

Zum Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit dem Familiennachzug

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_688/2017 vom 29. Oktober 2018

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zum Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit dem Familiennachzug, dRSK vom 24. Januar 2019 (Internetzeitschrift). 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, ob und unter welchen Voraussetzungen im Zusammenhang mit dem Familiennachzug ein Rechtsmissbrauch anzunehmen ist. In Anknüpfung an den Sinn des Familiennachzugs, ein tatsächlich gelebtes Familienleben zu ermöglichen, bejahte es das Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf das im Freizügigkeitsabkommen gewährleistete Familiennachzugsrecht, da diverse Umstände im konkreten Fall zum Schluss führten, dass der Familiennachzug einzig der „Arbeitsmigration“ diene. Dieser Ansatz dürfte kaum mit der Rechtsprechung des EuGH zu den Voraussetzungen des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs in Einklang stehen, auch wenn das Bundesgericht verschiedentlich auf diese Rechtsprechung hinweist.

Sachverhalt

(1) In dem Urteil stand in Frage, ob dem über 21-jährigen Stiefsohn eines Schweizer Bürgers, der seinerseits zusammen mit dem Stiefsohn, dem er Unterhalt gewährte, in Deutschland wohnhaft war, aufgrund von Art. 3 Anhang I FZA nach der Rückkehr des Stiefvaters in die Schweiz ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger zukam. Nach dieser Bestimmung können über 21-jährige Nachkommen (und Verwandte in aufsteigender Linie) dann als Familienangehörige nachgezogen werden, wenn ihnen Unterhalt gewährt wird. Stiefkinder gelten nach der (mittlerweile ständigen) Rechtsprechung als Nachkommen (BGE 136 II 65 E. 4; EuGH, Rs. C-413/1999, Baumbast, ECLI:EU:C:2002:493).

(2) Der Stiefvater hatte dem Stiefsohn zwar in Deutschland und anfangs auch während des Aufenthalts in der Schweiz Unterhalt gewährt, wobei der Stiefsohn aber die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit anstrebte. Darüber hinaus war der Sachverhalt insofern speziell gelagert, als der Stiefsohn im Vorfeld der Beantragung eines Aufenthaltsrechts im Rahmen des

Familiennachzugs mehrere Male erfolglos versucht hatte, ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu erwirken. Im Anschluss daran hatte sich der Stiefvater in Deutschland angemeldet und dort durch mehrere Gerichtsinstanzen ein Aufenthaltsrecht für seinen Stiefsohn im Rahmen des Familiennachzugs erwirkt.

(3) In dem angezeigten Urteil ging es um die Rückkehr des Stiefvaters in die Schweiz; da er von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatte, war der Anwendungsbereich des Abkommens grundsätzlich eröffnet (zur Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Bezugs bzw. der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens BGE 137 I 284 E. 1.1; BGE 129 II 249 E. 4.2; grundlegend für Rückkehrkonstellationen EuGH, Rs. 115/78 (Knoors), ECLI:EU:C:1979:31).

Das Urteil des Bundesgerichts

(4) Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht das Nachzugsrecht des Beschwerdeführers, wobei es sich durchaus auf die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Problematik bezog, die auch ausführlich zitiert wird.

(5) Ausgangspunkt der Erwägungen ist die Feststellung, dass weder der Beschwerdeführer noch seine Mutter noch sein Stiefvater EU-Angehörige seien. Ein Schweizer (der Stiefvater), der nie in einer anderen Vertragspartei gewohnt oder gearbeitet habe, könne sich gegenüber seinem Herkunftsstaat (die Schweiz) nicht auf das Freizügigkeitsabkommen berufen, um einen drittstaatsangehöriges Familienmitglied (der Stiefsohn) nachzuziehen (E. 3.1).

(6) *In casu* war somit entscheidend, ob das Freizügigkeitsabkommen anwendbar war, weil der Stiefvater von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, so dass ein Familiennachzug im Rahmen einer „Rückkehrkonstellation“ in Betracht kommen könnte.

(7) Für die Beantwortung dieser Frage sei indes nicht massgeblich, dass ein solches Familiennachzugsrecht durch die deutschen Behörden bzw. Gerichte bejaht worden war. Denn zum einen komme Aufenthaltsbewilligungen von vornherein nur ein deklaratorischer Charakter zu, und zum anderen seien die Wirkungen einer Aufenthaltsbewilligung auf das Gebiet des betreffenden Vertragsstaates beschränkt. Andere Vertragsstaaten seien nicht verpflichtet, im Fall der Rückkehr eines Wanderarbeitnehmers in seinen Heimatstaat dem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein Einreise- und Aufenthaltsrecht schon deshalb zu gewähren, weil dieser in einem anderen Vertragsstaat über eine gültige Aufenthaltsgenehmigung aufgrund des FZA verfügt. Vielmehr sei massgebend, ob der Familienangehörige (weiterhin) die Voraussetzungen für den Familiennachzug erfüllt (E.3.3).

(8) Das Aufenthaltsrecht von (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen stelle ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht dar, sodass es nur sofern und solange bestehe, wie der Drittstaatsangehörige als Familienangehöriger im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA anzusehen ist. Eine Bewilligung könne daher z.B. dann verweigert werden, wenn zwar früher die Eigenschaft als Familienangehöriger in einem anderen Land bestanden hat, in der Schweiz jedoch (inzwischen) nicht (mehr) besteht (E. 3.4).

(9) Über 21-jährige Nachkommen seien nach Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA dann als Familienangehörige anzusehen, wenn ihnen Unterhalt gewährt wird. Unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH (s. insbesondere EuGH, Rs. C-200/02, Zhu und Chen, ECLI:EU:C:2004:639; EuGH, Rs. C-423/12, Reyes, ECLI:EU:C:2014:16) präzisiert das Bundesgericht, der Unterhalt müsse vom Aufenthaltsberechtigten «materiell» sichergestellt werden, so dass es darauf ankomme, ob der nachzuziehende Verwandte auf zusätzliche Mittel angewiesen ist, um seine Grundbedürfnisse zu decken und diese Mittel vom Aufenthaltsberechtigten aufgebracht werden (E. 3.5). Der Unterhalt müsse bei einem Nachzug aus dem Ausland bisher im Herkunftsstaat gewährt werden (E.3.6), und entscheidend sei nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Rs. C-423/12, Reyes, ECLI:EU:C:2014:16) der Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Familiennachzug (E. 3.7).

(10) Unabhängig davon, ob sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe, dass der im relevanten Zeitpunkt gegebene Nachzugsanspruch auch dann weiter besteht, wenn in der Folge kein Unterhalt mehr gewährt wird, sei ein Nachzugsrecht *in casu* jedoch schon deshalb zu verneinen, weil die Berufung hierauf im konkreten Fall rechtsmissbräuchlich sei. Der Familiennachzug diene nämlich dazu, den Betroffenen zu ermöglichen, ihr Familienleben tatsächlich zu leben, so dass die Familienbeziehungen intakt sein und gelebt werden müssten. Nicht Sinn des Familiennachzugs sei es, den drittstaatsangehörigen Familienangehörigen unabhängig von einem effektiv gelebten Familienleben ein Aufenthaltsrecht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu gewähren. Gerade letzteres sei jedoch vorliegend anzunehmen, wie das Bundesgericht aus verschiedenen Indizien und Aussagen der Beteiligten schliesst (E. 4.1 und 4.2). Zwar seien die Gründe, die eine Person zur Ausübung ihrer Freizügigkeitsrechte haben kann, grundsätzlich unbeachtlich; jedoch müsse das Freizügigkeitsrecht jedenfalls zu den von ihm verfolgten Zwecken beansprucht werden.

(11) An diesem Ergebnis ändere auch Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA (wonach aufenthaltsberechtigte Familienangehörige Zugang zu Erwerbstätigkeit haben) nichts. Denn diese Bestimmung komme nur im Fall des Bestehens eines Aufenthaltsrechts zum Zuge (was vorliegend gerade zu verneinen sei); andernfalls würde ihre Anwendung zu einer

voraussetzungslosen Arbeitsmigration erwachsener drittstaatsangehöriger Personen führen, was nicht dem im FZA geregelten Familiennachzug entspreche.

Kommentar

(12) Soweit die für die Auslegung des FZA massgeblichen Grundsätze betroffen sind, geht auch dieses Urteil von dem (überzeugenden) Ansatz aus, 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. Zwar werden diese Prinzipien nicht (nochmals) eigens betont; der Umstand aber, dass das Bundesgericht in Bezug auf Bestimmungen des FZA, die vom Unionsrecht übernommen worden waren, an mehreren Stellen explizit auf die Rechtslage in der Union und die Rechtsprechung des EuGH verweist, kann nicht anders ausgelegt werden. 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.

(13) Allerdings trägt die konkrete Anwendung bzw. Auslegung der in Frage stehenden Bestimmungen des Anhangs I FZA betreffend den Familiennachzug (die – wie auch das Bundesgericht betont – unbestrittenermassen aus dem Unionsrecht übernommen worden waren) den unionsrechtlichen Grundsätzen – so wie sie in der Rechtsprechung präzisiert wurden – teilweise nicht Rechnung.

(14) Dies gilt in erster Linie für das Konzept des Rechtsmissbrauchs im Unionsrecht. Der Gerichtshof hatte in Bezug auf die Grundfreiheiten bzw. die Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte der Unionsbürger verschiedentlich Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Hinzuweisen ist in erster Linie auf folgende Urteile:

- In der Rs. Zhu und Chen (EuGH, Rs. C-200/02, Zhu und Chen, ECLI:EU:C:2004:639; s. insoweit auch EuGH, Rs. C-456/12, O und B, ECLI:EU:C:2014:135) verneinte der EuGH einen Rechtsmissbrauch einer drittstaatsangehörigen Mutter, die ihren Wohnsitz eigens nach Nordirland verlegt hatte, um dort ihr Kind zu gebären, dem dann aufgrund des irischen Staatsangehörigkeitsrechts (auch) die irische Staatsbürgerschaft zukam, was das abgeleitete Aufenthaltsrecht der Mutter nach sich zog. Da das Staatsangehörigkeitsrecht Sache der Mitgliedstaaten sei, könne nicht allein deshalb ein Rechtsmissbrauch vorliegen, weil der Erwerb der Staatsangehörigkeit durch einen Unionsbürger in Wirklichkeit darauf abziele, einem Drittstaatsangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu verschaffen.

- Ebenfalls kein Rechtsmissbrauch liegt nach der Rechtsprechung des EuGH vor, wenn eine Gesellschaft ihren Sitz nach Grossbritannien verlegt bzw. sie sich nach britischem Recht konstituiert, dies mit dem einzigen Zweck, um von dort aus in Dänemark über eine Zweigniederlassung eine Geschäftstätigkeit auszuüben, dies obwohl es der Gesellschaft ersichtlich um die Umgehung der in Dänemark geltenden eher strengen Eigenkapitalregelungen zum Gläubigerschutz ging, wie der Gerichtshof in der Rs. C-212/97 (Centros) feststellte (EuGH, Rs. C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126; bestätigt in EuGH, Rs. C-167/01, Inspire Act, ECLI:EU:C:2003:512). Denn Ziel der vertraglichen Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit sei es gerade, Zweigniederlassungen zu ermöglichen, so dass es für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstelle, wenn eine Gesellschaft in dem Staat errichtet wird, der diesbezüglich die günstigsten Vorschriften kennt. M.a.W. stellt nach Ansicht des Gerichtshofs allein ein „Ausnutzen“ der günstigeren Vorschriften in einem anderen Mitgliedstaat keinen Rechtsmissbrauch dar (so auch EuGH, Rs. C-106/16, Polbud, ECLI:EU:C:2017:804; EuGH, verb. Rs. C-58/13, C-59/13, Torresi u.a., ECLI:EU:C:2014:2088), obwohl das eigentliche Ziel der Niederlassungsfreiheit nicht darin besteht, dass sich die Gesellschaften in demjenigen Staat niederlassen, der die günstigsten Bedingungen kennt, sondern darin, in den Mitgliedstaaten bereits niedergelassenen Unternehmen die Gründung von Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten zu ermöglichen.
- In der Rs. C-423/15 (EuGH, Rs. C-423/15, Kratzer, ECLI:EU:C:2016:604) hatte sich der EuGH im Zusammenhang mit der RL 2000/78 (RL 2000/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303, 16) und der RL 2006/54 (RL 2006/54 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204, 23) mit den Voraussetzungen des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs auseinanderzusetzen. Der Gerichtshof hielt im Ergebnis fest, ein Rechtsmissbrauch sei dann anzunehmen, wenn sich eine Person nicht deshalb auf eine Stelle bewerbe, um diese zu erhalten, sondern ausschliesslich mit dem Ziel, den Status einer Bewerberin zu erlangen, um somit (wegen einer diskriminierenden Behandlung) eine Entschädigung geltend machen zu können. In einer solchen Konstellation liege daher auch bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen gerade kein „Zugang zur Beschäftigung oder abhängiger Erwerbstätigkeit“ im Sinne dieser Bestimmungen vor. Deutlich wird auch durch dieses Urteil die eher enge Konzeption des Rechtsmissbrauchs durch den Gerichtshof, der einerseits auf ein objektives Kriterium (das Ziel der fraglichen Regelung könne trotz formaler Einhaltung ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen nicht eingehalten werden), andererseits auf ein subjektives Element (ein ungerechtfertigter Vorteil müsse angestrebt werden) abstellt.

Dieses subjektive Element wird jedoch häufig nur schwer nachzuweisen sein und impliziert insbesondere nicht allgemein, dass die Wahrnehmung der vertraglich gewährleisteten Rechte auf bestimmten Motiven beruhen muss. Insoweit sind die Kernaussagen des Urteils auch z.B. auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder den Familiennachzug übertragbar.

(15) Die einschlägigen Urteile zeigen, dass der EuGH allgemein davon ausgeht, dass ein Rechtsmissbrauch zum einen voraussetzt, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde, und zum anderen, subjektiv die Absicht gegeben ist, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Soweit es um die Grundfreiheiten geht, wird man hieraus schliessen können, dass ein Rechtsmissbrauch im Unionsrecht wohl im Ergebnis nur unter der Voraussetzung angenommen werden kann, dass eine eigentliche Täuschung über das Vorliegen tatbestandlicher Voraussetzungen anzunehmen ist, wird doch das subjektive Element in aller Regel kaum nachweisbar sein, da es auf die Absicht der Berufung auf das eingeräumte Recht nicht ankommen kann (auch das Bundesgericht betonte, dass die Ausübung von Freizügigkeitsrechten nicht von den damit verfolgten Absichten abhängt). Das schlichte «Ausnutzen» günstiger unionsrechtlicher Bestimmungen reicht jedenfalls grundsätzlich nicht aus. Die erwähnte Rechtsprechung des EuGH legt überdies nahe, dass die Ziele der Grundfreiheiten und des Familiennachzugs – soweit sie im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauch relevant werden – unabhängig von bestimmten Motivationen bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen jedenfalls auch die Wahrnehmung der durch sie gewährleisteten Rechte umfassen. .

(16) Vieles spricht vor diesem Hintergrund dafür, dass das unionsrechtliche Konzept des Rechtsmissbrauchs – jedenfalls im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten – deutlich enger ist als dasjenige des schweizerischen Rechts. Dem dürfte das angezeigte Urteil letztlich nicht Rechnung tragen, ohne dass das Bundesgericht diesen Aspekt eigens problematisiert. Der Umstand, dass angeblich kein Familienleben geführt werden sollte, vermag vielmehr auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs gerade keinen Rechtsmissbrauch zu begründen (vgl. insoweit auch bereits die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei *Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, 2018, 273 (297)).

(17) Die Voraussetzungen für das Bestehen eines Aufenthaltsrechts aufgrund des FZA sind vielmehr grundsätzlich abschliessend, sodass bei Vorliegen derselben ein entsprechendes Recht

ungeachtet der Absichten seiner Inanspruchnahme besteht. Soweit über 21-jährige Nachkommen betroffen sind, wird für den Familiennachzug allein das Abhängigkeitsverhältnis vorausgesetzt; dass die Beteiligten diverse Motivationen haben können (z.B. eine höhere Lebensqualität im Aufnahmestaat, medizinische Versorgung oder aber auch in absehbarer Zeit eine Arbeitsstelle), ist grundsätzlich irrelevant. Spezifisch in Bezug auf den Familiennachzug dürfte das Unionsrecht denn auch von der Vermutung ausgehen, dass bei Vorliegen der ausdrücklich formulierten Voraussetzungen für einen solchen Nachzug die familiäre Beziehung einen Nachzug ohne Weiteres rechtfertigt. Könnte bereits jegliche sonstige, darüber hinaus bestehende Motivation zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs führen, so würde dieses grundsätzlich bestehende Recht unter dem schwer vorhersehbaren allgemeinen Vorbehalt, dass keinerlei andere Motive für den Familiennachzug eine Rolle spielen, stehen. Ein solcher Ansatz trüge indes dem Umstand nicht Rechnung, dass Entscheidungen zum Umzug in einen anderen Staat regelmässig verschiedene Motivationen zugrundeliegen dürften

(18) Dieser Ansatz wurde vom Gerichtshof in der auch vom Bundesgericht zitierten Rs. C-423/12 (EuGH, Rs. C-423/12, Reyes, ECLI:EU:C:2014:16) herangezogen und präzisiert: In Bezug auf das Nachzugsrecht von Personen, denen Unterhalt gewährt wird, dürften – über das verlangte Abhängigkeitsverhältnis hinaus – keine zusätzlichen Anforderungen gestellt werden, so dass die Eigenschaft als Familienangehöriger in direkt absteigender Linie auch bei Personen über 21 Jahre ausschliesslich von der Unterhaltsgewährung abhängt. Ob der Betreffende nachweist, dass er (vergeblich) versucht hat, Arbeit zu finden, von den Behörden seines Herkunftslands Hilfe zum Lebensunterhalt zu erlangen oder auf sonstige Weise seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, sei daher in diesem Zusammenhang nicht von Belang, ebenso wie die möglichen Aussichten, eine Arbeit zu finden. Letztere könnten nicht dazu führen, dass die Eigenschaft als Familienangehöriger verneint wird, stünde doch eine solche Anforderung in einem Widerspruch zu dem in Art. 23 RL 2004/38 garantierten Recht, im Aufnahmemitgliedstaat eine Arbeit aufzunehmen. Der Gerichtshof begründet seinen Ansatz mit der weiten Auslegung der Vorschriften, die die Freizügigkeit der Unionsbürger gewährleisten sollen. Zusätzliche Erfordernisse – wie die erwähnten – seien geeignet, das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen übermässig zu erschweren, zumal ihr Vorliegen häufig nur sehr schwer nachweisbar sein dürfte.

(19) Auch wenn im konkreten Fall zahlreiche Umstände – wie das Bundesgericht im Einzelnen unter Verweis auf die Feststellungen der Vorinstanz festhält – durchaus dafür sprechen, dass der Beschwerdeführer im Gefolge des Familiennachzugs in der Schweiz eine Arbeit aufnehmen wollte, hätte dieser Aspekt vor dem Hintergrund der referierten Rechtsprechung des EuGH nicht zur Bejahung eines Rechtsmissbrauchs führen dürfen, soweit die Voraussetzungen für den Familiennachzug (das Abhängigkeitsverhältnis) zum Zeitpunkt der Antragstellung gegeben

war. Letzteres war aber zu bejahen und war auch in Deutschland rechtskräftig festgestellt worden. Zwar sind die Schweizer Behörden – wie das Bundesgericht betont – nicht an diese Feststellungen gebunden. Dies ändert aber nichts daran, dass sich hier möglicherweise ihre Berücksichtigung hätte aufdrängen können (wobei das Urteil insinuiert, dieser Aspekt sei vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht worden).

(20) Für den hier vertretenen Ansatz spricht auch die Effektivität des Nachzugsrechts von über 21-Jährigen: Diese werden in der Regel eine nicht mehr ganz so enge Beziehung zu ihren Eltern unterhalten wie unter 21-jährige, so dass z.B. eine getrennte Wohnung durchaus häufig sein wird und damit ein eigentlicher Nachweis der gelebten Familienbande schwierig erscheint. Weiter werden sie – soweit sie arbeitsfähig sind – regelmässig eine Erwerbstätigkeit anstreben, ein Umstand, dem Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA (wonach die Nachgezogenen Zugang zur Erwerbstätigkeit haben) auch Rechnung trägt. Da zunächst jedenfalls ein (wirtschaftliches) Abhängigkeitsverhältnis vorausgesetzt wird, ist auch nicht ersichtlich, warum auf diese Weise – so das Bundesgericht – eine «voraussetzungslose Arbeitsmigration von erwachsenen drittstaatsangehörigen Nachkommen von EU-Angehörigen» statuiert würde.

(21) Gleichzeitig ist aber nicht zu verkennen, dass auch auf der Grundlage des hier vertretenen Ansatzes einige Fragen noch nicht geklärt sind. Hinzuweisen ist insbesondere auf zwei Aspekte

- So ist nach wie vor unklar, ob und inwieweit ein Familiennachzug auch dann möglich ist, wenn die Familiengemeinschaft nicht bereits im Herkunftsstaat bzw. in dem Staat, in dem Unterhalt gewährt wurde, bestand, sondern die Person unabhängig davon nachgezogen werden soll. Während der EuGH (EuGH, Rs. C-456/12, O und B, ECLI:EU:C:2014:135) und das Bundesgericht (BG 2C_284/2016 vom 20. Januar 2017) in einer jüngeren Rechtsprechung in solchen Konstellationen bei Doppelbürgern und somit in Rückkehrkonstellationen ein Nachzugsrecht unter Betonung der Akzessorietät verneinen, geht eine frühere Rechtsprechung in anderen Fällen (also bei Fehlen einer Doppelbürgerschaft) davon aus, dass ein Familiennachzug gerade nicht davon abhängt, ob sich das betreffende drittstaatsangehörige Familienmitglied bereits vorher rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufgehalten hat (EuGH, Rs. C-127/08, Metock, ECLI:EU:C:2008:449; BGE 136 II 5; zur Problematik *Astrid Epiney*, Doppelbürgerschaft und Familiennachzug zum Anwendungsbereich des FZA, AJP 2017, 752 ff.).
- Sodann fragt es sich, ob ggf. die konkrete Aussicht auf einen Arbeitsplatz bzw. die Annahme eines solchen zu einem Verlust des Aufenthaltsrechts führt, wenn kein Unterhalt mehr gewährt wird. Vieles spricht für eine Verneinung dieser Frage: So hat der Gerichtshof in der erwähnten Rs. C-423/16 (Reyes) ausdrücklich festgehalten, der Aussicht auf einen Arbeitsplatz im Aufnahmemitgliedstaat komme für die Auslegung des Erfordernisses der Unterhaltgewährung keine Bedeutung zu (EuGH, Rs. C-423/12,

Reyes, ECLI:EU:C:2014:16; zu diesem Urteil schon Rn. 17), ein Ansatz, der wohl auch vor dem Hintergrund des massgeblichen Zeitpunkts (Unterhaltsgewährung im Herkunftsstaat) zu sehen ist. Im Übrigen spricht auch Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA für diesen Ansatz, entbehrte diese Bestimmung doch ansonsten jeden Sinns, da mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Verlust des Aufenthaltsrechts einherginge.

(22) Insgesamt impliziert das Urteil – so man seinen Ansatz verallgemeinert – eine bedeutende Einschränkung der Familiennachzugsrechte. Das Abstellen auf die Motivation bzw. die Annahme eines Rechtsmissbrauchs im Falle gewisser Absichten für den Nachzug müsste konsequenterweise auf alle Konstellationen des Familiennachzugs angewandt werden (also z.B. auch auf den Nachzug Minderjähriger), ganz abgesehen davon, dass auch andere Motivationen als diejenige der «Arbeitsmigration» einen Rechtsmissbrauch begründen könnten. Hinzu kommt, dass die Frage, ob wirklich ein Familienleben geführt werden soll bzw. die Familienbande hinreichend eng gelebt werden sollen, von zahlreichen mehr oder weniger subjektiven Wertungen abhängig sind, die sich zumindest zu einem grossen Teil der Objektivierung entziehen. Der Rechtssicherheit ist ein solcher Ansatz nicht dienlich.