

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00406 vom 2. Dezember 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-12-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00406](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00406)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00406 du 2 décembre 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00406 del 2 dicembre 2020

## Regeste

Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA | Wiedererlangung der Arbeitnehmereigenschaft nach Stellenantritt. Zulässigkeit von Noven und Verfahrens- bzw. Streitgegenstand, prozessökonomische Überlegungen (E. 2.). Arbeitnehmerfreizügigkeit von EU-Bürgern und Verlust derselben nach längerer Arbeitslosigkeit (E. 3.1). Der deutsche Beschwerdeführer hat seine Arbeitnehmereigenschaft aufgrund längerer Arbeitslosigkeit zunächst verloren, nunmehr aber aufgrund seiner dauerhaften Rückkehr in den ersten Arbeitsmarkt wiedererlangt (E. 3.2). Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss dem Verursacherprinzip, nachdem der Beschwerdeführer lediglich aufgrund von Noven obsiegt und der vorinstanzliche Entscheid rechtsfehlerfrei erscheint (E. 4). Rechtsmittelbelehrung (E. 5). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 2

Abteilung VB.2020.00406 Urteil der 2. Kammer vom 2. Dezember 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Elisabeth Trachsel, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiber Felix Blocher. In Sachen A, vertreten durch B AG, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, hat sich ergeben: I. Der 1968 geborene deutsche Staatsangehörige A reiste nach einem früheren Erwerbsaufenthalt am 1. Oktober 2012 erneut zwecks Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit in die Schweiz ein, weshalb ihm am 31. Oktober 2012 zunächst eine Kurz- und am 13. Juni 2013 eine bis zum 4. Juni 2018 gültige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt wurde. Mit Verfügung vom 22. Mai 2019 verweigerte das Migrationsamt eine weitere Bewilligungsverlängerung unter Ansetzung einer Ausreisefrist bis zum 22. August 2019, da der Beschwerdeführer ab Januar 2016 mit rund Fr. 36'000.- (Stand 30. Juli 2018) von der Sozialhilfe unterstützt werden musste und nicht bzw. kaum mehr auf dem ersten Arbeitsmarkt tätig war. II. Den hiergegen erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion am 8. Mai 2020 ab. III. Mit Beschwerde vom 15. Juni 2020 liess A dem Verwaltungsgericht beantragen, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und seine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA "unbefristet" zu verlängern, da er seit dem 2. Juni 2020 einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit der C AG in D abgeschlossen habe. Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2020 forderte das Verwaltungsgericht das Migrationsamt auf, zu einer wiedererwägungsweisen Bewilligungserteilung und entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen Stellung zu nehmen. Nachdem sich das Migrationsamt trotz verwaltungsgerichtlicher Aufforderung nicht weiter vernehmen liess und die Sicherheitsdirektion auf Vernehmlassung verzichtet hatte, setzte das Verwaltungsgericht

der Rechtsvertreterin von A Frist zum Nachweis des Vertretungsverhältnisses an. Zugleich forderte es diesen auf, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit einem Bestätigungsschreiben seiner Arbeitgeberin und Lohnbelegen nachzuweisen. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2020 wies die Rechtsvertreterin von A das Vertretungsverhältnis mittels entsprechender Vollmachtserklärung nach und reichte die angeforderten Unterlagen ein. Die nachgereichten Dokumente wurden dem Migrationsamt zur Kenntnisnahme zugestellt. Es erfolgten keine weiteren Eingaben. Die Kammer erwägt: 1. Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können Rechtsverletzungen und die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, nicht aber die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (§ 50 in Verbindung mit § 20 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

### **E. 2.1**

Nach § 52 Abs. 1 in Verbindung mit § 20a Abs. 2 VRG sind neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren grundsätzlich zulässig. Abzustellen ist entsprechend auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des gegenwärtig zu fällenden Entscheids (vgl. BGr, 20. April 2009, 2C\_651/2008, E. 4.2; BGE 135 II 369 E. 3.3; VGr, 11. Mai 2016, VB.2016.00062, E. 1.2.1; VGr, 6. Oktober 2010, VB.2010.00167, E. 5). Hingegen liegt ein unzulässiges neues Sachbegehren vor, wenn zwar dieselben Rechtsfolgen wie mit dem verfahrensauslösenden Gesuch bezweckt werden, dieses sich aber auf neue Tatsachen abstützt, welche vom ursprünglich zu beurteilenden Sachverhalt wesentlich abweichen. Dies ist im Bereich des Ausländerrechts der Fall, wenn sich der Anwesenheitsanspruch auf einen neuen Sachverhalt bezieht, welcher von den Vorinstanzen noch gar nicht beurteilt wurde (vgl. VGr, 11. Mai 2016, VB.2016.00062, E. 1.2.1; Marco Donatsch, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 52 N. 17 und § 20a N. 10, 17 und 20; vgl. auch Martin Bertschi, Kommentar VRG, Vorbem. zu §§ 19–28a N. 44 ff. ).

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer begründet seine Beschwerde mit dem Antritt einer neuen Stelle per 2. Juni 2020 und seiner hierdurch allenfalls wiedererlangten freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft bzw. einem Aufenthaltsrecht zur erwerbslosen Wohnsitznahme nach "Art. 24 Abs. 1 Anhang I" des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999 (FZA). Da es seine neue Arbeitsstelle erst nach der Fällung des vorinstanzlichen Entscheids vom 8. Mai 2020 angetreten hatte, erscheint fraglich, ob sein Begehren noch vom vorinstanzlichen Streitgegenstand mitumfasst ist und es sich bei der neu angetretenen Arbeitsstelle damit noch um ein zu berücksichtigendes Novum handelt. Allerdings besteht ein enger Sachzusammenhang zum Gegenstand des vorinstanzlichen Entscheids, das Begehren des Beschwerdeführers beruht auf denselben (freizügigkeitsrechtlichen) Rechtsgrundlagen und es wird dieselbe Rechtsfolge begehrt. Sodann hätte ein Nichteintretensentscheid vorliegend zur Folge, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner neu angetretenen Stelle zwar ein neues Gesuch beim Migrationsamt stellen, zwischenzeitlich aber trotz allfälligen freizügigkeitsrechtlichen Ansprüchen seine Arbeitsstelle verlieren könnte, da ihm aufgrund der Erfolgsaussichten seines Gesuchs zwar ein prozeduraler Aufenthalt im Sinn von Art. 17 Abs. 2 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG) gestattet werden könnte, dies jedoch keine Erwerbsberechtigung während der Verfahrenshängigkeit mitumfasst. Hierdurch könnte der Beschwerdeführer seine neue Arbeitsstelle verlieren, welche gerade Grundlage

für sein Aufenthaltsgesuch bildet. Es erscheint deshalb auch aus prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt, die Begehren des Beschwerdeführers materiell zu prüfen und auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 AIG gilt dieses Gesetz für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft (heute Europäische Union [EU]) nur so weit, als das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das AIG günstigere Bestimmungen vorsieht. Freizügigkeitsrechtliche Verbleiberechte bestehen insbesondere für EU-/EFTA-Staatsangehörige, die in der Schweiz einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen (vgl. Art. 4 FZA in Verbindung mit Art. 6 und 12 Anhang I FZA). Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, müssen gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA unter anderem über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, sodass sie zur Finanzierung ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen. Nach Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 (VEP) und Art. 62 Abs. 1 lit. d AIG kann eine Aufenthaltsbewilligung sodann unter anderem widerrufen oder nicht mehr verlängert werden, wenn eine mit der Verfügung verbundene Bedingung nicht (mehr) eingehalten wird. Als Bedingung im vorgenannten Sinn gilt auch der Aufenthaltszweck, wie er gemäss Art. 33 Abs. 2 AIG mit jeder Aufenthaltsbewilligung verbunden wird (Silvia Hunziker in: Martin Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 62 N. 43; VGr, 22. August 2019, VB.2019.00381, E. 2). Der Verlust der Arbeitnehmereigenschaft bzw. die Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit führt damit in der Regel zum Verlust der darauf basierenden freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsrechte, insbesondere wenn die betroffene Person in der Folge von der Sozialhilfe unterstützt werden muss und somit auch freizügigkeitsrechtliche Aufenthaltsansprüche im Sinn von Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA entfallen (vgl. zum Ganzen VGr, 29. April 2020, VB.2020.00041, E. 2.1.3). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ging bislang davon aus, dass die Arbeitnehmereigenschaft spätestens nach 18 Monaten (BGr, 10. April 2014, 2C\_390/2013, E. 4.3; Andreas Zünd/Thomas Hugi Yar, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik [Hrsg.], Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich etc. 2015, S. 192 f. und 199) bzw. zwei Jahren (BGr, 25. November 2013 2C\_1060/2013, E. 3.1) unfreiwilliger Arbeitslosigkeit verloren ging. Dabei vermochten Beschäftigungsmassnahmen auf dem zweiten Arbeitsmarkt den Verlust der Arbeitnehmereigenschaft nicht hinauszuzögern (BGE 141 II 1 E. 2.2.5; BGr, 7. Dezember 2017, 2C\_882/2017, E. 2.3.1; VGr, 20. Juni 2018, VB.2018.00218, E. 2.3). Seit dem 1. Juli 2018 regelt Art. 61a AuG (heute AIG) das Erlöschen des Aufenthaltsrechts sowie den Zugang zur Sozialhilfe für Staatsangehörige der EU/EFTA-Mitgliedstaaten, die ursprünglich eine Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit erhalten haben und deren Arbeitsverhältnis unfreiwillig beendet wurde (vgl. Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes vom 4. März 2016, BBl 2016 3000 ff., 3054 f.). Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach einer Anstellung von mehr als zwölf Monaten sieht Art. 61a Abs. 4 AIG vor, dass die Aufenthaltsbewilligung spätestens sechs Monate nach dem Ende des Anspruchs auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung erlischt. Nach längerer Arbeitslosigkeit wird die Arbeitnehmereigenschaft sodann auch durch kürzere, befristete Arbeitseinsätze nicht mehr wiedererlangt (BGr, 10. April 2014, 2C\_390/2013, E. 4.4 und 5.3; VGr, 20. Juni 2018, VB.2018.00218, E. 2.3; kritisch hierzu

Pirker, S. 1222 f.).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer kann sich als deutscher Staatsangehöriger grundsätzlich auf die freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen des FZA berufen. Während seines Aufenthalts in der Schweiz war er zunächst in rasch wechselnden Anstellungen erwerbstätig und zwischenzeitlich immer wieder arbeitslos. Ab Januar 2016 musste er von der Sozialhilfe unterstützt werden. Danach war er bis Juni 2020 nur noch in vereinzelten Kurzeinsätzen oder auf dem zweiten Arbeitsmarkt erwerbstätig. Seit dem 2. Juni 2020 ist er wieder in unbefristeter und ungekündigter Anstellung zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. ... (seit Ablauf der Probezeit) zuzüglich 13. Monatslohn als ... erwerbstätig. Er hat inzwischen die Probezeit seiner neuen Anstellung erfolgreich beendet. Im Sinn der vorinstanzlichen Erwägungen ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seine Arbeitnehmereigenschaft aufgrund längerer Arbeitslosigkeit verloren und mit seiner Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen bzw. seinen kurzzeitigen Einsätzen auf dem ersten Arbeitsmarkt zunächst nicht mehr wiedererlangt hatte. Aufgrund der erfolgreichen Absolvierung der Probezeit, der nunmehr bereits rund sechsmonatigen Erwerbstätigkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt und seinem hierdurch generierten existenzsichernden Einkommen ist aber nicht mehr von einem lediglich vorübergehenden Arbeitseinsatz auszugehen und hat der Beschwerdeführer seine freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft wiedererlangt. Damit kann er sich auch wieder auf einen freizügigkeitsrechtlichen Bewilligungsanspruch gemäss Art. 4 FZA in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA berufen und seine Beschwerde im Ergebnis gutzuheissen. Entgegen seinem Antrag in der Beschwerdeschrift ist ihm diese jedoch nicht "unbefristet", sondern entsprechend der gesetzlichen Vorgaben für maximal fünf Jahre zu verlängern. Sodann basiert sein Aufenthaltsanspruch auf seiner wiedererlangten Arbeitnehmereigenschaft, womit eine Bewilligungserteilung zur erwerbslosen Wohnsitznahme nach Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA nicht weiter zu prüfen ist. Weiter ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass seine (befristete) Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA bei erneutem Stellenverlust wieder zur Disposition gestellt werden könnte, zumal seine zahlreichen Stellenverluste in der Vergangenheit nicht sämtliche Bedenken an der Dauerhaftigkeit seines derzeitigen Arbeitseinsatzes auszuräumen vermögen.

### **E. 4.1**

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen beurteilen sich grundsätzlich nach Massgabe des Verfahrensausgangs (Unterliegerprinzip, § 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a sowie § 17 Abs. 2 VRG). Hat sich die Rechts- oder Sachlage seit dem vorinstanzlichen Entscheid zugunsten der Rechtsmittel einlegenden Partei geändert, können die Kosten des Rekursverfahrens getreu dem Verursacherprinzip gleichwohl ganz oder teilweise der beschwerdeführenden Partei auferlegt werden und steht dieser auch keine Parteientschädigung zu (vgl. zum Verursacherprinzip im Allgemeinen Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 55 ff. und § 17 N. 25 ff.; vgl. auch VGr, 3. Juli 2020, VB.2020.00273, E. 2.1; VGr, 25. Oktober 2017, VB.2017.00671, E. 2.5 [nicht auf [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) veröffentlicht]).

### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer hat erst mit seiner neuen Festanstellung wieder einen freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch erlangt, während seine diesbezüglichen Ansprüche zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids erloschen waren. Er obsiegt

damit nur aufgrund von Noven, welche beim Rekursentscheid noch nicht berücksichtigt werden konnten. Getreu dem Verursacherprinzip und da sich der vorinstanzliche Entscheid als rechtsfehlerfrei erweist, besteht kein Anlass, die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursentscheids neu zu regeln. Hingegen sind die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ausgangsgemäss dem Migrationsamt aufzuerlegen, zumal dieses seinen Entscheid aufgrund der veränderten Sachlage in Wiedererwägung ziehen und damit weitere Verfahrenskosten hätte vermeiden können. Mangels eines entsprechenden Antrags im Beschwerdeverfahren ist für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **E. 5**

Der vorliegende Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) angefochten werden, soweit ein Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung geltend gemacht wird. Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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