
Abgeleitete Aufenthaltsrechte für Verwandte, denen Unterhalt gewährt wird, nach dem FZA

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Abgeleitete Aufenthaltsrechte für Verwandte, denen Unterhalt gewährt wird, nach dem FZA, in: Fanny de Weck/Babak Fargahi/Rekha Oleschak-Pillai/Valerio Priuli/Peter Uebersax (Hrsg.), FS für Marc Spescha, Zürich 2025, 41-62.

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

Literatur

CARONI, MARTINA, Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Art. 42, in: Caroni/Thurnherr (Hrsg.), Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), 2. Aufl., Bern 2024; EPINEY, ASTRID, La portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans l'Accord sur la libre circulation des personnes: questions choisies, Cahiers fribourgeois de droit européen no 26, Fribourg 2019; EPINEY, ASTRID, Zum Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit dem Familiennachzug, dRSK vom 24. Januar 2019; EPINEY, ASTRID, § 4. Multilaterales Migrationsrecht: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli (Hrsg.), Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022; EPINEY, ASTRID, Das Kind im FZA: Aufenthaltsrecht, Familiennachzug und Zugang zu staatlichen Leistungen, in: Achermann/Amarelle/Boillet/Caroni/Epiney/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, Bern 2023, 77 ff.; EPINEY ASTRID/AFFOLTER SIAN, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 11. März 2019; EPINEY, ASTRID/BLASER, GAËTAN, Art. 1-4, 7, 9 ALCP, in: Amarelle/Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Volume III. Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014; EPINEY, ASTRID/HUNZIKER, EVAMARIA, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in:

* Dieser Beitrag knüpft an bereits durchgeführte Untersuchungen an, welche teilweise aufgegriffen werden. S. insbesondere EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, 77 ff.

Achermann/Amarelle/Boillet/Caroni/Epiney/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, Bern 2024, 275 ff.; GASTALDI, SILVIA, L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Epiney/Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 131 ff.; MAIANI, FRANCESCO, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; OESCH, MATTHIAS/NAEF, TOBIAS, EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz, ZSR 2017 I, 117 ff.; PIRKER, BENEDIKT, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl 2015, 295 ff.; ROVELLI, SOPHIA, Bundesgerichtliche Missbrauchsrechtsprechung zum Familiennachzug, dRSK vom 19.11.2021; SANTANGELO, GIULIA, Der Familiennachzug im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH, in: Alberto Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, Bern 2017, 17 ff.; SPESCHA, MARC, Art. 3 Anhang I FZA, in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck (Hrsg.), Migrationsrecht, Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019; SPESCHA, MARC, Das Familienleben als hervorragendes Rechtsgut des Freizügigkeitsrechts: am Beispiel der aktuellen Rechtsprechung zum Familiennachzug im Geltungsbereich des FZA, in: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich 2011, 146 ff.; TOBLER, CHRISTA, Hier sind Onkel, hier sind Tanten, hier sind meine Anverwandten – Wer fällt im EU-Recht bzw. im bilateralen Recht unter den Familiennachzug?, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Zürich, 2014, 319 ff.

1 Einleitung

Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a, b Anhang I FZA¹ gelten als Familienangehörige von Freizügigkeitsberechtigten u.a. Verwandte in absteigender Linie über 21 Jahre sowie Verwandte in aufsteigender Linie, soweit diesen Personen Unterhalt gewährt wird. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, haben sie ebenfalls ein Aufenthaltsrecht, und ihnen steht eine Reihe von weiteren Rechten zu, so insbesondere (für Verwandte in absteigender Linie) das Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit (Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA) sowie das Recht auf Nichtdiskriminierung (Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA).²

¹ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681; ABl. 2002 L 114, 6 ff.

² Art. 3 Abs. 1 S. 2 Anhang I FZA nimmt zwar (nur) auf Arbeitnehmer Bezug, was aber nichts daran ändert, dass die Familiennachzugsbestimmungen – wie sich übrigens auch aus der Systematik von

Diese Bestimmungen sind Art. 2 Nr. 2 lit. c, d, Art. 23, Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie)³ und Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011⁴ (soweit Arbeitnehmer betroffen sind) bzw. den Vorgängerregelungen, die praktisch wortgleiche Regelungen enthalten, nachgebildet. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts nimmt denn auch regelmässig Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH und geht von einer umfassenden Parallelität der Rechte aus, wobei auch neuere Rechtsprechungsentwicklungen berücksichtigt werden⁵ und auch in Bezug auf die Frage nach den Anforderungen an die Unterhaltsgewährung bei Verwandten in aufsteigender Linie oder Kindern über 21 Jahre an die Rechtslage in der Union auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH angeknüpft wird.⁶

Das entscheidende Kriterium für das Aufenthaltsrecht von Verwandten in aufsteigender Linie sowie von Verwandten in absteigender Linie über 21 Jahre ist die Unterhaltsgewährung. Hier stellen sich allerdings zahlreiche Fragen, so z.B. diejenige nach den hier anzulegenden «quantitativen» Kriterien (Umfang des Unterhalts), dem Zeitpunkt oder der Relevanz des Wegfalls der Unterhaltsgewährung. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es vor diesem Hintergrund, unter massgeblicher Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH und der schweizerischen Gerichte die sich im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Unterhaltsgewährung stellenden Fragen zu erörtern, dies mit dem Ziel einer Systematisierung der für das Vorliegen der Unterhaltsgewährung massgeblichen Grundsätze bzw. Anforderungen (2), bevor ein kurzes Fazit formuliert wird (3).

2 Die Voraussetzung der Unterhaltsgewährung im Spiegel der Rechtsprechung

Das Vorliegen der Unterhaltsgewährung war in den vergangenen Jahren verschiedentlich Gegenstand von Urteilen des EuGH und der schweizerischen

Anhang I FZA ergibt, figuriert dessen Art. 3 doch im Abschnitt «Allgemeine Bestimmungen» – auch für selbständig Erwerbende und nicht erwerbstätige Personen zum Zuge kommen.

³ 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 (Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie).

⁴ VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

⁵ S. z.B. BGE 144 II 113; BGE 140 II 113; BGE 139 II 393; BGE 136 II 177; BGE 136 II 65; 136 II 5; BGer, 17.10.2011, 2C_195/2011.

⁶ S. schon BGE 135 II 369, 372, E. 3.1; s. weiter z.B. BGer, 14.11.2018, 2C_929/2018; BGer, 21.4.2020, 2C_757/2019; BGer, 19.7.2017, 2C_301/2016, E. 3.4. Allgemein zur Auslegung des FZA, m.w.N., EPINEY, in: Ausländerrecht, § 4 N 4.32 ff.; s. sodann (und im Ergebnis ähnlich) z.B. MAIANI, ZSR 2011 I, 27 ff.; PIRKER, ZBl 2015, 295 ff.; OESCH/NAEF, ZSR 2017 I, 117 ff. Ausdrücklich auf die Massgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH bezüglich des Familiennachzugs auch für die Auslegung des FZA hinweisend z.B. CARONI, in: Caroni/Thurnherr, AIG, Vorbemerkungen zu Art. 42-52, N18 f.; zum Familiennachzug im FZA allgemein instruktiv TOBLER Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 319 ff.; SANTANGELO, Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, 17 ff.; SPESCHIA, in: Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, 146 ff.

Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (wobei sich letztere grundsätzlich an die Rechtslage in der Union und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH anlehnt,⁷ wenn auch nicht immer alle Urteile restlos zu überzeugen vermögen).⁸ Indessen lässt auch die notwendigerweise einzelfallbezogene Rechtsprechung noch einige Fragen offen.

Nachfolgend geht es nun darum, auf der Grundlage des Hintergrunds des Erfordernisses der Unterhaltsgewährung (2.1) die verschiedenen, sich hier stellenden Fragen unter Einbezug der Rechtsprechung zu analysieren (2.2), um anschliessend auf den abschliessenden Charakter der Nachzugsvoraussetzungen hinzuweisen (2.3).

2.1 Zum Hintergrund des Erfordernisses der Unterhaltsgewährung

Bei denjenigen Verwandten, welchen nur dann im Aufnahmestaat ein Nachzugsrecht eingeräumt wird, wenn ihnen der primär Aufenthaltsberechtigte (die nachziehende Person) Unterhalt gewährt, handelt es sich um Personen, bei denen grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass sie nicht (mehr) mit dem Nachziehenden zusammenleben bzw. keine allzu engen Beziehungen mehr pflegen, dies trotz des engen Verwandtschaftsverhältnisses in absteigender oder aufsteigender Linie. Indessen gibt es Situationen, in welchen diese grundsätzliche Annahme aufgrund der besonderen Lebensumstände oder der gegenseitigen Abhängigkeiten nicht zutrifft. Dem trägt das Abstellen auf die Unterhaltsgewährung Rechnung: Der Unionsgesetzgeber – und daran anschliessend das FZA⁹ – geht davon aus, dass in denjenigen Konstellationen, in welchen Verwandten in gerade absteigender oder gerade aufsteigender Linie Unterhalt gewährt wird, in aller Regel eine derart enge Beziehung besteht, dass es angezeigt ist, ein Nachzugsrecht zu bejahen.

Deutlich wird damit, dass Hintergrund des Nachzugsrechts der erfassten Personen letztlich der Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK, Art. 7 GRCh) ist, auch wenn aus grundrechtlicher Sicht in den erfassten Konstellationen nicht zwingend eine eigenliche Pflicht des Aufnahmestaats auf Nachzug der Betroffenen anzunehmen ist.¹⁰ M.a.W. dürfte es letztlich darum gehen, der in der Unterhaltsgewährung zum Ausdruck kommenden engen Beziehung und materiellen Abhängigkeit der nachziehenden Person vom Freizügigkeitsberechtigten Rechnung zu tragen und das Zusammenleben der Betroffenen zu ermöglichen. Dieser Hintergrund sollte m.E.

⁷ Vgl. bereits Fn. 6.

⁸ S. insoweit die jährlichen Überblicke über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt EPINEY/HUNZIKER, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 275 ff.

⁹ Wobei eine parallele Regelung auch im schweizerischen Recht zu finden ist, vgl. Art. 42 Abs. 2 AIG.

¹⁰ Vgl. insoweit zu den Voraussetzungen einer sich aus Art. 8 EMRK abzuleitenden Pflicht der Vertragsstaaten, Familiennachzug zu gewähren, CARONI, in: Caroni/Thurnherr, AIG, Vorbemerkungen zu Art. 42-52, N 48 ff.

auch bei der Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen der Unterhaltsgewährung sowie des ggf. anzunehmenden Wegfalls eines Nachzugsrechts bzw. eines Aufenthaltsrechts der Betroffenen berücksichtigt werden.

2.2 Zu den für die Unterhaltsgewährung massgeblichen Kriterien

Wie erwähnt, ist für Verwandte in aufsteigender Linie und Kinder über 21 Jahre die Frage, ob ihnen durch die nachziehende Person Unterhalt gewährt wird, entscheidend für das Nachzugsrecht. Weder das Abkommen noch das EU-Recht enthalten jedoch Präzisierungen in Bezug auf diese Voraussetzung, die als solche eher unbestimmt ist. So fragt es sich insbesondere, ob auch eine Pflicht zur Unterhaltsgewährung bestehen muss, ob es Anforderungen an die Höhe des gewährten Unterhalts gibt, welches der massgebliche Zeitpunkt ist und ob auch in Zukunft mit der Unterhaltsgewährung zu rechnen sein muss. Auch könnte sich die Frage stellen, welche Konsequenzen der Wegfall der Unterhaltsgewährung nach sich zieht (was insbesondere bei über 21-jährigen Kindern relevant sein kann).

Ausgehend vom Hintergrund der Voraussetzung der Unterhaltsgewährung¹¹ sowie unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts sollen die diesbezüglichen Anforderungen nachfolgend präzisiert werden.

2.2.1 *Faktische Unterhaltsgewährung*

Weder der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen des FZA und der RL 2004/38 noch ihr Sinn und Zweck lassen erkennen, dass dem Nachziehenden eine Rechtspflicht zur Leistung von Unterhalt obliegen muss (wie dies u.U. bei über 21-jährigen Kindern in Ausbildung der Fall sein kann). Auch Sinn und Zweck des Nachzugsrechts sprechen eher gegen eine solche Anforderung, geht es doch um den Schutz des Familienlebens als solches. Hinzu kommt, dass im Falle der Bejahung des Erfordernisses einer Rechtspflicht unklar wäre, auf welche Rechtsordnung hier abzustellen wäre. Festzuhalten ist daher, dass es ausreichend ist, dass der Unterhalt vom Aufenthaltsberechtigten bzw. Nachziehenden «materiell» sichergestellt wird; das Bestehen einer Rechtspflicht zur Leistung von Unterhalt ist nicht notwendig.¹²

Daraus wird man folgern können, dass es an sich unerheblich sein muss, ob der Unterhalt auch auf andere Art und Weise gedeckt werden könnte oder dass es andere Personen gibt, die auch rechtlich zum Unterhalt verpflichtet sind bzw. wären. Relevant werden kann dies z.B. bei Enkeln, welche von Grosseltern nachgezogen werden sollen, ohne dass diesen das Sorgerecht zusteht: Nach der hier vertretenen

¹¹ Oben 2.1.

¹² Aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), ECLI:EU:C:2004:639; BGer 2C_688/2017 vom 29.10.2018 E. 4; BGer 2C_301/2016 vom 19.7.2017; BGer 2C_629/2018 vom 6.2.2019. S. auch BVGer F-3135/2016 vom 17.4.2018; BVGer F-631/2017 vom 25.6.2018.

Ansicht begründet Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA auch ein Nachzugsrecht von Enkeln, da die Bestimmung allgemein von «Verwandten in absteigender Linie» spricht.¹³

2.2.2 *Umfang des Unterhalts*

Art. 3 Abs. 2 Bst. a) Anhang I FZA spricht nur von der Gewährung des Unterhalts, ohne auf die Höhe einzugehen; insbesondere wird nicht gefordert, dass der gesamte Unterhalt durch die nachziehende Person gewährt werden muss.

Ziel und Zweck sowie die Effektivität des Erfordernisses der Unterhaltsgewährung sprechen aber dafür, dass diese für den Familienangehörigen von Bedeutung für die Bestreitung seines Lebensunterhalts sein müssen, so dass es nicht ausreicht, dass der Familienangehörige von gelegentlichen Zuwendungen profitiert. Vielmehr muss der nachziehende Verwandte auf die gewährten zusätzlichen Mittel angewiesen sein, um seine Grundbedürfnisse zu decken.¹⁴

Nicht gefordert ist hingegen, dass der Aufenthaltsberechtigte die Gesamtheit des Unterhalts decken muss; ein nicht unerheblicher Teil ist ausreichend. Entscheidend dürfte die Abhängigkeit des Verwandten von den Zuwendungen für die Deckung seiner Grundbedürfnisse sein.

2.2.3 *Unterhaltsgewährung im Herkunftsland*

Fraglich könnte noch sein, ob der Unterhalt erst im Aufnahmestaat oder bereits im Herkunftsstaat gewährt werden muss. Auch hier ist auf Ziel und Zweck sowie die Effektivität des Erfordernisses der Unterhaltsgewährung abzustellen: Wenn es darum geht, einer bestehenden Abhängigkeit und der damit grundsätzlich einhergehenden besonders engen Familienbande Rechnung zu tragen,¹⁵ so muss die Unterhaltsgewährung bereits im Herkunftsstaat stattgefunden haben. Denn ansonsten würde der eigentliche Nachzugsgrund erst mit dem Nachzug selbst geschaffen, was Sinn und Zweck des Art. 3 Abs. 2 Bst. a) Anhang I FZA wohl kaum Rechnung trüge. Damit kann allgemein festgehalten werden, dass der Unterhalt bei einem Nachzug aus dem Ausland bisher im Herkunftsstaat gewährt worden sein muss bzw. musste.

Hiervon geht auch die Rechtsprechung aus:¹⁶

¹³ So wohl auch BVGer F-4530/2020 vom 23.6.2022. Allerdings verneinte das Bundesverwaltungsgericht in einer solchen Konstellation die Unterhaltsgewährung durch die Grosseltern; die finanzielle Abhängigkeit sei nicht nachgewiesen und es gebe ein Übereinkommen zwischen den Eltern und den Grosseltern. Da das Gericht jedoch auch eine Verletzung der Mitwirkungspflicht festgestellt hatte und daher auf eine Gesamtwürdigung der Umstände verzichtet hatte, sollte das Urteil nicht überbewertet werden.

¹⁴ S. insoweit BGer 2C_153/2023 vom 21.6.2023 E. 4.4 f., wo die Unterhaltsgewährung verneint wurde, da lediglich gelegentlich geringe Geldbeträge zugesandt wurden.

¹⁵ Oben 2.1.

¹⁶ S. neben den erwähnten Urteilen noch BGE 135 II 369 E. 3.1; BVGer F-2600/2021 vom 18.8.2023 E. 7.2 f.; BGer 2C_537/2023 vom 18.4.2024; aus der Rechtsprechung des EuGH vgl. EuGH, Rs. C-1/05

- Das Bundesverwaltungsgericht verneinte die finanzielle Abhängigkeit der Eltern einer mit einem französischen Staatsangehörigen verheirateten Chinesin, die rund zehn Jahre nach der Heirat einen Aufenthaltstitel für ihre Eltern beantragt hatte. Zwar könnten Familienzusammenführungsgesuche unabhängig von einer Frist gestellt werden.¹⁷ Da die in China lebenden Eltern jedoch eine für die lokalen Verhältnisse durchschnittliche Rente bezögen und deshalb davon ausgegangen werden könne, dass sie selbst für ihre Bedürfnisse aufkommen könnten, wurde die finanzielle Abhängigkeit verneint.¹⁸ An diesem Schluss ändere – so das Bundesgericht im Rechtsmittelverfahren – auch der Umstand nichts, dass die Altersrente in Höhe von ca. 650 CHF im Vergleich mit anderen Altersrenten oder Löhnen in China eher bescheiden erscheine, erlaube sie es doch, die Grundbedürfnisse der Eltern zu decken. Daher sei es auch irrelevant, dass diese finanziell von ihrer Tochter unterstützt würden.¹⁹
- Bei einem Ehepaar vietnamesischer Staatsangehörigkeit, welches zu seinen über die französische Staatsangehörigkeit verfügenden Kindern in die Schweiz nachgezogen werden wollte, wurde die Unterhaltsgewährung jedoch bejaht. Denn die Eltern hätten ihre Tätigkeit als Händler aufgegeben und leisteten stattdessen Freiwilligenarbeit, und eine der Töchter komme regelmässig für die Grundbedürfnisse ihrer Eltern – die keine ausreichende Rente bezögen – auf. Auch reiche die Vier-Zimmer Wohnung der einen Tochter mit knapp hundert m² für fünf Personen aus. Ein Rechtsmissbrauch wurde – nach näherer Prüfung der Voraussetzungen²⁰ – verneint.²¹

2.2.4 Zum massgeblichen Zeitpunkt

Der massgebliche Zeitpunkt ist – in Anwendung der auch ansonsten im Verwaltungsverfahren geltenden Grundsätze – die Stellung des Antrags auf Familiennachzug. Hingegen ist es nicht notwendig, dass sich der Familienangehörige des originär Freizügigkeitsberechtigten vor dem Aufenthalt in der Schweiz in demselben Staat aufgehalten hat wie der letztere oder dass ihm von diesem kurz vor

(Jia), ECLI:EU:C:2007:1; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu et Chen), ECLI:EU:C:2004:639; EuGH, Rs. C-316/85 (Lebon), ECLI:EU:C:1987:302.

¹⁷ Vgl. dazu auch BVGer F-631/2017 vom 25.6.2018 E. 6.1.

¹⁸ BVGer F-631/2017 vom 25.6.2018 E. 6. Ähnlich das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf das Gesuch auf Nachzug einer russischen Mutter, die aufgrund ihrer Rente und sonstiger Leistungen in Russland – wie das Gericht im Einzelnen erörterte – ihren Lebensunterhalt (knapp) bestreiten könne, vgl. BVGer F-4188/2020 vom 10.6.2022; s. auch BGer 2C_975/2022 vom 20.4.2023.

¹⁹ BGer 2C_629/2018 vom 6.2.2019 E. 4.

²⁰ Das Bundesgericht erwähnt hier folgende Elemente: keine enge und dauerhafte Beziehung, eine lediglich schwache oder unregelmässige finanzielle Unterstützung oder das Anliegen, in der Schweiz eine Arbeitserlaubnis zu erhalten. S. insoweit – insbesondere zum zuletzt genannten Kriterium – noch unten 2.3.

²¹ BVGer F-5168/2017 vom 8.4.2019 E. 7.

oder zum Zeitpunkt von dessen Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat Unterhalt gewährt worden ist.²²

Hinzuweisen ist indessen darauf, dass im Fall der «künstlichen Schaffung» einer finanziellen Abhängigkeit ein Rechtsmissbrauch vorliegen kann. In Anbetracht des Umstands, dass der gewährte Unterhalt aber wesentlich zur Deckung der Grundbedürfnisse sein muss,²³ dürfte nur in Ausnahmefällen ein Rechtsmissbrauch bejaht werden können, da dieser implizierte, dass die Betroffenen auf Einkommen oder Vermögen verzichten. Immerhin könnte dies aber z.B. bei Schenkungen an nahe Verwandte in Betracht zu ziehen sein.

Noch nicht geklärt ist die Frage, ob der im relevanten Zeitpunkt gegebene Nachzugsanspruch auch dann weiter besteht, wenn in der Folge – zum Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesuch – kein Unterhalt mehr gewährt wird. Vieles könnte dafür sprechen, hier einen Nachzugsanspruch zu verneinen; indessen ist zu beachten, dass dieser Wegfall auch nur vorübergehend sein kann und im Übrigen nichts an der engen Familienbande – der Hintergrund des Nachzugsrechts²⁴ – ändert, insbesondere sofern lange Jahre Unterhalt gewährt wurde. Auch könnte ein Familiennachzug allein im Gefolge der langsamen Behandlung eines Gesuchs durch die Behörde «verhindert» werden (insbesondere bei Verwandten in absteigender Linie). Daher erscheint es sinnvoll, am Grundsatz des Antragstellung als massgeblichen Zeitpunkt festzuhalten und die Konstellationen, in welchen sich die Verhältnisse grundlegend bis zum Zeitpunkt des Entscheids ändern, über die Figur des Rechtsmissbrauchs zu lösen.

2.2.5 Zur Relevanz des Wegfalls der Unterhaltsgewährung

Ist der nachzugsberechtigte Verwandte in absteigender oder aufsteigender Linie nachgezogen und hat Aufenthalt im Aufnahmestaat genommen, ist es denkbar, dass die Abhängigkeit von der nachziehenden Person wegfällt und nach einer gewissen Zeit im Aufnahmestaat kein Unterhalt mehr gewährt wird. Ein solcher Wegfall der Unterhaltsbedürftigkeit impliziert auch, dass die Voraussetzung des abgeleiteten Aufenthaltsrechts nicht mehr gegeben ist, so dass sich die Frage stellt, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Aufenthalt der betreffenden Person beendet werden darf. Diese Frage wird sich häufig bei Verwandten in absteigender Linie stellen, da über 21-jährige Personen nach Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA Zugang zu einer Erwerbstätigkeit haben, so dass das wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis im Falle der Aufnahme einer solchen Tätigkeit wegfallen kann. Aber auch bei Verwandten in

²² Zum zuletzt genannten Aspekt EuGH, Rs. C-83/11 (Rahman), ECLI:EU:C:2012:519 (im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38).

²³ Oben 2.2.2.

²⁴ Oben 2.1.

aufsteigender Linie ist es denkbar, dass sie nach dem Nachzug in den Aufnahmemitgliedstaat Zugang zu genügenden Ressourcen haben.

In der Rechtsprechung des EuGH wurde diese Frage – soweit ersichtlich erstmals – in der Rs. C-488/21²⁵ adressiert, dies (auch) im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 (wonach Wanderarbeitnehmer die gleichen sozialen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer geniessen, eine Bestimmung, die sich praktisch wortgleich in Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA findet und nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts parallel wie Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 auszulegen ist).²⁶ In der Rs. C-488/21 stand zur Debatte, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Aufenthalt von Angehörigen in aufsteigender Linie von Wanderarbeitnehmern²⁷ im Gefolge der Inanspruchnahme von Sozial(hilfe)leistungen beendet werden darf. Konkret ging es um die Mutter einer Wanderarbeitnehmerin, welche von dieser Unterhalt bezogen hatte (und daher aufenthaltsberechtigt war), jedoch in der Folge wegen der Verschlechterung ihres Gesundheitszustands eine sog. Invaliditätsbeihilfe – eine beitragsunabhängige Sozialleistung, welche unter gewissen Voraussetzungen gewährt wird – beantragte. Nach Ansicht des EuGH dürfe eine solche Leistung nicht versagt werden, selbst wenn ihre Gewährung dazu führe, dass die betreffende Person keinen Unterhalt mehr von dem Wanderarbeitnehmer beziehe bzw. beziehen müsse. Denn ein Verwandter in gerader aufsteigender Linie, dem von einem Arbeitnehmer mit Unionsbürgerschaft Unterhalt gewährt werde, sei „mittelbarer Nutznießer“ der diesem Arbeitnehmer garantierten Gleichbehandlung. Wenn man einem Verwandten in gerader aufsteigender Linie eine Sozialhilfeleistung, die für den Wanderarbeitnehmer eine „soziale Vergünstigung“ darstelle, versagte, wäre dieser Wanderarbeitnehmer in seinem Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Die Eigenschaft als Verwandter in aufsteigender Linie, dem „Unterhalt gewährt“ wird, dürfe somit durch die Gewährung einer solchen Sozialleistung im Aufnahmemitgliedstaat nicht berührt werden. Andernfalls könnte die Gewährung einer solchen Leistung dem Betroffenen die Eigenschaft eines Familienangehörigen, dem Unterhalt gewährt wird, nehmen und folglich die Streichung dieser Leistung oder sogar den Verlust seines

²⁵ EuGH, Rs. C-488/21 (Chief Appeals Officer u.a.), ECLI:EU:C:2023:1013 (Grosse Kammer).

²⁶ S. schon BGE 131 II 339; BGE 137 II 242. S. sodann, m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur, EPINEY, La portée de l'interdiction de discrimination, N 68 ff.; EPINEY, in: Ausländerrecht, § 4 N 4.83 ff.; ausführlich GASTALDI, in: Personenfreizügigkeit, 131 ff.

²⁷ Wobei die Ausgangssituation insofern speziell war, als die freizügigkeitsberechtigte Unionsbürgerin nach Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats erworben hatte; dies stehe aber – so der EuGH in Anknüpfung an EuGH, Rs. C-165/16 (Lounes), ECLI:EU:C:2017:862 – der (entsprechenden) Anwendbarkeit der Art. 21, 45 AEUV und Art. 7 II VO 492/2011 nicht entgegen, da eine solche Konstellation nicht mit einem rein innerstaatlichen Sachverhalt gleichgesetzt werden könne. Die praktische Wirksamkeit der Rechte, die Unionsbürgern nach Art. 21 I AEUV zustehen, verlangten es, dass ein Unionsbürger, der sich in einer solchen Situation befindet, im Aufnahmemitgliedstaat, nachdem er die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats gegebenenfalls zusätzlich zu seiner ursprünglichen Staatsangehörigkeit erworben hat, weiterhin die Rechte aus dieser Bestimmung geniessen und insbesondere in diesem Mitgliedstaat ein normales Familienleben führen könne.

Aufenthaltsrechts rechtfertigen. Eine solche Lösung würde es in der Praxis dem Familienangehörigen, dem Unterhalt gewährt wird, verwehren, diese Leistung zu beantragen. Ergänzend fügt der Gerichtshof an, dass der Wanderarbeitnehmer im Rahmen seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit Abgaben an den Aufnahmemitgliedstaat entrichte und damit zur Finanzierung der sozialpolitischen Maßnahmen dieses Mitgliedstaats beitrage, so dass er von diesen unter den gleichen Voraussetzungen profitieren können müsse wie die inländischen Arbeitnehmer. Daher könne auch das Ziel, eine übermäßige finanzielle Belastung für den Aufnahmemitgliedstaat zu vermeiden, eine Ungleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern und inländischen Arbeitnehmern nicht rechtfertigen.

Das Urteil ist stringent begründet und insoweit überzeugend: In der Tat können sich auch aufenthaltsberechtigte Familienangehörige auf das Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 berufen, was für alle sozialen Vergünstigungen, zu denen auch Sozialhilfeleistungen gehören, gelten muss. Hieraus folgt, dass Familienangehörige, deren Aufenthaltsrecht davon abhängt, dass der primär aufenthaltsberechtigte Unionsbürger ihnen Unterhalt gewährt, unter der Voraussetzung ein Recht auf Gewährung solcher Leistungen haben, dass zum Zeitpunkt des Antrages die Unterhaltsgewährung noch andauert. Da dies gemäss dem angezeigten Urteil aber auch dann gilt, wenn die Gewährung der entsprechenden Leistung dazu führt, dass der primär Aufenthaltsberechtigte eben gerade nicht mehr für den Unterhalt aufkommt, impliziert der Ansatz des EuGH letztlich, dass die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts für Familienangehörige, denen dieses nur im Falle der Unterhaltsgewährung zusteht, insofern relativiert werden, als die Unterhaltsgewährung aufgrund der den Familienangehörigen zustehenden Rechte (insbesondere dem Recht auf Nichtdiskriminierung) wegfallen kann, ohne dass dies die Rechtsstellung des nachgezogenen Familienmitglieds beeinflusste. Denn das Urteil legt den Schluss nahe, dass der betreffende Mitgliedstaat diesfalls den Aufenthalt nicht beenden könnte, dies obwohl die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts nicht mehr gegeben sind, was nach Art. 14 RL 2004/38 grundsätzlich – wenn auch nicht „automatisch“ – zu einem Verlust des Aufenthaltsrechts führt bzw. führen kann.

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil eine spezifische Form einer beitragsunabhängigen Sozialhilfeleistung (nämlich einen „Invaliditätsbeitrag“) betrifft, welcher offenbar nur unter bestimmten Voraussetzungen wegen des Gesundheitszustands der betreffenden Person gewährt wird. Offen ist damit die Frage, ob dieser Ansatz auch für „normale“ Sozialhilfeleistungen zum Zuge käme. Das Urteil ist hier nicht ganz klar, wobei bemerkenswert ist, dass die Formulierungen des Gerichtshofs allgemein auf „Sozialhilfe“ Bezug nehmen. Dies legt es nahe, dass in Bezug auf alle nachzugsberechtigten Familienangehörigen umfassend das Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011 zum Zuge kommt, so dass auch

bei Familienangehörigen, deren Aufenthaltsrecht (nur) aufgrund der Unterhaltsgewährung besteht, Zugang zu Sozialhilfe zur Deckung des Lebensunterhalts zu gewähren ist. Anzumerken ist aber, dass jedenfalls zum Zeitpunkt der Antragstellung für den Nachzug eine Sozialhilfeabhängigkeit bzw. zu wenige Ressourcen des Nachziehenden zur Deckung des Unterhalts auch des nachgezogenen Familienangehörigen die Ausnahme darstellen dürfte, da diesfalls wohl kaum eine Unterhaltsgewährung möglich ist. Denkbar ist indessen, dass die Unterhaltsgewährung im Herkunftsstaat deutlich weniger kostspielig ist als in der Schweiz, so dass der Nachziehende erst im Gefolge des Nachzugs des Verwandten von Sozialhilfeleistungen abhängig würde.

Dies wirft ganz allgemein die Frage auf, ob das Nachzugsrecht davon abhängig gemacht werden darf, dass der Nachziehende auch im Aufnahmestaat für den Unterhalt des Familienangehörigen aufkommen kann, ohne Sozialhilfeleistungen zu beziehen. Vieles – insbesondere auch die Abgeschlossenheit der für den Familiennachzug geltenden Voraussetzungen²⁸ sowie der Sinn und Zweck des Erfordernisses der Unterhaltsgewährung, welche darin liegt, den Kreis der Nachzugsberechtigten zu beschränken, nicht hingegen, die öffentlichen Finanzen vor zusätzlichen Belastungen zu schützen²⁹ – dürfte für eine Verneinung dieser Frage sprechen. Während der EuGH diese Thematik noch nicht ausdrücklich adressiert hat, geht die schweizerische Rechtsprechung denn auch in diese Richtung: In einem Entscheid vom April 2020 in Bezug auf den Nachzug eines 21-jährigen Stiefsohns³⁰ präziserte das Bundesverwaltungsgericht, dass das Nachzugsrecht – jedenfalls falls die nachziehende Person die Arbeitnehmereigenschaft hat – auch dann (sofern eine passende Wohnung vorhanden ist)³¹ bestehe, wenn die nachziehende Person nicht vollumfänglich für den Unterhalt der gesamten Familie aufkommen könne, sondern auch von staatlichen Sozialleistungen abhängig sei. Zwar sei diese Frage nicht ausdrücklich im FZA geregelt; jedoch spreche der systematische Zusammenhang mit Art. 24 Anhang I FZA, der für Nichterwerbstätige das Vorhandensein genügender finanzieller Mittel verlange, für diesen Ansatz. Zwar habe sich der EuGH noch nicht explizit mit dieser Frage befasst; jedoch lege seine Rechtsprechung zu den Art. 9 Abs. 1, 2 Anhang I FZA entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen im Ergebnis ebenfalls diesen Ansatz nahe. Deutlich wird damit, dass bereits aufgrund der geltenden Rechtslage³² ein Anspruch von FZA-Berechtigten auf Sozialhilfe besteht,

²⁸ S. noch unten 2.3.

²⁹ S.o. 2.1. Ebenso in Bezug auf Art. 42 Abs. 2 AIG CARONI, in: Caroni/Thurnherr, AIG, Art. 42 N 51.

³⁰ BVGer F-2537/2018 vom 15.4.2020 E. 8.3.

³¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA, wobei das Gericht dieses Erfordernis zu Recht relativiert. Zum Problemkreis EPINEY/BLASER, in: Code annoté de droit des migrations, vol. III, ALCP, Art. 7, Rn. 27; s. auch BVGer F-5621/2014 vom 5.1.2017 E. 5.2 sowie noch unten 2.2.6.

³² Vgl. zur Diskussion im Zusammenhang mit dem Institutionellen Abkommen bzw. der RL 2004/38 EPINEY/AFFOLTER, Jusletter vom 11.3.2019.

dies allerdings im Wesentlichen im Zusammenhang bzw. aufgrund der Arbeitnehmereigenschaft. Das Recht auf Familiennachzug für Arbeitnehmer darf somit allgemein nicht von ausreichenden finanziellen Mitteln abhängig gemacht werden.³³ Indessen ist daran zu erinnern, dass der Umfang des Unterhalts doch eine gewisse Bedeutung aufweisen muss.³⁴

Darüber hinaus ist jedenfalls zu betonen, dass die Erwägungen des Gerichtshofs in der Rs. C-488/21 wohl auch für nachgezogene Kinder, denen Unterhalt gewährt wird, relevant sind: Hier stellt sich ebenfalls die Frage, ob die nachgezogene Person ihr Aufenthaltsrecht verliert, wenn nach dem Zuzug die Unterhaltsgewährung wegfällt bzw. die Abhängigkeit nicht mehr gegeben ist, dies insbesondere, weil die Person eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat. Familienangehörigen ist denn auch nach Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA grundsätzlich Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewähren, so dass dieses Recht jeden Sinns entbehrte, wenn mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Verlust des Aufenthaltsrechts einherginge, ganz abgesehen davon, dass ein solcher Verlust einen (wohl kaum sinnvollen) Anreiz implizierte, dass (erwachsene) Kinder länger von ihren Eltern abhängig bleiben. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der EuGH in der Rs. C-423/16³⁵ ausdrücklich betonte, der Aussicht auf einen Arbeitsplatz im Aufnahmemitgliedstaat komme für die Auslegung des Erfordernisses der Unterhaltsgewährung keine Bedeutung zu, was ebenfalls dafür spricht, dass die Aufnahme einer solchen grundsätzlich nicht zum Verlust des Aufenthaltsrechts führt.³⁶

Vor dem Hintergrund des erwähnten neuen, freilich – wie gezeigt – durchaus auslegungsbedürftigen Urteils des EuGH in der Rs. C-488/21 stellt sich in der Schweiz die Frage, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit diesem Ansatz vereinbar ist. Denn das Bundesgericht dürfte grundsätzlich davon ausgehen, dass im Falle des Wegfalls der Unterhaltsgewährung auch das Aufenthaltsrecht dahinfällt:

- In einem Urteil vom September 2022³⁷ ging es um einen 19-jährigen, der aufgrund einer psychischen Erkrankung zu seiner deutschen Mutter in die Schweiz gezogen war, um bei ihr zu wohnen. Neun Jahre später widerrief das Migrationsamt seine Aufenthaltsbewilligung, da die Mutter dem Sohn keinen Unterhalt (mehr) gewähre. Das Bundesgericht wies die hiergegen erhobene Beschwerde ab: Der von der Mutter geleistete Beitrag zum Unterhalt ihres Sohnes sei nur noch marginal (11% der Lebenshaltungskosten des Sohnes); dieser werde grösstenteils durch die IV-Rente des Sohnes sowie

³³ S. insoweit auch schon EPINEY/BLASER, in: Code annoté de droit des migrations, vol. III, ALCP, Art. 7, Rn. 31 ff., 38.

³⁴ S.o. 2.2.2.

³⁵ EuGH, Rs. C-423/12 (Reyes), ECLI:EU:C:2014:16.

³⁶ S. insoweit auch noch unten 2.3.

³⁷ BGer 2C_771/2021 vom 15.9.2022.

Ergänzungsleistungen bestritten. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, ob der geleistete Beitrag der Mutter (10% ihres Lohnes) für sie subjektiv erheblich sei. Damit wurde die Unterhaltsgewährung und folglich das Aufenthaltsrecht des Sohnes verneint.

- Der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung eines bereits nachgezogenen nordmazedonischen Staatsangehörigen wurde vom Bundesgericht für rechtmässig erachtet, dies in erster Linie, weil der Beschwerdeführer nicht aufgezeigt habe, dass sein Unterhalt weiterhin in einer gewissen Erheblichkeit durch seine in der Schweiz lebenden Eltern sichergestellt werde.³⁸

Auch wenn die Implikationen der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-488/21 noch nicht abschliessend geklärt sind, wird man vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung jedenfalls festhalten können, dass ein (teilweiser) Wegfall der Unterhaltsgewährung zumindest nicht «automatisch» zur Aufenthaltsbeendigung führen darf, sondern eine umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich ist.

2.2.6 *Zum Erfordernis einer angemessenen Wohnung*

Nur am Rande sei auf das ebenfalls in Art. 3 Abs. 1 S. 2 Anhang I FZA erwähnte allgemeine Erfordernis einer angemessenen Wohnung hingewiesen, welches auf den ersten Blick das Familiennachzugsrecht spürbar beschränken könnte. Da dieses Erfordernis jedoch ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Nichtdiskriminierung steht und für Inländer ein solches Erfordernis nicht zum Zuge kommt, dürfte dieser Bestimmung letztlich keine nennenswerte Bedeutung zukommen. Das Bundesgericht hat dies zwar nicht explizit so formuliert; allerdings stellt es denkbar niedrige Anforderungen an dieses Erfordernis und betont auch die Bedeutung des lokalen Wohnungsmarkts.³⁹

Im Übrigen setzt der Familiennachzug nicht zwingend eine gemeinsame Wohnung voraus, was das Bundesgericht für Ehegatten klargestellt hat,⁴⁰ aber auch für Kinder gelten muss.

³⁸ BGer 2C_180/2023 vom 21.11.2023.

³⁹ Vgl. BGer 2C_416/2017 vom 18.12.2017; s. auch die Relativierung der Bedeutung dieser Anforderung in BVGer F-746/2018 vom 19.12.2019 E. 7; mit etwas anderer Akzentsetzung allerdings BVGer F-1509/2021, F-1511/2021 vom 18.7.2022. Zum Problemkreis EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté de droit des migrations, Vol. III, Art. 7 N 27.

⁴⁰ Vgl. insoweit BGer 2C_613/2019 vom 14.11.2019 E. 2 f., in dem das Bundesgericht festhielt, auch im Falle getrennter Wohnungen der Ehegatten könne eine eheliche Gemeinschaft vorliegen.

2.3 Zur Abgeschlossenheit der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA

Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA räumt den erfassten Familienangehörigen ein Nachzugsrecht ohne die Formulierung weiterer Voraussetzungen⁴¹ ein. Insbesondere formuliert die Bestimmung keinerlei Anforderungen an den «Zweck» des Nachzugs, so dass die Existenz der Familienbande offenbar ausreichend sein soll. Vieles spricht vor diesem Hintergrund dafür, dass die in Art. 3 Abs. 1, 2 Anhang I FZA formulierten Anforderungen (welche ausschliesslich auf die Familienbande und teilweise zusätzlich die Unterhaltsgewährung oder Unterhaltsberechtigung abstellen) abschliessend sind (das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs, für welchen jedoch enge Voraussetzungen zum Zuge kommen, allenfalls vorbehalten).⁴²

So stellt die Rechtsprechung des EuGH allein auf die Familienbande (und ggf. die Unterhaltsgewährung als zusätzliche Voraussetzung) ab, so dass keine zusätzlichen Voraussetzungen zur Geltendmachung des Familiennachzugs aufgestellt werden dürfen, wie dies übrigens auch im Wortlaut des Art. 3 Abs. 1, 2 Anhang I FZA zum Ausdruck gekommen ist. Ausdrücklich betonte dies der EuGH in der Rs. C-423/12⁴³: In Bezug auf das Nachzugsrecht von Personen, denen Unterhalt gewährt wird, dürften über das verlangte Abhängigkeitsverhältnis hinaus keine zusätzlichen Anforderungen gestellt werden, so dass die Eigenschaft als Familienangehöriger in direkt absteigender Linie auch bei Personen über 21 Jahren ausschliesslich von der Unterhaltsgewährung abhängt. Ob der Betreffende nachweist, dass er (vergeblich) versucht hat, Arbeit zu finden, von den Behörden seines Herkunftslands Hilfe zum Lebensunterhalt zu erlangen oder auf sonstige Weise seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, sei daher in diesem Zusammenhang nicht von Belang, ebensowenig wie die möglichen Aussichten, eine Arbeit zu finden. Letztere könnten nicht dazu führen, dass die Eigenschaft als Familienangehöriger verneint wird, stünde doch eine solche Anforderung in einem Widerspruch zu dem in Art. 23 RL 2004/38 garantierten Recht, im Aufnahmemitgliedstaat eine Arbeit aufzunehmen. Der Gerichtshof begründet seinen Ansatz mit der weiten Auslegung der Vorschriften, die die Freizügigkeit gewährleisten sollten. Zusätzliche Erfordernisse – wie die erwähnten – seien geeignet, das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen übermässig zu erschweren, zumal ihr Vorliegen häufig nur sehr schwer nachweisbar sein dürfte.

Obwohl das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht durchaus Bezug auf die Rechtslage in der Union und die skizzierte Rechtsprechung nehmen und offenbar diese zugrunde legen möchten (was sich angesichts des Umstands, dass die Regelung des Familiennachzugs im FZA in Anlehnung bzw. unter Übernahme der Rechtslage in

⁴¹ Zur Frage der «angemessenen Wohnung» oben 2.2.6.

⁴² Zu letzterem Punkt noch sogleich im Text.

⁴³ EuGH, Rs. C-423/12 (Reyes), ECLI:EU:C:2014:16.

der Union erfolgte, auch naheliegend bzw. zwingend ist),⁴⁴ dürfte ihre Rechtsprechung diesem Grundsatz des abschliessenden Charakters der Voraussetzungen für einen Familiennachzug jedoch zumindest teilweise nicht Rechnung tragen: So betont die schweizerische Rechtsprechung verschiedentlich, das Recht auf Familiennachzug setze voraus, dass eine tatsächlich gelebte Familienbande nachgewiesen werde; auch müsse der Zweck des Nachzugs gerade darin bestehen, die Familienbande zu leben, während ein (auch oder primär verfolgter) wirtschaftlicher Zweck (z.B. eine Erwerbstätigkeit des Nachgezogenen) einer Zusammenführung entgegenstehen soll. Dabei nimmt die Rechtsprechung häufig (auch) auf die Figur des Rechtsmissbrauchs Bezug.⁴⁵

Beispielhaft sei hier auf folgende Urteile und Ausgangssachverhalte hingewiesen:⁴⁶

- In Bezug auf einen über 21-jährigen Stiefsohn eines Schweizer Bürgers, der seinerseits zusammen mit dem Stiefsohn, dem er Unterhalt gewährte, in Deutschland wohnhaft war und dann wieder in die Schweiz zurückkehrte, bejahte das Bundesgericht (durchaus unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zum Thema, die auch ausführlich zitiert wird) das Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf das Familiennachzugsrecht, da diverse Umstände im konkreten Fall zum Schluss führten, dass der Familiennachzug einzig der „Arbeitsmigration“ diene.⁴⁷
- Im Falle einer 21-jährigen mazedonischen Tochter eines italienischen Staatsangehörigen schloss das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls auf einen Rechtsmissbrauch, da nicht primär die Eltern-Kind-Gemeinschaft im Zentrum gestanden habe, sondern vielmehr die finanzielle Unabhängigkeit der Tochter. In ihrem Heimatstaat habe diese nämlich bis anhin keine Ausbildung absolviert und auch sonst nicht im dortigen Arbeitsmarkt Fuss fassen können. Zudem habe der Arbeitgeber des Vaters angeboten, die Tochter beschäftigen zu wollen. Daher sei die Tochter zwar im Zeitpunkt des Nachzugs bedürftig gewesen; jedoch hätte später nicht primär der Vater für den Unterhalt der Tochter aufkommen sollen, sondern sie selber. Auch wenn es der Tochter im Rahmen des Nachzuges nicht verwehrt wäre, in der Schweiz eine Tätigkeit auszuüben,

⁴⁴ Zur Auslegung des FZA die Nachweise in Fn. 6.

⁴⁵ S. z.B. BGer 2C_688/2017 vom 29.10.2018; BGer 2C_739/2017 vom 17.4.2018; BGer 2C_71/2016 vom 14.11.2016; BGer 2C_131/2016 vom 10.11.2016 E. 4; BGer 2C_1144/2012 vom 13.5.2013; vgl. auch BGE 136 II 65; BGE 136 II 177; BGE 137 I 284; BGer 2C_767/2013 vom 6.3.2014 E. 3; BGer 2C_574/2020 vom 27.7.2021 (mit Bezug zu Art. 42 Abs. 2 AIG), zum letztgenannten Urteil instruktiv ROVELLI, dRSK vom 19.11.2021.

⁴⁶ S. ansonsten noch BVGer F-1066/2022 vom 14.10.2023; BVGer F-6327/2020 vom 27.6.2023 (im zuletzt genannten Urteil wurde das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs indessen verneint).

⁴⁷ BGer 2C_688/2017 vom 29.10.2018 E. 4.

gehe es um einen «Aufenthalt zu Erwerbszwecken von Drittstaatsangehörigen», der nicht vom FZA erfasst sei.⁴⁸

- Ähnlich erging es einer 28-jährigen kasachischen Staatsangehörigen, welche nach der Annahme der italienischen Staatsangehörigkeit der sich in der Schweiz aufhaltenden Mutter ein Nachzugsgesuch gestellt hatte. Unbestritten war zwar, dass der Tochter Unterhalt gewährt wurde und die Mutter und deren Ehemann über eine geeignete Wohnung verfügten. Zudem wurde festgestellt, dass die Mutter-Tochter Beziehung eine gewisse Intensität aufweise. Nichtsdestotrotz wurde aufgrund sich aus dem vorherigen Verhalten der Tochter ergebender Indizien darauf geschlossen, dass sie mit dem Nachzugsgesuch primär wirtschaftliche Vorteile – und nicht die Vereinigung mit der Familie – anstrebe, so dass ein Rechtsmissbrauch angenommen wurde.⁴⁹
- Ganz auf der Linie dieser Rechtsprechung verneinte das Bundesgericht auch das Nachzugsrecht eines aufenthaltsberechtigten italienischen Staatsangehörigen für seinen nordmazedonischen 24-jährigen Sohn mit der Begründung, Ziel des Familiennachzugs sei die Ermöglichung des tatsächlich gelebten Familienlebens und nicht die Gewährung des Aufenthaltsrechts zur Erwerbstätigkeit drittstaatlicher Familienangehöriger.⁵⁰ Es müsse deshalb ein minimales tatsächliches (soziales) Familienleben zu den nachzuziehenden Angehörigen vorbestanden haben; mit anderen Worten müsse die Beziehung intakt und sachgerecht tatsächlich gelebt worden sein.⁵¹ Zwar dürfe sich die Möglichkeit des Erhalts eines Arbeitsplatzes im Aufnahmemitgliedstaat durch den unterhaltsbedürftigen Nachkommen und der damit einhergehende Wegfall der Unterhaltsbedürftigkeit bei der Abklärung der Unterhaltsbedürftigkeit nicht auswirken.⁵² *In casu* könne der Sohn – sobald er im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung sei – aber als Hilfsmechaniker arbeiten. Im Gegensatz zum Sachverhalt des Urteils *Reyes* des EuGH⁵³ sei die Erwerbstätigkeit daher nicht nur eine zukünftige Möglichkeit, sondern von Anfang an beabsichtigt und zugesichert. Zudem sei der Betroffene mit 24 Jahren in einem Alter, in dem normalerweise ein unabhängiges Leben von den Eltern angestrebt werde. Damit erachtete es das Gericht für entscheidend, dass der Nachzuziehende –

⁴⁸ BVGer F-1461/2017 vom 20.8.2018 E. 5.2.

⁴⁹ BVGer F-4854/2017 vom 2.4.2019 E. 7-9.

⁵⁰ BGer 2C_184/2021 vom 26.8.2021 E. 3.6 mit Verweis auf BGE 139 II 393 E. 2.1; BGer 2C_71/2016 vom 14.11.2016 E. 3.4; BGer 2C_1144/2012 vom 13.5.2013 E. 4.2; BGer 2C_274/2012 vom 8.7.2013 E. 2.2.1.

⁵¹ S. insoweit auch schon BGE 136 II 65 E. 5.2; BGE 136 II 177 E. 3.2.3; vgl. auch BGE 143 II 57 E. 3.8.

⁵² BGer 2C_184/2021 vom 26.8.2021 E. 3.7, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-423/12 (*Reyes*), ECLI:EU:C:2014:16, Rn. 30 f.

⁵³ EuGH, Rs. C-423/12 (*Reyes*), ECLI:EU:C:2014:16.

einmal in der Schweiz – nicht (mehr) unterhaltsbedürftig wäre, da er bereits eine Arbeitsstelle hatte. Zwar räumt Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA den nachgezogenen Familienangehörigen das Recht auf Zugang zur Erwerbstätigkeit ein; jedoch verneinte das Bundesgericht hier letztlich bereits die Voraussetzung der Unterhaltsbedürftigkeit, da diese mit der Übersiedlung in die Schweiz weg falle. Letztlich stellt das Bundesgericht somit darauf ab, dass die Voraussetzung der Unterhaltsbedürftigkeit nicht nur im Herkunftsstaat zum Zeitpunkt der Antragstellung⁵⁴ gegeben sein muss (der grundsätzlich massgebliche Zeitpunkt),⁵⁵ sondern auch jedenfalls zu Beginn des Nachzugs, wobei es letztlich offen bleibt, ob damit eine zusätzliche Voraussetzung aufgestellt bzw. der massgebliche Zeitpunkt relativiert oder ein Rechtsmissbrauch angenommen wird.

Abgesehen von dem Umstand, dass dieser Ansatz der Rechtsprechung der schweizerischen Rechtsprechung in Anbetracht der Rechtslage in der EU – welche ausgehend von den Auslegungsgrundsätzen des Abkommens in Bezug auf die hier interessierende Frage auch für die Auslegung des FZA relevant ist, wie auch das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht betonen – nicht zu überzeugen vermag, illustrieren die skizzierten beispielhaften Urteile auch die mit diesem verbundenen Schwierigkeiten: Letztlich wird auf häufig nur schwer objektivierbare subjektive Elemente – Zweck des Familiennachzugs, familiäre Bindungen, gelebtes Familienleben, u.a.m. – ankommen, welche nur schwer eruierbar sein dürften.

Im Übrigen vermag die Annahme eines Rechtsmissbrauchs in Konstellationen, in welchen die Motivation für den Familiennachzug (möglicherweise) primär nicht darin besteht, die Familienbande intensiver zu leben, sondern andere Aspekte im Vordergrund stehen, nicht zu überzeugen. Denn auf der Grundlage der einschlägigen Urteile des Gerichtshofs⁵⁶ setzt ein Rechtsmissbrauch zum einen voraus, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde, und, zum anderen, subjektiv die Absicht gegeben ist, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Dieses subjektive Element wird jedoch häufig nur schwer nachzuweisen sein und impliziert insbesondere nicht allgemein, dass die Wahrnehmung der vertraglich gewährleisteten Rechte auf

⁵⁴ Vgl. insoweit BGer 2C_688/2017 vom 28.10.2018 E. 3.7, unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-423/12 (Reyes), ECLI:EU:C:2014:16.

⁵⁵ S.o. 2.2.4.

⁵⁶ Siehe insbesondere EuGH, Rs. C-106/16 (Polbud), ECLI:EU:C:2017:804; EuGH, Rs. C-423/15 (Kratzer), ECLI:EU:C:2016:604; EuGH, verb. C-58/13, C-59/13 (Torresi), ECLI:EU:C:2014:2088; EuGH, Rs. C-456/12 (O. und B.), ECLI:EU:C:2014:135; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), ECLI:EU:C:2004:639; EuGH, Rs. C-167/01 (Inspire Art), ECLI:EU:C:2003:512; EuGH, Rs. C-212/97 (Centros), ECLI:EU:C:1999:126.

bestimmten Motiven beruhen muss. Soweit es um die Grundfreiheiten und Rechte auf Familiennachzug geht, wird man hieraus schliessen können, dass ein Rechtsmissbrauch im Unionsrecht wohl im Ergebnis nur unter der Voraussetzung angenommen werden kann, dass eine eigentliche Täuschung über das Vorliegen tatbestandlicher Voraussetzungen vorliegt; auf die Absicht der Berufung auf das eingeräumte Recht kann es hingegen nicht ankommen. Das schlichte «Ausnutzen» günstiger unionsrechtlicher Bestimmungen reicht jedenfalls grundsätzlich nicht aus.⁵⁷

Damit bleibt es dabei, dass die überzeugenderen Gründe dafür sprechen, dass im Falle des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen die Freizügigkeitsrechte sowie die Rechte auf Familiennachzug unabhängig von bestimmten Motivationen geltend gemacht werden können. Denn die Voraussetzungen für das Bestehen eines Aufenthaltsrechts aufgrund des Freizügigkeitsabkommens sind grundsätzlich abschliessend (so dass in Bezug auf den Familiennachzug das Bestehen der verwandtschaftlichen Beziehung sowie ggf. die Unterhaltsgewährung eben genügt) mit der Folge, dass bei Vorliegen derselben ein entsprechendes Recht besteht, dies ungeachtet der Absichten seiner Inanspruchnahme. Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass der EuGH bislang – soweit ersichtlich – einen Rechtsmissbrauch noch nie allein aufgrund des Umstands, dass die Familienbeziehung (noch) nicht hinreichend gelebt werden sei und möglicherweise andere Gründe als die Familienbande (etwa solch wirtschaftlicher Art) das Nachzugsgesuch motivierten, angenommen hat. Fordert man – wie das Bundesgericht – über die nach Art. 3 Abs. 1, 2 Anhang I FZA Anforderungen der verwandtschaftlichen Bande (und ggf. der Unterhaltsgewährung) hinaus allgemein eine Art bereits bestehendes «familiäres Vorleben», ist letztlich eine zusätzliche Voraussetzung zu erfüllen, die zudem noch denkbar unbestimmt ist, fragt es sich doch, welche Intensität der tatsächlich bisher gelebten familiären Beziehung notwendig bzw. ausreichend ist, ganz abgesehen davon, dass die Pflege einer solchen familiären Beziehung aufgrund der Umstände durchaus gewissen tatsächlichen Schwierigkeiten begegnen kann und der Familiennachzug es ermöglichen soll, eine bislang möglicherweise wenig intensiv gelebte familiäre Beziehung zu intensivieren bzw. gar aufzubauen.⁵⁸

Für den hier vertretenen Ansatz spricht auch die Effektivität des Nachzugsrechts von über 21-Jährigen: Diese werden in der Regel eine nicht mehr ganz so enge Beziehung

⁵⁷ Kritisch zu den erwähnten Ansätzen des Bundesgerichts auch z.B. SPESCHA, in: Spescha et al. (Hrsg.), Migrationsrecht, Kommentar, Art. 3 Anhang I FZA, Rn. 8 ff.; s. auch schon EPINEY, dRSK vom 24. Januar 2019.

⁵⁸ Für den hier vertretenen Ansatz spricht auch, dass der Gerichtshof bei anderen vertraglich gewährleisteten Rechten ausschliesslich auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen, nicht jedoch auf die Motive der Wahrnehmung dieser Rechte abstellt, so etwa im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die nicht nur zum Zweck der Arbeitstätigkeit ausgeübt werden darf, sondern auch, um in erster Linie in einem bestimmten Land zu leben oder dort familiäre Bande zu knüpfen. Vgl. EuGH, Rs. C-419/92 (Scholz), ECLI:EU:C:1994:62.

zu ihren Eltern unterhalten wie unter 21-jährige, so dass z.B. eine getrennte Wohnung durchaus häufig sein wird und damit ein eigentlicher Nachweis der gelebten Familienbande schwierig erscheint. Weiter werden sie – soweit sie arbeitsfähig sind – regelmässig eine Erwerbstätigkeit anstreben, ein Umstand, dem Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA (wonach die Nachgezogenen Zugang zur Erwerbstätigkeit haben) auch Rechnung trägt. Da zunächst jedenfalls ein (wirtschaftliches) Abhängigkeitsverhältnis vorausgesetzt wird, ist auch nicht ersichtlich, warum auf diese Weise – so das Bundesgericht⁵⁹ – eine «voraussetzungslose Arbeitsmigration von erwachsenen drittstaatsangehörigen Nachkommen von EU-Angehörigen» statuiert würde. Hinzuweisen ist weiter darauf, dass ein Abstellen auf das Wegfallen der Unterhaltsbedürftigkeit im Falle des Nachzugs im Aufnahmestaat letztlich den grundsätzlich massgeblichen Zeitpunkt (nämlich die Unterhaltsbedürftigkeit im Herkunftsstaat zum Zeitpunkt der Antragstellung) relativierte und zu dem wenig überzeugenden Ergebnis führte, dass die Annahme einer Erwerbstätigkeit bzw. die Aussicht auf eine solche (und das damit einhergehende Wegfallen der Abhängigkeit) zur «Bestrafung» des Betreffenden durch die Verneinung des Nachzugsrechts führte. Auch erscheint ein solcher Ansatz nicht in Einklang mit Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA zu stehen, entbehrte diese Bestimmung doch jeden Sinns, wenn mit der Annahme einer Erwerbstätigkeit oder der Aufnahme derselben im Aufnahmestaat der Verlust des Aufenthalts- bzw. des Nachzugsrechts einherginge.⁶⁰

3 Schluss

Die Ausführungen konnten illustrieren, dass die genaue Reichweite des Rechts auf Familiennachzug in Konstellationen, in welchen dieser von der Unterhaltsgewährung abhängt, zahlreiche Fragen aufwirft, welche teilweise noch einer Klärung durch die Rechtsprechung harren. Im Übrigen dürfte die schweizerische Rechtsprechung nicht in allen Aspekten – insbesondere soweit die Abgeschlossenheit der Voraussetzungen des Familiennachzugs betroffen ist – der Rechtslage in der Union Rechnung tragen und damit letztlich auch zu Rechtsunsicherheiten in diesem Bereich beitragen.

Dessen ungeachtet ist nicht zu verkennen, dass gewisse Aspekte der Ausgestaltung der Familiennachzugsrechte für Personen, denen Unterhalt gewährt wird, durchaus Implikationen entfalten (können), welche möglicherweise beim Rechtsetzungsprozess nicht präsent waren. Dies gilt in erster Linie für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Wegfall der Unterhaltsgewährung auch zum Verlust des Aufenthaltsrechts führt und welche Anforderungen genau an die Unterhaltsgewährung selbst zu stellen sind. Der Rechtsprechung insbesondere des

⁵⁹ BGer 2C_688/2017 vom 29.10.2018.

⁶⁰ S. insoweit auch schon oben 2.2.5.

EuGH sind hier gewisse Präzisierungen zu entnehmen, welche jedoch noch nicht alle Fragen geklärt haben, ganz abgesehen davon, dass gewisse Aspekte – so insbesondere die Rolle der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen – auch umstritten sein mögen. Hier wäre aber ggf. der (Unions-)Gesetzgeber gefordert.