

Fremdenpolizei Droit des étrangers

KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 22 87 vom 7. Oktober 2022

Selbstständige Erwerbstätigkeit

- Personen, die über eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit verfügen, müssen grundsätzlich ein Einkommen erzielen, das ihnen erlaubt, ihren Lebensunterhalt und allenfalls jenen der Familie zu fristen und hierfür nicht dauerhaft und umfassend auf Sozialhilfeleistungen angewiesen zu sein (E. 4).
- Weiter ist zu prüfen, ob einen Anspruch auf Verbleib in der Schweiz gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen allenfalls als Arbeitnehmerin (Art. 6 ff. Anhang I FZA) oder als Nichterwerbstätige (Art. 24 Anhang I FZA) geltend gemacht werden kann (E. 5).

Activité lucrative indépendante

- Les personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative indépendante doivent en principe réaliser un revenu qui leur permette de subvenir à leurs besoins et, le cas échéant, à ceux de leur famille et de ne pas dépendre durablement et entièrement de l'aide sociale (consid. 4).
- Il convient en outre d'examiner s'il existe un droit à demeurer en Suisse comme travailleur salarié (art. 6 ss. annexe I ALCP) ou comme personne n'exerçant pas une activité économique (art. 24 annexe I ALCP ; consid. 5).

Gekürzter Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin stammt aus Deutschland. Sie wohnte mit ihrem Sohn und ihrem Ehegatten in einer Gemeinde im Wallis, wo sie eine Aufenthaltsbewilligung B beantragt hatte. Sie erhielt die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA (Permis B). In Bezug auf die selbstständige Erwerbstätigkeit wurde sie aufgefordert, die Einschreibung AHV, IV und EO bei der Ausgleichskasse sowie die Anmeldung bei der Steuerverwaltung zu übermitteln. Zudem wurde sie darauf aufmerksam gemacht, dass die zuständige Behörde jederzeit während der Gültigkeit der Aufenthaltsbewilligung Einsicht in die Geschäftsbilanz nehmen und die Aufenthaltsbewilligung widerrufen könne, wenn die Bedingungen nicht erfüllt seien. Zur Kontrolle der selbstständigen Erwerbstätigkeit wurde sie aufgefordert, zwölf Monate nach Erhalt der Bewilligung ein vollständiges Dossier mit der Geschäftsbilanz sowie die Auszüge des Betreibungs- und Sozialamtes zuzustellen.

Im Folgejahr widerrief die Dienststelle für Bevölkerung und Migration (DBM) die erteilte Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zwecks Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit. Anhand der eingereichten Unterlagen bei der DBM würden ernsthafte Zweifel an der tatsächlichen Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz bestehen. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies der Staatsrat ab. Gegen den Entscheid des Staatsrats erhob die Beschwerdeführerin Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts.

Aus den Erwägungen

4. Die Beschwerdeführerin ist deutsche Staatsangehörige. Demzufolge ist das Freizügigkeitsabkommen (FZA) anwendbar. Gemäss Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 (VEP; SR 142.203) und Art. 62 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (AIG, vormals Ausländergesetz bzw. AuG; SR 142.20) kann eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA widerrufen oder nicht verlängert werden, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr erfüllt sind oder eine mit der Verfügung verbundene Bedingung nicht eingehalten wird. Ausländerinnen und Ausländern mit einer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltsbewilligung können die Erwerbstätigkeit in der ganzen Schweiz ausüben. Ein Stellenwechsel ist schweizweit ohne weitere Bewilligung möglich (Art 38 Abs. 2 AIG). Damit werden bei bereits zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit zugelassenen Ausländerinnen und Ausländer die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen vor Antritt einer neuen Stelle nicht mehr geprüft. Der Stellenwechsel wird zudem nicht an das Kontingent angerechnet. Bewilligungspflichtig ist einzig der Wechsel von der unselbstständigen in die selbstständige Erwerbstätigkeit (Art. 38 Abs. 3 AIG), wobei die selbstständige Erwerbstätigkeit bewilligt wird, wenn sie dem gesamtwirtschaftlichen Interesse dient und die notwendigen finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 19 lit. a und b AIG).

4.1 Der Widerrufsgrund von Art. 62 Abs. 1 lit. d AIG kommt dann in Betracht, wenn eine mit der Bewilligung bzw. Verfügung verbundene

Bedingung nicht eingehalten wird. Als Bedingung in diesem Sinn gilt auch der Aufenthaltszweck, wie er gemäss Art. 33 Abs. 2 AIG mit jeder Aufenthaltsbewilligung verbunden wird (hierzu und nachfolgend Silvia Hunziker in: Martin Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], 2010, Art. 62 N. 42 ff.). Die Behörden verbinden den Aufenthalt einer ausländischen Person regelmässig mit einem bestimmten Zweck von längerer oder nur vorübergehender Dauer, etwa der Erwerbstätigkeit. Wird dieser Zweck aus verschuldeten oder unverschuldeten Gründen nicht mehr verfolgt bzw. eingehalten, gilt der Aufenthaltszweck nach gängiger Terminologie als «erfüllt». Infolgedessen kann die Bewilligung widerrufen bzw. nicht verlängert und die ausländische Person ausgewiesen werden.

4.2 Freizügigkeitsrechtliche Verbleiberechte bestehen insbesondere für EU/EFTA-Staatsangehörige, die in der Schweiz einer unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgehen (vgl. Art. 4 FZA in Verbindung mit Art. 6 und Art. 12 Anhang I FZA). Gemäss den Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) zur Verordnung vom 22. Mai 2002 über den freien Personenverkehr (VEP; SR 142.203) genügt als Nachweis für eine selbstständige Erwerbstätigkeit die Errichtung eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte «mit effektiver und existenzsichernder Geschäftstätigkeit» in der Schweiz. Diese ist durch das Vorlegen von Geschäftsbüchern (Buchhaltung, Aufträge etc.) zu belegen. Neben der Errichtung eines Unternehmens in der Schweiz und aktiver Geschäftstätigkeit ist für die Erteilung bzw. die Aufrechterhaltung der Bewilligung entscheidend, dass ein regelmässiges Einkommen erzielt wird und die betreffenden Personen nicht sozialhilfeabhängig werden. Ein bestimmtes Mindesteinkommen darf aber nicht verlangt werden (Weisungen VEP Ziff. 4.3.2; vgl. zur Anwendbarkeit der Weisungen VEP und zur Frage des existenzsichernden Einkommens als Voraussetzung bei Selbstständigerwerbenden Urteil des Verwaltungsgerichts Thurgau TVR 2016 Nr. 2 E. 4).

4.3 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Urteil 2C_430/2020 vom 13. Juli 2020 soll die betroffene Person durch die selbstständige Erwerbstätigkeit grundsätzlich ein Einkommen erzielen, das ihr erlaubt, ihren Lebensunterhalt und allenfalls jener der Familie zu fristen und hierfür nicht dauerhaft und umfassend auf Sozialhilfeleistungen angewiesen zu sein. Die selbstständige Erwerbstätigkeit muss effektiv

und möglichst existenzsichernd sein (E. 4.2.1 und E. 5.4). Die entsprechenden Voraussetzungen ergeben sich – so das Bundesgericht – aus Sinn und Zweck von Art. 12 Abs. 1 und 2 des Anhangs I FZA: Hintergrund dieses Erfordernisses bilde der Umstand, dass die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht nur für den gesuchstellenden Ausländer mit finanziellen und sozialen Risiken verbunden sei. Da Selbstständigerwerbende im Gegensatz zu Arbeitnehmern nicht obligatorisch gegen Arbeits- bzw. Verdienstlosigkeit versichert seien, stellten sie im Falle eines schlechten Geschäftsgangs und bei Fehlen ausreichender finanzieller Reserven ein erhöhtes Risiko für das staatliche Fürsorgesystem dar (E. 4.2.2). Aus diesem Grund dürften mit Blick auf die Folgen bei einer Sozialhilfeabhängigkeit unselbstständig erwerbende Bürger aus der EU bzw. der EFTA ein Stück weit anders behandelt werden als selbstständig erwerbende. Es bestehe für die Ungleichbehandlung – wegen der abweichenden wirtschaftlichen Ausgangslage und des unterschiedlichen Risikos – grundsätzlich ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung; auch bestehe an sich keine unzulässige Diskriminierung zwischen den beiden Personengruppen (E. 4.2.3). Das Bundesgericht führt weiter aus, dass dies indessen nicht bedeute, dass jeder Bezug von Sozialhilfeleistungen durch selbstständig erwerbende Bürger aus EU-/EFTA-Staaten den Widerruf bzw. die Nichtverlängerung ihrer Bewilligung nach sich ziehen müsse, namentlich dürfe für selbstständig erwerbstätige Personen kein bestimmtes Mindesteinkommen vorausgesetzt werden (E. 4.2.4). Eine nur vorübergehende und beschränkte Sozialhilfeabhängigkeit eines Selbstständigerwerbenden, der dank seiner Aktivität normalerweise für seinen Lebensunterhalt aufkommen könne, rechtfertige es, unter Berücksichtigung der gesamten Umstände allenfalls die Bewilligung nicht (sofort) zu widerrufen (E. 5.5). Ob und unter welchen Bedingungen Selbstständigerwerbende ihr Aufenthaltsrecht verlören, wenn sie nicht mehr für ihren Lebensunterhalt aufkommen könnten und von der Sozialhilfe abhängig würden, sei umstritten. Jedenfalls seien nach der Praxis die Umstände zu berücksichtigen, die zur Abhängigkeit von der Sozialhilfe geführt hätten, sowie deren allfällige Dauer und eine möglicherweise absehbare Verbesserung der finanziellen Situation innert einer vernünftigen Frist (E. 4.2.4).

4.3.1 Im vorliegenden Fall ist gestützt auf die Akten festzustellen, dass die Beschwerdeführerin angibt, selbstständig erwerbend zu sein.

Sie stellte der Gemeinde Auszüge der «Einnahmen» zu und reichte sie auch bei der Dienststelle ein. Sie hinterlegte ein Bestätigungsschreiben bezüglich Anschluss an die kantonale Ausgleichskasse. Sie übermittelte den Lebenslauf, den Motivationsplan, den Businessplan und die Wohnsitzbestätigung. Wie der Staatsrat darlegt, weist die Steuererklärung in etwa denselben Betrag als Einkommen wie die Einnahmen aus. Ausgaben werden keine ausgewiesen, eine Buchhaltung wird nicht geführt und woher die Einnahmen stammen, ist nicht ersichtlich. Weder aus den eingereichten Auszügen noch aus den Erklärungen geht hervor, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Tätigkeit als Selbstständigerwerbende ein nennenswertes, geschweige denn existenzsicherndes Einkommen erzielt hätte. Zudem wies sie Betreibungen aus. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar und es ist aufgrund der Akten auch nicht ersichtlich, dass sich ihre finanziellen Verhältnisse verbessert hätten, wo sie Einnahmen von € 3 242 erzielt hatte. Es ergibt sich, dass sie aus ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit von Beginn an nie nachweislich ein existenzsicherndes Einkommen erzielt hat.

4.3.2 Aufgrund dieser Erwägungen ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin trotz ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit nie ein regelmässiges und existenzsicherndes Einkommen erzielen konnte und dies voraussichtlich auch zukünftig nicht können wird. Mangels existenzsichernden Einkommens hat die Vorinstanz das Vorliegen einer freizügigkeitsrechtlichen selbstständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 12 Anhang I FZA zu Recht verneint, weshalb die Aufenthaltbewilligung gemäss Art. 23 VEP zu widerrufen ist.

5. Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen allenfalls als Arbeitnehmerin (Art. 6 ff. Anhang I FZA) oder als Nichterwerbstätige (Art. 24 Anhang I FZA) einen Anspruch auf Verbleib in der Schweiz geltend machen kann.

5.1 Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts begründen Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich erweisen, die Arbeitnehmereigenschaft nicht (BGE 141 II 1 E. 2.2.4, 131 II 339 E. 3.2 f.; Urteil des Bundesgerichts 2C_940/2019 vom 8. Juni 2020 E. 4.2).

5.2 Die Beschwerdeführerin erzielt offensichtlich kein Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit und erfüllt mit Nebenverdienst den

freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff schlechterdings nicht, sodass Art. 6 ff. Anhang I FZA nicht zur Anwendung gelangt. Auch ein Aufenthaltsrecht gestützt auf Art. 18 Abs. 2 bzw. 3 VEP, wonach Aufenthaltsbewilligungen für eine längerdauernde Stellensuche erteilt werden können, sofern EU- und EFTA-Angehörige über die für den Unterhalt notwendigen finanziellen Mittel verfügen (Abs. 2) bzw. namentlich begründete Aussichten auf eine Beschäftigung bestehen (Abs. 3), fällt ausser Betracht, da die Beschwerdeführerin weder über genügende finanzielle Mittel verfügt noch begründete Aussichten auf eine Anstellung bestehen.

5.3 Ein Aufenthaltsrecht gestützt auf Art. 24 Anhang I FZA, wonach einer Person ohne Erwerbstätigkeit eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird, wenn sie für sich selbst und ihre Familienangehörigen über ausreichende finanzielle Mittel sowie über einen sämtliche Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutz verfügt (Abs. 1), scheidet bereits an der Voraussetzung der genügenden finanziellen Mittel. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin offensichtlich nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt und die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA für Personen ohne Erwerbstätigkeit nicht erfüllt sind.

5.4 Da die Beschwerdeführerin gestützt auf das FZA keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung geltend machen kann, ist die Zulässigkeit des Widerrufs mit Blick auf die Bestimmungen des AIG zu berücksichtigen (vgl. Art. 2 Abs. 2 AIG), insbesondere Art. 62 AIG. Die Beschwerdeführerin ist vor etwas mehr als fünf Jahren in die Schweiz eingereist. In dieser Zeit ist es ihr nicht gelungen, längerfristig ein existenzsicherndes Einkommen – weder aus selbstständiger noch aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit – zu erzielen. Sie hat Schwierigkeiten, ihre wirtschaftliche Situation zu regeln bzw. sich in den hiesigen Arbeitsmarkt zu integrieren, so dass es nicht ausgeschlossen ist, dass sie durch die öffentliche Hand unterstützt werden muss. Aufgrund der Einkommensverhältnisse seit ihrer Einreise in die Schweiz sowie der aktuellen Wirtschaftslage ist vorliegend von der Gefahr einer Sozialhilfeabhängigkeit auszugehen und es bestehen ernsthafte Zweifel an der tatsächlichen Ausübung der selbstständigen Erwerbstätigkeit, womit Widerrufsgründe im Sinne von Art. 62 AIG gegeben sind. Die Beschwerdeführerin kann somit auch aus Art. 2 Abs. 2 AIG nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5.5 Schliesslich ergibt sich, dass der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung der Interessen verhältnismässig ist. Nach Art. 96 Abs. 1 AIG sind beim Entscheid über die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie der Grad der Integration der Ausländerin oder des Ausländers zu berücksichtigen. In solche Ermessensentscheide kann das Verwaltungsgericht nur eingreifen, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Die Beschwerdeführerin hat ihr Heimatland erst im Alter von über 50 Jahren verlassen und lebt seit knapp fünf Jahren in der Schweiz. Es ist daher davon auszugehen, dass sie noch Bezugspersonen (Familie, Freunde) in Deutschland hat und in ihrem Heimatland rasch wieder Fuss fassen kann. Es muss von einer schlechten wirtschaftlichen Integration der Beschwerdeführerin in der Schweiz ausgegangen werden. So konnte sie nicht ein existenzsicherndes Einkommen erzielen und wurde offenbar von ihrem Mann finanziell unterstützt, wobei nicht davon auszugehen ist, dass die Unterstützungsbedürftigkeit in absehbarer Zukunft entfällt. Da die Beschwerdeführerin von ihrem Ziel, sich als Selbstständigerwerbende eine Existenz aufzubauen, trotz der andauernden Erfolgs- und Erwerbslosigkeit nicht abrückte, ist von einer zumindest teilweise selbstverschuldeten Abhängigkeit auszugehen. Die Beschwerdeführerin hätte ohne weiteres genügend Zeit zur Verfügung gehabt, sich als Unselbstständige in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Insgesamt überwiegt das öffentliche Interesse an einem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin gegenüber deren privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz klarerweise, so dass sich der verfügte Widerruf auch nicht als unverhältnismässig erweist.

6. Zusammenfassend kann die Beschwerdeführerin keine Ansprüche aus dem FZA für die Aufrechterhaltung ihrer Aufenthaltsbewilligung ableiten und auch aus dem AIG ergeben sich keine für sie günstigeren Bestimmungen. Die Massnahme erweist sich zudem als verhältnismässig. Die Vorinstanz hat somit das ihr zustehende Ermessen weder überschritten noch missbraucht, indem sie den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin und deren Wegweisung bestätigt hat.

Auf die gegen das Kantonsgerichtsurteil erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht nicht eingetreten (2C_902/2022).