Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 1034/2016

Urteil vom 13. November 2017

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichter Haag,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Petra Oehmke,

gegen

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

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 2. Abteilung, vom 5. Oktober 2016 (VB.2016.00377).

Sachverhalt

A.
A._____ (1966; Italiener) reiste am 15. November 2004 in die Schweiz ein, worauf ihm gestützt auf einen unbefristeten Arbeitsvertrag am 26. Januar 2005 eine Kurzaufenthaltsbewilligung EG/EFTA erteilt wurde. Am 16. November 2007 stellte ihm das kantonale Migrationsamt eine bis zum 13. November 2012 gültige Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA aus.
Ab dem 12. Februar 2009 war A._____ wegen Krankheit in seiner Arbeitsfähigkeit erheblich eingeschränkt. Nach Ablauf des Wartejahres am 11. Februar 2010 konnte ihm noch keine Tätigkeit zugemutet werden. In einer medizinischen Beurteilung wurde ihm eine behinderungsangepasste Tätigkeit ab 16. August 2010 zu 50 %, ab 1. Februar 2011 zu 80 % und ab Juli 2011 zu 100 % attestiert. Für die Zeit ab Mai 2011 verneinte die IV-Stelle einen Rentenanspruch des Beschwerdeführers und wurde ihm die Ausübung behinderungsangepasster Tätigkeiten im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums zugemutet. Vom 1. Januar bis 4. April 2013 sowie vom 1. Juni 2013 bis 19. Juni 2014 wurde ihm die Fähigkeit, behinderungsangepasste Tätigkeiten auszuüben, für ein Pensum von 75 % attestiert. Vom 5. April bis 30. Mai 2013 war der Beschwerdeführer zu 100 % arbeitsunfähig.
Das am 4. Oktober 2012 gestellte Gesuch des Beschwerdeführers um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung wurde zunächst wegen eines hängigen IV-Verfahrens bis 13. November 2014 gutgeheissen, bevor das kantona-

le Migrationsamt dieses angesichts der Verweigerung einer IV-Rente unter Ansetzung einer Ausreisefrist mit Verfügung vom 11. Dezember 2014 abwies.

B.
Mit Entscheid vom 10. April 2015 wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich den von A._____ gegen diese Verfügung des kantonalen Migrationsamtes vom 11. Dezember 2014 erhobenen Rekurs ab. Mit Verfügung vom 28. Mai 2015 trat der Einzelrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich auf die dagegen am 22. bzw. 26. Mai 2015 geführte Beschwerde von A._____ wegen Verspätung nicht ein, überwies die Eingabe angesichts der anfangs Mai 2015 gestellten Krebsdiagnose indes der kantonalen Sicherheitsdirektion zur Behandlung als Revisionsgesuch.
Mit Vorbescheid vom 7. März 2016 sprach die IV-Stelle Zürich A._____ ab dem 1. November 2015 eine ganze IV-Rente zu.
Mit Entscheid vom 30. Mai 2016 wies die kantonale Sicherheitsdirektion das Revisionsgesuch von A._____ betreffend ihren Entscheid vom 10. April 2015 ab und setzte ihm eine Ausreisefrist an. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wies mit Urteil vom 5. Oktober 2016 die Beschwerde von A._____ unter vollständiger Prüfung der Rechtmässigkeit der Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung ab.

C.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 11. November 2016 an das Bundesgericht beantragt A._____, das angefochtene Urteil der kantonalen Vorinstanz vom 5. Oktober 2016 aufzuheben und in Gutheissung der Beschwerde und entsprechend dem gestellten Revisionsgesuch unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu verlängern. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.
Die Vorinstanz schliesst auf Abweisung der Beschwerde soweit Eintreten. Die kantonale Sicherheitsdirektion verzichtet auf eine Vernehmlassung. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat sich innert angesetzter Frist nicht vernehmen lassen.

Erwägungen:

1.

1.1. Die am 11. November 2016 eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten richtet sich inhaltlich gegen die mit dem angefochtenen Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG) verweigerte Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und ist wegen vertretbar geltend gemachtem Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zulässig (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG e contrario; Art. 83 lit. c Ziff. 4 BGG; BGE 135 II 1 E. 1.2.1 S. 4). Der Beschwerdeführer, der am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und mit seinen Anträgen unterlegen ist, ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.2. Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war nicht nur das Vorliegen eines Revisionsgrundes für den Entscheid der kantonalen Sicherheitsdirektion vom 10. April 2015, sondern die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich mit der Abweisung des Revisionsgesuchs des Beschwerdeführers durch die kantonale Sicherheitsdirektion auseinandergesetzt, sondern ohne weitere Ausführungen dazu geprüft, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung habe; dieses Vorgehen wurde im bundesgerichtlichen Verfahren von keiner Seite beanstandet. Der vorinstanzliche Verfahrensgegenstand ist deshalb auch dem bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren zu Grunde zu legen.

2.
Der Beschwerdeführer rügt, das angefochtene Urteil verletze Art. 4 Anhang I zum Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681).

2.1. Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist und mit einem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mindestens einem Jahr eingeht, erhält 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 (vgl. Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA).
Nach Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA darf einer arbeitnehmenden Person eine gültige Aufenthaltsbewilligung nicht allein deshalb entzogen werden, da sie keine Beschäftigung mehr hat, 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 Anh. 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 [nachfolgend: KommV 1251/70; ABl. L 142 vom 30.6.1970 S. 24]).
Das Bundesgericht hat in Auslegung dieser Grundlagen entschieden, dass eine arbeitnehmende Person ihren freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätige Person verlieren kann, (1) wenn sie freiwillig arbeitslos geworden ist, (2) aufgrund ihres Verhaltens feststeht, dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass sie in absehbarer Zeit eine andere Arbeit finden wird oder (3) ihr Verhalten gesamthaft als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss, da sie ihre Bewilligung (etwa) gestützt auf eine fiktive bzw. zeitlich kurze Erwerbstätigkeit einzig zum Zweck erworben hat, von günstigeren Sozialleistungen als im Heimat- oder einem anderen Vertragsstaat zu profitieren (BGE 141 II 1 E. 2.2.1 S. 4 mit Hinweisen). Die zuständige Behörde kann in diesen Situationen Kurzaufenthalts-, Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA und Grenzgängerbewilligungen EU/EFTA widerrufen oder nicht verlängern, wenn die Voraussetzungen für deren Erteilung nicht oder nicht mehr erfüllt sind (Art. 23 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP; SR 142.203]).

2.2. Darüber hinaus besteht nach Art. 4 Anh. I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b erster Teil KommV 1251/70 ein Verbleiberecht 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. Arbeitnehmende verfügen danach über ein autonomes Verbleiberecht (vgl. MARCEL DIETRICH, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union unter Berücksichtigung des schweizerischen Ausländerrechts, 1995, S. 295 ff., 481 ff.). Dahinter steht die Überlegung, dass aus dem Erwerbsleben tretende Arbeitnehmer in ihrem gewohnten Lebensumfeld bleiben können sollen (vgl. CHRISTINA SCHNELL, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, 2010, S. 160 f.; VIKTOR KREUSCHNITZ, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 45 AEUV N. 56). Die Berufung auf Art. 4 Anh. I FZA infolge Arbeitsunfähigkeit setzt eine vorgängige Arbeitnehmereigenschaft voraus (vgl. Art. 1 KommV 1251/70; MARC SPESCHA, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 4 FZA N. 4a; Urteil des EuGH vom 26. Mai 1993 C-171/91 Tsiotras, Slg. 1993 I-2925,
Rnr. 18; FERDINAND WOLLENSCHLÄGER, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, S. 64). Insoweit ist also das Zusammenspiel - hier - zwischen Art. 6 Abs. 1 und 6 und Art. 4 Anh. I FZA zu beachten.

3.

3.1. Die Vorinstanz hat gestützt auf die Verfügung der IV-Stelle Zürich vom 19. Juni 2014 und das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. September 2015 festgehalten, dass der Beschwerdeführer ab 16. August 2010 bis Anfang April 2013 und ab Juni 2013 bis Anfang Mai 2015 zwar in seiner Leistungsfähigkeit eingeschränkt gewesen sei. Es könne aber nicht von einer dauernden Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden. Ab Frühjahr 2009 gehe der Beschwerdeführer keiner unselbständigen Erwerbstätigkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt nach. Insofern sei die Arbeitnehmerqualität erloschen.

3.2. Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, dass Art. 4 Anh. I FZA zur Anwendung gelange. Seit 2009 sei er immer in seiner beruflichen Leistungsfähigkeit eingeschränkt gewesen. Da der am 5. Mai 2015 diagnostizierte Lungenkrebs bereits in seinem Endstadium sei, sei anzunehmen, dass diese Krankheit schon seit längerer Zeit bestehe und er daher seit vielen Jahren dauerhaft arbeitsunfähig sei.

4.

4.1. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich bestätigte in seinem Urteil vom 11. September 2015 die in der Verfügung der IV-Stelle Zürich vom 19. Juni 2014 festgehaltene Arbeitsfähigkeitszeiten und -grade, worauf sich auch die Vorinstanz stützte. Es nimmt nur Bezug auf den Sachverhalt bis zum 19. Juni 2014, die spätere Situation ist demgegenüber nicht berücksichtigt. Danach war der Beschwerdeführer von Mai 2011 bis Juni 2014 in angepasster Tätigkeit zu 75-100 % arbeitsfähig; ausgenommen waren die beiden Monate April und Mai 2013, in welchen er zu 100 % arbeitsunfähig war. Insofern war der Beschwerdeführer bis zum 19. Juni 2014 nicht dauernd arbeitsunfä hig.

4.2. Bundesgerichtliche Vorinstanzen sind entsprechend Art. 110 BGG gehalten, den Sachverhalt so festzustellen, wie er sich zum Zeitpunkt ihres Urteils tatsächlich präsentiert (Urteil 2C 728/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2.3). Dieser Pflicht ist die Vorinstanz mit ihrer unbegründeten Aussage, wonach dem Beschwerdeführer nach dem 19. Juni 2014 bis zur Krebsdiagnose die Ausübung behinderungsangepasster Tätigkeit im bisherigen Umfang weiterhin zuzumuten sei, nicht nachgekommen. Dies ist umso erstaunlicher als dieser Krankheitsbefund gerade Gegenstand des von den Vorinstanzen an die Hand genommenen Revisionsverfahrens und materiell neu entschiedenen Falles bildete. Aus den Akten ergibt sich Folgendes (Art. 105 Abs. 2 BGG) : Anfangs Mai 2015 erfolgte eine erste Feststellung der sehr fortgeschrittenen Krebserkrankung (zentrales Bronchuskarzinom, Stadium IIIB bis IV). Darauf nehmen der Vorbescheid vom 7. März 2016 und die Verfügung vom 20. April 2016 der IV-Stelle Zürich Bezug. Im Bericht des behandelnden Tumorzentrums des Spitals B._____ in Zürich wurde diagnostiziert, dass der Beschwerdeführer bereits seit sechs bis sieben Monaten trockenen Husten, abendliches Fieber, Gewichtsverlust von mehreren Kilos, progrediente Atemnot und
häufiges Erbrechen nach dem Essen aufweise. Dieser Befund bestätigt, was gerichtsnotorisch ist: Krebsleiden in diesem fortgeschrittenen Stadium treten nicht von einem Tag auf den anderen auf, sondern haben eine längere Entstehungszeit. Aufgrund des Berichts lässt sich allerdings - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - nicht annehmen, dass dieser bereits ab 2009 durch das Krebsleiden dauerhaft arbeitsunfähig gewesen wäre. Es lässt sich aber festhalten, dass die Krankheit jedenfalls sechs bis sieben Monate vor der Diagnose anfangs Mai 2015 derart fortgeschritten war, dass der Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt dauerhaft arbeitsunfähig gewesen war. Insofern ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bereits ab circa November 2014 i.S. von Art. 4 Anh. I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b erster Teil KommV 1251/70 dauerhaft arbeitsunfähig war. Ein Verbleiberecht folgt daraus allein noch nicht. Massgebend ist, ob der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Beginns der dauernden Arbeitsunfähigkeit noch den Status als Arbeitnehmer inne hatte. Die Aufenthaltsdauer von zwei Jahren nach Art. 4 Anh. I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b erster Teil KommV 1251/70 erfüllt er.

4.3. Am 16. November 2007 erteilte das Migrationsamt dem Beschwerdeführer eine bis zum 13. November 2012 gültige Aufenthaltsbewilligung. Die in Art. 6 Abs. 1 Anh. I FZA vorgesehene automatische erste Verlängerung um fünf Jahre wurde auf zwei Jahre, d.h. bis 13. November 2014, beschränkt, was zulässig ist, wenn der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Bewilligungsverlängerung seit mehr als zwölf aufeinander folgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist. Der Beschwerdeführer war auch in der Verlängerungszeit noch erwerbslos. Er galt allerdings nach wie vor als Arbeitnehmer, wenn die oben dargestellten Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 6 Anh. I FZA im Zeitpunkt, in dem die dauerhafte Arbeitsunfähigkeit begann (vorne E. 4.2), zutrafen (E. 2.1). Angesichts der bereits oben (E. 4.1) festgehaltenen Arbeitsfähigkeitszeiten und -grade war der Beschwerdeführer in einer angepassten Tätigkeit arbeitsfähig. Seine Beschäftigungslosigkeit bis circa November 2014 ist somit nicht Resultat von vorübergehender krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit. Insofern kann sich nur noch die Frage stellen, ob der Beschwerdeführer unfreiwillig arbeitslos geworden ist. Dabei verlangt der Vertragstext in Art. 6 Abs. 6 Anh. I FZA - um Missbrauch vorzubeugen (vgl. SCHNELL, a.a.O., S. 157) -, dass das zuständige Arbeitsamt dies ordnungsgemäss bestätigt hat. Trifft dies zu, so dauert das Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers jedenfalls bis zum 13. November 2014 (siehe SCHNELL, a.a.O., S. 157). Demgemäss

hätte der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Beginns der dauernden Arbeitsunfähigkeit, d.h. vor dem 1. November 2014, noch den Status als Arbeitnehmer inne gehabt.
Die Vorinstanz hat es dabei unzulässigerweise unterlassen, abzuklären, ob das zuständige Arbeitsamt dies ordnungsgemäss bestätigt hat. Sie hat dem Beschwerdeführer damit ohne Grund unterstellt, dass dieser freiwillig arbeitslos sei. Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen, das Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2016 aufzuheben sowie die Sache zur Sachverhaltsabklärung und -feststellung und zu neuem Entscheid an das Migrationsamt zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 i.f. BGG). Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde muss deshalb nicht eingegangen werden.

5.
Sollten die Sachverhaltsabklärungen ergeben, dass das zuständige Arbeitsamt die unfreiwillige Arbeitslosigkeit nicht ordnungsgemäss bestätigt hat, so drängt sich eine erneute Prüfung einer Bewilligungserteilung aus wichtigen Gründen nach Art. 20 VEP unter Berücksichtigung der aktuellen gesundheitlichen, finanziellen und sozialen Entwicklung auf. Weiter hat schon die Vorinstanz festgehalten, dass sich die Frage einer Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs stellen könnte, was ebenfalls zu prüfen sein würde.

6.
Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung im bundesgerichtlichen Verfahren ist damit gegenstandslos. Die Vorinstanz hat die Kosten- und Entschädigungsfolgen ihres Verfahrens und desjenigen der Sicherheitsdirektion neu zu verlegen (Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen, das Urteil des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2016 aufgehoben sowie die Sache zur Sachverhaltsabklärung und -feststellung und zu neuem Entscheid an das Migrationsamt zurückgewiesen.

2.
Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.
Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2’500.– auszurichten.

5.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgeschrieben.

6.
Die Sache wird zu Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

7.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung, und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. November 2017

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Errass