

## **BGE 147 II 35**

Bundesgericht (BGE), 2020-07-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_147 II 35](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_II_35)

FR: ATF 147 II 35

IT: DTF 147 II 35

### **Regeste**

Regeste Art. 4 Anhang I FZA; Art. 2 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70; Verbleiberecht des Wanderarbeitnehmers (Auslegung des Begriffs der "dauernden Arbeitsunfähigkeit"). Der Begriff der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" ist nicht arbeitsplatzbezogen auszulegen; sie liegt nicht vor, wenn dem Arbeitnehmer durch einen Arbeitsunfall zwar die bisherige Tätigkeit verunmöglicht wird, ihm die Aufnahme einer alternativen Berufstätigkeit jedoch zugemutet werden kann. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Arbeitnehmer nur teilweise arbeiten kann. "Dauernde Arbeitsunfähigkeit" ist in solchen Fällen nur dann gegeben, wenn die verbleibende Restarbeitsfähigkeit keine beruflichen Aktivitäten mehr ermöglicht, die einer qualitativ und quantitativ echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit gleichkommen oder dem Arbeitnehmer die Aufnahme einer solchen Tätigkeit nicht zugemutet werden kann (E. 4).

### **Erwägungen**

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA (SR 0.142.112.681) erhält ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist und mit einem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mindestens einem Jahr einget, eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis (EU/EFTA-B-Bewilligung). Diese wird automatisch um mindestens fünf Jahre verlängert. Bei der ersten Verlängerung kann die Gültigkeitsdauer beschränkt werden, wenn der Inhaber seit mehr als zwölf aufeinanderfolgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist; die Dauer der Bewilligungsverlängerung darf ein Jahr nicht unterschreiten. Nach Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA darf einer arbeitnehmenden Person eine gültige Aufenthaltsbewilligung nicht allein deshalb entzogen werden, weil sie keine Beschäftigung mehr hat, entweder weil sie infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig oder unfreiwillig arbeitslos geworden ist, falls das zuständige Arbeitsamt dies ordnungsgemäss bestätigt. Dabei gelten die von der zuständigen Behörde ordnungsgemäss bestätigten Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit und die Abwesenheiten infolge Krankheit oder Unfall als Beschäftigungszeiten (vgl. Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 der Verordnung [EWG] Nr. 1251/70 der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. L 142 vom 30. Juni 1970 S. 24 ff.; hiernach: Verordnung [EWG] Nr. 1251/70). BGE 147 II 35 S. 38

#### **E. 3.2**

Darüber hinaus sieht Art. 4 Anhang I FZA vor, dass die Staatsangehörigen einer Vertragspartei und ihre Familienangehörigen nach Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit unter

gewissen Umständen ein Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei haben. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b Satz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70, auf welche Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA verweist, besteht ein Verbleiberecht namentlich für den "Arbeitnehmer, der infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgibt, wenn er sich seit mindestens zwei Jahren im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ständig aufgehalten hat". Die Voraussetzung einer minimalen Dauer entfällt, wenn die dauernde Arbeitsunfähigkeit die Folge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit ist, auf Grund derer ein Anspruch auf Rente entstanden ist (Satz 2).

### **E. 3.3**

Ein Verbleiberecht infolge Arbeitsunfähigkeit setzt eine vorgängige Arbeitnehmereigenschaft voraus (vgl. Urteil 2C\_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 2.2 mit Hinweisen; Urteil des EuGH vom 26. Mai 1993 C-171/91 Tsiotras, Slg. 1993 I-2925 Randnr. 18). Zudem ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer die Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgrund der Arbeitsunfähigkeit aufgegeben hat; nur dann rechtfertigt es sich, seine Rechte als Wanderarbeitnehmer über das Dahinfallen des Arbeitnehmerstatus hinaus fortbestehen zu lassen (BGE 141 II 1 E. 4.3.2 S. 13).

### **E. 4**

Strittig ist vorliegend, ob A. gestützt auf Art. 4 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 Anspruch darauf hat, in der Schweiz verbleiben zu dürfen. Zu klären ist in diesem Zusammenhang namentlich die vom Bundesgericht bis dato nicht beantwortete Rechtsfrage, ob auch dann von einer "dauernden Arbeitsunfähigkeit" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 auszugehen ist, wenn die betreffende Person - wie A. (vgl. Bst. B hiervor) - aufgrund eines Arbeitsunfalls nur teilweise in ihrer Erwerbsfähigkeit eingeschränkt ist.

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz bejahte diese Frage. Sie erwog, gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 knüpfe der Verbleibanspruch nach Art. 4 Anhang I FZA nicht an den Invaliditätsgrad der betroffenen ausländischen Person an, sondern setze "dauernde Arbeitsunfähigkeit" voraus. Darüber, wann eine Person als "dauernd arbeitsunfähig" zu gelten habe, schwiegen sich indessen sowohl die Verordnung wie auch das Abkommen aus. Im Urteil 2C\_1102/2013 vom 8. Juli 2014 habe das BGE 147 II 35 S. 39 Bundesgericht in E. 4.4 dazu lediglich vage festgehalten, dass die im Rahmen des Rentenbescheids der Invalidenversicherung vorgenommene Qualifikation der versicherten Person als "erwerbstätig", "teilerwerbstätig" oder "nicht erwerbstätig" wertvolle Hinweise zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft und der Arbeitsunfähigkeit liefern könne. Ein Teil der Lehre (vgl. namentlich MARC SPESCHA, in: Migrationsrecht, Kommentar, Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [Hrsg.], 5. Aufl. 2019, N. 5 zu Art. 4 Anhang I FZA; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 3. Aufl. 2015, S. 299) leite aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 ab, dass der freizügigkeitsrechtliche Verbleibanspruch lediglich die Aufgabe der bisherigen Beschäftigung infolge Arbeitsunfähigkeit voraussetze, so dass irrelevant sei, ob und in welchem Umfang die betroffene Person - worauf es bei der Prüfung des Invaliditätsgrads ankomme - in einer angepassten Tätigkeit arbeitsfähig, d.h. - in der Terminologie des Sozialversicherungsrechts - erwerbsfähig wäre. Folge man dieser Ansicht, könne sich eine ausländische Person auch dann auf einen Verbleibanspruch

berufen, wenn ihr nach einem Unfall die vollständige Wiedereingliederung ins Erwerbsleben in einem anderen Beruf möglich und zumutbar wäre. Ob sich dieser Lehrmeinung in dieser Absolutheit beipflichten lasse, sei fraglich; die Frage brauche im vorliegenden Fall allerdings nicht beantwortet zu werden, weil A. nicht nur im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Terminologie in seinem angestammten Berufsfeld dauerhaft arbeitsunfähig sei, sondern auch in einer angepassten Tätigkeit zu 54 % in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei, womit er in diesem Umfang als erwerbsunfähig zu gelten habe. Es erscheine stossend und lasse sich nicht mit der sozialen Zielsetzung des Verbleiberechts vereinbaren, wenn von dem heute 57-Jährigen verlangt würde, er müsse die aus Sicht der Invalidenversicherung bestehende Restarbeitsfähigkeit von 46 % bzw. Teile davon künftig auch noch verwerten, um in der Schweiz verbleiben zu können, während umgekehrt von arbeitnehmenden EU-Staatsangehörigen lediglich verlangt werde, dass sie keiner völlig untergeordneten und unwesentlichen Erwerbstätigkeit nachgingen. A. erfülle daher die Voraussetzung der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" im Sinne des Freizügigkeitsrechts. Da auch die weiteren Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 Bst. b Satz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 (Arbeitsunfall und Rente einer schweizerischen Sozialversicherungseinrichtung) gegeben seien, BGE 147 II 35 S. 40 komme ihm in der Schweiz ein Verbleiberecht nach Art. 4 Anhang I FZA zu.

#### **E. 4.2**

Das SEM widerspricht dieser Auslegung. Das Staatssekretariat vertritt - im Wesentlichen gestützt auf eine systematische und teleologische Einordnung von Art. 2 Abs. 1 Bst. b Satz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 - die Auffassung, dass nicht von "dauernder Arbeitsunfähigkeit" auszugehen sei, wenn der betreffende EU-Staatsangehörige lediglich teilerwerbsunfähig sei.

#### **E. 4.3**

Dem SEM ist zumindest teilweise beizupflichten:

##### **E. 4.3.1**

Im Ausgangspunkt ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Urteil entschieden hat, der Begriff der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" sei nicht arbeitsplatzbezogen auszulegen; demnach kann - entgegen den von der Vorinstanz zitierten Lehrmeinungen (vgl. E. 4.1 hiervor) - nicht von dauernder Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden, wenn dem Arbeitnehmer durch einen Arbeitsunfall zwar die bisherige Tätigkeit verunmöglicht wird, die Aufnahme einer anderen Berufstätigkeit jedoch zumutbar ist (vgl. BGE 146 II 89 E. 4.4-4.8 S. 92 ff.).

##### **E. 4.3.2**

Ob die vorstehend wiedergegebene Rechtsprechung auch dann zur Anwendung gelangt, wenn die vom Arbeitsunfall betroffene Person nicht nur in ihrem bisherigen Berufsfeld vollständig arbeitsunfähig geworden ist, sondern auch in einer ihr zumutbaren angepassten Tätigkeit nur teilweise arbeiten kann, ergibt sich aus dem vorstehend wiedergegebenen Urteil nicht. Auch der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat sich bis dato nicht dazu geäußert, wie der Begriff der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b Satz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 in dieser Hinsicht zu verstehen ist. Nichts anderes gilt bezüglich der - für die Schweiz nicht verbindlichen, inhaltlich jedoch (weitestgehend) deckungsgleichen (vgl. RUNGALDIER/REISSNER, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im EG-Vertrag, in: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Oetker/Preis

[Hrsg.], 2019, Rz. 87) - unionsrechtlichen Nachfolgebestimmung in Art. 17 Abs. 1 Bst. b der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 (...) (ABl. L 158 vom 30. April 2004; nachfolgend: Freizügigkeitsrichtlinie).

#### **E. 4.3.3**

Bezüglich Art. 17 Abs. 1 Bst. a der Freizügigkeitsrichtlinie (Parallelbestimmung zu Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Verordnung [EWG]Nr. 1251/70) hat der EuGH in einem kürzlich ergangenen Entscheid BGE 147 II 35 S. 41 festgehalten, dass die Bestimmung als Ausnahme zur allgemeinen Regelung von Art. 16 der Freizügigkeitsrichtlinie (Daueraufenthaltsrecht nach einem fünfjährigen ununterbrochenen rechtmässigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat) eng auszulegen sei (vgl. Urteil des EuGH vom 22. Januar 2020 C-32/19 AT gegen Pensionsversicherungsanstalt, Randnr. 38), was gleichermassen für Art. 17 Abs. 1 Bst. b der Freizügigkeitsrichtlinie gelten dürfte. Dass sich daraus unmittelbare Rückschlüsse für die Auslegung des durch Art. 4 Anhang I FZA für massgeblich erklärten Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 ziehen lassen, erscheint zwar fraglich, zumal das FZA keine mit Art. 16 der Freizügigkeitsrichtlinie vergleichbare Regelung kennt (vgl. jedoch immerhin Ziff. I 1. der - vorliegend grundsätzlich anwendbaren - Niederschrift vom 19. Dezember 1953 zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland über Niederlassungsfragen [SR 0.142.111.364], wonach deutsche Staatsangehörige nach fünfjährigem ununterbrochenem und ordnungsgemäsem Aufenthalt in der Schweiz Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung haben; siehe auch Art. 5 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP; SR 142.203]). Von Interesse ist jedoch immerhin, dass die Bundesrepublik Deutschland im Einklang mit dieser Rechtsprechung Art. 17 Abs. 1 Bst. b der Freizügigkeitsrichtlinie und den dort enthaltenen Begriff der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" in ihrem innerstaatlichen Recht so umgesetzt hat, dass Erwerbstätigkeit infolge einer vollen Erwerbsminderung eingetreten sein muss, um auf ein Daueraufenthaltsrecht schliessen zu können (vgl. § 4a Abs. 2 des Gesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 30. Juli 2004 über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern [BGBl. I S. 1950, 1986], zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 [BGBl. I S. 2780]; keine weiterführenden Angaben lassen sich insoweit dem französischen Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [vgl. dort insbesondere Art. R122-4, eingeführt durch das Dekret Nr. 2007-371 vom 21. März 2007 - Art. 2 des Journal Officiel "Lois et Décrets" vom 22. März 2007] und dem österreichischen Bundesgesetz vom 16. August 2005 über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich [BGBl. I Nr. 100/2005; vgl. dort insb. § 53a Abs. 3 Ziff. 2] entnehmen). Wenngleich dieses Begriffsverständnis des deutschen Gesetzgebers das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 Bst. b Satz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 nicht zu binden vermag, so ist es BGE 147 II 35 S. 42 doch aufschlussreich für den Bedeutungsgehalt, welcher der dort enthaltenen Wendung der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" mit Blick auf die hier interessierende Fragestellung gemeinhin zugemessen wird (vgl. zur Massgeblichkeit der "gewöhnlichen, einer Bestimmung in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung" Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111]).

#### **E. 4.3.4**

Eine teleologische Betrachtungsweise ( Art. 31 Abs. 1 VRK in fine) weist in dieselbe Richtung: Wie das Bundesgericht kürzlich festgehalten hat, kann ein Ausländer, welcher

gestützt auf sein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer in die Schweiz gekommen ist, nicht davon ausgehen, in der Schweiz immer die gleiche Arbeit verrichten zu können (vgl. BGE 146 II 89 E. 4.7 S. 94). Selbst wenn er einen Berufsunfall erleidet, der ihm die bisherige Tätigkeit verunmöglicht, muss er sich im Rahmen des Zumutbaren um Arbeit in einem alternativen Berufsfeld bemühen (vgl. BGE 146 II 89 E. 4.10 S. 95). Gleiches muss gelten, wenn dem betroffenen Ausländer aufgrund einer Teilinvalidität nur noch eine Teilzeittätigkeit in einem alternativen Berufsfeld offen steht; eine solche Möglichkeit muss grundsätzlich ausgeschöpft werden. Anders liegen die Dinge jedoch zum einen dann, wenn die verbleibende Restarbeitsfähigkeit keine beruflichen Aktivitäten mehr ermöglicht, die einer "qualitativ und quantitativ echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit" gleichkommen (vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.4 S. 6; Urteil 2C\_938/2018 vom 24. Juni 2019 E. 4.2.2). Zum anderen kann ein Anspruch auf Daueraufenthalt auch dann bestehen, wenn zwar hypothetisch die Möglichkeit einer echten wirtschaftlichen Tätigkeit in einem alternativen Berufsfeld bestünde, der betroffenen Person die Aufnahme einer solchen Tätigkeit jedoch nicht (mehr) zugemutet werden kann. Zu berücksichtigen sind dabei neben dem Alter der betroffenen Person auch ihre Aussichten, auf dem konkreten Arbeitsmarkt noch einmal Fuss zu fassen. Ein allfälliger Rentenbescheid einer IV-Stelle ist in diesem Zusammenhang nicht von ausschlaggebender Bedeutung; der darin berechnete Invaliditätsgrad kann aber immerhin wertvolle Hinweise für die Frage der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" liefern (vgl. Urteil 2C\_1102/2013 vom 8. Juli 2014 E. 4.4).

#### **E. 4.3.5**

In der Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass im Zeitpunkt des Entscheids über die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts ein "gewisses Vertrauen auf die Möglichkeit des BGE 147 II 35 S. 43 Verbleibs im Aufenthaltsstaat trotz beeinträchtigter Arbeitsfähigkeit" bestehen muss, damit von einem effektiven Freizügigkeitsrecht ausgegangen werden kann (so ASTRID EPINEY, Verbleiberecht aufgrund des FZA bei dauernder Arbeitsunfähigkeit, Kommentar zum Urteil 2C\_134/2019 vom 12. November 2019, Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar [dRSK], 22. Januar 2020, Rz. 11). Der Schutz des Vertrauens kann jedoch nicht soweit gehen, einen Arbeitnehmer von der Pflicht zur Suche einer neuen Arbeitsstelle zu befreien, wenn ihm die Aufnahme einer solchen Tätigkeit zugemutet werden kann (vgl. E. 4.3.4 hiervor). Was das Argument des Beschwerdegegners angeht, der Begriff der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" müsse im Kontext des europäischen Sozialmodells interpretiert werden, ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend nicht die sozialversicherungsrechtliche Definition des Invaliditätsbegriffs in Frage steht, sondern die Konturierung des freizügigkeitsrechtlichen Daueraufenthaltsrechts. Für die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 Bst. b Satz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 nicht von Belang sind insofern die vom Beschwerdegegner angerufenen Begrifflichkeiten des schweizerischen Sozialversicherungsrechts (vgl. in diesem Sinne auch EPINEY, a.a.O., Rz. 9) bzw. des "europäischen Sozialmodells". Soweit der Beschwerdegegner schliesslich das Diskriminierungsverbot ( Art. 2 FZA ) anruft, ist zwar festzuhalten, dass das Verbleiberecht als wichtiger Bestandteil der Personenfreizügigkeit anzusehen ist, zumal es dem sozialen Bedürfnis der Wanderarbeitnehmer entspricht, nach dem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben im gewohnten Lebensumfeld verbleiben zu können; das Recht gilt jedoch nicht schrankenlos (vgl. BGE 146 II 89 E. 4.8 S. 94 mit Hinweis auf die Literatur).

#### **E. 4.4**

Damit steht fest, dass die Vorinstanz den Begriff der "dauernden Arbeitsunfähigkeit" gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b Satz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 unzutreffend ausgelegt hat. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass A. nicht trotzdem gestützt auf diese Bestimmung ein Daueraufenthaltsrecht zukommen könnte. Nicht beantworten lässt sich aufgrund der vorinstanzlichen Feststellungen nämlich, ob ihm die Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit in einem neuen Betätigungsfeld zugemutet werden kann; in diesem Zusammenhang darf durchaus auch berücksichtigt werden, inwiefern - auch angesichts der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit und der baldigen Pensionierung von A. - überhaupt Aussichten darauf bestehen, BGE 147 II 35 S. 44 dass er auf dem konkreten Arbeitsmarkt eine Stelle findet (vgl. E. 4.3.4 hiervor). Zur Abklärung dieser Tatfragen ist die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.