

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 617/2019

Urteil vom 6. Februar 2020

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichterin Hänni,
Bundesrichter Beusch,
Gerichtsschreiberin Straub.

Verfahrensbeteiligte
1. A.A. _____,
2. B.A. _____,
Beschwerdeführerinnen,
beide vertreten durch Rechtsanwalt
Nicolas von Wartburg,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,
Berninastrasse 45, 8090 Zürich,
Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, Neumühlequai 10, 8090 Zürich.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA und Niederlassungsbewilligung,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 2. Abteilung, vom 8. Mai 2019 (VB.2018.00813).

Sachverhalt:

A.
Die italienische Staatsangehörige A.A. _____ (geboren 1979) reiste zusammen mit ihrer Tochter B.A. _____ (geboren 2011) am 13. März 2013 in die Schweiz ein und ersuchte unter Beilage eines Arbeitsvertrags um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Sie erhielt zunächst eine bis 12. September 2013 befristete Kurzaufenthaltsbewilligung zur (ergänzenden) Stellensuche und nach Einreichung weiterer Arbeitsverträge eine bis 12. September 2018 befristete Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. B.A. _____ erhielt im Rahmen des Familiennachzugs ebenfalls eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Seit 1. Februar 2014 sind A.A. _____ und ihre Tochter B.A. _____ auf Sozialhilfe angewiesen. Bis zum 20. Januar 2017 belief sich die Summe der bezogenen Leistungen auf Fr. 115'325.60.

Mit Verfügung vom 15. März 2017 widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich die Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA von A.A. _____ und B.A. _____, wies sie aus der Schweiz weg und setzte ihnen zum Verlassen der Schweiz eine Frist bis 31. Mai 2017.

B.
Ein dagegen gerichteter Rekurs an die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich blieb erfolglos (Entscheid vom 8. November 2018). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wies die Beschwerde gegen den Rekursentscheid mit Urteil vom 8. Mai 2019 ab.

C.
Mit Eingabe an das Bundesgericht vom 27. Juni 2019 erheben A.A. _____ und B.A. _____ Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Sie beantragen, das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragen sie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und

Verbeiständung.

Der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 1. Juli 2019 antragsgemäss die aufschiebende Wirkung.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich beantragt die Abweisung der Beschwerde und verzichtet, ebenso wie die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, auf Vernehmlassung. Das Migrationsamt des Kantons Zürich und das Staatssekretariat für Migration lassen sich nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich in vertretbarer Weise auf einen freizügigkeitsrechtlichen Bewilligungsanspruch (vgl. Art. 6 i.V.m. Art. 4 Anhang I FZA [SR 0.142.112.681]), sodass sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als zulässig erweist (Art. 83 lit. c Ziff. 2 e contrario BGG). Ob die hierfür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung und nicht des Eintretens (BGE 137 I 305 E. 2.5 S. 315; 136 II 177 E. 1.1 S. 179 f.). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hinsichtlich der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligungen einzutreten.

1.2. Soweit die Beschwerdeführerinnen mit der vollumfänglichen Aufhebung des angefochtenen Urteils auch die Wegweisung mitanfechten, wäre einzig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zulässig (Art. 83 lit. c Ziff. 4 BGG i.V.m. Art. 113 BGG). Diese steht nur offen, soweit sich die betroffenen Personen auf besondere verfassungsmässige Rechte berufen können, welche ihnen unmittelbar ein rechtlich geschütztes Interesse im Sinn von Art. 115 lit. b BGG verschaffen, wobei die entsprechenden Rügen jeweils rechtsgenügend begründet werden müssen (BGE 137 II 305 E. 3.3 S. 310). Vorliegend berufen sich die Beschwerdeführerinnen indes nicht in rechtsgenügender Weise (vgl. Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG) auf ein solches Recht.

1.3. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (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 Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Die beschwerdeführende Partei kann die Feststellung des Sachverhalts unter den gleichen Voraussetzungen beanstanden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Dabei gelten, wie bei den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen, strenge Anforderungen an die Begründung (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6 S. 96 mit Hinweis).

2.

Die Beschwerdeführerinnen rügen eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Die Feststellung, dass die Beschwerdeführerin 1 nie Arbeitnehmerin im freizügigkeitsrechtlichen Sinne gewesen sei, sei offensichtlich aktenwidrig, und die Behauptung, ihre Anstellung als Betreuungsassistentin sei dem sekundären Arbeitsmarkt zuzuordnen, sei willkürlich. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den genannten Punkten nicht ausschliesslich um Sachverhaltsrügen handelt, da die Qualifikation der Beschwerdeführerin 1 als Arbeitnehmerin nicht lediglich von Sachverhaltselementen, sondern insbesondere von der rechtlichen Einordnung dieser Elemente abhängig ist. Soweit die Beschwerdeführerinnen diese Einordnung beanstanden, sind nicht nur Willkürürügen zulässig, sondern kann eine umfassende rechtliche Überprüfung durch das Bundesgericht erfolgen.

3.

3.1. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA erhält ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist und mit einem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mindestens einem Jahr eingeht, 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. Ein Arbeitnehmer, der mit einem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mehr als drei Monaten und weniger als einem Jahr eingegangen ist, erhält gemäss Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer, die der Dauer des Arbeitsvertrags entspricht.

Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei und ihre Familienangehörigen haben nach Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit ein Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei (Art. 4 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA). Gemäss Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA sind die Voraussetzungen der Verordnung 1251/70 (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) und Richtlinie 75/34/EWG (Richtlinie 75/34/EWG vom 17. Dezember 1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verbleiben) zu beachten. Das auf dem Freizügigkeitsabkommen gründende Anwesenheitsrecht darf nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden (Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA).

3.2. Die Auslegung des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs und des damit verbundenen Status erfolgt in Übereinstimmung mit der unionsrechtlichen Rechtsprechung, wie sie vor der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens (21. Juni 1999) bestand. Neuere Entscheide des EuGH berücksichtigt das Bundesgericht im Interesse einer parallelen Rechtslage, soweit keine triftigen Gründe hiergegen sprechen (vgl. BGE 139 II 393 E. 4.1 mit Hinweisen). Als freizügigkeitsrechtlicher Arbeitnehmer gilt gemäss Rechtsprechung, wer während einer bestimmten Zeit Leistungen für eine andere Person nach deren Weisungen erbringt und als Gegenleistung hierfür eine Vergütung erhält (BGE 141 II 1 E. 2.2.3 S. 5 f. mit Hinweisen). Grundsätzlich kommt es dabei weder auf den zeitlichen Umfang der Aktivität noch auf die Höhe des Lohnes oder die Produktivität der betroffenen Person an. Erforderlich ist jedoch quantitativ wie qualitativ eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit. Die Beurteilung, ob eine solche besteht, muss sich auf objektive Kriterien stützen und allen Umständen Rechnung tragen, welche die Art der Tätigkeit und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen (BGE 131 II 339 E. 3 S. 344 ff.; 141 II 1 E. 2.2.4 S. 6, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH). Tätigkeiten im Bereich des sekundären Arbeitsmarktes, die im Rahmen von Umschulungs- oder Wiedereingliederungsprogrammen ausgeübt werden, gelten nicht als echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit (BGE 131 II 339 E. 3.3 S. 346; Urteile 2C 716/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.3; 2C 567/2017 vom 5. März 2018 E. 4.2.1).

4.

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin 1 sei während ihres gesamten Aufenthalts in der Schweiz überwiegend erwerbslos gewesen. Neben zwei Anstellungen im Stundenlohn als Unterhaltsreinigerin von April bis September 2013 bzw. als technische Assistentin für Liegenschaften ab Oktober 2013, bezüglich derer weder das Arbeitspensum noch das tatsächlich erzielte Einkommen bekannt sei, sei sie von Mitte Oktober 2013 bis Mitte Januar 2014 als Reinigungsmitarbeiterin in der Hotelreinigung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 15-20 Stunden angestellt gewesen. Auch diesbezüglich sei das tatsächliche Einkommen nicht bekannt. Dieser Arbeitsvertrag habe von der Unternehmung aus wirtschaftlichen Gründen während der Probezeit aufgelöst werden müssen. Soweit die Beschwerdeführerin 1 tatsächlich einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei, fehle jeglicher Beleg dafür, welches Einkommen sie bei ihren verschiedenen Anstellungen tatsächlich erwirtschaftet bzw. in welchem Pensum sie dort gearbeitet habe. Bei ihrer Tätigkeit als Betreuungsassistentin mit einem Pensum von 38 % im Hort "C. _____" vom 10. Dezember 2018 bis 15. März 2019 habe es sich entgegen ihrer Behauptung nicht um eine Anstellung im ersten Arbeitsmarkt gehandelt, da sie in einem Integrationsprogramm gewesen sei, das während der befristeten Anstellung weiterhin Betreuung durch eine Sozialarbeiterin angeboten habe. Sie habe daher die Arbeitnehmereigenschaft nie erfüllt und könne keinen Aufenthaltsanspruch aus Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA ableiten. Dass sie gemäss Schreiben der Schule D. _____ vom 17. April 2019 ab dem 1. August 2019 im Umfang von 65-70 % als pädagogische Betreuungsassistentin angestellt werde, sei folglich unerheblich.

4.1. Die Beschwerdeführerinnen verweisen hinsichtlich der Frage der tatsächlichen Erwerbstätigkeit auf ein Arbeitszeugnis vom Dezember 2013, welches bestätige, dass die Beschwerdeführerin 1 von April bis September 2013 bei einer Reinigungsfirma gearbeitet habe. Die Vorinstanz bestritt dieses Anstellungsverhältnis nicht. Sie erwog diesbezüglich aber, dass das Migrationsamt der Beschwerdeführerin 1 im Mai 2013 mitgeteilt habe, sie könne sich nicht auf die Arbeitnehmereigenschaft berufen, da ihr Pensum weniger als 12 Wochenstunden betrage. Diesem Einwand sowie den von der Vorinstanz genannten Zweifeln an der tatsächlichen Arbeitstätigkeit der

Beschwerdeführerin 1 im Rahmen weiterer Teilzeitanstellungen halten die Beschwerdeführerinnen nichts entgegen. Insbesondere legen sie nicht dar, inwiefern die Vorinstanz diesbezüglich eine quantitativ und qualitativ echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit zu Unrecht übersehen hätte.

4.2. Hinsichtlich der Frage, ob die befristete Anstellung als Betreuungsassistentin im Umfang von 38 % vom 10. Dezember 2018 bis 15. März 2019 als Erwerbstätigkeit im ersten Arbeitsmarkt zu qualifizieren sei, verwies die Vorinstanz auf ein Schreiben der E. _____ GmbH vom 17. Januar 2019, wonach es sich um eine Anstellung im ersten Arbeitsmarkt handle, gelangte aber zum gegenteiligen Schluss, da sie weiterhin in einem Integrationsprogramm sei.

Tatsächlich kann der genannten Bestätigung sowie der Teilnahmevereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin 1 und der E. _____ GmbH vom 13. Dezember 2018 entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin 1 während der befristeten Anstellung weiterhin durch diese Institution begleitet wurde. Angesichts des Umstands, dass weder der Anstellungsverfügung des Schulamts der Stadt Zürich vom 11. Dezember 2018 noch der Teilnahmevereinbarung vom 13. Dezember 2018 zu entnehmen ist, dass die Anstellung im Rahmen eines Integrationsprogrammes erfolgte, kann der vorinstanzlichen Argumentation indes nicht gefolgt werden: Dass die Beschwerdeführerin 1 während des Arbeitseinsatzes durch die E. _____ GmbH weiterhin begleitet wurde, lässt für sich allein nicht den Schluss zu, die Arbeit sei im Rahmen eines Integrations- oder Beschäftigungsprogrammes vermittelt worden und folglich dem sekundären Arbeitsmarkt zuzuordnen. Die vorinstanzliche Argumentation greift diesbezüglich zu kurz und lässt letztlich die Frage, ob die Beschwerdeführerin 1 im Rahmen ihrer befristeten Anstellung als Betreuungsassistentin einer qualitativ und quantitativ echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachging, unbeantwortet. Auch lässt die Vorinstanz die Frage

offen, ob weitere Anstellungen erfolgten oder dieses Arbeitsverhältnis verlängert worden ist.

4.3. Die Vorinstanz hätte im Falle der zuletzt strittigen Anstellung überprüfen müssen, ob die Arbeitstätigkeit im Umfang von 38 % für einen monatlichen Nettolohn von Fr. 1'643.45 nunmehr die Arbeitnehmereigenschaft begründet oder aber als derart untergeordnet und unwesentlich zu qualifizieren ist, dass sich daraus keine Arbeitnehmereigenschaft ableiten lässt (vgl. BGE 131 II 339 E. 3.4 S. 347 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH; Urteile 2C 1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.4; 2C 1137/2014 vom 6. August 2015 E. 4.4 und 2C 98/2015 vom 3. Juni 2016 E. 6.2).

Dabei kommt es grundsätzlich weder auf den zeitlichen Umfang der Aktivität noch auf die Höhe des Lohnes an (vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.4 S. 6; Urteile des EuGH vom 3. Juni 1986 C-139/85 Kempf, Slg. 1986 1741 Randnr. 14; vom 26. Februar 1992 C-3/90 Bernini, Slg. 1992 I-1071 Randnr. 16; vgl. E. 4.2 hiervor). Der blosse Umstand, dass ein Arbeitsverhältnis von kurzer Dauer und befristet war und es sich um eine Teilzeitstelle handelte, schliesst die Arbeitnehmereigenschaft nicht per se aus, und die erwirtschafteten Einkünfte müssen nicht den Lebensunterhalt der betreffenden Person decken oder über einem garantierten Mindesteinkommen liegen. Tätigkeiten, die einen so geringen

Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich erweisen, begründen die Arbeitnehmereigenschaft jedoch nicht (vgl. BGE 131 II 339 E. 3.2 f. S. 345 f. mit Hinweisen; Urteile des EuGH vom 26. Februar 1992 C-3/90 Bernini, Slg. 1992 I-1071 Randnr. 16; vom 23. März 1982 53/81 Levin, Slg. 1982-1035 Randnr. 16; WINFRIED BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, N. 12 und N. 16 zu Art. 45 AEUV; EPINEY, in: Vedder/Heintschel von Heinegg [Hrsg.], Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, 2. Aufl. 2018, N. 12 zu Art. 45 AEUV).

Die Frage, ob die Beschwerdeführerin 1 eine qualitativ und quantitativ echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt hat, ist unter Beachtung sämtlicher Umstände zu beantworten. In ähnlich gelagerten Fällen hat das Bundesgericht ein monatliches Einkommen von Fr. 2'532.65 (Anstellung zu 80 %) als nicht rein symbolisch erachtet und die Arbeitnehmereigenschaft bejaht (Urteil 2C 1061/2013 vom 14. Juli 2015 E. 4.4), eine Teilzeitarbeit mit einem monatlichen Einkommen von Fr. 600.- bis Fr. 800.- dagegen als untergeordnet und unwesentlich ("marginal et accessoire") qualifiziert (Urteil 2C 1137/2014 vom 6. August 2015 E. 4.4). In einem weiteren Urteil erachtete es eine Tätigkeit im Stundenlohn auf Abruf ohne eine Mindestanzahl garantierter Arbeitsstunden trotz eines durchschnittlichen Monatseinkommens von Fr. 1'673.25 als ungenügend, um die Arbeitnehmereigenschaft wiederzuerlangen, da angesichts der konkreten Umstände und der zeitlich limitierten, unregelmässigen Arbeitseinsätze nicht von einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgegangen werden konnte (Urteil 2C 98/2015 vom 3. Juni 2016 E. 6.2). Schliesslich liess das Bundesgericht offen, ob ein monatliches Einkommen von Fr. 1'000.- als untergeordnet zu qualifizieren sei, da der betreffende Beschwerdeführer danach während mehreren Jahren nur noch maximal Fr. 345.25 pro Monat erwirtschaftete und die Arbeitnehmereigenschaft somit verloren hatte (Urteil 2C 289/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 4.4). Bei der Beurteilung, ob die Beschwerdeführerin 1 eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübte, ist zu beachten, dass ihre Anstellung

zwar befristet war, aber zu einem fixen Prozentsatz und Lohn erfolgte. Ausserdem bot ihr die Stadt Zürich als Arbeitgeberin auf einen späteren Zeitpunkt eine unbefristete Anstellung zu 65-70 % in der Schule D. _____ an. Diese sowie weitere den Sachverhalt betreffende Umstände sind in die Beurteilung einzubeziehen.

4.4. Indem es die Vorinstanz unterlässt, die Frage der Arbeitnehmereigenschaft in Bezug auf die genannte Anstellung dahingehend zu prüfen, ob es sich um eine qualitativ und quantitativ echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung handelt, verletzt sie Art. 6 Anhang I FZA.

5.

5.1. Aufgrund dieser Erwägungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gutzuheissen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 8. Mai 2019 ist aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen.

5.2. Bei diesem Ergebnis sind für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird damit gegenstandslos. Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Mai 2019 wird aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

2.1. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

2.2. Der Kanton Zürich hat den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung, und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Februar 2020

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Straub