

Jahrbuch für Annuaire du droit Migrationsrecht de la migration

2016/2017

Alberto Achermann
Cesla Amarelle
Martina Caroni
Astrid Epiney
Jörg Künzli
Peter Uebersax
(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Das Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017 befasst sich mit dem Themenkomplex «Einreise und Zulassung» und behandelt zentrale rechtliche Fragen rund um die Regelung der Visumserteilung, der Asylsuche und der Zulassung zum Arbeitsmarkt. Der Band beinhaltet Beiträge zur Rechtsnatur des Visums und zu dem vom Parlament beschlossenen modifizierten Inländervorrang («light»). Vor dem Hintergrund von Diskussionen um ein neues Zulassungsregime in der Schweiz werden in rechtsvergleichender Perspektive Systeme anderer Staaten vorgestellt.

Das Jahrbuch berichtet zudem umfassend über die Praxis schweizerischer und internationaler Gerichte in den vergangenen zwölf Monaten und zeigt die nationalen und internationalen Rechtsentwicklungen im Migrationsrecht von Mitte 2016 bis Mitte 2017 auf.

L'Annuaire du droit de la migration 2016/2017 s'intéresse au thème de « l'entrée et l'admission » et traite de questions juridiques centrales en lien avec la réglementation relative à l'octroi des visas et de l'asile ainsi qu'à l'admission sur le marché du travail. L'ouvrage contient des contributions sur la nature juridique des visas ainsi que sur la préférence nationale (« light ») récemment adoptée par le Parlement. Compte tenu des discussions en Suisse autour d'un nouveau système d'admission, les systèmes d'autres pays sont également présentés dans une perspective comparative.

L'Annuaire présente de manière détaillée l'évolution de la pratique des juridictions suisses et internationales au cours de ces douze derniers mois. Les développements juridiques du droit fédéral et international de la migration intervenus entre le milieu de l'année 2016 et le milieu de l'année 2017 sont ainsi exposés.

Jahrbuch für Migrationsrecht

Annuaire du droit de la migration

2016/2017

Alberto Achermann
Rechtsanwalt und assoziierter Professor an der Universität Bern

Cesla Amarelle
Professeure à l'Université de Neuchâtel

Martina Caroni
Professorin an der Universität Luzern

Astrid Epiney
Professorin an der Universität Freiburg

Jörg Künzli
Professor an der Universität Bern

Peter Uebersax
Professor an der Universität Basel, Gerichtsschreiber
und wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht in Lausanne

(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Umschlaggestaltung: Magma, Bern

Publiziert mit Unterstützung des Staatssekretariats für Migration.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017
www.staempfiverlag.com

© Stämpfli Editions SA Berne · 2017
www.staempfiverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-2774-5

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempfishop.com
sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

Dans notre librairie en ligne www.staempfishop.com,
les versions suivantes sont également disponibles :

Print ISBN 978-3-7272-2773-8
Judocu ISBN 978-3-0354-1454-7

printed in
switzerland



Vorwort

Unter «Zulassung» von Nicht-Staatsangehörigen kann einerseits die legale Einreise in einen Staat verstanden werden, andererseits – und so wird der Begriff im Schweizer Ausländerrecht verwendet – die rechtliche Bewilligung eines längeren Aufenthalts. Bekanntlich hängen die Einreise- und die Zulassungsmöglichkeiten stark von der Nationalität der Einreisewilligen ab: Für Staatsangehörige vieler Staaten besteht eine Visumspflicht, für andere nicht. Für Menschen aus EU/EFTA-Ländern ist die Arbeitnehmereigenschaft der Hauptschlüssel für die Begründung eines Aufenthalts. Welche Bedeutung dabei der neue «Inländervorrang light» haben wird, ist in verschiedenen Punkten noch unklar. Arbeitsuchende Personen aus sog. «Drittstaaten» hingegen müssen eine Vielzahl von Kriterien erfüllen und einem Bedarf der Wirtschaft entsprechen. Ähnliche Mechanismen, wenn auch z.T. mit beträchtlichen Unterschieden, kennen andere (faktische) Einwanderungsstaaten ebenfalls. Auch beim Familiennachzug oder bei der Geburt von Kindern in der Schweiz stellt die Staatsangehörigkeit bzw. der Wohnort der Beteiligten (Nachziehende und Nachgezogene) in Bezug auf ihre Rechtsstellung eine entscheidende Weichenstellung dar. Für Asylsuchende schliesslich bedeutet das Wort «Asyl» bzw. die Stellung eines Asylgesuchs das vorläufige «Sesam-öffne-dich», d.h. die Voraussetzung für die Zulassung zum Asylverfahren.

Die Referate der 13. Schweizerischen Migrationsrechtstage befassen sich aus verschiedenen Optiken mit dem Thema «Einreise und Zulassung» und untersuchen die Bedeutung der Staatsangehörigkeit, allenfalls des Aufenthaltstitels, aber auch der Bedürfnisse der Wirtschaft für die Möglichkeit, in der Schweiz Aufenthalt nehmen zu können. Das Jahrbuch dokumentiert im Weiteren für den Zeitraum von Mitte 2016 bis Mitte 2017 die Rechtsprechung internationaler und nationaler gerichtlicher Instanzen zum Migrationsrecht, zeichnet die wesentlichen Rechtsentwicklungen in der Schweiz auf Kantons- und Bundesebene, in der EU und in weiteren internationalen Gremien nach und enthält eine Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts.

An dieser Stelle danken wir Alexandra Büchler, Martin Hemmi, Joël Olivier Müller und Barbara von Rütte, Assistierende an der Universität Bern, sowie Didier Leyvraz, Assistent an der Universität Neuchâtel, für ihre Mitarbeit bei der Erarbeitung dieses Buches. Ein besonderer Dank gilt dem Staatssekretariat für Migration, das die Herausgabe dieses Jahrbuches wiederum mit einem namhaften Beitrag unterstützt hat.

Bern, im Juli 2017

Alberto Achermann
Martina Caroni
Jörg Künzli

Cesla Amarelle
Astrid Epiney
Peter Uebersax

Préface

Par « admission » de non-nationaux, on peut comprendre soit l'entrée légale dans un Etat ou alors – et c'est ainsi que le conçoit le droit suisse des étrangers –, l'acte juridique autorisant un séjour de longue durée. Il est notoire que les conditions d'entrée et d'admission dépendent fortement de la nationalité des intéressé-e-s : pour les ressortissant-e-s d'un grand nombre d'Etats, il existe une obligation de visa, pour d'autres pas. Pour les personnes venant de pays de l'UE/AELE, la qualité de travailleur/euse est la principale raison justifiant un séjour. A ce sujet, l'impact réel de la nouvelle « préférence indigène light » demeure peu clair sur certains points. Les chercheurs/euses d'emplois des « Etats tiers », pour leur part, doivent remplir de nombreux critères et répondre à un besoin de l'économie. Des mécanismes similaires existent également, quoiqu'avec parfois des différences considérables, dans d'autres Etats d'immigration. Dans les questions de regroupement familial ou de naissance d'enfants en Suisse, la nationalité, respectivement le lieu de domicile, des intéressé-e-s (regroupé/e et regroupant/e) jouent également un rôle décisif. S'agissant finalement des requérant-e-s d'asile, le mot « asile », respectivement le dépôt d'une demande d'asile, représentent le « Sésame ouvre-toi » provisoire, c'est-à-dire la condition de l'admission à la procédure d'asile.

Les exposés des 13^e journées suisses du droit de la migration traitent, dans ces différentes optiques, du thème de « l'entrée et l'admission » et analysent la signification de la nationalité, ou des titres de séjour, mais aussi les besoins de l'économie comme condition à la possibilité de séjourner en Suisse. L'annuaire recense également, pour la période de mi-2016 à mi-2017, la jurisprudence des instances judiciaires internationales et nationales, il montre les évolutions juridiques essentielles au niveau cantonal et fédéral suisse, dans l'UE ainsi que dans certaines instances internationales et contient une bibliographie du droit suisse des migrations.

Nous remercions ici Alexandra Büchler, Martin Hemmi, Joël Olivier Müller et Barbara von Rütte, assistant-e-s à l'Université de Berne, ainsi que Didier Leyvraz, assistant à l'Université de Neuchâtel, pour leur collaboration à l'élaboration de ce livre. Nous remercions également particulièrement le Secrétariat d'Etat aux migrations qui – au travers d'une contribution importante – a une nouvelle fois soutenu la publication de cet annuaire.

Berne, juillet 2017

Alberto Achermann
Martina Caroni
Jörg Künzli

Cesla Amarelle
Astrid Epiney
Peter Uebersax

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

Teil A / Partie A: Referate – Rapports

Einwanderungsrecht und -politik im Vergleich	3
THOMAS GROSS	
Der Familiennachzug im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH	17
GIULIA SANTANGELO	
La « préférence indigène light » et sa compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes	61
VÉRONIQUE BOILLET ET FRANCESCO MAIANI	
La demande d'asile et l'accès à la procédure.....	79
SYLVAIN FÉLIX	
Das Visum: Rechtsnatur und Rechtsformen	117
JULIA HÄNNI	
Die ausländer- und flüchtlingsrechtliche Stellung von in der Schweiz geborenen ausländischen Kindern	149
NADEZHDA NESTERENKO	

Teil B / Partie B: Rechtsprechung – Jurisprudence

La jurisprudence du Tribunal fédéral en droit des étrangers et de la nationalité	189
DIDIER LEYVRAZ	
Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts	211
ALEXANDRA BÜCHLER, MARTIN HEMMI, JOËL OLIVIER MÜLLER UND ALBERTO ACHERMANN	
Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Asylrechts	267
SARAH FREHNER UND SERAINA NUFER	

Die Rechtsprechung der Kantone im Migrationsrecht	325
ALEXANDRA BÜCHLER UND NULA FREI	

Zur Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit – Hinweise	361
BEATE METZ	

Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht	371
SARAH PROGIN-THEUERKAUF, CONSTANTIN HRUSCHKA UND MARGARITE HELENA ZOETEWEIJ-TURHAN	

Die Praxis internationaler Menschenrechtsorgane im Bereich Migrationsrecht	411
MARTINA CARONI UND NICOLE SCHEIBER	

Teil C / Partie C: Rechtsentwicklungen – Développements juridiques

Rechtsentwicklungen in der Schweiz.....	475
BARBARA VON RÜTTE	

Änderungen in der kantonalen Bürgerrechts-, Ausländer- und Asylrechtsgesetzgebung	525
JOËL OLIVIER MÜLLER	

Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz.....	535
ALBERTO ACHERMANN UND MARTIN HEMMI	

Teil D / Partie D: Bibliografie – Bibliographie

Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts 2016/2017.....	581
JOËL OLIVIER MÜLLER	

Abkürzungsverzeichnis – Liste des abréviations.....	593
--	------------

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren und der Herausgeberinnen und Herausgeber – Liste des auteurs et éditeurs	609
--	------------

Teil A Referate

Partie A Rapports

Einwanderungsrecht und -politik im Vergleich*

Thomas Gross

Inhaltsübersicht

I.	Einführung.....	3
II.	Das Einwanderungsland Kanada	5
III.	Die Regelung der Einwanderung in Europa	6
1.	Grossbritannien.....	6
2.	Frankreich	8
3.	Deutschland	9
4.	Österreich.....	13
IV.	Auswertung.....	15

I. Einführung

In der Schweiz gibt es wie in den meisten europäischen Staaten eine erhitzte politische Auseinandersetzung über den Umfang der Einwanderung. Ebenfalls wie die meisten westeuropäischen Länder weist sie einen positiven Wanderungssaldo auf, weil trotz aller Restriktionen der Zuzug von Ausländerinnen und Ausländern nach wie vor höher ist als der Wegzug.¹ Wenn man ein Einwanderungsland rein faktisch als Land mit einem statistischen Netto-wanderungsgewinn definiert, zählt auch die Schweiz in diese Kategorie.² Der starke Anstieg der Flüchtlingszahlen im Jahr 2015 hat diesen Trend in grossen Teilen Europas verstärkt und damit auch die öffentliche Aufmerksamkeit für Migrationsfragen vergrössert. Es handelt sich aber weder um eine neue noch um eine einzigartige Entwicklung, wie nicht zuletzt ein Blick in die wechselhafte Geschichte der schweizerischen Migrationspolitik zeigt.³

* Der Text ist eine stark überarbeitete Fassung eines Beitrags, der 2016 in der ZAR erschienen ist: *Thomas Gross*, Einwanderungspolitiken im Vergleich – Erwartungen an ein Einwanderungsgesetz in Deutschland, in: ZAR 8/2016, S. 262 ff.

¹ *Staatssekretariat für Migration (SEM)*, Statistik Zuwanderung, Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz, März 2017, 1. Quartal 2017, 27.4.2017, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/auslaenderstatistik/monitor/2017/statistik-zuwanderung-2017-03-q1-d.pdf> (zuletzt besucht am 5.5.2017).

² *Martin Schain*, The Politics of Immigration in France, Britain and the United States, 2. Aufl., Basingstoke 2012, S. 2; für die Schweiz: *Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Nicole Scheiber*, Migrationsrecht, 3. Aufl., Bern 2014, S. 25.

³ Überblick bei *Marc Spescha/Antonia Kerland/Peter Bolzli*, Handbuch zum Migrationsrecht, 3. Aufl., Zürich 2015, S. 35 ff.

Man kann den Begriff des Einwanderungslandes aber auch normativ verstehen. In diesem Fall bezeichnet er Länder, in denen der Zuzug aus dem Ausland politisch gewollt ist. Es gehört dann zum Selbstverständnis eines Landes, dass Einwanderung grundsätzlich erwünscht ist. Die traditionellen Einwanderungsländer liegen alle ausserhalb Europas. Insbesondere in den USA, Kanada, Australien, Neuseeland und einigen südamerikanischen Staaten besteht die Mehrheit der Bevölkerung aus Einwanderinnen und Einwanderern oder ihren Nachfahren. Diese Länder fördern nach wie vor die Einwanderung, insbesondere um ihren Arbeitskräftebedarf abzudecken. Dagegen versteht sich in der Gegenwart wohl kein einziges europäisches Land als Einwanderungsland, obwohl es jedenfalls in den meisten westeuropäischen Ländern auch nach den Anwerbestopps der 1970er-Jahre faktisch eine kontinuierliche Nettozuwanderung gibt.

Diese Unterscheidung zwischen einem faktischen und einem normativen Verständnis des Begriffes «Einwanderungsland» hat Auswirkungen auf die Rolle des Rechts. Im ersten Fall reicht es aus, wenn die jeweilige Rechtsordnung den Zuzug von Ausländerinnen und Ausländern ermöglicht. Im zweiten Fall kommt es dagegen darauf an, dass die Gesetze des Landes die Einwanderung aktiv fördern. In welcher Form das geschieht, kann im Detail natürlich unterschiedlich ausgestaltet sein. Es bedeutet wohl gemerkt in keinem Land eine uneingeschränkte Zulassung von ausländischen Arbeitskräften, sondern es geht um eine durchaus gesteuerte, aber dauerhafte Eröffnung einer Einwanderungsoption in einer relevanten Grössenordnung.

Das Recht ist übrigens nur einer von mehreren Parametern, die für die Einwanderung relevant sind. Daneben gibt es weiche Steuerungsfaktoren, wie etwa die Bekanntheit der Sprache, die Informationspolitik gegenüber potentiellen Einwanderern, die Bildungspolitik, die ökonomische Attraktivität eines Landes, aber natürlich auch das gesellschaftliche Klima. Diese Faktoren sind zwar politisch relevant, sie liegen aber ausserhalb des hier betrachteten Feldes des Migrationsrechts im engeren Sinn.⁴

Im Folgenden werden die rechtlichen Grundlagen der Einwanderung in fünf Ländern im Überblick vorgestellt. Im Mittelpunkt steht die Einwanderung zum Zweck der Erwerbstätigkeit. Kanada wurde exemplarisch für die klassischen Einwanderungsländer ausgewählt. Grossbritannien und Frankreich sind stark durch die Zuwanderung aus den früheren Kolonien gekennzeichnet, haben aber eine zunehmend restriktive Politik entwickelt. Deutschland lässt die Erwerbsmigration nach wie vor nur in einigen Teilen des Arbeitsmarktes zu, doch liegen inzwischen zwei Entwürfe für ein neues Einwanderungsgesetz vor. Österreich wurde ausgewählt, weil es vor einigen Jahren ein Punktesystem für die hochqualifizierte Einwanderung eingeführt hat. Neben

⁴ Zum Migrationsfolgenrecht ausführlich: *Daniel Thym, Migrationsfolgenrecht*, in: VVDStRL 76/2017, S. 169 ff.

den Rechtsgrundlagen werden auch statistische Daten berücksichtigt, wobei allerdings die Kategorien nicht immer ganz übereinstimmen.

II. Das Einwanderungsland Kanada

Kanada betrachtet sich traditionell als Einwanderungsland, das seinen Arbeitskräftebedarf auch aus dem Ausland befriedigt. Schon seit dem 19. Jahrhundert gab es jedoch Auseinandersetzungen über die Einwanderung aus Asien, die von Teilen der Bevölkerung aus rassistischen Gründen abgelehnt wurde.⁵ Die daraufhin eingeführten Restriktionen wurden erst in den 1960er-Jahren wieder abgeschafft. In jüngerer Zeit liegen die wichtigsten Herkunfts-länder erneut in Asien.

Aktuelle Rechtsgrundlage ist der *Immigration and Refugee Protection Act*⁶ von 2001. Als erster Zweck wird in Sektion 3 des Gesetzes angegeben: «*to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration*». Unter den weiteren zehn Gesetzeszwecken in Bezug auf die Einwanderung finden sich u.a. der Nutzen für die kanadische Wirtschaft und die öffentliche Sicherheit. Die einzelnen Regelungen werden immer wieder geändert, so dass hier nur ihre Grundstruktur vorgestellt wird.⁷ Unterschieden wird zwischen der dauerhaften Einwanderung (*permanent resident*) und temporären Aufenthaltsrechten, z.B. für Studierende und für zeitlich begrenzt angeworbene Arbeitskräfte. Von den etwa 240'000 neuen Daueraufenthalts-rechten im Jahr 2016 wurden etwa 25% zum Zweck des Familiennachzugs, 55% für die ökonomische Einwanderung und etwa 20% für anerkannte Flüchtlinge vergeben.⁸

Einwanderer für den Arbeitsmarkt werden sowohl von der Bundesregierung wie auch von den Provinzen ausgewählt. Ursprünglich wurde ein rein an den Qualifikationen der Bewerber ausgerichteter Ansatz verfolgt, bei dem es nicht darauf ankam, ob ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt.⁹ Inzwischen gilt

⁵ Dagmar Soennecken, *Studies in Law, Politics and Society*, Vol. 60, Toronto 2013, S. 91 ff.

⁶ Immigration and Refugee Protection Act vom 1.11.2001, S.C. 2001, c. 27, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-2.5/FullText.html> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

⁷ Die folgenden Informationen beruhen auf Angaben, die auf der Webseite [«http://www.immigration.ca/en/»](http://www.immigration.ca/en/) (zuletzt besucht am 26.6.2017) veröffentlicht wurden.

⁸ Statistik abrufbar unter: *Government of Kanada*, Immigration, Refugees and Citizenship Canada, Overview – Quarterly IRCC Updates, <http://open.canada.ca/data/en/dataset/0186868b-a04d-4a0e-962e-bdfbac51bfb3> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

⁹ Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, Das kanadische Express-Entry-System, Berlin 2015, http://www.svr-migration.de/wp-content/uploads/2015/09/kurz-und-b%C3%BCndig_Das-kanadische-Express-Entry-System.pdf (zuletzt besucht am 27.6.2017).

ein Mischsystem. Für die nationale Ebene besteht seit 2015 zusätzlich ein *Express-Entry-System* für ausgebildete Arbeitskräfte. Auswahlkriterien sind neben der Berufsbildung das Niveau der Sprachkenntnisse, die Berufserfahrung, das Alter, das Bestehen eines konkreten Arbeitsplatzangebotes in Kanada sowie die Anpassungsfähigkeit, die durch frühere Aufenthalte in Kanada nachgewiesen werden kann. Ob eine Bewerbung die Anforderungen erfüllt, kann man innerhalb von zwei Tagen durch eine internetgestützte Anfrage herausfinden. Aus den Anträgen werden im Rahmen der festgelegten Kontingente in einem zweistufigen Verfahren diejenigen ausgewählt, die zur Einwanderung eingeladen werden und bei Annahme sofort ein Daueraufenthaltsrecht erhalten. Daneben gibt es die Möglichkeit, dass internationale Studierende nach ihrem Abschluss in Kanada bleiben, um eine Arbeit aufzunehmen. Das Daueraufenthaltsrecht kann nur aufgehoben werden, wenn Gründe der öffentlichen Sicherheit bzw. strafrechtliche Verfehlungen vorliegen oder der zulässige Zeitraum für Auslandsaufenthalte überschritten wurde. Ansonsten ist es bereits nach vier Jahren Aufenthalt möglich, die Einbürgerung zu beantragen.

III. Die Regelung der Einwanderung in Europa

Die Gesetzgeber der europäischen Staaten verwenden selten den Begriff der Einwanderung. Obwohl der von allen Mitgliedstaaten gebilligte Art. 79 AEUV¹⁰ von der Entwicklung einer gemeinsamen Einwanderungspolitik spricht, bestehen nach wie vor erhebliche politische Differenzen, die sich auch in der verwendeten Terminologie niederschlagen. Nur Grossbritannien bezeichnet sein einschlägiges Gesetz als «Einwanderungsgesetz», während in Frankreich, Deutschland und Österreich andere, neutralere Bezeichnungen zu finden sind.

1. Grossbritannien

Grossbritannien war bis zum zweiten Weltkrieg ein Land mit einer Netto-Auswanderung.¹¹ Danach konnte es seinen Arbeitskräftebedarf zunächst durch Zuzüge aus den Ländern des *British Empire* decken, hat aber nie eine aktive Anwerbepolitik betrieben.¹² Schon ab 1962 wurden jedoch Restriktionen eingeführt. 1971 wurden die Privilegien von Angehörigen der anderen

¹⁰ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47.

¹¹ Schain (Anm. 2), S. 125 ff.

¹² Vgl. den historischen Überblick bei Jürgen Bellers/Supriyo Bhattacharya, Grossbritannien, in: Gieler et al. (Hrsg.), Handbuch Europäischer Migrationspolitiken, 2. aktualisierte und erweiterte Aufl., Münster 2013, S. 133 ff.

Commonwealth-Länder weitgehend abgeschafft. In den letzten Jahren erfolgte fast die Hälfte der Einwanderung aus EU-Mitgliedstaaten. Im Jahr 2016 sind etwa 257'000 Drittstaatsangehörige nach Grossbritannien eingereist, um sich mehr als ein Jahr dort aufzuhalten.¹³ Davon wurden etwa 35% der Visa für das Studium, 35% für die qualifizierte Erwerbstätigkeit und 17% für den Familiennachzug erteilt.

Die Grundlagen des britischen Aufenthaltsrechts finden sich im vielfach geänderten Einwanderungsgesetz (*Immigration Act 1971*¹⁴). Es enthält keine allgemeine Zweckbestimmung. Sektion 3 enthält einen allgemeinen Erlaubnisvorbehalt für die Einreise entsprechend den Bedingungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern, und ermächtigt den Innenminister, hierzu nähere Regelungen zu erlassen. Die auf dieser Grundlage veröffentlichten Einwanderungsregeln (*Immigration Rules*)¹⁵ sind praktisch sehr wichtig. Sie definieren sehr detailliert viele verschiedene Kategorien von Aufenthaltszwecken. In Grossbritannien ist der Erstaufenthalt in fast allen Fällen befristet.

Für die Arbeitsmigration wurde im Jahr 2002 ein punktebasiertes System eingeführt, das für verschiedene Gruppen wie Hochqualifizierte, Unternehmer, Investoren, Sportler, Studenten oder Schüler gilt. Die ursprünglich ebenfalls enthaltene Kategorie der unqualifizierten Arbeitskräfte wurde bald wieder abgeschafft. Die Punkte werden im Wesentlichen nach sehr differenzierter Kriterien des britischen Arbeitsmarktbedarfs vergeben.¹⁶ Seit 2010 hat die Regierung für einige Kategorien Obergrenzen festgesetzt. Für die nicht spezifizierte Gruppe der allgemeinen Einwanderung beträgt sie zurzeit 20'700 Plätze pro Jahr. Je nach Kategorie erhält ein erfolgreicher Antragsteller ein Aufenthaltsrecht von einem bis zu fünf Jahren. Nach fünf Jahren Aufenthalt kann ein unbefristetes Aufenthaltsrecht (*indefinite leave to remain*) erteilt werden, das allerdings mit hohen Gebühren verbunden ist.

¹³ Statistiken abrufbar unter: *British Office for National Statistics*, Migration Statistics Quarterly Report: February 2017, 23.2.2017, <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/internationalmigration/bulletins/migrationstatisticsquarterlyreport/feb2017> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

¹⁴ *Immigration Act 1971* vom 28.10.1971, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

¹⁵ *British Government*, A collection of the current Immigration Rules, 29.2.2016 (aktualisiert am 2.3.2017), <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/policyandlaw/immigrationlaw/immigrationrules/> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

¹⁶ Dazu näher *Gina Clayton*, Textbook on Immigration and Asylum Law, 4. Aufl., Oxford 2010, S. 352 ff.

2. Frankreich

Frankreich verstand sich schon seit dem 19. Jahrhundert als Einwanderungsland, v.a. aus demografischen Gründen.¹⁷ Der grösste Teil der aussereuropäischen Einwanderung erfolgt bis heute aus den früheren Kolonien. Im Jahr 1974 wurde die seit 1946 forcierte Förderung der Einwanderung von Erwerbstätigen jedoch beendet, so dass sich die Zahlen deutlich reduzierten.¹⁸ In den letzten Jahren ist die Zahl der an Drittstaatsangehörige vergebenen Aufenthaltstitel kontinuierlich angestiegen. Allerdings kommen dem Familiennachzug (ca. 40%) und der Einreise zum Studium (ca. 30%) grössere Bedeutung zu als der primär arbeitsmarktbezogenen Einwanderung, die jeweils weniger als 10% der erstmals erteilten Aufenthaltstitel ausmachte.¹⁹

Die Rechtsgrundlagen für das französische Ausländerrecht finden sich im Gesetzbuch über Einreise und Aufenthalt von Ausländern sowie das Asylrecht (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*²⁰), das immer wieder geändert wird. Eine allgemeine Zweckbestimmung ist nicht enthalten. Es unterscheidet in Art. L313-6 ff. viele verschiedene Kategorien von befristeten Aufenthaltstiteln (*cartes de séjour temporaires*). Dadurch erfolgt eine Spezialisierung des Aufenthaltstitels je nach der Natur des Aufenthalts.²¹

Insbesondere kann die Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von einem Jahr für verschiedene, näher definierte Arten von Erwerbstätigkeit erteilt werden. Neu eingeführt wurde im Jahr 2016 eine mehrjährige Aufenthaltserlaubnis (*carte de séjour plurianuelle*), die man nach einem Jahr Aufenthalt erhalten kann (Art. L313-17). Voraussetzung ist die Erfüllung von Integrationsverpflichtungen. Bestimmte hochqualifizierte Arbeitskräfte können jedoch schon bei der ersten Einreise eine solche mehrjährige Aufenthaltserlaubnis als «Talentpass» (*passeport talent*) erhalten (Art. L313-20). Eine generelle Arbeitserlaubnis ist erst mit der Niederlassungserlaubnis (*carte de résident*) verbunden, die in der Regel nach fünf Jahren ununterbrochenem

¹⁷ *Marcel Berlinghoff*, Das Ende der «Gastarbeit», Paderborn 2013, S. 269 ff.; *Carsten Keller/Ingrid Tucci*, in: Gieler et al. (Hrsg.), *Handbuch Europäischer Migrationspolitiken*, 2. aktualisierte und erweiterte Aufl., Münster 2013, S. 103 ff.; *Schain* (Anm. 2), S. 39 ff.

¹⁸ *Schain* (Anm. 2), S. 48 ff.

¹⁹ Statistische Angaben abrufbar unter: *Ministère de l'intérieur français*, *Données de l'immigration, de l'asile et de l'accès à la nationalité française*, 16.1.2017, <http://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Donnees-statistiques/Donnees-de-l-immigration-de-l-asile-et-de-l-acces-a-la-nationalite-francaise> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

²⁰ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* vom 11.5.2017, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070158> (zuletzt besucht am 27.6.2017).

²¹ *Xavier Vandendriessche*, *Le droit des étrangers*, 5. Aufl., Paris 2012, S. 80.

Aufenthalt und einem Integrationsnachweis erteilt wird.²² Ihre Gültigkeit beträgt zehn Jahre mit Verlängerungsmöglichkeit (Art. L314-1).

3. Deutschland

Über die Frage, ob Deutschland ein Einwanderungsland ist, wird schon seit Jahrzehnten gestritten.²³ Obwohl Deutschland zweifellos faktisch ein Einwanderungsland ist, zeigt ein genauerer Blick auf die Statistik, dass die ökonomisch erwünschte Einwanderung nur eine geringe quantitative Bedeutung hat.²⁴ Ausländische Arbeitskräfte kommen in erster Linie über die EU-Freizügigkeit nach Deutschland, die 2015 mit über 900'000 fast die Hälfte aller Zuzüge umfasste. Bei den Drittstaatsangehörigen waren Flüchtlinge die grösste Gruppe mit der aussergewöhnlich hohen Zahl von 890'000 Personen, während 93'000 Personen ein humanitäres Aufenthaltsrecht erhielten, wobei der Rückstau der Asylverfahren zu beachten ist. An der zweiten Stelle folgt der Familiennachzug, über den 2015 mehr als 82'000 Personen nach Deutschland kamen. Für Studienzwecke sind etwa 50'000 Personen eingereist. Dagegen haben im Jahr 2015 nur etwa 39'000 Drittstaatsangehörige einen Aufenthaltsstitel zum Zweck der Erwerbstätigkeit erhalten. Davon reisten 6700 mit einer «Blauen Karte EU» für Hochqualifizierte ein. Also ist nur bei etwa 1,5% aller nach Deutschland gekommenen Ausländerinnen und Ausländer die Einreise gezielt zugelassen worden, um einen Bedarf des eigenen Arbeitsmarktes abzudecken.

Weil vielfältige Prognosen über den voraussichtlichen Einwanderungsbedarf davon ausgehen, dass die Zahl der einheimischen Arbeitskräfte deutlich zurückgehen wird, gibt es schon seit vielen Jahren eine politische Diskussion über eine weitere Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes. Obwohl im Bericht der Zuwanderungskommission aus dem Jahr 2001 anerkannt wurde, dass Deutschland ein Einwanderungsland ist,²⁵ enthält das in der Folge verabschiedete Zuwanderungsgesetz kein Bekenntnis zur Einwanderung. In der

²² Ibid., S. 85 ff.

²³ Zur Diskussion *Jochen Oltmer*, Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland, in: Meier-Braun/Weber (Hrsg.), Deutschland Einwanderungsland, 3. Aufl., Stuttgart 2017, S. 73 ff.

²⁴ Die folgenden Angaben sind dem Migrationsbericht 2015 entnommen (*Deutsches Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, Migrationsbericht 2015, https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Migrationsberichte/migrationsbericht-2015.pdf;jsessionid=E2AC2669360F4D0F462BAFAE71B72A5.1_cid359?__blob=publicationFile [zuletzt besucht am 27.6.2017]).

²⁵ *Unabhängige Kommission «Zuwanderung»*, Zuwanderung gestalten, Integration fördern, Berlin 2001, https://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjD85_WluPUAhWF1RoKHdCBDT0QFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.fluechtlingsrat.org%2Fdownload%2Fberkommzusfas.pdf&usg=AFQjCNEfDwuQ1rSIMHayqnvqJlaRsJBLRQ (zuletzt besucht am 29.6.2017), S. 1.

grundlegenden Zweckbestimmung des § 1 Abs. 1 AufenthG²⁶ werden die Steuerung und die Begrenzung des Zuzugs von Ausländerinnen und Ausländern benannt und gerade nicht seine Förderung. Auch in der Sache ist das geltende Aufenthaltsrecht, das sich in seinen Grundstrukturen nicht grundsätzlich von den vorhergehenden gesetzlichen Regelungen unterscheidet, eher auf Abwehr und Kontrolle ausgerichtet. Zwar gab es in den letzten Jahren, auch unter dem Einfluss der EU, einige Änderungen, um die Einreise von hochqualifizierten Arbeitnehmern zu erleichtern. Die Grundtendenz ist aber nach wie vor restriktiv.

Das Aufenthaltsgesetz kennt mehr als fünfzig verschiedene Aufenthaltszwecke. Jeder Aufenthaltszweck ist exklusiv, ein Wechsel ist nur nach behördlicher Genehmigung zulässig. Die Regelungen über die Arbeitsmigration sind unübersichtlich. Nur für bestimmte Fälle der Einreise von hochqualifizierten Arbeitnehmern sind die Voraussetzungen im Gesetz selbst (§§ 18a-21 AufenthG) enthalten. Die allgemeine Vorschrift über die Zulassung ausländischer Beschäftigter in § 18 AufenthG benennt nur eine vage Leitlinie, wonach sie «sich an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen» orientiert. Alle Einzelheiten, insbesondere die gewünschten Berufe sowie die Ausnahmen von der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit, ergeben sich aus der von der Bundesregierung erlassenen Beschäftigungsverordnung. Ergänzend treten allgemeine Verwaltungsvorschriften sowie im Bereich bestimmter Ausbildungsberufe Beschlüsse der Bundesagentur für Arbeit nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BeschV²⁷ hinzu. Diese praktisch ausgesprochen wichtigen Regelungen sind für Laien nicht einfach auffindbar.

Selbst wenn aber die Voraussetzungen einer dieser Vorschriften vorliegen sollten, besteht in der Regel ein Ermessen für die Entscheidung im Einzelfall. Dies gilt insbesondere im Bereich der Arbeitsmigration. Nur in einigen neuen Vorschriften zur Beschäftigung von Hochqualifizierten sind Rechtsansprüche auf eine Aufenthaltserlaubnis eingeführt worden (vgl. §§ 18b, 19a, 20 AufenthG). Bei der allgemeinen beschäftigungsbezogenen Regelung des § 18 AufenthG besteht dagegen sogar ein doppeltes Ermessen, da zwei Behörden zu entscheiden haben, nämlich die Bundesagentur für Arbeit und die Ausländerbehörde. § 39 AufenthG räumt der Bundesagentur für Arbeit ein Ermessen bei der arbeitsmarktpolitischen Prüfung ein.²⁸ In diesem Rahmen bestehen nach § 39 Abs. 4 AufenthG sehr weitreichende Beschränkungsmög-

²⁶ Gesetz vom 30.7.2004 über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG), BGBI. I S. 162.

²⁷ Verordnung vom 6.6.2013 über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (BeschV), BGBI. I S. 1499.

²⁸ Klaus Peter Stiegeler, § 39, in: Hoffmann (Hrsg.), Ausländerrecht, Nomos Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2016, Rn. 8 zu § 39.

lichkeiten in Bezug auf die Dauer der Beschäftigung, die konkrete berufliche Tätigkeit und sogar die Einschränkung auf bestimmte Betriebe oder Bezirke. Zusätzlich hat auch die Ausländerbehörde Ermessen auszuüben, wobei allerdings nur Kriterien berücksichtigt werden dürfen, die nicht arbeitsmarktbezogen sind.²⁹ Eine zusätzliche Ausdifferenzierung erfolgt beim Aufenthalt zur Beschäftigung durch Nebenbestimmungen nach Massgabe von § 18 AufenthG i.V.m. der Beschäftigungsverordnung, die ebenfalls im Ermessen der Behörde stehen. Dadurch kann z.B. der erlaubte Aufenthalt an die Anstellung bei einem bestimmten Arbeitgeber gebunden werden.

Im Wesentlichen eröffnet Deutschland also einen Arbeitsmarktzugang nur für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige oder für bestimmte Mangelberufe wie z.B. im Pflegebereich. Große Bereiche der Erwerbstätigkeit sind damit der Einwanderung praktisch verschlossen. Zudem ist die Aufenthaltserlaubnis meistens an einen konkreten Arbeitsplatz gebunden. Selbst für Inhaber einer «Blauen Karte EU» ist bei einem Arbeitsplatzwechsel innerhalb der ersten zwei Jahre eine behördliche Erlaubnis erforderlich (§ 19a Abs. 4 AufenthG). Hierin zeigt sich die strenge Bedarfsorientierung der ökonomisch motivierten Einreiseerlaubnis.³⁰

Ein wichtiger Aspekt bei der Einordnung, wie einwanderungsfreundlich das deutsche Recht ist, sind die Regelungen über die Verlängerung des Aufenthalts. Eine Analyse des Aufenthaltsgesetzes zeigt, dass es auch nach der Einreise eine Unzahl an Bedingungen und Kontrollen gibt, bevor eine Verfestigung des Aufenthaltes erfolgen kann. Dabei variieren die Regelungen im Detail, so dass hier nur auf die allgemeinen Vorgaben eingegangen werden kann. Da eine Aufenthaltserlaubnis für die Ersteinreise in fast allen Fällen zeitlich befristet ist, muss sie regelmässig mehrfach verlängert werden. In diesem Rahmen prüft die Ausländerbehörde erneut das Vorliegen aller Voraussetzungen, die schon bei der ersten Erteilung nachgewiesen werden mussten (§ 8 Abs. 1 AufenthG). Zusätzlich ist seit einigen Jahren zu prüfen, ob eine Ausländerin oder ein Ausländer einer etwaigen Pflicht zur ordnungsgemässen Teilnahme am Integrationskurs nachgekommen ist (§ 8 Abs. 3 AufenthG). Soweit bei der Ersteinreise ein Ermessensspielraum bestand, besteht er auch bei der Verlängerung, allerdings ist bei zunehmender Aufenthaltsdauer das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.³¹ Diese ersten Jahre nach der Einreise bilden so eine Art «Bewährungsphase».³²

²⁹ Alexandra Sussmann, § 18 AufenthG, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 11. Aufl., München 2016, Rn. 54 zu § 18 AufenthG; Bertold Huber/Ralph Göbel-Zimmermann, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl., München 2008, Rn. 222.

³⁰ Bettina Offer, Der Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion für ein Einwanderungsgesetz, Analyse und kritische Stellungnahme, in: ZAR 1/2017, S. 30.

³¹ BVerfGE 49, 168, 184.

³² Thomas Gross, Das Ausländerrecht zwischen obrigkeitstaatlicher Tradition und menschrechtlicher Herausforderung, in: AÖR 3/2014, S. 428.

Ein spezielles Problem, das in den letzten Monaten besonders deutlich geworden ist, ist die rigide Trennung zwischen der regulären und der Flüchtlingsmigration. Wird ein Asylantrag gestellt, sind andere Aufenthaltstitel in der Regel gesperrt (§ 10 Abs. 1 AufenthG), so dass kein Wechsel in den regulären Aufenthalt möglich ist, selbst wenn ein Arbeitsplatz vorhanden ist. Nach der Ablehnung eines Asylantrags ist eine Regularisierung noch schwieriger, da ein Aufenthaltstitel zu anderen als humanitären Zwecken ausgeschlossen ist, sofern kein Anspruch auf Erteilung besteht (§ 10 Abs. 3 AufenthG).³³ Damit ist insbesondere die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Erwerbstätigkeit nach § 18 AufenthG unmöglich. Erst nach jahrelanger Duldung ermöglichen §§ 18a und 25a AufenthG sozusagen einen Seiteneinstieg in einen Aufenthaltstitel.

Eine Verfestigung des Aufenthaltes durch einen unbefristeten, nicht mehr von Aufenthaltszwecken, Auflagen und Bedingungen abhängigen Titel, die Niederlassungserlaubnis, setzt voraus, dass jemand mindestens fünf Jahre eine Aufenthaltserlaubnis besessen hat und in der Regel nicht weniger als acht weitere Voraussetzungen erfüllt (§ 9 AufenthG). Hierzu zählen insbesondere die eigene Sicherung des Lebensunterhalts, ausreichende Deutschkenntnisse sowie Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung wie auch der Lebensverhältnisse in Deutschland, die insbesondere durch den erfolgreichen Abschluss eines Integrationskurses nachgewiesen werden können. Die Niederlassungserlaubnis wird als eine Art Prämie für eine erfolgreiche ökonomische und soziale Integration verstanden.

Inzwischen liegen zwei neue Vorschläge für ein Einwanderungsgesetz vor. Die SPD-Fraktion im Bundestag hat einen Entwurf vorgelegt, wonach 25'000 Plätze jährlich über ein Punktesystem an akademisch qualifizierte Personen und Fachkräfte mit einer beruflichen Ausbildung vergeben werden, auch ohne konkretes Arbeitsplatzangebot.³⁴ Sie sollen eine Aufenthaltserlaubnis für ein Jahr zur Arbeitsplatzsuche oder für drei Jahre bei Erwerbstätigkeit erhalten, der anschliessend eine Niederlassungserlaubnis folgt. Das Verhältnis dieser neuen Form der Einwanderung zu den bestehenden Regelungen bleibt allerdings unklar. Nach dem Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen soll das Aufenthaltsgesetz in ein Einwanderungsgesetz umgewandelt werden.³⁵ Er schlägt ebenfalls die Einführung eines Punktesystems vor, wobei die Kriterien wie auch die Höhe des Kontingentes jährlich auf

³³ Enge Auslegung bei BVerwG, NVwZ 2016, 458.

³⁴ SPD *Bundestagsfraktion*, Ein Einwanderungsgesetz für Deutschland, 7.11.2016, <http://www.spdfaktion.de/einwanderungsgesetz> (zuletzt besucht am 27.6.2017); s.a. *Offer* (Anm. 30), S. 30 f.

³⁵ BT-Drs. 18/11854 (*Grüne Bundestagsfraktion*, Für ein zukunfts festes und nachhaltiges Einwanderungsgesetz, Pressemitteilung vom 4.4.2017, <https://www.gruene-bundestag.de/presse/pressemitteilungen/2017/april/fuer-ein-zukunfts-festes-und-nachhaltiges-einwanderungsgesetz-04-04-2017.html> [zuletzt besucht am 27.6.2017]).

Vorschlag einer unabhängigen Kommission von der Regierung festgelegt werden sollen. Neben dieser potentialorientierten Einwanderung sollen auch der Zugang zur beruflichen Ausbildung und zum Arbeitsmarkt für Fachkräfte sowie die Verfestigung des Aufenthalts und die Einbürgerung erleichtert werden.

4. Österreich

Österreich hat wie Deutschland in den 1960er-Jahren eine aktive Gastarbeiteranwerbung betrieben und 1975 durch eine konkret bedarfsorientierte Politik ersetzt.³⁶ Heute stammt etwa die Hälfte der ausländischen Bevölkerung aus der EU. 2015 entfielen von den Erstaufenthaltsrechten, die für Drittstaatsangehörige gewährt wurden, 14'900 auf die Familienzusammenführung, 14'400 auf anerkannte Flüchtlinge, 9200 auf Studierende, Forscher u.ä., 700 auf Saisonarbeitskräfte und 1300 auf die dauerhaft Erwerbstätigen.³⁷

Das österreichische Ausländerrecht geht nach wie vor vom Zweck der polizeilichen Überwachung von Fremden aus.³⁸ Eine ausdrückliche gesetzliche Zielbestimmung findet sich allerdings nicht. Die einschlägigen Regelungen sind auf mehrere Gesetze verteilt und häufigen Änderungen unterworfen.³⁹

Zurzeit gibt es nicht weniger als neun verschiedene Aufenthaltstitel (§ 8 Abs. 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz⁴⁰). Das Gesetz unterscheidet zwischen dem vorübergehenden Aufenthalt und der längerfristigen Niederlassung.⁴¹ Als Niederlassung wird jeder tatsächliche oder beabsichtigte Aufenthalt zur Begründung eines Wohnsitzes für länger als sechs Monate im Jahr verstanden (§ 2 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz). Fast alle Aufenthaltstitel sind befristet. Einzige Ausnahme ist der Aufenthaltstitel «Daueraufenthalt – EU», der eine fünfjährige ununterbrochene Niederlassungsberechtigung sowie die Erfüllung einer Integrationsvereinbarung, insbesondere durch den Nachweis ausreichender Deutschkenntnisse, voraussetzt (§ 45 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz). Das österreichische Recht

³⁶ Ilker Ataç, Conditions as Internal Borders: The case of ‘Security of Residence’ for Third-Country Nationals in Austria, in: Schwenken/Russ-Sattar (Hrsg.), *New Border and Citizenship Politics*, Basingstoke 2014, S. 123, 127 f.

³⁷ Angaben aus *Statistik Austria*, Migration und Integration 2016, http://www.statistik.at/web_de/services/publikationen/2/index.html?includePage=detailedView&selectionName=Bev%C3%B6lkerung&pubId=579 (zuletzt besucht am 27.6.2017).

³⁸ Rudolf Feik, Fremdenrecht, in: Bachmann et al. (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., Wien 2016, S. 147.

³⁹ Sebastian Schumacher/Johannes Peyrl/Thomas Neugschwendtner, Fremdenrecht, 4. Aufl., Wien 2012, S. 15.

⁴⁰ Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20004242> (zuletzt besucht am 29.6.2017).

⁴¹ Feik (Anm. 38), S. 173.

bindet wie das deutsche jeden Aufenthaltstitel an einen bestimmten Zweck.⁴² Aus § 19 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz ergibt sich die Pflicht der Ausländerin oder des Ausländer, bereits im Antrag auf den Aufenthaltstitel den Grund des Aufenthalts genau zu bezeichnen. Ein Asylantrag schliesst das Antragsrecht auf einen anderen Aufenthaltstitel grundsätzlich aus.⁴³

Für einige Aufenthaltszwecke, insbesondere für die Familienzusammenführung oder eine Niederlassungsbewilligung ohne Erwerbstätigkeit wird eine jährliche Quote durch Verordnung der Bundesregierung festgelegt (§§ 12, 13 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz). Die Gesamtquote für das Jahr 2017 beträgt 5853 Aufenthaltstitel, die in der Niederlassungsverordnung 2017⁴⁴ detailliert auf die einzelnen Bundesländer und Aufenthaltszwecke verteilt werden. Das Quotensystem ist vom Verfassungsgerichtshof akzeptiert worden, sofern eine sachgerechte Reihenfolge festgelegt wird.⁴⁵

Die Aufnahme einer Beschäftigung durch eine Ausländerin oder einen Ausländer ist grundsätzlich von einer Bewilligung abhängig (§ 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz⁴⁶). Das Gesetz definiert selbst einige Kategorien, bei denen eine solche Bewilligung erteilt werden kann, und kennt außerdem seit 2011 eine «kriteriengeleitete Zulassung von Schlüsselkräften» (§§ 12 ff. Ausländerbeschäftigungsgesetz). Hierbei handelt es sich um ein Punktesystem für besonders hochqualifizierte Ausländerinnen und Ausländer, Fachkräfte in Mangelberufen und sonstige Schlüsselkräfte, die eine rot-weiss-rote Karte erhalten. Das Punktesystem soll eine dauerhafte Zuwanderung in diese Berufe fördern. Die Liste der Mangelberufe wird vom Arbeitsminister in einer Rechtsverordnung festgelegt. Für 2017 sind elf Berufe in der Liste enthalten, gesucht werden überwiegend Handwerker aus technischen Berufen und Ingenieure sowie Gesundheits- und Krankenpfleger/innen.⁴⁷ Dieses Punktesystem,

⁴² Schumacher/Peyrl/Neugschwendtner (Anm. 39), S. 42 f.

⁴³ Gerhard Muzak, Das Asylrecht und seine Wechselwirkungen mit dem Aufenthalts-, Fremdenpolizei- und Grenzkontrollrecht, in: Merli/Pöschl (Hrsg.), Das Asylrecht als Experimentierfeld, Wien 2017, S. 34.

⁴⁴ Verordnung der Bundesregierung, mit der die Anzahl der quotenpflichtigen Aufenthaltstitel und die Höchstzahlen der Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigte Fremde und Erntehelfer für das Jahr 2017 festgelegt werden (NLV 2017), BGBI. II Nr. 389/2016, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20009734> (zuletzt besucht am 29.6.2017).

⁴⁵ VfSlg. 14.191/1995; dazu Feik (Anm. 38), S. 177.

⁴⁶ Bundesgesetz vom 20.3.1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (AuslBG), BGBI. Nr. 218/1975, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008365> (zuletzt besucht am 29.6.2017).

⁴⁷ Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mit der für das Jahr 2017 Mangelberufe für die Beschäftigung von ausländischen Fachkräften festgelegt werden (Fachkräfteverordnung 2017), BGBIA Nr. 2016 II 423, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgbIAAuth/BGBLA_2016_II_423/BGBLA_2016_II_423.pdf (zuletzt besucht am 29.7.2017).

das nicht in die Quotenfestlegung einbezogen ist, regelt somit den Zugang zu einem beschäftigungsbezogenen Aufenthaltstitel. Die rot-weiss-rote Karte gilt wie alle Aufenthaltstitel zunächst für zwölf Monate, unter besonderen Voraussetzungen für drei Jahre (§ 20 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz).

IV. Auswertung

In den Rechtsgrundlagen der Migrationssteuerung wie auch in ihrer Umsetzung und ihren faktischen Konsequenzen zeigen sich deutliche Unterschiede. Die Komplexität der einschlägigen Vorschriften ist allerdings in allen Ländern gross.

Nur der kanadische Gesetzgeber bekennt sich ausdrücklich zum Nutzen der Einwanderung, während in Deutschland Steuerung und Begrenzung als Zweckbestimmung normiert worden sind. In den anderen Ländern fehlt eine klare legislative Zielvorgabe. Alle europäischen Länder sehen so viele Restriktionen für die arbeitsmarktbezogene Einwanderung vor, dass sie quantitativ deutlich hinter der Migration zu anderen Einreisezwecken zurückbleibt.

Inzwischen gibt es mit der *Blue Card* und ergänzenden nationalen Regelungen verstärkte Bemühungen, hochqualifizierte Arbeitskräfte anzuwerben. Die Regelungen in Frankreich und Deutschland setzen auf eine Einzelfallprüfung ohne quantitative Vorgaben. Dagegen steuern Grossbritannien und Österreich die erwerbsbezogene Einwanderung durch ein Punktesystem, das allerdings auf bestimmte Segmente des Arbeitsmarktes beschränkt ist. In Grossbritannien besteht zudem für die nicht spezifizierte Kategorie eine Kontingentierung. Dies entspricht der Schweizer Praxis der Begrenzung der Zulassung zum Aufenthalt mit dem Zweck der Erwerbstätigkeit aufgrund von Art. 20 AuG^{48, 49}. Wenn man die jährlichen Aufnahmekoten der drei europäischen Länder im Verhältnis zu ihrer Bevölkerungszahl betrachtet, so liegen sie alle um mehr als den Faktor 10 hinter Kanada.

In allen untersuchten europäischen Ländern erhalten drittstaatsangehörige Arbeitskräfte, anders als die Einwandernden in Kanada, zunächst nur ein befristetes Aufenthaltsrecht, von wenigen Ausnahmen in Deutschland abgesehen. Dies gilt auch für Grossbritannien und Österreich, die den im Rahmen ihrer Punktesysteme ausgewählten Drittstaatsangehörigen zunächst nur einen befristeten Aufenthaltstitel gewähren, der erst nach frühestens fünf Jahren in ein Daueraufenthaltsrecht überführt werden kann. Die gleiche Mindestfrist gilt für die Niederlassungserlaubnis in Deutschland und Frankreich sowie für die Daueraufenthaltserlaubnis in der EU. In der Schweiz beträgt die Regelfrist für die Niederlassungsbewilligung sogar zehn Jahre (Art. 34 AuG).

⁴⁸ Bundesgesetz vom 16.12.2005 über Ausländerinnen und Ausländer (AuG), SR 142.20.

⁴⁹ Dazu *Caroni/Grasdorf-Meyer/Ott/Scheiber* (Anm. 2), S. 111 f.

In der aktuellen deutschen Diskussion wird manchmal der Eindruck erweckt, als würde die Einführung eines Punktesystems mit Quoten das Land sofort zu einem Einwanderungsland machen. Wie ein Blick über die Grenzen zeigt, kommt es aber sehr auf seine Ausgestaltung an. Wenn die Auswahlkriterien eng gefasst sind und das Kontingent klein gehalten wird, kann man nicht von einer wirklichen Öffnung für die Einwanderung sprechen.

Die normative Anerkennung einer faktischen Einwanderungssituation muss breiter ansetzen und insbesondere den frühzeitigen Übergang in ein Dauer-aufenthaltsrecht und in die nationale Staatsangehörigkeit umfassen. Die Bedeutung weicher Steuerungsmassnahmen darf ebenfalls nicht unterschätzt werden, wenn ein dauerhafter Anstieg der Einwanderung angestrebt wird. Das Image eines Landes kann man nicht allein durch ein paar Seiten in einem Gesetzblatt ändern. Notwendig ist ein Gesamtkonzept zur Förderung der Einwanderung. Es würde nicht nur die ökonomische Attraktivität eines Landes steigern und die internationale Verflochtenheit der Arbeitsmärkte anerkennen, sondern auch ein Integrationssignal an die bereits eingewanderten Drittstaatsangehörigen senden. Ob dafür allerdings politische Mehrheiten zu gewinnen sind, ist in Europa heute fraglicher denn je.

Der Familiennachzug im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH

Giulia Santangelo*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	18
II.	Grenzüberschreitender Sachverhalt	18
	1. Grundlagen	18
	2. Tatsächliche Sachverhaltselemente	19
	3. Mehrfache Staatsangehörigkeit.....	23
	4. Kernbereichsdoktrin	31
III.	Persönlicher Anwendungsbereich	33
	1. Arbeitnehmende.....	33
	2. Selbständig Erwerbstätige.....	35
	3. DienstleistungserbringerInnen und -empfängerInnen.....	35
	4. Nichterwerbstätige	36
IV.	Voraussetzungen für den Familiennachzug	37
	1. Familienangehörige	37
	2. «Begleiten oder nachziehen» bzw. «Wohnung nehmen»	38
	3. Gewährung von Unterhalt.....	39
	4. Ausreichende Mittel und Krankenversicherung	40
	5. UnionsbürgerInnen und Drittstaatsangehörige	41
	6. Öffentliche Sicherheit und Ordnung.....	42
	7. Akzessorietät des Freizügigkeitsrechts	42
V.	Familienangehörige	44
	1. Eheleute	44
	2. Verwandte in absteigender Linie	47
	3. Verwandte in aufsteigender Linie.....	49
	4. «Umgekehrter Familiennachzug».....	50
	5. Weitere Familienangehörige.....	59
VI.	Schlusswort.....	59

* Die Autorin dankt Rechtsanwalt Julius Longauer für die sorgfältige Durchsicht und wertvollen Hinweise sowie Prof. Dr. Alberto Achermann für die Unterstützung.

I. Einleitung

Auf das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU¹ kann sich berufen, wer sich zur Ausübung der durch das Abkommen gewährten Freizügigkeitsrechte in einen anderen Vertragsstaat begibt. Sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, können auch Familienangehörige von freizügigkeitsberechtigten Personen aus dem Abkommen Rechte ableiten. Die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens erfolgt durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) einerseits und das Bundesgericht andererseits. Unter Heranziehung und Gegenüberstellung der beiden Rechtsprechungen wird der Hauptfokus des vorliegenden Referats auf den Familiennachzug im Freizügigkeitsrecht gelegt. Die Rechtsprechung des EuGH wird insofern dargelegt, als sie für die Beurteilung der schweizerischen Rechtsprechung massgebend ist oder das Bundesgericht in seiner Praxis darauf Bezug genommen hat.

Nachfolgend werden zunächst die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens in sachlicher (II.) und persönlicher (III.) Hinsicht eingehender untersucht. Sodann wird auf die weiteren Voraussetzungen, die zur Ausübung des Rechts auf Familiennachzug erfüllt sein müssen, Bezug genommen (IV.). Abschliessend beleuchtet der Beitrag mögliche Nachzugskonstellationen (V.).

II. Grenzüberschreitender Sachverhalt

1. Grundlagen

Nationale Rechtsordnungen sind als Folge der räumlich begrenzten staatlichen Souveränität grundsätzlich territorial organisiert. Die Regelungskompetenz der einzelnen Staaten endet an ihren Grenzen. Zuständigkeitsfragen ergeben sich, sobald der im Einzelfall zu regelnde Sachverhalt räumliche Be-fürührungspunkte zu mehr als einer (nationalen) Rechtsordnung aufweist.² Es gilt dann die Kollision aufzulösen, indem ermittelt wird, zu welcher der betroffenen Rechtsordnungen die entscheidende Beziehungsnähe besteht. Ein ähnliches Kollisionsproblem besteht, wenn zusätzlich völkerrechtliche oder supranationale Regelungen hinzutreten.

¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999 (FZA), SR 0.142.112.681.

² Im Kontext der EU s. André Lippert, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht – Eine Analyse anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Kontrollkompetenzen, Tübingen 2013, S. 6 f.

Aus rechtlicher Sicht dient die Bestimmung des grenzüberschreitenden Sachverhalts in erster Linie der *Bestimmung des anwendbaren Rechts*³, denn ein rein innerstaatlicher Sachverhalt führt zur Anwendung des nationalen Rechts.⁴ Auf politischer Ebene stellt hingegen die staatliche *Souveränität* einen zentralen Aspekt dar.⁵

Soweit das EU-Recht oder das Freizügigkeitsabkommen günstigere Rechte gewähren als das innerstaatliche Recht, haben die Betroffenen ein Interesse an einem möglichst weiten Verständnis des grenzüberschreitenden Bezugs und damit einhergehend an dem Zurückdrängen der nationalstaatlichen Souveränität in den jeweiligen Rechtsbereichen.⁶

Die Rechtsprechung des EuGH zum «hinreichenden Gemeinschaftsbezug» umfasst die vier Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft. Sie beinhaltet zahlreiche und komplexe Fallkonstellationen. Dabei lässt sie sich nicht auf einzelne Ansätze eingrenzen, sondern tangiert querschnittartig zahlreiche Aspekte der Europäischen Union.⁷ Vor diesem Hintergrund wird die schweizerische Rechtsprechung mit der Herausforderung konfrontiert, den in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens «passenden» Teil der Praxis des EuGH zu finden. Davon ausgeschlossen dürften jene Entscheide des EuGH sein, der Konzepte zugrunde liegen, die dem Freizügigkeitsabkommen fremd sind.⁸

2. Tatsächliche Sachverhaltselemente

Ein grenzüberschreitender Anknüpfungspunkt kann vorliegen, wenn im konkreten Fall die tatsächlichen Elemente des Sachverhaltes über die Landesgrenzen hinausweisen. Dabei muss das tatsächliche Sachverhaltselement durch die Tätigkeit einer *originär berechtigten Person*⁹ vermittelt werden.¹⁰

³ In Bezug auf das Unionsrecht, *ibid.*, S. 202.

⁴ Vgl. BGE 129 II 249 E. 4.2; *Christina Schnell*, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz: Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich 2010, S. 135.

⁵ Vgl. *Ferdinand Wollenschläger*, Aktuelle Fragen der EU-Personenfreizügigkeit, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010*, Bern 2010, S. 3 ff., S. 16 f.; *Alberto Achermann*, Migration und Völkerrecht, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005*, S. 89 ff., S. 89 f.

⁶ Vgl. *Martina Caroni*, in: Caroni/Gächter/Thurnherr (Hrsg.), *SHK Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Bern 2010, Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 21.

⁷ Vgl. *Lippert* (Anm. 2), S. 7.

⁸ Siehe BGE 130 II 113 E. 6.2 ff.

⁹ Im vorliegenden Zusammenhang gelten als originär berechtigt Personen, deren Rechte sich direkt aus dem Freizügigkeitsabkommen ableiten. Dies im Unterschied zu den derivativ berechtigten Personen, die ihre Rechte von einer originär berechtigten Person ableiten. Derivativ berechtigt sind Familienangehörige.

In der Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen von Relevanz waren bis anhin der physische Grenzübertritt und der in der Vergangenheit liegende Grenzübertritt (sog. Rückkehrer-Fälle).

a) Tatsächlicher Gebrauch der Freizügigkeitsrechte durch grenzübergreifende Mobilität

Die Vorschriften über die Personenfreizügigkeit regeln die Freiheit eines Verhaltens unter einem bestimmten wirtschaftlichen Aspekt.¹¹ Da der grenzüberschreitende Bezug auch im Bereich der Personenfreizügigkeit über die betroffene Person vermittelt wird¹², gelangen die Freizügigkeitsbestimmungen – sowohl im EU-Recht als auch im Freizügigkeitsabkommen – zur Anwendung, wenn die originär berechtigte Person tatsächlich Gebrauch von den in den entsprechenden Bestimmungen gewährten Rechten macht.¹³ Die Ratio hinter dem Konstrukt des grenzüberschreitenden Bezugs ist bei den «primären» Freizügigkeitsrechten einfach: Durch Gewährung der Freizügigkeitsrechte definiert das Freizügigkeitsabkommen gleichzeitig die Anforderungen an den grenzüberschreitenden Sachverhalt. Die Inanspruchnahme eines Freizügigkeitsrechts konstituiert den geforderten Mobilitätsbezug. Die Voraussetzung des tatsächlichen Gebrauchs impliziert einen tatsächlichen physischen Grenzübertritt, sodass die rein hypothetische Aussicht auf Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit noch keinen hinreichenden Bezug herstellt.¹⁴

b) Rückkehr in den Heimatstaat

Grundsätzlich kann sich eine Person gegenüber dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, nicht auf die vertraglich garantierten Freizügigkeitsrechte berufen. Einen Spezialfall bildet die Konstellation, bei der eine Person,

¹⁰ Vgl. hierzu *Dirk Martin Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt in der Rechtsprechung des EuGH und deren Auswirkung auf die Freizügigkeit der Unionsbürger, Diss., Frankfurt a.M. 2011, S. 54.

¹¹ *Ibid.*, S. 53.

¹² *Ibid.*

¹³ Siehe *Caroni*, in: SHK-AuG (Anm. 6), Vorbemerkungen zu Art. 42-52, Rn. 20; *Martina Caroni et al.*, Migrationsrecht, 3. Aufl., Bern 2014, S. 198 f.; *Astrid Epiney/Andrea Faeh*, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, S. 49 ff., S. 57; *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Heidelberg 2012, S. 484 Rn. 1451; EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Urteil vom 15.12.1995, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 89 m.w.H.; BGE 136 II 120 E. 3.2.1; Bger 2C 49/2009 vom 2.2.2009 E. 3.1. Vgl. in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-527/06, *Renneberg*, Urteil vom 16.10.2008, ECLI:EU:C:2008:566, Rn. 36 m.w.H.

¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-40/11, *Iida*, Urteil vom 8.11.2012, ECLI:EU:C:2012:691, Rn. 77 m.w.H.