

Der freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_471/2022 vom 20. Dezember 2023

Sophie Dukarm¹

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht: *Sophie Dukarm*, Der freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_471/2022 vom 20. Dezember 2023, Digitaler Rechtsprechungskommentar (dRSK) vom 4. April 2024. Es ist möglich, dass die in der dRSK publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Das Bundesgericht hatte sich zur Frage zu äussern, ob einer Staatsangehörigen aus einem EU-Mitgliedstaat, die zuletzt auf der Basis eines Rahmenvertrages arbeitete und ergänzend Sozialhilfe bezog, die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zwecks Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zu verlängern ist. Es verneinte diese Frage, wies die Beschwerde ab, und ging dabei nur spärlich auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmereigenschaft ein. Insbesondere im Lichte der Rs. Kempf des EuGH vermag das Urteil nicht zu überzeugen.

Sachverhalt und Vorgeschichte

(1) Der Ausgangssachverhalt des Urteils betrifft eine polnische Staatsangehörige, die Beschwerdeführerin 1, die im Kanton Aargau erstmals am 22. April 2009 eine bis am 30. April 2014 befristete Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zwecks Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit erhielt. Dieselbe Aufenthaltsbewilligung wurde ihr nach einem Kantonswechsel in den Kanton Zürich vom dortigen Migrationsamt erteilt und bis zum 30. April 2015 zur Stellensuche verlängert, nachdem die Beschwerdeführerin bis am 10. Juni 2013 gearbeitet hatte. Seit dem 1. Februar 2014 bezieht die Beschwerdeführerin 1 Sozialhilfe. Im Dezember 2015 kam ihr Sohn, der Beschwerdeführer 3, zur Welt.

(2) Am 26. Januar 2017 entsprach das Migrationsamt einem Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin 1 (unter dem Vorbehalt der erneuten Überprüfung ihrer finanziellen Situation in einem Jahr) um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, nachdem es ein zuvor gestelltes Gesuch abgewiesen hatte. Grund für die Gutheissung des Wiedererwägungsgesuchs war, dass die Beschwerdeführerin 1 inzwischen eine Stelle auf dem ersten Arbeitsmarkt

¹ Für hilfreiche Kommentare dankt die Autorin Prof. Astrid Epiney.

innehatte. Im September 2017 kam ihre Tochter, die Beschwerdeführerin 2, zur Welt. Die Überprüfung im Januar 2018 ergab, dass die Beschwerdeführerin 1 einer Erwerbstätigkeit nachging und ergänzend mit Sozialhilfe unterstützt wurde. Folglich wurde von ausländerrechtlichen Massnahmen abgesehen. Der Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung vom 15. April 2020 zur Stellensuche wurde vom Migrationsamt jedoch abgewiesen; auch die hiergegen erhobenen kantonalen Rechtsmittel blieben erfolglos. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragten die Beschwerdeführenden in der Folge, das Migrationsamt des Kantons Zürich anzuweisen, ihre Aufenthaltsbewilligungen zu verlängern. Während der Hängigkeit der Beschwerde erteilte das Migrationsamt der Beschwerdeführerin 1 eine Aufenthaltsbewilligung mit dem Vermerk „Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit“ und bewilligte den „Familiennachzug“ der Kinder. Die Beschwerdeführenden hielten gleichwohl an der Beschwerde fest.

(3) Die nachfolgenden Ausführungen und die anschliessende Kommentierung gehen nur insofern auf das Urteil des Bundesgerichts ein, als darin das Vorliegen des Arbeitnehmerstatus‘ der Beschwerdeführerin 1 verneint wird.

Das Urteil des Bundesgerichts

(4) Zunächst überprüfte das Bundesgericht, ob der den Beschwerdeführenden entstandene Nachteil durch die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht durch die zwischenzeitige Erteilung der Aufenthaltsbewilligung behoben und daher ihr schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Urteils weggefallen war. Es bejahte dabei ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin 1 insofern, als der ihr bewilligte Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit mit einer prekäreren Rechtsstellung verbunden sei als derjenige der Arbeitnehmerin. Dasselbe gelte für das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführenden 2 und 3, insofern ihr Aufenthalt von ihrer Mutter, der Beschwerdeführerin 1, abgeleitet sei (E. 1.3.).

(5) Folglich war zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin 1 ein Aufenthaltsanspruch als Arbeitnehmerin gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA zukommt. Die Auslegung des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs und des damit verbundenen Status erfolgt in Übereinstimmung mit der unionsrechtlichen Rechtsprechung, wie sie bis zum 21. Juni 1999 bestand (Art. 16 Abs. 2 FZA). Neuere Entscheide des EuGH berücksichtigt das Bundesgericht im Interesse einer parallelen Rechtslage, soweit keine triftigen Gründe dagegen sprechen (E. 3.1.).

(6) Das Bundesgericht bestätigte im Ergebnis die Beurteilung der Vorinstanz, welche das Vorliegen einer echten wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinn des freizügigkeitsrechtlichen

Arbeitnehmerbegriffs verneint hatte, auch weil die sozialrechtlichen Unterstützungsleistungen die generierten Einkünfte bei Weitem übertrafen (E. 3.5.). Es geht davon aus, dass die Beschwerdeführerin 1 spätestens im Januar 2021, 1.5 Jahre nach der krankheitsbedingten Beendigung ihrer Anstellung Mitte 2019, den Arbeitnehmerstatus mangels Aussichten auf eine neue Stelle verloren hatte (E. 3.6.1.).

(7) Zu prüfen war jedoch die Frage, ob die Beschwerdeführerin 1 den Arbeitnehmerstatus gestützt auf den Rahmenvertrag mit der H. AG, den sie am 1. Januar 2021 eingegangen war, wieder erlangt hatte. Auch hierbei schloss sich das Bundesgericht den Erwägungen der Vorinstanz an, indem es ausführte, dass die Einsätze der Beschwerdeführerin 1 in qualitativer und quantitativer Hinsicht insgesamt nicht über der Schwelle lagen, die praxisgemäss überschritten sein muss, um eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit anzunehmen. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin 1 ab Herbst 2021 teilweise unfall- bzw. krankheitsbedingt ausfiel, fällt – so das Bundesgericht – nicht massgeblich ins Gewicht, zumal die Beschwerdeführerin 1 auch in den Sommermonaten zuvor (Juni, Juli und August 2021) keine, und im Januar 2021 nur sehr geringe Einsätze vorweisen konnte. Zudem erachtete es das Bundesgericht mit der Vorinstanz als zulässig, den umfangreichen Bezug der Unterstützungsleistungen durch die Beschwerdeführende in die Gesamtbetrachtung einfließen zu lassen (E. 3.6.3).

Kommentar

(8) Bemerkenswert erscheint, dass das Bundesgericht bei der Beurteilung der Wiedererlangung der Arbeitnehmereigenschaft gestützt auf den Rahmenvertrag vom 1. Januar 2021 auf hierfür wichtige Leitentscheidungen des EuGH – u.a. die Rs. *Raulin* (EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin / Minister van Onderwijs en Wetenschappen* ECLI:EU:C:1992:87) und die Rs. *Kempf* (EuGH, Rs. C-139/85, *Kempf / Staatssecretaris van Justitie*, ECLI:EU:C:1986:223) – nur indirekt eingeht. Zwar verweist es auf BGE 131 II 339 betreffend „working poor“, unterlässt es indes, sich mit den in den Urteilen des Luxemburger Gerichtshofs entwickelten Grundsätzen im Einzelnen auseinanderzusetzen. Es stellt sich hierbei die Frage, ob das vorliegende Urteil mit den Präzisierungen des Arbeitnehmerbegriffs, die der EuGH in seiner Rechtsprechung vorgenommen hat, vereinbar ist.

(9) Das Bundesgericht hat es versäumt die Erwägungen der Rs. *Raulin* auf die vorliegende Beschwerde anzuwenden, dies, obgleich auch diesem Urteil des EuGH ein Rahmenvertrag, ein „Vertrag auf Abruf“, zugrunde lag. Der EuGH hielt darin fest, der Begriff des Arbeitnehmers sei nach ständiger Rechtsprechung „nicht eng auszulegen“ und folgerte, dass das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses „auf Abruf“ grundsätzlich die Arbeitnehmereigenschaft nicht

ausschliesst (EuGH, Rn. 10, 11). Zwar könne das geringe Ausmass der tatsächlich geleisteten Arbeit ein Anhaltspunkt für untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten sein, die nicht unter den Arbeitnehmerbegriff fallen. Auch stehe dem innerstaatlichen Gericht bei der Beurteilung des Vorliegens einer echten und tatsächlichen Tätigkeit ein gewisser Beurteilungsspielraum mit Bezug auf die Unregelmässigkeit und die beschränkte Dauer der geleisteten Arbeit zu. Demgegenüber könne das Gericht gegebenenfalls auch den Umstand berücksichtigen, dass sich der Betroffene zur Arbeit auf Abruf des Arbeitgebers zu Verfügung halten müsse (EuGH, Rn. 14).

(10) Es ist fraglich, ob eine Tätigkeit von durchschnittlich 52,3 Stunden pro Monat bei Berücksichtigung der Monate Januar, Februar, März, April, Mai und September wirklich als untergeordnet und unwesentlich charakterisiert werden kann – dies umso mehr mit Blick auf die von der Beschwerdeführenden 1 parallel geleistete Kindererziehung und vorübergehenden krankheits- und unfallbedingten Arbeitsunfähigkeiten. Auch die Unterbrechung während der Sommermonate spricht m.E. nicht *per se* für die Unregelmässigkeit der Tätigkeit, zumal die Beschwerdeführerin 1 trotz diverser tatsächlicher Hindernisse während neun von zwölf Monaten im Jahr 2021 einen Einsatz für das Unternehmen leistete und das Arbeitsverhältnis auch trotz aller Unregelmässigkeiten auf eine gewisse Dauer angelegt war (vgl. auch Calliess/Ruffert/Brechmann AEUV Art. 45 Rn. 16). Zudem weist die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin Lohnfortzahlungen für Krankheit bzw. Unfalltaggelder von Oktober bis Dezember 2021 in Anspruch nehmen konnte (E. 3.6.2.) nach der Rechtsprechung des EuGH darauf hin, dass trotz geringem Umfang von Arbeitszeit und Entgelt von einer tatsächlichen und echten Tätigkeit ausgegangen werden kann (vgl. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff/Eisendle AEUV Art. 45 Rn. 78).

(11) All diese Erwägungen, die für die Abgrenzung einer die Arbeitnehmereigenschaft begründenden Tätigkeit von einer unwesentlichen und untergeordneten Tätigkeit massgeblich sind, wurden vom Bundesgericht durch blossen Verweis auf die bisherige Rechtsprechungspraxis ausgeblendet, ohne dass ersichtlich wäre, inwiefern die einzelnen Beurteilungselemente berücksichtigt wurden. Eine eingehende Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH wäre jedoch schon im Hinblick auf die einheitliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs, der weder im Recht der Union noch im FZA definiert wird, geboten gewesen. Schliesslich darf auch nicht das in ständiger Rechtsprechung vom EuGH betonte *weite Verständnis der Arbeitnehmereigenschaft* ausser Acht gelassen werden, weshalb die Arbeitnehmereigenschaft nur nach einer Gesamtschau aller Beurteilungselemente, verneint werden darf (vgl. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff/Eisendle AEUV Art. 45 Rn. 78).

(12) Abgesehen von der spärlichen Begründung hinsichtlich der Arbeitsqualität und -quantität bezog das Bundesgericht auch die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Grundsätze beim Bezug von Sozialhilfe und dessen Auswirkung auf den Arbeitnehmerstatus nicht ein. Für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft ist die Tatsache, dass ein Einkommen unter dem Existenzminimum liegt, nämlich irrelevant (vgl. EuGH, Rs. C-53/81, Levin / Staatssecretaris van Justitie, ECLI:EU:C:1982:105). Ebensovienig hindert der *ergänzende* Bezug von staatlichen Sozialleistungen zwecks Bestreitung des Lebensunterhalts die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nicht, auch wenn die Betroffene nur eine tatsächliche und echte *Teilzeitbeschäftigung* ausübt. (EuGH, Rs. *Kempf*, Rn. 14). Das Bundesgericht räumte im vorliegenden Urteil zwar grundsätzlich ein, die umfangreichen Unterstützungsleistungen schlossen die Arbeitnehmereigenschaft nicht aus, schützte im Ergebnis aber die vorinstanzliche Berücksichtigung der Unterstützungsleistungen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung und den hieraus gezogenen Schluss der Vorinstanz, die Arbeitstätigkeiten der Beschwerdeführerin 1 seien *keine* „echte wirtschaftliche Tätigkeit“ (E. 3.6.3.). Die entsprechende Folgerung erscheint im Lichte der ständigen Rechtsprechung des EuGH fragwürdig, da gemäss dieser der ergänzende Bezug von Sozialhilfe für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft keine Rolle spielen darf.

(13) Auch wenn die Ausführungen des Bundesgerichts zum Vorliegen einer echten, wirtschaftlichen Tätigkeit mit Blick auf seine bisherige Rechtsprechung nicht gänzlich unvertretbar erscheinen (selbst wenn aus den Erwägungen nicht hervorgeht, dass sich das Bundesgericht mit den speziellen Gegebenheiten – wie oben unter (10) beschrieben – hinreichend auseinandergesetzt hätte), fehlt im Urteil vor allem eine eingehende Berücksichtigung der in der Rs. *Kempf* entwickelten Grundsätze. Insofern die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin 1 staatliche Unterstützungsleistungen bezogen hat, für die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft ausschlaggebend war, vermag das Urteil nicht zu überzeugen.