

Verbleiberecht aufgrund des FZA bei teilweise dauernder Arbeitsunfähigkeit

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_108/2020 vom 19. Juli 2020

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Verbleiberecht aufgrund des FZA bei teilweise dauernder Arbeitsunfähigkeit. Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_108/2020 vom 10. Juli 2020, 4 S., Digitaler Rechtsprechungskommentar (dRSK) vom 5. Oktober 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 bzw. unter welchen Voraussetzungen einem Arbeitnehmer aus einem EU-Mitgliedstaat im Falle einer teilweise dauernden Arbeitsunfähigkeit ein Verbleiberecht zusteht. Es verneinte diese Frage, wies aber gleichzeitig darauf hin, dass im Falle der Unmöglichkeit einer echten und tatsächlichen Tätigkeit sowie der Unzumutbarkeit der Aufnahme einer Arbeitstätigkeit gleichwohl ein Verbleiberecht anzunehmen sei. Dieser Ansatz lässt sich durchaus begründen, wobei die Erwägungen des Bundesgerichts doch einige Fragen aufwerfen.

Sachverhalt und Vorgeschichte

(1) Der Ausgangssachverhalt des Urteils betrifft einen deutschen Staatsangehörigen, dem aufgrund seiner Tätigkeit als Arbeitnehmer 2010 eine fünfjährige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt wurde. 2011 erlitt er einen Arbeitsunfall, und seitdem geht er keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Da die Unfallversicherung zunächst Leistungen verweigerte, war er während rund drei Jahren (mit Unterbrüchen) auf Sozialhilfe angewiesen. 2015 wurden ihm Taggelder für die Absolvierung einer beruflichen Wiedereingliederungsmassnahme zugesprochen, und er begann eine einjährige Handelsausbildung; seine (inzwischen abgelaufene) Aufenthaltsbewilligung wurde um einige Monate verlängert. Aus gesundheitlichen Gründen brach er allerdings die Ausbildung ab und war wieder auf staatliche Unterstützungsleistungen angewiesen.

(2) Daraufhin lehnte es das zuständige Migrationsamt im Jahr 2016 ab, die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu verlängern. Während des anschliessenden Rechtsmittelverfahrens entschied die Ausgleichskasse, der Beschwerdeführer habe ab dem 1.11.2018 Anspruch auf eine halbe Invalidenrente. Im Gegensatz zur zuständigen Direktion,

die das Rechtsmittel abwies, folgte das Verwaltungsgericht Zürich dem Antrag des Beschwerdeführers und lud das Migrationsamt ein, die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern. Das Staatssekretariat für Migration gelangte hiergegen mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Das Urteil des Bundesgerichts

(3) Zunächst geht das Bundesgericht davon aus, dass dem Beschwerdeführer jedenfalls kein Aufenthaltsrecht aufgrund seiner Arbeitnehmereigenschaft zukomme, da er diese mangels fortbestehender Erwerbstätigkeit verloren habe. Nicht problematisiert wird (da diese Frage offenbar auch nicht bestritten war), ob der Beschwerdeführer eventuell 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).

(4) Folglich war zu prüfen, 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 (E. 4). Danach kommt Arbeitnehmern, die im Zuge „dauernder Arbeitsunfähigkeit“ ihre Beschäftigung aufgegeben haben, das Recht zu, im Aufnahmestaat zu verbleiben, soweit sich der Betreffende seit mindestens zwei Jahren ständig dort aufgehalten hat (wobei diese minimale Dauer im Falle eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit, aufgrund derer ein Rentenanspruch entstanden ist, nicht verlangt wird).

(5) Konkret war damit zu entscheiden, ob eine solche dauernde Arbeitsunfähigkeit auch dann anzunehmen sein kann, wenn die betreffende Person noch teilweise arbeitsfähig ist (wie dies vorliegend – wegen der nur zu 50 % bestehenden Invalidität – der Fall war). Das Bundesgericht verneinte – im Gegensatz zur Vorinstanz – diese Frage, dies unter Hinweis auf seine jüngere Rechtsprechung, wonach eine Person sich auch im Fall der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Tätigkeitsfeld um eine Arbeit in einem alternativen Berufsfeld bemühen müsse, so dass Arbeitsunfähigkeit letztlich im Sinne von *Erwerbsunfähigkeit* ausgelegt wird (vgl. BGE 146 II 89, hierzu Astrid Epiney Verbleiberecht aufgrund des FZA bei dauernder Erwerbsunfähigkeit, dRSK vom 22.1.2020). Es stützte sich hierbei auf folgende Überlegungen:

- Die Umsetzung des Art. 17 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie), der die hier einschlägige Verordnungsbestimmung aufgreift, in Deutschland weise in diese Richtung (E. 4.3.3).
- Es sei sodann nur kohärent bzw. ergebe sich aus teleologischen Erwägungen, dass auch bei einer nur teilweisen Erwerbsunfähigkeit eine Pflicht, sich um eine angemessene Arbeitstätigkeit zu bemühen, angenommen werde (E. 4.3.4).

- Der (vom Bundesgericht anerkannte) Schutz des Vertrauens des Arbeitnehmers darauf, bei Erwerbsunfähigkeit im Aufnahmestaat verbleiben zu können, gehe nicht soweit, ihn von der Pflicht zur Suche einer neuen (Teilzeit-) Arbeitsstelle zu befreien (E. 4.3.5).

(6) Anders lägen die Dinge jedoch, wenn die verbleibende Erwerbsfähigkeit so gering sei, dass keine berufliche Tätigkeit mehr möglich sei, die eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit erlaube. Diesfalls nimmt das Bundesgericht offenbar eine dauernde Erwerbsunfähigkeit an, mit der Folge des Bestehens eines Verbleiberechts (E. 4.3.4).

(7) Ebenso sei ein Verbleiberecht zu bejahen, wenn dem Betroffenen nicht zugemutet werden könne, eine Arbeitstätigkeit aufzunehmen, trotz nur teilweise bestehender Erwerbsunfähigkeit. Bei der Frage nach der Zumutbarkeit seien verschiedene Faktoren zu berücksichtigen, wie das Alter und die Aussicht, im Arbeitsmarkt nochmals Fuss zu fassen. Ein allfälliger Rentenbescheid könne hier Hinweise geben, sei jedoch nicht ausschlaggebend (E. 4.4).

(8) Da die Vorinstanz die Frage nach der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht abgeklärt habe, wurde die Sache an diese zurückgewiesen.

Kommentar

(9) Das Bundesgericht wies insbesondere die Ansicht der Vorinstanz zurück, welche betont hatte, es sei wenig schlüssig, dass nur geringfügig beschäftigten Personen – sofern sie eine echte und tatsächliche Tätigkeit ausüben und damit als Arbeitnehmer anzusehen sind – ein Aufenthaltsrecht zukomme, während dies bei teilweise Erwerbsunfähigen aufgrund des Verbleiberechts nicht der Fall sein solle. Auch wenn diese Erwägungen der Vorinstanz auf den ersten Blick einleuchten, sprechen doch auf den zweiten Blick gute Gründe dafür, dass sie im vorliegenden Zusammenhang nicht ausschlaggebend sein können. Die Natur bzw. der Hintergrund eines Aufenthaltsrechts aufgrund einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist ein völlig anderer als derjenige des Verbleiberechts: Während es bei Arbeitnehmern um das primär gewährleistete Freizügigkeitsrecht geht, steht beim Verbleiberecht der „Begleitcharakter“ in dem Sinn im Vordergrund, dass die Effektivität der Freizügigkeit gefördert werden soll, indem Personen nicht deshalb von der Wahrnehmung ihrer Rechte abgehalten werden sollen, weil sie im Falle der Erwerbsunfähigkeit „automatisch“ das Land verlassen müssten. Hinzu kommt ein gewisser sozialer Charakter des Verbleiberechts. Insoweit sind die Erwägungen der Vorinstanz in der Tat keineswegs zwingend.

(10) In der Sache geht das Bundesgericht zwar allgemein davon aus, dass eine nur teilweise Erwerbsunfähigkeit keine „dauernde Arbeitsunfähigkeit“ im Sinne der einschlägigen Bestimmungen des FZA bzw. des Unionsrechts begründe (es sei denn, der verbleibende Teil der Erwerbsfähigkeit erlaube nicht die Aufnahme einer echten und tatsächlichen Tätigkeit). Allerdings relativiert das Bundesgericht diesen Grundsatz, indem es gleichwohl ein Verbleiberecht bejaht, sofern die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit dem Betroffenen nicht zumutbar sei, wobei auch ihre Aussichten, im *konkreten Arbeitsmarkt* wieder eine Stelle finden zu können, von Bedeutung seien. Damit begründete eine Teilerwerbsunfähigkeit eben doch ein Verbleiberecht bzw. gälte eine solche unter diesen Voraussetzungen als dauernde Arbeitsunfähigkeit im Sinne der einschlägigen Vorschriften des FZA. Der Ansatz des Bundesgerichts dürfte insofern weniger „kategorisch“ sein, als auf den ersten Blick erscheinen mag.

(11) Ob und inwieweit er sich von der Ansicht der Verfasserin unterscheidet (die in einem früheren Beitrag formulierte, vieles spreche dafür, dass auch eine nur teilweise Erwerbsunfähigkeit „grundsätzlich“ ein Verbleiberecht begründen könne, vgl. Astrid Epiney Verbleiberecht aufgrund des FZA bei dauernder Erwerbsunfähigkeit, dRSK vom 22.1.2020, Rn. 11), hängt letztlich davon ab, wie die Frage der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit beantwortet wird bzw. nach welchen Kriterien diese zu bestimmen ist. Hier bleiben die Ausführungen des Bundesgerichts leider aber etwas vage und lassen einige Fragen offen:

- So fragt es sich zunächst, ob sich die Zumutbarkeit auf die Pflicht zur Stellensuche oder auf die teilweise Arbeitstätigkeit als solche bezieht: Während im Falle der Unzumutbarkeit einer Arbeitstätigkeit auch die Stellensuche nicht zumutbar ist, ist der umgekehrte Schluss weniger zwingend, ist es doch denkbar, dass die Stellensuche trotz grundsätzlicher Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit unzumutbar ist, dies z.B. weil von vornherein keine oder eine vernachlässigbare Chance besteht, bei der Suche erfolgreich zu sein. Vieles spricht dafür, dass die Unzumutbarkeit der Stellensuche ausreichend sein muss; namentlich deuten auch die Erwägungen des Bundesgerichts in diese Richtung, wo es auf die Aussichten, im konkreten Arbeitsmarkt eine Stelle zu finden, Bezug nimmt.
- Damit wird letztlich entscheidend sein, wie dieses Kriterium ausgelegt wird. Die Voraussetzungen für das Vorliegen der Zumutbarkeit bleiben indes vage, was der Rechtssicherheit abträglich ist.
- Schliesslich ist unklar, ob ein Verbleiberecht auch dann bestehen kann, wenn der Betroffene sich redlich um eine Stelle bemüht und möglicherweise auch abstrakt Erfolgsaussichten bestehen, die Stellensuche aber tatsächlich erfolglos bleibt.

(12) Trotz dieser offenen Fragen scheint der Ansatz des Bundesgerichts nachvollziehbar: Sinn und Zweck des Verbleiberechts besteht nämlich darin 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 nur teilweise und nicht in ihrem angestammten Beruf, so ist kein Grund ersichtlich, ihr zwingend ein Verbleiberecht zu gewähren. 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.

(13) Zu begrüßen wäre allerdings, wenn das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit die aufgeworfenen Fragen einer (zumindest teilweisen) Klärung zuführte. M.E. wäre hier auch zu berücksichtigen, dass im Falle einer Teilerwerbsunfähigkeit der auch vom Bundesgericht anerkannte Schutz des Vertrauens der Betroffenen, im Falle einer dauernden Erwerbsunfähigkeit im Aufnahmestaat zu bleiben, dafür spricht, bei der Zumutbarkeit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, dies umso mehr, als gerade eine *teilweise* Erwerbsunfähigkeit – ggf. kombiniert mit anderen Faktoren – die Aussicht, eine Teilzeitbeschäftigung zu finden, erheblich reduziert. In diesem Sinn könnte es sich anbieten, mit dem Bundesgericht zwar davon auszugehen, dass eine nur teilweise bestehende Erwerbsunfähigkeit grundsätzlich nicht „automatisch“ zu einem Verbleiberecht führt, ein solches jedoch dann zu bejahen, wenn die Betroffenen trotz redlicher Suche nach einer Beschäftigung innert nützlicher Frist keine Stelle finden; dies zumindest bei Personen mit 50%iger (oder höherer) Erwerbsunfähigkeit.

(12) Das Bundesgericht konnte sich nicht auf die Rechtsprechung des EuGH (die nach der diesbezüglichen bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu berücksichtigen gewesen wäre) beziehen, da dieser die Frage (noch) nicht zu entscheiden hatte. 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 (gerade auch aufgrund der erwähnten Umsetzung in Deutschland). Nach den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätzen (die auch vom Bundesgericht in seinem Urteil bekräftigt werden) wäre die einschlägige Rechtsprechung des EuGH diesfalls auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten.

