

# **Verbleiberecht aufgrund des FZA bei dauernder Arbeitsunfähigkeit**

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_134/2019 vom 12. November 2019 (BGE-Publikation vorgesehen)

*Astrid Epiney*

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

**Astrid Epiney, Verbleiberecht aufgrund des FZA bei dauernder Arbeitsunfähigkeit. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_134/2019 vom 12. November 2019, 4 S., Digitaler Rechtsprechungskommentar (dRSK) vom 22. Januar 2020.**

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

*Das Bundesgericht hatte sich zur Frage zu äussern, ob einem Arbeitnehmer aus einem EU-Mitgliedstaat bei einer dauernden Arbeitsunfähigkeit ein Verbleiberecht zusteht. Es kam in Auslegung des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit zum Schluss, dass es hierfür nicht genüge, wenn die Person nur in ihrem angestammten Beruf nicht mehr tätig sein kann; notwendig sei vielmehr, dass sie gar keiner zumutbaren Arbeit mehr nachgehen kann. Dieser Ansatz lässt sich durchaus begründen, wobei die Erwägungen des Bundesgerichts aber nicht durchwegs überzeugen. Darüber hinaus sind auch noch einige Fragen offen (die jedoch in dem Urteil nicht geklärt werden mussten).*

## **Sachverhalt**

(1) Der Ausgangssachverhalt des Urteils betrifft einen portugiesischen Staatsangehörigen, dem aufgrund seiner Tätigkeit als Arbeitnehmer erstmals 2004 eine fünfjährige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt wurde, die in der Folge mehrere Male verlängert wurde. Allerdings wurde er zwischenzeitlich in seinem angestammten Beruf arbeitsunfähig (wobei sich aus dem Urteil weder der Beruf noch die genauen Umstände ergeben); ein Antrag auf eine IV-Rente wurde hingegen abgelehnt, da er in einer angepassten Tätigkeit weiterhin voll arbeitsfähig sei.

(2) Daraufhin lehnte das Migrationsamt des Kantons Luzern es im Jahr 2017 ab, die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu verlängern. Wegen fehlender beruflicher Tätigkeit bestehe keine Arbeitnehmereigenschaft mehr, und die Voraussetzungen des Verbleiberechts seien nicht erfüllt. Die hiergegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht Luzern wurde abgewiesen.

## Das Urteil des Bundesgerichts

(3) Im Ergebnis verneinte (auch) das Bundesgericht ein Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers, da die Voraussetzungen für ein Verbleiberecht nach Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b S. 1 VO 1251/70 wegen fehlender dauernder Arbeitsunfähigkeit im Sinne dieser Bestimmung nicht gegeben seien.

(4) Ausgangspunkt der Erwägungen ist die Feststellung, dem Beschwerdeführer könne kein Aufenthaltsrecht aufgrund seiner Arbeitnehmereigenschaft zukommen, da er diese mangels fortbestehender Erwerbstätigkeit verloren habe. Nicht problematisiert wird (da diese Frage offenbar auch nicht bestritten war), ob dem Beschwerdeführer eventuell aufgrund aus dem Umstand, dass er auf der Suche nach einer (neuen) Stelle ist, ein Aufenthaltsrecht ableiten könnte (vgl. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA).

(5) Damit war entscheidend, ob sich der Beschwerdeführer auf der Grundlage des Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b S. 1 VO 1251/70 auf ein sog. Verbleiberecht berufen konnte. Auf dieser Grundlage kommt nämlich Arbeitnehmern, die im Zuge „dauernder Arbeitsunfähigkeit“ ihre Beschäftigung aufgeben, das Recht zu, im Aufnahmestaat zu verbleiben, dies soweit sich der Betreffende dort seit mindestens zwei Jahren ständig aufgehalten hat (wobei diese minimale Dauer im Falle eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit, aufgrund derer ein Rentenanspruch entstanden ist, nicht verlangt wird).

(6) Das Bundesgericht verneinte das Vorliegen einer dauernden Arbeitsunfähigkeit im Sinne der zitierten Bestimmung: Eine dauernde Arbeitsunfähigkeit liege nur vor, wenn nicht nur die Tätigkeit im angestammten Beruf, sondern auch in einer zumutbaren angepassten (anderen) Tätigkeit nicht mehr möglich sei; vorliegend habe die IV-Stelle jedoch festgestellt, dass der Betroffene in einer angepassten Tätigkeit zu 100 Prozent arbeitsfähig sei. Dabei konnte sich das Bundesgericht nicht auf die Rechtsprechung des EuGH (die – so das Bundesgericht zutreffenderweise, unter Anknüpfung an seine diesbezügliche bisherige Rechtsprechung – zu berücksichtigen gewesen wäre) beziehen, da dieser die Frage (noch) nicht zu entscheiden hatte:

(7) Unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung (wonach für die Beurteilung der dauernden Arbeitsunfähigkeit in der Regel auf die Abklärungen und die Beurteilung der zuständigen IV-Stelle abzustellen sei, so BGE 141 II 1 E. 4.2.1, und eine von der IV-Stelle attestierte Fähigkeit zur Ausübung einer *angepassten Tätigkeit* der Annahme einer dauernden

Arbeitsunfähigkeit entgegenstehe, vgl. BGer 2C\_1034/2016 vom 13.11.2018 E. 4.1) führte das Bundesgericht im Einzelnen in E. 4.6 – 4.9 folgendes aus:

- Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit sei zwar in vielen Bereichen arbeitsplatzbezogen; jedoch sei dies nicht immer der Fall, wie sich aus einigen nationalen Rechtsvorschriften ergebe (E. 4.6).
- Der Umstand, dass Art. 2 Abs. 1 lit. b VO 1251/70 auf die Arbeitsunfähigkeit und nicht auf den Invaliditätsgrad Bezug nimmt, ändere nichts daran, dass in Analogie zum Sozialversicherungsrecht bei länger andauernder Arbeitsunfähigkeit auch zumutbare Tätigkeiten in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich zu berücksichtigen seien, sofern keine gesundheitlichen Gründe den Betreffenden hindern, einer angepassten Tätigkeit nachzugehen.
- Besonders ins Gewicht fielen teleologische Erwägungen: Nichts deute darauf hin, dass das Freizügigkeitsabkommen Wanderarbeitnehmern, die in ihrem angestammten Beruf nicht mehr arbeiten können, ein allgemeines Verbleiberecht einräume. Vielmehr könne ein Wanderarbeitnehmer nicht davon ausgehen, im Aufnahmestaat immer die gleiche Arbeit verrichten zu können (E.4.7).
- Zu berücksichtigen sei weiter, dass Personen mit Verbleiberecht Arbeitnehmern (weitgehend) gleichgestellt sind, so dass sie insbesondere auch Anspruch auf Sozialhilfe haben. Werde der Begriff der dauernden Arbeitsunfähigkeit arbeitsplatzbezogen ausgelegt, könnten Wanderarbeitnehmer, die nicht mehr in ihrem angestammten Beruf arbeiten können, grundsätzlich nach spätestens zwei Jahren einen zeitlich unbegrenzten Anspruch auf Sozialhilfe in der Schweiz erwerben. Dies stehe aber nicht mit dem Sinn der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Einklang, der in der Integration in den einheimischen Arbeitsmarkt zu sehen sei, wobei jedoch kein Anspruch auf eine bestimmte Tätigkeit begründet werde. Vielmehr sei es dem Betreffenden zuzumuten, sich um eine angepasste Arbeit zu bemühen (E.4.9).

## **Kommentar**

(8) Das Bundesgericht legt somit den Begriff der dauernden Arbeitsunfähigkeit im Sinne einer dauernden allgemeinen *Erwerbsunfähigkeit* aus. Für diesen Ansatz spricht tatsächlich Sinn und Zweck des Verbleiberechts: Letztlich geht es darum zu vermeiden, dass Personen, die als Wanderarbeitnehmer in den Aufnahmestaat gekommen sind, allein wegen der Unmöglichkeit, weiterhin arbeitstätig zu sein, das Land verlassen müssen. Kann eine Person aber noch arbeitstätig sein, wenn auch nicht in ihrem angestammten Beruf, so ist kein Grund ersichtlich, warum das Verbleiberecht greifen soll. Dieses kommt im Übrigen auch dann nicht zum Zug, wenn jemand arbeitslos wird; auch diesen Personen wird zugemutet, eine andere Tätigkeit zu

suchen, unter Einschluss von Tätigkeiten, die sich vom angestammten Beruf unterscheiden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum für eine Person, die nicht mehr in ihrem angestammten Beruf arbeiten kann, aber in einer *angepassten* Tätigkeit weiterhin voll arbeitsfähig ist, etwas anderes gelten soll als für (unfreiwillig und unverschuldet) arbeitslos gewordene Personen.

(9) Gewisse Aspekte der Begründung des Bundesgerichts sind jedoch zumindest missverständlich:

- So erscheint der Hinweis auf den Bedeutungsgehalt der «Arbeitsunfähigkeit» im schweizerischen Recht *a priori* wenig hilfreich, geht es doch um die Auslegung von Unionsrecht, auf das das Freizügigkeitsabkommen verweist. Das Unionsrecht ist aber autonom auszulegen, und eine Anknüpfung an Begrifflichkeiten oder Bedeutungsgehalte des nationalen Rechts verbietet sich. Immerhin erfolgt der Hinweis aber mit Bezug auf den vermeintlich klaren Wortlaut der Vorschrift.
- An der Sache vorbei geht der Hinweis auf den Anspruch auf Sozialhilfe für Personen mit Verbleiberecht: Der Umstand, dass eine bestimmte Auslegung der Tragweite eines Rechts als Rechtsfolge einen (zeitlich unbegrenzten) Anspruch auf Sozialhilfe nach sich zieht, ist *per se* kein Grund für eine enge Auslegung des Rechts als solches. Vielmehr ist der Anspruch auf Sozialhilfe Ausdruck der gesetzlichen Wertung, in bestimmten Konstellationen entsprechende Rechte einzuräumen. So gehen das Unionsrecht und – an dieses anknüpfend – das Freizügigkeitsabkommen eben davon aus, dass Arbeitnehmer und ihnen gleich gestellte Personen (wie solche mit Verbleiberecht) einen diskriminierungsfreien Zugang zu sozialen Vergünstigungen haben. Hieraus eine enge Auslegung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen diese Rechte zum Zuge kommen, abzuleiten, erscheint vor diesem Hintergrund verfehlt. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang im Übrigen, dass gerade der Begriff des Arbeitnehmers in der Rechtsprechung des EuGH sehr weit ausgelegt wird.

(10) Nicht erörtert hat das Bundesgericht die Frage nach dem *massgeblichen Zeitpunkt für den Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bzw. die Feststellung derselben*. Immerhin ist klar, dass jedenfalls die Entscheidung der IV-Stellen abzuwarten ist. Im Übrigen ist Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA zu beachten, wonach eine gültige Aufenthaltserlaubnis nicht allein deshalb entzogen werden darf, weil der Betreffende keine Beschäftigung mehr hat. Damit kann die zuständige Behörde im Falle einer (festgestellten) Arbeitsunfähigkeit jedenfalls eine bestehende Aufenthaltserlaubnis nicht widerrufen. Weiter wird man wohl aus der Effektivität des Verbleiberechts ableiten können, dass ein Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis solange fortbesteht, wie die Frage nach der dauernden Arbeitsunfähigkeit nicht (rechtskräftig) festgestellt bzw. entschieden ist.

(11) Gänzlich ungeklärt – auch in der Literatur – scheint die Frage, ob im Falle einer nur teilweisen (dauernden) Arbeitsunfähigkeit ein Verbleiberecht bestehen kann. Im hier angezeigten Urteil musste sich das Bundesgericht hierzu nicht äussern, war der Betreffende doch in einem angepassten Tätigkeitsfeld zu 100% arbeitsfähig. Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 lit. b S. 1 VO 1251/70 gibt hier keinen Aufschluss, ebensowenig wie Art. 17 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie), der die Verordnungsbestimmung aufgreift. Diese Frage stellt sich übrigens unabhängig davon, ob man dem Ansatz des Bundesgerichts folgt oder zwischen Arbeitsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit unterscheidet; beides kann jeweils teilweise vorliegen. Sinn und Zweck des Verbleiberechts ist es, arbeits- bzw. erwerbsunfähigen Personen zu ermöglichen, unter gewissen Voraussetzungen im Aufenthaltsstaat zu verbleiben, auch wenn sie gezwungen sind, wegen der dauernden Arbeitsunfähigkeit ihre bisherige Beschäftigung aufzugeben. Dies spricht dafür, dass grundsätzlich auch eine nur *teilweise Arbeitsun- bzw. Erwerbsunfähigkeit* ein Verbleiberecht zu begründen vermag. Auch dann ist der Wanderarbeitnehmer nämlich regelmässig mit der Schwierigkeit konfrontiert, die bisherige oder eine angepasste Tätigkeit aufgrund der Arbeitsunfähigkeit nicht mehr uneingeschränkt ausüben zu können. Im Übrigen spielt auch hier der «Sicherheitsaspekt» (ein gewisses Vertrauen auf die Möglichkeit des Verbleibs im Aufenthaltsstaat trotz beeinträchtigter Arbeitsfähigkeit) einer gewisse Rolle, ein Aspekt, der für die Freizügigkeitsberechtigten auch zum Zeitpunkt der Entscheidung, ob sie von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch machen wollen, relevant sein kann, so dass auch die Effektivität der Freizügigkeitsrechte für den hier vertretenen Ansatz spricht. Eine Ausnahme könnte allenfalls dann in Betracht zu ziehen sein, wenn die Teilarbeitsunfähigkeit völlig unbedeutend ist (unter 10-20 %; insofern ist auch ein Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich bemerkenswert, in dem dieses ohne weitere Diskussion davon ausgeht, dass eine *Erwerbsunfähigkeit* von rund 50 % ein Verbleiberecht zu begründen vermag, vgl. Verwaltungsgericht Zürich, VB.2019.00316, Urteil vom 11.12.2019).

(12) Zu beachten ist im Übrigen, dass auch Teilzeitbeschäftigte grundsätzlich Arbeitnehmer sind, die daher auch aufgrund der Arbeitnehmereigenschaft ein Aufenthaltsrecht haben. Die Frage nach dem Verbleiberecht ist aber vor dem Hintergrund relevant, als dieses unabhängig von einer weiteren Erwerbstätigkeit besteht.

(13) Wie erwähnt, wurden weder die in dem Urteil des Bundesgerichts behandelten noch die in diesem Zusammenhang offenen Fragen der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts bzw. des Freizügigkeitsabkommens in der Rechtsprechung des EuGH bislang thematisiert. Da die in dem Urteil relevanten Vorschriften aber im Unionsrecht aufgrund ihrer Übernahme in die RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) weiterhin Bestand haben, könnte sich auch der EuGH in Zukunft zu diesen Fragen zu äussern haben. Nach den für die Auslegung des

Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätzen (die auch vom Bundesgericht in seinem Urteil bekräftigt werden) wäre die einschlägige Rechtsprechung des EuGH auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten.