Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

Astrid Epiney/Daniela Nüesch

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:
***Astrid Epiney/Daniela Nüesch*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2015/2016, Bern 2016, S. 303-345. Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 1
II. Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen 4
1. Anwendungsbereich des Abkommens 4
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit 11
3. Abgeleitete Aufenthaltsrechte 24
4. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit 32
5. Niederlassungsfreiheit 38
6. Diplomanerkennung 40
III. Schluss 42

I. Einleitung

Die Personenfreizügigkeit steht nach wie vor unter Druck: Die Art und Weise der Umsetzung des im Zuge der Annahme der „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingefügten Art. 121a BV ist nach wie vor unklar, und es ist zu erwarten, dass sich die Verhandlungssituation für die Schweiz nach dem Ausgang der „Brexit“-Abstimmung in Grossbritannien nicht wirklich verbessern wird. Vieles spricht – trotz aller Unsicherheiten – letztlich dann doch dafür, dass das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz einerseits und

der Europäischen Union (EU) und ihren Mitgliedstaaten andererseits (FZA)[1] Bestand haben wird.[2] Aber selbst wenn man hier pessimistischer ist, ist jedenfalls beim derzeitigen Stand der Dinge festzuhalten, dass das Freizügigkeitsabkommen derzeit nicht nur unverändert in Kraft und somit zu beachten ist (woran Art. 121a, der nicht unmittelbar anwendbar ist,[3] nichts geändert hat), sondern ihm in der Rechtspraxis nach wie vor eine grosse Bedeutung zukommt.
Vor diesem Hintergrund will dieser Beitrag (erneut) die Entwicklung der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen für den Zeitraum von Mitte 2014 bis Mitte 2016 nachzeichnen, in dem ausgewählte Urteile kurz dargestellt und ggf. gewürdigt werden. Im Mittelpunkt steht dabei die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (wobei der Beitrag keine Vollständigkeit anstrebt; vielmehr erfolgt eine Konzentration auf u.E. bedeutsame Urteile, und zahlreiche Urteile werden lediglich in den Fussnoten erwähnt); nur vereinzelt werden u.E. hervorzuhebende Entscheide kantonaler Gerichte berücksichtigt.

Thematisch bleiben Aspekte der sozialen Sicherheit[4] und nicht auf das Freizügigkeitsabkommen bezogene migrationsrechtliche Fragen ausgeblendet, und auch die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit wird nicht thematisiert.[5] Ausserdem wird im Sinne der

---

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

2 Vgl. insoweit auch den Beitrag von *Astrid Epiney*, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen (in diesem Band).

3 Vgl. BGE 142 II 35; *Peter Uebersax*, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter vom 14.4.2014, Rz. 72, 84; *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Jusletter v. 2.6.2014, Rz. 1, 10, 40.

4 Zur Rechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts *Silvia Bucher*, Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA und zu Anhang K des EFTA-Übereinkommens. Ein Überblick über einige Urteile mit weiterführenden Bemerkungen, SZS 2016, 105 ff.; *Basile Cardinaux*, Die aktuelle sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, Zürich/Bern 2015, 533 ff. (der Beitrag 2015/2016 ist im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht 2015/2016 im Erscheinen). S. auch den Überblick über jüngere Entwicklungen bei *Christine Kaddous/Christa Tobler*, Droit européen : Suisse – Union européen / Europarecht; Schweiz – Europäische Union, SZIER 2015, 591 (621 ff.).

5 Zu dieser die jährlichen Rechtsprechungsübersichten über die Judikatur des EuGH sowie die Bedeutung der einzelnen Urteile für Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht. S. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahr 2014 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Astrid Epiney/Markus Kern/Lena Hehemann (Hrsg.),

Anlage des Beitrags, einen Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu leisten, auf weitere Literaturhinweise weitgehend verzichtet. Der Beitrag knüpft damit an die Beiträge in den Jahrbüchern für Migrationsrecht aus den Jahren 2004/2005[6], 2007/2008[7], 2009/2010,[8] 2011/2012[9] und 2013/2014[10] an.

Ausgangspunkt der Rechtsprechung ist dabei der sog. Grundsatz der parallelen Auslegung des Freizügigkeitsabkommens mit dem Unionsrecht, dies soweit das Abkommen auf unionsrechtliche Begriffe zurückgreift, wobei auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen ist. Dieser in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[11] anerkannte Grundsatz – der (jedenfalls mittlerweile) auch vom EuGH zugrundegelegt wird[12] und in der Literatur grossmehrheitlich auf Zustimmung gestossen ist[13] – ergibt sich ausgehend von den völkerrechtlichen Grundsätzen für die Auslegung von Verträgen aus dem Ziel des

Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2014/2015, Zürich/Bern 2015, 53 ff. (der Beitrag 2015/2016 ist im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht 2015/2016 im Erscheinen).

6 *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, Bern 2005, 141 ff.

7 *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, Bern 2008, 227 ff.

8 *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, Bern 2010, 243 ff.

9 *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, 223 ff.

10 *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014, Bern 2014, 331 ff.

11 Grundlegend BGE 136 II 5 E. 3.4 sowie jüngst BGE 142 II 35.

12 EuGH, Rs. C-506/10 (Graf/Engel), Slg. 2011, I-9345; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766.

13 *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.; *Thomas Burri/Benedikt Pirker*, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 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.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; *Christine Kaddous/Diane Grisel*, Libre

Abkommens, eine im Verhältnis zum Unionsrecht parallele Rechtslage herzustellen, eine Zielsetzung, die auch in verschiedenen Bestimmungen des Abkommens zum Ausdruck kommt und sich in der auf verschiedenen Mechanismen beruhenden „Übernahme“ unionsrechtlicher Vorgaben, Konzepte und Rechtsakte materialisiert hat.

II. Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

1. Anwendungsbereich des Abkommens

a) Anwendbarkeit auf Drittstaatsangehörige

Der persönliche des FZA erstreckt sich zunächst und in erster Linie auf Staatsangehörige der Vertragsparteien (Art. 1 FZA). Jedoch räumen gewisse Bestimmungen des Abkommens auch Drittstaatsangehörigen gewisse Rechte ein, die aber immer in irgendeiner Form insofern abgeleiteter Natur sind, als sie in Bezug zu den Staatsangehörigen der Vertragsparteien garantierten Rechten stehen, wie insbesondere bei Familienangehörigen von Staatsangehörigen der Vertragsparteien. Punktuell werden sodann – so auch in sozialversicherungsrechtlichen Sekundärrechtsakten, die im Rahmen des FZA zu beachten sind – weiteren Drittstaatsangehörigen Rechte eingeräumt.

---

circulation des personnes et des services, 2012, 862; *Christina Schnell*, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, 2010, 124 ff.; *Nina Gammenthaler*, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, 2010, 280; *Florence Aubry-Girardin*, L’interprétation et l’application de l’Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), L’accord sur la libre circulation des personnes, 2011, 46; *Véronique Boillet*, L’interdiction de discrimination en raison de la nationalité aus sens de l’Accord sur la libre circulation des personnes, 2010, 53 ff.; *Christa Tobler*, Hier sind Onkel, hier sind Tanten, hier sind meine Anverwandten – Wer fällt im EU-Recht bzw. im bilateralen Recht unter den Familiennachzug?, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, 319 (327); s. aber auch die andere Akzentsetzung bei *Samantha Besson/Odile Ammann*, L’interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE – Une lecture de droit international, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, 331 ff., wobei deren Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der wohl h.L. jedoch nicht ganz klar wird, vgl. insoweit *Pirker*, ZBl. 2015, 295 ff. (ebd.). Zur Problematik ausführlich bereits *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 169 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

Vor diesem Hintergrund könne sich – wie das Bundesgericht in BGE 141 V 521 festhielt – ein in der Schweiz als Arbeitnehmer tätiger Drittstaatsangehöriger nicht auf das Freizügigkeitsabkommen und die hier massgebliche VO 883/2004[14] berufen, um einen Anspruch auf Kinderzulagen für seine beiden Söhne mit bulgarischer Staatsangehörigkeit geltend zu machen: Die VO 883/2004 finde lediglich auf Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates, Staatenlose oder Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat Anwendung. Drittstaatsangehörige seien darüber hinaus im Unionsrecht nur insofern von der VO 883/2004 und der VO 987/2009[15] erfasst, als die unabhängig davon geltende VO 1231/2010[16] deren Anwendungsbereiche auch auf Drittstaatsangehörige ausdehnt. Im Verhältnis Schweiz-EU komme die VO 1231/2010 jedoch nicht zum Zug, sie nicht im entsprechenden Anhang des FZA aufgeführt sei.[17] Die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs der VO 883/2004 scheitere demnach – wie dies die Vorinstanz zu Recht festgestellt habe – an der Nationalität des aus Guatemala stammenden Antragsstellers.

Auch könne der Antragsteller aus seiner Eigenschaft als Familienangehöriger von Unionsbürgern in der konkreten Konstellation keine Rechte ableiten. Denn Familienangehörigen von Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates stehe nur insoweit ein abgeleitetes Recht auf Familienleistungen zu, als es sich dabei um Leistungen bei Krankheit oder Witwen-/Witwerversorgung in der Unfall- oder Rentenversicherung handelt. Im Übrigen führe die bulgarische Staatsangehörigkeit der Ehefrau und der Söhne nicht zur Eröffnung des Anwendungsbereiches, da diese hierfür von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht haben müssten, was angesichts ihres Aufenthalts im Herkunftsland Bulgarien zu verneinen sei.[18]

Das Bundesgericht weist sodann auf den Unterschied des zu entscheidenden Falles zu der BGE 139 V 393 zugrunde liegenden Fallkonstellation hin, in dem einem Drittstaatsangehörigen in seiner Eigenschaft als Familienangehöriger

---

14 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1-123.

15 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABl. L 284 vom 30.10.2009, S. 1-42.

16 Verordnung (EU) Nr. 1231/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Ausdehnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Verordnungen fallen, ABl. L 344 vom 29.12.2010, S. 1-3.

17 BGE 141 V 521 E. 4.3.1.

18 BGE 141 V 521 E. 4.3.3, 4.3.4.

gestützt auf das FZA auch nach Verlassen der Schweiz ein Recht auf eine AHV-Altersrente zugestanden wurde: In diesem Fall habe eine Leistung zur Debatte gestanden, die nicht an die Erwerbstätigkeit anknüpfe, dies im Gegensatz zu den im vorliegenden Urteil zur Debatte stehenden Kinderzulagen, die an die Arbeitnehmereigenschaft anknüpfen: Bei einer solchen Konstellation komme eine Ausdehnung auf Drittstaatsangehörige als Familienmitglieder von vornherein nicht in Frage.[19]

Das Urteil ist überzeugend und gut nachvollziehbar begründet: In der Tat ging es in der vorliegenden Fallgestaltung um die Rechte des Drittstaatsangehörigen, der als solcher eben nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des Abkommens fällt, woran auch die Familienangehörigen, die Unionsbürger waren, nichts ändert. Letztlich scheiterte damit die Anwendbarkeit des Abkommens aus zwei Gründen: Einerseits hätte es sich bei dem Arbeitnehmer selbst um einen Unionsbürger handeln müssen; andererseits schieden abgeleitete Rechte des Arbeitnehmers schon deshalb aus, weil die Unionsbürger selbst sich nicht auf das Abkommen berufen hatten bzw. von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten. Nicht beantworten musste das Bundesgericht die Frage, ob in zwei anderen denkbaren Konstellationen (Wohnsitz der Familie bei dem Drittstaatsangehörigen in der Schweiz oder aber ein Wohnsitz der Familie in einem anderen EU-Staat als der Heimatstaat) ein Anspruch auf Kinderzulagen bestanden hätte. Jedenfalls auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens (eine andere Frage ist diejenige nach der Tragweite nationalen Rechts in diesem Zusammenhang) wäre aber auch in diesen Konstellationen ein Anspruch auf Kinderzulagen wohl zu verneinen gewesen, geht es doch in jedem Fall um einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer, der als solcher nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fällt.

b) Anwendbarkeit auf DoppelbürgerInnen

Im Zusammenhang mit der Eruierung des Anwendungsbereichs der Verträge im Sinn des Art. 18 AEUV (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) geht der Gerichtshof letztlich davon aus, dass dieser bereits dann eröffnet ist, wenn eine Person neben der Staatsangehörigkeit des Heimat- und Aufenthaltsstaates die Staatsangehörigkeit eines weiteren EU-Mitgliedstaates besitzt, ohne dass noch eigens geprüft wird, ob darüber hinaus ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt. Relevant geworden ist dies insbesondere im Zusammenhang mit namensrechtlichen Regelungen, in Bezug auf welche der Gerichtshof offenbar davon ausgeht, dass eine Art potentieller

[19] BGE 141 V 521 E. 4.4.

grenzüberschreitender Bezug bei namensrechtlichen Regelungen schon deshalb vorliegt, weil nicht ausgeschlossen ist, dass in dem anderen Staat in Zukunft z.B. Rechte geltend gemacht werden könnten.[20]

Hingegen geht der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Regelungen über den Familiennachzug davon aus, dass diese nur unter der Voraussetzung zum Zuge kommen können, dass der Doppelbürger von seinem Freizügigkeitsrecht tatsächlich Gebrauch gemacht hat. So verwehrte der EuGH in der Rs. *McCarthy* einer britisch-irländischen Staatsangehörigen das Nachzugsrecht ihres drittstaatsangehörigen Ehegatten unter Hinweis darauf, dass die betreffende Doppelbürgerin seit jeher im Vereinigten Königreich gelebt und somit nie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht habe. Denn von der im konkreten Fall massgeblichen RL 2004/38 seien einzig EU-Bürger erfasst, die sich in einem Mitgliedstaat aufhalten, deren Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen.[21]

In einem Urteil vom 10. Februar 2016[22] vollzog das Bundesverwaltungsgericht nun diese Rechtsprechung des EuGH nach. Im Zentrum des Urteils stand dabei die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das FZA beim Nachzug einer ecuadorianischen Staatsangehörigen durch die schweizerisch-französische Stieftochter anwendbar ist. Ausgangspunkt ist für das Gericht, dass das FZA nur dann zur Anwendung gelange, wenn der Sachverhalt ein grenzüberschreitendes Element aufweist. Die Geltendmachung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts setze somit voraus, dass der originär Berechtigte von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat. Spezifisch in Bezug auf den Familiennachzug weist das Gericht – unter ausführlicher Bezugnahme auf die Rechtslage in der Union und die Rechtsprechung des EuGH – darauf hin, dass dieser letztlich die Effektivität der Freizügigkeitsrechte der primär Berechtigten sichern solle. So seien für den Familiennachzug – nach Massgabe des Grundsatzes des „*effet utile*“ – in erster Linie wirtschaftliche Zwecke massgeblich. Dementsprechend solle der Familiennachzug nicht in erster Line dazu dienen, den Familienmitgliedern als solche ein Aufenthaltsrecht zuzusprechen, sondern es gehe vielmehr darum, die Freizügigkeit der Arbeitnehmenden zu erleichtern, die andernfalls verpflichtet wären, bei der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte ihre Familien zu verlassen.[23] Der Besitz der Staatsbürgerschaft eines EU-Mitgliedstaates zusätzlich zur schweizerischen Staatsangehörigkeit könne daher für

---

20 S. EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Slg. 2008, I-7639; EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Slg. 2010, I-13693.

21 EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375, ECLI:EU:C:2011:277, Rn. 39 ff. Siehe hierzu bereits *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Fn.), 223 (242).

22 BVGer C-3189/2015 vom 10.02.2016.

23 BVGer C-3189/2015 vom 10.02.2016 E. 6.1.2.

sich allein genommen nicht die Anwendbarkeit des Abkommens begründen, zumal dies letztlich zu einer Ungleichbehandlung zwischen EU-Bürgern und Schweizer Doppelbürgern führte. Angesichts der erwähnten EuGH-Rechtsprechung müsse sich ein Schweizer Bürger, der überdies über die Staatangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates verfügt, vielmehr in jedem Fall auf ein grenzüberschreitendes Element berufen können, damit das FZA zur Anwendung gelangt. Im konkreten Fall hätte die Stieftochter ihr Freizügigkeitsrecht dementsprechend ausserhalb der Staaten, deren Staatsangehörigkeit sie besass, ausüben müssen. Im Ergebnis sei dies auch deshalb folgerichtig, da die originär Berechtigte durch diesen negativen Entscheid nicht in ihrem Freizügigkeitsrecht eingeschränkt werde. Ausserdem könne dadurch eine parallele Rechtslage zwischen der EU und der Schweiz herbeigeführt werden.[24]

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist damit in Bezug auf Eröffnung des Anwendungsbereichs des FZA zurückhaltender als das Bundesgericht, das es in vergleichbaren Konstellationen – allerdings teilweise vor dem Erlass des Urteils des EuGH in der Rs. *McCarthy* – für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezug genügen liess bzw. lässt, dass irgendein Element des Ausgangssachverhalts einen Bezug zu einer anderen Vertragspartei aufweist, so auch allein der Umstand, dass eine Person auch Doppelbürgerin ist,[25] bzw. das FZA im Fall von Doppelbürgerschaften für anwendbar erachtet, ohne dabei zu prüfen, ob die betreffenden Personen von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben,[26] dies nachdem die Frage nach der Anwendbarkeit des FZA auf Doppelbürger lange Zeit offen gelassen worden war.[27] Der Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts erscheint in Anbetracht der parallelen Struktur der im Unionsrecht einerseits und im Freizügigkeitsabkommen andererseits gewährleisteten Familiennachzugs- und Aufenthaltsrechte – womit der Grundsatz der „Parallelität der Auslegung“ des Abkommens im Verhältnis zum Unionsrecht zum Zuge kommt[28] – grundsätzlich überzeugend. Allerdings werfen einige Erwägungsgründe Fragen auf bzw. sind zumindest missverständlich: Wenn das Gericht darauf hinweist, der Familiennachzug verfolge in erster Linie wirtschaftliche Zwecke, so erscheint dies doch etwas arg verkürzt, geht es doch

---

24 BVGer C-3189/2015 vom 10.02.2016 E. 6.2.

25 BGE 135 II 369.

26 So z.B. auch in BGer 2C_296/2015 vom 28.01.2016 bezüglich des Nachzugs 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 und beschäftigte sich namentlich mit der Voraussetzung der Gewährleistung des Unterhalts des nachgezogenen Familienmitglieds, s. namentlich E. 4.3.2. Ebenfalls sich nicht in Bezug auf diese Frage festlegend BGer 2C_1071/2013 vom 06.06.2014.

27 Vgl. BGer 2C_1071/2013 vom 06.06.2014 E. 3.3.

28 S.o. I. sowie die Nachweise in Fn. XX.

auch um den Familiennachzug von Nichterwerbstätigen, ganz abgesehen davon, dass auch beim Familiennachzug grundrechtliche Erwägungen eine Rolle spielen müssen. Möglicherweise wollte das Gericht mit dieser Formulierung lediglich auf den grundsätzlich akzessorischen Charakter der Familiennachzugsrechte verweisen. Auch dürfte aus der Rechtsprechung des EuGH nicht abzuleiten sein (wie das Bundesverwaltungsgericht anzunehmen scheint), dass ein grenzüberschreitender Bezug nur dann begründet werde, wenn das Freizügigkeitsrecht ausserhalb der Staaten, deren Staatsangehörigkeit eine Person besitzt, ausgeübt wird. Denn die entsprechende Passage in der Rechtsprechung des Gerichtshofs[29] bezieht sich nur auf die RL 2004/38; hingegen nahm der Gerichtshof auf der Grundlage des Art. 21 AEUV (Freizügigkeit der Unionsbürger) in Rückkehrkonstellationen eine analoge Anwendung der RL 2004/38 an. Und in der Tat muss es für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs ausreichend sein, wenn grenzüberschreitend – in Bezug auf welchen Vertrags- bzw. EU-Mitgliedstaat auch immer – von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht wurde, ohne dass die Frage, ob die betreffende Person (auch) z.B. die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats besitzt, relevant wäre. Jeder andere Ansatz würde nicht nur Zielsetzung und Tragweite der gewährten Freizügigkeitsrechte sowie der akzessorischen Familiennachzugsrechte verkennen, sondern auch zu kaum nachvollziehbaren und wohl auch nicht mit dem Gleichheitssatz in Einklang stehenden Ergebnissen führen, wäre doch diesfalls der Staatsangehörige eines Mitgliedstaats allein deshalb vom Anwendungsbereich des Unionsrechts und des FZA ausgeschlossen, weil er zusätzlich noch die Staatsangehörigkeit eines weiteren Staates besitzt.

c) Inländerdiskriminierung

Die Problematik der Inländerdiskriminierung wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits mehrfach diskutiert. In seinen Urteilen hat das Bundesgericht jeweils auf die (mögliche) Unvereinbarkeit der massgeblichen Bestimmungen des AuG mit Art. 8, 14 EMRK hingewiesen, jedoch darauf verzichtet, im konkreten Einzelfall eine entsprechende Prüfung vorzunehmen und bei Vorliegen eines Widerspruchs dem Völkerrecht Vorrang zu gewähren. Vielmehr sei es Aufgabe des Gesetzgebers, die Schlechterstellung der Schweizer gegenüber EU-Bürgern im Rahmen einer Gesetzesänderung zu beseitigen.[30]

---

[29] Das Bundesverwaltungsgericht verweist hier auf EuGH, Rs. C-456/12, O., ECLI:EU:C:2014:135, Rn. 42 f.

[30] S. BGer 2C_135/2009 vom 22.1.2010; BGE 136 II 120; BGer 2C_354/2011 vom 13.7.2012. Hierzu *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn.), 331 (335 ff.), wobei insbesondere kritisiert wird, dass das Bundesgericht keine Prüfung der gesetzlichen Regelungen am Massstab der Art. 8, 14 EMRK vornimmt.

In einem Urteil vom 21. Dezember 2015[31] hatte sich auch das Bundesverwaltungsgericht mit einer Fallkonstellationen auseinanderzusetzen, bei der das FZA im Vergleich zum AuG eine günstigere Regelung vorsieht. Gegenstand des Urteils bildete das Aufenthaltsrecht einer Mutter eines kosovarischen Staatsangehörigen, der mit einer Schweizerin verheiratet war. Den ablehnenden Entscheid hatte das SEM damit begründet, dass im konkreten Fall die in Art. 28 AuG i.V.m. Art. 25 VZAE festgelegten Aufenthaltsvoraussetzungen für Rentnerinnen nicht erfüllt gewesen seien. Das Bundesverwaltungsgericht schloss sich dieser Auffassung an (nachdem es die geltend gemachte Verletzung des Rechts auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK mit der Begründung zurückgewiesen hatte, dass die Beziehung zwischen einem volljährigen Kind und seiner Mutter, die weder an einer Behinderung noch einer schweren Krankheit leidet, nicht von Art. 8 EMRK geschützt sei):[32] Art. 28 AuG i.V.m. Art. 25 VZAE setzten namentlich voraus, dass die Mutter besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz besitze, eine Voraussetzung, deren Tragweite das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung zu ergründen sucht. Namentlich sei in historischer Hinsicht zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber im Zuge der Einführung des AuG bewusst keinen Familiennachzug der Verwandten in aufsteigender Linie – entsprechend der in Art. 3 Anhang I FZA enthaltenen Regelung – vorgesehen habe und deshalb auch Art. 28 AuG nicht derart zu verstehen sei, dass „indirekt“ ein solcher Familiennachzug ermöglicht werde, so dass Beziehungen zu in der Schweiz wohnhaften nahen Verwandten in absteigender Linie für sich alleine genommen nicht ausreichten.[33] Im Resultat sei auch deshalb an einer solchen Auslegung festzuhalten, da ansonsten die Bestimmungen bezüglich des Familiennachzugs umgangen werden und eine echte Lücke vorliegend nicht bestehen könne, zumal das Gericht einen solchen Familiennachzug bewusst nicht geregelt hätte. Die mit der Inländerdiskriminierung einhergehende Ungleichbehandlung sei zwar stossend, doch sei das Gericht nicht befugt, eine nicht bestehende, aber wünschenswerte Regelung entgegen dem Willen des Gesetzgebers zu schaffen, so dass der in eine andere Richtung gehende Ansatz des Obergerichts des Kantons Aargau in einem nicht publizierten Entscheid vom 8. Juli 2015 abzulehnen sei.[34] Vor diesem Hintergrund kam das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis zum Schluss, dass im konkreten Fall keine engen Beziehungen zur Schweiz festgestellt werden könnten.[35]

---

31 BVGer C-4356/2014 vom 21.12.2015.
32 BVGer C-4356/2014 vom 21.12.2015 E. 4.1, 5.1.
33 BVGer C-4356/2014 vom 21.12.2015 E. 4.4.7.1.
34 BVGer C-4356/2014 vom 21.12.2015 E. 4.4.8, 4.4.9.
35 BVGer C-4356/2014 vom 21.12.2015 E. 5.2.2.

Die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommen Auslegung erstaunt umso mehr, als der präzisierende Art. 25 Abs. 2 lit. b VZAE explizit vorsieht, dass besondere persönliche Beziehungen zur Schweiz insbesondere dann angenommen werden können, wenn enge Beziehungen zu nahen Verwandten in der Schweiz bestehen (Eltern, Kinder, Enkelkinder oder Geschwister). Das Bundesverwaltungsgericht hätte die Beurteilung derartiger Fälle demnach auch als Gelegenheit sehen können, um die Auswirkungen der Inländerdiskriminierung beim Familiennachzug von Verwandten in aufsteigender Linie zumindest zu verringern.[36] Darüber hinaus ist auch in Bezug auf dieses Urteil anzumerken, dass die Inländerdiskriminierung in diesem Zusammenhang gegen Art. 8, 14 EMRK verstossen dürfte (warum die Beziehung von volljährigen Kindern zu ihren Eltern grundsätzlich nicht von diesen Garantien erfasst sein sollen, bleibt im Übrigen unklar), so dass die Rechtsprechung die einschlägige Regelung im AuG u.E. am Massstab dieser zwingenden Vorgaben der EMRK prüfen und ihnen die Anwendung versagen müsste.[37]

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Arbeitnehmerbegriff

In mehreren Urteilen hatte sich das Bundesgericht im Berichtszeitraum mit dem Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Freizügigkeitsabkommens zu befassen. Allgemein und in Anknüpfung an seine Rechtsprechung geht das Bundesgericht dabei davon aus, dass der Arbeitnehmerbegriff in Anlehnung an das Unionsrechts und unter Berücksichtigung der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung zu bestimmen ist.[38] Als Arbeitnehmer im Sinne des FZA gelten demnach Personen, die während einer bestimmten Zeit Leistungen für eine andere Person nach deren Weisungen erbringen und als Gegenleistung hierfür eine Vergütung erhalten. Dabei sind der zeitliche Umfang der Tätigkeit und die Höhe des Lohnes nicht in erster Linie massgeblich, so dass jeder als Arbeitnehmer anzusehen sei, der eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, wobei jedoch solche Tätigkeiten nicht erfasst seien, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.[39]

---

36 Eingehender hierzu *Marc Spescha*, Kommentar zu Art. 28 AuG, in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2015, Rn. 3.

37 S. insoweit bereits *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn.), 331 (335 ff.).

38 Verkannt hat dies beispielsweise die in BGE 140 II 460 urteilende Vorinstanz, die zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers das nationale Recht als massgeblich erachtete.

39 BGE 141 II 1 E. 2.2.3 und 2.2.4. sowie die einschlägige Rechtsprechung des EuGH, insb. EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie Blum*, Slg. 1986, 2121, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 16

In Anlehnung an die europäische Rechtsprechung ist der Arbeitnehmerbegriff weit auszulegen,[40] wobei letztlich auch die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind.[41]

Folgende Urteile des Bundesgerichts vermögen auf dieser Grundlage die Reichweite des Arbeitnehmerbegriffs zu präzisieren:

- In einem Urteil vom 14. Juli 2015[42] hatte das Bundesgericht über die Arbeitnehmereigenschaft einer portugiesischen Staatsangehörigen, die als Pflegeassistentin zu einem Lohn von 2‘532.65 CHF zu 80% angestellt war, zu befinden. Zusammen mit ihrem nicht erwerbstätigen, von den Kapverden stammenden Ehemann musste sie für ihr gemeinsames Kind sowie die von ihm nachgezogenen zwei Söhne aufkommen. Das Ehepaar war stark verschuldet und zum Unterhalt ihrer Familie auf Sozialhilfeleistungen angewiesen. In Anbetracht der finanziellen Notlage der Familie kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die berufliche Tätigkeit der Ehefrau aufgrund des derart niedrigen Lohnes als unwesentlich und untergeordnet einzustufen sei.[43] Dieser Auffassung folgte das Bundesgericht nicht und hielt fest, die Auslegung des FZA habe im Hinblick auf eine möglichst weitgehende Personenfreizügigkeit zu erfolgen. Die Frage nach einer hinreichenden Vergütung sei deshalb nach Massgabe der individuellen Verhältnisse des Arbeitnehmers zu beurteilen, ohne den Unterhalt anderer vom Aufenthaltsrecht der betreffenden Person abgeleitete Aufenthaltsberechtigte miteinzubeziehen, zumal diese ebenfalls einer Erwerbstätigkeit nachgehen könnten bzw. müssten. Die Vergütung sei im konkreten Fall zwar tatsächlich gering, entspreche aber den Vorgaben des im vorliegenden Tätigkeitsbereich relevanten Gesamtarbeitsvertrags und sei deshalb als relevantes Einkommen zu erachten. Zudem seien keine Anzeichen ersichtlich, die auf ein missbräuchliches Verhalten der Arbeitnehmerin deuten. Der Bezug von

ff.; EuGH, Rs. 197/86, *Brown*, Slg. 1988, 3205, ECLI:EU:C:1988:323, Rn. 21; EuGH, Rs. C-3/87, *Agegate*, Slg. 1989, 4459, ECLI:EU:C:1989:650, Rn. 36 ff.; EuGH, Rs. C-3/90, *Bernini*, Slg. 1992, I-1071, ECLI:EU:C:1992:89, Rn. 15 ff.; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, ECLI:EU:C:2004:488, I-7573, Rn. 15 ff.; EuGH, Rs. C-94/07, *Raccanelli*, Slg. 2008, I-5939, ECLI:EU:C:2008:425, Rn. 33; ausführlicher hierzu *Benedikt Pirker*, Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft im Freizügigkeitsabkommen, AJP 2009, 1217 ff.

40 BGE 140 II 460 E. 4.1.1. sowie die an dieser Stelle zitierte EuGH-Rechtsprechung.

41 S. insoweit z.B. EuGH, Rs. C-432/14, *O/Bio Philippe Auguste*, ECLI:EU:C:2015:643 (im Zusammenhang mit mit der befristeten Anstellung eines Studenten während vier Tagen innerhalb seiner Semesterferien); EuGH, Rs. C-229/14, *Balkaya*, ECLI:EU:C:2015:445 (Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds einer Unternehmensleitung).

42 BGer 2C_1061/2013 vom 14.07.2015.

43 BGer 2C_1061/2013 vom 14.07.2015 E. 4.4.

Sozialhilfe und die starke Verschuldung stehen der Qualifikation als Arbeitnehmerin nicht entgegen und können ausserdem – solange von einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen ist – nicht zum Widerruf der Aufenthaltsbewilligung führen.[44]

- Die Frage nach dem Vorliegen einer unwesentlichen und untergeordneten Tätigkeit war Gegenstand eines Urteils des Bundesgerichts vom 6. August 2015[45]. Fraglich war namentlich, ob einem Unionsbürger (ein Brite) die Arbeitnehmereigenschaft aufgrund der auf Einsatzverträgen („*contrat de mission*“) beruhenden Tätigkeit als Gerüstbaumitarbeiter zugestanden werden konnte. Nach Ansichten der Vorinstanz war die Arbeitnehmereigenschaft im vorliegenden Fall zu verneinen, da der Brite nicht darlegen konnte, dass das Erwerbseinkommen seinen Existenzgrundbedarf deckt.[46] Demgegenüber wies das Bundesgericht (zutreffend) zunächst darauf hin, dass die Erfüllung des Arbeitnehmerbegriffs kein existenzsicherendes Einkommen voraussetze und die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage innerstaatlichen Rechts für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft nicht allein massgeblich sei.[47] Allerdings verneinte das Bundesgericht gleichwohl die Arbeitnehmereigenschaft, dies unter Hinweis darauf, dass selbst bei einem Lohn von rund Fr. 800,- pro Monat (im konkreten Fall gab es noch diverse Beweisprobleme) anzunehmen sei, dass es um eine Leistung einer lediglich geringen Anzahl von Arbeitsstunden gehe, so dass die Tätigkeit aufgrund ihres reduzierten Umfangs und der wenig lukrativen Vergütung als ungeordnet und unwesentlich anzusehen sei.[48]
- In einem Urteil vom 29. März 2016[49] beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Arbeitnehmereigenschaft eines italienischen Staatsangehörigen, der seit September 2013 über verschiedene Personalvermittlungsagenturen in wechselnden Einsatzbetrieben als Maler tätig war. Die Vorinstanz hatte die Arbeitnehmereigenschaft mit der Begründung verneint, dass der Nachweis eines bestehenden Arbeitsverhältnisses fehle und die letzte Arbeitstätigkeit am 5. Januar 2015 begonnen und weniger als drei Monate gedauert habe.[50] Diesen Standpunkt verwarf das Bundesgericht: Aufgrund der seit 2013 ausgeführten Einsätze ohne grössere Unterbrüche und im Vollzeit-

44 BGer 2C_1061/2013 vom 14.07.2015 E. 4.4, 4.5.
45 BGer 2C_1137/2014 vom 06.08.2015.
46 BGer 2C_1137/2014 vom 06.08.2015 E. 4.1.
47 BGer 2C_1137/2014 vom 06.08.2015 E. 4.1.
48 BGer 2C_1137/2014 vom 06.08.2015 E. 4.3, 4.4.
49 BGer 2C_793/2015 vom 29.03.2016.
50 BGer 2C_793/2015 vom 29.03.2016 E. 3.2.

pensum könne von einer auf Dauer angelegten und beständigen Erwerbstätigkeit ausgegangen werden.[51] Damit kann auch eine Vielzahl von über einen längeren Zeitraum wahrgenommenen Tätigkeiten ohne längere Zeitspannen der Arbeitslosigkeit zur Annahme der Arbeitnehmereigenschaft führen.

- Die Arbeitnehmereigenschaft einer portugiesischen Staatsangehörigen, die sich mit arbeitstätigen und erwerbslosen Zeitphasen seit 1999 in der Schweiz aufhielt und seit dem 31. Januar 2011 aufgrund eines IV-Entscheides als arbeitsunfähig galt, stand in einem Bundesgerichtsentscheid vom 21. April 2016[52] im Zentrum des Interesses, dies im Zusammenhang mit der Frage nach ihrem Verbleiberecht, das u.a.[53] das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft zum Zeitpunkt des Eintretens der Invalidität am 31. Januar 2011 voraussetzte.[54]. Fraglich war deshalb im konkreten Fall, ob die wahrgenommene Tätigkeit in einer Wäscherei von September 2010 bis Ende Januar 2011 im Rahmen eines Wiedereingliederungsprogrammes zu einem Lohn von 3‘000.-- CHF den Arbeitnehmerstatus zu begründen vermochte.[55] Während das Bundesgericht in einem Urteil vom 10. April 2014[56] noch der Ansicht gewesen war, dass Wiedereingliederungsmassnahmen nicht zur Begründung des Arbeitnehmerstatus‘ führen könnten, bejahte es die Arbeitnehmereigenschaft der Portugiesin im vorliegenden Entscheid. In dem Urteil aus dem Jahr 2014 war die Relevanz zweier Arbeitsstellen mit der Begründung verneint worden, dass die Arbeitsbeschäftigungen von kurzer Dauer gewesen seien, die Person dazwischen sechs Monate lang arbeitslos gewesen sei, die beiden Stellen auf eine lange Phase der Arbeitslosigkeit gefolgt seien und die betroffene Person darüber hinaus seit 2010 Sozialhilfe bezogen habe.[57] Im vorliegenden Entscheid aus dem Jahr 2016 wies das Bundesgericht hingegen zunächst darauf hin,

---

51 BGer 2C_793/2015 vom 29.03.2016 E. 3.3.

52 BGer 2C_761/2015 vom 21.04.2016.

53 Ein solches Verbleiberecht hing ansonsten davon ab, ob die Portugiesin im Sinne von Art. 4 Anhang I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b VO 1251/70 (Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 der Kommission vom 29.6.1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. L 142 vom 30.6.1970, S. 24-26) infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Arbeitsbeschäftigung aufgegeben und sich bereits seit mindestens zwei Jahren in der Schweiz aufgehalten hat. Ausführlicher zum Verbleiberecht unten II.2.c).

54 BGer 2C_761/2015 vom 21.04.2016 E. 3.

55 BGer 2C_761/2015 vom 21.04.2016 E. 4.4.

56 BGer 2C_390/2013 vom 10. April 2014.

57 BGer 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 4.4. Kritisch hierzu: *Benedikt Pirker*, AJP 2009 (Fn. 15), 1223 f.

dass nach Massgabe der Rechtsprechung des EuGH keine Gründe ersichtlich seien, die der Qualifikation vergüteter Arbeitsleistungen im Rahmen von Wiedereingliederungsmassnahmen als echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeiten entgegenstünden. Denn die Beurteilung einer echten und wirtschaftlichen Tätigkeit setzte jedenfalls eine Gesamtbetrachtung der im Einzelfall massgeblichen Umstände voraus. Die bundesgerichtliche Argumentation im Urteil vom 14. April 2014 stehe somit im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH.[58] Im konkreten Fall wiesen die Arbeitsbeschäftigung in Vollzeit und die Vergütung von 3‘000.-- Franken zwar auf eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit hin, jedoch könne wegen fehlender Sachverhaltselemente zur Art der Arbeitsausübung und damit namentlich zum Inhalt der Wiedereingliederungsmassnahme und den Modalitäten der Arbeitserbringung keine abschliessende Beurteilung vorgenommen werden. Die Sache wurde deshalb zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.[59]

Die angezeigten Urteile des Bundesgerichts verdeutlichen nicht nur, dass die Frage nach der Bedeutung des Begriffs des Arbeitnehmers einer derjenigen Auslegungsfragen im Rahmen des FZA ist, die insoweit geklärt ist, als nicht in Frage gestellt wird, dass es sich hier um einen unionsrechtlichen Begriff handelt, der ebenso wie im Unionsrecht auszulegen ist, wobei auch die Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens herbeizuziehen ist und auch vom Bundesgericht herbeigezogen wird. Das Bundesgericht scheut sich auch nicht, seine Rechtsprechung ggf. zu korrigieren bzw. anzupassen, wenn es dies für angezeigt hält bzw. sich dies aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufdrängt respektive als notwendig erweist. Die zuletzt angeführten Urteile im Zusammenhang mit Wiedereingliederungsmassnahmen sind hierfür ein beredtes Beispiel: In der Entscheidfindung bezog sich das Bundesgericht auf eine nach Unterzeichnung des FZA ergangene EuGH-Rechtsprechung, wonach Wiedereingliederungsmassnahmen die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft nicht generell ausschliessen, sondern für das Vorliegen einer echten und wirtschaftlichen Tätigkeit in jedem Fall eine Gesamtbetrachtung aller Umstände erforderlich sei.[60] Im Fall von Wiedereingliederungsmassnahmen sei namentlich zu prüfen, ob es sich dabei um eine auf dem Beschäftigungsmarkt

---

58 So auch *Andreas Zünd/Thomas Hugi Yar*, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik, Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen/Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, Zürich 2015, 193 (insb. Fn. 177).

59 BGer 2C_761/2015 vom 21.04.2016 E. 4.5. S. sodann BGer 2C_195/2014 vom 12.1.2015, wo das Gericht die Arbeitnehmereigenschaft aufgrund von Praktika verneinte, wobei es ausdrücklich darauf hinwies, entscheidend sei jeweils eine Gesamtsicht der Umstände.

60 EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, ECLI:EU:C:2004:488, Rn. 17 ff.

übliche Arbeitserbringung handelt, wobei hierfür insbesondere die am Arbeitsort geltenden Rahmenbedingungen, der Inhalt der Wiedereingliederungsmassnahme, die Art der Arbeitsleistung und die Modalitäten ihrer Erbringung zu berücksichtigen sind.[61]

Auch illustriert die Rechtsprechung des Bundesgerichts – übrigens ebenso wie diejenige des EuGH, wobei bemerkenswert ist, dass auch das Bundesgericht das FZA so auslegen will, dass die Personenfreizügigkeit möglichst weitgehend gewährleistet ist, eine klare Bezugnahme auf den Grundsatz des *effet utile* – den weiten Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit: Insbesondere kann auch im Falle eines niedrigen Einkommens von einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen sein, wie auch das Bundesgericht klarstellt. So betont denn auch der EuGH, dass der Bezug von öffentlichen Geldern aufgrund eines nicht existenzsicherenden Einkommens dem Erwerb der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegensteht, soweit eine tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeit angenommen werden kann.[62] In BGE 131 II 339 hat sich das Bundesgericht dieser bereits vor Unterzeichnung des FZA entwickelten Rechtspraxis angeschlossen, womit auch sog. „*working poor*" vom Arbeitnehmerbegriff erfasst werden können.[63] Dies ergibt sich schliesslich auch aus Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA, wonach eine Arbeitnehmerin bei der Gewährleistung sozialer Vergünstigungen – wozu gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Sozialhilfeleistungen gehören[64] – ein Recht auf Gleichbehandlung hat. Eine Arbeitnehmerin hat somit Anspruch darauf, unter denselben Bedingungen wie eine inländische Arbeitskraft Sozialhilfeleistungen zu beziehen und darf folglich aufgrund des Bezugs von Sozialhilfeleistungen nicht von der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgeschlossen werden.[65]

Gleichwohl vermögen nicht alle Aspekte der Rechtsprechung in jeder Hinsicht zu überzeugen, dies in erster Linie weil das Bundesgericht die einschlägigen

---

61 EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, ECLI:EU:C:2004:488, Rn. 24.

62 So namentlich das vor Unterzeichnung des FZA ergangene Urteil des EuGH, Rs. 139/85, *Kempf*, Slg. 1986, 1741, ECLI:EU:C:1986:223, Rn. 14.

63 BGE 131 II 339 E. 3.3; BGer 2C_1061/2013 vom 14.07.2015 E. 4.2.1.

64 BGE 141 V 321 E. 4.1.

65 Der Vollständigkeit halber sei aber auch darauf hingewiesen, dass gewisse freizügigkeitsberechtigte Personen von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden dürfen, so z.B. Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA. Hingegen sind die von Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA erfassten Personen nach wie vor als Arbeitnehmende anzusehen (mit der Konsequenz eines diskriminierungsfreien Zugangs zu Sozialhilfe), vgl. aus der Rechtsprechung z.B. BGE 141 V 688 E. 4.2. Zum Ganzen *Silvia Gastaldi*, L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik, Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen/Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, Zürich 2015, 131 ff.

unionsrechtlichen Grundsätze in wenig überzeugender Weise auf den konkreten Fall anwendet. So ist der Rechtsprechung etwa zu entnehmen, dass eine Tätigkeit aufgrund der geringen Anzahl geleisteter Arbeitsstunden und der niedrigen Entlohnung grundsätzlich als unwesentlich zu betrachten sei.[66] Nach Massgabe der Rechtsprechung des EuGH können eine reduzierte Arbeitszeit und eine geringe Vergütung zwar durchaus auf eine nicht echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit hinweisen; für sich alleine gesehen vermögen sie aber das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft nicht auszuschliessen.[67] Vorzunehmen ist jeweils eine Gesamtbewertung der massgeblichen Umstände, und jedenfalls der Schluss des Bundesgerichts, dass eine Teilzeitarbeit zu einem Lohn von 600-800.-- CHF generell als untergeordnet anzusehen sei, trägt der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht Rechnung.[68]

b) Abgrenzung der unselbständigen zur selbständigen Tätigkeit

Im Unionsrecht zeichnet sich die Dogmatik der Grundfreiheiten zwar insofern durch eine gewisse Konvergenz aus, als die massgeblichen Elemente für die Frage, ob ein Verstoss gegen eine Grundfreiheit vorliegt oder nicht (Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung) bei allen Grundfreiheiten im Wesentlichen parallel ausgestaltet sind.[69] Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten ist jedoch gleichwohl mitunter von Bedeutung, da auch auf der Grundlage der erwähnten Konvergenz der Grundfreiheiten gewisse Unterschiede zwischen den einzelnen Grundfreiheiten bestehen bleiben, so etwa in Bezug auf Bereichsausnahmen, den räumlichen Bezugspunkt, die den Mitgliedstaaten im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung eingeräumten Gestaltungsspielraum oder je nach einschlägiger Grundfreiheit unterschiedlicher sekundärrechtlicher Regelungen.[70]

---

[66] Vgl. das oben skizzierte Urteil BGer 2C_1061/2013 vom 14.07.2015.

[67] S. u.a. EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin*, Slg. 1992, I-1027, ECLI:EU:C:1992:87, Rn. 12 ff.; EuGH, Rs. 344/87, *Bettray*, Slg. 1989, 1621, ECLI:EU:C:1989:226, Rn. 15; EuGH, Rs. C-432/14, *O/Bio Philippe Auguste*, ECLI:EU:C:2015:643.

[68] Nach Massgabe von BGer 2C_761/2015 vom 21.04.2016 E. 4.2 sind die Erwägungen des Bundesgerichts aber genauso so zu verstehen.

[69] Vgl. zu diese Konvergenz der Grundfreiheiten m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union. Politik und Rechtsordnung, 12. Aufl., 2016 (im Erscheinen), § 10, Rn. 18 ff.

[70] S. hierzu *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs, 133 S., Zürich 2011, 14 f.

Auch das Freizügigkeitsabkommen unterscheidet zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Freizügigkeit der Selbständigen und der Dienstleistungsfreiheit, wobei die Abgrenzung hier schon deshalb bedeutsamer ist als im Unionsrecht, weil teilweise der persönliche Anwendungsbereich und die Tragweite differenziert ausgestaltet sind (insofern im Gegensatz zum Unionsrecht).[71] Hinzu kommen mitunter noch je nach Art der Tätigkeit unterschiedliche übergangsrechtliche Beschränkungen der Freizügigkeit.

So stand in BGE 140 II 460[72] die Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs von demjenigen des Selbstständigerwerbenden, der sich gestützt auf Art. 12 Anhang I FZA auf ein eigenständiges Aufenthaltsrecht berufen kann, zur Debatte, dies im Zusammenhang mit der Ablehnung des Gesuchs um eine Kurzaufenthaltsbewilligung mit unselbständiger Erwerbstätigkeit einer in der Prostitution tätigen Rumänin, die daran anschliessend geltend machte, ihr komme als Selbständigerwerbende ein Aufenthaltsrecht zu. Damit war die Abgrenzung zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit deshalb relevant, weil rumänische und bulgarische Staatsangehörige bei der Inanspruchnahme der Personenfreizügigkeit als Arbeitnehmende übergangsrechtlichen Beschränkungen unterliegen, die vom Bundesrat bis zum 31. Mai 2016 verlängert wurden, so dass eine Aufenthaltsbewilligung mit unselbständiger Erwerbstätigkeit nur erteilt werden durfte, wenn der Nachweis erbracht wurde, dass für die in Frage stehende Tätigkeit keine inländische Arbeitskraft zur Verfügung steht. Daher konnte sich der Rumänin nur als Selbständigerwerbenden ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zustehen, wie auch das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festhielt.[73]

Zur Beantwortung der somit entscheidungserheblichen Frage der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit zog das Bundesgericht sowohl die vor Unterzeichnung ergangene als auch die neuere Rechtsprechung des EuGH mit ein und verwies auf seine gängige Rechtsprechung, wonach erstere generell massgeblich sei und letztere nur aus triftigen Gründen ausser Acht gelassen werden dürfe.[74] Nach Massgabe der Rechtsprechung des EuGH handle es sich beim Arbeitnehmer um eine Person, die in

---

71 Vgl. zu den Unterschieden die Überblicke bei *Thomas Cottier/Nicolas Diebold/Isabel Kölliker/Rachel Liechti McKee/Matthias Oesch/Tetyana Payosova/Daniel Wüger*, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, 263 ff.; *Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Nicole Schreiber*, Migrationsrecht, 2014, 191 ff.

72 Zu diesem Urteil auch *Kaddous/Tobler*, SZIER 2015 (Fn.), S. 591 (611 ff.), *Marc Spescha*, Kommentar zu Art. 12 Anhang I FZA, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, Kommentar Migrationsrecht (Fn.), Rn. 1, 1a.

73 BGE 140 II 460 E. 3.3.

74 BGE 140 II 460 E. 4.1. S. hierzu bereits weiter oben I., insbesondere Fn. XX.

einem weisungsgebundenen Abhängigkeitsverhältnis stehe und für eine bestimmte Zeit eine (tatsächliche und echte) Tätigkeit für einen anderen verrichte und hierfür ein Entgelt beziehe. Demgegenüber wiesen die Beteiligung an den geschäftlichen Risiken, die freie Bestimmung der Arbeitszeit, die Weisungsfreiheit und die Auswahl der Mitarbeiter auf eine selbständige Tätigkeit hin. Damit sei – wie sich auch aus einem neueren Urteil des EuGH ergebe – letztlich häufig das (Nicht-) Vorliegen eines Über- bzw. Unterordnungsverhältnis entscheidend. Geboten sei jedenfalls eine Gesamtbetrachtung der im Einzelfall massgeblichen Umstände, die sich nach objektiven Gesichtspunkten richten müsse.[75]

Hinsichtlich der Tätigkeit der Prostitution stellte das Bundesgericht in Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung zunächst fest, dass diese sowohl als unselbständige als auch als selbständige Tätigkeit in den Schutzbereich der Grundfreiheiten falle. Die Qualifikation sei im Einzelfall vorzunehmen, wobei nur dann von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen werden könne, wenn hinsichtlich der Wahl der Tätigkeit, der Arbeitsbedingungen und des Entgelts kein Unterordnungsverhältnis bestehe. Zudem müsse die Leistungserbringung in eigener Verantwortung und gegen Bezahlung eines Entgelts erfolgen, das der betreffenden Person vollständig und unmittelbar ausbezahlt werde.[76] Im konkreten Fall erachtete das Bundesgericht die Prostitution als unselbständige Tätigkeit und bestätigte somit den Entscheid des Kantonsgerichts. Denn die zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten, die Gebundenheit an die Weisungen des Clubs, der Entscheid des Clubs über den Stellenantritt, die Auswahl der Prostituierten durch den Club, die Vorstellung der Prostituierten auf der Webseite des Clubs, die Vermittlungstätigkeit des Clubs und das Auftreten nach aussen durch den Club wiesen nämlich auf eine organisatorische und wirtschaftliche Abhängigkeit hin, so dass von einer unselbständigen Tätigkeit ausgehen sei.[77]

Das Urteil ist ein weiteres sehr illustratives Beispiel für die vom Bundesgericht herangezogene Methode der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens in Konstellationen, in denen es zum Schluss kommt, die unionsrechtlichen Grundsätze seien im Rahmen des Abkommens übernommen worden und damit massgeblich (was in der Tat in Bezug auf die Begriffe des Arbeitnehmers und des Selbständigen sowie ihre Abgrenzung zwingend erscheint): Auf der Grundlage der sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden (allgemeinen)

75 BGE 140 II 460 E. 4.1.1, 4.1.2.

76 BGE 140 II 460 E. 4.1.2 mit Hinweis auf das nach Unterzeichnung des FZA ergangene Urteil des EuGH, Rs. C-268/99, *Jany*, Slg. 2001, I-08615, ECLI:EU:C:2001:616, insb. Rn. 71.

77 BGE 140 II 460, E. 4.3.1.

Grundsätze wendet es diese auf den zu entscheidenden Fall an, dies unter expliziter Bezugnahme auf die Relevanz der (vor und nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene) Rechtsprechung des EuGH.

c) Verbleiberecht nach Verlust der Arbeitnehmereigenschaft

Bei der Beurteilung des Aufenthaltsrechts nach Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA als Arbeitnehmer kommt es massgeblich auf die Arbeitnehmereigenschaft eines EU-Bürgers an. Diese kann in gewissen Konstellationen jedoch auch dann zu bejahen sein, wenn (vorübergehend) keine Arbeitstätigkeit ausgeübt wird.[78] Auch bestehen unter gewissen Voraussetzungen Aufenthaltsrechte nach Beendigung der Arbeitnehmereigenschaft. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit einem EU-Bürger auch nach Beendigung einer allfälligen Erwerbstätigkeit ein Recht auf Aufenthalt zukommt. Diesbezüglich sieht Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA vor, dass einem Arbeitnehmer nicht allein deshalb die Aufenthaltsbewilligung entzogen werden darf, weil er infolge Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig[79] oder unfreiwillig arbeitslos geworden ist. Darüber hinaus besteht nach Massgabe von Art. 4 Anhang I FZA i.V.m. der darin genannten VO 1251/70[80] in bestimmten Konstellationen auch nach dem Wegfall der Arbeitnehmereigenschaft ein Verbleiberecht, das insbesondere an das Erreichen des Rentenalters, den Verlust der Arbeitsstelle infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit[81] und die durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit verursachte Arbeitsunfähigkeit anknüpft.[82]

---

78 Vgl. hierzu im Einzelnen *Pirker*, AJP 2009 (Fn.), 1217; XX.

79 Beispielshaft hierzu BGer 2C_341/2014 vom 02.12.2015, in welchem einer portugiesischen Staatsangehörigen die Aufenthaltsbewilligung wegen des Bezugs von Arbeitslosengeldern und Sozialhilfeleistungen entzogen wurde, obschon das zuständige regionale Arbeitsvermittlungszentrum zuvor eine krankheitsbedingte Vermittlungsunfähigkeit festgestellt hatte. Laut Bundesgericht hätte hierbei untersucht werden müssen, ob eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit vorliegt.

80 Im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten untereinander kommt diese Verordnung infolge Inkraftretens der RL 2004/38, die von der Schweiz nicht übernommen wurde, nicht mehr zum Tragen. Insofern kann in Bezug auf die Verbleiberechte nicht mehr von einer parallelen Rechtslage ausgegangen werden.

81 Wurde im IV-Entscheid eine volle Arbeitsfähigkeit bezüglich aller an die funktionellen Einschränkungen angepassten Tätigkeitsbereiche festgestellt („*capacité de travail entière dans toute activité adaptée aus limitations fonctionnelles*“) , so kann jedenfalls nicht von einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit gesprochen werden, siehe hierzu BGer 2C_545/2014 vom 14.12.2015, E. 4.2.

82 Siehe hierzu auch *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Vol. III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014, Art. 7, Rn. 20 f.

In BGE 141 II 1[83] äusserte sich das Bundesgericht zum Verbleiberecht eines ursprünglich unselbständigen erwerbstätigen EU-Bürgers, dessen Arbeitsverhältnis aufgrund einer tätlichen Auseinandersetzung am Arbeitsplatz aufgelöst worden war. Infolgedessen wurde die Aufenthaltsbewilligung des deutschen Staatsangehörigen – entsprechend der in Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA enthaltenen Regelung – mit dem Hinweis darauf um ein Jahr verlängert, dass der Aufenthaltsanspruch bei anhaltender Arbeitslosigkeit nach Ablauf dieses Jahres erlösche. Als der deutsche Staatsangehörige zum gegebenen Zeitpunkt nach wie vor arbeitslos war, hatte das zuständige Migrationsamt die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verweigert. Diesen Entscheid hatte das urteilende Kantonsgericht bestätigt, ohne dabei zu prüfen, ob die zwischenzeitlich absolvierten Praktika das Wiederaufleben der Arbeitnehmereigenschaft hätten bewirken können.

Das Bundesgericht verneinte zwar – nach einigen allgemeinen Ausführungen zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft[84] – ebenfalls die Arbeitnehmereigenschaft (und damit das Aufenthaltsrecht) des Beschwerdeführers, hielt jedoch fest, für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft sei nicht allein der Entscheidzeitpunkt massgeblich. Denn eine vorübergehende bzw. zeitlich beschränkte Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit könne durchaus geeignet sein, den Arbeitnehmerstatus fortbestehen bzw. wiederaufleben zu lassen. Allerdings ergebe eine gesamtheitliche Betrachtung, dass die vom Beschwerdeführer absolvierten Praktika den Arbeitnehmerstatus nicht zu begründen vermochten, da es sich nicht um echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeiten gehandelt habe. Ausschlaggebend war hier insbesondere, dass die zeitlich beschränkten Praktika in erster Linie Weiterbildungszwecken dienten und als Gegenleistung lediglich eine Unterkunft zur Verfügung gestellt wurde und somit keine eigentliche Entlohnung vorgesehen war.[85] Schliesslich könne aus dem

---

83 S. zu diesem Bundesgerichtsentschied auch *Kaddous/Tobler*, SZIER 2015 (Fn.), 591 (613 ff.).

84 Im Hinblick auf die im FZA enthaltenen – im Text erwähnten – Regelungen und unter Berücksichtigung der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung sei ein Verlust der Arbeitnehmereigenschaft dann anzunehmen, wenn die fragliche Person freiwillig arbeitslos geworden ist und in absehbarer Zeit keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) auf eine andere Arbeit bestehen oder ihr Verhalten gesamthaft als rechtsmissbräuchlich erscheine. Rechtsmissbrauch liege eispielsweise dann vor, wenn die Person ihre Bewilligung gestützt auf eine fiktive bzw. zeitlich kurze Erwerbstätigkeit einzig zum Zweck erworben hat, von günstigeren Sozialleistungen im Heimatstaat oder einem anderen Vertragsstaat zu profitieren. In solchen Fallkonstellationen sei die Aufenthaltsbewilligung zu widerrufen bzw. nicht zu verlängern. Allerdings sei dem Arbeitnehmenden über die Beendigung des Arbeitsvertrages hinaus zur Stellensuche für eine gewisse Zeit ein Aufenthaltsrecht zu gewähren. Vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.1, 2.2.2.

85 BGE 141 II 1 E. 3.3.2.

Umstand, dass sich der deutsche Staatsangehörige bereits seit über sieben Jahren in der Schweiz aufhielt und (abgesehen von den zwei absolvierten Praktika) nunmehr seit fünf Jahren nicht mehr im Arbeitsprozessstand stand, darauf geschlossen werden, dass keine ernsthaften Aussichten (mehr) bestünden, dass der Betroffene in absehbarer Zeit eine Arbeitsstelle finde. Der Beschwerdeführer sei daher nicht als Arbeitnehmer anzusehen gewesen. Auch könne ihm auf Grundlage von Art. 4 Anhang I FZA kein Aufenthaltsrecht zukommen, da die vorgebrachte Arbeitsunfähigkeit wegen Rückenschmerzen im Widerspruch zu der in erster Linie erfeolgenden Geltendmachung der Arbeitnehmerfreizügigkeit stehe und der Beschwerdeführer sich bis zum negativen Bewilligungsentscheid stets als arbeitsfähig bezeichnet habe.[86] Die im Zusammenhang mit dem Verlust der Arbeitnehmereigenschaft stehenden psychischen Belastungen vermögen somit keine dauernde Arbeitsunfähigkeit zu begründen.[87]

Mit dem vorliegenden Entscheid bestätigt das Bundesgericht seine bisher verfolgte und wohl insgesamt mit der Rechtsprechung des EuGH im Einklang stehende Rechtspraxis, wonach der Verlust der Arbeitnehmereigenschaft dann anzunehmen ist, wenn die ursprünglich erwerbstätige Person seit achtzehn Monaten unfreiwillig arbeitslos ist, von der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert wurde, auf Sozialhilfeleistungen angewiesen ist und nicht (mehr) in der Lage ist, eine dauerhafte Arbeitsstelle zu finden.[88] Dies bedeutet letztlich, dass die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung, nachdem diese – wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist – bereits um ein Jahr verlängert wurde und für den Fall, dass die Person weiterhin arbeitslos war, mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist.[89]

Gleichzeitig bedeutet dieser Ansatz auch dass allein eine länger andauernde Arbeitslosigkeit nicht zwingend zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen

---

86 An dieser Stelle wies das Bundesgericht ausserdem darauf hin, dass für die Beruteilung des Aufenthaltsstatus grundsätzlich die Verfügung der zuständigen IV-Stelle abzuwarten ist. Eine vorgängige Entscheidfällung sei allerdings dann zulässig, wenn die IV-rechtliche Ausgangslage als Vorfrage zum Bewilligungsentscheid klar und eindeutig erscheine. Dies ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung namentlich dann der Fall, wenn die zuständige IV-Stelle bereits einen begründeten Vorbescheid erlassen und darin festgestellt hat, dass die betreffende Person einen Invaliditätsgrad von 0% aufweist, BGer 2C_771/2014 vom 27.08.2015 E. 2.3.3

87 BGE 141 II 1 E. 4.2.3.

88 Siehe namentlich BGer 2C_390/2013 vom 10.04.2014 E. 4.3 und ähnlich auch BGer 2C_967/2010 vom 17.06.2011 E. 4.3. In diesem Zusammenhang kann auch auf das neuere Urteil des Bundesgerichts 2C_304/2016 vom 29.04.2016 verwiesen werden, wo der Verlust der Arbeitnehmereigenschaft einer portugiesischen Staatsangehörigen bejaht wurde, die nach einer kurzen erwerbstätigen Phase seit Januar 2014 arbeitslos war und bereits seit Dezember 2013 ein Wiedereingliederungseinkommen erhalten hat.

89 Siehe auch BGer 2C_1060/2013 vom 25.11.2013 E. 3.1.

muss, da auch in einer solchen Konstellation durchaus Aussichten auf eine Anstellung bestehen können, wie das Bundesgericht in einem Urteil vom 8. Dezember 2015[90] bestätigte: Einer portugiesischen Staatsangehörigen, die infolge Familiennachzug in den Besitz einer Aufenthaltsbewilligung kam, wurde nach der Trennung von ihrem Ehemann im Jahr 2002 eine Aufenthaltsbewilligung zu Erwerbszwecken erteilt. Bis im Jahr 2012 ging sie unterschiedlichen beruflichen Tätigkeiten nach, war zwischendurch arbeitslos und auf Ergänzungsleistungen angewiesen. Zuletzt war sie von Juli 2012 bis Februar 2013 als Krankenpflegerin zu einem Lohn von 3‘748.-- CHF tätig. Da sie seit März 2013 keiner Arbeit mehr nachging, wurde ihr die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verweigert. Die urteilende Vorinstanz war der Ansicht, dass ernsthafte Zweifel daran bestünden, dass die betreffende Person eine dauerhafte Anstellung finde, so dass der Verlust der Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen sei.[91] Das Bundesgericht schloss sich dieser Ansicht nicht an: Jedenfalls bis Februar 2013 kam der Beschwerdeführerin die Arbeitnehmereigenschaft noch zu, und seit dem Verlust der Arbeitsstelle sei sie aktiv auf Arbeitssuche gewesen. Sie habe zahlreiche Bewerbungen versandt und Rückmeldungen von potenziellen Arbeitgebern erhalten, so dass nicht davon ausgegangen werden könne, sie würde wegen mangelnder Berufsqualifikationen keine dauerhafte Anstellung finden. Hinzu kämen die Vielfalt der über eine lange Zeit wahrgenommenen Tätigkeiten sowie die verschiedenen absolvierten Weiterbildungen. Insgesamt habe damit eine (ausreichende) echte Aussicht auf eine künftige Arbeitstätigkeit („*perspective réelle de travail*“) bestanden, und die Verneinung des Aufenthaltsrechts zum Zeitpunkt der Entscheidfällung durch die Vorinstanz sei somit nicht vertretbar gewesen;[92] ob zwischenzeitlich eine andere rechtliche Beurteilung angebracht wäre, habe sodann die Vorinstanz zu entscheiden.[93]

90 BGer 2C_1162/2014 vom 08.12.2015.

91 BGer 2C_1162/2014 vom 08.12.2015 E. 4.2.

92 Hingegen konnten in einem Bundesgerichtsentscheid vom 12.01.2016 bei einem italienischen Staatsangehörigen, der erst zum Zeitpunkt des in Aussicht gestellten Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung mit der Arbeitssuche begonnen hat und seither nicht fündig geworden war, keine ernsthaften Aussichten auf eine Arbeitsbeschäftigung festgestellt werden, s. BGer 2C_1122/2015 vom 12.01.2016 E. 3.4.

93 BGer 2C_1162/2014 vom 08.12.2015 E. 4.3, 4.5, 4.6.

3. Abgeleitete Aufenthaltsrechte

a) Nachzugsrecht minderjähriger Kinder

Ein Bundesverwaltungsgerichtsentscheid vom 17. März 2016[94] betraf das Nachzugsrecht einer Staatsangehörigen der dominikanischen Republik, die mit einem französischen Staatsangehörigen verheiratet war und nach dem erfolgten Nachzug ihrer Zwillinge um den Nachzug eines dritten Kindes ersuchte. Zur Beurteilung dieses Gesuches hatte das Bundesverwaltungsgericht die in Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA festgelegten Voraussetzungen zur Geltendmachung eines Familiennachzugs zu prüfen.[95] Hinsichtlich des Erfordernisses der angemessenen Wohnung stellte das Bundesverwaltungsgericht zunächst fest, die derzeitige Wohnung biete für die Unterbringung des dritten Kindes nicht genügend Platz. Angesichts der angekündigten Suche nach einer grösseren Wohnung und der vorhandenen finanziellen Mittel könne aber davon ausgegangen werden, dass das dritte Kind in einer angemessenen Wohnung untergebracht werden könne.[96] Obschon die Mutter die Existenz ihres dritten Kindes zunächst verleugnet und bis zum Gesuch um Familiennachzug den Kontakt zu ihren Kindern kaum gepflegt hatte, habe die Beziehung mittels telefonischer Kontakte und diverser Besuche der Mutter aufrechterhalten werden können, so dass kein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung im Sinn von Art. 5 Anhang I FZA oder eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme vorliege.[97] Solange der Familiennachzug nicht offensichtlich dem Interesse des Kindes zuwiderläuft, sei der Familiennachzug grundsätzlich zu gewähren,[98] und der Anspruch der Mutter auf Nachzug ihres Kindes wurde vorliegend somit bejaht.

Das Urteil wendet in weiten Teilen die bisherige, insgesamt überzeugende Rechtsprechung des Bundesgerichts, das sich seinerseits auf diejenige des EuGH stützt, an[99] und ist im Ergebnis überzeugend. Fragen werfen jedoch zwei Aspekte des Urteils auf:

- Erstens lässt der Text des Art. 3 Anhang I FZA nicht erkennen, dass der Nachweis einer hinreichenden Beziehung für den Familiennachzug zwingend zu erbringen ist (sieht man einmal von Konstellationen des Rechtsmissbrauchs ab). Auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs finden sich hierfür nicht wirklich Anhaltspunkte. Vielmehr dürfte diese davon ausgehen, dass die im Sekundärrecht formulierten Anforderungen abschliessender Natur sind, was auch insofern überzeugt, als das Erfordernis einer gewissen Mindestintensität der Pflege der familiären

94 BVGer C-4905/2014 vom 17.03.2016.
95 Zu den einzelnen Voraussetzungen BVGer C-4905/2014 vom 17.03.2016 E. 6.1, 6.2.
96 BVGer C-4905/2014 vom 17.03.2016 E. 6.4.
97 BVGer C-4905/2014 vom 17.03.2016 E. 6.5.
98 BVGer C-4905/2014 vom 17.03.2016 E. 6.6.
99 S. insbesondere BGE 136 II 65.

Bande in vielen Fällen kaum wirklich nachweisbar und überprüfbar und zudem denkbar unscharf ist.

- Zweitens ist es zwar zutreffend, dass Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA das Erfordernis einer angemessenen Wohnung ausdrücklich erwähnt. Allerdings schreibt diese Bestimmung auch vor, dass diese Voraussetzung nicht zu Diskriminierungen mit inländischen Arbeitnehmern führen darf, womit ihr kaum eine eigenständige Bedeutung zukommen dürfte, da in Bezug auf inländische Arbeitnehmende ein solches Erfordernis nicht allgemein existiert.[100] Es hätte sich u.E. aufgedrängt, diese Problematik zumindest zu erörtern, statt lediglich auf die Wegleitungen des BFM und die Praxis der Kantone zu verweisen.

b) Selbstständiges Anwesenheitsrecht unmündiger Kinder

In einem Entscheid vom 26. November 2015[101] – der in anderem Zusammenhang (nämlich wegen der dortigen Ausführungen des Bundesgerichts zur Auslegung des FZA und zu seinem Verhältnis zum nationalen Recht) zu einiger Berühmtheit gelangt ist, wobei diese Aspekte hier ausgespart werden sollen[102] – hatte das Bundesgericht das Aufenthaltsrecht einer dominikanischen Staatsangehörigen und ihres Sohnes mit deutscher Staatsbürgerschaft zu beurteilen, die zur Bestreitung ihres Unterhalts auf Sozialhilfeleistungen angewiesen waren. Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA gewährt Kindern eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei ein Recht auf Gleichbehandlung gegenüber Staatsangehörigen des Aufnahmestaates bezüglich der Teilnahme am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung. Diese Regelung geht auf Art. 12 VO 1612/68 zurück,[103] weshalb das Bundesgericht auch die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH nach Unterzeichnung des Abkommens in

---

100 Vgl. schon *Epiney/Blaser*, in: Code annoté du droit des migrations (Fn.), Art. 7 ALCP, Rn. 27. S. insoweit auch EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 1263, Rn. 19 ff., wo der Gerichtshof ein entsprechendes Erfordernis deswegen als unzulässig erachtete, weil es diskriminierend sei, kenne doch das nationale Recht keine ähnlichen Anforderungen in Bezug auf Wohnungen von Inländern.

101 BGE 142 II 35.

102 Zu diesen Aspekten des Urteils den Beitrag von *Astrid Epiney*, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen (in diesem Band) sowie Ausführlich hierzu *Astrid Epiney*, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, Jusletter v. 14. März 2016.

103 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft ABl. 1968 L 257 vom vom 19.10.1968, S. 2-12, abgelöst durch die Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union. Text von Bedeutung für den EWR, ABl. 2011 L 141 vom 27.5.2011, S. 1-12.

seine Erwägungen miteinbezog, handle es sich doch – wie das Bundesgericht treffend formuliert – um eine aus dem Unionsrecht „übernommene“ Bestimmung. Letzterer kann entnommen werden, dass dem Kind auf der Grundlage der genannten Bestimmung zur Teilnahme am Unterricht ein Verbleibrecht zukommt, unabhängig davon, ob die Eltern geschieden sind oder nur einer von ihnen EU-Bürger ist. Im Fall der Bejahung des Verbleiberechts des Kindes ist der sorgeberechtigte Elternteil ebenfalls aufenthaltsberechtigt. Irrelevant ist dabei, ob ausreichende finanzielle Mittel vorhanden sind oder Sozialhilfeleistungen bezogen werden.[104]

Gleichwohl verneinte das Bundesgericht das Aufenthaltsrechts des Sohnes und seiner Mutter aufgrund von Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA: Zum einen könne der Anspruch des Sohnes auf Teilnahme am Unterricht dadurch sichergestellt werden, dass dieser beim in der Schweiz niedergelassenen Vater wohnhaft werde, zu dem er nach eigenen Angaben ein gutes Verhältnis habe. Zum anderen habe bereits zum Zeitpunkt des Eintretens in die obligatorische Schulpflicht kein Recht auf Aufenthalt mehr bestanden, da die (nicht verheirateten) Eltern dazumal schon nicht mehr zusammen gelebt hätten.[105] Darüber hinaus weist das Gericht aber auch – ebenfalls unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH, die es auch bereits in früheren Urteilen übernommen hatte[106] – darauf hin, ein Aufenthaltsrecht der Mutter bestünde sehr wohl, falls diese für ihren Sohn aufkommen könnte, da diesfalls im Sinne des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA genügend Existenzmittel vorhanden seien, so dass ihr Kind, für das sie sorgt, über ein selbständiges Aufenthaltsrecht verfüge und sie als Mutter dann ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht habe.

Das Bundesgericht nahm in der Begründung des Urteils und in seinen allgemeinen Ausführungen Bezug auf die Rechtslage in der Union und die Rechtsprechung des EuGH und brachte seine Absicht zum Ausdruck, die ihm vorliegende Rechtsfrage auf dieser Grundlage zu entscheiden, so dass die gesamte Argumentation des Bundesgerichts auf dem Grundsatz der parallelen Auslegung des Freizügigkeitsabkommens im Verhältnis zum entsprechenden Unionsrecht beruht, wobei das Gericht auch neuere Rechtsprechung (also solche Urteile, die nach dem Datum der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind) heranzieht.

---

104 BGE 142 II 35 E. 4.2 unter Hinweis insbesondere auf EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091; EuGH, Rs. C-310/08, *Ibrahim*, Slg. 2010, I-1065; EuGH, Rs. C-480/08, *Texeira*, Slg. 2010, I-1107.

105 BGE 142 II 35 E. 4.4.

106 EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2006, I-2647. S. sodann BGE 135 II 265; BG, 2C_375/2014, Urt. v. 4.2.2015, m.w.N.

U.E. steht das Urteil aber in verschiedener Hinsicht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des Gerichtshofs: Zwar verfügte der Unionsbürger nicht über ausreichende Existenzmittel; jedoch hätte man auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH durchaus auch schliessen können, dem Kind (und damit seiner sorgeberechtigten drittstaatsangehörigen Mutter) stehe aufgrund des Art. 3 Abs. 6 Anhang I ein Aufenthaltsrecht zu, um seine Ausbildung abzuschliessen. Die Argumente des Bundesgerichts hiergegen überzeugen nicht wirklich: Wie schon in einem im Urteil zitierten früheren Urteil des Bundesgerichts[107] dürfte das Bundesgericht die Voraussetzungen für ein derartiges Verbleiberecht im Verhältnis zum EuGH zu eng fassen, wenn es betont, im Falle des Beginns der Ausbildung nach der Trennung des sorgeberechtigten Elternteils und des Kindes von der aufenthaltsberechtigten Person könne kein derartiges Verbleiberecht bestehen. Weiter scheint das Bundesgericht davon auszugehen, dass das eigenständige Aufenthaltsrecht des Kindes nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA nur bei Vorliegen einer Art „Unzumutbarkeit" der Absolvierung der weiteren Ausbildung in einem anderen Staat (in der Regel dem Herkunftsstaat des sorgeberechtigten Elternteils) stehe. Der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind derartige Voraussetzungen nicht wirklich zu entnehmen; ein solches Erfordernis ergibt sich auch nicht aus dem Text des Art. 12 VO 1612/68. Vielmehr geht sein Regelungszweck (und damit auch derjenige des Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA) dahin, dass die Änderung der Lebensumstände des Nachziehenden – wie etwa die Trennung vom Vater des Kindes und die nachfolgende Abhängigkeit von Sozialhilfeleistungen – den Nachgezogenen nicht an der Absolvierung einer Ausbildung hindern soll. Daraus folgt, dass dem Kind zu Ausbildungszwecken ein eigenständiges Verbleiberecht zukommen sollte, das unabhängig von der Auflösung des Zusammenlebens der Eltern Bestand haben sollte.[108] Im Übrigen mutet die Erwägung des Bundesgerichts, das Kind könne sein Aufenthaltsrecht auch dergestalt ausüben, dass es beim Vater bleibe, angesichts der Sorgeberechtigung der Mutter und des Umstands, dass der Vater bereits eine neue Familie gegründet hatte, reichlich theoretisch an, zumal Vieles dafür spricht, in Bezug auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht eines Elternteils auf das Sorgerecht abzustellen.

---

107 BGE 139 II 393 E. 4.2.2.

108 Siehe diesbezüglich bereits *Epiney/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014 (Fn.), 331 (345 ff.).

c) Abgeleitetes Aufenthaltsrechts von sorgeberechtigten Eltern minderjähriger FZA-Berechtigter

In mittlerweile ständiger Rechtsprechung geht das Bundesgericht in Anlehnung an die übrigens nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangene EuGH-Rechtsprechung (Urteil *Zhu und Chen*[109]) davon aus, dass sich auch minderjährige Kinder auf das in Art. 6 i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA verankerte Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige berufen können, sofern sie über einen Krankenversicherungsschutz und genügend finanzielle Mittel verfügen.[110] Damit sie ihr Aufenthaltsrecht auch tatsächlich wahrnehmen können, ist dem sorgeberechtigten Elternteil ebenfalls ein Aufenthaltsrecht zuzugestehen.[111] Mit der Aufenthaltsvoraussetzung der hinreichenden finanziellen Mittel soll in erster Linie sichergestellt werden, dass für den Unterhalt des Kindes keine öffentlichen Gelder in Anspruch genommen werden müssen. Zur Gewährleistung des Unterhalts ist die Herkunft der Mittel demnach irrelevant, weshalb diese auch von Familienangehörigen oder sonstigen Dritten stammen können.[112]
Strittig war in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Berichtszeitraum namentlich das Vorliegen ausreichender finanzieller Mittel, wobei in erster Linie auf folgende Urteile hinzuweisen ist:

- Wenn für den Unterhalt des Kindes Taggelder der Arbeitslosenversicherung, Unterhaltsbeiträge des anderen Elternteils sowie kantonale Ergänzungsleistungen für Familien beansprucht werden,

---

109 EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, ECLI:EU:C:2004:639.

110 Zur Geltendmachung eines Aufenthaltsrechts ohne Erwerbstätigkeit im Allgemeinen siehe aus der neueren Rechtsprechung namentlich BGer 2C_243/2015 vom 02.11.2015, wo das Bundesgericht über das Verbleiberecht eines aus den Niederlanden stammenden Ehepaars und ihrer schwer behinderten Tochter zu entscheiden hatte. In BGer 2C_771/2014 vom 27.08.2015 verneinte das Bundesgericht gestützt auf Art. 6 i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA das Aufenthaltsrecht einer rumänsichen Staatsangehörigen auf der Grundlage eines Vorbescheids der zuständigen IV-Stelle, der einen Invaliditätsgrad von 0% attestierte, bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss des IV-Verfahrens. Für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an ein türkisch-deutsches Ehepaar müssen aufgrund der nur knappen Unterschreitung der erforderlichen Mittel auch die Rentenüberweisung eines Onkels berücksichtigt werden, weshalb das Bundesgericht den Fall in BGer 2C_52/2014 vom 23.10.2014 zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewies.

111 BGE 142 II 35 E. 5.2; BVGer C-4340/2013 vom 26.10.2015 E.6.2.2; BVGer C-1091/2013 vom 20.08.2015 E. 5.2; BGer 2C_375/2014 vom 04.02.2015 E. 3.3; BGer 2C_470/2014 vom 29.01.2015 E. 3.3; BVGer C-1196/2012 vom 20.08.2014 E. 5.2, wo das Gericht auch festhielt, für die Effektivität des Aufenthaltsrechts reiche es aus, wenn (nur) dem sorgeberechtigten Elternteil ebenfalls ein Aufenthaltsrecht zustehe. S. ähnlich BVGer C-23000/2013 vom 15.12.2015 E. 6.

112 Eingehend hierzu BGE 135 II 265 E. 3.3. S. auch BGer 2C_52/2014 vom 23.10.2014 E. 4.3.

so können nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts keine hinreichend finanziellen Mittel angenommen werden.[113]

- Gleichermassen verneinte das Bundesgericht das Vorliegen hinreichend finanzieller Mittel im Fall eines Kindes mit rumänischen Eltern, dessen Unterhalt lediglich dann sichergestellt wäre, wenn den sorgeberechtigten Eltern des Kindes eine Aufenthaltsbewilligung mit Erwerbstätigkeit erteilt werden würde, worauf sie gestützt auf das FZA jedoch keinen Anspruch hatten. Eine andere Sicht implizierte, dass allen rumänischen oder bulgarischen Staatsangehörigen, die sich zu Studienzwecken in der Schweiz aufhalten und ein Recht auf Familiennachzug geltend machen können, unter der Voraussetzung, dass sie potenziell über ein hinreichendes Einkommen verfügen, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen wäre. Letztlich führte dies zu einer Umgehung der Regelung hinsichtlich der eingeschränkten Zulassung von Arbeitnehmern aus Bulgarien und Rumänien.[114]
- Zwar können die finanziellen Mittel auch von Dritten stammen; diese müssen auch nicht rechtlich zum Unterhalt verpflichtet sein. Jedoch müssen die Mittel effektiv zur Verfügung stehen. Dies wurde in einer Konstellation, in der das Kind zusammen mit seiner erwerbslosen Mutter bei einem Dritten wohnhaft war und von diesem finanziell unterstützt wurde, vom Bundesgericht verneint: Der zweifache Familienvater war nämlich stark verschuldet und finanziell nicht in der Lage, die Schulden zurückzuzahlen und gleichzeitig für seine eigene Familie sowie für die in Frage stehende Mutter und Tochter aufzukommen. Vielmehr ging der Unterhalt des Kindes und der moldawischen Mutter zulasten der Gläubiger. Da die finanziellen Mittel demnach nicht effektiv zur Verfügung standen, komme dem Kind und seiner Mutter auf der Grundlage von Art. 6 i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA kein Aufenthaltsrecht zu.[115]
- Das Vorliegen ausreichender finanzieller Mittel wurde hingegn in einem Bundesverwaltungsgerichtsentscheid vom 11. August 2015[116] bejaht: Das Erwerbseinkommen, die Familienzulagen und die Unterhaltsbeiträge des Vaters ermöglichten es der russischen Mutter eines Kindes mit

---

113 BVGer C-4340/2013 vom 26.10.2015, insb. E. 6.3. Keine hinreichenden finanziellen Mittel liegen auch im Bezug von Sozialhilfe, vgl. BVGer C-4340/2013 vom 26.10.2015 E. 6.3. S. ansonsten auch BGer 2C_52/2014 vom 23.10.2014 E. 4.2, wo das Bundesgericht festhielt, bei der Angewiesenheit auf (tatsächlich bezogene) Ergänzungsleistungen sei nicht davon auszugehen, dass die erforderlichen finanziellen Mittel vorhanden sind.

114 BGer 2C_375/2014 vom 04.02.2015, insb. E. 3.4.

115 BGer 2C_470/2014 vom 29.01.2015 E. 3.4.

116 BVGer C-4850/2012 vom 11.08.2015.

französischer Staatsangehörigkeit sowie dessen Halbbruder, für sich und die beiden Kinder den Unterhalt sicherzustellen.[117]

d) Verbleibe- und Aufenthaltsrecht bei „Gegenstandslosigkeit" der Ehe

Im Falle eines Rechtsmissbrauchs kann ein grundsätzlich bestehendes Aufenthaltsrecht nicht geltend gemacht werden. Im Zusammenhang mit dem Bestehen einer Ehe als Grund bzw. Voraussetzung für ein Aufenthaltsrecht liegt nach mittlerweile ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Rechtsmissbrauch vor, wenn der Wille zur Ehegemeinschaft fehlt und das formelle Eheband ausschliesslich (noch) dazu dient, die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften zu umgehen. Die Aufenthaltsbewilligung kann widerrufen bzw. deren Verlängerung verweigert werden, wenn die Ehe von Anfang an zum Schein geschlossen wurde oder der Wille zur Ehegemeinschaft zwar anfänglich vorhanden war, aber später nicht mehr bestanden hat.[118] Im Berichtzeitraum beschäftigte sich die Rechtsprechung mehrmals mit der Frage, ob die Berufung auf eine Ehe im Hinblick auf die Erlangung eines Aufenthaltstitels rechtsmissbräuchlich war und wandte die skizzierten Kriterien an:

- So kam das Bundesgericht in einem Entscheid vom 4. März 2015[119] zum Schluss, dass die Ehe eines aus der Türkei stammenden Mannes mit einer portugiesischen Staatsangehörigen bereits seit Beginn gegenstandslos war. Der türkische Staatsangehörige hatte nach seiner Ankunft in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt und anschliessend die portugiesische Staatsangehörige, die bereits eine Tochter aus einer vorehelichen Beziehung hatte, geheiratet. Nach dem Nachzug der drei in der Türkei wohnhaften Kinder des Ehemannes zog die Familie mehrmals um, war längere Zeit getrennt und lebte nach der erfolgten Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Ehemannes erneut zusammen. Aufgrund der

[117] BVGer C-4850/2012 vom 11.08.2015 E. 5.3. In weiteren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts konnte aufgrund ausreichender finanzieller Mittel das Aufenthaltsrecht des Kindes und dasjenige des sorgeberechtigten Elternteils bejaht werden. Vgl. BVGer C-5180/2013 vom 17.09.2015 E. 5.3 und 5.4; BVGer C-4116/2013 vom 15.09.2015 E. 6.2.2, 6.3; BVGer C-1091/2013 vom 20.08.2015 E. 5.5.2, 5.6.

[118] BGE 139 II 393 E. 2.1. So auch in neuerer Rechtsprechung, BGer 2C_883/2015, 05.02.2016 E. 3.1; BVGer 4340/2013 vom 26.10.2015 E. 5.2; BGer 2C_128/2015 vom 25.08.2015 E. 3.3; BGer 2C_766/2013 vom 1.11.2014; BGer 2C_840/2014 vom 04.03.2015 E. 6.2.; BVGer C-1196/2012 vom 20.08.2014 E. 5.1. Im zuletzt genannten Urteil bestätigte das Gericht aber auch, dass nicht gefordert sei, dass die Eheleute zusammenleben.

[119] BGer 2C_840/2014 vom 04.03.2015. Zu diesem Urteil auch *Kaddous/Tobler*, SZIER 2015 (Fn.), 591 (609 f.).

Gegebenheiten des Einzelfalls kam das Bundesgericht zum Schluss, dass zwischen dem verheirateten Paar keine Ehegemeinschaft mehr bestehe, woran auch die kürzlich erfolgte Wiederaufnahme des Zusammenlebens nichts zu ändern vermochte. Das Bundesgericht wies insbesondere darauf hin, dass sich das Ehepaar nicht in einer Sprache verständigen könne, die meiste Zeit nicht zusammengelebt habe, keine gemeinsamen Projekte, Freizeitbeschäftigungen und Interessen habe und die Ehefrau nicht in die Erziehung der Kinder des Ehemannes miteinbezogen werde. Ausserdem habe die Ehefrau den Behörden angegeben, dass sie nicht aus Liebe geheiratet hätten. Folglich könne der Ehemann nicht gestützt auf Art. 3 Anhang I FZA die Verlängerung seines Aufenthaltstitels verlangen.[120]

- Des Weitern hat das Bundesgericht den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung eines kroatischen Staatsangehörigen als zulässig erachtet, da er sich in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise auf die eheliche Gemeinschaft mit einer portugiesischen Staatsangehörigen berufen habe.[121] Hinweise darauf lieferten insbesondere das von der Ehefrau eingereichte Begehren um Annullierung der Ehe sowie die darauffolgende Scheidungsklage. Ausserdem könne bei der Ehefrau keinen Ehewillen mehr festgestellt werden, so dass die Ehe aus ihrer Sicht endgültig gescheitert sei. Das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs habe der Ehemann vor dem Bundesgericht übrigens nicht (mehr) bestritten.[122]
- In einem Entscheid vom 25. Februar 2015[123] befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung einer mit einem italienischen Staatsbürger verheirateten kongolesischen Staatsangehörigen nach dem Tod ihres Ehemannes gerechtfertigt war. In Anwendung der in Art. 4 Anhang I FZA genannten VO 1251/70 steht der überlebenden Ehefrau unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbleiberecht nach dem Tod ihres Ehemannes zu. Angesichts der bereits vor dem Tod gegenstandslos gewordenen Ehe verneinte das Bundesgericht jedoch ein solches Verbleiberecht im konkreten Fall. Das eheliche Zusammenleben sei durch die Gewalt zwischen den Eheleute stark beeinträchtigt gewesen und schliesslich noch vor dem Tod des Ehegatten aufgelöst worden. Dazu komme, dass die Witwe zu Lebzeiten des Ehemannes eine aussereheliche Beziehung geführt habe und zusammen mit ihrem Partner im Drogenhandel tätig gewesen sei. Nicht zuletzt habe der Ehemann noch vor seinem Tod Trennungs- und Scheidungsabsichten

120 BGer 2C_840/2014 vom 04.03.2015 E. 6.3.
121 BGer 2C_128/2015 vom 25.08.2015.
122 BGer 2C_128/2015 vom 25.08.2015 E. 3.1, 3.3.
123 BGer 2C_1147/2014 vom 25.02.2015. Zu diesem Urteil auch *Kaddous/Tobler*, SZIER 2015 (Fn.), 591 (611).

> geäussert. Auch wenn echte Gefühle von Seiten des Ehemannes nicht ausgeschlossen werden könnten, sei aufgrund der dargelegten Umstände die Berufung auf das Verbleiberecht durch die Witwe als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.[124]

Auch an dieser Stelle[125] ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der Grundansatz dieser Rechtsprechung den unionsrechtlichen Grundsätzen nicht entspricht, da der Gerichtshof grundsätzlich auf das formale Band der Ehe abstellt,[126] so dass der Rechtsmissbrauch erheblich enger gefasst wird und letztlich im Wesentlichen eigentliche „Scheinehen" erfassen dürfte.[127] Im Übrigen vermögen die angezeigten Urteile auch zu illustrieren, dass das Kriterium der „Seriosität" der Ehe bzw. der Fortbestand einer „echten" ehelichen Gemeinschaft letztlich breiten Raum für wenig vorhersehbare Einschätzungen lässt, so dass nicht nur das Ergebnis häufig unsicher sein wird, sondern darüber hinaus die Gefahr besteht, dass höchst subjektive Wertungen in die Beurteilung einfliessen. So mag man sich durchaus darüber streiten, ob eine „echte" Ehe wirklich schon immer dann zu verneinen ist, wenn nicht (vorwiegend) aus Liebe geheiratet wird; auch dürften die Ansichten darüber, ob die Eheleute gemeinsame Aktivitäten und Interessen pflegen müssen und inwieweit sie sich an der Erziehung der Kinder ihres Gatten / ihrer Gattin beteiligen sollten, sehr weit auseinandergehen, so dass es sich fragt, welche Massstäbe hier anzulegen sind; eine auch nur annähernd objektive und vorhersehbare Beurteilung dürfte schwierig sein.

4. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

Nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die im FZA verankerten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden. Entsprechend der in Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA genannten EU-Richtlinien kommt es massgeblich darauf an, ob aufgrund des persönlichen Verhaltens der fraglichen Person von einer hinreichend schweren und gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit

---

124 BGer 2C_1147/2014 vom 25.02.2015 E. 3.

125 S. schon *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn.), 227 (237 f.); s. sodann *Epine/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Fn.), 243 (265 f.); *Epine/Metz*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Fn.), 223 (246 f.). Ähnlich wie hier *Marc Spescha*, Kommentar zu Art. 12 Anhang I FZA, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, Kommentar Migrationsrecht (Fn.), Art. 3 FZA, Rn. 7.

126 EuGH, Rs. 267/83, *Diatta*, Slg. 1985, 590.

127 S. insoweit auch *Thomas Hugi Yar*, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten – Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, 31 (40 f.).

ausgegangen werden kann. In Anbetracht des hierfür massgeblichen Rückfallrisikos ist zu beurteilen, ob die betreffende Person mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit auch zukünftig gefährden wird, wobei hierbei keine generalpräventiven Überlegungen berücksichtigt werden dürfen. Die Gefahr eines Rückfalls hängt dabei insbesondere auch von der Schwere des begangenen Delikts ab.[128] Ganz allgemein hat die Massnahme den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, und den ggf. beeinträchtigten (sonstigen) Grundrechten (wie z.B. Art. 8 EMRK) ist Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass in Bezug auf die sich hier stellenden Fragen die unionsrechtlichen Grundsätze und damit die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen ist,[129] wobei auch auf die Rechtsprechung zur RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) zurückgegriffen werden kann, dies jedenfalls soweit diese letztlich die bereits in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kodifiziert.[130]

Auch im Berichtszeitraum betrafen zahlreiche Urteile die Zulässigkeit einer aufenthaltsbeschränkenden Massnahme auf der Grundlage von Art. 5 Anhang I FZA, und das Bundesgericht wandte die skizzierten Grundsätze auf die ihm unterbreiteten Fallgestaltungen an:

So geht das Bundesgericht bei Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz in Anlehnung an die hierzu ergangene EuGH-Rechtsprechung von einer besonders schwerwiegenden Gefährdung aus. Die damit verbundene grosse soziale und wirtschaftliche Gefahr für die Gesellschaft lasse aufenthaltsbeendende Massnahme unter Umständen gerechtfertigt erscheinen.[131] Für diese Sicht lasse sich auch die neu eingeführte Verfassungsbestimmung von Art. 121 Abs. 3 BV anführen, die im Fall von Drogenhandel den Verlust des Aufenthaltsrechts der betreffenden Person vorsieht.[132] Im Bereich der Betäubungsmitteldelinquenz sprechen namentlich die deliktische Tätigkeit aus rein finanziellen Motiven,[133]

---

128 Siehe aus der neueren Rechtsprechung z.B. BGer 2C_787/2015 vom 29.03.2016 E. 4.3; BGer 2C_247/2015 vom 07.12.2015 E. 6.1; BGer 2C_237/2015 vom 02.11.2015 E. 2.2.2; BGer 2C_406/2014 vom 02.07.2015 E. 2.3; BGer 2C_8/2014 vom 08.01.2015 E. 4.1.

129 S. insoweit bereits die Überblicke über die Rechtsprechung des Bundesgerichts bei *Epiney/Metz* (Fn. XX).

130 S. insoweit bereits *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann u.a. 8Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 2012, 81 (98 ff.).

131 Vgl. beispielsweise BGer 2C_691/2014 vom 01.06.2014 E. 4.2; BGer 2C_784/2014 vom 24.04.2015 E. 3.2; BGer 2C_485/2014 vom 22.01.2015 E. 3.2.

132 BGer 2C_784/2014 vom 24.04.2015 E. 4.2.2; BGer 2C_843/2014 vom 18.03.2015 E. 2.2.

133 BGer 2C_388/2015 vom 26.02.2016 E. 3.3.2; BGer 2C_843/2014 vom 18.03.2015 E. 3.2.2.

die Wahrnehmung einer Schlüsselrolle im Drogengeschäft,[134] die Intensität und Dauer der deliktischen Lebensführung[135] sowie die Steigerung des deliktischen Verhaltens[136] für eine erhöhte Rückfallgefahr. Die strenge bundesgerichtliche Praxis in Zusammenhang mit Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz zeigt sich dabei auch daran, dass auch das seit vier Jahren andauernde Wohlverhalten,[137] die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt[138] oder die im jugendlichen Alter begangenen Drogen- und Strassenverkehrsdelikte[139] die Rückfallgefahr nicht wesentlich zu mindern vermögen. In die Beurteilung der Rückfallgefahr dürfen nicht rechtskräftige Urteile nicht miteinbezogen werden, jedoch können diese nach Eintritt der Rechtskraft allenfalls zu einer Neubeurteilung der Rechtslage führen.[140] Letztlich sind aber auch bei schwerwiegenden Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz immer die Umstände des Einzelfalls massgeblich, so dass das Ergreifen einer aufenthaltsbeschränkenden Massnahme nicht in jedem Fall gerechtfertigt erscheint. Im Fall eines in der Schweiz geborenen italienischen Staatsangehörigen hat das Bundesgericht beispielsweise entschieden, dass der Widerruf der Niederlassungsbewilligung trotz mehrfacher Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittel- und das Strassenverkehrsgesetz aufgrund der starken sozialen sowie familiären Verwurzelung in der Schweiz nicht verhältnismässig sei.[141]

Nach der Rechtsprechung sind auch Sexualdelikte – darunter namentlich sexuelle Handlungen mit Kindern[142] – aufgrund des besonders hochwertigen Rechtsguts der sexuellen Integrität mit einer schwerwiegenden Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit verbunden, so dass auch ein relativ geringes Rückfallrisiko nicht hingenommen werden muss.[143] Auch hier verweist das Bundesgericht auf die neue Verfassungsbestimmung von Art. 121 Abs. 3 BV, wonach Sexualdelikte ebenfalls den Verlust des Aufenthaltsrechts

134 BVGer C-5215/2013 vom 06.11.2014 E. 6.2.
135 BGer 2C_485/2014 vom 22.01.2015 E. 3.2.
136 BGer 2C_793/2016 vom 29.03.2016 E. 5.1; BGer 2C_691/2014 vom 01.06.2015 E. 4.3.
137 BVGer C-2672/2015 vom 11.02.2016 E. 5.2 und 5.3; BVGer C-1877/2015 vom 10.11.2015 E. 5.4.
138 BGer 2C_458/2015 vom 13.10.2015 E. 5.3.
139 BGer 2C_191/2015 vom 12.06.2015 E. 6.
140 BGer 2C_784/2014 vom 24.04.2015 E. 4.4.
141 BGer 2C_784/2014 vom 24.04.2015 E. 4.3.
142 Im Berichtszeitraum sind hierzu nachfolgende Bundesgerichturteile ergangen: BGer 2C_910/2015 vom 11.04.2016 ; BGer 2C_787/2015 vom 29.03.2016; BVGer C-1550/2015 vom 30.11.2015; BVGer C-4240/2014 vom 15.06.2015; BGer 2C_669/2014 vom 05.01.2015; BGer 2C_570/2014 vom 26.11.2014.
143 BVGer C-4240/2014 vom 15.06.2015.

bewirken sollen.[144] Für die Beurteilung der Rückfallgefahr ist das Wohlverhalten der betreffenden Person nach Straf- oder Massnahmevollzug massgeblich. Während des Vollzugs wird aufgrund der engmaschigen Betreuung und der intensiven Kontrolle ein tadelloses Verhalten vielmehr erwartet und lässt somit keine Rückschlüsse auf ein künftiges Verhalten der Person zu.[145] Aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang die ärztlichen Berichte oder Gutachten, in denen das künftige Verhalten der fraglichen Person prognostiziert wird.[146] Nicht entscheidend ist jedenfalls die Anzahl gerichtlicher Verurteilungen, die ausgesprochen wurden. Von einer hinreichenden schweren und gegenwärtigen Gefährdung ist das Bundesgericht beispielsweise auch bei einer über zwei Jahre dauernden sexuellen Misshandlung eines Kindes ausgegangen werden, wobei die Person „nur" ein einziges Mal verurteilt worden ist.[147]

Zur Rückfallgefahr im Bereich der Strassenverkehrsdelinquenz äusserte sich das Bundesgericht in einem Entscheid vom 2. Juli 2015.[148] In Frage stand dabei der Widerruf der Niederlassungsbewilligung eines in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen griechischen Staatsbürgers, der infolge eines Raserrennens einen Autounfall mit tödlichen Folgen verursachte. Im nachfolgenden Strafverfahren wurde der damals 18-jährige Grieche wegen (eventual-)vorsätzlicher Tötung, (eventual-)vorsätzlicher schwerer und einfacher Körperverletzung sowie mehrfacher grober Verletzung der Verkehrsregeln zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Bezüglich der Rückfallgefahr hielt das Bundesgericht fest, dass die Tat des griechischen Staatsangehörigen zwar äussert gravierend und verwerflich sei, sein persönliches Verhalten nach derselben in einem verkehrspsychologischen Gutachten aber als durchwegs unauffällig, kooperativ und der Situation angemessen eingeschätzt wurde. Aufgrund der Einsicht in sein Fehlverhalten und der stabilisierten Verhältnisse wäre die Wiedererteilung des Führerausweise aus Sicht der Gutachterin unter normalen Umständen vertretbar gewesen, allerdings sei angesichts des auf ihm lastenden hohen öffentlichen Drucks davon abzusehen.[149] Auch das zweite verkehrspsychologische Gutachten attestierte dem griechischen Staatsbürger aufgrund der seit der Straftat erzielten Fortschritte in Bezug auf die Gefahrenkenntnisse und die Selbsteinschätzung, der umfassenden Einsicht in das Unrecht seiner Tat und

144 BGer 2C_787/2015 vom 29.03.2016 E. 3.2; BGer 2C_989/2015 vom 03.02.2016, E. 3.1; BGer 2C_570/2014, 26.11.2014 E. 4.1.

145 BVGer C-4240/2014 vom 15.06.2015 E. 7.4; BGer 2C_669/2014 vom 05.01.2015, E. 3.3.

146 BGer 2C_910/2015 vom 11.04.2016 E. 4.3; BGer 2C_787/2015 vom 29.03.2016 E. 4.4; BVGer C-4240/2014 vom 15.06.2015 E. 8.4.3; BGer 2C_570/2014 vom 26.11.2014 E. 5.2.

147 BVGer C-1550/2015 vom 30.11.2015 E. 5.2.2.

148 BGer 2C_406/2014 vom 02.07.2015.

149 BGer 2C_406/2014 vom 02.07.2015 E. 5.1, 5.2.

der hohen Kooperationsbereitschaft eine günstige Legalprognose, wobei sich auch diese Gutachterin wegen des hohen öffentlichen Drucks nicht für eine Wiedererteilung des Führerausweises aussprach. Ausgehend davon kam das Bundesgericht letztlich zum Schluss, dass keine Anzeichen für eine erneute Raserfahrt oder anderweitige Widerhandlungen gegen die gesetzliche Ordnung bestünden und die Rückfallgefahr folglich als gering einzuschätzen sei. Als junger Erwachsener könne der griechische Staatsangehörige in seiner Entwicklung noch wesentlich beeinflusst werden, weshalb in erster Linie eine Wiedereingliederung anzustreben sei.[150] Ausserdem sei zu berücksichtigen, dass der griechische Staatsangehörige ausschliesslich in der Schweiz familiär, beruflich und sozial verwurzelt ist und zu seinem Heimatland keinen Bezug hat. Mit der begangenen Straftat habe er zwar in schwerwiegender Weise gegen die schweizerische Rechtsordnung verstossen, jedoch sei dies – abgesehen von der Nichtbeachtung eines Stoppsignals – die einzige zu verzeichnende Straftat. Aus diesen Gründen könne keine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit angenommen werden, die den Widerruf der Niederlassungsbewilligung rechtfertigen würde.[151]

In der Folge hatte das Bundesgericht Gelegenheit, diesen Ansatz, wonach einer Person, die sich stets tadellos verhalten hat, aufgrund eines einmaligen – wenn

150 BGer 2C_406/2014 vom 02.07.2015 E. 5.3.

151 BGer 2C_406/2014 vom 02.07.2015 E. 5.5, 5.6. Einem Bundesgerichtsentscheid vom 22. Oktober (BGer 2C_361/2014 vom 22.10.2015) lag zwar derselbe Sachverhalt wie demjenigen des Ausgangsfalls zugrunde, allerdings konnte sich das Bundesgericht wegen der kroatischen Staatsbürgerschaft des Straftäters bei der rechtlichen Würdigung nicht auf das FZA stützen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung galt es aber gleichermassen zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Ausweisung des Ausländers die gegenüberstehenden privaten Interessen zu überwiegen vermochte. Nach Einschätzung des Bundesgerichts sind Drogendelikte aus rein finanziellen Motiven, Sexualdelikte an Kindern und Jugendlichen, Gewaltdelikte und Raub als besonders schwere Straftaten zu qualifizieren. Zudem lasse auch der Deliktskatalog von Art. 121 Abs. 3 BV darauf schliessen, dass es sich dabei um besonders schwere Straftaten handelt. Die im konkreten Fall zur Diskussion stehende fahrlässige Tötung und fahrlässige schwere und einfache Körperverletzung gelten allerdings als mittelschwere Straftaten. Dementsprechend sei auch das zugrundeliegende öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthaltsrechts lediglich von mittlerem Gewicht, so dass die privaten Interessen des französischen Staatsangehörigen im konkreten Fall letztlich zu überwiegen vermochten. Ausschlaggebend dafür waren namentlich das bisherige Wohlverhalten, das Fehlen von Risikofaktoren, die lange Anwesenheitsdauer sowie die berufliche, soziale und familiäre Verwurzelung in der Schweiz, die schwache Bindung zum Heimatland und die ungenügende Beherrschung der kroatischen Sprache.

auch besonders schwerwiegenden – Vorfalls nicht die ausländerrechtliche Bewilligung entzogen werden soll (so die Prognose günstig ist), zu präzisieren.[152] Eine ähnlich gelagerte Sachlage zeigte sich etwa in einem Bundesgerichtsentscheid vom 17. September 2015.[153] Dabei ging es um den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung eines französischen Staatsangehörigen, der mehrfach gegen Strassenverkehrsregeln verstossen hatte und infolge einer fahrlässigen Tötung sowie weiterer weniger gravierenderer Delikte zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt worden war. In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht dem französischen Staatsangehörigen zugutege, dass er bereits seit 2011 keine Straftaten mehr begangen, sich einer Psychotherapie unterzogen und den Alkoholkonsum aufgegeben hatte. Da der französische Staatsangehörige bei der Begehung der Straftaten unter Alkoholeinfluss gestanden hatte, schätzte der Psychiater die Rückfallgefahr für den Fall einer absoluten Alkoholabstinenz deutlich geringer ein. Neben der erfolgten Alkoholabstinenz hatte sich der Franzose in einer Psychotherapie behandeln lassen, weshalb ihm eine günstige Legalprognose gestellt werden konnte. Dazu kommt, dass sich der Beschwerdeführer seit mehr als 15 Jahren dauerhaft in der Schweiz aufgehalten hat und seiner aus Venezuela stammenden, erwerbstätigen Ehefrau sowie ihrer Tochter die Ausreise nach Frankreich nur schwer zuzumuten wäre.[154] Unter Androhung, dass bei einer zukünftigen Straftat eine ausländerrechtliche Massnahme ergriffen werde, blieb der Franzose demnach im Besitz seiner Niederlassungsbewilligung.

In anders gelagerten Fällen erachtete das Bundesgericht in das Ergreifen einer ausländerrechtlichen Massnahme aufgrund von Strassenverkehrsdelikten als zulässig.[155] So bejahte das Bundesgericht beispielsweise die Rückfallgefahr eines norwegisch-französischen Staatsangehörigen, der nach einer strafrechtlichen Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung durch die französischen Behörden auch in der Schweiz im Strassenverkehr wiederholt straffällig und mehrfach verurteilt worden war. Dass der Beschwerdeführer trotz strafrechtlicher Sanktion und Fahrausweisentzug die Regeln des Strassenverkehrs nicht beachtet hatte, machte nach Ansichten des Bundesgerichts deutlich, dass dieser nicht fähig sei, aus seinen Fehlern zu lernen und sich somit entsprechend den Strassenverkehrsregeln zu verhalten. Auch der Entzug des Führerausweises könne dabei nicht sicherstellen, dass der Beschwerdeführer zukünftig nicht rückfällig werde, war dieser doch bereits in Vergangenheit trotz Führerausweisentzug

[152] Siehe hierzu BGer 2C_989/2015 vom 03.02.2016 E. 3.3; BGer 2C_367/2015 vom 03.02.2016 E. 3.2; BGer 2C_361/2014 vom 22.10.2015 E. 3.1; BGer 2C_223/2015 vom 17.09.2015 E.3.3.

[153] BGer 2C_223/2015 vom 17.09.2015.

[154] BGer 2C_223/2015 vom 17.09.2015 E. 4.3, 4.4.

[155] BGer 2C_367/2015 vom 03.02.2016; BGer 2C_989/2015 vom 03.02.2016.

wiederholt straffällig geworden. Ausserdem seien die verübten Straftaten, insbesondere die Trunkenheit am Steuer, derart gravierend, dass auch die psychotherapeutische Behandlung nichts an der Rückfallgefahr ändern könne. Das Vorliegen einer geringen Rückfallgefahr konnte auch nicht gestützt auf ein Gutachten angenommen werden. Vielmehr lasse der Führerausweisentzug darauf schliessen, dass vom Beschwerdeführer sehr wohl eine Gefahr ausgehe. Zudem könne ihm die Ausreise aufgrund seiner Beziehungen zu Frankreich und der kurze Aufenthaltsdauer in der Schweiz zugemutet werden.[156]

5. Niederlassungsfreiheit

In einem Entscheid vom 2. November 2015[157] befasste sich das Bundesgericht mit dem Aufenthaltsrecht zwecks Ausübung einer selbständigen Tätigkeit. Ein aus den Niederlanden stammendes Ehepaar und ihre schwer behinderte Tochter hatten nach der Einreise in die Schweiz eine Aufenthaltsbewilligung für Nichterwerbstätige aufgrund der Sicherstellung ihres Unterhalts durch die niederländische Rente der Tochter erhalten. Nachdem die niederländischen Behörden die Rentenzahlung wegen Wegzugs der Berechtigten eingestellt hatten, musste die Familie in der Schweiz sozialhilferechtlich unterstützt werden. Infolgedessen hatte das zuständige Migrationsamt die Aufenthaltsbewilligung unter Hinweis darauf widerrufen, dass die Familie nicht mehr über genügend finanzielle Mittel verfüge.

Zur Begründung eines allfälligen Aufenthaltsrechts aus anderen Gründen galt es sodann zu prüfen, ob die Tätigkeit des Vaters im Autogewerbe als selbständige Tätigkeit angesehen werden konnte.[158] Hierfür müsse die Errichtung eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte mit einer effektiven und möglichst existenzsichernden Geschäftstätigkeit nachgewiesen werden. Dies setze grundsätzlich voraus, dass mit dem Einkommen der Unterhalt der Familie gedeckt werden könne, ein Mindesteinkommen werde jedoch nicht verlangt. Unklar sei überdies, ob der Bezug von Sozialhilfeleistungen zum Verlust des Aufenthaltsrechts des Selbständigerwerbenden führe.[159] Die Aufnahme des Betriebs einer Autogarage im Jahr 2010 und die Anmeldung bei der Ausgleichskasse als Selbstständigerwerbender wiesen zwar auf die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit hin, allerdings könne im konkreten Fall nicht von einer echten und tatsächlichen, selbständig betriebenen wirtschaftlichen Betätigung gesprochen werden. Nach eigenen Angaben sei es dem Vater nicht darum gegangen, sich eine Haupteinnahmequelle zu verschaffen, sondern er habe die Autogarage als „Hobby“ betrieben. Ausserdem habe er im Zeitraum zwischen Januar 2011 und

156 BGer 2C_367/2015 vom 03.02.2016 E. 3.2.
157 BGer 2C_243/2015 vom 02.11.2015._
158 BGer 2C_243/2015 vom 02.11.2015 E. 3.3.
159 BGer 2C_243/2015 vom 02.11.2015 E. 3.3.1.

April 2012 lediglich ein Erwerbseinkommen von 13‘333.-- CHF erzielt und die Tätigkeit schliesslich Ende April 2012 aufgegeben. Aus diesen Gründen befand das Bundesgericht, dass die Tätigkeit einen – zur Pflege der Tochter ausgleichend wirkender – Zeitvertreib darstelle, woraus jedoch keineswegs ein existenzsicherendes Einkommen resultiere. Überdies sei auch der vom Vater gestellte Antrag auf eine IV-Rente so zu verstehen, dass er selbst nicht von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen sei.[160]

Ebenfalls verneinte das Bundesgericht das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit in einem Entscheid vom 14. März 2016.[161] Ob die selbständige Tätigkeit – wie dies die Vorinstanz im konkreten Fall festgestellt hatte – ein existenzsicherndes Einkommen voraussetzt, liess es dabei bewusst offengelassen.[162] Vielmehr verneinte es bereits eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit, dies unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Zwar fungierten die beiden Eheleute als Verwaltungsratsmitglieder bzw. Geschäftsführer verschiedener Firmen; jedoch bildeten diese Firmen lediglich Konstrukte, die zwecks gegenseitiger Beteiligung geschaffen worden seien. Die entsprechenden Firmen seien entweder gelöscht bzw. aufgelöst oder deren Firmensitz könne nicht ausgemacht werden. Ferner sei keine aktive Geschäftstätigkeit nachgewiesen worden, wobei insbesondere massgeblich sei, dass bei den Firmen seit 2006 weder Gewinn- noch Kapitalsteuern noch Bundessteuern angefallen waren. Aufgrund der grossen Anzahl von Betreibungen und der damit einhergehenden Liquiditätsprobleme hätten die Eheleute schliesslich auf ihre Vergütungen verzichtet. Für eine selbständige Tätigkeit fehlten somit insbesondere eine aktive Geschäftstätigkeit und eine Vergütung, so dass davon auszugehen sei, dass der Nachweis einer quantitativ wie qualitativ echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Betätigung nicht erbracht worden sei. Folglich könne aus der Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglieder bzw. Geschäftsführer kein Anspruch auf eine Bewilligungserteilung abgeleitet werden. Hieran ändere auch der Umstand, dass die Eheleute bzw. die Firmengruppe über eine Liegenschaft verfügen, nichts.[163]

Relevant war für das Bundesgericht in diesen Urteilen, ob eine echte und tatsächliche Tätigkeit als Selbständiger vorlag, was in der Tat in diesem Zusammenhang entscheidend sein muss. Nicht beantwortet ist damit aber die Frage, ob die Berufung auf eine selbständige Erwerbstätigkeit von vornherein dann ausgeschlossen ist, wenn das damit erzielte Einkommen nicht zur Deckung des

---

160 BGer 2C_243/2015 vom 02.11.2015 E. 3.3.2.

161 BGer 2C_750/2015 vom 14.03.2016.

162 BGer 2C_750/2015 vom 14.03.2016 E. 3.3.

163 BGer 2C_750/2015 vom 14.03.2016 E. 4.1., 4.2. S. im Übrigen im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit BGer 2C_793/2014 vom 24.04.2015 E. 4.3-4.7 (Unverhältnismässigkeit der behördlichen Anordnung der Schliessung eines Massagesalons wegen nur geringfügiger Verletzungen von Anzeigepflichten).

Lebensunterhalts ausreicht (was dann auch implizierte, dass im Fall des Bezugs von Sozialhilfe das Aufenthaltsrecht wegfiele). M.E. sprechen die besseren Gründe gegen einen derartigen Grundsatz: Abgesehen davon, dass ein solcher Grundsatz im Unionsrecht nicht nachweisbar ist, ist nicht einsichtig, warum die Selbständigen in diesem Punkt anders behandelt werden sollen als die Arbeitnehmer; auch erscheint das Kriterium des Erzielens eines hinreichenden Einkommens zur Deckung des Lebensunterhalts ein nicht taugliches Kriterium in diesem Zusammenhang, da durchaus eine echte und tatsächliche selbständige Tätigkeit vorliegen kann, mit der auch ein Einkommen erzielt wird, das jedoch gleichwohl aus gewissen Gründen (z.B. hohe finanzielle Belastungen aufgrund familiärer Umstände) nicht zur Deckung des Lebensunterhalts ausreicht. Im Übrigen ist es auch denkbar, dass es zu kurzfristigen Engpässen in Bezug auf das erzielte Einkommen kommt, ohne dass daraus gleich zu folgern wäre, dass keine echte und tatsächliche selbständige Tätigkeit mehr vorliegt. Daher sollte es m.E. dabei bleiben, dass das Kriterium in diesem Zusammenhang allein dasjenige einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit als Selbständiger ist, wobei diese Frage unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls – zu denen freilich auch das erzielte Einkommen gehört – zu beantworten ist. Die skizzierte bundesgerichtliche Rechtsprechung dürfte in diese Richtung auszulegen sein.[164]

6. Diplomanerkennung

Im Bereich der Diplomanerkennung beurteilte das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2015/14[165] die Zulassung einer deutschen Staatsangehörigen als diplomierte Augenoptikerin in der Schweiz aufgrund eines in Deutschland erworbenen Meisterprüfungszeugnisses im Augenoptiker-Handwerk.[166] Die Vorinstanz hatte das entsprechende Gesuch um Anerkennung mit der Begründung abgewiesen, zur Ausübung der beruflichen Tätigkeit als diplomierte Augenoptikerin sei, gestützt auf das Bundesgesetz über die Fachhochschulen, nunmehr ein Bachelordiplom erforderlich. Zwecks Gleichwertigkeit des Diploms müssten deshalb in Anwendung der in Anhang III FZA erwähnten RL 2005/36/EG[167] Ausgleichmassnahmen absolviert werden, wobei hierbei namentlich eine Eignungsprüfung oder ein zweijähriger Anpassungslehrgangs in

164 S. auch schon *Epiney/Blaser*, in: Code annoté du droit des migrations (Fn.), Art. 4 ALCP, Rn. 34, m.w.N. auf abweichende Ansichten.

165 Vom 25.02.2015.

166 Zur Anerkennung eines in Frankreich erworbenen Masterabschlusses im Bereich der Optometrie siehe BVGer B-1735/2014 vom 07.05.2015.

167 Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 255 vom 30.09.2005, S. 22-142.

Frage kämen. Fraglich war in diesem Zusammenhang, ob das deutsche Meisterprüfungszeugnis gestützt auf den zwischen der Schweiz und Deutschland geltenden völkerrechtlichen Vertrag betreffend die gegenseitige Anerkennung handwerklicher Prüfungen aus dem Jahr 1937 „automatisch", d.h. nach einer Prüfung formeller Aspekte und ohne Berücksichtigung materieller Aspekte wie etwa Unterschiede hinsichtlich der Ausbildung und Berufserfahrung, als gleichwertig anzuerkennen ist.

In einem ersten Schritt prüfte das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit des FZA und der RL 2005/36/EG, die die Anerkennung von Berufsqualifikationen hinsichtlich der im Aufnahmestaat reglementierten beruflichen Tätigkeiten vorschreiben. Da es sich beim Optikergewerbe um einen in der Schweiz reglementierten Beruf handle und die Gesuchstellerin als Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates um die Anerkennung eines in ihrem Heimatstaat erworbenen Meisterzeugnisses in der Schweiz ersuche, sei die Anwendbarkeit des FZA und der darin erwähnten Rechtsakte ohne weiteres zu bejahen. Gestützt darauf könne die Anerkennung der Tätigkeit als diplomierte Optikerin nicht automatisch erfolgen, weshalb hierfür eine materielle Prüfung vorzunehmen sei.[168] Allerdings habe eine solche „automatische" Anerkennung der deutschen Meisterprüfungszeugnisse als gleichwertig mit den entsprechenden schweizerischen Diplomen auf der Grundlage des zwischen der Schweiz und Deutschland geltenden völkerrechtlichen Vertrags zu erfolgen. Auch das zwischenzeitlich geänderte schweizerische innerstaatliche Recht, wonach im Bereich der Optometrie neu ein Bachelordiplom erforderlich ist, befreie die Schweiz nicht von der im völkerrechtlichen Vertrag vorgesehenen automatischen Anerkennung. Nach Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)[169] – bzw. dem bereits vor Inkrafttreten der WVK entsprechenden Gewohnheitsrecht – seien die Vertragsstaaten an völkerrechtliche Verträge gebunden und hätten diese nach Treu und Glauben zu erfüllen. Nach Art. 27 WVK könne sich eine Vertragspartei nicht auf innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen. Indem die zuständige schweizerische Behörde deutsche Meisterprüfungszeugnisse im Bereich der Optometrie nicht mehr automatisch anerkennt, handle sie entgegen Sinn und Zweck des völkerrechtlichen Vertrages, und Meisterprüfungszeugnisse seien demnach auch zukünftig ohne materielle Prüfung anzuerkennen.[170]

In einem Parallelverfahren hatte das Bundesverwaltungsgericht die Gleichwertigkeit eines deutschen Fachhochschulabschlusses mit den schweizerischen Berufsqualifikationen eines diplomierten Augenoptikers zu beurteilen.[171] Auch

[168] BVGE 2015/14 vom 25.02.2015 E. 3.1.1-3.1.5.
[169] Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.05.1969, SR 0.111.
[170] BVGE 2015/14 vom 25.02.2015 E. 3.2.
[171] BVGer B-1884/2014 vom 13.07.2015.

wenn der zwischen der Schweiz und Deutschland geltende völkerrechtliche Vertrag sich nicht explizit auf Fachhochschulabschlüsse bezieht, seien diese laut Bundesverwaltungsgericht den darin erwähnten Meisterprüfungszeugnissen rechtlich gleichzustellen. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebiete es nämlich, den Vertrag so auszulegen, dass Fachhochschulabschlüsse, die in Deutschland gleichermassen wie Meisterprüfungszeugnisse zur Ausübung des Optikerhandwerks berechtigen bzw. in inhaltlicher Hinsicht sogar über diese hinausgehen, auch in gleicher Weise als gleichwertig anzuerkennen sind.[172]
Die beiden Urteile illustrieren, dass mitunter – trotz der weitgehenden Regelungen im Freizügigkeitsabkommen – bilaterale völkerrechtliche Verträge existieren können, die den Vertragsparteien über das Freizügigkeitsabkommen hinausgehende Verpflichtungen auferlegen können. Deutlich wird damit auch die Komplexität der Materie angesichts der Vielzahl existierender, mitunter (wie die beiden Urteile auch zeigen) recht alter Staatsverträge.

III. Schluss

Das schon seit mehr als einem Jahrzehnt für die Reichweite der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und den Staaten der Europäischen Union (EU) massgebliche sog. Freizügigkeitsabkommen (FZA)[173] „funktioniert“ in der praktischen Anwendung insgesamt sehr gut, wozu die Rechtsprechung des Bundesgerichts einen bedeutenden Beitrag leistet, insbesondere durch die Klärung zahlreicher (Auslegungs-) Fragen und den (sich aus den durch das Gericht entwickelten Prinzipien ergebenden) Grundsatz der „Anlehnung“ seiner Rechtsprechung an die in der Union geltenden Auslegungsgrundsätze (soweit das Abkommen Begriffe und Konzepte des Unionsrechts übernimmt). Auf diese Weise konnte in den letzten Jahren in Bezug auf die rechtliche Trageweite des Abkommens eine gewisse Rechtssicherheit erreicht werden. An dieser grundsätzlich positiven Bilanz des Abkommens ändert der Umstand nichts, dass nach wie vor in gewissen (einzelnen) Bereichen Auslegungsfragen und sonstige

172 BVGer B-1884/2014 vom 13.07.2015 E. 4.2.4, 4.3.

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

Schwierigkeiten fortbestehen, sollte deren (grundsätzliche) Bedeutung doch nicht überbewertet werden.[174]

[174] Vgl. insoweit die Überlegungen, m.w.N., *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2011/2012, Bern 2012, S. 81 ff.