

# **BGer 2C 52/2014 vom 23. Oktober 2014**

Bundesgericht, 2014-10-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_52\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_52_2014)

FR: TF 2C 52/2014 du 23 octobre 2014

IT: TF 2C 52/2014 del 23 ottobre 2014

## **Regeste**

Verlängerung bzw. Erteilung der Aufenthaltsbewilligung | Bürgerrecht und Ausländerrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Nach Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auf dem Gebiet des Ausländerrechts ausgeschlossen gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt. Die Beschwerdeführer berufen sich in vertretbarer Weise auf einen Anspruch nach Massgabe von Art. 6 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) und Art. 24 des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommen für Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist somit zulässig.

### **E. 1.2**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ( Art. 82 ff. BGG ) kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG, insbesondere von Bundesrecht und Völkerrecht, erhoben werden. Die Anwendung des kantonalen Rechts als solches bildet nicht Beschwerdegrund; es kann nur überprüft werden, ob der angefochtene Entscheid auf willkürlicher Gesetzesanwendung beruht oder ob das Gesetz oder seine Anwendung anderweitig gegen übergeordnetes Recht verstösst (vgl. BGE 138 I 225 E. 3.1 S. 227 f.; 137 V 57 E. 1.3 S. 60 f.; 133 II 249 E. 1.2.1 S. 251 f.).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 115 E. 2 S. 116). Die beschwerdeführende Partei kann die Feststellung des Sachverhalts beanstanden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Im Fall einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung kann das Bundesgericht gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG die Sache an die Vorinstanz oder eine untere Instanz zur ergänzenden Abklärung der Umstände zurückweisen (Urteile 2C\_1102/2013 vom 8. Juli 2014 E. 2.2; 2C\_273/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 1.3; 8C\_119/2008 vom 22. September 2008 E. 3).

### **E. 1.4**

Neue tatsächliche Vorbringen und Beweismittel sind im bundesgerichtlichen Verfahren grundsätzlich unzulässig ( Art. 99 BGG ; BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; 138 II 393 E. 3.5 S. 397 ; 135 I 221 E. 5.2.4 S. 229; 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f.; je mit Hinweisen). Auf ein Schreiben vom 31. Dezember 2013, das eine Zahlungsverpflichtung eines Onkels der Beschwerdeführer zur regelmässigen Überweisung seiner Rente zum Inhalt hat, sowie auf Belege der Überweisung derselben im Zeitraum nach dem vorinstanzlichen Urteil, kann nicht weiter eingegangen werden. Es handelt sich um unzulässige Noven.

## **E. 2**

Die finanziellen Mittel sind für rentenberechtigte EU- und EFTA-Angehörige sowie ihre Familienangehörigen ausreichend, wenn sie den Betrag übersteigen, der einen schweizerischen Antragsteller oder eine schweizerische Antragstellerin und allenfalls seine oder ihre Familienangehörigen zum Bezug von Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz vom 19. März 1965 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung berechtigt.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführer bringen vor, die Vorinstanz habe den Grundsatz von Treu und Glauben ( Art. 9 BV ), das Fairnessprinzip und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt ( Art. 29 Abs. 2 BV ), indem diese sie nicht auf ein mögliches Erlöschen ihrer Aufenthaltsbewilligung hingewiesen habe.

### **E. 3.2**

Der Widerruf bzw. das Erlöschen einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA ist im FZA nicht geregelt; die landesrechtlichen Voraussetzungen zum Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung dürfen jedoch nicht so ausgestaltet sein, dass sie einen staatsvertraglich gewährleisteten Anspruch auf Aufenthalt vereiteln (vgl. Urteile 2C\_471/2012 vom 18. Januar 2013 E. 4.1; 2C\_831/2010 vom 27. Mai 2011 E. 2.2; 2C\_408/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 3). Gemäss Art. 4 VEP erhalten EU- und EFTA-Angehörige eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA gestützt auf Art. 33 AuG und Art. 58 f. der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201). Gemäss Art. 23 Abs. 1 VEP können Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr erfüllt sind ( BGE 136 II 329 E. 2.2 S. 332 f.; 134 IV 57 E. 4 S. 58 f.). Die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erlischt gemäss der Bestimmung von Art. 61 Abs. 2 AuG, wenn eine ausländische Person die Schweiz sechs Monate verlässt, ohne sich abzumelden (vgl. auch Art. 6 Abs. 5, Art. 12 Abs. 5 und Art. 24 Abs. 6 Anhang I FZA ), wobei das Gesetz für die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung privilegierte Umstände vorsieht (Art. 61 Abs. 2 AuG; Art. 79 Abs. 2 VZAE ). Bei einem Wegfall des Aufenthaltsrechts kann die Bewilligung entsprechend angepasst bzw. entzogen werden (vgl. etwa Urteil 2C\_900/2012 vom 25. Januar 2013 E. 3.1).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer kann sich als deutscher Staatsangehöriger auf das FZA berufen. Gemäss den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz, welche die Beschwerdeführer nicht substantiiert bestreiten, waren die Beschwerdeführer deutlich über sechs Monate landesabwesend. Das Migrationsamt informierte die von den Beschwerdeführern bevollmächtigte Tochter am 7. Juli 2010 und 12. November 2010, dass die Aufenthaltsbewilligung ihrer Eltern erloschen sei und diesen die Verfallsanzeige hierzu

bereits zugestellt worden war. Indessen könnten Angehörige von EU- und EFTA-Staaten jederzeit ein neues Aufenthaltsrecht begründen; das Migrationsamt wies sie auf die Voraussetzungen hierfür hin und schrieb weiter, dass es bereit sei, die Aufenthaltsbewilligung ihrer Eltern neu zu erteilen, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben seien. Nach wie vor fehle hierfür der Beweis der finanziellen Unabhängigkeit. Inwiefern dieses Verhalten einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder eine Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör darstellen könnte, ist nicht ersichtlich. Es gibt keine allgemeine Verpflichtung der Behörden, auf gesetzlich vorgesehene Fristen aktiv hinzuweisen. Es ist demnach davon auszugehen, die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführer sei erloschen (Art. 61 Abs. 2 AuG; Art. 24 Abs. 6 Anh. I FZA e contrario).

#### **E. 4**

Zu prüfen bleibt indessen, ob die Vorinstanz (auch) das Gesuch um erneute Erteilung der Aufenthaltsbewilligung vom September 2011 ablehnen durfte.

##### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführer bringen vor, sie hätten im vorinstanzlichen Verfahren hinreichende Belege vorweisen können, dass sie über die erforderlichen finanziellen Mittel im Rahmen von Art. 24 Anh. I FZA verfügen würden. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz seien hierfür die Ansätze der Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien; oben E. 2), nicht die Berechnung der Ergänzungsleistungen massgeblich. Ohnehin sei die regelmässige Rentenüberweisung eines Onkels einzuberechnen, die in Missachtung kantonaler Verfahrensvorschriften und der Rechtsweggarantie ( Art. 110 BGG ) keine Berücksichtigung gefunden habe. Unter Einbezug dieser Rente würde ohnehin die Einkommensgrenze überstiegen, welche einen Bezug von Ergänzungsleistungen ermöglichte.

##### **E. 4.2**

Was die ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen betrifft, genügt es nach dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA , dass die Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt, über ausreichende finanzielle Mittel verfügt und einen Krankenversicherungsschutz, der alle Risiken abdeckt. Nach der ständigen Rechtsprechung (vgl. zur Herleitung BGE 135 II 265 E. 3.4 ff. S.270 ff.) sind die erforderlichen Mittel nicht gegeben, wenn die betroffenen Personen auf Ergänzungsleistungen angewiesen sind und solche auch tatsächlich beziehen ( BGE 135 II 265 E. 3.7 f. S. 272 ff.; Urteile 2C\_495/2014 vom 26. September 2014 E. 4.4; 2C\_737/2014 vom 6. September 2014 E. 1.2; 2C\_7/2014 vom 20. Januar 2014 E. 3; 2C\_989/2011 vom 2. April 2012 E. 3.3.4). Art. 16 Abs. 2 VEP sieht explizit vor, die finanziellen Mittel für rentenberechtigte EU- und EFTA-Angehörige sowie ihre Familienangehörigen seien dann ausreichend, wenn sie den Betrag übersteigen, der einen schweizerischen Antragsteller oder eine schweizerische Antragstellerin und allenfalls seine oder ihre Familienangehörigen zum Bezug von Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz vom 19. März 1965 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung berechtigt (vgl. hiervor E.2). Die Vorinstanz durfte die erforderlichen Eigenmittel demnach - entgegen der Vorbringen der Beschwerdeführer - gestützt auf die Berechnungsgrundlage zur Ausrichtung von Ergänzungsleistungen kalkulieren.

##### **E. 4.3**

Anforderungen in Bezug auf die Herkunft dieser Mittel enthalten die Anforderungen an die finanziellen Eigenmittel indessen nicht ( BGE 135 II 265 E. 3.3 S. 269 f.). Diese können auch von Familienangehörigen oder sonstigen Dritten stammen (vgl. etwa Urteil des EuGH Kommission gegen Belgien, Slg. 2006 I-2647, Randnr. 42, 45 ff.). Wie das Bundesgericht bereits festgestellt hat, bezweckt die Regelung über die ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen zu vermeiden, dass die öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaates über Gebühr belastet werden. Bei eigenen Mitteln mag die Gefahr zwar geringer erscheinen, dass sie später wegfallen könnten, als dies der Fall ist, wenn die Mittel von einer zur Unterstützung nicht verpflichteten Drittperson stammen. Doch ist zu beachten, dass das Freizügigkeitsabkommen in Betracht zieht, dass stets ein latentes Risiko des Wegfalls ausreichender finanzieller Mittel besteht, weshalb das Aufenthaltsrecht ausdrücklich auch nur so lange besteht, als die Berechtigten die entsprechenden Bedingungen einhalten ( Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA ; vgl. für die frühere Rechtslage in der EU Art. 3 Richtlinie 90/364/EWG). Diese Regelung erlaubt dem Aufenthaltsstaat während des gesamten Aufenthalts nachzuprüfen, ob die Bedingungen (noch) eingehalten werden ( BGE 135 II 265 E. 3.3 S. 270).

#### **E. 4.4**

Vor diesem Hintergrund fällt die behauptete Rentenzuweisung eines Onkels als (zusätzliche) finanzielle Mittel grundsätzlich in Betracht, um einen Anspruch der Beschwerdeführer auf Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 24 Anh. I FZA zu begründen. Da die Beschwerdeführer die erforderlichen finanziellen Mittel gestützt auf die von der Vorinstanz korrekt durchgeführten Berechnung nur sehr knapp unterschreiten (Fehlbetrag von etwas mehr als Fr. 120.-- pro Monat), ist der Einbezug der am 18. und 24. November 2013 nachgereichten Belegen zur Rente des Onkels grundsätzlich entscheidewesentlich.

#### **E. 5.1**

Es stellt sich daher die prozessuale Frage, ob diese von den Beschwerdeführern in ihren am 18. und 24. November 2013 nachgereichten Belegen behauptete Rentenzahlung durch die Vorinstanz allenfalls noch hätte berücksichtigt werden müssen. Das Verwaltungsgericht verneint dies. Es stellt sich auf den Standpunkt, die fraglichen Belege bezögen sich alle "auf die Zeit ab September 2012", das heisst nach dem Urteil des Regierungsrats vom Juli 2012 als ihrer Vorinstanz. Sie seien deshalb unbeachtlich. Die Beschwerdeführer sehen darin eine Verletzung des kantonalen Verfahrensrechts, der Rechtsweggarantie, des Fairnessgrundsatzes und des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 1 und 2 BV ; Art. 110 BGG ).

#### **E. 5.2**

Es trifft zu, dass das Bundesgerichtsgesetz den Kantonen vorschreibt, dass die richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts oder ein vorgängig zuständiges Gericht den Sachverhalt frei prüft und das Recht von Amtes wegen anwendet ( Art. 29a BV ; Art. 110 BGG ; BGE 135 II 369 E. 3.3 S. 374; Urteile 2C\_81/2013 vom 30. Januar 2013 E. 2.2; 2C\_690/2010 vom 25. Januar 2011 E. 2.1; 2C\_651/2008 vom 20. April 2009 E. 4.2). In zeitlicher Hinsicht hängt die Pflicht zur Berücksichtigung der neuen tatsächlichen Vorbringen vom anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht ab ( BGE 135 II 369 E. 3.3 S. 374; Urteile 2C\_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.4; 2C\_354/2009 vom 30. Juni 2010 E. 3.1; zu den neuen Vorbringen im bundesrechtlichen Verwaltungsverfahren: BGE 136 II 165 E. 4.2 f. S.

173 f.). Nach der bundesgerichtlichen Praxis sind im kantonalen Verfahren indessen mindestens neue Sachverhaltsvorbringen zu berücksichtigen, die zusammen mit der fristgerecht eingereichten Rechtsmittelbegründung vorgebracht werden (Urteil 2C\_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.4).

### **E. 5.3**

Gemäss dem von den Beschwerdeführern angeführten Art. 9 Abs. 3 der Obwaldner Verordnung über das Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren vom 29. Januar 1998 (Verwaltungsverfahrensverordnung/OW) kann die zuständige Behörde oder Amtsstelle "verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz der Verspätung berücksichtigen". Der Wortlaut dieser Bestimmung ist vergleichbar mit demjenigen von Art. 32 Abs. 2 VwVG, der festlegt, dass verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz der Verspätung berücksichtigt werden können. Wenngleich es sich um eine "Kann"-Formulierung handelt, geht die Praxis und die herrschende Lehre bei der letztgenannten Norm von einer Verpflichtung zur Berücksichtigung verspäteter Parteivorbringen aus, sofern diese ausschlaggebend sind (vgl. hierzu BGE 136 II 165 E. 4.2 S. 173). Hingegen wird es als zulässig erachtet, Vorbringen ausser Acht zu lassen, die auf nachlässiger Prozessführung beruhen oder der Verschleppung des Prozesses dienen ( BGE 136 II 165 E. 4.3 S. 173 f.).

#### **E. 5.3.1**

Vorliegend hatte es zweifellos an den Beschwerdeführern gelegen, die nach ihrer Behauptung bereits ab September 2012 geleistete Rentenzahlung den Behörden (so rasch als möglich) mitzuteilen. Entgegen ihren Behauptungen waren sie ab dem zweiten Schriftenwechsel im November 2012 anwaltlich vertreten, als die Zahlungen - gemäss ihren Vorbringen - bereits geleistet wurden. Für solche Tatsachen, von denen die untersuchende Behörde nicht wissen kann, trifft die Beschwerdeführer eine erhebliche Mitwirkungspflicht (vgl. hierzu BGE 130 II 482 E. 3.2 S. 485 f.; Urteile 2C\_906/2012 vom 5. Juni 2013 E. 2.2; 2C\_682/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.1; 2C\_50/2010 vom 17. Juni 2010 E. 2.2).

#### **E. 5.3.2**

Indessen hat die Vorinstanz die Beschwerdeführer zu den von ihr im Oktober 2013 zusätzlich eingeholten Informationen der Ausgleichskasse Obwalden betreffend ihre finanzielle Situation in Kenntnis gesetzt. Sie hat ihnen ausdrücklich die Gelegenheit geboten, zum Ergebnis des neuerlichen Instruktionsschritts Stellung zu nehmen. Daraufhin reichten die Beschwerdeführer die - wesentliche - Information betreffend Rentenzahlung innert erstreckter Frist am 18. und 24. November 2013 nach. Ob die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, Art. 9 Abs. 3 Verwaltungsverfahrensverordnung/OW gleich wie die Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 VwVG im Sinne einer Berücksichtigungspflicht auszulegen (oben E. 5.3), sodass das kantonale Verfahrensrecht willkürlich angewandt worden wäre, kann offenbleiben. Denn im Zusammenhang mit der Aufforderung, zu den weiteren Instruktionmassnahmen Stellung zu nehmen, erscheint die Vorgehensweise der Vorinstanz, diese Belege aus dem Recht zu weisen, überspitzt formalistisch ( Art. 29 Abs. 1 BV ). Im Unterschied zum von der Vorinstanz angeführten BGE 131 V 242 ff. (E. 2.2) handelt es sich vorliegend ohnehin nicht um eine sozialversicherungsrechtliche Streitigkeit. Die Nichtberücksichtigung der Rentenzahlung lässt sich nicht mit dem Umstand begründen, dass die Überweisung erst ab September 2012 erfolgt sein soll, und sich diese Tatsache damit erst nach dem Entscheid des Regierungsrates zugetragen habe ( Art. 110 BGG ; vorne

E. 5.2).

### **E. 5.3.3**

In einer sehr kurz gehaltenen Eventualbegründung stellt sich das Verwaltungsgericht auf den Standpunkt, eine Verpflichtungserklärung des fraglichen Onkels habe ohnehin nicht vorgelegen. In Anbetracht der am 18. und 24. November 2013 vorgelegten Beweisanträge zur Ausrichtung der Rente reicht diese Begründung nicht aus, um einen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung zu verneinen. Vielmehr wäre dieser auch anhand der neuen tatsächlichen Vorbringen zur Rente zu überprüfen. Das Bundesgericht kann diesen Sachverhalt selbst nicht erstellen. Die Streitsache ist in diesem Sinne an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung und neuem Entscheid zurückzuweisen ( Art. 107 Abs. 2 BGG ; oben E. 1.3). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Verwaltungsgericht ohne Weiteres berechtigt ist zu überprüfen, ob die Drittmittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen und ob sie zusammen mit den eigenen ausreichend sind; es ist den Behörden während des gesamten Aufenthalts der Beschwerdeführer erlaubt nachzuprüfen, ob die Bedingungen (noch) eingehalten werden ( BGE 135 II 265 E. 3.4 S. 270).

### **E. 6**

Die Beschwerde ist gutzuheissen und zu neuer Beurteilung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei sind die Vorbringen der Beschwerdeführer auch nach September 2012 zu berücksichtigen. Bei diesem Prozessausgang werden für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten erhoben ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG ). Rechtsanwalt Peter Wicki reicht für das bundesgerichtliche Verfahren eine Honorarnote von Fr. 3'888.-- ein. Zu berücksichtigen ist, dass nur die notwendigen Auslagen ersetzt werden können ( Art. 68 Abs. 2 BGG ) und den Ausführungen betreffend (Nicht-) Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung klarerweise kein Erfolg beschieden sein konnte. Eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- erscheint angemessen.

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