
Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

Astrid Epiney und Maximilian Boddin

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Maximilian Boddin, 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 2024/2025, Bern 2025, S. 115-154.

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

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	2
II.	Anwendungsbereich des FZA	4
	1. Grenzüberschreitender Sachverhalt	4
	2. Abgeschlossenheit der Aufenthaltsvoraussetzungen	7
III.	Diskriminierungsverbot	8
IV.	Arbeitnehmerfreizügigkeit	11
	1. Arbeitnehmereigenschaft	11
	2. Verbleiberechte	15
V.	Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit: zur Diplomanerkennung	19
	1. Anwendungsbereich des allgemeinen Anerkennungssystems	20
	2. Gleichwertigkeitsprüfung und Ausgleichsmassnahmen	24
	3. Subsidiäre Anwendbarkeit des Art. 2 FZA	23
VI.	Abgeleitete Aufenthaltsrechte: Familiennachzug	29
	1. Unterhaltsgewährung	24
	2. Familiennachzug bei Grenzgängern?	25
	3. Rechtsmissbrauch aufgrund von «Scheinehen»	27
	4. Exkurs: umgekehrter Familiennachzug durch eine Schweizerin ...	28
VII.	Einreise und Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit	29
	1. Ausreichende finanzielle Mittel	29
	2. Selbständiges Aufenthaltsrecht unmündiger Kinder	29

VIII. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	24
1. Ausländerrechtliche Massnahmen.....	33
2. Strafrechtliche Landesverweisung.....	36
IX. Schluss	39

I. Einleitung

Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (FZA) ist regelmässig Gegenstand der Rechtsprechung nicht nur kantonaler Gerichte, sondern auch des Bundesgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts. Auch im Berichtszeitraum gab es wiederum zahlreiche Urteile, wenn auch unterschiedlicher Bedeutung, und die praktische Bedeutung des Abkommens dürfte kaum zu überschätzen sein.

Was die für seine Auslegung massgeblichen Grundsätze betrifft, ist nach nunmehr mehr als 20 Jahren (das Abkommen ist 2002 in Kraft getreten) eine gefestigte Rechtsprechung zu verzeichnen: Das Bundesgericht geht vom Grundsatz der «parallelen Auslegung» des FZA im Verhältnis zum EU-Recht, soweit das Abkommen Konzepte des Unionsrechts aufgreift, aus;¹ auf dieser Grundlage nimmt die Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Auslegung des Abkommens regelmässig auf die Rechtslage in der Union Bezug und berücksichtigt auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) bzw. folgt dieser grundsätzlich. Damit trägt die insgesamt und in Bezug auf die grundsätzliche Ausrichtung sehr überzeugende Rechtsprechung des Bundesgerichts massgeblich zur Rechtssicherheit und zur Effektivität des Abkommens bei, woran auch der Umstand nichts ändert, dass einzelne Urteile diese grundlegenden Auslegungsprinzipien nur ungenügend berücksichtigen dürften.

¹ Vgl. grundlegend BGE 136 II 5; siehe weiter z.B. BGE 147 II 1 E. 2.3; BGE 144 II 113 E. 4.1; BGE 143 II 47 E. 3.6; BGE 142 II 35 E. 3.1; BGer 2C 484/2022 vom 15. Mai 2023 (zu letzterem Urteil, in welchem das Gericht auch auf die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH zur RL 2004/38, Unionsbürgerrichtlinie, eingeht, neben dem letztjährigen Bericht im Jahrbuch für Migrationsrecht instruktiv *Benedikt Pirker*, Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 20. Juli 2023); 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.).

Dieser Beitrag gibt (erneut)² einen Überblick über die jüngste (für den Zeitraum von Mitte 2024 bis Mitte 2025) Entwicklung der schweizerischen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen, indem ausgewählte Urteile zusammengefasst und ggf. gewürdigt werden. Im Mittelpunkt steht dabei die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, wenn auch einzelne kantonale Entscheide ebenfalls berücksichtigt werden.

Dabei wird keine Vollständigkeit angestrebt; vielmehr erfolgt eine Konzentration auf u.E. bedeutsame Urteile, und einige Urteile werden lediglich in den Fussnoten erwähnt. Thematisch bleiben Aspekte der sozialen Sicherheit³ und nicht auf das Freizügigkeitsabkommen bezogene migrationsrechtliche Fragen ausgeblendet. Auch die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit wird nicht thematisiert,⁴ und auf weitere Literaturhinweise wird weitgehend verzichtet.

Thematisch kann – neben der Frage nach der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens (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.

² Er knüpft an die Berichte 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, 2022/2023 und 2023/2024 an, vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Evamaría Hunziker*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann/Amarelle/Boillet/Caroni/Epiney/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, S. 275 ff.

³ 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/Dukarm (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024, Zürich/Bern 2024, S. 617 ff. (die Ausgabe 2024/2025 ist im Erscheinen).

⁴ 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 2023 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Dukarm (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024, Zürich/Bern 2024, S. 99 ff. (die Ausgabe 2024/2025 ist im Erscheinen).

II. Anwendungsbereich des FZA

1. Grenzüberschreitender Sachverhalt

Die Geltendmachung der Rechte aus dem Freizügigkeitsabkommen setzt die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens voraus. Dieses erstreckt sich in persönlicher Hinsicht auf die Staatsangehörigen einer Vertragspartei,⁵ und in sachlicher Hinsicht muss ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen.⁶ Insbesondere letzterer gibt immer wieder – so auch im Berichtszeitraum – Anlass zu Rechtsstreitigkeiten.

So stand einem Urteil des Bundesgerichts vom Januar 2025⁷ in Frage, ob allein die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs ausreicht. Im Ausgangssachverhalt hatte ein kosovarischer Staatsbürger während seines Aufenthalts in der Schweiz zusätzlich durch Heirat die italienische Staatsbürgerschaft erlangt und berief sich auf die Familiennachzugsregeln des FZA (für Verwandte, denen Unterhalt gewährt wird). Das Bundesgericht bejahte – ebenso wie bereits das Bundesverwaltungsgericht in einem vergleichbaren Sachverhalt⁸ – in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH⁹ das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts, insoweit im Gegensatz zur Vorinstanz: Denn bei Personen, welche nicht die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, setze die Anwendbarkeit des FZA einzig voraus, dass die betreffende Person Unionsbürgerin ist, während es nicht erforderlich sei, dass sie von ihrem Freizügigkeitsrecht grenzüberschreitend Gebrauch gemacht hat.¹⁰

Grundsätzlich ist somit die Staatsbürgerschaft eines (anderen) EU-Mitgliedstaats als derjenigen des Aufenthaltsstaats bzw. desjenigen Staats,

⁵ Hierzu BGer 2C_501/2023 vom 11. Oktober 2024 E. 5: Das FZA könne bezüglich eines Antrags auf Verlängerung einer EU/EFTA-Aufenthaltsgenehmigung, bei deren ursprünglicher Ausstellung der Beschwerdeführer zwar eine portugiesische Identitätskarte vorgelegt hatte, aber kein Staatsangehöriger eines EU/EFTA-Staats war, keine Anwendung finden.

⁶ Vgl. aus der jüngeren (schweizerischen) Rechtsprechung BGE 150 II 202 E. 5.4.2.2; BGE 149 II 34 E. 6.4.2.

⁷ BGer 2C_307/2023 vom 14. Januar 2025 E. 4.

⁸ BVGer F-1509/2021, F-1511/2021 vom 18. Juli 2022 E. 7.1; s. auch schon BVGer F-5951/2017 vom 6. August 2019 E. 6.2.1.

⁹ EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, ECLI:EU:C:2004:639.

¹⁰ Der Antrag auf Familienzusammenführung wurde aber gleichwohl abgewiesen, da die Unterhaltsgewährung nach Ansicht des Bundesgerichts nicht nachgewiesen werden konnte. Das Bundesgericht bezieht sich hier ausführlich auf seine bisherige Rechtsprechung sowie die Rechtsprechung des EuGH zum Vorliegen der Voraussetzung der Unterhaltsgewährung und referiert diese im Einzelnen.

dessen Verhalten in Frage steht, für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs ausreichend, dies allgemein jedoch nur, sofern der Betreffende nicht gleichzeitig die Staatsangehörigkeit des letztgenannten Staats besitzt.¹¹ Dies gilt auch dann (wie das angezeigte Urteil illustriert), wenn die Staatsbürgerschaft einer Vertragspartei erst nach der Einreise in das Territorium einer anderen Vertragspartei erworben wurde oder die betreffende Person ansonsten als Drittstaatsangehöriger schon immer im Aufnahmestaat gelebt hat. Hervorzuheben ist indessen, dass allein die Staatsangehörigkeit einer anderen Vertragspartei bei Doppelbürgern (die neben der Staatsangehörigkeit einer anderen Vertragspartei auch diejenige des Aufenthaltsstaates besitzen) grundsätzlich nur dann einen grenzüberschreitenden Bezug zu begründen vermag, wenn die betreffende Regelung zu einer Beeinträchtigung bzw. Behinderung der Freizügigkeit führen kann, wobei ein entsprechendes Risiko ausreichend ist. Beispiele sind hier gewisse namensrechtliche Regelungen.¹² Beim Familiennachzug kann sich ein Doppelbürger nur dann auf das FZA berufen, wenn die massgeblichen familiären Bindungen vor der Rückkehr der Person mit Doppelbürgerschaft in die Schweiz entstanden sind oder sich verfestigt haben.¹³ Soweit die Familienbeziehung zwischen einer Doppelbürgerin und einer nachzuziehenden Person erst innerhalb des Landes, in welchem nun der Familiennachzug beantragt wird, entstanden ist, liegt hingegen nach der Rechtsprechung ein rein interner Sachverhalt vor, auf welchen das FZA keine Anwendung findet.¹⁴ Diese Grundsätze wendete das Verwaltungsgericht Bern in Bezug auf den Nachzug des Stiefsohns einer schweizerisch-österreichischen Doppelbürgerin an.¹⁵ Diese hatte den Vater in der Schweiz geheiratet, nachdem sie die schweizerische Staatsangehörigkeit (zusätzlich zur österreichischen) erlangt hatte. Damit seien die konkret relevanten Familienbande (Heirat mit dem Vater des nachzuziehenden Kindes, das Stiefkind der Doppelbürgerin) erst nach der Umsiedlung in die Schweiz entstanden, so dass ein rein interner Sachverhalt vorliege. An diesem Schluss ändere auch ein zwischenzeitlicher, nach Auslandsabmeldung erfolgter, aber bloss kurzzeitiger Aufenthalt der Eheleute in Österreich nichts, denn die anspruchsbegründende Ehe sei dort weder begründet noch dauerhaft gelebt worden, so dass die erneute Rückkehr in die Schweiz den Anwendungsbereich des FZA nicht (wieder) zu eröffnen vermöge.

¹¹ Vgl. EuGH, Rs. C-191/16, *Pisciotti*, ECLI:EU:C:2018:222; EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, ECLI:EU:C:2004:639; BVGer F-1509/2021, F-1511/2021 vom 18.7.2022 E. 7.1.

¹² EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806.

¹³ EuGH, Rs. C-456/12, *O und B*, ECLI:EU:C:2014:135; BGE 143 II 57.

¹⁴ BGE 143 II 57 E. 3.8.2; aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, ECLI:EU:C:2011:277. Zum Problemkreis *Astrid Epiney*, Doppelbürgerschaft und Familiennachzug: zum Anwendungsbereich des FZA, AJP 2017, 752 ff.

¹⁵ VG Bern 100.2022.287U vom 30. Oktober 2024 E. 3.

Überraschend sind insbesondere die (übrigens sehr knappen) Erwägungen des Verwaltungsgerichts in Bezug auf die Relevanz des Aufenthalts in Österreich: Die Eheleute waren immerhin mehr als ein Jahr im EU-Ausland wohnhaft, so dass sich die Frage gestellt hätte, ob das FZA nicht wegen des Vorliegens einer «Rückkehrkonstellation» anwendbar ist oder sein könnte.¹⁶ Das Gericht verneint dies mit dem lapidaren Hinweis auf die kurze Dauer des Auslandsaufenthalts und den Zeitpunkt der Begründung der Ehe, so dass es offenbar davon ausgeht, dass im Fall der Begründung der Familienbande im Aufenthaltsstaat, dessen Staatsangehörigkeit die nachziehende Person besitzt (*in casu* in der Schweiz) auch bei einer anschliessend erfolgenden Ausübung der Freizügigkeit und der Rückkehr in den Heimatstaat das ursprüngliche Erfordernis (bei Doppelbürgern) der Begründung der familiären Bande vor der Übersiedlung in denjenigen Staat, dessen Staatsangehörigkeit erlangt wurde, massgeblich bleibt und damit «fortwirkt». Nicht klar wird dabei, ob dies auch gelten soll, wenn der Aufenthalt im EU-Ausland von längerer Dauer ist, ob die konkreten Umstände des Ausgangssachverhalts von Bedeutung sind (erwähnt werden sie jedenfalls nicht als entscheidungserheblich) und ob es relevant ist, dass die nachziehende Person (wie vorliegend) von einem Heimatstaat (*in casu* die Schweiz) in den anderen Heimatstaat (*in casu* Österreich) übersiedelte. In der Tat wurde – soweit ersichtlich – insbesondere die zuletzt erwähnte Frage bislang noch nicht gerichtlich geklärt. Indessen spricht Vieles dafür, eine grenzüberschreitende Ausübung des Freizügigkeitsrechts auch dann zu bejahen, wenn die betreffende Person von einem Heimatstaat in einen anderen Heimatstaat (und wieder zurück) zieht: Denn es findet diesfalls – insofern im Gegensatz zur Situation einer Person mit Doppelbürgerschaft, die nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat – jedenfalls eine Grenzüberschreitung statt (wenn es auch nicht um eine grenzüberschreitende Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts, sondern eine Rückkehr in den Heimatstaat geht), und einer Person in einer Rückkehrkonstellation allein aus dem Grund die Berufung auf das Freizügigkeitsabkommen (und das Unionsrecht) gegenüber ihrem (einen) Heimatstaat zu verwehren, weil sie noch zusätzlich die Staatsangehörigkeit eines anderen Staates besitzt, stünde wohl kaum mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 20 GRCh) in Einklang; dieser Schluss drängt sich umso mehr auf, wenn man bedenkt, dass der Anwendungsbereich des FZA bzw. des Unionsrechts jedenfalls eröffnet wäre, wenn die zeitweise Umsiedlung in einen anderen EU-Mitgliedstaat als dem anderen Heimatstaat erfolgt wäre. Diese Fragen hätten u.E. vorliegend erörtert werden müssen, zumal es schwer vertretbar erscheint, bei einem Aufenthalt von über einem Jahr von einem zu

¹⁶ Nach der Rechtsprechung des EuGH – welche vom Bundesgericht grundsätzlich nachvollzogen wird, vgl. BGE 147 II 57 – ist bei derartigen Rückkehrkonstellationen der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet. Vgl. EuGH, Rs. C-456/12, *O und B*, ECLI:EU:C:2014:135.

kurzen Aufenthalt auszugehen. Im Ausgangssachverhalt hätte dies indessen nicht zwingend zur Bejahung des Anspruchs auf Nachzug des (in Nordmazedonien lebenden) Stiefsohnes geführt, denn das Gesuch auf Nachzug erfolgte nicht nur nach der Heirat in der Schweiz, sondern auch lange nach dem Aufenthalt in Österreich, so dass sich in Bezug auf die konkrete Fallgestaltung bzw. das konkrete Gesuch die Frage gestellt hätte, ob der Auslandsaufenthalt für die Begründung eines grenzüberschreitenden Sachverhalts ausreichend war bzw. etwas an dem grundsätzlich internen Charakter hätte ändern können. Anders wäre die Konstellation aber zweifellos zu beurteilen gewesen, wenn der Stiefsohn bereits während des Aufenthalts in Österreich nachgezogen worden wäre, da hier eine Begründung der Familienbande zum Stiefsohn im Aufnahmestaat erfolgt wäre. Deutlich werden damit aber auch die Schwierigkeiten und Inkohärenzen, welche bereits mit dem grundsätzlichen Ansatz des EuGH (und des Bundesgerichts), bei Personen mit Doppelbürgerschaft im Vergleich zu «einfachen» EU-Ausländern an den Familiennachzug zusätzliche Anforderungen (Begründung der Familie im Aufnahmestaat) zu stellen, einhergehen.

2. Abgeschlossenheit der Aufenthaltsvoraussetzungen

Das Freizügigkeitsabkommen räumt den Berechtigten im Fall der Eröffnung seines sachlichen Anwendungsbereichs entsprechende Rechte ein und geht davon aus, dass die Voraussetzungen für die Begründung eines Aufenthaltsrechts im Abkommen selbst abschliessend formuliert sind, so dass der Aufenthalt nicht an andere bzw. zusätzliche Voraussetzungen geknüpft werden darf.¹⁷

Diesem Grundsatz dürften gewisse Aussagen in einem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom Januar 2025¹⁸ nicht Rechnung tragen: In Bezug auf einen Franzosen, der eine Aufenthaltserlaubnis als Grenzgänger hatte, jedoch während zwei Jahren ohne entsprechende Aufenthaltsgenehmigung ständig bei seiner Partnerin in der Schweiz gewohnt hatte, entschied das Bundesgericht, ein Aufenthaltsrecht aufgrund des Freizügigkeitsabkommens sei schon deshalb auszuschliessen, weil der Betreffende während dieser Zeit keinen konkreten Plan verfolgt habe, sich dauerhaft in der Schweiz aufzuhalten; vielmehr habe er nur vorübergehend in der Wohnung seiner Partnerin gewohnt. Diese Ausführungen sind zumindest missverständlich: Denn sie insinuierten, dass ein Aufenthaltsrecht davon abhängig sei, dass die betreffende Person auch die Absicht hat, sich dauerhaft in der Schweiz aufzuhalten, damit ein Aufenthaltsrecht angenommen werden kann. Eine solche zusätzliche

¹⁷ S. so schon *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2011/2012, Bern 2012, S. 81 (119 ff.).

¹⁸ BGer 6B_61/2024 vom 16. Januar 2025 E. 3.3.

«subjektive Tatbestandsvoraussetzung» für ein Aufenthaltsrecht – neben den im Abkommen erwähnten Voraussetzungen – ist jedoch aus dem FZA nicht ersichtlich. Vielmehr besteht ein Aufenthaltsrecht, wenn die im Abkommen verankerten Voraussetzungen vorliegen, übrigens unabhängig vom Vorliegen einer entsprechenden Aufenthaltsgenehmigung, da diese nur deklaratorischer Natur ist.¹⁹

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. Von diesem Verbot erfasst sind sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen, wobei das Anknüpfen an den Wohnsitz ein typisches Beispiel einer indirekten Diskriminierung darstellt.²⁰ Art. 2 FZA wird durch eine Reihe besonderer Bestimmungen ergänzt bzw. präzisiert und durchgeführt.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA führt auch dazu, dass Rechte, welche Schweizer Staatsangehörigen nach nationalem Recht zustehen, auch EU-Ausländer:innen zu gewähren sind, dürfen diese doch im Anwendungsbereich des Abkommens grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden als Schweizer Staatsangehörige.²¹ 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.

Ein Beispiel hierfür ist (bzw. war)²² das Aufenthalts- bzw. Verbleiberecht von Ex-Ehegatt:innen in der Schweiz: Nach Art. 2 FZA i.V.m. Art. 50 AIG können sich nicht nur Ex-Ehegatt:innen von Schweizer Staatsangehörigen, sondern auch von EU-Ausländer:innen auf ein eigenes Aufenthaltsrecht berufen, sofern sie keinen eigenständigen Anspruch gemäss dem FZA haben.²³ Gemäss Art. 50 Abs. 1 AIG wird eine Mindestdauer der ehelichen Gemeinschaft von mindestens drei Jahren und die erfolgreiche

¹⁹ Vgl. nur BGE 136 II 329 E. 2.2; BGE 134 IV 57 E. 4; BGer 6B_508/2021 vom 14. Januar 2022 E. 3.2.

²⁰ Aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, ECLI:EU:C:2008:630.

²¹ Dies kann dann auch dazu führen, dass neue Regelungen auf Unionsebene im Ergebnis auch im Rahmen des FZA relevant sind bzw. sein können, wie z.B. der Einbezug einer eingetragenen Partnerschaft in den Familiennachzug, vgl. im Einzelnen *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Achermann/Amarelle/Caroni/Epiney/Kälin/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, S. 81 (S. 103).

²² Vgl. sogleich im Text.

²³ S. aus dem Berichtszeitraum BGer 2C_634/2023 vom 13. Januar 2025 E. 3.2; BGer 2C_233/2024 vom 25. September 2024 E. 1.2.1; aus der früheren Rechtsprechung z.B. BGE 144 I 1 E. 4.7.

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.

Im Berichtszeitraum wurde die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, nach der Ex-Ehegatt:innen von FZA-Berechtigten nur dann ein Verbleiberecht gemäss den zitierten Vorschriften zukommt, wenn auch der aufenthaltsberechtigte Ex-Ehegatte weiterhin über einen Aufenthaltsanspruch in der Schweiz verfügt, bestätigt.²⁴ Diese Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Art. 50 Abs. 1 AIG bis Ende 2024 nur für Familienangehörige von Schweizern und Schweizerinnen (Art. 42 AIG) oder von Personen mit Niederlassungsbewilligung (Art. 43 AIG) galt, so dass den Zusammenführenden in der Schweiz jedenfalls ein Aufenthaltsrecht zukam, ein Erfordernis, was dann auf FZA-berechtigte Personen bzw. ihre Familienangehörigen ausgedehnt wurde. Am 1. Januar 2025 ist indessen eine Änderung des Art. 50 AIG in Kraft getreten, wonach diese Bestimmung nunmehr auch auf Familienangehörige von Personen mit Aufenthaltsbewilligung nach 44 AIG, mit Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 45 AIG sowie einer vorläufigen Aufnahme nach Art. 85c Abs. 1 AIG Anwendung findet.²⁵ Damit kommen Familienangehörige von FZA-berechtigten Personen «direkt» in den Genuss des Verbleiberechts nach Art. 50 AIG, so dass es des Rückgriffs auf Art. 2 FZA nicht mehr bedarf. Das vom Bundesgericht verlangte Fortbestehen des Aufenthaltsrechts des Zusammenführenden, damit sich Ex-Ehegattinnen auf Art. 50 AIG berufen können, dürfte damit dahinfallen bzw. für dieses Erfordernis dürfte in Zukunft keine Rechtsgrundlage mehr bestehen.²⁶

Geprüft wurde Art. 2 FZA in einem Urteil des Bundesgerichts vom November 2024 im Zusammenhang mit einer Reihe von Vorgaben des interkantonalen Rechts betreffend die Ausbildung von reformierten Pfarrerinnen und Pfarrern,²⁷ wobei konkret ein Wohnsitzerfordernis für sog. Lernvikar:innen im Konkordatsgebiet (also in dem Gebiet der betroffenen Kantone) zur Debatte stand. Nach der Verneinung des Vorliegens einer hoheitlichen Tätigkeit liess das Bundesgericht die Frage, ob eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliege, offen, wobei es angesichts des Umstands, dass das Konkordatsgebiet enger sei als das Schweizer Staatsgebiet, so dass auch in der Schweiz in gewissen Landesteilen wohnhafte Personen betroffen seien, Zweifel am Vorliegen einer materiellen Diskriminierung anmeldet. Jedenfalls sei das Wohnsitzerfordernis aber gerechtfertigt, da es in Anbetracht der praktischen Bedürfnisse und der Anforderungen des Pfarrberufs gerechtfertigt werden könne; die Verhältnismässigkeit sei gegeben.

²⁴ BGer 2C_343/2024 vom 25. Juli 2024 E. 6.2.2; BGer 2C_384/2024 vom 21. August 2024 E. 2.3.

²⁵ Vgl. AS 2024 713.

²⁶ Den Hinweis auf diese Fragestellung verdanken wir Prof. *Peter Uebersax*.

²⁷ BGer 2C_911/2022 vom 8. November 2024 E. 7.5. Das Urteil adressiert noch eine Reihe weiterer Rechtsfragen (u.a. die Zuständigkeit des Bundesgerichts sowie diverse Grundrechte), welche hier ausgespart werden sollen.

Das Urteil lädt zu zwei Bemerkungen ein:

- Erstens ist klarzustellen, dass die in Frage stehende Regelung jedenfalls eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt. Denn der Umstand, dass neben EU-Ausländern auch gewisse Inländer materiell benachteiligt sind, ändert nichts am Vorliegen einer materiellen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit; insofern können auch regionale Regelungen vom Verbot des Art. 2 FZA erfasst sein.²⁸
- Zweitens hätte man sich eine etwas genauere Verhältnismässigkeitsprüfung gewünscht: Denn es ging um ein Wohnsitzerfordernis im Konkordatsgebiet, welches ja recht gross ist, so dass sich die Frage stellt, ob und inwieweit das Erfordernis geeignet und kohärent ist, um den Bedürfnissen der örtlichen Pfarrei Rechnung zu tragen. Mit Bezug auf die ebenfalls vom Bundesgericht angeführte notwendige Vertrautheit mit den Verhältnissen in der Schweiz erscheint ein Wohnsitzerfordernis jedenfalls nicht erforderlich. Gleiches dürfte für die ebenfalls angeführte Sicherstellung der Gleichstellung der Ausbildung gelten.

Keine Diskriminierung nach Art. 2 FZA sah das Bundesverwaltungsgericht im Fall eines Beschwerdeführers, der die 18-monatige Weiterbildungszeit als Facharzt in Frankreich und nicht in der Schweiz absolvieren wollte.²⁹ Da der Beschwerdeführer nicht die Anerkennung eines französischen Titels, sondern die Verleihung eines Schweizer Titels begehrte, liege schon kein Fall des Art. 2 FZA vor.³⁰ Dieser Schluss ist zwar durchaus gut nachvollziehbar; bedauerlich ist indessen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht nicht zu der Frage geäußert hat, ob die Regelung nicht deshalb unter das Freizügigkeitsabkommen fällt, weil sie eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt: Denn sie führt dazu, dass die Tätigkeit im Ausland – bei der Weiterbildung als Facharzt sind die Betroffenen als Ärzte tätig und daher, auch wenn es sich um einen Teil der Ausbildung handelt, als Arbeitnehmer anzusehen³¹ – unattraktiv wird, so dass eine «Wegzugskonstellation» vorliegt, welche vom EuGH regelmässig am Massstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit geprüft wird.³² Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ist es allerdings bislang noch nicht

²⁸ Aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-388/01, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2003:30 (Vorzugspreise für Museen in gewissen Gemeinden); EuGH, Rs. C-830/18, *Landkreis Südliche Weinstrasse*, ECLI:EU:C:2020:275 (diskriminierende Regelung des Zugangs zu Schülertransporten eines deutschen Bundeslandes).

²⁹ BVGer 1977/2022 vom 10. September 2024 E. 8.

³⁰ BVGer 1977/2022 vom 10. September 2024 E. 8.1.2.

³¹ Vgl. schon EuGH, Rs. C-66/85, *Lawrie Blum*, ECLI:EU:C:1096:284; s. weiter EuGH, Rs. C-40/05, *Lyyski*, ECLI:EU:C:2007:10; EuGH, Rs. C-109/04, *Kranemann*, ECLI:EU:C:2005:187; EuGH, Rs. C-10/05, *Mattern*, ECLI:EU:C:2006:220.

³² S. z.B. EuGH, Rs. C-109/04, *Kranemann*, ECLI:EU:C:2005:187; EuGH, Rs. C-461/11, *Radziejewski*, ECLI:EU:C:2012:704; EuGH, Rs. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, ECLI:EU:C:2008:178.

geklärt, ob die dort figurierenden Rechte auch als Beschränkungsverbote zu verstehen sind; dafür könnte die angestrebte Parallelität der Regelung der Freizügigkeit im Verhältnis zur Schweiz mit derjenigen zwischen den EU-Mitgliedstaaten sprechen, wobei indessen anzumerken ist, dass die Verankerung im Abkommen selbst nicht evident ist.³³ Es bleibt im Übrigen abzuwarten, ob und inwieweit die «Bilateralen III» hier eine Weiterentwicklung mit sich bringen.

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.³⁴

³³ Zum Problemkreis (und im Ergebnis für eine Parallelität) schon *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 1 (9 ff.); ausführlich zur Thematik *Chantal Delli/Christa Tobler*, Beschränkungsverbot im Personenfreizügigkeitsabkommen? Systematischer Blick auf ein umstrittenes Konzept, AJP 2007, 1367 ff.; *Chantal Delli*, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel 2009, *passim*.

³⁴ Vgl. im Einzelnen, m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH und 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 (220 f.); siehe instruktiv auch *Gregor T. Chatton*, Die Arbeitnehmereigenschaft gemäss Freizügigkeitsabkommen – eine Bestandesaufnahme, in: Achermann/Epiney/Gnäding (Hrsg.), Migrationsrecht in der Europäischen

In der Rechtsprechung ist immer wieder insbesondere die Frage, ob eine echte und tatsächliche Tätigkeit vorliegt, 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:

- Das Bundesgericht sprach einer Beschwerdeführerin, die über mehrere Monate drei Tätigkeiten von fünf Tagen bis fünf Wochen Dauer, teilweise in Teilzeit und mit einem unter dem Existenzminimum liegenden Entgelt, ausgeübt hatte, im Wege einer Gesamtbetrachtung aller Umstände die Arbeitnehmereigenschaft ab.³⁵
- Auch in einem weiteren Urteil bezog sich das Bundesgericht auf eine Gesamtwürdigung, um einem sich im Pensionsalter befindenden Beschwerdeführer, der mit einem Pensum von durchschnittlich 12 Stunden pro Woche als Kurier-, Warentransport- und Taxifahrer weit unter dem Existenzminimum blieb, die Arbeitnehmereigenschaft abzusprechen.³⁶
- Ebenso wurde die Situation eines Beschwerdeführers mit ähnlichem, wenn auch deutlich unregelmässigerem Arbeitspensum und Einkommen beurteilt.³⁷ Die Kombination aus geringem Verdienst, tiefem Arbeitspensum, unregelmässigen Arbeitseinsätzen sowie unsicheren Anstellungsbedingungen sprächen gegen eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit. Das Gericht nahm in seinem Entscheid aber auch ausführlich auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug und erwog u.a., diese schliesse selbst bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von lediglich 5,5 Stunden das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft nicht zwingend aus.³⁸ Vor diesem Hintergrund überrascht die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft in der konkreten Konstellation, in welcher der Betreffende durchschnittlich knapp 38 Stunden monatlich bzw. knapp 9 Stunden pro Woche gearbeitet hat (dies mit einem monatlichen Nettoeinkommen von durchschnittlich etwa CHF 850,-).
- Das Bundesverwaltungsgericht verneinte die Arbeitnehmereigenschaft einer Beschwerdeführerin, die unregelmässig mit geringem Stundenaufwand

Union und im Verhältnis Schweiz – EU, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 24, Freiburg 2018, S. 17 ff.; zur Rechtslage in der EU statt vieler *Astrid Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, Rechtsordnung und Politik, 16. Aufl., Baden-Baden 2024, § 12, Rn. 6 (mit zahlreichen Nachweisen und Präzisierungen aus der Rechtsprechung).

³⁵ BGer 2C_321/2023 vom 02. Juli 2024 E. 4 ff. Ähnlich BGer 2C_148/2023 vom 12. Februar 2025 E. 5.4.3.

³⁶ BGer 2C_16/2023 vom 12. Juni 2024 E. 5.2.1.

³⁷ BGer 2C_131/2024 vom 04. November 2024 E. 5.2.

³⁸ BGer 2C_131/2024 vom 04. November 2024 E. 4.4, unter Verweis u.a. auf EuGH, Rs. C-14/09, *Genc*, ECLI:EU:C:2010:57.

zu geringen Bezügen arbeitete.³⁹ Weitere Faktoren bei der Beurteilung, die gegen eine Arbeitnehmereigenschaft sprachen, waren die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin bereits im Pensionsalter war und dass ihre Erwerbstätigkeit innerhalb des Familienverbands stattfand.⁴⁰

- Dagegen bejahte das Bundesgericht – im Gegensatz zur Vorinstanz, die eine bloss «prekäre» Tätigkeit annahm, welche den Arbeitnehmerstatus nicht begründen könne – die Arbeitnehmereigenschaft des Beschwerdeführers, der in Teilzeit mit geringem Lohn arbeitete: Angesichts der Gesamtumstände sei sowohl quantitativ als auch qualitativ von einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen, wobei das Gericht insbesondere auf das unbefristete Arbeitsverhältnis, die regelmässigen Einsätze und den Anstellungsgrad, welchen der Beschwerdeführer nach einem negativen IV-Entscheid schrittweise erhöht hatte, hinwies. Unbeachtlich sei, dass er auf Stundenbasis, auf Abruf und ohne Garantie einer Mindestbeschäftigung arbeite; ebensowenig sei relevant, dass er zuvor während fünf Jahren nicht arbeitstätig war und die Erwerbstätigkeit erst nach dem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung aufgenommen hat, und keinesfalls dürfe – unter dem Gesichtspunkt des «Rechtsmissbrauchs» – in Betracht gezogen werden, dass die Arbeitstätigkeit unter dem «direkten Druck» der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung erfolgte, da allein die Arbeitnehmereigenschaft ausschlaggebend und der Grund für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit irrelevant sei.⁴¹

Wie schon die bisherige schweizerische Rechtsprechung gehen auch die angezeigten Urteile (zu Recht) davon aus, der Arbeitnehmerbegriff des FZA sei aus dem Unionsrecht übernommen worden und daher parallel zu diesem auszulegen, wobei auch verschiedentlich die Rechtsprechung des EuGH zitiert wird. Bedeutsam ist dabei der weite Begriff des Arbeitnehmers: Es ist ausreichend, dass die Betroffenen während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisungen Leistungen erbringen und hierfür eine Gegenleistung erhalten. Unerheblich sind der zeitliche Umfang der Aktivität und die Höhe des Lohnes, soweit es sich um eine echte und tatsächliche Tätigkeit handelt.⁴² Ohne dass im vorliegenden Rahmen nun jedes einzelne Urteil und die zugrundeliegenden Sachverhalte im Detail unter diesen Gesichtspunkten gewürdigt werden können, ist bemerkenswert, dass die schweizerischen Gerichte regelmässig massgeblich auf den zeitlichen Umfang und die Höhe der Vergütung abstellen; hiermit dürfte aber der erwähnten Rechtsprechung des EuGH nur ungenügend

³⁹ BVGer F-1704-2024 vom 22. April 2025, E. 8.2.

⁴⁰ BVGer F-1704-2024 vom 22. April 2025, E. 8.3.

⁴¹ BGer 2C_198/2024 vom 25. Juni 2024 E. 4.3 f.

⁴² Vgl. die Nachweise in Anm. 34.

Rechnung getragen werden.⁴³ Denn nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs kann auch bei geringfügiger Beschäftigung und niedrigem Lohn (der auch nicht zum Lebensunterhalt reichen muss) eine echte und tatsächliche Tätigkeit vorliegen. Diese Aspekte stellen nämlich lediglich Indizien für eine untergeordnete bzw. nicht echte und tatsächliche Tätigkeit dar, die im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen sind. Keinesfalls sind sie für sich allein ausschlaggebend,⁴⁴ wie dies in den angezeigten Urteilen mitunter insinuiert wird. Insbesondere ist der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, dass auch ein (sehr) niedriger Anstellungsgrad grundsätzlich die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen vermag.⁴⁵ Ganz allgemein ist im Übrigen zu betonen, dass eine allfällige Sozialhilfeabhängigkeit nichts mit der Frage nach dem Vorliegen einer echten und tatsächlichen Tätigkeit zu tun hat, zumal dieses Kriterium auch mit Blick auf Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA (wonach Arbeitnehmenden die gleichen sozialen Vergünstigungen wie inländischen Personen zu gewähren sind, so dass sie ebenso wie diese Zugang zu Sozialhilfe haben) systemwidrig erscheint.

Sehr zu begrüßen sind indessen die klaren Aussagen im oben zuletzt angeführten Urteil,⁴⁶ dies nicht nur in Bezug auf die Gesamtwürdigung der Erwerbstätigkeit und die Klarstellung, dass eine angebliche «Prekarität» des Arbeitsverhältnisses irrelevant sei, sondern auch mit Bezug auf das von der Vorinstanz insinuierte (mögliche) Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs, der bei Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft von vornherein nicht in Betracht komme, da die Motivation für eine Erwerbstätigkeit unbeachtlich sei. Dieser Grundsatz der Massgeblichkeit des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen der durch das FZA eingeräumten Rechte und die Irrelevanz der Motivation gilt auch für die anderen im Abkommen verankerten Rechte, wie insbesondere diejenigen des Familiennachzugs, was in der Rechtsprechung indessen mitunter nicht genügend berücksichtigt wird.⁴⁷

Die Arbeitnehmereigenschaft muss tatsächlich vorliegen und darf nicht nur behauptet oder vorgetäuscht sein. So ging das Bundesgericht in einem Urteil vom Juni 2024 aufgrund zahlreicher tatsächlicher Indizien – insbesondere Nichtvorhandensein von

⁴³ S. insoweit auch die Analyse von *Marc Spescha/Sven Kury*, Parallelität der Rechtslage – Divergenz der Rechtsprechung, in: *Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Dukarm* (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2024/2025, Zürich 2025 (im Erscheinen), Abschnitt B.

⁴⁴ Siehe insoweit u.a. EuGH, Rs. C-432/14, *O.*, ECLI:EU:C:2015:643; EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin*, ECLI:EU:C:1992:87, Rn. 12 ff.; EuGH, Rs. C-344/87, *Bettray*, ECLI:EU:C:1989:226.

⁴⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-14/09, *Genc*, ECLI:EU:C:2010:57, Rn. 22 ff.

⁴⁶ BGer 2C_198/2024 vom 25. Juni 2024 E. 4.3 f.

⁴⁷ Vgl. insoweit die Bemerkungen von *Spescha/Kury*, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2024/2025 (Anm. 43), Abschnitt D.

Zahlungsbelegen beim Schweizer Supermarkt, in dem die Beschwerdeführerin angeben hatte einzukaufen, eine Wohnkontrolle, die ergeben habe, dass die Beschwerdeführerin gar nicht dort wohnt, sowie Unkenntnis der Beschwerdeführerin über ihren angegebenen Wohnort, den Namen ihres (Schein-)Arbeitgebers und sogar den Namen der Schweizer Währung – von einem Scheinarbeitsverhältnis aus.⁴⁸

In einer Reihe von Urteilen bestätigte das Bundesgericht sodann seine Rechtsprechung zu den sogenannten «Briefkastenfirmen».⁴⁹ Ausgangspunkt sind hier regelmässig Gesuche um Grenzgängerbewilligungen, 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. In mehreren Urteilen (mit Ausgangssachverhalten im Tessin) kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Versagung der Grenzgängerbewilligung wegen fehlender effektiver Geschäftstätigkeit des Arbeitgebers in der Schweiz – so seien z.B. keine Büros oder Rechnungsadressen in der Schweiz vorhanden – mit dem FZA im Einklang stehe.⁵⁰

2. Verbleiberechte

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 aufgebener 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.

⁴⁸ BGer 2C_407/2023 vom 18. Juni 2024 E. 5.3.1 ff. S. auch – im Zusammenhang mit der Freizügigkeit von Selbständigen – BGer 2C_210/2024 vom 18. Juli 2024 E. 6: Das Aufenthaltsrecht eines Beschwerdeführers, dessen Lebensmittelpunkt in Frankreich war, der nicht in der Lage war anzugeben, worin seine selbstständige Tätigkeit in der Schweiz genau bestand, und der lediglich ein kaum möbliertes Studio-Appartement in einer Schiffswerft angemietet hatte, nach Ansicht des Gerichts nur als Postadresse und fiktiver Wohnsitz, sei erloschen.

⁴⁹ Vgl. hierzu bereits ausführlich *Astrid Epiney/Evamaria Hunziker*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024*, Bern 2024, S. 275 (288 f.).

⁵⁰ BGer 2C_628/2024 vom 13. Januar 2025 E. 5.3; BGer 2C_572/2024 vom 02. Dezember 2024 E. 5.3; BGer 2C_573/2024 vom 02. Dezember 2024 E. 5.3; BGer 2C_574/2024 vom 02. Dezember 2024 E. 5.3.

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 1251/70⁵¹:

- 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).

Im Berichtszeitraum erging eine Reihe von Urteilen, in welchen es um Verbleiberechte im Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit und mitunter auch den Arbeitnehmerbegriff ging:

- Ein Verbleiberecht wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit setzt grundsätzlich eine vollständige Arbeitsunfähigkeit voraus.⁵² Dies bedeutet indessen nicht, dass die Arbeitsunfähigkeit auch nach den Standards der IV zwingend 100% betragen muss. So erachtete das Bundesverwaltungsgericht in einem Entscheid vom Juni 2024 einen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsfähigkeit von der IV-Stelle mit 46% bewertet wurde, der jedoch aufgrund von Alter, Sprach- und Imageproblemen sowie fehlender geographischer Mobilität als Folge einer Erkrankung im Ergebnis nicht in der Lage war, sich von der Arbeitsunfähigkeit zu befreien, als arbeitsunfähig im Sinne des FZA, so dass ihm ein Verbleiberecht zugesprochen wurde.⁵³ Verallgemeinert man diesen (überzeugenden) Ansatz, so ist bei der dauernden Arbeitsunfähigkeit neben der «medizinischen» Komponente auch nach den konkreten Chancen der betroffenen Person, sich wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren, und der diesbezüglichen Zumutbarkeit zu fragen. Insofern ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen, wobei aber wohl ein gewisses Mindestmass an «medizinisch begründeter Arbeitsunfähigkeit» gegeben sein muss und insofern die Feststellungen der IV-Stelle durchaus

⁵¹ ABl. L 142 vom 30.6.1970, S. 24. Die die Verbleiberechte betreffenden Rechtsakte bzw. Regelungen wurden in der Union mittlerweile durch die entsprechenden Bestimmungen der RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77 (sog. Unionsbürgerrichtlinie) bzw. – für Arbeitnehmende – der VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Union, ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1, abgelöst. Dabei wurde jedoch inhaltlich und konzeptionell an das vorher geltende Recht angeknüpft.

⁵² Vgl. BVGer F-1514/2021 vom 17.6.2022 E. 5.4 f.; s. aber auch schon die Präzisierungen in BGE 147 II 35.

⁵³ BVGer F-2182/2021 vom 06. Juni 2024 E. 16.4.

relevant sind, wie auch das Gericht hervorhebt. Nicht zu verkennen ist damit auch, dass hier im Einzelfall durchaus Abgrenzungsprobleme auftreten können.

- Ein Verbleiberecht aufgrund dauernder Arbeitsunfähigkeit setzt auch voraus, dass die betreffende Person ihre Beschäftigung gerade aus diesem Grund aufgegeben hat oder aufgeben musste. Diese Voraussetzung lag im Fall einer Beschwerdeführerin⁵⁴, die ab dem 01. Mai 2018 als Kellnerin gearbeitet hatte, nicht vor. Denn am 20. November 2018 wurde ihr fristlos gekündigt, dies allerdings nicht wegen einer Arbeitsunfähigkeit. Da sie keine Aussicht habe, eine neue Stelle zu finden, habe sie damit ihren Status als Arbeitnehmerin verloren, und ein Verbleiberecht stehe ihr nicht zu, da sie nicht im Zuge ihrer Arbeitsunfähigkeit ihre Stelle verloren habe. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass ihr Psychiater sie am 21. November 2018, also einen Tag nach der Kündigung, für arbeitsunfähig erklärte.⁵⁵
- Damit ein Verbleiberecht gemäss Art. 4 Anhang I FZA besteht, muss die vollständige und dauerhafte Arbeitsunfähigkeit zu einem Zeitpunkt eingetreten sein, als die FZA-berechtigte Person den Status als Arbeitnehmerin innehatte.⁵⁶ Kein Verbleiberecht räumte das Bundesgericht daher einer Beschwerdeführerin ein, die nur bis 2012 Arbeitnehmerin gewesen war, aber erst 2013 zu 100% arbeitsunfähig wurde.⁵⁷ Dasselbe galt für eine Beschwerdeführerin, die 2014 und 2022 arbeitsunfähig wurde, ihre Arbeitsfähigkeit nach 2008 aber nicht hinreichend nachweisen konnte, so dass die Arbeitnehmereigenschaft verneint wurde.⁵⁸ Ebenso wurde die Arbeitnehmereigenschaft eines Beschwerdeführers verneint, der 2015 arbeitsunfähig geworden war, daraufhin Taggelder von der Versicherung erhielt und dessen Arbeitsfähigkeit 2018 wieder gegeben war: Er könne sich nicht auf «Spätfolgen» seiner Arbeitsunfähigkeit berufen, um ein Verbleiberecht geltend zu machen, da er ab 2018 arbeitsfähig gewesen sei, aber mit

⁵⁴ Nachdem sie im Wege eines Familiennachzugs über ihren Ehemann in die Schweiz gekommen war, diese Ehe aber 2017 geschieden wurde, womit sie nach Auffassung des Bundesgerichts ihr abgeleitetes Aufenthaltsrecht verlor, vgl. BGer 2C_215/2024 vom 17. September 2024, E. 4.1.

⁵⁵ BGer 2C_215/2024 vom 17. September 2024 E. 4.3.2. Ausserdem stellte das Bundesgericht fest, dass die Beschwerdeführerin mangels Aussichten auf Anstellungen oder Sozialleistungen nicht in der Lage sein würde, ihren Lebensunterhalt in der Schweiz zu bestreiten und ihr damit kein Aufenthaltsrecht nach Art. 6, Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA zukomme (E. 4.4.3).

⁵⁶ Vgl. z.B. schon BGer 2C_306/2022 vom 13.7.2022 E. 7.5; BGer 2C_469/2022 vom 25.7.2022 E. 5.3.

⁵⁷ BGer 2C_290/2024 vom 05. September 2024 E. 5.4.3.

⁵⁸ BGer 2C_364/2024 vom 21. März 2025, E. 3.2. S. weiter die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft zum Zeitpunkt des Eintritts der dauernden Arbeitsunfähigkeit in BGer 2C_209/2024 vom 19. Juni 2024 E. 5.4.2 f.

Ausnahme einer kurzen Periode keine Tätigkeit nachweisen konnte und sich deswegen nicht mehr auf seinen Arbeitnehmerstatus berufen könne.⁵⁹

- Ein Verbleiberecht kann nur dann geltend gemacht werden, wenn die betreffende Person in der Schweiz aufhältig ist bzw. die Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist, während sie ihren Wohnsitz in der Schweiz hatte. Daher verneinte das Bundesgericht das Verbleiberecht eines Maurers, der ab 2000 als Grenzgänger in der Schweiz gearbeitet hatte und am 01. Mai 2008 arbeitsunfähig geworden war, jedoch erst daran anschliessend eine Aufenthaltsgenehmigung in der Schweiz beantragte.⁶⁰

Das Verbleiberecht wegen Erreichen des Pensionsalters stand im Zentrum eines Urteils des Bundesgerichts vom April 2024⁶¹, in welchem sich das Gericht zum ersten Mal mit der Frage befasste, ob der massgebliche Zeitpunkt für das Entstehen des Verbleiberechts das ordentliche Renteneintrittsalter oder das Alter einer ggf. in Anspruch genommenen vorzeitigen Pensionierung ist. Es sprach sich für die zweite Alternative aus, dies jedenfalls soweit dem betreffenden Arbeitnehmer ein Recht auf Vorruhestand zusteht. Denn diesfalls gehe es um das gesetzliche Rentenalter im Sinn der unionsrechtlichen Regelung; dass der EuGH in der Rs. C-32/19⁶² davon gesprochen habe, die RL 2004/38, welche in Art. 17 die Konstellation der «Vorruhestandsregelung» im Gegensatz zur VO 1251/70 ausdrücklich erwähnt, habe das Verbleiberecht entsprechend erweitert bzw. auf diese Konstellation erstreckt, stehe dem nicht entgegen, da es vorliegend um ein gesetzlich eingeräumtes Recht gehe.⁶³ Damit geht das Bundesgericht offenbar davon aus, dass im Falle von gesetzlich zwingend vorgesehenen Rechten auf Vorruhestand das entsprechende Vorruhestandsalter massgeblich ist bzw. sein kann, während ansonsten auf das ordentliche Rentenalter abzustellen ist. Diese Auslegung ist vor dem Hintergrund der Formulierung in der VO 1251/70, die auf das gesetzlich vorgesehene Rentenalter abstellt, nachvollziehbar, indem sie nur diejenigen Vorruhestandsregelungen einbezieht, die eben auf einer gesetzlichen Grundlage bzw. einem gesetzlich eingeräumten Recht beruhen. Nicht zu verkennen ist indessen, dass damit weitere (Abgrenzungs-)Fragen aufgeworfen werden, so z.B. diejenige danach, wie tarifvertraglich verankerte Vorruhestandsregelungen zu behandeln sind. Zudem erscheint diese Differenzierung verschiedener Vorruhestandsregime angesichts

⁵⁹ BGer 2C_613/2024 vom 18. März 2025, E. 3.4. S. weiter BGer 2C_61/2025 vom 03. April 2025 E. 6.4, wo das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz stützte, welche angenommen hatte, die Beschwerdeführerin habe zu Unrecht die Feststellung der IV-Stelle angezweifelt, dass sie erst 2019 – und nicht bereits 2017 (noch während ihrer Zeit als Arbeitnehmerin) – arbeitsunfähig wurde.

⁶⁰ BGer 2C_183/2023 vom 08. Oktober 2024 E. 5.3.3.

⁶¹ BGer 2C_565/2022 vom 14. April 2024.

⁶² EuGH, Rs. C-32/19, *AT/Pensionsversicherungsanstalt*, ECLI:EU:C:2020:25.

⁶³ BGer 2C_565/2022 vom 14. April 2024 E. 6.7.

des Ziels und Zwecks des Verbleiberechts nach dem Ende der Erwerbstätigkeit wenig sinnvoll, was wohl auch der Grund für die entsprechende Erweiterung in Art. 17 RL 2004/38 war. Jedenfalls spricht Vieles dafür, dass auf der Grundlage des angezeigten Urteils des Bundesgerichts die VO 1251/70 allgemein so auszulegen ist, dass all diejenigen Vorruhestandsregelungen, welche in irgendeiner Form gesetzlich vorgesehen sind, erfasst sind.⁶⁴

V. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit: zur 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 (Berufsanerkennungsrichtlinie)⁶⁵ für massgeblich erklärt – grundsätzlich gegenseitig anzuerkennen, ggf. nach Absolvieren von sog. Ausgleichsmassnahmen, wobei die RL 2005/36 zwischen zwei verschiedenen Anerkennungssystemen (die «automatische» Anerkennung einerseits und das allgemeine Anerkennungssystem andererseits) unterscheidet. Im Einzelfall erfordert die Entscheidung über die Anerkennung – 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 ist⁶⁶ und Ausgleichsmassnahmen, wie etwa ein Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung, (nur) verlangt werden dürfen, wenn und soweit

⁶⁴ Einem Urteil vom Mai 2025 (BGer 2C_485/2024 vom 19. Mai 2025 E. 4 ff.) bestätigte das Bundesgericht diesen Ansatz. Es präzisierte hier im Übrigen, dass der Umstand, dass der Beschwerdeführer vor seinem Ruhestand einige Monate lang arbeitslos war, dem Verbleiberecht nicht entgegenstehe, da eine kurze unfreiwillige und amtlich festgestellte Arbeitslosigkeit als Beschäftigungszeit gelte.

⁶⁵ Richtlinie 2005/36 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, S. 22.

⁶⁶ Vorgelegte Nachweise sind jeweils auf Gleichwertigkeit zu überprüfen. Als Vergleich ist derjenige (inländische) Abschluss heranzuziehen, der zur Ausübung des Berufs im Inland vorausgesetzt wird.

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 harmonisiert wurden, sieht Art. 21 Abs. 1 RL 2005/36 vor, dass die in Anhang V RL 2005/36 aufgelisteten Ausbildungsnachweise automatisch anzuerkennen sind.⁶⁷

1. Anwendungsbereich des allgemeinen Anerkennungssystems

Nach Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 ist für «die Zwecke dieser Richtlinie (ist) der Beruf, den der Antragsteller im Aufnahmemitgliedstaat ausüben möchte, derselbe wie derjenige, für den er in seinem Herkunftsmitgliedstaat qualifiziert ist, wenn die Tätigkeiten, die er umfasst, vergleichbar sind». Damit findet die RL 2005/36 nur Anwendung, wenn die zur Debatte stehenden Tätigkeitsbereiche vergleichbar im Sinne des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 sind, so dass auch nur bei Vorliegen dieser Voraussetzung auf ein Anerkennungsgesuch nach der RL 2005/36 eingetreten werden muss.

In einer Reihe von die Osteopathie betreffenden Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts⁶⁸ ging es zunächst um die Frage, ob in Deutschland als Heilpraktiker tätige Personen auch als Osteopathen angesehen werden können bzw. ob der deutsche Heilpraktikerberuf zumindest teilweise dieselbe oder vergleichbare Tätigkeiten wie der Beruf des Osteopathen in der Schweiz umfasst. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte – im Gegensatz zur Vorinstanz – diese Frage: Denn zwar gebe es in Deutschland möglicherweise kein homogenes Bild der Osteopathie und keine gesetzliche Umschreibung; dies ändere aber

⁶⁷ Neben der RL 2005/36 nimmt Anhang III FZA auch auf Bezug auf die RL 98/5 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L 77, 36. In BGR 2C 271/2024 vom 26. Februar 2025 erörterte das Bundesgericht im Einzelnen die Anforderungen dieser Richtlinie auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH, die relevant sei (E. 5.6) und bejahte im konkreten Fall ein Recht des Beschwerdeführers auf die Eintragung in die öffentliche Liste der Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA, die in der Schweiz unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung ständig Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten dürfen (sog. EU/EFTA-Anwaltsliste), dies auf der Grundlage von Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 BGFA (Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, Anwaltsgesetz, SR 935.61), welches die Vorgaben u.a. der RL 98/5 umgesetzt hat.

⁶⁸ BVGer B-776/2024 vom 28. November 2024 E. 6 ff.; s. auch die weitgehend parallel formulierten Urteile: BVGer B-1224/2024 vom 9. Dezember 2024; BVGer B-1601/2024 vom 9. Dezember 2024; BVGer B-550/2024 vom 9. Dezember 2024; BVGer B-1175/2024 vom 31. Januar 2025.

nichts daran, dass Personen mit Heilpraktikererlaubnis in Deutschland, die sich als Osteopathen bezeichnen, dort Tätigkeiten nachgehen könnten, die mit denjenigen von Osteopathen in der Schweiz vergleichbar sind. Im Übrigen verfüge die Beschwerdeführerin über eine deutsche Ausbildung in Osteopathie, die sich mit Themen befasse, welche den Tätigkeiten schweizerischer Osteopathen mindestens inhaltlich ähnlich seien. Insofern gebe es sehr wohl in Deutschland einen vergleichbaren Beruf. Daher sei die Gleichwertigkeit der Ausbildung der Beschwerdeführerin zu prüfen, wobei in Frage stehe, ob dieser Beruf auch in Deutschland reglementiert im Sinne der RL 2005/36 ist (was insofern relevant ist, als Art. 13 RL 2005/36 beim allgemeinen Anerkennungssystem zwischen Berufen, die nur im Aufnahmestaat oder im Aufnahme- und Herkunftsstaat reglementiert sind, unterscheidet). Auch diese Frage bejahte das Bundesverwaltungsgericht: Zwar gebe es in Deutschland keine gesonderte Zulassung als Osteopath:in; jedoch übten in Deutschland Personen mit Heilpraktikererlaubnis Tätigkeiten aus, die mit denjenigen von Osteopathen in der Schweiz *a priori* vergleichbar seien, so dass es sich um einen reglementierten Beruf handle. Allerdings verfüge die Beschwerdeführerin nicht über die in Deutschland für die Ausübung dieses Berufs erforderliche Ausbildung, so dass sie sich nicht auf die RL 2005/36 berufen könne.

Die Urteile laden zu zwei Bemerkungen ein:

- Erstens ist bedauerlich, dass sich das Bundesverwaltungsgericht nicht zu der Frage äussert, ob die Gleichwertigkeit der von der Beschwerdeführerin erlangten Diplome aufgrund des Art. 2 FZA zu prüfen gewesen wäre. Denn falls die Voraussetzungen der Anwendung der RL 2005/36 nicht zum Zuge kommen, ist subsidiär danach zu fragen, ob eine (teilweise) Anerkennung aufgrund des Art. 2 FZA bzw. der im Abkommen gewährleisteten Rechte auf Zugang zu beruflichen Tätigkeiten in Betracht kommt.⁶⁹
- Sehr zu begrüßen sind indessen die Ausführungen des Gerichts zur Frage, unter welchen Voraussetzungen von «demselben» Beruf im Sinn des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36 auszugehen ist: Das Gericht erteilt hier einem formalistischen Ansatz eine Absage und stellt klar, dass es (nur, aber immerhin) um eine Vergleichbarkeit der Tätigkeiten gehen kann, was ausgehend von einer Gesamtbetrachtung zu eruieren ist; jedenfalls vermögen einzelne Unterschiede im Berufs- und Tätigkeitsbild nichts an der grundsätzlichen Vergleichbarkeit zu ändern.⁷⁰

⁶⁹ S. insoweit auch noch unten V.3.

⁷⁰ Zum Problemkreis im Einzelnen *Astrid Epiney*, Zur Reichweite der Pflicht zur Prüfung der Gleichwertigkeit ausländischer Diplome, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 34, Freiburg 2024, S. 26 ff.

2. Gleichwertigkeitsprüfung und Ausgleichsmassnahmen

Klare Worte findet das Bundesverwaltungsgericht bezüglich der Zulässigkeit von Ausgleichsmassnahmen: Sofern die Ausbildung im Herkunftsland in Bezug auf die Dauer und das Niveau den hiesigen Anforderungen entsprechen, indessen substantielle Unterschiede oder Lücken bestehen, dürften Ausgleichsmassnahmen verlangt werden. Hierbei müsse dem Antragsteller aber ein Wahlrecht zwischen einen Anpassungslehrgang von höchstens drei Jahren oder einer Eignungsprüfung eingeräumt werden.⁷¹

Eine lückenhafte Prüfung der Gleichwertigkeit der Diplome und Ausbildungen des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz stellte das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf ein Anerkennungsgesuch im Bereich des Schneesports (*«professeur de sport de neige avec brevet fédéral»*) fest. Zudem müsse im Fall der Anordnung von Ausgleichsmassnahmen geprüft werden, ob dem Beschwerdeführer die Wahl gelassen werden kann, ob er diese beim Schweizer Schneesportberufs- und Schulverband (SSBS) oder der Swiss Snowboard Association (SSA) absolviert.⁷²

Weiter sei noch auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom Oktober 2024 hingewiesen, in dem es im Rahmen einer klassischen Konstellation der Anwendung des allgemeinen Anerkennungssystems, welches im Einzelnen vom Gericht referiert wird, um einen intertemporalen Sachverhalt ging: Während des langen erstinstanzlichen Verfahrens hatte sich die Rechtslage zuungunsten der Beschwerdeführerin geändert. Gleichwohl legte das Bundesverwaltungsgericht die «alte» Rechtslage zugrunde und verglich die Qualifikationen der Beschwerdeführerin mit den Anforderungen der ursprünglichen, nicht der neuen Rechtslage. Denn die lange Dauer des Gerichtsverfahrens dürfe der Beschwerdeführerin nicht zum Nachteil gereichen, es sei denn, es bestehe ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Anwendung der aktuellen Rechtslage, was zu verneinen sei.⁷³

⁷¹ BVGer B-2049/2022 vom 09. September 2024 E. 5.5.2.

⁷² BVGer B-3671/2022 vom 11. Dezember 2024 E. 5 f. Zur Prüfung der Gleichwertigkeit weiter BVGer B-1023/2023 vom 17. Juni 2024 E. 2.9: Die Vorinstanz habe nicht aufgrund des blossen Fehlens ausdrücklicher Hinweise auf Kenntnisse des wissenschaftlichen Arbeitens auf einem Studienzeugnis der Zahnmedizin darauf schliessen dürfen, dass die für eine Anerkennung als Physiotherapeut:in erforderlichen Kenntnisse nicht vorhanden sind. Vielmehr indiziere das dreijährige Studium durchaus das Vorhandensein dieser Kenntnisse, bei Zweifeln hätte die Vorinstanz nähere Informationen bei den zuständigen ausländischen Behörden einholen müssen. Ebenfalls eine ungenügende bzw. unvertretbare Gleichwertigkeitsprüfung stellte das Bundesverwaltungsgericht in BVGer B-2423/2021 vom 20. November 2024 E. 13 ff. in Bezug auf die Anerkennung eines deutschen Optometristendiploms fest.

⁷³ BVGer B-3341/2021 vom 30. Oktober 2024 E. 7.3.5.

3. Subsidiäre Anwendbarkeit des Art. 2 FZA

In einem Urteil vom Juni 2024⁷⁴ hält das Bundesverwaltungsgericht zunächst fest, die RL 2005/36 finde auf das Anerkennungsgesuch der Beschwerdeführerin keine Anwendung, da es sich bei ihrem Zahnarztdiplom um einen Ausbildungsnachweis eines Drittstaats (Algerien) handle, der grundsätzlich nicht unter die RL 2005/36 falle (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2005/36), es sei denn, die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 3 RL 2005/36 (eine dreijährige berufliche Tätigkeit und eine Anerkennung des Diploms in einem anderen Mitgliedstaat) lägen vor, was vorliegend nicht der Fall war.⁷⁵ Indessen sei in einer solchen Konstellation gleichwohl eine Prüfung der Gleichwertigkeit der erlangten Diplome vorzunehmen, wie der EuGH – im Einzelnen durch das Gericht referiert – in Bezug auf die Grundfreiheiten festgestellt habe, eine Rechtsprechung, die auch im Rahmen des FZA massgeblich sei (wobei hier wohl Art. 2 FZA massgeblich sein muss, ohne dass das Gericht dies aber spezifiziert). Daher erklärte es die in Frage stehende Entscheidung der Medizinalberufekommission für rechtswidrig und wies sie zur Neuurteilung zurück, denn weder die Kommission noch die Vorinstanzen hätten einen erforderlichen umfassenden Vergleich aller Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise der Beschwerdeführerin, einschliesslich ihrer Weiterbildungen, sowie etwaige Arbeitserfahrung mit den in der Schweiz geforderten Kenntnissen und Qualifikationen vorgenommen.

Damit sind die Vorgaben der RL 2005/36 – soweit die Anerkennung von Qualifikationen bzw. Diplomen betroffen ist – nur (aber immerhin) insoweit als abschliessende unionsrechtliche Regelung anzusehen sind, wie eine Pflicht zur Anerkennung besteht, nicht jedoch, soweit die Möglichkeiten der Nichtanerkennung betroffen sind. Somit sind mitgliedstaatliche Anforderungen an für den Zugang zu einem reglementierten Beruf notwendige Qualifikationen am

⁷⁴ BVGer B-466/2023 vom 14. Juni 2024.

⁷⁵ S. zu dieser sog. indirekten Anerkennung weiter BVGer B-5900/2023 vom 16. Juli 2024: Die Beschwerde wurde abgewiesen, da der Nachweis einer dreijährigen Berufserfahrung als nicht erbracht angesehen wurde. Die Behörden dürften im Vergleich zum aufgeschalteten Antragsformular für die Diplomanerkennung ggf. zusätzliche Unterlagen, wie detaillierte Beschreibungen über die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit und die effektive Anstellungsdauer, verlangen. S. auch BVGer B-5160/2022 vom 02. Dezember 2024 E. 7 f.: Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz, einer algerischen Physiotherapeutin eine Ausgleichsmassnahme in Form einer Eignungsprüfung aufzuerlegen, da die vorgelegten praktischen Erfahrungen keine genügende Qualifikation sicherzustellen vermögen und in jedem Fall die in der Schweiz geforderte Anzahl von Ausbildungsstunden deutlich unterschritten sei. S. weiter BVGer B-3445/2024 vom 27. Januar 2025; BVGer B-2338/2024 vom 21. Januar 2025 (jeweils Feststellung substantieller Lücken einer in einem Drittstaat absolvierten Ausbildung als Krankenpflegerin, trotz Anerkennung und Praxis in einem Mitgliedstaat).

Massstab der Grundfreiheiten bzw. des Art. 2 FZA zu messen, soweit die Voraussetzungen eines der Anerkennungssysteme der RL 2005/36 nicht greifen.

VI. Abgeleitete Aufenthaltsrechte: Familiennachzug

1. Unterhaltsgewährung

Nach Art. 3 Abs. 2 lit. a), b) Anhang I FZA können gewisse Familienangehörige – Verwandte in absteigender Linie über 21 Jahre und Verwandte in aufsteigender Linie – ein Nachzugsrecht geltend machen, wenn ihnen vom originär Aufenthaltsberechtigten Unterhalt gewährt wird, wobei die Unterhaltsgewährung vom Zusammenführenden nachzuweisen ist, ggf. mittels einschlägiger Dokumente, so dass eine bloss «Verpflichtungserklärung» des Zusammenführenden nicht ausreicht.⁷⁶

Diese Voraussetzung bzw. die Reichweite des Nachzugsrechts in diesen Konstellationen war auch im Berichtszeitraum wieder Gegenstand verschiedener Urteile:

- Bei einem Nachzug aus dem Ausland muss der Unterhalt bereits im Herkunftsstaat gewährt worden sein. Hieran mangelte es im Ausgangssachverhalt eines Urteils des Bundesgerichts vom Januar 2025, in welchem es um den Nachzug eines knapp 30-jährigen brasilianischen Stiefsohns eines portugiesischen Staatsangehörigen ging.⁷⁷ Dieser Grundsatz dürfte unbestritten sein; indessen weist das Bundesgericht auch darauf hin, ein Nachzug komme dann nicht in Betracht, wenn der Familienangehörige den Aufenthalt in der Schweiz auch mit dem Ziel der Erwerbstätigkeit anstrebe. Dies ist insofern problematisch, als die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA grundsätzlich abschliessend sind und der Ansatz des Bundesgerichts in dieser Allgemeinheit letztlich dazu führt, dass eine zusätzliche Voraussetzung für den Nachzug postuliert wird, die zudem in einem Spannungsverhältnis zu Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA – wonach Familienangehörige mit Aufenthaltsrecht ein Recht auf Zugang zur Erwerbstätigkeit haben – steht; fraglich ist indessen, unter welchen Voraussetzungen der Wegfall der (ursprünglich gegebenen) Unterhaltsbedürftigkeit auch zu einer (ggf. «automatischen») Beendigung des Aufenthaltsrechts führt.⁷⁸
- Eine Unterhaltsgewährung ist nur dann anzunehmen, wenn der nachzuziehende Verwandte auf die gewährten zusätzlichen Mittel angewiesen ist, um

⁷⁶ Vgl. aus dem Berichtszeitraum z.B. BGer 2C_350/2024 vom 20. März 2025 E. 4 f.

⁷⁷ BGer 2C_91/2024 vom 20. August 2024 E. 5.4.

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen, m.w.N., *Astrid Epiney*, Das Kind im FZA: Aufenthaltsrecht, Familiennachzug und Zugang zu staatlichen Leistungen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023*, Bern 2023, S. 77 (90 ff.).

seine Grundbedürfnisse zu decken, dies bereits im Herkunftsland. Wie das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom Januar 2025 entschied, reichten daher nachgewiesene Zahlungen an den Beschwerdeführer durch seine Kinder noch nicht für die Annahme einer Unterhaltsgewährung aus; der Beschwerdeführer beziehe eine Rente im Herkunftsland, welche deutlich über dem gesetzlichen Minimum liege und nichts deute darauf hin, dass die punktuellen Überweisungen seiner Kinder der Deckung seiner Grundbedürfnisse dienten.⁷⁹

- Auch der Familiennachzug der Eltern einer deutschen Beschwerdeführerin aus Belarus wurde mit teilweise ähnlichen Erwägungen abgelehnt: Das Bundesgericht kam unter Hinzuziehung von Daten verschiedener Organisation zum Schluss, dass die Rente der Eltern ausreichend sei, um in Belarus den Lebensunterhalt zu bestreiten, so dass sie nicht auf den Unterhalt ihrer Tochter angewiesen seien.⁸⁰
- Schliesslich bestätigte das Bundesgericht eine Entscheidung der Vorinstanz, nach der eine Beschwerdeführerin sich für den Nachzug ihres Lebensgefährten nicht auf Art. 3 Abs. 2 Uabs. 2 Anhang I FZA berufen könne (der sowieso «nur» eine Begünstigung der Aufnahme der betroffenen Familienangehörigen vorsieht),⁸¹ da sie ihm weder Unterhalt gewähre noch eine häusliche Gemeinschaft – in Bezug auf welche (auch) bei Lebenspartnern im Konkubinat eine gewisse Festigkeit und Dauer gefordert sei – im Herkunftsland bestanden habe.⁸² Eine Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung komme nicht in Betracht, da der Beschwerdeführer aufgrund seiner strafrechtlichen Vergangenheit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle und daher auch nach einer Eheschliessung mit einer Unionsbürgerin offensichtlich über kein Aufenthaltsrecht verfügen würde.⁸³

2. Familiennachzug bei Grenzgängern?

Die Bestimmungen über den Familiennachzug fänden – so das Bundesgericht unter Bezugnahme auf die verschiedenen Bestimmungen in Art. 3 Anhang I FZA, wobei es (nochmals) ausführlich die Grundsätze für die Auslegung des FZA in Erinnerung ruft und auch in diesem Urteil aufgrund der Zielsetzungen

⁷⁹ BVGer F-1516/2024 vom 13. Januar 2025 E. 5.4.3.

⁸⁰ BGer 2C_620/2023 vom 19. Februar 2025 E. 4.

⁸¹ Zur Reichweite dieser «Begünstigungsverpflichtung», die nicht mit dem sich aus Art. 3 Abs. 2 Uabs. 1 Anhang I FZA eingeräumten Recht auf Familiennachzug gleichzusetzen ist, EuGH, Rs. C-83/11, *Rahman*, ECLI:EU:C:2012:519; EuGH, Rs. C-89/17, *Banger*, ECLI:EU:C:2018:570; EuGH, Rs. C-129/18, *SM*, ECLI:EU:C:2019:248.

⁸² BGer 2C_639/2023 vom 29. August 2024 E. 5.2.

⁸³ BGer 2C_639/2023 vom 29. August 2024 E. 6.

des Abkommens den «Grundsatz der parallelen Auslegung» mit dem Unionsrecht hervorhebt⁸⁴ – nur Anwendung, wenn die originär aufenthaltsberechtigzte Person auch tatsächlich von ihrem Freizügigkeitsrecht insofern Gebrauch gemacht habe, dass sie ihren Wohnsitz in den Aufenthaltsstaat verlegt habe. Daher könne eine drittstaatsangehörige Ehegattin eines in einem anderen Staat wohnhaften Grenzgängers – dem als solcher kein Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat zukomme – aus dem FZA kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz ableiten, so dass ihr auch kein Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA zustehe; ihr komme somit kein Recht zu, als Grenzgängerin in der Schweiz zu arbeiten. Gegen diesen Ansatz könne auch nicht die Effektivität der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte geltend gemacht werden, da er in keiner Weise dazu führe, dass dem originär Berechtigten seine Tätigkeit als Grenzgänger erschwert würde.⁸⁵

Das Urteil ist insofern gut nachvollziehbar, als das Nachzugsrecht von Familienangehörigen sicherstellen soll, dass sie dem originär Aufenthaltsberechtigten in den Aufnahmestaat folgen können, womit einerseits das Familienleben ermöglicht und andererseits die Effektivität der Freizügigkeitsrechte gefördert werden soll. Es impliziert in der Tat, dass damit drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Grenzgängern – im Gegensatz zu Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern von im Aufnahmestaat wohnhaften Zusammenführenden – kein Recht auf Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im «Grenzgängerstaat» haben. Im Gegensatz zu dem vom Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2019 verfolgten anderen Ansatz⁸⁶ verneint das Bundesgericht auch – indessen ohne ausführliche Auseinandersetzung mit der Thematik und der diesbezüglichen Rechtsprechung⁸⁷ – das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung nach Art. 2 FZA bzw. die Anwendbarkeit dieser Bestimmung, da Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA insoweit ein «Vorbehalt» zu entnehmen sei. Zu erinnern ist im Übrigen daran, dass auch in anderen Fragen die Situation der Grenzgänger anders zu beurteilen ist als diejenige von im Aufnahmestaat auch wohnhaften Arbeitnehmern, so z.B. beim Zugang der Kinder zum allgemeinen Unterricht (Art. 3 Abs. 6

⁸⁴ BGer 2C_158/2023 vom 12. Juli 2024 E. 3.

⁸⁵ BGer 2C_158/2023 vom 12. Juli 2024 E. 5.

⁸⁶ BVGE 2019 VII/3. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte hier in einer vergleichbaren Situation das Vorliegen einer (indirekten) Diskriminierung nach Art. 2 FZA, da auf den Wohnsitz abgestellt werde, indem Angehörige von Grenzgängern anders behandelt werden als solche anderer FZA-berechtigter Personen. Zu diesem Urteil – welches als überraschend eingestuft wurde – *Astrid Epiney/Livia Matter*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, Bern 2020, S. 359 (363 f.).

⁸⁷ S. insoweit die Bemerkungen von *Valerio Priuli*, Die Erwerbsberechtigung von Familienangehörigen von Grenzgängerinnen und Grenzgängern sich auf den Aufenthaltsstaat, dRSK vom 18. Dezember 2024, Rz. 18 ff.

Anhang I FZA), welcher nur unter der Voraussetzung des Wohnsitzes im Aufnahmestaat zum Zuge kommt.⁸⁸

3. 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, wobei die «Missbrauchsrechtsprechung» des Bundesgerichts insofern Fragen aufwirft, als sie kaum – trotz gegenteiliger Beteuerungen des Bundesgerichts – mit der Rechtsprechung des EuGH in Einklang stehen dürfte.⁸⁹

Auch im Berichtszeitraum war diese Thematik Gegenstand mehrerer Urteile, wobei die Gerichte jeweils zum Schluss kamen, dass die Vorinstanz zu Recht von einer Scheinehe – und folglich von einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf das FZA – ausgegangen war.

Beispielhaft sei auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hingewiesen, in dem das Gericht die Entscheidung der Vorinstanz bestätigte, dass sich türkische Beschwerdeführer nicht auf das FZA berufen könne: Dem Beschwerdeführer stehe kein Recht auf Familienzusammenführung mit seiner Ehefrau mit EU-Bürgerschaft zu, da das Eheverhältnis zerrüttet sei, so dass seine Geltendmachung als rechtsmissbräuchlich einzustufen sei. Hiergegen könne auch nicht die Rechtsprechung des EuGH angeführt werden, wonach grundsätzlich der formelle Fortbestand der Ehe massgeblich sei, da diese nur im Kontext getrennter Wohnungen der Eheleute zu sehen sei (was *per se* nicht die

⁸⁸ Im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA stellt sich diesbezüglich noch die Frage, unter welchen Voraussetzungen auch Grenzgänger soziale Vergünstigungen geltend machen können. Nach der hier vertretenen Ansicht – welche auch eine gewisse Stütze in der Rechtsprechung des EuGH findet – ist bei Grenzgängern zu prüfen, ob die soziale Vergünstigung an die Arbeitnehmereigenschaft oder an den Wohnsitz anknüpft. Vgl. im Einzelnen, m.w.N., *Astrid Epiney*, La portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans l'Accord sur la libre circulation des personnes : questions choisies, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 26, Freiburg 2019, 44 ff.

⁸⁹ S. insoweit auch die Analyse von *Spescha/Kury*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2024/2025 (Anm. 43), Abschnitt D.

Gegenstandslosigkeit der Ehe bedeute), so dass sie der Annahme eines Rechtsmissbrauchs im Falle eines noch bestehenden Ehebandes nicht entgegenstehe.⁹⁰

4. Exkurs: umgekehrter Familiennachzug durch eine Schweizerin

Nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA geniessen auch Nichterwerbstätige ein Aufenthaltsrecht, wenn sie den Nachweis umfassenden Krankenversicherungsschutzes und ausreichender finanzieller Mittel erbringen. Auch Kinder können auf dieser Grundlage aufenthaltsberechtigt sein, wobei diesfalls – zur Sicherung der Effektivität des Aufenthaltsrechts – auch dem sorgeberechtigten Elternteil bzw. mit Blick auf das Kindeswohl beiden Elternteilen⁹¹ ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zusteht.⁹²

Schweizerinnen und Schweizer können sich nicht auf Art. 24 Anhang I FZA berufen; indessen sind sie Berechtigte der in Art. 24 BV garantierten Niederlassungsfreiheit. Unter diesem Vorzeichen stellt sich die Frage nach dem «umgekehrten Familiennachzug» bei Schweizer Kindern, welche sich in der Schweiz niederlassen wollen, ähnlich wie im Rahmen des FZA. In einem Urteil vom Mai 2024⁹³ ging es um eine minderjährige Tochter eines Schweizer und einer Türkin, die zunächst mit ihrer Mutter in der Türkei aufgewachsen war, dann aber in die Schweiz ziehen wollte. In Frage stand das abgeleitete Aufenthaltsrecht der Mutter mit dem Argument, ohne den Aufenthalt der (allein sorgeberechtigten) Mutter könne die Tochter ihre Niederlassungsfreiheit nicht wahrnehmen. Das Bundesgericht bejahte ein solches abgeleitetes Aufenthaltsrecht, denn ansonsten werde das Kind faktisch gezwungen auszureisen oder im Ausland zu bleiben. Es zieht noch speziell in Erwägung, dass es um eine Jugendliche gehe, die den Wunsch geäussert habe, in der Schweiz zu wohnen, so dass es ihr nicht zumutbar sei, das Familienleben mit ihrer Mutter in der Türkei zu führen.

Deutlich wird damit, dass das Bundesgericht den Grundgedanken des schon in dem Urteil *Zhu und Chen* vom EuGH formulierten Anspruchs auf ein

⁹⁰ BVGer F-405/2023 vom 07. Oktober 2024 E. 4.4.1. S. auch die Abweisung der Beschwerde gegen dieses Urteil durch das Bundesgericht in BGer 2C_576/2024 vom 15. Januar 2025. S. sodann aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGer 2C_491/2024 vom 04. November 2024 E. 4.2; BGer 2C_223/2024 vom 05. Juni 2024 E. 6.1.

⁹¹ BGE 143 I 21 E. 5.5. Ausführlich um Thema *Astrid Epiney*, Abgeleitetes Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen, AJP 2018, 653 ff.

⁹² Grundlegend EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, ECLI:EU:C:2004:639; s. sodann EuGH, Rs. C-86/12, *Alopa*, ECLI:EU:C:2013:645; aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche diese Rechtsprechung des EuGH auch für im Rahmen des FZA einschlägig erachtet, BGE 144 II 113; BGE 142 II 35 E. 5.2; BGE 135 II 265; BGer 2C_470/2014 vom 29.1.2015; BGE 135 II 265 E.3.3; BGE 139 II 393 E. 4.2.5.

⁹³ BGer 2C_273/2023 vom 30. Mai 2024.

abgeleitetes Aufenthaltsrecht von minderjährigen Kindern auch für die Tragweite des Art. 24 BV (und des Art. 8 EMRK) heranzieht. Offen bleibt in dem Urteil indessen, ob der sich aus Art. 24 BV ergebenden Anspruch nicht weiter gehen müsste als im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, welches für das Aufenthaltsrecht des Kindes ausreichende Mittel voraussetzt: Denn im konkreten Fall bejahte das Bundesgericht – im Gegensatz zum Zürcher Verwaltungsgericht, dem nicht zu übersehende Fehler unterlaufen seien – das Vorhandensein ausreichender Ressourcen aufgrund einer Stelle, welche die Mutter gefunden hatte. Ob und inwieweit ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörige Eltern von minderjährigen Kindern auch bei nicht vorhandenen oder nicht genügenden Einkünften anzunehmen ist, musste das Bundesgericht somit nicht beantworten. Vieles spricht aber *a priori* für die grundsätzliche Bejahung dieser Frage: Denn die Verweigerung der Aufenthaltsgenehmigung für die Eltern verunmöglicht faktisch den Aufenthalt des minderjährigen Schweizer Kindes ein Eingriff in der Schweiz, so dass ein Eingriff in das Grundrecht des Art. 24 BV anzunehmen ist. Dieser kann zwar gerechtfertigt werden, dies aber nur unter den Voraussetzungen des Art. 36 BV, und es ist keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, welche hier angeführt werden könnte. Insbesondere adressiert das AIG diese Konstellation in keiner Weise. Indessen könnte noch offen sein, inwieweit dies auch dann gilt, wenn es um nicht urteilsfähige Kleinkinder geht, die ihren Willen, in der Schweiz zu leben, nicht selbst äussern können.

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).

Auch im Berichtszeitraum befasste sich die Rechtsprechung mit der Frage, ob ausreichende finanzielle Mittel vorhanden sind:

- Das Bundesverwaltungsgericht bejahte ausreichende Mittel eines Kleinkindes, da seine drittstaatsangehörige Mutter – der ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Sorgeberechtigte ihres Kindes zugesprochen wurde – sowie sein lettischer Vater über genügend Mittel verfügten: Die erwerbstätige Mutter konnte gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten ein überschüssiges Monatsbudget von 3'623,40 CHF vorweisen, so dass das Kind über

ausreichende finanzielle Mittel verfüge, um gemäss Art. 24 Abs. 1, 2 Anhang I FZA aufenthaltsberechtigt zu sein.⁹⁴

- Eine Beschwerdeführerin, die in der Vergangenheit Sozialleistungen bezogen hatte, Schulden im höheren fünfstelligen Bereich hat und auch keine Verbesserung ihrer finanziellen Lage nachweisen könne, mit der sie ohne ergänzende Sozialleistungen hätte leben können, verfüge indessen nicht über ausreichende finanzielle Mittel.⁹⁵
- In Bestätigung seiner ständigen Rechtsprechung entschied das Bundesgericht, der Bezug von Ergänzungsleistungen belege, dass keine ausreichenden finanziellen Mittel vorhanden seien, so dass kein Aufenthaltsrecht anzunehmen sei.⁹⁶

2. Selbständiges Aufenthaltsrecht unmündiger Kinder

Nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA haben die Kinder eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei das Recht auf Teilnahme am allgemeinen Unterreicht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung. Diese Bestimmung verankert ein eigenes Aufenthaltsrecht des Kindes, welches unabhängig vom Aufenthaltsrecht des ursprünglich Zusammenführenden bzw. Aufenthaltsberechtigten gilt, so dass dem Kind auch ein eigenes Aufenthaltsrecht zur Beendigung seiner Ausbildung zukommt. Damit das Kind dieses Recht auch effektiv wahrnehmen kann, steht auch seinen (sorgeberechtigten) Eltern ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu, dies übrigens unabhängig von einer allfälligen Sozialhilfeabhängigkeit.⁹⁷

In einem Urteil vom Januar 2025 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob diese Rechte auch dann zum Zuge kommen, wenn Einreise und Aufenthalt der Eltern des Kindes (und damit auch des Kindes) in der Schweiz (zunächst) illegal waren. Im Ausgangssachverhalt war eine rumänische Familie mit einem schulpflichtigen Kind zunächst illegal in die Schweiz eingereist, und das Kind wurde eingeschult. Nach knapp zwei Jahren nahm der Vater eine Erwerbstätigkeit auf, konnte sich somit auf das FZA berufen und erlangte als Arbeitnehmer eine Aufenthaltsbewilligung; indessen verlor er später wiederum die Arbeitnehmereigenschaft. Seine Ehegattin und das gemeinsame Kind meldeten sich erst nach diesem Zeitpunkt in der Schweiz an, und in

⁹⁴ BVGer F-3983/2023 vom 06. Februar 2025 E. 4.2.5.

⁹⁵ BGer 2C_209/2023 vom 07. März 2025 E. 8.3.

⁹⁶ BGer 2C_364/2024 vom 21. März 2025 E. 4.3.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-480/08, *Teixeira*, ECLI:EU:C:2010:83; EuGH, Rs. C-310/08, *Ibrahim*, ECLI:EU:C:2010:80; EuGH, Rs. C-529/11, *Alarape*, ECLI:EU:C:2013:290; BGer 2C_185/2019 vom 4.3.2021; BGE 142 II 35 E. 4.2 ; BGer 2C_631/2023 vom 13. September 2024 E. 5.1. Zu den sich hier im Einzelnen stellenden Fragen *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023 (Anm. 77), S. 77 (106 ff.).

Frage stand, ob dem (12-jährigen) Kind ein Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA zukam, so dass sich seine Eltern auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht berufen konnten. Das Bundesgericht verneinte diese Frage: Denn ursprünglich sei die Familie illegal in die Schweiz eingereist, und die erstmalige Einschulung des Kindes erfolgte während dieses illegalen Aufenthalts. Die sog. «Baumbast»-Rechtsprechung⁹⁸ könne nicht dazu führen, dass illegal eingereiste Kinder durch die Einschulung ein legales Aufenthaltsrecht erhalten und sich daraufhin die Eltern auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht berufen können; irrelevant sei die nach dem illegalen Aufenthalt während längerer Zeit aufgenommene Erwerbstätigkeit des Vaters.⁹⁹

Das Urteil betrifft eine soweit ersichtlich bis jetzt noch nicht vom EuGH entschiedene Frage. Wenn auch der Grundsatz, wonach ein illegaler Aufenthalt eines Kindes mit seinen Eltern im Aufnahmestaat nicht zur Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA führen könne, da diese Bestimmung ein «ursprüngliches» Aufenthaltsrecht des Zusammenführenden voraussetze, überzeugend ist, wirft jedoch die Nichtberücksichtigung der nachfolgenden Erwerbstätigkeit des Vaters – welche übrigens nicht wirklich begründet wird – Fragen auf: Das Bundesgericht führt aus, dass sich das Kind erst nach dieser Erwerbstätigkeit und zu einem Zeitpunkt, als der Vater seine Arbeitnehmereigenschaft verloren hatte, bei den Behörden angemeldet und um eine Aufenthaltserlaubnis nachgesucht habe. Offenbar geht es davon aus, dass im Vorfeld der Geltendmachung des Aufenthaltsrechts nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA nicht nur ein Aufenthaltsrecht der Eltern und damit ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht des Kindes bestanden haben müsse, sondern auch, dass vorher kein illegaler Aufenthalt vorgelegen habe. Dies erscheint jedoch wenig überzeugend, denn ein solcher Ansatz führt dazu, dass ein ursprünglich illegaler Aufenthalt – wenn auch nur von kurzer Dauer – es den Betroffenen verunmöglicht, sich nach der Legalisierung ihres Aufenthalts auf Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA zu berufen, so dass es letztlich um eine Art «Verwirkung» dieses Rechts geht. Ohne die Problematik illegaler Einreisen und illegaler Aufenthalte minimieren zu wollen, erscheint dies jedoch weder den sich aus dem FZA allgemein ergebenden Rechten noch dem mit Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA auch angestrebten Kindeswohl Rechnung zu tragen. Vielmehr spricht Vieles dafür, dass ein illegaler Aufenthalt zwar sanktioniert werden darf (und er im Übrigen auch beendet werden kann), jedoch nicht zur Verwirkung von Aufenthaltsrechten führen kann, deren Voraussetzungen grundsätzlich abschliessend formuliert sind. Dass der Ansatz des Bundesgerichts in dieser Allgemeinheit wenig überzeugend ist, zeigt auch der Umstand, dass im Falle der erstmaligen Anmeldung des Kindes zum Zeitpunkt der Erwerbstätigkeit des Vaters das Aufenthaltsrecht möglicherweise (das

⁹⁸ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), ECLI:EU:C:2002:493.

⁹⁹ BGer 2C_369/2024 vom 21. Januar 2025 E. 5.2.

Urteil ist hier nicht ganz klar) anders zu beurteilen gewesen wäre, dies obwohl Aufenthaltsgenehmigungen nur deklaratorischer Natur sind.

Auch in einem anderen Urteil¹⁰⁰ legte das Bundesgericht diesen, indessen u.E. nicht überzeugenden Ansatz zugrunde, indem es allgemein betonte, Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA gelte nicht für die Kinder eines aufenthaltsberechtigten Arbeitnehmers, wenn zunächst ein illegaler Aufenthalt des Kindes und seiner Mutter in der Schweiz vorlag, selbst wenn die Eltern später ein Aufenthaltsrecht erlangt haben. In diesem Urteil betonte das Gericht zudem, Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA finde keine Anwendung auf Kinder von Aufenthaltsberechtigten, welche im Aufnahmestaat geboren seien; vielmehr sei notwendig, dass sich die Kinder im Aufnahmestaat zu dem Zeitpunkt niedergelassen hätten, zu welchem die Eltern oder ein Elternteil ihr Recht auf einen Aufenthalt als Erwerbstätige geltend gemacht haben. Es bleibt im Dunkeln, auf welche Erwägungen das Bundesgericht diese Aussage stützt; vielmehr sprechen sowohl Wortlaut als auch Zielsetzung des Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA dafür, dass diese Bestimmung auf alle Kinder von Aufenthaltsberechtigten Anwendung findet: Denn sie soll ja gerade sicherstellen, dass die Kinder Zugang zur Ausbildung haben und diese auch beenden können, Erwägungen, die für alle Kinder der Aufenthaltsberechtigten von Bedeutung sind, unabhängig von Zeitpunkt und Ort ihrer Geburt.

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 erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft. Im Übrigen ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren, so dass dem öffentlichen Interesse das Interesse der betreffenden Person an einem Verbleib bzw. an der Einreise in die Schweiz gegenüberzustellen ist (wobei u.a. die Schwere des Delikts sowie des Verschuldens, der Grad der Integration, die Anwesenheitsdauer und die mit der Fernhaltungsmassnahme verbundenen Nachteile zu berücksichtigen sind).¹⁰¹

Die Rechtsprechung hatte sich auch im Berichtszeitraum immer wieder mit der Frage nach der Rechtmässigkeit entweder von Ausweisungen oder Einreiseverboten aufgrund des Bestehens einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit

¹⁰⁰ BGer 2C_631/2023 vom 13. September 2024 E. 5.

¹⁰¹ 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. Das Bundesgericht stellt in seiner ständigen Rechtsprechung bei der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA auf die entsprechenden unionsrechtlichen Begriffe, in ihrer Auslegung durch den EuGH, ab.

und Ordnung zu befassen, wobei zwischen ausländerrechtlichen Massnahmen (1.) und der Strafrechtlichen Landesverweisung (2.) zu unterscheiden ist.

1. Ausländerrechtliche Massnahmen

Sowohl bei der Beendigung des Aufenthalts nach als auch beim Aussprechen eines Einreiseverbots müssen die Voraussetzungen des Art. 5 Anhang I FZA vorliegen.

Während die Beendigung des Aufenthalts von den zuständigen kantonalen Behörden angeordnet wird, ist das SEM für die Verhängung von Einreiseverboten zuständig (Art. 67 AIG). Letzteres steht dem Recht auf Einreise gemäss Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA entgegen, so dass die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA erfüllt sein, damit einer FZA-berechtigten Person die Einreise verweigert werden darf.¹⁰²

Häufig entscheidend ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch das Verhalten des Betroffenen, womit die Frage nach der Rückfallgefahr relevant wird. Dabei ist muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die betreffende Person auch in Zukunft die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, wobei hier auch Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu berücksichtigen ist. Für die Annahme einer Rückfallgefahr ist es nicht notwendig, dass der Straftäter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wieder delinquiren wird; ebensowenig kann für die Verneinung einer Rückfallgefahr verlangt werden, dass überhaupt kein Restrisiko mehr besteht. Ganz allgemein ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten: Je schwerer die möglicherweise verletzte Rechtsgüter wiegen, desto weniger ist die Möglichkeit eines Rückfalls hinzunehmen.¹⁰³

Auch im Berichtszeitraum befasste sich die Rechtsprechung mit der Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 Anhang I FZA im Allgemeinen und einer Rückfallgefahr im Besonderen:

- Eine anhaltende und regelmässige Delinquenz erachtete das Bundesgericht in einem Urteil vom Februar 2025 als ausreichend: Es gehe durchaus um jedenfalls teilweise schwerwiegende Delikte, und angesichts der strafrechtlichen Vergangenheit des Betroffenen sei von einem hohen Rückfallrisiko

¹⁰² BGE 139 II 121 E. 5.3.

¹⁰³ Vgl. zum Ganzen aus der bisherigen Rechtsprechung BGE 136 II 5 E. 4.2; BGE 139 II 121 E. 5.3; BGer 2C_836/2021 vom 20. September 2023 E. 5.3; BGer 2C_873/2020 vom 4. Februar 2021 E. 4.3; BGer 2C_4/2022 vom 11. August 2022 E. 4.2; BGer 2C_3/2021 vom 23. März 2021 E. 4.2; BGer 2C_765/2018 vom 21. September 2018 E. 3.2.1; s. auch BGE 145 IV 364 E. 3.5.2.

auszugehen.¹⁰⁴ «Chronische Delinquenz» war auch in anderen Urteilen ein (mit-)entscheidender Faktor für die Bejahung der Rückfallgefahr.¹⁰⁵

- Ein dreijähriges Einreiseverbot bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Falle eines Beschwerdeführers, dessen Straftaten vorrangig Beschaffungsdelinquenz für Drogenkonsum waren, was das Bundesverwaltungsgericht – auch aufgrund der Art und Häufigkeit der Straftaten und der damit verbundenen Rechtsgüterverletzungen – als Indikator für eine Rückfallgefahr wertete, auch wenn dieser behauptete, mittlerweile suchtfrei zu sein.¹⁰⁶ Ebenso wurde eine Rückfallgefahr bei einem Beschwerdeführer, der wegen mehrerer Drogendelikte verurteilt worden war und dies beim Antrag auf Aufenthaltsgenehmigung wider besseres Wissen verschwiegen hatte, bejaht.¹⁰⁷
- Dass bei Tätern von Gewalttaten besonders strenge Massstäbe angelegt werden, zeigt sich am Fall eines Beschwerdeführers, gegen den ein Einreiseverbot von fünf Jahren verhängt wurde, dies obwohl er sich im Pensionsalter befand und er qua erfolgtem Straf- und Massnahmenvollzug inklusive Therapie und Alkoholabstinenz nur ein mässiges Rückfallrisiko aufwies.¹⁰⁸ Damit war offenbar die (zweifelsohne gegebenen) Schwere der Straftat – der Betreffende hatte in alkoholisiertem Zustand Familienmitglieder lebensgefährlich mit einem Messer angegriffen – der entscheidende Faktor, wobei das Gericht auf das nach wie vor bestehende Rückfallrisiko hinweist, welches im Rahmen des Art. 5 Anhang I FZA – im Gegensatz zum Landesrecht – eine Voraussetzung für das Aussprechen eines Einreiseverbots darstelle.¹⁰⁹

¹⁰⁴ BGer 2C_515/2023 vom 27. Februar 2025 E. 5.

¹⁰⁵ BGer 2C_59/2024 vom 28. Januar 2025 E. 5.3.1; BGer 2C_629/2023 vom 27. August 2024 E. 4.4. S. weiter BVGer F-1597/2023 vom 10. Juni 2024 E. 8 ff.: Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte ein vierjähriges Einreiseverbot gegen einen Beschwerdeführer; das Fernhalteinteresse rechtfertigte sich aufgrund seiner sechs strafrechtlichen Verurteilungen und der insgesamt gegebenen Rückfallgefahr; trotz der gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers und seines speziellen Interesses an der Personenfreizügigkeit als Angehöriger der Minderheit sei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt.

¹⁰⁶ BVGer F-4682/2022 vom 26. September 2024 E. 8.3. S. weiter BVGer F-361/2020 vom 21. Oktober 2024, E. 8.4: Ein zehnjähriges Einreiseverbot gegen einen moldawischen Oligarchen (der zudem die rumänische Staatsangehörigkeit hat) und des Amtes entthobenen Präsidenten (2016-2019), zu dessen Verstrickungen in Korruption und das organisierte Verbrechen Fedpol hinreichende Indizien habe liefern können, sei rechtmässig. Ebenfalls ein Einreiseverbot bestätigend BVGer F-1417-2021 vom 11. März 2025 E. 9 ff. (in Frage standen hier diverse Betäubungsmittel-, Verkehrs- und Vermögensdelikte des Beschwerdeführers; ein Rückfallrisiko wurde bejaht).

¹⁰⁷ BGer 2C_168/2025 vom 01. Mai 2025 E. 4.3.

¹⁰⁸ BVGer F-334/2022 vom 25. November 2024 E. 6.2 ff.

¹⁰⁹ BVGer F-334/2022 vom 25. November 2024 E. 5.2.

- Auch zwei länger zurückliegende Straftaten und eine nicht schwerwiegende aktuellere Straftat könnten in Kombination die Annahme der Rückfallgefahr begründen, so das Bundesgericht in einem Entscheid vom Juni 2024.¹¹⁰ Der Beschwerdeführer hatte war 2015 und 2017 wegen Betäubungsmitteldelikten zu Haftstrafen verurteilt worden und dann erneut 2022 wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand strafbar geworden. Da der «fahruntüchtige Zustand» aufgrund des Konsums von Cannabis, Heroin, Methadon und Tramadol eingetreten war, entschied das Bundesgericht, dass durch den wiederholten strafbaren Kontakt mit illegalen Drogen – Betäubungsmitteldelikte sind nach ständiger Rechtsprechung als eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit anzusehen – eine Rückfallgefahr angenommen werden könne.
- Ebenso betonte das Bundesgericht in einem Urteil vom 29. August 2024,¹¹¹ dass auch länger zurückliegende Delikte eine Rückfallgefahr begründen könnten. Denn die verstrichene Zeit stelle nur eines von mehreren Elementen dar, welches in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sei. Im konkreten Fall stützte das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz, welche in Anbetracht der Rolle des Betroffenen bei den in Frage stehenden Vermögensdelikten sowie der Art und Weise ihrer Durchführung die Rückfallgefahr bejaht hatte.
- Eine für ein Einreiseverbot erforderliche reale, aktuelle und ernsthafte Gefahr für die innere und äußere Sicherheit des Landes und damit die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Sinn des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA wurde auch bei einem Mitglied der italienischen kriminellen Vereinigung «*ndrangheta*» bejaht; zudem erachtete das Gericht (ausnahmsweise) ein unbefristetes Einreiseverbot für verhältnismässig.¹¹² In Frage stand ein Beschwerdeführer, der in Italien bereits mehrfach strafrechtlich verurteilt worden war; damit bleibt die Frage, ob allein aufgrund der Mitgliedschaft in einer «Mafiaorganisation» eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gesehen werden kann, offen. Grundsätzlich ist auch in einer solchen Konstellation nach der hier vertretenen Ansicht im Einzelfall eine entsprechende Gefahr zu belegen, wobei freilich bei einer solchen Mitgliedschaft – es sei denn, es könne z.B. nachgewiesen werden, dass sie erzwungen war und die betreffende Person keine Gefahr darstelle – ein sehr starkes Indiz für die Bejahung dieser Frage vorliegt.
- Indessen reiche ein begangenes und bestrafte Vermögensdelikt einer vergleichsweise geringen Schwere allein noch nicht aus, um die für ein

¹¹⁰ BGer 2C_553/2023 vom 19. Juni 2024 E. 3.6.

¹¹¹ BGer 2C_550/2023 vom 29. August 2024 E. 5.4.4.

¹¹² BVGer F-7018/2023 vom 15. Mai 2025 E. 12 f.

Einreiseverbot erforderliche Rückfallgefahr zu begründen, so das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom Juni 2024.¹¹³

- Ebensowenig stelle ein Beschwerdeführer, der im Wesentlichen Verkehrsdelikte (wenn auch mitunter schwere Delikte) begangen hatte, eine hinreichende Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit dar, da er seit 2015 nicht mehr straffällig geworden war, diese Entwicklung zu berücksichtigen sei und die Gesamtwürdigung zum Schluss führe, dass keine hinreichende Rückfallgefahr angenommen werden könne.¹¹⁴

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 Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB mit dem FZA angesichts des gleichwohl vorgesehenen «Automatismus» Zweifeln unterworfen.¹¹⁵ Auch bei der konkreten Anwendung des Art. 66a StGB stellt sich regelmässig die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, wie auch verschiedene Urteile aus dem Berichtszeitraum illustrieren:

- Die Landesverweisung eines Beschwerdeführers wurde aufgrund der Schwere der von ihm begangenen Straftat (Brandstiftung) und der fehlenden Einsicht oder Reue als verhältnismässig angesehen, dies trotz des Umstands, dass er seit 30 Jahren in der Schweiz lebte.¹¹⁶
- Ebenso bestätigte das Bundesgericht die Landesverweisung eines spanischen Staatsbürgers, der diverse Gewalttaten gegen seine Frau und Töchter begangen hatte, wobei es in Bezug auf das FZA recht lapidar und ohne Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH – wenn auch im Ergebnis sehr gut nachvollziehbar – darauf hinwies, es bestehe angesichts der begangenen als schwerwiegend einzustufenden Straftaten und der fehlenden

¹¹³ BVGer F-3567/2023 vom 13. Juni 2024 E. 7.3.

¹¹⁴ BGer 2C_77/2024 vom 13. März 2025 E. 6.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ BGer 6B_527/2024 vom 20. Februar 2025 E. 7.4.

Einsicht eine Rückfallgefahr, so dass die Landesverweisung mit dem FZA in Einklang stehe.¹¹⁷

- Auch eine Landesverweisung eines in der Schweiz geborenen italienischen Staatsbürgers, der wiederholt mit Betäubungsmitteldelikten auch noch während des erstinstanzlichen Verfahrens straffällig geworden war, wurde als mit Art. 5 Anhang I FZA in Einklang stehend angesehen, dies obwohl er in der Schweiz verwurzelt und integriert war. Denn es handle sich um schwere Straftaten und es sei angesichts des Verhaltens des Beschwerdeführers von einer relevanten Rückfallgefahr auszugehen.¹¹⁸
- In zwei Fällen mit wegen vieler verschiedener Delikte verurteilten Beschwerdeführern erklärte das Bundesgericht angesichts dieser Kumulation auch ein bloss «geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko» für ausreichend, um eine Landesverweisung zu rechtfertigen.¹¹⁹
- Die Schwere der Straftaten und die Rückfallgefahr eines italienischen Staatsbürgers, der des gewerbsmässigen Diebstahls, der mehrfachen Sachbeschädigung, des mehrfachen Hausfriedensbruchs, der mehrfachen Hehlerei sowie der Widerhandlungen gegen das Waffengesetz und das Personenbeförderungsgesetz schuldig gesprochen worden war, bewertete das Bundesgericht als hoch und damit die Landesverweisung als rechtmässig.¹²⁰
- In einem weiteren Urteil bestätigte das Bundesgericht eine Landesverweisung im Anschluss an eine besonders schwere Straftat, *in casu* eine Vergewaltigung, allerdings ohne wirkliche Prüfung des Art. 5 Anhang I FZA, auch wenn die Bestimmung erwähnt wurde.¹²¹ Zumindest missverständlich ist im Übrigen die Aussage des Gerichts, in Bezug auf die Frage der Rückfallprognose ergebe sich aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Straf- und Ausländerrecht im ausländerrechtlichen Bereich ein strengerer Beurteilungsmassstab.¹²² Denn die Vorgaben des Art. 5 Anhang I FZA sind einheitlich auszulegen; es geht hier um eine völkervertragsrechtliche Vorgabe, deren Tragweite sich nach den einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsmethoden bestimmt und die als solche zu beachten ist, unabhängig

¹¹⁷ BGer 6B_221/2025 vom 04. April 2025 E. 1.5.3.

¹¹⁸ BGer 6B_64/2024 vom 19. November 2024 E. 1.9. Ähnlich BGer 6B_285/2024 vom 10. September 2024 E.1.6.4.

¹¹⁹ BGer 6B_1114/2023 vom 27. Februar 2025 E. 1.4.2; BGer 6B_1128/2023 vom 27. Februar 2024 E. 2.4.2.

¹²⁰ BGer 6B_882-2024 vom 20. Februar 2025 E. 4.4.2.

¹²¹ BGer 6B_556/2024 vom 20. März 2024 E. 9.4. S. auch BGer 6B_1203/2023 vom 16. August 2025 E. 1.3.2 (Bestätigung der Landesverweisung eines wegen Kindesmissbrauchs Verurteilten, der keine Einsicht zeige).

¹²² S. diese Aussage auch in BGer 6B_882-2024 vom 20. Februar 2025 E. 4.4.2.

davon, ob eine Aufenthaltsbeendigung eines Freizügigkeitsberechtigten aufgrund einer ausländer- oder einer strafrechtlichen Massnahme erfolgt.

- Trotz eines eher gering eingeschätzten Rückfallrisikos bzw. gar einer günstigen Prognose bestätigte das Bundesgericht eine Landesverweisung, da das strafbare Verhalten – ein Angriff auf den Kopf eines anderen Menschen mit einem Hammer – so schwerwiegend sei, dass im Ergebnis dennoch eine Landesverweisung im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verhältnismässig sei.¹²³ Dieser Ansatz dürfte kaum mit den Vorgaben des Art. 5 Anhang I FZA in Einklang stehen, da das Gericht von der Schwere der Tat auf die Existenz einer auch gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung schliesst, dies obwohl es sich bei dem Erfordernis des Bestehens einer gegenwärtigen und tatsächlichen Gefahr um eine «separate» Anforderung handelt, die eigens zu prüfen und nachzuweisen ist.

Auch im Berichtszeitraum prüfte das Bundesgericht im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 66a StGB jeweils, ob die danach an sich auszusprechende Landesverweisung auch mit Art. 5 Anhang I FZA im Einklang steht. Anzumerken ist indessen, dass diese Prüfung mitunter etwas oberflächlich ausfällt und im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung die diesbezüglich eher strenge Rechtsprechung des EuGH nicht wirklich berücksichtigt wird. Damit dürfte die Gefahr einhergehen, dass die Anforderungen des Art. 5 Anhang I FZA nur ungenügend berücksichtigt werden, wie sich zumindest – wie erwähnt – in einem der besprochenen Urteile zeigt. Dies dürfte auch darauf zurückzuführen sein, dass die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts – obwohl es mittlerweile jeweils im Anschluss an die Prüfung des Art. 66a StGB ausdrücklich auf Art. 5 Anhang I FZA hinweist und diese Bestimmung prüft¹²⁴ – offenbar an der problematischen Konzeption festhält, im Rahmen der strafrechtlichen Landesverweisung seien auch bei der Anwendung des Art. 5 Anhang I FZA andere Massstäbe anzuwenden als bei einer auf das Ausländerrecht gestützten Ausweisung.

Hinzu kommt, dass das Bundesgericht mitunter eine Prüfung des Art. 5 Anhang I FZA unterlässt, falls die Bestimmung vom Beschwerdeführer bzw. seiner Rechtsvertretung nicht geltend gemacht wurde,¹²⁵ dies obwohl die sich aus dem

¹²³ BGer 6B 999-2023 vom 09. September 2024 E. 2.2.3.

¹²⁴ Wobei sich die Akzentsetzung im Gegensatz zu früheren Aussagen (vgl. z.B. BGE 145 IV 364 E. 3.8) deutlich verschoben hat, was sehr zu begrüssen ist. Zum Problemkreis *Astrid Epiney*, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter vom 19. August 2019. S. auch die Nachweise i Anm. 99.

¹²⁵ Vgl. BGer 6B_670/2024 vom 28. April 2025.

FZA ergebenden Rechte von Amtes wegen geprüft und angewandt werden müssen.¹²⁶

IX. Schluss

Wie schon in den vergangenen Jahren gehen auch die im Berichtszeitraum ergangenen schweizerischen Urteile zum FZA vom Grundsatz der Parallelität der Rechtslage innerhalb der Europäischen Union bzw. zwischen den EU-Mitgliedstaaten einerseits und derjenigen zwischen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz andererseits aus, soweit das Abkommen – was für die meisten der in diesem verankerten (Freizügigkeits-) Rechte der Fall ist – an die Rechtslage in der Union anknüpft. Auf dieser Grundlage wird jeweils ausführlich auf die Rechtslage gemäss dem EU-Recht und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH Bezug genommen. Indessen vermögen nicht immer alle Urteile zu überzeugen, da mitunter die Implikationen insbesondere der Rechtsprechung des EuGH für die konkret zu entscheidende Streitigkeit teilweise nicht ausreichend berücksichtigt werden.

Soweit bekannt, waren diese teilweise zu verzeichnenden Inkonsistenzen indessen noch nicht Gegenstand von Diskussionen zwischen den Vertragsparteien, was auf verschiedenen Gründen beruhen dürfte, insbesondere jedoch wohl damit zusammenhängt, dass sich die schweizerische Rechtsprechung – wie erwähnt – klar zum Grundsatz der parallelen Auslegung bekennt. Im Übrigen besteht derzeit kein Mechanismus zur Beilegung allfälliger Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Tragweite bzw. Auslegung des Abkommens. Letzteres würde sich mit dem Inkrafttreten der sog. «Bilateralen III» ändern: Ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht würde (nur) auf Antrag einer der Vertragsparteien bei Streitigkeiten über die Tragweite der Binnenmarktabkommen (so auch des FZA) tätig werden. Sollte für die Entscheidung der Streitigkeit die Auslegung eines in die Abkommen übernommenen Begriffs des EU-Rechts notwendig sein, müsste das Schiedsgericht den EuGH in seiner Rolle als «Gericht des EU-Binnenmarktes» um Auslegung dieses Begriffs ersuchen. Die Streitigkeit selbst würde dann auf der Grundlage dieser Auslegung vom Schiedsgericht entschieden werden. Auf dieser Grundlage könnte also auch eine «falsche» Anwendung des FZA durch schweizerische Gerichte Gegenstand einer Streitbeilegung entsprechend dem skizzierten Mechanismus sein. Indessen ist nicht zu erwarten, dass dies der Fall sein wird bzw. die Initiierung des Verfahrens durch die Kommission im Falle einer (vermeintlich) abkommenswidrigen Gerichtsentscheidung ist allenfalls in Ausnahmekonstellationen denkbar. Denn letztlich entscheidend ist das grundsätzliche Bekenntnis

¹²⁶ Vgl. z.B. BGer 2C_471/2017 vom 22. Dezember 2017 E. 2.3; BGer 2C_307/2023 vom 14. Januar 2025 E. 2.1.

zur Parallelität der Tragweite des FZA im Verhältnis zum übernommenen EU-Recht, und hieran ändern auch teilweise nicht in jeder Beziehung überzeugende Urteile nichts. Anzumerken ist im Übrigen, dass die Kommission auch im Rahmen des EU-Rechts – wohl auch vor dem Hintergrund der grossen Bedeutung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt – praktisch keine Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten wegen der Verletzung des Unionsrechts durch die Judikative anstrengt.