

# BGer 2C 718/2021 vom 11. Januar 2022

Bundesgericht, 2022-01-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_718\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_718_2021)

FR: TF 2C 718/2021 du 11 janvier 2022

IT: TF 2C 718/2021 del 11 gennaio 2022

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA | Bürgerrecht und Ausländerrecht

## Erwägungen

### E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition (vgl. BGE 146 II 276 E. 1; 141 II 113 E. 1).

#### E. 1.1

Die frist- ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und formgerecht ( Art. 42 BGG ) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) und richtet sich gegen das kantonal letztinstanzliche ( Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ), verfahrensabschliessende ( Art. 90 BGG ) Urteil eines oberen Gerichts ( Art. 86 Abs. 2 BGG ). Die Beschwerdeführer sind bereits im kantonalen Verfahren als Parteien beteiligt gewesen und dort mit ihrem Antrag, ihnen sei die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen, nicht durchgedrungen. Ausserdem sind die beiden Beschwerdeführer durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt. Sie sind somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

#### E. 1.2

Das Rechtsmittel ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, da sich die Beschwerdeführerin als Bürgerin des EU-Mitgliedstaats Österreich in vertretbarer Weise auf einen freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch zwecks unselbständiger Erwerbstätigkeit beruft ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ; vgl. Art. 4 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] i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA und Art. 6 ff. Anhang I FZA ). Gleiches gilt für den Beschwerdeführer - den türkischen Ehegatten der Beschwerdeführerin. Auch er kann sich in vertretbarer Weise auf einen (abgeleiteten) freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch berufen, sofern jener der Beschwerdeführerin bejaht würde (vgl. Art. 7 lit. d FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA). Ob die Voraussetzungen des Bewilligungsanspruchs vorliegen, ist indes nicht Gegenstand der Eintretensfrage, sondern der materiellen Beurteilung (vgl. BGE 139 I 330 E. 1.1; 136 II 177 E. 1.1). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten.

### E. 2

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und lit. b BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Der Verletzung von Grundrechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE II 283 E. 1.2.2 ; 139 I 229 E. 2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

### **E. 3**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihren freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch zwecks Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäss Art. 4 FZA in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA und Art. 6 ff. Anhang I FZA sowie der Beschwerdeführer seinen abgeleiteten freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch zum Verbleib bei seiner Ehefrau gemäss Art. 7 lit. d FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA in einer rechtsmissbräuchlichen Weise geltend machen.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführer bestreiten nicht, dass die vormals der Beschwerdeführerin und den beiden Kindern erteilten Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA infolge Abmeldung ins Ausland und Ausreise aus der Schweiz am 28. August 2018 erloschen. Gleichermassen unbestritten ist, dass die dem Beschwerdeführer erteilte Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA am 21. Oktober 2020 rechtskräftig widerrufen wurde. Die Beschwerdeführer machen indes geltend, sie seien am 12. November 2020 (ohne Kinder) wieder in die Schweiz eingereist. Die Beschwerdeführerin habe ihr Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zwecks Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit mit einem Arbeitsvertrag der E. \_\_\_\_\_ GmbH eingereicht. Zwar sei der Beschwerdeführer einziger Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Indessen würde die Familie ihren Lebensunterhalt aus den Einkünften der E. \_\_\_\_\_ GmbH bestreiten. Der Beschwerdeführerin sei nach dem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers im Oktober 2020 keine Wahl geblieben, als zur Sicherstellung der Familieneinkünfte im November 2020 wieder in die Schweiz zu reisen, damit der Beschwerdeführer in der Schweiz bleiben könne. Ihr Verhalten sei nicht rechtsmissbräuchlich.

#### **E. 3.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stehen nicht nur Aufenthaltsansprüche nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20), sondern auch solche nach dem Freizügigkeitsrecht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (vgl. BGE 139 II 393 E. 2.1; 130 II 113 E. 9; Urteile 2C\_688/2017 vom 29. Oktober 2018 E. 4.4; 2C\_71/2016 vom 14. November 2016 E. 3.4).

### **E. 3.2.1**

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs setzt der Ausübung eines Anspruchs, der formal im Einklang mit der Rechtsordnung steht, jedoch treuwidrig und damit unredlich geltend gemacht wird, eine ethisch-materielle Schranke. Es steht der Inanspruchnahme eines Rechtsinstituts zu Zwecken entgegen, welche dieses nicht schützen will. Nur stossendes, zweckwidriges Verhalten erscheint aber rechtsmissbräuchlich und soll über das Rechtsmissbrauchsverbot sanktioniert werden (vgl. BGE 137 I 247 E. 5.1.1; 128 II 145 E. 2.2). Der Rechtsmissbrauch muss offensichtlich sein, um einem formal gültigen Anspruch ausnahmsweise den Rechtsschutz zu versagen. Auf ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen kann folglich nur geschlossen werden, wenn dafür eindeutige Hinweise bestehen (vgl. Urteil 2C\_574/2020 vom 27. Juli 2021 E. 5.2; 2C\_71/2016 vom 14. November 2016 E. 3.4 i.f.; 2C\_1057/2012 vom 7. März 2014 E. 4.2.1).

### **E. 3.2.2**

Grundsätzlich obliegt es den Migrationsbehörden, die relevanten Tatsachen zu ermitteln, die auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten hinweisen (vgl. Urteile 2C\_170/2021 vom 25. August 2021 E. 4.2.2; 2C\_651/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 3.1). Der Untersuchungsgrundsatz wird aber durch die Mitwirkungspflicht der betroffenen Personen relativiert (vgl. Art. 90 AIG ). Diese Pflicht kommt insbesondere bei Tatsachen zum Tragen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erhoben werden können. Insbesondere wenn bereits gewichtige Hinweise für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sprechen, wird von den betroffenen Personen erwartet, dass sie von sich aus substantiiert Umstände vorbringen, die gegen ein solches Verhalten sprechen (vgl. Urteile 2C\_197/2021 vom 6. Mai 2021 E. 3.2.2; 2C\_950/2019 vom 27. Januar 2020 E. 3.2; 2C\_377/2018 vom 30. August 2018 E. 3.1 i.f.). Die Rechtsfrage, ob die festgestellten Tatsachen (Indizien) darauf schliessen lassen, die Berufung auf den Aufenthaltsanspruch sei rechtsmissbräuchlich oder bezwecke die Umgehung ausländerrechtlicher Vorschriften, prüft das Bundesgericht frei (vgl. BGE 128 II 145 E. 2.3; Urteile 2C\_170/2021 vom 25. August 2021 E. 4.2.3; 2C\_197/2021 vom 6. Mai 2021 E. 3.2.3).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführer stellen die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung nicht hinreichend infrage, weshalb auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz abzustellen ist (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz stellt im Rahmen ihrer Beweiswürdigung fest, die Beschwerdeführerin habe ihrem Gesuch einen am 12. November 2020 auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrag der E.\_\_\_\_\_ GmbH beigelegt. Der Beschwerdeführer habe als einziger Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der E.\_\_\_\_\_ GmbH den Arbeitsvertrag unterzeichnet. Bereits dieser Umstand wirke ungewöhnlich. Die Beschwerdeführer hätten den Arbeitsvertrag sodann kurz nach dem mit dem Bundesgerichtsurteil 2C\_865/2020 vom 21. Oktober 2020 rechtskräftig gewordenen Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers unterzeichnet. Aufgrund dieser zeitlichen Abfolge müsse davon ausgegangen werden, dass die Wiedereinreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz und die Unterzeichnung des Arbeitsvertrags zweckgerichtet erfolgt seien, um dem Beschwerdeführer erneut einen

abgeleiteten Aufenthaltsanspruch zu verschaffen (vgl. E. 3.2.1 des angefochtenen Urteils).

### **E. 3.3.2**

Die Beschwerdeführerin, so die Vorinstanz weiter, mache sodann erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend, Grund für die Ausreise nach Österreich Ende August 2018 sei die schwere Erkrankung ihres Vater gewesen. Eine definitive Übersiedlung nach Österreich sei nie zur Diskussion gestanden. Die gesundheitlichen Beschwerden des Vaters belege die Beschwerdeführerin jedoch nicht. Ebenso unbelegt sei die Darstellung, dass sich der Gesundheitszustand ihres Vaters gerade in dem Moment verbessert habe, als mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 21. Oktober 2020 die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers rechtskräftig widerrufen worden sei. Ausserdem habe der Beschwerdeführer am 20. Januar 2021 gegenüber der Kantonspolizei Zürich angegeben, seine Ehefrau - die Beschwerdeführerin - habe eine Zeit lang mit den Kindern in Österreich bei ihrer Familie gelebt, da sie sich getrennt hätten (vgl. E. 3.2.2 des angefochtenen Urteils).

### **E. 3.3.3**

Nach Auffassung der Vorinstanz wird der Eindruck eines zielgerichteten Vorgehens erhärtet, wenn die 11- und 9-jährigen Kinder in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen würden. Diese hielten sich weiterhin bei ihren Grosseltern in Österreich auf, wo sie die Primarschule besuchten. Nachdem die Beschwerdeführerin vorgebracht habe, eine definitive Übersiedlung nach Österreich sei nie in Betracht gekommen und eine Zwischenlösung gewesen, überrasche es, dass die Beschwerdeführer ihre noch jungen Kinder nun in Österreich zurückliessen (vgl. E. 3.2.3 des angefochtenen Urteils). Überdies, so die Vorinstanz abschliessend, habe der Beschwerdeführer die E. \_\_\_\_\_ GmbH erst am 18. Januar 2018 - kurz vor der Ausreise der Beschwerdeführerin - übernommen. Es bestünden keine stichhaltigen Anhaltspunkte, dass die Beschwerdeführer diese Gesellschaft gemeinsam als Familienbetrieb geführt hätten. Deshalb sei es nicht glaubhaft, dass sich die Beschwerdeführerin nach einem rund 2.5-jährigen Aufenthalt in Österreich kurzfristig entschlossen haben sollte, zur Rettung des Familienbetriebs wieder in die Schweiz zurückzukehren und gleichzeitig ihre beiden Kinder in Österreich zurückzulassen (vgl. E. 3.2.4 des angefochtenen Urteils).

### **E. 3.4**

Im Lichte einer Gesamtbetrachtung der vorinstanzlich festgestellten Tatsachen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von gewichtigen Hinweisen für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ausgegangen ist. Unter diesen Umständen wird von den Beschwerdeführern erwartet, dass sie von sich aus substantiiert Umstände vorbringen, die gegen ein solches Verhalten sprechen (vgl. E. 3.2.2 hiervor).

#### **E. 3.4.1**

Die Beschwerdeführer machen jedoch lediglich geltend, die Familie würde ihren Lebensunterhalt aus den Einkünften der E. \_\_\_\_\_ GmbH bestreiten. Für dieses Vorbringen fehlen in der Beschwerde jedoch substantiierte Ausführungen und die entsprechenden Nachweise. Darauf hat bereits die Vorinstanz hingewiesen (vgl. E. 3.2.4 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführer haben es unterlassen, darzutun, was für ein Einkommen der Beschwerdeführer aus der E. \_\_\_\_\_ GmbH bezieht und inwieweit die Beschwerdeführer dieses Einkommen zur Deckung des Lebensunterhalts der Familie - unter anderem in Österreich - verwenden. Die Darlegungen der Beschwerdeführer zum gesetzlichen Güterstand und zur eherechtlichen Errungenschaft sind hierfür jedenfalls nicht

geeignet. Ausserdem hat der Beschwerdeführer die E. \_\_\_\_\_ GmbH erst im Verlaufe des Jahres 2018 übernommen. Es ist daher nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass aus dieser Geschäftstätigkeit der Familienunterhalt bestritten wird, zumal dies für den vorangehenden Zeitraum ab dem Familiennachzug im Jahr 2012 nicht der Fall war.

#### **E. 3.4.2**

Ferner würde der abgeleitete Aufenthaltsanspruch des Beschwerdeführers auch in Zukunft die Anwesenheit der originär aufenthaltsberechtigten Beschwerdeführerin in der Schweiz bedingen, da der freizügigkeitsrechtliche Aufenthaltsanspruch mit der Abmeldung erlischt (vgl. Art. 61 Abs. 1 lit. a AIG ; vgl. auch Art. 61a AIG ; vgl. BGE 140 II 129 E. 3.4 i.f.). Da keine Aussicht darauf besteht, dass die Beschwerdeführer zeitnah wieder nach Österreich zurückkehren könnten, hätten sie sich zum Umstand äussern müssen, dass sie ihre beiden Kinder in Österreich zurückgelassen haben. Auch hierzu fehlen in der bundesgerichtlichen Beschwerde substantiierte Ausführungen. Das Zurücklassen der Kinder in Österreich spricht dafür, dass die Beschwerdeführerin beabsichtigte, nach der Erteilung der abgeleiteten Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zugunsten des Beschwerdeführers (ohne Abmeldung) wieder nach Österreich zu den Kindern zurückzukehren. Es ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Absicht abspricht, ernsthaft in der Schweiz wohnhaft zu werden.

#### **E. 3.4.3**

Nach dem Dargelegten dient die Wiedereinreise der Beschwerdeführerin unter Einreichung eines Arbeitsvertrags mit der E. \_\_\_\_\_ GmbH, bei der ihr Ehemann - der Beschwerdeführer - einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände einzig dem Zweck, dem Beschwerdeführer einen abgeleiteten Aufenthaltsanspruch in der Schweiz zu verschaffen. Das Verhalten der Beschwerdeführerin verdient daher keinen Schutz. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass die Beschwerdeführerin den Aufenthaltsanspruch gemäss Art. 4 FZA in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA und Art. 6 ff. Anhang I FZA rechtsmissbräuchlich geltend macht. Mit Blick auf den Beschwerdeführer besteht folglich auch keine Grundlage für einen Familiennachzug. Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit rügen, genügt die Beschwerde nicht den Anforderungen an die Begründung von Grundrechtsverletzungen (vgl. E. 2. hiervor; Art. 106 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 4**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Diesem Verfahrensausgang entsprechend haben die Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG ). Parteienschädigungen sind nicht geschuldet ( Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG ).

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