

---

## **Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen**

Astrid Epiney und Evamaria Hunziker

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

**Astrid Epiney/Evamaria Hunziker, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2023/2024, Bern 2024, S. 275-318.**

**Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

### **Inhaltsübersicht**

|      |                                                                         |    |
|------|-------------------------------------------------------------------------|----|
| I.   | Einleitung .....                                                        | 2  |
| II.  | Auslegung des FZA .....                                                 | 3  |
| III. | Diskriminierungsverbot .....                                            | 6  |
|      | 1. Verbleiberechte nach Art. 2 FZA i.V.m. Art. 50 AIG .....             | 7  |
|      | 2. Schutz bei Auslieferungsgesuchen durch Drittstaaten .....            | 10 |
| IV.  | Arbeitnehmerfreizügigkeit .....                                         | 12 |
|      | 1. Arbeitnehmereigenschaft .....                                        | 12 |
|      | 2. Verbleiberecht .....                                                 | 15 |
| V.   | Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit .....                       | 17 |
|      | 1. Erlöschen des Aufenthaltsrechts von selbständig Erwerbstätigen ..... | 17 |
|      | 2. Diplomanerkennung .....                                              | 18 |
| VI.  | Abgeleitete Aufenthaltsrechte .....                                     | 24 |
|      | 1. Nachzug von Familienangehörigen .....                                | 24 |
|      | 2. Rechtsmissbrauch aufgrund von « Scheinehen» .....                    | 27 |
| VII. | Einreise und Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit .....                     | 28 |
|      | 1. Ausreichende finanzielle Mittel .....                                | 28 |
|      | 2. Selbständiges Aufenthaltsrecht unmündiger Kinder .....               | 29 |
|      | 3. Voraussetzung des effektiven Aufenthalts .....                       | 30 |

|                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------|----|
| VIII. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit..... | 30 |
| 1. Zur Rückfallgefahr.....                                                           | 31 |
| 2. Strafrechtliche Landesverweisung.....                                             | 34 |
| 3. Einreiseverbote .....                                                             | 37 |
| IX. Schluss.....                                                                     | 41 |

## I. Einleitung

Die schweizerische Rechtsprechung – insbesondere des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts – zum Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (FZA) ist mittlerweile sowohl qualitativ als auch quantitativ sehr facettenreich. Bis heute gibt es mehrere hundert Urteile des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zum Abkommen; auch wenn diese freilich unterschiedlicher Bedeutung sind, illustriert schon diese Anzahl die grosse, auch praktische Bedeutung des Abkommens. Insoweit kann inzwischen von einer gefestigten Rechtsprechungspraxis zum FZA gesprochen werden.

Dabei lehnt sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Auslegung des Abkommens regelmässig – ausgehend vom Grundsatz der «parallelen Auslegung» des FZA im Verhältnis zum EU-Recht, soweit das Abkommen Konzepte des Unionsrechts aufgreift<sup>1</sup> – sehr eng an die Rechtslage in der Union an und berücksichtigt auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) bzw. folgt dieser grundsätzlich. Zwar kann man die konkrete Heranziehung dieser Rechtsprechung durch die schweizerische Rechtsprechung mitunter kritisieren, da sie nicht immer der Rechtslage in der Union – trotz gegenteiliger Beteuerungen bzw. Absichten – Rechnung trägt; dies ändert freilich nichts daran, dass – was in der öffentlichen Diskussion u.E. zu wenig beachtet wird – bereits heute und unabhängig von einem Streitbeilegungsverfahren die Rechtsprechung des EuGH eine bedeutende bzw. gar entscheidende Rolle bei der Auslegung und damit der Tragweite des Freizügigkeitsabkommens spielt. Darüber hinaus trägt die insgesamt und in Bezug auf die grundsätzliche Ausrichtung sehr überzeugende Rechtsprechung des Bundesgerichts massgeblich zur Rechtssicherheit und zur Effektivität des Abkommens bei.

---

<sup>1</sup> Vgl. grundlegend BGE 136 II 5; siehe weiter z.B. BGE 142 II 35; aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs EuGH, Rs. C-581/17, *Wächter*, ECLI:EU:C:2019:138. Aus der Literatur nur, m.w.N. auch zu den etwas abweichenden Ansätzen der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, *Astrid Epiney*, § 4. Multilaterales Migrationsrecht: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Uebersax/Tudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli (Hrsg.), *Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, Basel 2022, S. 187 ff. (208 ff.). S. auch noch unten II. im Zusammenhang mit einem neueren Urteil des Bundesgerichts.

Vor diesem Hintergrund will dieser Beitrag einen Überblick über die jüngste (für den Zeitraum von Mitte 2023 bis Mitte 2024) Entwicklung der schweizerischen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen geben, indem ausgewählte Urteile zusammengefasst 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 einige Urteile werden lediglich in den Fussnoten erwähnt). Thematisch bleiben Aspekte der sozialen Sicherheit<sup>2</sup> und nicht auf das Freizügigkeitsabkommen bezogene migrationsrechtliche Fragen ausgeblendet. Auch die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit wird nicht thematisiert,<sup>3</sup> und auf weitere Literaturhinweise wird weitgehend verzichtet.<sup>4</sup>

Thematisch kann – nach dem Hinweis auf ein Urteil, welches speziell die Auslegung des FZA betrifft (II.) – zwischen dem Diskriminierungsverbot (III.), der Arbeitnehmerfreizügigkeit (IV.), der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (V.), abgeleiteten Aufenthaltsrechten (VI.), Einreise und Aufenthalt von Nichterwerbstätigen (VII.) und der Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (VIII.) unterschieden werden.

## II. Auslegung des FZA

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt in Bezug auf die Auslegung des FZA ein «Grundsatz der parallelen Auslegung» des FZA im

---

<sup>2</sup> Zur Rechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts die Überblicke im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht, zuletzt *Mélanie Fretz Perrin*, *Assurances sociales et aide sociale: jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'Accord sur la libre circulation des personnes*, in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Zlättescu* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2022/2023*, Zürich/Bern 2023, S. 529 ff. (die Ausgabe 2023/2024 ist im Erscheinen).

<sup>3</sup> S. 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. Siehe zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahr 2022 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU*, in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Zlättescu* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2022/2023*, Zürich/Bern 2023, S. 71 ff. (die Ausgabe 2023/2024 ist im Erscheinen).

<sup>4</sup> Der Beitrag knüpft an die Beiträge in den Jahrbüchern für Migrationsrecht aus den Jahren 2004/2005, 2007/2008, 2009/2010, 2011/2012, 2013/2014, 2015/2016, 2017/2018, 2018/2019, 2019/2020, 2020/2021, 2021/2022 und 2022/2023 an, vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Evamaría Hunziker*, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in: *Achermann/Amarelle/Boillet/Caroni/Epiney/Uebbersax* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023*, S. 339 ff.

Verhältnis zum EU-Recht zum Zuge, soweit das Abkommen Begriffe des Unionsrechts übernimmt.<sup>5</sup> Hierbei berücksichtigt das Bundesgericht nicht nur die Rechtsprechung des EuGH, welche bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangen ist (vgl. Art. 16 Abs. 2 FZA), sondern hat darüber hinaus klargestellt, dass es auch nachfolgende Rechtsprechung einbezieht (wofür es auch zahlreiche Beispiele in der Rechtsprechung gibt, unter Einbezug des Nachvollzugs von Rechtsprechungsänderungen des EuGH);<sup>6</sup> von dieser sei nur aus «triftigen Gründen» und keineswegs «leichtlich» abzuweichen.<sup>7</sup> Nicht präzisiert hat das Bundesgericht allerdings, wann solche «triftigen Gründe» vorliegen könnten, und bislang gab es in der Rechtsprechung auch noch kein Beispiel eines solchen triftigen Grundes.

In einem Urteil vom Mai 2023<sup>8</sup> äusserte sich der Gerichtshof nun erstmals zu dieser Frage, dies allerdings mit Bezug zur Rechtsprechung des EuGH zur RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie),<sup>9</sup> welche nach der Unterzeichnung des Abkommens erlassen wurde und auch nicht in das Abkommen übernommen wurde, wobei aber zahlreiche Bestimmungen der Richtlinie an das bis dahin geltende Recht anknüpften, wenn auch einige Neuerungen zu verzeichnen sind.<sup>10</sup> Im Ausgangssachverhalt ging es um eine tschechische Staatsangehörige, deren Aufenthaltsbewilligung wegen des Bezugs von Ergänzungsleistungen bzw. von Sozialhilfe nicht verlängert worden war, da sie die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige (Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA) wegen des Fehlens ausreichender Existenzmittel nicht erfüllte. Das Bundesgericht lehnte es in diesem Zusammenhang ab, die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 – der ebenso wie Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA das Aufenthaltsrecht von Nichterwerbstätigen von der Verfügbarkeit ausreichender finanzieller Mittel abhängig macht – einzubeziehen:

<sup>5</sup> S. die Nachweise in Fn. 1.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 130 II 1, in dem sich das Bundesgericht bezüglich der Voraussetzung eines vorherigen rechtmässigen Aufenthalts in einem Mitgliedstaat für den Familiennachzug auf EuGH, Rs. C-109/01, *Akrich*, ECLI:EU:C:2003:491, stützte, diese Rechtsprechung aber im Zuge der Aufgabe dieser Voraussetzung durch den EuGH in EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, ECLI:EU:C:2008:449, modifizierte, vgl. BGE 135 II 5.

<sup>7</sup> Grundlegend BGE 135 II 5; s. sodann z.B. BGE 147 V 285 E. 3.3.7; 147 II 1 E. 2.3; 142 II 35 E. 3.1.

<sup>8</sup> BGer 2C\_484/2022 vom 15. Mai 2023. S. auch schon die Ausführungen des Bundesgerichts in BGer 2C\_121/2022 vom 24.11.2022 E. 6.2. Vgl. zu dem angezeigten Urteil auch die Ausführungen von *Benedikt Pirker*, Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 20. Juli 2023.

<sup>9</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, S. 77, Unionsbürgerrichtlinie, UBRL.

<sup>10</sup> S. im Einzelnen zu den Neuerungen der RL 2004/38 *Astrid Epiney/Sian Affolter*, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 11. März 2019, Rn. 3 ff.

Denn bezüglich der Frage der Schädlichkeit von Sozialhilfeleistungen für das Aufenthaltsrecht ohne Erwerbstätigkeit gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 lägen «triftige» Gründe für eine Nichtberücksichtigung der neueren Rechtsprechung zu dieser Bestimmung vor, zumal sie – mit Ausnahme der deutschen Sprachfassung – weniger streng formuliert sei als Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA.<sup>11</sup>

Die Ausführungen des Bundesgerichts implizieren, dass es sich bei Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 um eine unionsrechtliche Bestimmung handelt, die für das FZA relevant ist bzw. welche das FZA aus dem Unionsrecht übernommen hat, dies obwohl es sich hier um einen nach dem Inkrafttreten des FZA angenommenen Rechtsakt handelt. Dies dürfte letztlich darauf beruhen, dass sich der in Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 formulierte Grundsatz bereits in den 1999 geltenden Richtlinien zu den Aufenthaltsrechten Nichterwerbstätiger fand. Es hätte sich in diesem Zusammenhang angeboten, hierauf explizit hinzuweisen, was auch die Gelegenheit geboten hätte, darzulegen, ob sich bezüglich dieser Bestimmung bzw. der Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht Nichterwerbstätiger im EU-Recht mit dem Erlass der RL 2004/38 etwas geändert hätte (was wohl zu verneinen ist). In der Sache ist es in der Tat überzeugend, in Konstellationen, in welchen in der Union zwar neue Rechtsakte erlassen werden, die aber bereits geltende Bestimmungen aufnehmen, von abkommensrelevanten Vorgaben bzw. Begriffen des Unionsrechts, welche in das FZA übernommen wurden, auszugehen mit der Folge, dass auch die diesbezügliche (nachfolgende) Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung der jeweiligen abkommensrechtlichen Bestimmung relevant ist. Dabei wird die Frage nach der «Identität» der neuen Rechtslage mit der bis dahin geltenden Rechtslage nicht immer leicht zu beantworten sein; festzuhalten ist aber, dass zahlreiche neue EU-Rechtsakte teilweise sehr weitgehend bereits bestehendes Recht aufgreifen oder Rechtsprechungslinien des EuGH kodifizieren.

Immerhin liefert das Urteil nunmehr ein Beispiel eines «triftigen Grundes», ohne freilich den Begriff selbst näher zu präzisieren; vielmehr dürfte die politische Sensibilität rund um das Thema der «Einwanderung in die Sozialhilfesysteme» eine wichtige Rolle gespielt haben.

Gewünscht hätte man sich zudem eine Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der Frage, ob bei der Aufenthaltsbeendigung wegen des Bezugs von Sozialhilfe oder dieser gleichzustellender Ergänzungsleistungen nicht der

---

<sup>11</sup> In der Tat spricht etwa die französische Fassung des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 davon, dass eine Person über «ressources suffisantes» verfügen müsse, um nicht «une charge pour le système d'assistance sociale» zu werden, während die Person gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA «moyens financiers suffisants» haben muss, «pour ne pas devoir faire appel à l'aide sociale». Ob dies ein Grund für eine unterschiedliche Auslegung sein kann, zumal die deutsche Version parallel formuliert ist («während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe(leistungen)» in Anspruch nehmen»), sei an dieser Stelle dahingestellt.

Verhältnismässigkeitsgrundsatz – der möglicherweise als allgemeiner Grundsatz des Abkommens angesehen werden könnte – berücksichtigt werden müsste. Damit ginge allerdings im Ergebnis doch eine gewisse Relevanz der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 einher, da der Gerichtshof in dem hier relevanten Urteil *Brey*<sup>12</sup> letztlich bei der Zulässigkeit einer Aufenthaltsbeendigung wegen fehlender Existenzmittel auf Verhältnismässigkeitsgesichtspunkte abstellte. Hinzu kommt, dass Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA ausdrücklich festhält, dass das Aufenthaltsrecht (nur) so lange besteht, wie die Berechtigten die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA erfüllen.

### III. Diskriminierungsverbot

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung des Art. 2 FZA verbietet – vorbehaltlich einer Rechtfertigung – eine auf der Staatsangehörigkeit beruhende schlechtere Behandlung von Staatsangehörigen der Vertragsparteien im Vergleich zu inländischen Staatsangehörigen.<sup>13</sup> Von diesem Verbot erfasst sind sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen, wobei das Anknüpfen an den Wohnsitz ein typisches Beispiel einer indirekten Diskriminierung darstellt. Art. 2 FZA wird durch eine Reihe besonderer Bestimmungen ergänzt bzw. präzisiert und durchgeführt.

Eine solche Bestimmung stellt Art. 25 Anhang I FZA betreffend den Erwerb von Immobilien durch FZA-berechtigte Personen in der Schweiz dar. Im Falle einer nicht in der Schweiz wohnhaften Person umfasst der Anspruch auf Inländergleichbehandlung gemäss dem Abs. 2 dieser Bestimmung lediglich den Erwerb einer für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit dienenden Immobilie. Das Bundesgericht präzisierte diesbezüglich, dass das infrage stehende Grundstück betrieblich genutzt werden müsse, was beispielsweise bei einem Holzlager im Rahmen der Holzwirtschaft oder bei einer

---

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565.

<sup>13</sup> Somit kann eine FZA-berechtigte Person in der Schweiz nicht gestützt auf das FZA eine Diskriminierung im Vergleich zu Drittstaatsangehörigen rügen. Vgl. hierzu BGer 2C\_484/2022 vom 15.5.2023 E. 3.4.1. sowie BGer 2C\_707/2022 vom 6.1.2023 E. 5.2., in denen das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Gleichsetzung des Bezugs von Ergänzungsleistungen mit dem Bezug von Sozialhilfe i.S.v. Art. 24 Anhang I FZA zwar spezifisch auf Art. 2 FZA einging, jedoch klarstellte, dass sich Unionsbürger und Drittstaatsangehörige in der Schweiz aufgrund der im FZA gewährten Rechte nicht in einer vergleichbaren Situation befänden. Somit könne ebenfalls keine Diskriminierung zwischen den beiden Personengruppen vorliegen. Dies erscheint überzeugend, geht es doch bei FZA-Berechtigten und Drittstaatsangehörigen um unterschiedliche Rechtsregime, und letztere haben im Vergleich zu ersteren deutlich weniger weitgehende Rechte beim Zugang zum Aufenthaltsrecht, so dass es vertretbar ist, dieselbe Tatsache (Bezug von Ergänzungsleistungen) beim Wegfall des Aufenthaltsrechts unterschiedlich zu bewerten. Zu diesem Urteil im Zusammenhang mit den Aussagen zur Auslegung des FZA oben II.

landwirtschaftlichen Nutzung der Fall sei, nicht jedoch bei einer Nutzung zu militärischen Zwecken.<sup>14</sup>

Art. 2 FZA verbietet hingegen nicht die sog. Inländerdiskriminierung, wonach Staatsangehörige der Vertragsparteien gestützt auf das FZA teilweise umfassendere Rechte geniessen als inländische Staatsangehörige. So hat das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise im Bereich der Diplomanerkennung eine Inländerdiskriminierung festgestellt. Denn gestützt auf das FZA kann ein ausländischer Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis im Rahmen des allgemeinen Anerkennungssystems auch dann anerkannt werden, wenn dessen Berufsqualifikationsniveau eine Stufe unter dem in der Schweiz geforderten Niveau liegt (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b RL 2005/36<sup>15</sup> [BerufsanerkennungsRL]). Kommt hingegen einzig das nationale Recht zur Anwendung, können im Bereich der Gesundheitsberufe lediglich diejenigen ausländischen Bildungsabschlüsse anerkannt werden, die dieselbe Bildungsstufe aufweisen wie die in der Schweiz geforderten Bildungsabschlüsse (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. b GesBG, Art. 6 Abs. 1 lit. a GesBAV). Eine solche Ungleichbehandlung sei jedoch gerechtfertigt, da andernfalls das Schweizer Bildungssystem umgangen würde, indem Schweizer:innen, die sich ausschliesslich in der Schweiz ausbilden liessen, gegenüber Schweizer:innen, die einen ausländischen Bildungsabschluss erworben haben, schlechter gestellt würden.<sup>16</sup>

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung des Art. 2 FZA führt auch dazu, dass Rechte, welche Schweizer Staatsangehörigen nach nationalem Recht zustehen, auch EU/EFTA-Ausländer:innen zu gewähren sind, dürfen diese doch im Anwendungsbereich des Abkommens grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden als Schweizer Staatsangehörige. Damit können FZA-Berechtigte auch Rechte geltend machen, die sich nicht aus dem FZA selbst, jedoch aus dem nationalen Recht i.V.m. Art. 2 FZA ergeben. Relevant ist dies in erster Linie im Bereich des Familiennachzugs und des Verbleiberechts, potenziell jedoch ebenfalls im Zusammenhang mit Auslieferungen an Drittstaaten.<sup>17</sup> Aus dem Berichtszeitraum ist insbesondere auf die Rechtsprechung zum Verbleiberecht nach Art. 50 AIG (a) und den Schutz vor Auslieferung in Drittstaaten (b) hinzuweisen.

## **1. Verbleiberechte nach Art. 2 FZA i.V.m. Art. 50 AIG**

Nach Art. 2 FZA i.V.m. Art. 50 AIG können sich nicht nur Ex-Ehegatt:innen von Schweizer Staatsangehörigen, sondern auch von EU/EFTA-Ausländer:innen auf ein eigenes Aufenthaltsrecht berufen, sofern sie keinen

---

<sup>14</sup> BGer 2C\_182/2023 vom 6.2.2024 E. 4.1. f. und 4.3.4.

<sup>15</sup> Richtlinie 2005/36 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, S. 22.

<sup>16</sup> BVGer B-2551/2022 vom 7.6.2023 E. 3.2.3.

<sup>17</sup> Siehe ansonsten zum allgemeinen Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit der Diplomanerkennung bzw. dem Zugang zu einem reglementierten Beruf unten II.3.b.

eigenständigen Anspruch gemäss dem FZA haben.<sup>18</sup> Gemäss Art. 50 Abs. 1 AIG wird eine Mindestdauer der ehelichen Gemeinschaft von drei Jahren und die erfolgreiche Integration der betroffenen Person oder das Vorliegen wichtiger persönlicher Gründe, welche einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erfordern, vorausgesetzt. Eine beispielhafte Aufzählung solcher wichtigen persönlichen Gründe findet sich in Art. 50 Abs. 2 AIG.

Die Frage des Verbleiberechts nach Auflösung der Ehegemeinschaft hat sich in der Berichtsperiode verschiedentlich gestellt:<sup>19</sup>

- Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach sich der bzw. die Ex-Ehegatt:in einer FZA-berechtigten Person einzig dann auf Art. 50 AIG berufen kann, wenn Letzere:r weiterhin ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat,<sup>20</sup> wurde bestätigt.<sup>21</sup>
- Für die Berechnung der Dauer der Ehegemeinschaft gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG ist grundsätzlich auf die faktische Wohngemeinschaft abzustellen. Lediglich bei Vorliegen ernsthafter, objektiver und konkreter Hinweise, welche darauf schliessen lassen, dass die eheliche Beziehung trotz fortdauernder Wohngemeinschaft nicht mehr gelebt wird oder der Ehewille mindestens eines Ehegattens erloschen ist, ist von diesem Grundsatz abzuweichen.<sup>22</sup> So kam das Bundesgericht in einem Urteil vom Oktober 2023<sup>23</sup> zum Schluss, dass die Ehegemeinschaft im Zeitpunkt der Konsultation eines Anwalts durch die Ehegattin im Hinblick auf eine Scheidung – welche dann von der Ehegattin im Anschluss an die Konsultation auch eingereicht wurde – geendet habe, da der Ehewille offenbar bei der Ehegattin erloschen sei.<sup>24</sup> Dieser Schluss dürfte im Gesamtkontext der Situation (Konsultation eines Anwalts und nachfolgende Einreichung der Scheidung) zu sehen sein, so dass sich aus dem Urteil wohl nicht ableiten lässt, dass im Falle einer Konsultation eines Anwalts im Zusammenhang mit einer allfälligen Scheidung generell auf einen erloschenen Ehewillen geschlossen werden kann, kann doch die Konsultation des Anwalts auch lediglich Zweifel an der ehelichen Zukunft bedeuten).
- Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach bei der Berechnung der Dauer der Ehegemeinschaft mehrere Phasen einzig dann

---

<sup>18</sup> BGE 144 I 1 E. 4.7.

<sup>19</sup> Vgl. neben den im Text erwähnten Urteilen: BGer 2C\_34/2023 vom 19.10.2023; BVGer F-439/2021 vom 30.5.2023; BVGer F-130/2021 vom 21.7.2023; BVGer F-6565/2020 vom 18.9.2023; BGer 2C\_34/2023 vom 19.10.2023; BGer 2C\_63/2024 vom 18.4.2024.

<sup>20</sup> Vgl. insbesondere BGE 144 II 1 E. 4.7.

<sup>21</sup> BGer 2C\_1000/2022 vom 2.8.2023 E. 1.1.; BGer 2C\_268/2023 vom 31.8.2023 E. 4.2.; BGer 2C\_263/2023 vom 20.9.2023 E. 4.3.3.; BGer 2C\_26/2024 vom 19.1.2024.

<sup>22</sup> BGer 2C\_939/2018 vom 24.9.2019 E. 3.4.; BGer 2C\_392/2019 vom 24.1.2020 E. 3.2.2.

<sup>23</sup> BGer 2C\_431/2023 vom 26.10.2023.

<sup>24</sup> BGer 2C\_431/2023 vom 26.10.2023 E. 6.3.

kumuliert werden können, wenn der gemeinsame Ehewille auch während der Phasen der Trennung anhielt,<sup>25</sup> wurde bestätigt.<sup>26</sup>

- In einem weiteren, das Verbleiberecht betreffenden Urteil stand zur Debatte, inwieweit die Wiedereingliederung im Herkunftsland als stark gefährdet erscheint (vgl. insoweit Art. 51 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AIG). Das Bundesgericht stützte die Argumentation der Vorinstanz, wonach einer kosovarischen Staatsangehörigen die Wiedereingliederung im Heimatland zugemutet werden könne, da keine besonderen Probleme ersichtlich seien. Die Beschwerdeführerin hatte sich zuvor im Kosovo vom Vater ihres bei ihr in der Schweiz lebenden Sohnes scheiden lassen und in der Schweiz einen deutschen Staatsangehörigen geheiratet – von dem sie inzwischen getrennt lebte –, weshalb sie vorbrachte, dass ihr sozialer Ruf im Kosovo ruiniert sei. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, wonach keine konkrete starke Gefährdung im Falle der Rückkehr in den Kosovo vorliegen würde, wurde vom Bundesgericht als willkürfrei qualifiziert.<sup>27</sup>
- In einem Urteil vom November 2023<sup>28</sup> hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, inwieweit die gesundheitliche Situation eines minderjährigen Kindes des bzw. der Ex-Ehepartner:in einer FZA-berechtigten Person bei der Beurteilung des Vorliegens wichtiger persönlicher Gründe i.S.v. Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG zu berücksichtigen seien. Der Sohn einer kosovarischen Staatsangehörigen, der seiner Mutter zufolge u.a. eine Lernbehinderung, autistisch anmutende Symptome sowie motorische Schwierigkeiten aufweise und auf verlässliche Beziehungen angewiesen sei, war der Vorinstanz zufolge auf ein Sondersetting angewiesen. Das Bundesgericht konnte die Frage im Ergebnis jedoch offenlassen, da diesem zufolge aufgrund der bestehenden Behandlungsangebote im Kosovo im Falle der Rückkehr mit der Mutter keine krankheitsbedingte aktuelle unmittelbare Gefährdung des Sohnes ersichtlich sei.<sup>29</sup> Grundsätzlich sprechen aber gute Gründe – insbesondere die Berücksichtigung grundrechtlicher Garantien – dafür, die gesundheitliche Situation eines minderjährigen (nicht gemeinsamen) Kindes, welches im Zuge der Rückkehr des Elternteils in das Heimatland ebenfalls die Schweiz verlassen müsste, im Rahmen der Beurteilung eines nachehelichen Härtefalles zu berücksichtigen.

---

<sup>25</sup> BGE 140 II 289 E. 3.5.1. und 3.7.; BGer 2C\_516/2022 vom 22.3.2023 E. 4.2.; BGer 2C\_394/2017 vom 28.9.2017 E. 3.2. f.

<sup>26</sup> BGer 2C\_431/2023 vom 26.10.2023 E. 6.3.

<sup>27</sup> BGer 2C\_776/2022 vom 14.11.2023 E. 6.2.

<sup>28</sup> BGer 2C\_776/2022 vom 14.11.2023.

<sup>29</sup> BGer 2C\_776/2022 vom 14.11.2023 E. 6.3.2. ff.

## 2. Schutz bei Auslieferungsgesuchen durch Drittstaaten

Gemäss Art. 25 Abs. 1 BV dürfen Schweizer:innen nicht gegen ihren Willen an ausländische Behörden ausgeliefert werden.<sup>30</sup> Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob sich EU/EFTA-Ausländer:innen im Anwendungsbereich des FZA bei sie betreffenden Auslieferungsgesuchen von Drittstaaten gestützt auf Art. 2 FZA i.V.m. ebendieser Verfassungsnorm ebenfalls auf gewisse zu treffende Schutzvorkehrungen berufen können, dies auch vor dem Hintergrund, dass der EuGH in einer inzwischen ausdifferenzierten Rechtsprechung zwar die grundsätzliche Zulässigkeit der mit einer Auslieferung von aufenthaltsberechtigten EU-Ausländer:innen einhergehenden formellen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit festgestellt hat (sowohl zwecks Strafverfolgung als auch zwecks Strafvollstreckung), da diese durch die Anliegen der Bekämpfung von Kriminalität bzw. der Vermeidung von Straflosigkeit gerechtfertigt werden könne. Allerdings hat der Gerichtshof mit Blick auf die Verhältnismässigkeit auch eine Reihe von Anforderungen formuliert; so dürfe bei einer Auslieferung zwecks Strafvollstreckung kein milderes Mittel in Frage kommen, wozu insbesondere die Verbüssung der Strafe im Inland gehöre, welche freilich in der Regel die Zustimmung des ersuchenden Staates voraussetzt, um die sich der ersuchte Staat aber bemühen müsse. Im Übrigen dürfe der Betroffene im Drittstaat nicht dem ernsthaften Risiko der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung ausgesetzt sein.<sup>31</sup>

In einem Entscheid vom Juni 2023<sup>32</sup> hatte sich das Bundesgericht mit dieser Problematik auseinanderzusetzen, dies im Anschluss an ein Auslieferungsgesuch eines Drittstaats (Serbien) zwecks Strafvollstreckung. Das Urteil referiert zunächst die erwähnte Rechtsprechung zur Auslieferung von EU-Angehörigen zwecks Strafvollstreckung sowie zwecks Strafverfolgung (bei letzterer habe der ersuchte Mitgliedstaat den Heimatstaat des Betroffenen über das Auslieferungsgesuchen eines Drittstaates zu informieren, um diesem Gelegenheit zu geben, einen Europäischen Haftbefehl zu Verfolgungszwecken zu erlassen, sofern er nach seinem nationalen Recht für die Verfolgung eigener Staatsangehöriger wegen im Ausland begangener Taten zuständig sei).<sup>33</sup> Da die EuGH-Rechtsprechung das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) betreffe und Art. 2 FZA diesem entspreche<sup>34</sup>, sei diese Rechtsprechung des

<sup>30</sup> Diese Bestimmung wird konkretisiert durch Art. 7 IRSG.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-247/17, *Raugevicius*, Urteil vom 13.11.2018, ECLI:EU:C:2018:898; EuGH, Rs. C-237/21, *S.M.*, Urteil vom 22.12.2022, ECLI:EU:C:2022:1017.

<sup>32</sup> BGer 1C\_180/2023 vom 20.6.2023.

<sup>33</sup> EuGH, Rs. C-182/15, *Petruhhin*, ECLI:EU:C:2016:630; EuGH, Rs. C-191/16, *Pisciotti*, ECLI:EU:C:2018:222.

<sup>34</sup> S. insoweit auch schon z.B. BGE 140 II 364 E. 6.1, mit weiteren Hinweisen; s. weiter zur Berücksichtigung auch der nach der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung BGE 144 II 113 E. 4.1.; BGE 143 II 57 E. 3.6.; BGE 139 II 393 E. 4.1.1.

EuGH relevant, auch wenn sie nach der Unterzeichnung des FZA ergangen sei, sofern nicht triftige Gründe dagegen sprechen. Allerdings gehe es vorliegend um die Auslieferung zur Strafvollstreckung, so dass nur die diesbezügliche Rechtsprechung beachtlich sein könnte. Ob dies der Fall sei oder nicht bzw. ob triftige Gründe gegen die Übernahme der Rechtsprechung des EuGH sprechen, könne aber im Ergebnis offengelassen werden, da sich der Beschwerdeführer nur während sehr kurzer Zeit in der Schweiz aufgehalten hatte und folglich die erwähnte Rechtsprechung des EuGH, welche voraussetze, dass der bzw. die Unionsbürger:in ihren ständigen Wohnsitz im betreffenden Mitgliedstaat hat, nicht einschlägig sei und somit von vornherein nicht berücksichtigt werden müsse.<sup>35</sup> Im Übrigen erinnert das Bundesgericht an seine bisherige Rechtsprechung<sup>36</sup>, wonach die Schweiz vor dem Hintergrund des Schutzes des Privat- und Familienlebens bei einem solchen Gesuch um Auslieferung betreffend eine:n EU-Ausländer:in, dessen bzw. deren gewöhnlicher Aufenthalt sich in der Schweiz befindet, zu prüfen habe, ob die Strafvollstreckung im Inland zu übernehmen sei, sofern der Drittstaat einen entsprechenden Antrag gestellt hat, wobei aber – im Gegensatz zu den vom EuGH entwickelten Grundsätzen – keine Verpflichtung bestehe, sich bei solchen Auslieferungsgesuchen aktiv um die Zustimmung des Drittstaats zur Übernahme der Strafvollstreckung zu bemühen und ein entsprechendes Gesuch des Drittstaats anzunehmen.

Der Ansatz des Bundesgerichts erstaunt: Zwar ging es in den Urteilen des EuGH zur Auslieferung zwecks Strafverbüssung tatsächlich um Personen mit ständigem oder längerem Wohnsitz im Aufnahmestaat und einem gewissen Grad an Integration. Dies bedeutet jedoch nicht, dass andere Freizügigkeitsberechtigte nicht in den Anwendungsbereich des FZA fielen. Der Betreffende des Ausgangsverfahrens machte geltend, als Fliesenleger im Kanton Obwalden gearbeitet zu haben, womit er ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer gemäss Art. 2 Anhang I FZA hätte, wie auch das Bundesgericht feststellt. Infolgedessen hätte sich die Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 2 FZA sehr wohl gestellt, zumal der EuGH in einem – freilich die Auslieferung mit dem Ziel der Strafverfolgung betreffenden – anderen Urteil die Anwendbarkeit des Art. 18 AEUV allgemein im Fall der Ausübung des Freizügigkeitsrechts – unabhängig von der Dauer des Aufenthalts – bejaht hatte.<sup>37</sup> Insofern hätte sich hier eine nähere Prüfung durchaus aufgedrängt, auch wenn das Ergebnis möglicherweise nicht anders ausgefallen wäre.

So bleibt auch nach diesem Urteil die Frage offen, ob die Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit der Auslieferung von EU-Staatsangehörigen an Drittstaaten (sowohl was die Auslieferung zum Zweck der Strafverfolgung als auch der Strafverbüssung betrifft) auch im Rahmen des FZA relevant ist. Hierfür

---

<sup>35</sup> BGer 1C\_180/2023 vom 20.6.2023 E. 5.

<sup>36</sup> BGer 1C\_214/2019 vom 5.6.2019 E. 2.

<sup>37</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-191/16, *Pisciotti*, ECLI:EU:C:2018:222.

sprechen überzeugende Gründe: Denn das Aufenthaltsrecht des Art. 21 AEUV und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit des Art. 18 AEUV finden ihre Entsprechung in den Aufenthaltsrechten des Art. 2 Anhang I FZA und in Art. 2 FZA, und der EuGH wendet in seinen Urteilen letztlich Grundsätze an, die bereits vor der Unterzeichnung des FZA entwickelt wurden.<sup>38</sup> Alle Fragen sind aber auch hiermit nicht geklärt, da im Zusammenhang mit der Strafverfolgung der Europäische Haftbefehl relevant ist und die Schweiz an diesem Mechanismus nicht teilnimmt, womit sich die Frage der «Anpassung» der vom EuGH entwickelten Grundsätze stellt.

#### IV. Arbeitnehmerfreizügigkeit

##### 1. Arbeitnehmereigenschaft

Diverse Bestimmungen des FZA beziehen sich auf Arbeitnehmende und gewähren diesen bestimmte Rechte, wobei weitgehend an das Unionsrecht angeknüpft wird. Der Begriff des bzw. der Arbeitnehmer:in ist daher entscheidend für den persönlichen Anwendungsbereich der betreffenden Vorschriften und damit für die Frage, ob und welche Rechte die Betroffenen aus dem FZA ableiten können. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung wurde dieser Begriff aus dem Unionsrecht in das FZA übernommen, womit an die Rechtsprechung des EuGH bzw. die Rechtslage in der Union anzuknüpfen sei. Auf dieser Grundlage ist der Begriff des bzw. der Arbeitnehmer:in weit auszulegen: Als Arbeitnehmer:innen sind alle Personen anzusehen, die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person Leistungen erbringen, weisungsgebunden sind und für ihre Arbeitsleistung eine Vergütung erhalten. Für die Arbeitnehmereigenschaft wird eine quantitativ wie qualitativ echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit vorausgesetzt, welche nicht rein marginal und akzessorisch sein darf.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Vgl. in diesem Sinn näher *Astrid Epine/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2018 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Epiney/Hehemann/Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019, Zürich 2019, S. 69 (82 f.).

<sup>39</sup> Vgl. im Einzelnen, m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts, *Epiney*, § 4. Multilaterales Migrationsrecht (Anm. 1), S. 187 (220 f.); siehe instruktiv auch *Gregor T. Chatton*, Die Arbeitnehmereigenschaft gemäss Freizügigkeitsabkommen – eine Bestandesaufnahme, in: Achermann/Epiney/Gnädinger (Hrsg.), Migrationsrecht in der Europäischen Union und im Verhältnis Schweiz – EU, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 24, Freiburg 2018, S. 17 ff.; zur Rechtslage in der EU siehe statt vieler *Astrid Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, Rechtsordnung und Politik, 15. Aufl., Baden-Baden 2023, § 12, Rn. 6 (mit zahlreichen Nachweisen und Präzisierungen aus der Rechtsprechung).

Die Frage, ob eine echte und tatsächliche Tätigkeit vorliegt, ist immer wieder Gegenstand von Streitigkeiten und – daran anschliessend – Gerichtsurteilen. So hatte sich die schweizerische Rechtsprechung auch im Berichtszeitraum verschiedentlich mit der Frage des Vorliegens einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit und damit mit dem Begriff des bzw. der Arbeitnehmer:in auseinanderzusetzen:

- In einem Urteil vom September 2023<sup>40</sup> verneinte das Bundesgericht bei einer schwedischen Staatsangehörigen das Vorliegen einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit, da diese kein tatsächliches Anstellungsverhältnis glaubhaft machen könne; vielmehr sei von «Scheinarbeitsverhältnissen» auszugehen. Die Beschwerdeführerin hatte im Anschluss an die Nichtverlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung eine Stelle angetreten, die sie innerhalb eines Monats – infolge der Kündigung durch den Arbeitgeber – wechselte, wodurch ihr Lohn trotz gleichbleibender Arbeit (jeweils Sachbearbeiterin zu 60%) sowie gleichbleibendem Arbeitgeber massgeblich erhöht wurde (von 3'200 CHF auf 4'500 CHF pro Monat). Allerdings wurde ihr Lohn – abgesehen von einer einmaligen Zahlung vom 500 CHF durch den Arbeitgeber – nie ausbezahlt.<sup>41</sup>
- Die Arbeitnehmereigenschaft einer polnischen Staatsangehörigen, die während eines Zeitraums von 13 Monaten insgesamt sieben Monate erwerbstätig war und während drei Monaten Unfalltaggelder erhielt (100% krankgeschrieben), wurde vom Bundesgericht verneint. Die Arbeitseinsätze lägen sowohl in qualitativer (monatliche Entlohnung zwischen 313 CHF und 1'804 CHF) als auch in quantitativer Hinsicht (Arbeitseinsätze von 14.5 bis 83.5 Stunden pro Monat) höchstens vereinzelt im Bereich der Schwelle, die überschritten sein müsse, um von einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgehen zu können. Für diese Schlussfolgerung sprächen ebenfalls die Unregelmässigkeit der Arbeitseinsätze (während drei Monaten hatte die Beschwerdeführerin keine Einsätze geleistet) sowie der Umfang der bezogenen Sozialhilfeleistungen (ca. 275'000 CHF).<sup>42</sup>
- Bei einem FZA-berechtigten Ehepaar, welche beide jeweils als Pastoren bei demselben Verein angestellt waren, wurde die Arbeitnehmereigenschaft insbesondere deshalb verneint, weil kein weisungsgebundenes Abhängigkeitsverhältnis vorliege. Der Verein war vom Ehepaar allein und unmittelbar nach dessen Einreise in die Schweiz gegründet worden, weshalb

---

<sup>40</sup> BGer 2C\_329/2022 vom 27.9.2023.

<sup>41</sup> BGer 2C\_329/2022 vom 27.9.2023 E. 4.6.

<sup>42</sup> BGer 2C\_471/2022 vom 20.12.2023 E. 3.6.2. f. Vgl. hierzu *Sophie Dukarm*, Der freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_471/2022 vom 20. Dezember 2023, in: dRSK, publiziert am 4.4.2024: Sie weist zutreffend darauf hin, dass das Urteil zwar im Ergebnis vertretbar sei, jedoch eine fundierte Auseinandersetzung mit einschlägigen Urteilen des EuGH unterblieben sei.

das Ehepaar somit selbst die Kontrolle über ihre eigene Anstellung sowie deren Modalitäten ausübe. Des Weiteren sei keine wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins ersichtlich, die die Auszahlung von Löhnen ermöglichen würde.<sup>43</sup>

- Gemäss bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>44</sup> endet im Falle einer unfreiwilligen Erwerbslosigkeit die Arbeitnehmereigenschaft, sobald aufgrund des Verhaltens der FZA-berechtigten Person feststeht, dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass sie in absehbarer Zeit eine neue Anstellung finden wird. Hiervon ist auszugehen, wenn die Person 18 Monate arbeitslos geblieben ist und ihren Anspruch auf Arbeitslosentaggelder ausgeschöpft hat. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung in der Berichtsperiode erneut bestätigt.<sup>45</sup>

Schliesslich ist noch auf die Thematik der sogenannten «Briefkastenfirmen» hinzuweisen, welche Gegenstand einer Weisung des Staatssekretariats für Migrationsrecht (SEM) ist und auch Anlass zu einigen bundesgerichtlichen Urteilen gegeben hat. Ausgangspunkt der Urteile des Bundesgerichts<sup>46</sup> waren jeweils Gesuche um Grenzgänger- (und in einem Fall Aufenthalts-)Bewilligungen, wobei die Anstellungen bei einer Zweigniederlassung eines Unternehmens mit Sitz in einem EU-/EFTA-Mitgliedstaat, welche einzig zum Zweck errichtet wurde, die Beschränkungen, welche das FZA bezüglich der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen vorsieht, zu umgehen, erfolgen sollten. Um solche Praktiken zu unterbinden, schreibt das SEM in seinen Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über den freien Personenverkehr (Weisungen VFP-01/2024) vor, dass bei einem Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu prüfen sei, ob der Arbeitgeber der gesuchstellenden Person tatsächlich eine effektive und dauerhafte Tätigkeit in der Schweiz ausübt, wobei es auch die Kriterien, anhand derer diese Frage zu beurteilen sei, präzisiert.<sup>47</sup> Sofern der Arbeitgeber keine solche Tätigkeit ausübt, sei das Gesuch um Aufenthaltsbewilligung abzulehnen,<sup>48</sup> da es sich bei dem infrage stehenden Unternehmen nicht um einen Arbeitgeber im Sinne der Ausländergesetzgebung handle, und folglich der Gesuchsteller keine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit als Arbeitnehmer in der Schweiz ausüben könne. Das Bundesgericht kam in den verschiedenen Urteilen zum Schluss, dass diese

<sup>43</sup> BGer 2C\_345/2023 vom 4.4.2024 E. 3.3. f.

<sup>44</sup> BGE 147 II 1 E. 2.1.3.; BGer 2C\_217/2023 vom 17.3.2023 E. 4.5.1.; BGer 2C\_114/2022 vom 2.8.2022 E. 4.4.; BGer 2C\_168/2021 vom 23.11.2021 E. 4.5.1.

<sup>45</sup> BGer 2C\_471/2022 vom 20.12.2023 E. 3.6.1.; BGer 2C\_74/2024 vom 23.2.2024 E. 6.3.

<sup>46</sup> BGer 2C\_231/2023 vom 11.7.2023; BGer 2C\_154/2023 vom 8.8.2023; BGer 2C\_185/2023 vom 28.8.2023; BGer 2C\_897/2022 vom 6.9.2023; BGer 2C\_543/2022 vom 29.9.2023; BGer 2C\_496/2023 vom 5.10.2023; BGer 2C\_513/2023 vom 5.10.2023; BGer 2C\_497/2023 vom 8.1.2024.

<sup>47</sup> Weisungen VFP-01/2024, Ziff. 4.2.1.

<sup>48</sup> Weisungen VFP-01/2024, Ziff. 4.2.1.

Weisungen eine korrekte Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben darstellen, weshalb hiervon ohne triftigen Grund nicht abzuweichen sei. In den zu beurteilenden Fällen ging es jeweils um mutmassliche Zweigniederlassungen im Kanton Tessin, welche mitunter verschiedene der nachfolgenden Eigenschaften aufweisen: Sie sind in derselben Branche tätig wie ein Unternehmen mit Sitz in Italien, verwenden dasselbe oder ein ähnliches Logo wie das jeweilige italienische Unternehmen, weisen dieselbe bzw. denselben wirtschaftliche:n Eigentümer:in und/oder Geschäftsführer:in auf wie das jeweilige italienische Unternehmen, verfügen in der Schweiz über fast keine Infrastruktur und nur (sehr) wenige Angestellte und werden auf dem Markt (fast) nicht beworben.

## 2. Verbleiberecht

Liegt keine Arbeitnehmereigenschaft vor bzw. ist die betreffende Person nicht mehr arbeitstätig, kann ihr bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen gleichwohl ein Verbleiberecht im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei gemäss Art. 4 Anhang I FZA zukommen. Dieses kann entweder darauf beruhen, dass die Arbeitnehmereigenschaft aufgrund besonderer Umstände trotz aufgegebenen Erwerbstätigkeit noch fortbesteht oder dass eigenständige Verbleiberechte bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bestehen, wobei Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA auf das einschlägige Sekundärrecht verweist. Von besonderer praktischer Bedeutung sind die Verbleiberechte nach Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a, b Satz 1 VO 1251/70<sup>49</sup>:

- Ein Verbleiberecht steht Arbeitnehmer:innen zu, die im Aufnahmestaat das Pensionsalter erreichen, nachdem sie mindestens drei Jahre im Aufnahmestaat gelebt haben und während der letzten zwölf Monate ununterbrochen erwerbstätig waren.
- Weiter kommt Arbeitnehmer:innen, die im Zuge «dauernder Arbeitsunfähigkeit» ihre Beschäftigung aufgeben, das Recht zu, im Aufnahmestaat zu verbleiben, dies soweit sich der oder die Betreffende dort seit mindestens zwei Jahren ständig aufgehalten hat (wobei diese minimale Dauer im Falle eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit, aufgrund derer ein Rentenanspruch entstanden ist, nicht verlangt wird).

---

<sup>49</sup> Verordnung 1251/70 der Kommission vom 29.6.1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. 1970 L 142, S. 24. Die die Verbleiberechte betreffenden Rechtsakte bzw. Regelungen wurden in der Union mittlerweile durch die entsprechenden Bestimmungen der RL 2004/38 bzw. – für Arbeitnehmende – der VO 492/2011 (Verordnung 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, S. 1) abgelöst. Dabei wurde jedoch inhaltlich und konzeptionell an das vorher geltende Recht angeknüpft.

Im Berichtszeitraum erging eine Reihe von Urteilen, in welchen es um Verbleiberechte und mitunter auch den Arbeitnehmerbegriff ging:<sup>50</sup>

- Das Bundesgericht hat die Frage, ob unter dem «vorgeschriebene[n] Alter für die Geltendmachung einer Altersrente» gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a VO 1251/70 das ordentliche Rentenalter (Art. 21 Abs. 1 lit. a AHVG) oder vielmehr das Alter, welches zum Vorbezug einer Altersrente berechtigt (Art. 40 Abs. AHVG), zu verstehen ist, erneut offengelassen, da die Voraussetzungen für ein Verbleiberecht in jedem Fall nicht gegeben seien.<sup>51</sup> In demselben Urteil (vom November 2023<sup>52</sup>) hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, ob ein portugiesischer Staatsangehöriger während der letzten zwölf Monate vor Erreichen des Pensionsalters ununterbrochen erwerbstätig war. In diesem Zusammenhang stellte es fest, dass die Periode des Bezugs der Überbrückungsrente des Kantons Waadt nicht mit einer Periode als Arbeitnehmer gleichgesetzt werden könne, zumal diese Rente die Befriedigung der Grundbedürfnisse von Personen bezwecke, die keinen Anspruch (mehr) auf Arbeitslosentaggelder haben.<sup>53</sup>
- Gemäss bisheriger Rechtsprechung<sup>54</sup> ist für die Beurteilung der Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Arbeitsunfähigkeit eintritt, auf das Ergebnis des Verfahrens der Invalidenversicherung abzustellen, weshalb über diese Frage grundsätzlich nicht entschieden werden könne, solange ein solches Verfahren noch hängig ist. Bei Vorliegen besonderer Umstände sei es jedoch nicht notwendig, den Abschluss des Verfahrens abzuwarten, wie das Bundesgericht in einem Urteil vom Mai 2023<sup>55</sup> festhielt: Die Vorinstanz habe willkürfrei das Vorliegen eines Verbleiberechts eines italienischen Staatsangehörigen verneint, ohne vorgängig das Ergebnis des Verfahrens der Invalidenversicherung abzuwarten. Der Beschwerdeführer hatte im Anschluss an zwei Verkehrsunfälle (2003 und 2005) bereits zwei Mal erfolglos ein solches Verfahren durchlaufen, wobei das zweite Verfahren erst nach der Beendigung seiner letzten Erwerbstätigkeit (August 2011) eingeleitet wurde. Zudem habe der Beschwerdeführer nicht substantiiert dargelegt, dass er im Zeitpunkt der Aufgabe seiner Erwerbstätigkeit dauernd arbeitsunfähig gewesen sei.<sup>56</sup>
- Die Tätigkeit einer französischen Staatsangehörigen im Rahmen eines Beschäftigungsprogramms der Invalidenversicherung (neun Stunden pro

<sup>50</sup> Vgl. über die im Text erwähnten Urteile hinaus ebenfalls: BVGer F-130/2021 vom 21.7.2023; BGer 2C\_329/2022 vom 27.9.2023; BGer 2C\_237/2023 vom 28.9.2023; BGer 2C\_74/2024 vom 23.2.2024.

<sup>51</sup> BGer 2C\_395/2023 vom 7.11.2023 E. 4.2.1.

<sup>52</sup> BGer 2C\_395/2023 vom 7.11.2023.

<sup>53</sup> BGer 2C\_395/2023 vom 7.11.2023 E. 4.3.2.

<sup>54</sup> BGE 141 II 1 E. 4.2.1.; BGE 144 II 121 E. 3.6.2.

<sup>55</sup> BGer 2C\_434/2022 vom 31.5.2023.

<sup>56</sup> BGer 2C\_434/2022 vom 31.5.2023 E. 3.5.5.

Woche in einem Café-Restaurant) könne keine Arbeitnehmereigenschaft begründen. Denn zum einen erfolge diese Tätigkeit in einem zu tiefen Beschäftigungsgrad. Zum anderen handle es sich nicht um eine Tätigkeit des ersten Arbeitsmarktes, welche somit lediglich die Umschulung oder Wiedereingliederung einer physisch bzw. psychisch beeinträchtigten Person ermöglichen solle. Folglich könne diese Tätigkeit auch kein anschliessendes Verbleiberecht begründen.<sup>57</sup> Bemerkenswert ist bei dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, dass keine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH zum Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft bei einer Tätigkeit mit einem geringen Beschäftigungsgrad sowie im Rahmen von «Arbeitsprogrammen» erfolgt: Denn eine regelmässige Tätigkeit von neun Stunden pro Woche ist grundsätzlich nicht als zu gering anzusehen,<sup>58</sup> und auch bei im Wesentlichen sozialen Zielsetzungen (wie die Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt oder allgemein Arbeitsbeschaffungsmassnahmen) kann die Arbeitnehmereigenschaft – für deren Vorliegen es nicht auf die Produktivität der Beschäftigten ankommt – bejaht werden, soweit die vom Beschäftigten erbrachten Leistungen als «auf dem Beschäftigungsmarkt üblich» anzusehen sind<sup>59</sup> (was bei einer Tätigkeit in der Gastronomiebranche grundsätzlich zu bejahen ist). Die recht pauschal anmutenden Hinweise des Bundesgerichts auf den zu geringen Beschäftigungsgrad und den Umstand, dass es sich nicht um eine Aktivität auf dem ersten Arbeitsmarkt handle, lassen eine Gesamtwürdigung aller Umstände der vorliegenden Konstellation vermissen, auch wenn die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft vorliegend – auch angesichts des sehr geringen Lohnes – im Ergebnis vertretbar sein könnte.

## **V. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit**

### **1. Erlöschen des Aufenthaltsrechts von selbständig Erwerbstätigen**

Das FZA sieht vor, dass bei originär aufenthaltsberechtigten Personen – wie beispielsweise selbständig Erwerbstätigen – das Aufenthaltsrecht nach sechs Monaten Auslandsaufenthalt erlischt (vgl. Art. 6 Abs. 5, Art. 12 Abs. 5, Art. 24 Abs. 6 Anhang 1 FZA), wobei diesen Bestimmungen im Hinblick auf die Beurteilung der Dauer grundsätzlich dieselbe Tragweite zukommt wie Art. 61

---

<sup>57</sup> BVGer F-6565/2020 vom 18.9.2023 E. 7.3.

<sup>58</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-14/09, *Genc*, ECLI:EU:C:2010:57 (Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft bei einer – regelmässigen – Tätigkeit von knapp sechs Stunden pro Woche).

<sup>59</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, ECLI:EU:C:2004:488, Rn. 24; EuGH, Rs. C-316/13, *Fenolli*, ECLI:EU:C:2015:200, Rn. 40.

Abs. 2 AIG.<sup>60</sup> Das Bundesgericht hatte in diesem Zusammenhang bereits präzisiert, dass es sich hierbei grundsätzlich um einen ununterbrochenen Auslandsaufenthalt zu handeln hat, mit Ausnahme der Fälle, in denen die FZA-berechtigte Person ihren Wohnsitz oder Lebensmittelpunkt ins Ausland verlegt hat und nur für relativ kurze Zeitperioden in die Schweiz zurückkehrt.<sup>61</sup> In diesem Sinne sieht Art. 79 Abs. 1 VZAE inzwischen vor, dass die sechsmonatige Frist durch vorübergehende Besuchs-, Tourismus- oder Geschäftsaufenthalte in der Schweiz nicht unterbrochen wird. Dem Bundesgericht zufolge gilt dies selbst dann, wenn die betroffene Person in der Schweiz weiterhin über eine Wohnung verfügt.<sup>62</sup> Diese Rechtsprechung wurde im Berichtszeitraum im Hinblick auf einen in der Schweiz selbständig erwerbstätigen italienischen Staatsangehörigen bestätigt.<sup>63</sup>

## 2. Diplomanerkennung

Diplome, Zeugnisse sowie sonstige Befähigungsnachweise sind von den Vertragsparteien gemäss Art. 9 FZA i.V.m. Anhang III FZA – der seinerseits insbesondere die RL 2005/36 (BerufsanerkennungsRL)<sup>64</sup> für massgeblich erklärt – grundsätzlich gegenseitig anzuerkennen, ggf. nach Absolvieren von sog. Ausgleichsmassnahmen. Im Einzelfall erfordert dies – jedenfalls soweit sog. reglementierte Berufe (also eine berufliche Tätigkeit bzw. eine Gruppe beruflicher Tätigkeiten, bei welcher bzw. bei welchen die Aufnahme, die Ausübung bzw. eine der Arten der Ausübung aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften entweder direkt oder indirekt das Vorhandensein von bestimmten Berufsqualifikationen voraussetzt) betroffen sind – stets eine genaue Auseinandersetzung mit den jeweiligen Voraussetzungen einer Ausbildung bzw. der Frage, welches «System» anwendbar ist.

So geht die Grundidee des auf die allermeisten reglementierten Berufe anwendbaren allgemeinen Anerkennungssystems (Art. 10 ff. RL 2005/36) dahin, dass im Einzelfall die Gleichwertigkeit der absolvierten Ausbildung im Verhältnis zu der nach nationalem Recht verlangten (inländischen) Ausbildung zu überprüfen ist<sup>65</sup> und Ausgleichsmassnahmen, wie etwa ein Anpassungslehrgang

<sup>60</sup> BGer 2C\_19/2021 vom 21.5.2021 E. 4.3.3.; BGer 2C\_326/2023 vom 23.6.2023 E. 2.2.

<sup>61</sup> BGE 120 Ib 369 E. 2c; BGE 145 II 322 E. 2.3.; BGer 2C\_762/2020 vom 9.6.2021 E. 2.3.

<sup>62</sup> BGE 120 Ib 369 E. 2c; BGE 145 II 322 E. 2.3.; BGer 2C\_47/2019 vom 3.9.2021 E. 2.2.

<sup>63</sup> BGer 2C\_326/2023 vom 23.6.2023 E. 2.2.

<sup>64</sup> Richtlinie 2005/36 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, S. 22.

<sup>65</sup> Vorgelegte Nachweise sind jeweils auf Gleichwertigkeit zu überprüfen. Als Vergleich ist derjenige (inländische) Abschluss heranzuziehen, der zur Ausübung des Berufs im Inland vorausgesetzt wird. Das Bundesverwaltungsgericht präzisierte diesbezüglich in

oder eine Eignungsprüfung, (nur) verlangt werden dürfen, wenn und soweit allfällige Unterschiede auch nicht durch eine entsprechende Berufserfahrung aufgewogen werden können (Art. 14 Abs. 5 RL 2005/36).

Neben dem allgemeinen Anerkennungssystem besteht für sechs Medizinalberufe sowie den Architektenberuf das System der automatischen Anerkennung. Vor dem Hintergrund, dass für diese Berufe die Mindestanforderungen für die jeweiligen Ausbildungen zwischen den Mitgliedstaaten koordiniert wurden, sieht Art. 21 Abs. 1 RL 2005/36 vor, dass die in Anhang V RL 2005/36 aufgelisteten Ausbildungsnachweise automatisch anzuerkennen sind.

Während des Berichtszeitraums beschäftigten sich verschiedene Urteile sowohl mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot – welches auch in Bezug auf den Zugang zu einem reglementierten Beruf oder die Diplomanerkennung zum Zuge kommen kann (dies soweit die spezifischen Regelungen der RL 2005/36 nicht einschlägig bzw. die nationalen Massnahmen diskriminierend ausgestaltet sind) – als auch mit Fragen rund um das allgemeine Anerkennungssystem sowie das System der automatischen Anerkennung.

a) *Allgemeines Diskriminierungsverbot*

Im Rahmen der Prüfung des Gesuchs eines spanischen Staatsangehörigen um Zulassung als Experte für berufliche Vorsorge erhob die zuständige Behörde eine Bearbeitungsgebühr von 1'000 CHF.<sup>66</sup> Das Bundesverwaltungsgericht kam mit Verweis auf Ziff. 13 Punkt B des sog. Verhaltenskodex zur RL 2005/36 (*Code de conduite approuvé par le groupe des coordinateurs pour la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles – pratiques administratives nationales dans le cadre de la directive 2005/36/CE*) zum Schluss, dass eine solche Gebühr nicht gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA verstosse: Inländer:innen unterlägen derselben Gebühr, welche darüber hinaus weder willkürlich noch unverhältnismässig sei.<sup>67</sup>

Auch das Bundesgericht hatte sich in einem Urteil vom Januar 2024<sup>68</sup> zum Diskriminierungsverbot des FZA zu äussern. So macht Art. 36 Abs. 2 MedBG die Erteilung einer Bewilligung zur Ausübung des Apothekerberufs in eigener fachlicher Verantwortung nebst den allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 1

---

der Berichtsperiode, dass potenziell mehrere Anerkennungsgesuche auf denselben ausländischen Ausbildungsnachweis gestützt werden könnten – vorausgesetzt der Gegenstand der Gesuche sei jeweils ein anderer –, zumal nicht ausgeschlossen sei, dass eine ausländische Ausbildung mehrere schweizerische Ausbildungen umfassen kann und der Nachweis folglich in der Schweiz zur Ausübung mehrerer Berufe ermächtigen würde (vgl. BVGer B-5335/2022 vom 24.8.2023 E. 5.2.).

<sup>66</sup> BVGer B-5769/2022 vom 28.6.2023.

<sup>67</sup> BVGer B-5769/2022 vom 28.6.2023 E. 6.

<sup>68</sup> BGer 2C\_422/2022 vom 16.1.2024.

zusätzlich vom Vorliegen eines eidgenössischen Weiterbildungstitels abhängig. Zwar könne vorliegend eine indirekte Diskriminierung nicht ausgeschlossen werden, da Inländer:innen diese Voraussetzung vermehrt erfüllen dürften und die RL 2005/36 darüber hinaus nicht ausdrücklich die Anerkennung von ausländischen Weiterbildungstiteln i.S.v. Art. 21 MedBG für Apotheker vorsehe. Eine solche Ungleichbehandlung sei jedoch objektiv gerechtfertigt sowie verhältnismässig, wobei sich das Bundesgericht – mit Verweis auf die wesentlichen Änderungen beim Kompetenzbereich des Apothekerberufs in eigener fachlicher Verantwortung während der letzten Jahre, welche der Einführung des Weiterbildungserfordernisses zugrunde lägen – auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit berief.<sup>69</sup> Die Einführung des Weiterbildungserfordernisses nach dem Inkrafttreten des FZA verstosse auch nicht gegen die Standstill-Klausel des FZA (Art. 13), da diese keine Pflicht enthalte, welche über das Verbot der indirekten Diskriminierung hinausginge.<sup>70</sup> Die bisherige diesbezüglich Rechtsprechung wurde somit bestätigt.<sup>71</sup>

*b) Allgemeines Anerkennungssystem*

Sofern der in Frage stehende Beruf im Herkunftsstaat der FZA-berechtigten Person nicht reglementiert ist, richtet sich die Anerkennung der Gleichwertigkeit des ausländischen Ausbildungsnachweises mit dem einschlägigen inländischen Abschluss nach Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36. Dieser Bestimmung zufolge setzt die Anerkennung entweder eine zusätzliche zweijährige Berufserfahrung<sup>72</sup> voraus – welche während der letzten zehn Jahre in einem anderen Mitgliedstaat, der diesen Beruf nicht reglementiert, ausgeübt wurde – oder dass der Ausbildungsnachweis auf einer reglementierten Ausbildung beruht. In einem Urteil vom November 2023<sup>73</sup> stellte sich bezüglich der geforderten Berufserfahrung die Frage, inwiefern diesbezüglich ebenfalls eine Tätigkeit in der Schweiz im betreffenden reglementierten Beruf, welche vor der Diplomanerkennung erfolgt ist, zu berücksichtigen ist. Gemäss der bisherigen Rechtsprechung kann diese ebenfalls als Berufserfahrung i.S.v. Art. 13 Abs. 2 RL 2005/36 qualifiziert werden, sofern die Ausübung des reglementierten Berufs unter Aufsicht und Verantwortung eines ordnungsgemäss qualifizierten Berufsangehörigen erfolgt ist und diese Ausübung für den entsprechenden Beruf gesetzlich erlaubt ist.<sup>74</sup> Diese Rechtsprechung wurde im vorliegenden Urteil bestätigt, wobei das Vorliegen der geforderten Voraussetzungen im konkreten

<sup>69</sup> BGer 2C\_422/2022 vom 16.1.2024 E. 6.

<sup>70</sup> BGer 2C\_422/2022 vom 16.1.2024 E. 7.

<sup>71</sup> BGE 130 I 26 E. 3.4.; BGer 2P.134/2003 vom 6.9.2004 E. 10.3.

<sup>72</sup> Siehe hierzu während des Berichtszeitraums ebenfalls: BVGer B-5335/2022 vom 24.8.2023.

<sup>73</sup> BVGer B-4044/2022 vom 27.11.2023.

<sup>74</sup> BVGE 2012/29 E. 7.2.2.

Fall jedoch verneint wurde, da die Vorgesetzte der polnischen Gesuchstellerin nicht nachweislich qualifiziert und berechtigt gewesen sei, letztere bei der Tätigkeit als Podologin HF zu beaufsichtigen.<sup>75</sup>

Bedauerlich ist in diesem Urteil, dass das Bundesverwaltungsgericht es unterlässt, das allgemeine Diskriminierungsverbot zu prüfen: Denn eine allfällige Nichteinschlägigkeit der RL 2005/36 ändert nichts daran, dass das Primärrecht (in der EU) bzw. das Diskriminierungsverbot (im FZA) zu beachten ist.<sup>76</sup> Damit regelt die RL 2005/36 nur (aber immerhin), unter welchen Voraussetzungen jedenfalls eine Anerkennungspflicht besteht (wobei ggf. Ausgleichsmassnahmen gefordert werden dürfen); ihr können aber keine abschliessenden Aussagen über die Möglichkeiten der Nichtanerkennung entnommen werden. Damit sind mitgliedstaatliche Anforderungen an für den Zugang zu einem reglementierten Beruf notwendige Qualifikationen am Massstab der Grundfreiheiten zu messen, soweit die Voraussetzungen eines der Anerkennungssysteme der RL 2005/36 nicht greifen. Die Mitgliedstaaten haben somit bei einem Antrag auf Zulassung zu einem reglementierten Beruf in jedem Fall sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise sowie die einschlägige Erfahrung des Betroffenen zu berücksichtigen und auf ihre Gleichwertigkeit mit den inländischen Anforderungen zu prüfen; dieser Grundsatz kann nicht durch den Erlass von Sekundärrecht über die gegenseitige Anerkennung relativiert werden.<sup>77</sup> Daher ist in jedem Fall zu prüfen, ob die von einem Antragsteller im Rahmen praktischer Erfahrungen erworbenen Kenntnisse für den Nachweis von ausreichenden Fähigkeiten ausreichen.<sup>78</sup> Daher hätte u.E. die von der Beschwerdeführerin in der Schweiz grundsätzlich berücksichtigt werden müssen, dies entweder in primärrechtskonformer Auslegung der RL 2005/36 oder aufgrund des Primärrechts bzw. der Diskriminierungsverbote des FZA.

In einem Urteil vom März 2024<sup>79</sup> stellte sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einer gleichzeitigen Beurteilung der Gleichwertigkeit eines ausländischen Ausbildungsnachweises mit mehreren Schweizer Abschlüssen dieselben Kriterien herangezogen werden dürfen. Die Vorinstanz hatte die Gleichwertigkeit eines polnischen Diploms einerseits mit dem Schweizer Abschluss Montage-Elektriker EFZ und andererseits mit dem Schweizer Abschluss Elektroinstallateur EFZ nach denselben Kriterien geprüft, dies mit der Begründung, dass in beiden Fällen die Ausbildungsinhalte im Wesentlichen auf die korrekte Erstinbetriebnahme von elektrischen Installationen ausgerichtet seien, weshalb für die Überprüfung der Gleichwertigkeit ebendiese Kenntnisse im Zentrum

---

<sup>75</sup> BVGer B-4044/2022 vom 27.11.2023 E. 6 f.

<sup>76</sup> S. ausdrücklich EuGH, Rs. C-577/20 (*Sosiaali- ja terveystieteiden lautakunta*), ECLI:EU:C:2022:467. Ebenfalls in diesem Sinn BVGer B-603/2021 vom 9.11.2022 E. 2; BVGer B-373/2021 vom 30.8.2022 E. 7.

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-166/20, *Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija*, Urteil vom 8.7.2021, ECLI:EU:C:2021:554.

<sup>78</sup> So auch ausdrücklich EuGH, verb. Rs. C-422/09, C-245/09 und C-426/09, *Vandorou*, Urteil vom 2.12.2010, ECLI:EU:C:2010:732, Rn. 70. Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt diesen Aspekt des Urteils – welches zitiert wird – nicht hinreichend.

<sup>79</sup> BVGer B-2372/2022 vom 15.3.2024.

stünden. Das Bundesverwaltungsgericht widersprach hier im Ergebnis der Vorinstanz, auch da die Kompetenz zur Erstinbetriebnahme solcher Installationen je nach Abschluss unterschiedlich geregelt sei und folglich für die Beurteilung der Gleichwertigkeit des ausländischen Diploms mit den beiden Schweizer Abschlüssen nicht auf dieselben Kriterien abgestellt werden dürfe.<sup>80</sup>

c) *Insbesondere: Zulässigkeit und Ausgestaltung von Ausgleichsmassnahmen*

Im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Anordnung von Ausgleichsmassnahmen hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass festgestellte Lücken bei der ausländischen Ausbildung im Bereich «wissenschaftliches Arbeiten» einzig dann durch Berufserfahrung kompensiert werden könnten (vgl. Art. 14 Abs. 5 RL 2005/36), wenn der bzw. die Gesuchsteller:in aufzeigen kann, dass er bzw. sie in aktiver, selbständiger und massgeblicher Weise an einem wissenschaftlichen Forschungsprojekt beteiligt war.<sup>81</sup>

Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b RL 2005/36 können Ausgleichsmassnahmen mitunter dann angeordnet werden, wenn sich die Ausbildung der FZA-berechtigten Person auf Fächer bezieht, die sich wesentlich von denen unterscheiden, die durch die im Aufnahmemitgliedstaat vorgeschriebene Ausbildung abgedeckt werden. Was in diesem Zusammenhang unter «wesentlichen Unterschieden» (vgl. Art. 13 Abs. 4 RL 2005/36) zu verstehen ist, war im Berichtszeitraum erneut Gegenstand eines Urteils.<sup>82</sup> So kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass bei der im Vereinigten Königreich absolvierten Ausbildung eines französischen Staatsangehörigen zum Osteopathen im Vergleich zur in der Schweiz vorgeschriebenen Ausbildung wesentliche Unterschiede bzw. substanzielle Lücken bestünden, zumal bei drei von insgesamt sechs Fächern eine Differenz bei der Dauer von 35.55% bis 63.5% festzustellen sei. Zudem liege der Anteil Präsenzunterricht von der jeweiligen Dauer bei zwei Fächern bei lediglich 43% bzw. 39%, wohingegen der Anteil Präsenzunterricht bei der Schweizer Ausbildung zwei Drittel betrage.<sup>83</sup>

d) *System der automatischen Anerkennung*

In einem Urteil vom Oktober 2023 hatte sich das Bundesverwaltungsgericht damit zu befassen, welche Sprachkenntnisse im Rahmen des Systems der automatischen Anerkennung verlangt werden dürfen und wie diese nachzuweisen

---

<sup>80</sup> BVGer B-2372/2022 vom 15.3.2024 E. 6.4.

<sup>81</sup> BVGer B-478/2022 vom 6.11.2023 E. 4.2.3.

<sup>82</sup> BVGer B-3182/2022 vom 20.12.2023.

<sup>83</sup> BVGer B-3182/2022 vom 20.12.2023 E. 6.2.2.

sind.<sup>84</sup> Gemäss Art. 53 RL 2005/36 muss die begünstigte Person über diejenigen Sprachkenntnisse verfügen, die für die Ausübung des in Frage stehenden Berufs im Aufnahmemitgliedstaat erforderlich sind. Folglich dürften bei sämtlichen Berufsgruppen, welche mit Patienten oder Klienten, die ihren Leistungserbringer nicht frei wählen können, in Kontakt kommen – wie dies im Gesundheitswesen der Fall sei –, Sprachkenntnisse vorausgesetzt werden. Bei einer Krankenschwester bzw. einem Krankenpfleger für allgemeine Pflege sei vor dem Hintergrund der von ihnen geforderten beruflichen Kompetenzen (vgl. Art. 31 Abs. 7 RL 2005/36) ein B2-Sprachniveau erforderlich.<sup>85</sup> Bezüglich des Sprachnachweises dürfe in Übereinstimmung mit Ziff. 16 des Verhaltenskodex zur RL 2005/36 jedoch nicht verlangt werden, dass dieser auf einem Bescheinigungsverfahren beruhe, das den allgemein anerkannten Qualitätsstandards für Sprachtests entspricht. Vielmehr sei eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen.<sup>86</sup>

Verfügt eine FZA-berechtigte Person über einen gem. Art. 21 Abs. 1 RL 2005/36 automatisch anzuerkennenden Ausbildungsnachweis, so ist ihr – ohne weitere Anforderungen zu stellen – Zugang zu gewähren zum für den jeweiligen Beruf in der Richtlinie festgelegten Mindesttätigkeitsfeld. Im Hinblick auf den Apothekerberuf stellte sich im Berichtszeitraum die Frage, ob das in Art. 45 Abs. 2 RL 2005/36 umschriebene Mindesttätigkeitsfeld ebenfalls die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung bzw. die selbständige Berufsausübung umfasst. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass diese Bestimmung lediglich gewisse zu bewilligende Tätigkeiten aufliste, ohne darüber hinaus die zu bewilligende Art der Ausübung (unselbständig bzw. selbständig) dieser Tätigkeiten vorzuschreiben. Da die RL 2005/36 gemäss deren Art. 4 Abs. 1 lediglich bezwecke, dass eine begünstigte Person einen Beruf, für den sie sich im Herkunftsmitgliedstaat qualifiziert hat, im Aufnahmemitgliedstaat aufnehmen und unter denselben Voraussetzungen wie Inländer:innen ausüben kann, seien nicht diskriminierende zusätzliche Voraussetzungen, welche an die selbständige Ausübung des Apothekerberufs gestellt werden, mit der RL 2005/36 folglich vereinbar, sofern sie objektiv gerechtfertigt und verhältnismässig seien.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> BVGer B-4124/2022 vom 24.10.2023.

<sup>85</sup> BVGer B-4124/2022 vom 24.10.2023 E. 4 f.

<sup>86</sup> BVGer B-4124/2022 vom 24.10.2023 E. 6.

<sup>87</sup> BGer 2C\_422/2022 vom 16.1.2024 E. 5.4.

## **VI. Abgeleitete Aufenthaltsrechte**

### **1. Nachzug von Familienangehörigen**

Sofern das Gesuch für den Nachzug eines Kindes kurz vor Vollendung dessen 21. Lebensjahres gestellt wird, stellt sich nach der Rechtsprechung regelmässig die Frage, ob mit der geplanten Familienzusammenführung tatsächlich die Wiederaufnahme der Eltern-Kind-Beziehung geplant ist – welche durch das FZA begünstigt werden soll –, oder diese vielmehr anderen Zielen dient, wie beispielsweise dem Zugang zum Schweizer Arbeitsmarkt oder der Gründung einer eigenen Familie in der Schweiz.<sup>88</sup> In der zuletzt genannten Konstellation kann nach der Rechtsprechung ein Rechtsmissbrauch vorliegen. Diese Thematik war Gegenstand verschiedener Urteile im Berichtszeitraum:

- Bei einer brasilianischen Staatsangehörigen, welche zu ihrer Mutter in der Schweiz ziehen wollte, ging das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass nicht allein aufgrund der achtjährigen Trennung der beiden sowie des späten Zeitpunkts der Gesuchstellung auf einen Rechtsmissbrauch geschlossen werden könne. Denn zum einen habe die Beschwerdeführerin überzeugend dargelegt, dass es die finanzielle Situation der Mutter beim letzten Besuch in der Schweiz nicht erlaubt habe, die Tochter bei sich zu behalten, jedoch genügend Finanzen für eine gute Schulbildung in Brasilien vorhanden waren, weshalb die Beschwerdeführerin zuerst die Schulzeit in Brasilien beenden sollte, bevor sie in die Schweiz kommt. Zum anderen seien keine rein finanziellen Absichten hinter dem Umzug in die Schweiz erkennbar, zumal die Beschwerdeführerin nach ihrer Ankunft nicht eine Stelle suchte, sondern zur Schule ging und des Weiteren von ihrer Mutter sowie ihrem Stiefvater sowohl finanziell als auch emotional unterstützt werde.<sup>89</sup>
- Bejaht wurde das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs hingegen bei einer ecuadorianischen Staatsangehörigen, deren Gesuch nach zwölfjähriger Trennung erst wenige Monate vor Vollendung ihres 21. Lebensjahres eingereicht wurde, obwohl deren Vater bereits seit über drei Jahren in der Schweiz eine Aufenthaltsbewilligung hatte. Vor dem zusätzlichen Hintergrund, dass sich die Tochter in Ecuador in einer komplizierten Langzeitbeziehung befand, aus der bereits zwei Kinder resultiert sind, kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das tatsächliche Ziel hinter der Familienzusammenführung die Verbesserung der Lebensumstände der ecuadorianischen Tochter sei.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Vgl. nebst den im Text erwähnten Urteilen auch BVGer F-4789/2022 vom 27.11.2023 E. 5.3.

<sup>89</sup> BVGer F-6327/2020 vom 27.6.2023 E. 6.6.

<sup>90</sup> BVGer F-1066/2022 vom 24.10.2023 E. 7.6.

- Gemäss konstanter Rechtsprechung muss zwischen dem bzw. der originär Aufenthaltsberechtigte:n und dem nachzuziehenden Familienangehörigen ein minimales tatsächliches (soziales) Familienleben vorbestanden haben.<sup>91</sup> Im Falle einer ecuadorianischen Staatsangehörigen, die zu ihrem in der Schweiz lebenden Vater nachziehen wollte, wurde dieses Kriterium verneint, zumal der Vater nach Erhalt seiner Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz ohne ersichtlichen Grund mehr als drei Jahre gewartet habe, bis er ein Gesuch zugunsten seiner Tochter stellte, und er für die ersten 13 Jahre der Trennung keinen regelmässigen Kontakt belegen könne.<sup>92</sup>

Die Rechtsprechung betont in Bezug auf den Familiennachzug zwar regelmässig, dass das FZA diesbezüglich die Rechtslage in der Union übernommen habe. Indessen dürfte die konkrete Anwendung auch in den angezeigten Urteilen – so wenn betont wird, eine tatsächlich gelebte Familienbande müsse nachgewiesen werden und der Zweck des Nachzugs müsse gerade darin bestehen, die Familienbande zu leben, während ein (auch oder primär verfolgter) wirtschaftlicher Zweck (z.B. eine Erwerbstätigkeit des Nachgezogenen) einer Zusammenführung entgegenstehen soll – der Rechtsprechung des EuGH nicht (genügend) Rechnung tragen: Denn auf der Grundlage der einschlägigen Urteile des Gerichtshofs<sup>93</sup> setzt ein Rechtsmissbrauch zum einen voraus, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde, und, zum anderen, subjektiv die Absicht gegeben ist, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Dieses subjektive Element wird jedoch häufig nur schwer nachzuweisen sein und impliziert insbesondere nicht allgemein, dass die Wahrnehmung der vertraglich gewährleisteten Rechte auf bestimmten Motiven beruhen muss. Soweit es um die Grundfreiheiten und Rechte auf Familiennachzug geht, wird man hieraus schliessen können, dass ein Rechtsmissbrauch im Unionsrecht wohl im Ergebnis nur unter der Voraussetzung angenommen werden kann, dass eine eigentliche Täuschung über das Vorliegen tatbestandlicher Voraussetzungen anzunehmen ist, und auf die Absicht der Berufung auf das eingeräumte Recht kann es nicht ankommen. Das schlichte «Ausnutzen» günstiger unionsrechtlicher Bestimmungen reicht jedenfalls grundsätzlich nicht aus.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> BGE 136 II 177 E. 3.2.3.; BGE 136 II 65 E. 5.2.

<sup>92</sup> BVGer F-1066/2022 vom 24.10.2023 E. 7.4.

<sup>93</sup> S. insbesondere EuGH, Rs. C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804; EuGH, Rs. C-423/15, *Kratzer*, ECLI:EU:C:2016:604; EuGH, verb. C-58/13, C-59/13, *Torresi*, ECLI:EU:C:2014:2088; EuGH, Rs. C-456/12, *O. und B.*, ECLI:EU:C:2014:135; EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, ECLI:EU:C:2004:639; EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512; EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126.

<sup>94</sup> S. diese Erwägungen schon bei *Epiney*, § 4. Multilaterales Migrationsrecht (Anm. 1), S. 187 (229 f.). Ausführlich *Astrid Epiney*, Das Kind im FZA: Aufenthaltsrecht, Familiennachzug und Zugang zu staatlichen Leistungen, in: Achermann/Amarelle/Boillet/Caroni/Epiney/Uebersax (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2022/2023*, Bern 2023, S. 77 (90 ff.).

Ab dem Alter von 21 Jahren bedingt das Aufenthaltsrecht des Kindes eines bzw. einer Staatsangehörigen einer Vertragspartei, dass diese:r dem Kind weiterhin Unterhalt gewährt. In einem Urteil vom November 2023<sup>95</sup> ging es um den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung eines bereits nachgezogenen nordmazedonischen Staatsangehörigen. Dieser Widerruf sei rechtmässig, zumal der Beschwerdeführer nicht aufzeigen könne, dass sein Unterhalt weiterhin in einer gewissen Erheblichkeit durch seine in der Schweiz lebenden Eltern sichergestellt werde. Zudem habe dieser, indem er ein Familiennachzugsgesuch für seine Ehefrau und seinen Sohn gestellt hatte und bei seinen Eltern ausgezogen war, gezeigt, dass die Absicht hinter seinem Aufenthalt in der Schweiz nicht länger die Weiterführung der Familiengemeinschaft mit seinen Eltern sei, sondern vielmehr die Gründung einer neuen Familiengemeinschaft mit seiner nicht freizügigkeitsberechtigten Ehefrau.<sup>96</sup>

Dieses Urteil wirft einmal mehr die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen bei einem Wegfall der Unterhaltsgewährung der Aufenthalt beendet werden kann: Denn der EuGH hält in seiner Rechtsprechung ausdrücklich fest, dass der Aussicht auf einen Arbeitsplatz im Aufnahmemitgliedstaat für die Frage nach der Unterhaltsgewährung keine Bedeutung zukomme,<sup>97</sup> ein Ansatz, der wohl auch vor dem Hintergrund des massgeblichen Zeitpunkts (Antragstellung) zu sehen ist. Auch ist an Art. 3 Abs. 5 FZA zu erinnern, wonach die nachzugsberechtigten Familienmitglieder das Recht auf Zugang zur Erwerbstätigkeit haben. Wenn mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit «automatisch» der Verlust des Aufenthaltsrechts einherginge, würde diese Bestimmung ihres *effet utile* beraubt. Vor diesem Hintergrund spricht Vieles dafür, dass ein (teilweiser) Wegfall der Unterhaltsgewährung jedenfalls nicht «automatisch» zur Aufenthaltsbeendigung führen darf, sondern eine umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich ist.<sup>98</sup>

Weitere Urteile betrafen den Nachzug eines Elternteils der originär aufenthaltsberechtigten Person:

- Der Nachzug von Eltern setzt gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang 1 FZA voraus, dass ihnen durch die FZA-berechtigte Person zumindest teilweise und regelmässig in einer gewissen Erheblichkeit Unterhalt gewährt wird. Sofern sich der Elternteil nicht bereits rechtmässig in der Schweiz aufhält, muss der Unterhalt bereits im Herkunftsland gewährt worden sein.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> BGer 2C\_180/2023 vom 21.11.2023.

<sup>96</sup> BGer 2C\_180/2023 vom 21.11.2023 E. 5.3. f.

<sup>97</sup> EuGH, Rs. C-423/12, *Reyes*, ECLI:EU:C:2014:16.

<sup>98</sup> S. zum Problemkreis *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023 (Anm. 95), S. 77 (99 f.).

<sup>99</sup> Vgl. hierzu aus dem Berichtszeitraum BVGer F-2600/2021 vom 18.8.2023 E. 7.2. f. (bestätigt durch BGer 2C\_537/2023 vom 18.4.2024), wobei die Beschwerdeführerin in diesem Fall nicht nachweisen konnte, dass sie bereits in ihrem Herkunftsland Nordmazedonien Unterhalt von ihren in der Schweiz lebenden Kindern erhalten hatte.

Massgeblich ist folglich, ob die nachzuziehende Person selbst in der Lage ist, ihre Grundbedürfnisse zu decken, oder hierfür auf die nachziehende Person angewiesen ist. So wurde die Unterhaltsgewährung bei einer argentinischen Staatsangehörigen verneint, welche von ihrer in der Schweiz lebenden Tochter und deren Ehemann lediglich dann Geld zugeschickt bekam, wenn ihre Tochter sie in Argentinien besuchen kam (200 CHF sowie 245 CHF), oder unmittelbar vor der Reise der Beschwerdeführerin in die Schweiz (630 CHF).<sup>100</sup> In einem Urteil vom Februar 2024 ging das Bundesgericht davon aus, dass eine russische Staatsangehörige, deren – für sie und ihren Ehemann gemeinsam berechneten – Existenzminimum die Gesamtrente des Ehepaars (28'020 Rubel pro Monat) um 4'820 Rubel pro Monat überstieg, als bedürftig im Sinne des FZA zu qualifizieren sei.<sup>101</sup>

- Bei einem sog. umgekehrten Familiennachzug wird ein Verwandter in aufsteigender Linie durch ein originär aufenthaltsberechtigtes minderjähriges Kind nachgezogen. In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>102</sup> wurde während der Berichtsperiode ein solcher Familiennachzug in Fällen verneint, in denen der nachzuziehende Elternteil weder mit dem minderjährigen Kind zusammenwohnte noch die Weiterführung des Aufenthalts des Kindes vom Aufenthaltsrecht des bzw. der Beschwerdeführer:in abhing.<sup>103</sup>

## 2. Rechtsmissbrauch aufgrund von « Scheinehen »

Ehegatten von FZA-berechtigten Personen kommt grundsätzlich gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu. Dieser Anspruch steht jedoch unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Ein solcher liegt nach der Rechtsprechung bei sog. «Scheinehen» vor, so dass sich Ehegatten dann nicht auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht berufen können, wenn die Ehe von Beginn an zum Schein geschlossen wurde oder inzwischen gegenstandslos geworden ist. Bei der Frage nach dem Vorliegen einer Scheinehe sind diverse Kriterien zu berücksichtigen, und inzwischen liegt hier eine reichhaltige Kasuistik vor.

Auch im Berichtszeitraum war diese Thematik wieder Gegenstand mehrerer Urteile, wobei das Bundesgericht jeweils zum Schluss kam, dass die Vorinstanz zu Recht von einer Scheinehe – und folglich von einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf das FZA – ausgegangen war.<sup>104</sup> Ausschlaggebende

---

<sup>100</sup> BGer 2C\_153/2023 vom 21.6.2023 E. 4.4. f.

<sup>101</sup> BGer 2C\_643/2022 vom 29.2.2024 E. 5.

<sup>102</sup> BGE 144 II 113 E. 4.1.; BGE 142 II 35 E. 5.2.

<sup>103</sup> BVGer F-439/2021 vom 30.5.2023 E. 5.4.; BGer 2C\_271/2023 vom 12.2.2024 E. 4.2.

<sup>104</sup> BGer 2C\_55/2023 vom 3.8.2023 E. 5.2. f.; BGer 2C\_695/2022 vom 25.1.2024 E. 4.4.2 und 5.3.

Indizien waren u.a. – je nach konkreter Situation – die schlechten Aussichten des Beschwerdeführers auf die selbständige Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung, der Entschluss zur Eheschliessung kurz nach verfügbarer Wegweisung, die schlechten finanziellen Verhältnisse der aufenthaltsberechtigten Ehegattin (z.B. Schulden und Lohnpfändungen), kurze Dauer der Verlobung, sich widersprechende Aussagen der beiden Ehegatten über die Hochzeit, fehlende Hochzeitsfeier, fehlende Kenntnisse über den anderen Ehegatten (z.B. über Geschwister), Hinweise auf eine Parallelbeziehung eines Ehegatten sowie längeres grundloses Getrenntleben bereits kurze Zeit nach der Hochzeit.

In zahlreichen der angezeigten Urteile dürften tatsächlich eigentliche «Scheinehen» vorgelegen haben, da die Ehe von Beginn an zum Schein – mit Blick auf den Erhalt einer Aufenthaltsgenehmigung – abgeschlossen worden war. Indessen ist daran zu erinnern, dass ein Rechtsmissbrauch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht schon dann vorliegt, wenn sich Personen auf die noch bestehenden ehelichen Bande berufen, stellt der EuGH doch grundsätzlich auf das Fortbestehen des formalen Ehebandes ab.<sup>105</sup>

## VII. Einreise und Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit

### 1. Ausreichende finanzielle Mittel

Gemäss Art. 24 Anhang I FZA besteht ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung auch ohne Erwerbstätigkeit, sofern ausreichende finanzielle Mittel und eine Krankenversicherung nachgewiesen werden. Das Aufenthaltsrecht wird nur erteilt, wenn ausreichende Mittel einen Sozialhilfebezug ausschliessen (vgl. insoweit Art. 24 Abs. 1 lit. a und Abs. 8 Anhang 1 FZA).

Das Bundesgericht bestätigte in einem Urteil vom Mai 2023<sup>106</sup> seine bisherige Rechtsprechung<sup>107</sup>, wonach bezüglich der Frage der Schädlichkeit von Sozialhilfeleistungen für das Aufenthaltsrecht ohne Erwerbstätigkeit die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 nicht zu berücksichtigen sei. Denn diese Bestimmung sei weniger streng formuliert als Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang 1 FZA, was einen «triffigen Grund» im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 16 Abs. 2 FZA, welcher ein Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH rechtfertigt, darstellen würde.<sup>108</sup>

Gemäss konstanter Rechtsprechung wird der Bezug von Ergänzungsleistungen dem Bezug von Sozialhilfe gleichgesetzt, weshalb in diesem Fall das Vorliegen

---

<sup>105</sup> EuGH, Rs. C-267/83, *Diatta*, ECLI:EU:C:1985:67. Zur Thematik *Epiney*, § 4. Multilaterales Migrationsrecht (Anm. 1), S. 187 (229 f.).

<sup>106</sup> BGer 2C\_484/2022 vom 15.5.2023.

<sup>107</sup> BGer 2C\_121/2022 vom 24.11.2022 E. 6.2.

<sup>108</sup> BGer 2C\_484/2022 vom 15.5.2023 E. 3.4.2. Zu diesem Urteil bereits oben II.

ausreichender finanzieller Mittel zu verneinen ist.<sup>109</sup> Diese Rechtsprechung wurde im Berichtszeitraum mehrfach bestätigt.<sup>110</sup>

## 2. Selbständiges Aufenthaltsrecht unmündiger Kinder

Nach Art. 3 Abs. 6 Anhang 1 FZA dürfen die Kinder eines bzw. einer EU/EFTA-Ausländer:in in der Schweiz am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Der dieser Vorschrift entsprechende Art. 10 VO 492/2011<sup>111</sup> wird vom EuGH dahingehend ausgelegt, dass einem minderjährigen Kind ein eigenständiges Aufenthaltsrecht zur Beendigung der Ausbildung zukommt. Weiter stehe aufgrund dieser Vorschrift auch sorgeberechtigten Eltern von sich in Ausbildung befindlichen Kindern ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht zu.<sup>112</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht der Sinn und Zweck dieses eigenständigen durch Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA gewährten Anwesenheitsrechts in der Förderung der Integration der Kinder von FZA-Berechtigten in der Aufnahmegesellschaft über die Teilnahme am allgemeinen Unterricht; dies setze jedoch voraus, dass sich das in Frage stehende Kind bereits teilweise über den Unterricht integriert hat.<sup>113</sup> Im Zusammenhang mit dem sechsjährigen Kind einer polnischen Staatsangehörigen kam das Bundesgericht vor diesem Hintergrund zum Schluss, dass der Besuch einer Tageskrippe oder des Kindergartens durch dieses Kind grundsätzlich noch keinen nennenswerten Beginn einer Integration, welche einen selbständigen Aufenthaltsanspruch vermittelt, darstelle.<sup>114</sup> Dieses Urteil bestätigt somit die bisherige Rechtsprechung,<sup>115</sup> welche jedoch in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 VO 1612/68<sup>116</sup> bzw.

---

<sup>109</sup> BGE 135 II 265 E. 3.7.; BGer 2C\_975/2022 vom 20.4.2023 E. 7.2.; BGer 2C\_121/2022 vom 24.11.2022 E. 4.1.; BGer 2C\_914/2020 vom 11.3.2021 E. 5.10.

<sup>110</sup> BGer 2C\_484/2022 vom 15.5.2023 E. 3.3.3.; BVGer F-130/2021 vom 21.7.2023 E. 10.2.; BVGer F-6565/2020 vom 18.9.2023 E. 7.4.2. f.; BGer 2C\_707/2022 vom 6.11.2023 E. 5.2.; BGer 2C\_458/2023 vom 7.2.2024 E. 4.2.

<sup>111</sup> Verordnung 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, S. 1. Art. 10 VO 492/2011 nahm Art. 12 VO 1612/68 (Verordnung 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, S. 2) auf, dem Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA nachgebildet wurde.

<sup>112</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091, *Baumbast und R*, ECLI:EU:C:2002:493; EuGH, Rs. C-480/08, Slg. 2010, I-1107, *Texeira*, ECLI:EU:C:2010:83; EuGH, Rs. C-310/08, Slg. 2010, I-1065, *Ibrahim*, ECLI:EU:C:2010:80; EuGH, Rs. C-115/15, *NA*, ECLI:EU:C:2016:487.

<sup>113</sup> BGE 139 II 393 E. 4.2.2.; BGer 2C\_1016/2021 vom 12.10.2022 E. 3.1.; BGer 2C\_185/2019 vom 4.3.2021 E. 7.2.1. f.; BGer 2C\_673/2019 vom 3.12.2019 E. 5.1.

<sup>114</sup> BGer 2C\_471/2022 vom 20.12.2023 E. 4.3.

<sup>115</sup> BGE 139 II 393 E. 4.2.2.; BGer 2C\_145/2017 vom 5.3.2018 E. 3.; BGer 2C\_870/2018 vom 13.5.2019 E. 3.3.2. und 3.4.1.

<sup>116</sup> Referenz in Anm. 122.

Art. 10 VO 492/2011 – dies obwohl das Bundesgericht betont, Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA sei parallel wie die entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts auszulegen – steht, sind doch der Rechtsprechung des EuGH keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass ein Aufenthaltsrecht des Kindes zur Beendigung der Ausbildung von einer ausreichenden Integration abhängig wäre.<sup>117</sup>

### 3. Voraussetzung des effektiven Aufenthalts

Die Erneuerung einer EU/EFTA-Bewilligung setzt vor dem Hintergrund des Verbots des Rechtsmissbrauchs – unabhängig von der Bewilligungskategorie – die tatsächliche Absicht des bzw. der EU/EFTA-Ausländer:in voraus, sich in der Schweiz niederlassen zu wollen, wobei in diesem Zusammenhang von einem «effektiven Aufenthalt» (im Gegensatz zu einem «fiktiven Aufenthalt») die Rede ist.<sup>118</sup> So kam das Bundesgericht bezüglich zwei italienischer Staatsangehöriger, welche jeweils Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit waren, zum Schluss, dass bei diesen keine solche Absicht bestehe. Massgeblich waren der jeweils niedrige Stromverbrauch (Jahresdurchschnitt von ca. 129 bzw. 200 kWh, wobei der nationale Jahresdurchschnitt bei 1'400 bis 1'600 kWh liegt), die niedrigen bis inexistenten Lebensmittelvorräte in der Wohnung, die wenigen Kleidungsstücke in der Wohnung sowie in einem Fall die Aussage des Beschwerdeführers, wonach er sich die meiste Zeit in Italien aufhalte.<sup>119</sup>

## VIII. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA können durch das FZA gewährleistete Rechte eingeschränkt werden, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist. Die Rechtsprechung verlangt bei freizügigkeitsbeschränkenden Massnahmen eine tatsächliche, gegenwärtige und erheblich Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft. Als

---

<sup>117</sup> S. insoweit insbesondere EuGH, Rs. C-115/15, *NA*, ECLI:EU:C:2016:487. Zum Problemkreis im Einzelnen, m.w.N., *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023 (Anm. 95), S. 77 (106 ff.).

<sup>118</sup> BGer 2C\_5/2021 vom 2.12.2021 E. 3.4.; BGer 2C\_7/2021 vom 16.11.2021 E. 3.4.

<sup>119</sup> BGer 2C\_150/2023 vom 4.7.2023 E. 6.2. f.; BGer 2C\_363/2023 vom 3.8.2023 E. 6.2. f. Für einen ähnlich gelagerten Fall betreffend einen in der Schweiz erwerbstätigen italienischen Staatsangehörigen vgl. BGer 2C\_64/2024 vom 24.4.2024. Das Bundesgericht hielt in diesem Urteil zudem fest, dass sich der Beschwerdeführer bei einem fehlenden effektiven Aufenthalt nicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip berufen könne, zumal dessen Anwendung voraussetze, dass das FZA dem bzw. der EU-Ausländer:in grundsätzlich ein Aufenthaltsrecht verleiht (E. 5.4.).

schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gelten insbesondere Drogen-,<sup>120</sup> Sexual-<sup>121</sup> und Gewaltdelikte.<sup>122</sup> Um den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren, ist dem öffentlichen Interesse das Interesse der betreffenden Person an einem Verbleib bzw. an der Einreise in die Schweiz gegenüberzustellen (wobei u.a. die Schwere des Delikts sowie des Verschuldens, der Grad der Integration, die Anwesenheitsdauer und die mit der Fernhaltemassnahme verbundenen Nachteile zu berücksichtigen sind<sup>123</sup>).

Bei dieser Abwägung dürfte auch das Interesse eines Familienangehörigen am Verbleib der eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellenden Person von Bedeutung sein, da dieses auch für letztere von Bedeutung ist oder zumindest sein kann. Diesem Aspekt trägt das Bundesgericht in einem Fall, bei dem es um die Begründetheit eines Gesuchs um Wiedererwägung eines Negativentscheids betreffend die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ging, wohl nicht genügend Rechnung: Es kam zum Schluss, dass der Gesundheitszustand der portugiesischen Ehefrau (Niederlassungsbewilligung in der Schweiz) des albanischen Beschwerdeführers im Zusammenhang mit Art. 5 Anhang I FZA von vornherein nicht von Bedeutung sei. Die Ehefrau hatte im Anschluss an die Ablehnung des Gesuchs um Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers einen Selbstmordversuch begangen.<sup>124</sup>

## 1. Zur Rückfallgefahr

Der Frage, ob bei einer einschlägigen strafrechtlichen Vergangenheit eine Rückfallgefahr anzunehmen ist, kommt eine entscheidende Bedeutung zu, wenn es darum geht zu beurteilen, ob die betreffende Person auch in Zukunft eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt und diese Gefahr somit im Sinne der Rechtsprechung als tatsächlich und gegenwärtig anzusehen ist.<sup>125</sup> Dabei muss nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden können, dass die betroffene Person erneut straffällig wird. Auf der anderen Seite muss das Rückfallrisiko auch nicht gänzlich verneint werden können, um auf eine freizügigkeitsbeschränkende Massnahme verzichten zu müssen. Von

---

<sup>120</sup> Betreffend Betäubungsmitteldelikte siehe: BVGer F-5591/2020 vom 7.6.2023; BVGer F-2698/2022 vom 15.8.2023; BGer 6B\_1376/2022 vom 12.9.2023; BGer 2C\_195/2023 vom 14.9.2023; BVGer F-2164/2021 vom 4.10.2023; BVGer F-5764/2022 vom 4.10.2023; BGer 2C\_613/2023 vom 16.11.2023; BGer 6B\_854/2023 vom 20.11.2023; BGer 2C\_608/2023 vom 27.3.2024; BGer 2C\_269/2023 vom 9.4.2024; BGer 7B\_117/2023 vom 10.4.2024.

<sup>121</sup> Betreffend Sexualdelikte siehe: BGer 6B\_860/2023 vom 12.9.2023; BGer 7B\_17/2021 vom 2.10.2023; BGer 6B\_922/2023 vom 19.3.2024.

<sup>122</sup> Betreffend Gewaltdelikte siehe: BVGer F-5591/2020 vom 7.6.2023; BVGer F-1215/2022 vom 1.9.2023; BVGer F-5764/2022 vom 4.10.2023; BGer 6B\_449/2023 vom 21.2.2024.

<sup>123</sup> Vgl. dazu BGE 135 II 377 E. 4.3.; BGE 139 I 16 E. 2.2.1.; BGE 139 I 31 E. 2.3.1.

<sup>124</sup> BGer 2C\_286/2023 vom 27.9.2023 E. 4.2.

<sup>125</sup> Vgl. neben den im Text erwähnten Urteilen: BGer 2C\_1025/2021 vom 18.10.2023.

zentraler Bedeutung ist, dass im Einzelfall eine individuelle Prüfung vorgenommen wird.

So sinken bei zunehmender Schwere der begangenen Straftat bzw. der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit die Anforderungen an das Rückfallrisiko, welches vorliegen muss, um freizügigkeitsbeschränkende Massnahmen aussprechen zu dürfen. In diesem Sinne bejahte das Bundesgericht das Vorliegen eines hinreichenden Rückfallrisikos bei einer italienischen Staatsangehörigen, welche im Ausland ein schweres Drogendelikt begangen hatte (Drogenbesitz und -transport von ca. 7 kg Marihuana im November 2017), jedoch keinerlei Vorstrafen aufwies. Die Strenge, die aufgrund der Schwere der noch nicht lange zurückliegenden Straftat – welche von der Beschwerdeführerin zudem verheimlicht wurde – geboten sei, rechtfertige es, das Fehlen weiterer Straftaten zu relativieren.<sup>126</sup>

Neben der Schwere der begangenen Straftaten spielt auch deren Anzahl bzw. die Regelmässigkeit der Delinquenz eine Rolle.<sup>127</sup> So wurde eine hinreichende Rückfallgefahr bei einem ca. 21-jährigen in der Schweiz aufgewachsenen italienischen Staatsangehörigen angenommen, der bereits als Minderjähriger zwei Mal in der Schweiz von dem bzw. der Jugendstrafrichter:in verurteilt worden war, der ab seiner Volljährigkeit sowohl in der Schweiz als auch in Frankreich der Begehung mehrerer Straftaten – mitunter gegen Leib und Leben – für schuldig befunden worden war und gegen den im Urteilszeitpunkt zwei weitere Strafverfahren hängig waren. Aufgrund der anhaltenden Straffälligkeit, welche sich seit 2021 sogar noch intensiviert habe, entwickle sich der Werdegang des Beschwerdeführers gefährlich in Richtung «Karriere-Täter».<sup>128</sup>

Ein bei der individuellen Prüfung zu berücksichtigender Faktor ist die Zeit, die seit der letzten Tatbegehung bzw. dem entsprechenden Strafvollzug verstrichen ist. Im Hinblick auf einen deutschen Staatsangehörigen, der in Deutschland zuletzt wegen qualifizierten Raubes verurteilt worden war und sich deswegen bis März 2020 in Haft befunden hatte, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass angesichts der erheblichen strafrechtlichen Vergangenheit ein zukünftiger schwerwiegender Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zum jetzigen Zeitpunkt nicht hinreichend ausgeschlossen werden könne, da die Zeitdauer seit dessen Haftentlassung noch zu kurz sei, um allenfalls günstige Entwicklungen des Beschwerdeführers berücksichtigen zu können.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> BGer 2C\_613/2023 vom 16.11.2023 E. 6.5.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu aus dem Berichtszeitraum: BVGer F-5591/2020 vom 7.6.2023 E. 6.5.; (implizit) BGer 6B\_892/2022 vom 8.6.2023; BVGer F-1326/2022 vom 17.7.2023 E. 7.2. f.; BGer 6B\_1294/2022 vom 8.8.2023 E. 4.5.3.; BGer 2C\_195/2023 vom 14.9.2023 E. 4.3.2.; BGer 2C\_836/2021 vom 20.9.2023 E. 6.2.1.; BGer 6B\_709/2022 vom 4.10.2023 E. 4.5.; BGer 6B\_449/2023 vom 21.2.2024; BGer 2C\_269/2023 vom 9.4.2024 E. 5.1.

<sup>128</sup> BVGer F-1215/2022 vom 1.9.2023 E. 6.4. f.

<sup>129</sup> BGer 2C\_499/2023 vom 24.1.2024 E. 4.4.

Bei einer Beurteilung des Rückfallrisikos hatte sich die Rechtsprechung neben den ggf. bereits begangenen Straftaten auch mit den individuellen Faktoren des bzw. der EU/EFTA-Ausländer:in auseinanderzusetzen:

- So wurde bei Widerhandlungen gegen das Rechtsgut des Vermögens insbesondere die finanzielle Situation der betroffenen Person berücksichtigt, zumal eine diesbezüglich angespannte Lage die erneute Straffälligkeit begünstige.<sup>130</sup> Bei einem slowenischen Staatsangehörigen, der sich von verschiedenen Reiseversicherungen mittels gewerbsmässigem Betrug und Urkundenfälschung ungerechtfertigt über 90'000 CHF auszahlen liess, wurde ein hinreichendes Rückfallrisiko – vor dem Hintergrund, dass der Betrug der Finanzierung einer mehrjährigen Ausbildung diene – verneint, zumal sich die Finanzlage des Beschwerdeführers im Urteilszeitpunkt aufgrund einer neuen Festanstellung massgeblich verbessert hatte.<sup>131</sup>
- Sofern die Straftat im Zusammenhang mit der Berufstätigkeit des bzw. der EU/EFTA-Ausländer:in stand, wurde es im Hinblick auf das Rückfallrisiko negativ gewertet, wenn die Person die Berufstätigkeit weiter ausübte.<sup>132</sup> So wurde das Gesuch um Aufenthaltsbewilligung eines italienischen Staatsangehörigen, der zuvor in Italien u.a. wegen seiner Mitwirkung bei transnationalen bandenmässigen Schmuggelaktivitäten von Luxusuhren verurteilt worden war, insbesondere deswegen abgelehnt, weil der Beschwerdeführer beabsichtigte, in der Schweiz für ein Unternehmen, das Handel mit Luxusuhren betreibt, zu arbeiten.<sup>133</sup>
- Eine Stabilisierung der familiären Verhältnisse der FZA-berechtigten Person – beispielsweise durch eine neue Beziehung, Heirat oder Elternschaft – kann das Rückfallrisiko vermindern. Bei einem spanischen Staatsangehörigen, der kurz nach der Begehung eines Raubes Vater wurde, sei die stabilisierende Wirkung der Familienverhältnisse jedoch stark zu relativieren, da er die Straftat gemeinsam mit seiner Ehefrau begangen habe und darüber hinaus auch seine frühere Familie ihn von schwerer Delinquenz nicht habe abhalten können.<sup>134</sup> Ebenfalls zu relativieren sei die stabilisierende Wirkung des familiären Umfelds im Falle eines italienischen Staatsangehörigen, der sich der mehrfachen versuchten harten Pornografie schuldig machte, zumal dieses Umfeld bereits zum Zeitpunkt früherer Verstösse gegen das SVG bestand und den Beschwerdeführer folglich nicht habe von weiteren Straftaten abhalten können.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> BGer 6B\_892/2022 vom 8.6.2023 E. 1.6.2. f.; BGer 2C\_739/2022 vom 13.9.2023 E. 4.5.

<sup>131</sup> BGer 6B\_205/2023 vom 17.8.2023 E. 1.4.5.

<sup>132</sup> BGer 2C\_836/2021 vom 20.9.2023 E. 6.2.1.; BGer 2C\_606/2023 vom 2.5.2024 E. 5.6.2.

<sup>133</sup> BGer 2C\_123/2023 vom 4.7.2023 E. 5.1.

<sup>134</sup> BGer 2C\_739/2022 vom 13.9.2023 E. 4.5.

<sup>135</sup> BGer 7B\_17/2021 vom 2.10.2023 E. 2.6.

- Bei Drogendelikten wurde im Zusammenhang mit dem Rückfallrisiko insbesondere berücksichtigt, ob der bzw. die EU/EFTA-Ausländer:in (weiterhin) Suchtprobleme aufweist.<sup>136</sup>
- Bei einem deutschen Staatsangehörigen, der wegen mehrfacher harter Pornografie verurteilt worden war, bejahte das Bundesgericht trotz des geringen Unrechtsgehalts der Tat (Beschaffung von sechs sowie Besitz und Überlassung von 32 Bildern mit verbotenen kinderpornografischen Darstellungen) in Anbetracht des gewichtigen Rechtsguts der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen ein hinreichendes Rückfallrisiko. Der Beschwerdeführer habe sich trotz pädophiler Präferenzen im Anschluss an die Verurteilung keiner Therapie unterzogen und zeige eine Bagatellisierungs- und Relativierungstendenz.<sup>137</sup>
- Auch das Nachtatverhalten spielt bei der Beurteilung des Rückfallrisikos eine Rolle.<sup>138</sup> So wurde einem italienischen Staatsangehörigen, der das Delikt der versuchten harten Pornografie beging (Gegenstände bzw. Vorführungen, die tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben) – wenngleich auch nur mit einem sowohl objektiv als auch subjektiv leichten Verschulden –, im Hinblick auf das Rückfallrisiko insbesondere negativ angelastet, dass er kurz nach seiner Verurteilung als Zeitvertreib Fussballtrainings von Junioren zuschaute, was auf ein weiterhin bestehendes problematisches Verhaltensmuster hinweise.<sup>139</sup>

## 2. Strafrechtliche Landesverweisung

Eine Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB ist eine strafrechtliche Massnahme, mit welcher Ausländer nach einer Verurteilung aufgrund gewisser Straftaten – unabhängig von der Höhe der Strafe – grundsätzlich für 5–15 Jahre des Landes verwiesen werden müssen. Art. 66a Abs. 2 StGB sieht eine Härtefallklausel vor, gemäss welcher in Ausnahmefällen von der Landesverweisung abgesehen werden kann, wenn die privaten die öffentlichen Interessen überwiegen, wobei der besonderen Situation von in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen Ausländer:innen Rechnung zu tragen ist. Trotz dieser Härtefallklausel ist die Vereinbarkeit der Regelung der strafrechtlichen

---

<sup>136</sup> Vgl. hierzu aus dem Berichtszeitraum: BGer 2C\_195/2023 vom 14.9.2023 E. 4.3.2.

<sup>137</sup> BGer 6B\_860/2023 vom 12.9.2023 E. 1.6.2. und 1.7.

<sup>138</sup> Bezüglich der Gewichtung des Nachtatverhaltens bei einer Widerhandlung gegen das Rechtsgut Vermögen siehe BGer 2C\_608/2023 vom 27.3.2024. Die betreffende italienische Staatsangehörige hatte von ihrem Arbeitgeber 6'500 Stangen Zigaretten im Wert von 420'000 CHF gestohlen. In diesem Zusammenhang wurde der Umstand, dass die Beschwerdeführerin nach der Aufdeckung des Diebstahls ihre Stelle behalten durfte und sie im Rahmen ihrer Weiterbeschäftigung bereits einen beträchtlichen Teil des Schadens wieder ausgeglichen hatte, vom Bundesgericht positiv berücksichtigt (E. 6.).

<sup>139</sup> BGer 7B\_17/2021 vom 2.10.2023 E. 2.6.

Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB mit dem FZA angesichts des gleichwohl vorgesehenen «Automatismus» Zweifeln unterworfen.<sup>140</sup> Auch bei der konkreten Anwendung des Art. 66a StGB stellt sich regelmässig die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 5 Anhang I FZA.<sup>141</sup>

Das Bundesgericht bestätigte im Berichtszeitraum seine bisherige Rechtsprechung,<sup>142</sup> wonach es sich bei der sozialen Sicherheit der Schweiz um ein gewichtiges Rechtsgut handle, was für das erforderliche Rückfallrisiko beim Erlass von freizügigkeitsbeschränkenden Massnahmen zu berücksichtigen ist.

- So sei bei einer deutschen Staatsangehörigen, welche des Betrugs im Bereich der Sozialversicherungen sowie der Urkundenfälschung schuldig gesprochen wurde, ein hinreichendes Rückfallrisiko zu bejahen, zumal «nicht unerhebliche Bedenken» an ihrem künftigen Wohlverhalten bestünden. Diese Bedenken gründeten insbesondere auf der Dauer der Deliktsbegehung (über ein Jahr), dem erheblichen Schaden (Deliktsumsatz von ca. 45'000 CHF) sowie dem konkreten Tathandeln (selbst nachdem der Betrug aufgedeckt worden war, reichte die Beschwerdeführerin weitere gefälschte Urkunden ein, um die Täuschung aufrecht zu erhalten).<sup>143</sup>
- Verneint wurde das Vorliegen eines hinreichenden Rückfallrisikos hingegen bei einem bangladeschisch-portugiesischen Staatsangehörigen, der während zwei Jahren unrechtmässig Leistungen der Sozialhilfe bezog (Deliktsumsatz von 15'000 CHF), indem er einen zusätzlich zu seinem Vollzeitpensum erarbeiteten Zusatzverdienst verschwiegen hatte, um im knapp bemessenen Haushaltsbudget etwas mehr Spielraum zu schaffen. Massgebliche Elemente bei der Beurteilung waren einerseits der niedrige Schweregrad der begangenen Tat sowie die inzwischen eingetretene Verbesserung der finanziellen Verhältnisse der Familie (mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Ehefrau konnte die Sozialhilfeabhängigkeit beendet werden).<sup>144</sup>

Bei einem in der Schweiz geborenen italienischen Staatsangehörigen, der 43 Jahre seines Lebens – zuletzt mit seiner Ehefrau – in diesem Land verbracht hatte, wurden im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung die öffentlichen Interessen an seiner Wegweisung gegenüber seinen persönlichen Interessen an

<sup>140</sup> Vgl. zum Problemkreis z.B. *Sarah Progin-Theuerkauf*, Expulsion pénale et ALCP, ZSR 2020 I, 35 ff.; *Cesla Amarelle*, L'expulsion pénale dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, Jusletter vom 3.9.2023, Rn. 27 ff.

<sup>141</sup> Vgl. nebst den im Text erwähnten Urteilen: BGer 6B\_892/2022 vom 8.6.2023; BGer 6B\_1294/2022 vom 8.8.2023; BGer 6B\_205/2023 vom 17.8.2023; BGer 6B\_860/2023 vom 12.9.2023; BGer 7B\_17/2021 vom 2.10.2023; BGer 6B\_709/2022 vom 4.10.2023; BGer 6B\_271/2022 vom 11.3.2024; BGer 6B\_922/2023 vom 19.3.2024.

<sup>142</sup> BGer 2C\_169/2017 vom 6.11.2017 E. 3.3.; BGer 2C\_822/2016 vom 31.1.2017 E. 3.3.1.

<sup>143</sup> BGer 6B\_1384/2021 vom 29.8.2023 E. 1.6.

<sup>144</sup> BGer 6B\_149/2023 vom 1.11.2023 E. 1.4.3.

einem Verbleib als höher gewichtet. Der bereits mehrfach vorbestrafte Beschwerdeführer hatte sich unter anderem der versuchten schweren Körperverletzung gegen einen ihm unbekannten 72-jährigen Mann schuldig gemacht. Nebst der Schwere der Straftat wurde dem Beschwerdeführer im Hinblick auf die Rückfallgefahr insbesondere negativ angelastet, dass dieser trotz zahlreichen früheren Verurteilungen, trotz einer früheren Wegweisung aus der Schweiz, trotz mehrfachen Verwarnungen durch die Migrationsbehörden, trotz seiner sich stabilisierenden beruflichen Situation und trotz seiner Beziehung zu seiner Ehefrau erneut (erheblich) straffällig wurde, was von einer anhaltenden Gleichgültigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung zeuge.<sup>145</sup>

Ein Urteil vom September 2023<sup>146</sup> betraf ebenfalls schwerpunktmässig die Verhältnismässigkeit einer anzuordnenden Landesverweisung. Ein italienischer Staatsangehöriger hatte – nach einer einschlägigen Vorstrafe – erneut ein Drogendelikt begangen (Aufbewahrung grösserer Mengen von Kokain, Marihuana, Haschisch). Da der Beschwerdeführer in der Schweiz geboren und (mehrheitlich) aufgewachsen war, etwa zeitgleich zur erstinstanzlichen Verurteilung heiratete und sich – nach längerer Fürsorgeabhängigkeit – wieder in den Arbeitsmarkt eingliederte sowie kurz darauf deren gemeinsames Kind zur Welt kam, war sein Interesse am Verbleib in der Schweiz hoch. Das öffentliche Interesse an seiner Wegweisung wurde jedoch vor dem Hintergrund der bei Drogendelikten angezeigten Strenge, der Schwere der Straftat (28-monatige Freiheitsstrafe) sowie der einschlägigen Vorstrafe als höher gewertet.<sup>147</sup>

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Berichtszeitraum zum strafrechtlichen Landesverweis ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert:

- Zunächst sieht das Bundesgericht – soweit ersichtlich – davon ab, auf die Frage des «Vorrangs» des Art. 66a StGB im Verhältnis zum FZA bzw. die «nicht restriktive» Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA (so dass die ausländerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Strafrecht nicht relevant sei) einzugehen, dies im Gegensatz zu früheren, insoweit wenig überzeugenden Urteilen.<sup>148</sup> Vielmehr betont es jeweils lediglich, die Anordnung einer strafrechtlichen Landesverweisung bestimme sich zunächst anhand des Art. 66a StGB. Sei auf dieser Grundlage eine solche auszusprechen, sei darüber hinaus zu prüfen, ob Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA der Landesverweisung entgegen stehe.
- Auf dieser Grundlage kam das Bundesgericht jedoch – soweit ersichtlich – in keinem Urteil zum Ergebnis, dass eine gemäss Art. 66a StGB anzuordnende Landesverweisung nicht mit Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA in Einklang

<sup>145</sup> BGer 6B\_449/2023 vom 21.2.2024 E. 2.2.2. f.

<sup>146</sup> BGer 6B\_1376/2022 vom 12.9.2023.

<sup>147</sup> BGer 6B\_1376/2022 vom 12.9.2023 E. 2.4.2 f.

<sup>148</sup> Vgl. BGer 6B\_378/2018 vom 22.5.2019; BGE 145 IV 55. Zu dieser Rechtsprechung *Astrid Epiney*, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter vom 19. August 2019.

stehe. Anzumerken ist jedoch, dass es in einem bereits im Zusammenhang mit der Rückfallgefahr<sup>149</sup> angezeigten Urteil<sup>150</sup> das Urteil der Vorinstanz (das Obergericht Zürich) gestützt hatte, dies obwohl nach den Feststellungen der Vorinstanz, welche durch das Bundesgericht übernommen wurden, eine Landesverweisung zwingend gewesen wäre und von ihr lediglich wegen des Verstosses einer solchen Massnahme gegen Art. 5 Abs. 1 FZA abgesehen wurde. Da das Bundesgericht die Thematik aber nicht wirklich thematisiert, bleibt offen, ob das Urteil eine «Trendwende» in der Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Bezug auf die Tragweite des FZA und sein Verhältnis zu Art. 66a StGB bedeutet.

- Wenn dieses Ergebnis auch zumindest in aller Regel sehr gut vertretbar sein dürfte, ist doch auffallend, dass das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur strafrechtlichen Massnahme der Landesverweisung die Vereinbarkeit mit dem FZA grundsätzlich nur (sehr) oberflächlich prüft.<sup>151</sup> Auch erfolgt die Verhältnismässigkeitsprüfung in aller Regel im Wesentlichen einzig im Zusammenhang mit der Härtefallprüfung bzw. mit Art. 8 EMRK, und auf die Vereinbarkeit der Anordnung einer Landesverweisung mit Art. 5 Anhang I FZA wird anschliessend nur ausgesprochen knapp hingewiesen, dies ohne Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH.

Insgesamt dürfte dieses Vorgehen die Gefahr in sich bergen, dass die (gemäss Art. 16 FZA zu berücksichtigende) einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur Verhältnismässigkeitsprüfung ausser Acht gelassen oder zumindest unzureichend berücksichtigt wird.

### 3. Einreiseverbote

Um zukünftige Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu verhindern, kann das SEM für eine bestimmte Zeit Einreiseverbote aussprechen (Art. 67 AIG). Ziel der Bestimmung ist somit die Verhinderung weiterer Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, jedoch nicht die Bestrafung von vergangenem Fehlverhalten. Das Einreiseverbot steht dem Recht auf Einreise gemäss Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA entgegen. Entsprechend müssen die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA erfüllt sein, damit einer FZA-berechtigten Person die Einreise verweigert werden kann. Im Prinzip ist das Einreiseverbot zudem auf höchstens fünf Jahre zu

---

<sup>149</sup> Oben VII.2.

<sup>150</sup> BGer 2B\_205/2023 vom 17.8.2023. Zu diesem Urteil *Astrid Epiney*, Zum Vorrang des FZA bei der Landesverweisung, dRSK vom 13.11.2023.

<sup>151</sup> Vgl. aus dem Berichtszeitraum z.B.: BGer 6B\_854/2023 vom 20.11.2023 E. 3.3.5.; BGer 6B\_449/2023 vom 21.2.2024 E. 2.2.3.

beschränken; Ausnahmen sind einzig zulässig, wenn die öffentliche Ordnung und Sicherheit in einem schwerwiegenden Mass gefährdet sind.<sup>152</sup>

Einreiseverbote können nicht nur vom SEM, sondern auch vom Bundesamt für Polizei (fedpol) verfügt werden (vgl. Art. 67 Abs. 4 AIG). Dieses ist dann zuständig, wenn nicht («nur») eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, sondern vielmehr eine Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz. In einem Urteil vom Juli 2023<sup>153</sup> hob das Bundesverwaltungsgericht ein vom SEM verfürgtes 20-jähriges Einreiseverbot aufgrund dessen fehlender Zuständigkeit auf. Das Einreiseverbot beruhte massgeblich auf einer italienischen Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Zugehörigkeit zu der in Italien operierenden mafiösen Organisation '*Ndrangheta*. Da es sich hierbei gemäss der bisherigen Rechtsprechung um eine kriminelle Vereinigung i.S.v. Art. 260ter Abs. 1 StGB handle und die Mitgliedschaft bei solchen Vereinigungen eine Bedrohung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz darstelle, hätte das Einreiseverbot somit die Wahrung ebendieser Sicherheit bezweckt. Folglich wäre das fedpol zuständig gewesen.<sup>154</sup>

Das fedpol kann ein Einreiseverbot ebenfalls im Rahmen einer Ausweisung gemäss Art. 68 AIG verfügen, welche erneut der Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz dient bzw. dienen muss. Im Zusammenhang mit einer durch das fedpol angeordneten Ausweisung (gekoppelt an ein unbefristetes Einreiseverbot) eines italienischen Staatsangehörigen, gegen den ein Strafverfahren wegen Beteiligung an und/oder Unterstützung einer kriminellen Vereinigung i.S.v. Art. 260ter Abs. 1 StGB ('*Ndrangheta*') hängig war, hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels des Beschwerdeführers wiederherzustellen ist. Diese Wirkung sei im vorliegenden Fall zu gewähren, da die Vorinstanz die tatsächliche Dringlichkeit einer sofortigen Ausweisung des Beschwerdeführers aus Gründen der öffentlichen Sicherheit nicht dargelegt habe und sie darüber hinaus – ohne ersichtlichen Grund – den Zwischenentscheid, mit dem der Antrag auf aufschiebende Wirkung abgelehnt worden war, erst elf Monate nach Einreichung der Beschwerde gefällt hatte.<sup>155</sup>

Im Rahmen der Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines vierjährigen Einreiseverbots gegen einen französischen Staatsangehörigen, der verschiedene Vergehen gegen das SVG begangen hatte (mitunter indem er mittels gefährlicher Fahrmanöver vor der Polizei zu flüchten versuchte), wurde im Hinblick auf die Gewichtung des öffentlichen Interesses an dessen Fernhaltung aus der Schweiz unter anderem berücksichtigt, dass der Beschwerdeführer potenziell in den Drogenhandel involviert sei. So gebe es verschiedene diesbezügliche Hinweise, wobei der Beschwerdeführer mit seiner zweimaligen geglückten Flucht vor dem Zoll bzw. der Polizei verhindern konnte, dass der Verdacht hätte bestätigt werden können. Dieses Verhalten lege nahe, dass der Beschwerdeführer die Begehung weiterer Straftaten (mitunter potenziell die

<sup>152</sup> Vgl. nebst den im Text erwähnten Urteilen: BVGer F-4263/2023 vom 12.2.2024; BVGer F-2941/2022 vom 4.3.2024.

<sup>153</sup> BVGer F-6462/2020 vom 4.7.2023.

<sup>154</sup> BVGer F-6462/2020 vom 4.7.2023 E. 6.

<sup>155</sup> BGer 2C\_97/2024 vom 12.4.2024 E. 5.

Involvierung im Drogenhandel) verheimlichen wolle.<sup>156</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht somit davon aus, dass im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ein solcher nicht bewiesener Verdacht berücksichtigt werden darf.

In einem Urteil vom September 2023<sup>157</sup> bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die bisherige Rechtsprechung,<sup>158</sup> der zufolge ein Einreiseverbot gestützt auf Tatsachen erlassen werden dürfe, die (noch) nicht Gegenstand einer (rechtskräftigen) strafrechtlichen Verurteilung sind, sofern die Tatsachen hinreichend belegt sind. Folglich könnten Tatsachen, welche Gegenstand eines laufenden strafrechtlichen Verfahrens gegen den italienischen Beschwerdeführer sind, im Zusammenhang mit dem Erlass eines Einreiseverbots berücksichtigt werden, da dieser die ihm vorgeworfenen Taten bereits gestanden hatte und die infragestehenden Tatsachen somit hinreichend belegt seien.<sup>159</sup>

Weiter hatte sich die Rechtsprechung mehrfach mit der Frage zu beschäftigen, wann ein Einreiseverbot für mehr als fünf Jahre gemäss Art. 67 Abs. 3 Satz 2 AIG aufgrund einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zulässig ist.<sup>160</sup>

- In einem Urteil vom Juni 2023<sup>161</sup> wurde das Vorliegen einer solchen Gefahr bejaht betreffend einen italienischen Staatsangehörigen, der in der Schweiz im Zeitraum ab 2010 fünfzehn Mal strafrechtlich verurteilt wurde. Nebst der Anzahl Verurteilungen stützte das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid auf die Wichtigkeit der betroffenen Rechtsgüter (mitunter Leib und Leben), die Schwere gewisser Straftaten (der Beschwerdeführer hatte eine schwere Körperverletzung begangen) sowie den Umstand, dass der Beschwerdeführer nach Erlass des Einreiseverbots erneut straffällig wurde. Die Dauer des Einreiseverbots wurde jedoch von zehn auf sieben Jahre heruntergesetzt.<sup>162</sup>
- In einem Urteil vom Oktober 2023<sup>163</sup> bestätigte das Bundesverwaltungsgericht ein 15-jähriges Einreiseverbot, welches das SEM gegenüber einem spanischen Staatsangehörigen kurz vor dessen bedingter Entlassung aus dem Strafvollzug erliess, der wegen mehrfachen versuchten Mordes zu zwölf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Der Beschwerdeführer hatte seiner Tochter im Säuglingsalter über mehrere Wochen hinweg Medikamente verabreicht und sie so in akute Lebensgefahr gebracht, wobei er ihren Tod in Kauf nahm. Ziel der Tat war es, eine stationäre

<sup>156</sup> BVGer F-2698/2022 vom 15.8.2023 E. 7.3.2.

<sup>157</sup> BVGer F-1215/2022 vom 1.9.2023.

<sup>158</sup> BVGer F-4590/2020 vom 12.11.2021 E. 5.2.2.; BGE 140 I 145 E. 4.3; BGE 130 II 176 E. 4.3.3

<sup>159</sup> BVGer F-1215/2022 vom 1.9.2023 E. 6.3.2.

<sup>160</sup> Vgl. nebst den im Text erwähnten Urteilen: BVGer F-2164/2021 vom 4.10.2023.

<sup>161</sup> BVGer F-5591/2020 vom 7.6.2023.

<sup>162</sup> BVGer F-5591/2020 vom 7.6.2023 E. 7.4. f. und 9.4.

<sup>163</sup> BVGer F-752/2021 vom 30.10.2023.

Spitalbehandlung seiner Tochter zu erreichen, um auf diese Weise genügend Zeit zu gewinnen für die Beseitigung seines Beziehungschaos mit mehreren parallelen Partnerinnen. Selbst bei einem bloss sehr geringen Rückfallrisiko sei aufgrund der Schwere der Tat sowie der skrupellosen Vorgehensweise eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu bejahen.<sup>164</sup> Die Dauer des 15-jährigen Einreiseverbots sei zudem verhältnismässig, da der Kontakt des Beschwerdeführers zu seinen beiden Töchtern bislang sowieso nur eingeschränkt möglich war, seine jüngere Tochter zudem ebengerade das Opfer seiner Straftat sei und die ältere Tochter ihn auch im europäischen Ausland besuchen könne.<sup>165</sup>

- Gemäss dem Wortlaut von Art. 67 Abs. 3 Satz 2 AIG muss im Falle der Bejahung einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht automatisch ein Einreiseverbot von mehr als fünf Jahren verhängt werden. In diesem Sinne stützte das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid des SEM, trotz Vorliegen einer solchen Gefahr aufgrund der gewichtigen persönlichen Interessen der betroffenen französischen Staatsangehörigen – diese lebte bereits seit 20 Jahren in der Schweiz (wenngleich auch ohne familiäres Umfeld) – lediglich ein fünfjähriges Einreiseverbot gegen sie zu verhängen.<sup>166</sup> Die Beschwerdeführerin hatte während eines Zeitraums von über acht Jahren Dokumente und Diplome gefälscht und sich als Ärztin ausgegeben; sie führte dieses Verhalten auch nach der Eröffnung von gegen sie gerichteten Strafverfahren sowie trotz Strafbefehl weiter.<sup>167</sup>
- Schliesslich ist auf ein Urteil betreffend die Wiedererwägung (nach sieben Jahren) eines Entscheids des SEM, mit dem es ein zehnjähriges Einreiseverbot gegen einen französischen Staatsangehörigen verhängt hatte, zu erwähnen. Gemäss der bisherigen Rechtsprechung<sup>168</sup> ist auf ein Wiedererwägungsgesuch unter anderem dann einzutreten, wenn sich der bzw. die Beschwerdeführer:in im Ausland während mindestens fünf Jahren vorbildlich verhalten hat. So beginne diese Frist erst mit dessen bzw. deren Entlassung aus der Haftanstalt bzw. der psychiatrischen Anstalt, weshalb das Wohilverhalten des Beschwerdeführers während seines Aufenthalts in einer auf selbst- und fremdgefährdende Patienten spezialisierten psychiatrischen Anstalt nicht berücksichtigt werden könne. Da seit der Entlassung des Beschwerdeführers erst ca. eineinhalb Jahre vergangen waren und er gemäss der Einschätzung der französischen Ärzte und Behörden im massgeblichen Zeitpunkt aufgrund seiner schwerwiegenden psychischen Erkrankung

---

<sup>164</sup> BVGer F-752/2021 vom 30.10.2023 E. 8.

<sup>165</sup> BVGer F-752/2021 vom 30.10.2023 E. 9.3.2. und 9.4.

<sup>166</sup> BVGer F-4481/2022 vom 27.12.2023 E. 7.4.

<sup>167</sup> BVGer F-4481/2022 vom 27.12.2023 E. 6.4. f.

<sup>168</sup> BVGer F-634/2020 vom 26.5.2021 E. 4.4.1.; BGer 2C\_529/2021 vom 23.11.2021 E. 4.2.

(«psychose chronique de type schizophrénique») weiterhin eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung und die Sicherheit anderer darstelle – er habe sich in der Vergangenheit zahlreiche hetero-aggressive Handlungen zuschulden kommen lassen –, seien die Voraussetzungen, um auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten, vorliegend nicht erfüllt.<sup>169</sup>

## IX. Schluss

Auch die diesjährige Übersicht über die jüngere schweizerische Rechtsprechung zeigt, dass die schon seit Jahren verfolgte Linie einer intensiven Auseinandersetzung mit der europäischen Rechtslage und Rechtsprechung (letztere auch soweit sie nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangen ist) bei der Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens beibehalten und fortgeführt wurde, was entscheidend für die Tragweite der eingeräumten Rechte ist. Dabei geht die Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, dass abkommensrechtliche Bestimmungen parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind, soweit sie auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte zurückgreifen.<sup>170</sup> Somit wird bei der Auslegung des Abkommens und der Entscheidungsfindung das Abkommensziel – eine parallele Rechtslage – konsequent angestrebt und weitgehend verwirklicht, womit die Rechtsprechung einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit leistet.

Drei grundsätzliche Aspekte sind mit Bezug auf den Berichtszeitraum hervorzuheben:

- Zunächst hat das Bundesgericht erstmals explizit die Übernahme bzw. Relevanz von Urteilen des EuGH, die nach der Unterzeichnung des Abkommens gefällt wurden, aufgrund des Vorliegens «triftiger Gründe» abgelehnt bzw. verneint, dies im Zusammenhang mit der (sensiblen) Frage des Zugangs von Unionsbürger:innen zu Sozialhilfeleistungen.
- Gleichzeitig – zweitens – geht das Bundesgericht aufgrund des Bezugs der (nicht als beachtlich erachteten) Rechtsprechung des EuGH auf die RL 2004/38 nunmehr klar davon aus, dass auch neue Rechtsetzung in der EU und die sich auf diese beziehende Rechtsprechung grundsätzlich relevant ist, dies zumindest soweit sie an die bis dahin bestehende Rechtslage anknüpft.
- Schliesslich ist – auf einer anderen Ebene – die Entwicklung der Rechtsprechung der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zu erwähnen: Diese prüft bei der Strafrechtlichen Landesverweisung die Vereinbarkeit einer solchen Massnahme mit Art. 5 Anhang I FZA zwar mitunter nur sehr oberflächlich; gleichzeitig betont sie jeweils, dass im Falle der Anordnung einer Landesverweisung nach Art. 66a StGB jeweils zusätzlich zu prüfen

---

<sup>169</sup> BVGer F-5764/2022 vom 4.10.2023 E. 9.5.3.

<sup>170</sup> Siehe insoweit auch schon oben I., II.

sei, ob das FZA dem entgegenstehe. Besonders hervorzuheben ist, dass ein Urteil des Obergerichts Zürich, welches von der nach Art. 66a StGB an sich gebotenen Landesverweisung allein wegen der Unvereinbarkeit mit Art. 5 Anhang I FZA absah, gestützt wurde, ohne freilich auf die Thematik des Verhältnisses zwischen Art. 66a StGB und Art. 5 Anhang I FZA wirklich einzugehen. Dessen ungeachtet lässt auch dieses Urteil eine Tendenz erkennen, bei der Strafrechtlichen Landesverweisung die Vorgaben des Art. 5 Anhang I FZA in jedem Fall zu beachten.

Insgesamt dürfte auch vor diesem Hintergrund der im Rahmen der sog. «Bilateralen III» vorgesehene Streitbeilegungsmechanismus, welcher dem EuGH im Falle der Relevanz von in das Abkommen übernommener unionsrechtlicher Begriffe für die Entscheidung der Streitigkeit die Auslegung ebendieser Begriffe überantworten soll,<sup>171</sup> im Ergebnis nicht dazu führen, dass die Ansätze in der schweizerischen Rechtsprechung sich grundlegend ändern würden oder müssten, wenn auch der grundsätzliche Mechanismus der Relevanz der Rechtsprechung des EuGH modifiziert würde.

---

<sup>171</sup> Vgl. hierzu *Astrid Epiney*, Die «Bilateralen III» und ihre möglichen Auswirkungen auf das Migrationsrecht, IV.3. (in diesem Band).