹ BGE 135 II 369.

Ausgangskonstellation berief sich die türkische Beschwerdeführerin auf die italienisch-schweizerische Doppelbürgerschaft ihres Schwiegersohns. Das Bundesgericht bestätigte, dass die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaates für die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens ausreichend sei, so dass offenbar ein grenzüberschreitender Bezug allein aufgrund der Staatsbürgerschaft eines EU-Mitgliedstaats angenommen wurde, unabhängig davon, ob die betreffende Person auch die schweizerische Staatsbürgerschaft besitzt und ob sie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat. Es sei nicht Sache der Vertragsstaaten, die Wirkung der Verleihung der Staatsangehörigkeit durch einen anderen Staat zu beschränken, indem ein zusätzliches Erfordernis (Fehlen der Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaates) eingeführt werde.⁵⁰

Damit erachtete es das Bundesgericht – insoweit durchaus in Anknüpfung an die bis dahin zu verzeichnende Rechtsprechung des EuGH – für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs im Rahmen des FZA für ausreichend, wenn irgendein Element des Ausgangssachverhalts einen Bezug zu einer anderen Vertragspartei aufweist, so etwa – wie in der Konstellation des erwähnten Urteils – (allein) die Staatsangehörigkeit (auch) eines anderen Vertragsstaats,⁵¹ bei gelegentlichen Reisen im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit in andere Mitgliedstaaten⁵² oder beim Umzug der ehemaligen Ehefrau eines Steuerpflichtigen, der eine steuerliche Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit geltend macht.⁵³

- In einer Reihe weiterer Urteile bestätigte das Bundesgericht diesen Ansatz und ging somit davon aus, dass Doppelstaatsangehörige – Personen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit und derjenigen eines EU-Mitgliedstaats – als Nachziehende im Sinn des Art. 3 Anhang I FZA anzusehen sind, ohne dass es darauf ankäme bzw. ohne dass geprüft wurde, ob diese vorher von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten oder nicht.⁵⁴
- In einem Urteil aus dem Jahr 2016 ging es um den Nachzug einer kosovarischen Mutter durch ihre schweizerisch-polnische Stieftochter. Ohne die Frage der Anwendbarkeit des Abkommens zu klären, widmete sich das Bundesgericht dem Recht auf Familiennachzug

⁵⁰ BGE 135 II 369, E. 2.3.1, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), ECLI:EU:C:2003:539, Rn. 28.

⁵¹ 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. S. auch EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), ECLI:EU:C:2007:16, wo es ausreichte, dass ein im Inland tätiger Arbeitsvermittler einem im Inland ansässigen Arbeitssuchenden eine Stelle im Ausland vermittelt.

⁵² EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), ECLI:EU:C:2002:434, Rn. 29 f.

⁵³ EuGH, Rs. C-403/03 (Schempp), ECLI:EU:C:2005:446.

⁵⁴ BGE 136 II 177 E. 3.1; BGer 2C_296/2015 vom 28.1.2016 E. 1.1; BGer 2C_822/2013 vom 25.1.2014 E.1.2; BGer 2C_958/2012 vom 20.6.2013 E.2.5; BGer 2C_766/2011 vom 19.6.2012 E. 3.1; BGer 2C_902/2011 vom 14.5.2012 E. 1.2, 2; BGer 2C_1007/2011 vom 12.3.2012 E. 1.2.1; BGer 2C_253/2010 vom 18.7.2011 E.3.3; BGer 2C_799/2009 vom 21.6.2010 E.1.2.

und beschäftigte sich namentlich mit der Voraussetzung der Gewährleistung des Unterhalts des nachgezogenen Familienmitglieds.⁵⁵

IV. Das Urteil 2C_284/2016 vom 20. Januar 2017

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

Nachdem das Bundesgericht seine eigene diesbezügliche Rechtsprechung in Erinnerung gerufen,⁵⁶ auf die Grundsätze der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens hingewiesen⁵⁷ und das Urteil des EuGH in der Rs. C-434/09⁵⁸ und in der Rs. C-456/12⁵⁹ skizziert hatte, verneinte das Bundesgericht – wie schon das Bundesverwaltungsgericht⁶⁰ – das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements, dies unter Berufung auf die erwähnte Rechtsprechung des EuGH, deren Grundgedanken auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar seien. Allerdings weicht das Bundesgericht in der Begründung vom Bundesverwaltungsgericht ab: Während dieses massgeblich auf die Rs. C-434/09 abgestellt hatte (und in der Begründung auch einige missverständliche Passagen enthält, so die Formulierung der Voraussetzungen eines grenzüberschreitenden Bezugs sowie der Hinweis auf den „wirtschaftlichen Charakter“ der Familiennachzugsrechte),⁶¹ weist das Bundesgericht darauf hin, dass sich die Konstellation in der von ihm zu entscheidenden Rechtssache von derjenigen in der Rs. C-434/09 unterscheidet,

⁵⁵ BGer 2C_296/2015 vom 28.01.2016, insbesondere E. 4.3.2. Ebenfalls sich nicht in Bezug auf diese Frage festlegend BGer 2C_1071/2013 vom 06.06.2014. Vgl. zu diesem Urteil, ohne jedoch die hier aufgeworfene Frage anzusprechen, *Christine Kaddous/Christa Tobler/Alicja Zapedowska*, Droit européen: Suisse – Union européenne; Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SZIER 2016, 625 (642 f.).

⁵⁶ Hierzu oben III.

⁵⁷ S. die Nachweise in Fn. 9.

⁵⁸ Hierzu oben II.3.a).

⁵⁹ Hierzu oben II.3.d).

⁶⁰ BVGer C-3189/2015 vom 10.2.2016. Zu diesem Urteil *Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 2016, 303 (308 ff.).

⁶¹ Hierzu *Epiney/Nüesch*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016 (Fn. 60), 303 (308 ff.).

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.

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht inzwischen – im Zusammenhang mit der Frage nach dem Bestehen eines Anspruchs auf Ergänzungsleistungen der Ehegattin eines schweizerisch-italienischen Doppelbürgers, der immer in der Schweiz gelebt hatte – bestätigt hat, dass der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens im Falle einer Doppelbürgerschaft nur dann eröffnet sei, wenn die betreffende Person auch von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hat; allein der Umstand, dass sie auch die Staatsbürgerschaft eines EU-Mitgliedstaats besitze (zusätzlich zur schweizerischen Staatsangehörigkeit) genüge nicht.⁶²

V. Fazit

Insgesamt lässt das angezeigte Urteil des Bundesgerichts – insofern nicht überraschend und angesichts der für die Auslegung des Abkommens massgeblichen Grundsätze auch überzeugend – klar erkennen, dass das Bundesgericht die (jüngere) Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Voraussetzungen des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Bezugs und damit die Anwendbarkeit des Unionsrechts sowie die den Familiennachzug betreffenden Grundsätze nachvollzieht. Damit ist das oben⁶³ vorgestellte Fazit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu diesen Fragen letztlich auch auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar, womit sich aber auch für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens die erwähnten Fragen stellen, die von der Rechtsprechung zumindest nicht eindeutig geklärt wurden.

Bemerkenswert und hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht – m.E. zu Recht – offenbar davon ausgeht, der Umstand, dass die Schwiegertochter der Beschwerdeführerin von Frankreich in die Schweiz gezogen war, begründe einen grenzüberschreitenden Bezug, dies trotz des Umstands, dass die Schwiegertochter der Beschwerdeführerin die Staatsangehörigkeit beider Staaten besass. Man wird hieraus verallgemeinernd ableiten können, dass das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs

⁶² BGer, 9C_307/2016 vom 29.3.2017.

⁶³ II.4.

nicht allein deshalb verneint werden kann, weil eine Person die Staatsbürgerschaft all derjenigen Staaten besitzt, in Bezug auf welche sie von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hat. M.a.W. ändert in solchen Konstellationen eine zusätzliche Staatsangehörigkeit nichts an der Bejahung eines grenzüberschreitenden Bezugs.

Damit in einem gewissen Spannungsverhältnis steht, dass in anderen Konstellationen allein eine zusätzliche Staatsangehörigkeit – nämlich diejenige des Aufenthaltsstaats – zu einer abweichenden Beurteilung in Bezug auf das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs führt, wie auch das angezeigte Urteil illustriert: Falls die Schwiegertochter der Beschwerdeführerin nur französische Staatsbürgerin gewesen wäre, hätte die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens im Allgemeinen und der Familiennachzugsregelungen im Besonderen wohl bejaht werden müssen, wäre es doch diesfalls um den Aufenthalt einer Angehörigen eines Vertragsstaates (Frankreich) in einem anderen Vertragsstaat (Schweiz) gegangen. Hieran änderte dann auch der Umstand nichts, dass die Familienbande nicht bereits vor der Ausübung des Freizügigkeitsrechts im Ursprungsstaat (oder einem anderen Vertragsstaat) begründet wurden, dürfte diese zusätzliche Voraussetzung doch in einer Konstellation, in der es um den Aufenthalt eines Staatsangehörigen einer der Vertragsparteien in einem anderen Vertragsstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, nicht zum Zuge kommen, wie übrigens auch das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung angenommen hat⁶⁴ und wovon es in dem angezeigten Urteil offenbar nicht abweichen wollte. Insofern geht auch die Rechtsprechung davon aus, dass der Familiennachzug nicht nur ein akzessorisches Recht im Verhältnis zur Freizügigkeit ist, sondern auch in Konstellationen zum Zuge kommt, in denen es nicht um den *effet utile* der Freizügigkeit als solcher geht. Warum jedoch bei Doppelbürgern und Doppelbürgerinnen entscheidend auf die Akzessorietät abgestellt wird, dies auch in Konstellationen, in denen ein grenzüberschreitender Bezug und damit die Anwendbarkeit des Unionsrechts bzw. des Abkommens zu bejahen ist, während solche Erwägungen bei den „Grundkonstellationen“ des Familiennachzugs keine Rolle spielen, erschliesst sich nicht wirklich, ganz abgesehen davon, dass die Akzessorietät bzw. der Zusammenhang mit der Effektivität der Freizügigkeitsrechte auch im bei „Vorbestehen“ der Familienbande im Aufnahmestaat mitunter (so wohl häufig im Falle des Nachzugs von Verwandten aufsteigender Linie) nur sehr indirekt oder theoretisch sein kann, dies in den Konstellationen, in denen im Aufnahmestaat bzw. Heimatstaat ein solches Recht gerade nicht bestand. Insofern erscheint der Rückgriff auf das Kriterium der Akzessorietät in diesem Zusammenhang nicht wirklich überzeugend.

Deutlich wird damit auch ein weiteres Element bzw. eine weitere Implikation der Rechtsprechung (des EuGH und des Bundesgerichts): Während bei Personen mit Doppelbürgerschaft im Fall einer „Rückkehrkonstellation“ die Familiennachzugsregeln des Freizügigkeitsabkommens nur unter der Voraussetzung Anwendung finden, dass die

⁶⁴ So wohl BGE 136 II 65; BGer, 2C_195/2011 vom 17.10.2011.

Familienbände vorher dauerhaft im Aufenthaltsstaat begründet worden waren, können Unionsbürger und Unionsbürgerinnen ohne schweizerische Staatsangehörigkeit ihre Familienangehörigen ohne eine solche zusätzliche Beschränkung umfassend auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens nachziehen. Praktische Auswirkungen entfaltet dieser Umstand vor dem Hintergrund, dass die Familiennachzugsregeln für Schweizerinnen und Schweizer teilweise restriktiver ausgestaltet sind als diejenigen des Freizügigkeitsabkommens, so dass hier eine „Inländerdiskriminierung“ fortbesteht.⁶⁵

Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass diese Rechtsprechung auch im Falle der Einbürgerung Konsequenzen nach sich zieht: Lässt sich nämlich ein Unionsbürger oder eine Unionsbürgerin in der Schweiz einbürgern, verliert diese Person unter Umständen die Möglichkeit, gewisse Familienangehörige nachzuziehen, da mit der Einbürgerung die erörterten Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Familiennachzugs vorliegen müssen. So können Familienangehörige auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens nur noch dann „neu“ nachgezogen werden, wenn vorher vom Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht wurde und die Familie im früheren Aufenthaltsstaat bereits gegründet wurde bzw. die Familienbände dort bereits bestanden haben.

Insgesamt ist zwar der Ausgangspunkt der Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des Bundesgerichts insofern gut nachvollziehbar, als tatsächlich die rein internen Sachverhalte von den grenzüberschreitenden Sachverhalten abzugrenzen sind. Nichtsdestotrotz ist aber nach dem Gesagten nicht zu verkennen, dass die genaue „Deklaration“ dieses gut nachvollziehbaren Ansatzes zumindest insofern nicht in jeder Beziehung überzeugend ist, als allein an eine zusätzliche Staatsbürgerschaft (diejenige des Aufenthaltsstaats) gewisse strengere Voraussetzungen für den Familiennachzug geknüpft werden und entscheidend auf eine sonst so nicht verlangte Akzessorietät abgestellt wird; hingegen erscheint die Bejahung eines rein internen Sachverhalts im Falle von Doppelbürgern und Doppelbürgerinnen, die nie einen derjenigen Staaten, dessen Staatsbürgerschaft sie besitzen, verlassen hatten, eher nachvollziehbar, wenn auch die in der Schweiz fortbestehende Inländerdiskriminierung in Bezug auf den Familiennachzug hier Fragen aufwirft (was aber eher eine Frage des nationalen Rechts und ggf. der EMRK ist als ein Problem des Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens).

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass sich auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH – die auf die Auslegung der sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergebenden Rechte übertragbar ist – Familiennachzugsrechte für Inländer und Doppelbürger, die nie insofern von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, als sie sich in einen anderen Mitgliedstaat

⁶⁵ Zur Problematik, m.w.N. aus der Rechtsprechung, *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010*, 2010, 243 (253 ff.); *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014*, 2014, 331 (335 ff.); *Epiney/Nüesch*, *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016* (Fn. 60) 303 (311 ff.).

begeben haben, direkt aus den Grundfreiheiten ergeben können, dies, falls die effektive Wahrnehmung der sich aus diesen ergebenden Rechte den Nachzug eines Familienmitglieds erforderlich machen. Relevant wurde dies in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Kinderbetreuung und zeitweisen wirtschaftlichen Tätigkeiten im EU-Ausland, wobei auch hier noch Fragen offen sind.⁶⁶ Damit kommt letztlich eine dritte Kategorie von Familiennachzugskonstellationen hinzu (neben diejenigen, die sich direkt aus Anhang I FZA ergeben und denjenigen, die sich nach innerstaatlichem Recht richten), was das Gesamtbild noch etwas komplexer gestaltet.

Jedenfalls impliziert die derzeitige Rechtslage auf der Grundlage der Rechtsprechung, dass die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens mitunter möglicherweise von Zufällen oder sich nur geringfügig unterscheidenden Lebensverläufen abhängt, was immer dann echte Implikationen entfaltet, wenn das für rein nationale Sachverhalte anwendbare innerstaatliche Recht (insbesondere im Familiennachzug) restriktiver ist als das Unionsrecht bzw. das Freizügigkeitsabkommen. Im Übrigen spricht einiges dafür, dass mit einer solchen Inländerdiskriminierung auch ein Verstoss gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK einhergeht, wovon offenbar auch das Bundesgericht ausgeht,⁶⁷ ohne freilich die Konsequenzen zu ziehen,⁶⁸ eine Problematik, der hier freilich nicht weiter nachgegangen werden kann.⁶⁹

Ungeachtet dessen – und auch dies dürften die Ausführungen verdeutlichen haben – sind noch nicht alle in Bezug auf Doppelbürger denkbaren Konstellationen und einige sich auch darüber hinaus im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Regelungen des Freizügigkeitsabkommens über den Familiennachzug bzw. dessen Tragweite für die Reichweite des Familiennachzugs stellenden Fragen höchstrichterlich einer Klärung zugeführt, so dass diesbezüglich auch noch gewisse Rechtsunsicherheiten bestehen, wenn sich auch aus dem angezeigten Urteil sowie der diesem vorangegangenen Rechtsprechung von EuGH und Bundesgericht gewisse Anhaltspunkte entnehmen lassen.

⁶⁶ Oben II.3.e).

⁶⁷ BGE 136 II 120; BGer, 2C_624/2009 vom 5.2.2010; BGer, 2C_635/2009 vom 26..2010.

⁶⁸ BGer 2C_575/2010 vom 17.1.2011; BGer, 2C_941/2010 vom 1.5.2011.

⁶⁹ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 65.