

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.211 vom 26. August 2014

BS Appellationsgericht, 2014-08-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2013.211

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.211 du 26 août 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.211 del 26 agosto 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses folgt aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 7. November 2013 sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100) i.V.m. § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Rekurrentin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Sie ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert, so dass auf den rechtzeitig erhobenen und begründeten Rekurs einzutreten ist.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, das öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

1.3 Das Verwaltungsgericht beurteilt den angefochtenen Entscheid grundsätzlich nach der Sach- und Rechtslage, wie sie im Zeitpunkt dessen Erlasses durch die Verwaltung bestanden haben; deshalb sind neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich unbeachtlich (statt vieler VGE VD.2010.151 vom 4. Januar 2011 E. 2 und VGE 729/2007 vom 15. April 2008). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts ist bei einer mit einer Wegweisung verbundenen Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung jedoch auf die tatsächlichen Umstände im Zeitpunkt des Verwaltungsgerichtsentscheids abzustellen (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63 und VGE VD.2010.199 vom 19. April 2011 E. 5.2.2 mit Hinweisen; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 509). Somit sind vorliegend Tatsachen und Beweismittel unabhängig davon zu berücksichtigen, ob sie im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids bereits vorhanden gewesen sind oder nicht.

E. 2

2.1 Das JSD ist im angefochtenen Entscheid vom 2. August 2011 zum Schluss gelangt, dass die am 20. Februar 2003 geschlossene Ehe zwischen der Rekurrentin und ihrem damaligen Ehemann bereits im Sommer 2004 gescheitert war und eine Wiedervereinigung ausser Frage gestanden habe. Es sei offensichtlich, dass sich die Rekurrentin darauf eingerichtet habe, die nur noch formell bestehende Ehe trotz mehrjähriger Trennung und fehlender Aussicht auf Wiedervereinigung weiterhin aufrecht zu erhalten. Auf eine derartige Beanspruchung des Aufenthaltsrechts des ausländischen Ehegatten in der Schweiz sei Art.

7 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) nicht ausgerichtet. Der Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sei demzufolge dahingefallen. Aus diesem Grund könne die Rekurrentin auch nicht geltend machen, es sei ihr infolge eines fünf Jahre dauernden, ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalts die Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Ein solcher Anspruch sei gar nicht erst entstanden, wenn die Ehe ■ wie im vorliegenden Fall im August 2004 ■ bereits vor Entstehung des Anspruches auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung definitiv gescheitert sei. Von der Vorinstanz wurde weiter geprüft, ob der Rekurrentin ausnahmsweise die Aufenthaltsbewilligung im Rahmen einer "Härtefall-Bewilligung" nach Ziffer 654 der ANAG-Weisungen verlängert werden könne. Das JSD ist zum Schluss gekommen, dass die Rekurrentin zwar seit einiger Zeit in der Schweiz anwesend sei. Dem eigentlichen Bewilligungszweck, nämlich dem Verbleib beim Ehemann, habe sie aber nur gerade 15 Monate nachgelebt. Sie sei bereits im Jahr 2006 darauf hingewiesen worden, dass ihre Aufenthaltssituation überprüft werde, und habe seit diesem Zeitpunkt mit der Nichtverlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung rechnen müssen. Sie sei zwar beruflich integriert, habe keine Schulden und sei nicht von der Sozialhilfe unterstützt worden. Sie sei sprachlich aber nicht integriert. Der Kern ihrer Familie, nämlich ihre Eltern und ihre drei minderjährigen Söhne aus einer früheren Beziehung, würden in der Heimat leben. Die Reintegration in Thailand sei für die Rekurrentin möglich und zumutbar.

2.2 Die Rekurrentin weist darauf hin, dass sie seit ihrer Einreise in die Schweiz im Jahr 2003 ununterbrochen im Gastgewerbe gearbeitet habe, nämlich zunächst als Küchenhilfe bzw. Köchin in Lokalen in Basel und Untersiggenthal und danach während rund sieben Jahren im Restaurant [...] in Basel. Der Betreiber des Restaurants [...] habe um Erteilung einer ordentlichen Aufenthaltsbewilligung B für die Rekurrentin als Spezialitätenköchin ersucht, worauf das AWA einen positiven Vorentscheid getroffen habe. Seitens des Bundesamtes für Migration (BFM) sei dann keine Zustimmung signalisiert worden, da der Lohn für eine Spezialitätenköchin zu tief und das Restaurant offenbar damals bereits in wirtschaftlichen Schwierigkeiten gewesen sei. Das BFM habe aber keine ablehnende Entscheidung getroffen, sondern die Meinung vertreten, angesichts der komplizierten Umstände sollte eher eine Härtefallbewilligung in kantonaler Kompetenz erwirkt werden. Das [Restaurant] habe in der Folge (im Juni 2013) Konkurs angemeldet und die Rekurrentin habe ihre Arbeit verloren. Der Ehemann der Rekurrentin sei jahrelang verschollen gewesen. Nachdem die Rekurrentin seine Adresse herausgefunden habe, habe sie eine Scheidungsklage einreichen können, was zur Scheidung mit Urteil des Zivilgerichts vom 30. Januar 2014 geführt hat. Die Rekurrentin spreche heute viel besser Deutsch als noch vor zwei Jahren. Sie sei seit geraumer Zeit mit dem Schweizer Bürger [...] befreundet und wohne mit ihm zusammen. Mit ihrem Arbeitserwerb unterstütze sie ihre Mutter sowie ihre beiden Kinder (geb. 1995 und 1998), welche in Thailand verblieben sind (das dritte Kind und der Vater sind kürzlich verstorben). Zwar habe die tatsächliche Ehegemeinschaft mit [...] weniger als drei Jahre gedauert, es lägen aber wichtige persönliche Gründe für einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz vor. Sie sei eine unbescholtene und tüchtige erwerbstätige Person, weshalb keine überwiegende Interessen bestünden, sie aus der Schweiz wegzuweisen.

E. 3

3.1 Das aktuelle Ausländergesetz (AuG; SR 142.20) ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 126 AuG bleibt auf Gesuche, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar (Abs.

1), wogegen sich das Verfahren nach neuem Recht richtet (Abs. 2). Im vorliegenden Fall stellte die Rekurrentin ihr Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Jahr 2006. Somit gelangen für die materielle Beurteilung die Bestimmungen des ANAG sowie die darauf gestützten Weisungen zur Anwendung.

3.2 Nachdem die Rekurrentin von ihrem früheren Ehemann rechtskräftig geschieden ist, kann sie sich auch unbestrittenermassen nicht mehr auf Art. 7 ANAG stützen. In der Rekursbegründung an das Verwaltungsgericht hat die Rekurrentin auch nicht mehr bestritten, dass die Ehe der Rekurrentin mit ihrem früheren Ehemann bereits im August 2004 gescheitert war. Die Rekurrentin weist im Gegenteil darauf hin, dass es ihr nur aufgrund des Verschollenseins des Ehemannes nicht möglich gewesen sei, eine Scheidungsklage einzureichen. Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Ehe zwischen der Rekurrentin und ihrem früheren Ehemann lediglich während 15 Monaten gelebt worden ist und dass nach diesem Zeitpunkt keine Aussichten auf eine Wiederaufnahme des ehelichen Lebens bestanden, womit von einer bloss formellen Existenz der Ehe auszugehen war. Der Schluss, dass damit kein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 7 ANAG besteht und demgemäss auch kein Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung entstanden ist, ist zu bestätigen.

E. 4

4.1 Die Rekurrentin beantragt im Eventualpunkt die Erteilung einer Härtefallbewilligung. Eine Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung widerspreche dem Prinzip von Treu und Glauben und sei mit Art. 8 EMRK nicht vereinbar. Sie spreche inzwischen wesentlich besser Deutsch, sei mit einem Schweizer befreundet und habe während der Dauer ihres Aufenthalts als Spezialitätenköchin gearbeitet. Ihre Existenz und diejenige der von ihr unterstützten Familienmitglieder seien bedroht, wenn sie nach Thailand zurückkehren müsse.

4.2 Die Aufenthaltsbewilligung kann, namentlich zur Vermeidung von Härtefällen, auch nach der Auflösung der Ehe bzw. der ehelichen Gemeinschaft verlängert werden (ANAG-Weisungen des BFM, 3. Auflage, Mai 2006, Ziff. 654). Die Behörde prüft im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens nach Art. 4 ANAG, ob die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern ist. Zur Anwendung kommt demnach eine Interessenabwägung, in welcher das Interesse an der Durchsetzung des Ausländerrechts und die Interessen der betroffenen Person am Verbleib in der Schweiz zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 128 II 145 E. 3.5 S. 155 und BGer 2A.345/2001 vom 12. Dezember 2001 E. 3d sowie VGE VD.2009.718 vom 10. Juni 2010 E. 4.1; VGE VD.2009.70 vom 12. März 2010 E. 4.4 und VGE 735/2007 vom 19. Februar 2008 E. 4.3). Dabei ist das Ermessen pflichtgemäss auszuüben, das Willkürverbot (Art. 9 BV), das Rechtsgleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV) zu beachten sowie verhältnismässig und nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 9 BV; Uebersax, in: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, Basel 2002 [1. Auflage zum hier anwendbaren ANAG], N 5.46; vgl. BGE 122 I 267 E. 3b S. 272).

Bei der Beurteilung ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall im Sinne der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (Art. 13 lit. f BVO) vorliegt, sind alle Gesichtspunkte und Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Gesamtdauer des Aufenthaltes bildet dabei ein wichtiges Kriterium und ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung der persönlichen Umstände in Beziehung zu den übrigen

massgeblichen Kriterien zu setzen und entsprechend zu würdigen. Nach der Rechtsprechung kann eine lange Anwesenheitsdauer von zumindest 10 Jahren grundsätzlich zu einer Herabsetzung der Anforderungen an die zusätzlich vorausgesetzte Notlage führen. So hat das Bundesgericht im Falle eines Asylsuchenden entschieden, dass bei einem 10-jährigen Aufenthalt die Anforderungen an die Bedeutung der übrigen Kriterien herabgesetzt sind, sofern sich der Ausländer tadellos verhalten hat und finanziell unabhängig sowie sozial und beruflich gut integriert ist (BGE 124 II 110 E. 3 S. 113; VGE VD.2010.199 vom 19. April 2011 E. 5.1.3 mit Hinweisen; Uebersax, a.a.O., N 5.131; vgl. auch Good/Bosshard, in: Caroni et al. [Hrsg.], Handkommentar zum AuG, Bern 2010, Art. 30 N 12, Hugli Yar, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten, in: Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, Bern 2013, S. 31, 96 f.).

4.3 Auffällig ist im vorliegenden Fall die Dauer des Verfahrens. Bereits mit Schreiben vom 21. Juli 2006 wurde die Rekurrentin darauf hingewiesen, dass ihre Aufenthaltssituation überprüft werde. Die erstinstanzliche Verfügung des Migrationsamts vom 13. Januar 2010 erging rund 3 ½ Jahre, der Rekursentscheid des JSD vom 2. August 2011 rund 5 Jahre und der vorliegende Gerichtsentscheid rund 8 Jahre später. Den Akten lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass die Rekurrentin in vorwerfbarer Weise für die Verfahrensverzögerung verantwortlich wäre. Ihre Arbeitgeber ersuchten die Behörden in dieser Zeit regelmässig um Bewilligung zur Beschäftigung der Rekurrentin als ausländische Arbeitskraft (Akten S. 2, 15, 28, 43, 61, 115, 121). In den Akten finden sich Hinweise auf Anmeldebescheinigungen für die Zeit seit dem 3. Mai 2006 (Akten S. 29, 44, 55, 124), welche bloss provisorisch seien und auf das Verlängerungsverfahren keinen Einfluss hätten (Schreiben des Migrationsamts vom 7. Mai 2008, Akten S. 60). Immerhin findet sich in den Akten auch eine Ausweiskopie der Rekurrentin, welche die Gültigkeitsdauer der Aufenthaltsbewilligung bis 3. Mai 2009 angibt (Akten S. 63).

Im Rekursverfahren gegen den Entscheid des JSD hat die Rekurrentin sodann am 27. September 2011 ein Sistierungsgesuch gestellt. Auch dies kann ihr angesichts des damals laufenden Verfahrens um Erteilung eines Kontingentsplatzes und der Zustimmung zur Sistierung seitens des JSD nicht als Verfahrensverzögerung angelastet werden. Insgesamt bestehen keine Hinweise, dass die Rekurrentin den Entscheid über ihren Aufenthalt in vorwerfbarer Weise verzögert hätte.

4.4 Die Rekurrentin ist im Jahr 2003 im Alter von 24 Jahren von Thailand zu ihrem schweizerischen Ehemann in die Schweiz gezogen und hat sich von diesem bereits nach etwas mehr als einem Jahr getrennt. Sie war in verschiedenen Restaurants als Küchengehilfin und später als Köchin tätig. Die Rekurrentin wurde zu keinem Zeitpunkt von der Sozialhilfe unterstützt und ist soweit ersichtlich ihren Verpflichtungen nachgekommen. Sie lebt seit einiger Zeit mit einem schweizerischen Partner zusammen. Ihre Mutter und zwei Söhne leben in Thailand, wobei der ältere Sohn mittlerweile über 18 Jahre alt ist. Der Vater der Rekurrentin und ihr jüngster Sohn sind gemäss Ausführungen der Rekurrentin gestorben.

4.5 Auszugehen ist zunächst vom der Aufenthaltsdauer von heute rund 11 Jahren, welche grundsätzlich zur Gewährung einer erleichterten Härtefallbedingung führt, sofern ein tadelloses Verhalten, finanzielle Unabhängigkeit und eine gute Integration gegeben sind. Es sind über die Rekurrentin keine strafrechtlichen Verurteilungen oder massgebliche Schulden bekannt. Zudem war sie während nahezu der gesamten Anwesenheitsdauer in der Schweiz arbeitstätig, so dass ihr auch finanzielle Unabhängigkeit und eine gelungene

berufliche Integration attestiert werden kann. Diese Umstände sind zugunsten der Rekurrentin zu werten. Hinzuweisen ist auch darauf, dass sie während rund 7 Jahren im gleichen Restaurant arbeitete und diese Anstellung nur deshalb beendet wurde, weil das Restaurant Konkurs anmelden musste. In der Zwischenzeit hat die Rekurrentin in einem anderen Restaurant die Arbeit aufgenommen: Sie wurde gemäss dem eingereichten Arbeitsvertrag per 1. März 2014 als Küchenmitarbeiterin im Restaurant [] angestellt. Ebenfalls zugunsten der Rekurrentin wird berücksichtigt, dass es vorliegend um eine Verlängerung (nicht um eine Ersterteilung der Aufenthaltsbewilligung geht) und dass ihre Anwesenheit und ihre Arbeitstätigkeit in der Schweiz auch nach dem Ablauf der ordentlichen Aufenthaltsbewilligung toleriert wurden (hiervor E. 4.3). Hinzu kommt die mehrjährige Freundschaft zu einem Schweizer Bürger, mit dem sie inzwischen zusammenwohnt. In der Befragung der Rekurrentin und ihres Lebenspartners hat das Gericht den Eindruck gewonnen, dass es sich um eine aufrichtige Beziehung handelt. Beide Partner üben Berufe mit unregelmässigen Arbeitszeiten aus, finden in der verbleibenden Zeit aber Gelegenheit für die gemeinsame Gestaltung des Alltags (Einkaufen, Haushaltarbeiten, Spaziergänge etc.), so dass nicht anzunehmen ist, dass die Beziehung im Hinblick auf das Verfahren eingegangen wurde.

Dass die Rekurrentin ihre Mutter und ihre 16- und 19-jährigen Söhne, die alle in Thailand leben, mit erheblichen Beiträgen unterstützt, begründet keinen zusätzlichen Bezug zur Schweiz. Umgekehrt kann aus dem Verbleib ihrer Angehörigen in der Heimat aber auch nicht geschlossen werden, dass die Rekurrentin selber deswegen einen ungenügenden Bezug zur Schweiz hätte.

4.6Fragen kann sich allenfalls, ob die Annahme der Vorinstanz, wonach die soziale und sprachliche Integration ungenügend sei, weiterhin zutrifft, wobei für die Beurteilung die Tatsachen im heutigen Zeitpunkt zugrunde zu legen sind (hiervor E. 1.3), und welcher Stellenwert diesem Befund im Gesamtbild zukäme. Aus den Aussagen der Rekurrentin ergibt sich, dass sie sich primär bei der Arbeit und mit ihrer Tante, die ebenfalls in Basel lebt, aufhält. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass sie jetzt mit einem Schweizer Bürger zusammenlebt, den sie bereits seit mehreren Jahren kennt.

Dass die Rekurrentin trotz ihres langjährigen Aufenthalts erst spät Zeit gefunden hat, um Deutsch zu lernen, ist durchaus kritisch zu vermerken. Immerhin fällt auf, dass sie kürzlich einen Deutschkurs besucht hat und dass mit ihrem Partner ein sprachlicher Austausch auf Deutsch und Thai stattfindet. In der Rekursverhandlung vor dem Verwaltungsgericht konnte ein Mindestmass an Deutschkenntnissen, das heisst gewisse Fortschritte gegenüber dem früheren Zustand, festgestellt werden, und es darf erwartet werden, dass weitere Schritte zur Verbesserung der Deutschkenntnisse folgen werden. Zum einen hält ihr das Gericht diesen sprachlichen Integrationsschritt zugute. Zum anderen ist das Gericht der Ansicht, dass die bescheidene sprachliche Integration im Gesamtbild durch die im Übrigen gelungene berufliche, wirtschaftliche und teilweise auch gesellschaftliche Integration und den Respekt gegenüber der Rechtsordnung (keine Vorstrafen) kompensiert wird. Deutschkenntnisse sind bloss eine von mehreren Messgrössen der Integration. In der Literatur wird davor gewarnt, aus bescheidenen Sprachkenntnissen automatisch zu schliessen, dass eine Person ungenügend integriert sei (vgl. Caroni, in: Caroni et al. [Hrsg.], a.a.O., Art. 50 N 21). Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung kommt das Gericht zum Schluss, dass der Verbleib der Rekurrentin in der Schweiz aufgrund ihrer Aufenthaltsdauer und eines tadellosen Verhaltens, finanzieller Unabhängigkeit und einer hinreichenden

Integration gerechtfertigt ist.

E. 5

Nach dem Gesagten ist der Rekurs gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids aufzuheben. Der Rekurrentin ist eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, welche gemäss den Weisungen des BFM zum AuG vom Oktober 2013 bzw. 4. Juli 2014 (S. 208) unter den Vorbehalt der Zustimmung des BFM zu stellen ist, wobei sich das Verfahren nach neuem Recht richtet (hiervor E. 3.1). Ob diese Weisungen für das Zustimmungserfordernis im vorliegenden Fall eine hinreichende Rechtsgrundlage und namentlich eine zulässige Subdelegation darstellen, wird das BFM im Rahmen seiner Zuständigkeitsprüfung im Zustimmungsentscheid darlegen müssen (vgl. Art. 99 AuG, Art. 85 Abs. 1 VZAE und Art. 48 RVOG).

Da die Rekurrentin hauptsächlich infolge von Entwicklungen obsiegt, die nach dem angefochtenen Entscheid eingetreten sind, werden die Kostenfolgen (Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids) nicht verändert. Hingegen werden für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ausgangsgemäss keine ordentlichen Kosten erhoben. Der Vertreterin der Rekurrentin ist eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Verwaltung zuzusprechen. Für deren Aufwand kann auf ihre Honorarnote abgestellt werden, wobei ihre Bemühungen für das arbeitsrechtliche Kontingentsverfahren nicht zu berücksichtigen sind (4. August und 26./27. September 2011 sowie 31. Oktober 2011 bis 11. Oktober 2013). Entschädigt werden 17 ½ Stunden zum verwaltungsgerichtlichen Überwälzungstarif von CHF 250.■ (VGE VD.2013.37 vom 5. Februar 2014 E. 6; VD.2013.49 vom 26. Juli 2013 E. 4; VD.2012.135 vom 12. März 2013 E. 3.3), nebst Auslagen von CHF 241.50. Dies ergibt eine Parteientschädigung von CHF 4■616.50, auf welche nach Angaben der Rechtsvertreterin keine Mehrwertsteuer entrichtet wird.

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