VPB 63.37

(Auszug aus einem Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 22. September 1997)

Art. 13 ANAG und Art. 6 BVO. Illegale Erwerbstätigkeit.

Die unentgeltliche Betreuung eines Kindes durch die eigene Grossmutter ist jedenfalls dann keine bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit, wenn die Eltern des Kindes nicht erst durch die Betreuung in die Lage versetzt werden, selbst einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Art. 13 LSEE et art. 6 OLE. Exercice illégal d'une activité lucrative.

Le fait qu'une grand-mère s'occupe gratuitement de ses propres petits-enfants ne doit en tout cas pas être considérée comme une activité lucrative soumise à autorisation lorsque cette occupation n'a pas pour conséquence de permettre désormais aux parents de ces enfants d'exercer eux-mêmes une activité lucrative.

Art. 13 LDDS e art. 6 OLS. Esercizio illegale di un'attività lucrativa.

L'assistenza gratuita di un bambino da parte della nonna non è considerata in ogni caso un'attività soggetta ad autorizzazione fintanto che non sia tale attività a mettere i genitori del bambino in condizione di esercitare un'attività lucrativa.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Die Beschwerdeführerin, eine jugoslawische Staatsangehörige, hielt sich während einigen Monaten illegal bei ihrer in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Tocher auf und hat zeitweise das Enkelkind gehütet. Dabei wechselte sie sich mit dem Lebensgefährten ihrer Tochter und einer Drittperson ab. Gestützt auf diesen Sachverhalt verhängte das Bundesamt für Ausländerfragen (BFA) gegen die Beschwerdeführerin eine dreijährige Einreisesperre (nach Art. 13 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG], SR 142.20), die unter anderem mit illegaler Erwerbstätigkeit begründet wurde.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hiess eine dagegen eingereichte Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

(...)

11. Als Erwerbstätigkeit gilt nach Art. 6 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, SR 823.21), der im Hinblick auf die ratio legis extensiv auszulegen ist, jede normalerweise auf Erwerb gerichtete unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich ausgeübt wird. Der fremdenpolizeiliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist damit wesentlich weiter gefasst, als der herkömmliche (vgl. zum ganzen Valentin Roschacher, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, Zürich 1991, S. 101 ff sowie Pra. 24 Nr. 16). Ungeachtet der Ausrichtung eines Entgelts im Einzelfall erfasst er alle Verrichtungen, die auf dem Arbeitsmarkt üblicherweise gegen Entgelt angeboten werden. Obschon der Begriff der Erwerbstätigkeit im Sinne der Verordnung weit gefasst ist, darf daneben die Existenz nicht lukrativer, bewilligungsfreier Beschäftigung (beispielsweise von Gefälligkeitshandlungen) nicht geleugnet werden (Toni Pfanner, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 16, St. Gallen 1985, S. 109; mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; Roschacher, a.a.O., S. 109
bei N. 37). Die Abgrenzung dieser beiden Bereiche, auf die es im vorliegenden Fall ankommt, ist mitunter mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.

Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung stets anerkannt, dass im Einzelfall der Erwerbscharakter einer Tätigkeit durch arbeitsmarktfremde Elemente überlagert werden kann. In BGE 110 Ib 63 (Pensionnat Mont-Olivet) hat es entschieden, bei der Tätigkeit zweier Ordensschwestern, die unentgeltlich in einem katholischen Institut für die religiöse Unterweisung und Erziehung junger Mädchen eingesetzt wurden, handle es sich nicht um Erwerbstätigkeit, weil die Leistungen dieser Frauen auf dem Arbeitsmarkt nicht angeboten würden und von Laien nicht erbracht werden könnten, wenn die Geistesrichtung des Instituts gewahrt werden solle. Im Entscheid BGE 118 Ib 85 hat es festgehalten, dass bei Ordensleuten, die keine seelsorgerische Tätigkeit ausübten, sondern in einem Kloster dem Gotteslob und der Kontemplation nachgingen, - auch wenn sie gleichzeitig im Rahmen der Klostergemeinschaft eine Arbeit verrichteten -, wohl keine Erwerbstätigkeit angenommen werden könne. Bei einem solchen Ordensberuf handle es sich nicht um eine Tätigkeit, die normalerweise auf Erwerb gerichtet sei und auf dem Arbeitsmarkt angeboten werde. In einem neusten Entscheid ging das Bundesgericht wesentlich weiter und verneinte aufgrund einer
Abwägung zwischen der Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung der Verordnung und dem Interesse an einem reibungslosen grenzüberschreitenden Warenaustausch die Erwerbstätigkeit bei einem ausländischen Chauffeur, der zweimal wöchentlich Lebensmittel an zum voraus bestimmte Kunden in der Schweiz lieferte (BGE 122 IV 231). Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) als Fachdepartement des Bundes in arbeitsmarktrechtlichen Fragen folgt - soweit ersichtlich - ebenfalls einem differenzierten Ansatz. In einem Entscheid vom 3. April 1992 (Ref. 539.11/91) hatte es die Tätigkeit einer Frau zu beurteilen, die zwei Enkelkinder gehütet hatte, damit ihre geschiedene und alleinstehende Tochter ihrem Beruf nachgehen konnte. Es mochte darin keine Erwerbstätigkeit erkennen, da derartige unentgeltliche Dienste einer Grossmutter auch in der Schweiz sozialüblich seien.

In der Lehre hat sich - soweit ersichtlich - nur Roschacher vertieft mit der Abgrenzung zwischen bewilligungsfreier und bewilligungspflichtiger unentgeltlicher Tätigkeit auseinandergesetzt. Ausgehend vom Gedanken, dass es heutzutage kaum mehr Dienstleistungen gibt, die nicht gegen Entgelt angeboten werden, vertritt auch er die Auffassung, dass die Art einer Tätigkeit für sich alleine kein hinreichendes Kriterium zur Beantwortung der Frage ist, ob Erwerbstätigkeit vorliegt. Entscheidend sei vielmehr, ob der Begünstigte gerade durch die Tätigkeit des Ausländers einer Erwerbstätigkeit nachgehen könne, was ihm sonst nicht möglich gewesen wäre, beziehungsweise dass er Auslagen spare, welche er normalerweise gehabt hätte, weil es ihm in der konkreten Situation nicht möglich gewesen sei, die Tätigkeit selbst auszuführen. Mit anderen Worten sei zu prüfen, ob die Tätigkeit des Ausländers in der konkreten Situation mittelbare oder unmittelbare Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt hat. Aus diesen Gründen ist nach Roschacher keine Erwerbstätigkeit gegeben, wenn ausländische Grosseltern das Kind ihrer Enkelin (recte wohl: ihr Enkelkind) hüten, sofern die Mutter des Kinds keiner Erwerbstätigkeit nachgeht. Anders wäre nach ihm zu

entscheiden, wenn die Mutter dank der Beaufsichtigung ihres Kindes einer Erwerbstätigkeit nachgehen kann, was ihr sonst nicht möglich gewesen wäre (Roschacher, a.a.O., S. 109 f., insbesondere S. 110). Den Gedanken des sozialüblichen Verhaltens in einem Familienverband, von dem sich das EVD im zitierten Entscheid leiten liess, erachtet Roschacher offensichtlich nicht als ausschlaggebend.

Für das vorliegende Verfahren jedenfalls kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die zu beurteilende Tätigkeit zwar ihrer Art nach als Dienstleistung auf dem Arbeitsmarkt angeboten wird, dass dieser Umstand jedoch mangels eines Entgelts nicht zwingend auf Erwerbscharakter schliessen lässt. In Berücksichtigung der zitierten Rechtsprechung muss davon ausgegangen werden, dass die Dienste einer Grossmutter in Gestalt der Betreuung ihrer Enkelkinder wegen der verwandtschaftlichen und emotionalen Nähe nicht durch eine Drittperson ersetzt werden können, ohne dass der besondere Charakter der Tätigkeit verloren ginge. Dieser Umstand spricht gegen bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit. Ob mit Roschacher anders zu entscheiden ist, wenn ein Elternteil erst dank der Hilfestellung der Grossmutter in die Lage versetzt wird, eine Erwerbstätigkeit auzuüben, erscheint dem Departement zweifelhaft. Dagegen spricht, dass die Eltern bereits zum schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen sind, und es ist zumindest fraglich, ob die arbeitsmarktlichen Auswirkungen durch Aktualisierung einer gegebenen Erwerbsmöglichkeit schwerer wiegen als die familiären Elemente. Letztlich muss diese Frage aber nicht beantwortet werden. Denn der
Tochter der Beschwerdeführerin wurde nicht erst durch die Beaufsichtigung des Kindes eine Erwerbstätigkeit ermöglicht. Sie ging schon früher einer Arbeit nach, da die Betreuung des Kindes durch Mithilfe ihres Lebensgefährten und einer Kollegin sichergestellt war.

Der Tatbestand der illegalen Erwerbstätigkeit ist demnach nicht erfüllt und die Vorinstanz hat sich über Bundesrecht hinweggesetzt, soweit sie die verhängte Massnahme auf diesen Tatbestand stützt.

Dokumente des EJPD