

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.7 vom 19. Oktober 2016

BS Appellationsgericht, 2016-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.7

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.7 du 19 octobre 2016

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.7 del 19 ottobre 2016

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 4. Januar 2016 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100) i.V.m. § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100). Zuständig zur Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 i.V.m. § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). 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, weshalb sie gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat es zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

E. 2

2.1 Ausländerinnen und Ausländer können zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäss Art. 21 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG; SR 142.20) nur zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder Angehörige von Staaten, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können. Ausländerinnen und Ausländer mit Schweizer Hochschulabschluss können in Abweichung von Art. 21 Abs. 1 AuG zugelassen werden, wenn ihre Erwerbstätigkeit von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse ist (Art. 21 Abs. 3 AuG). Über einen Schweizer Hochschulabschluss im Sinne von Art. 21 Abs. 3 AuG verfügen auch Personen, die nur das Masterstudium oder das Doktorat in der Schweiz absolviert haben (SEM, Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich [Weisungen AuG], Bern Oktober 2013, aktualisiert am 18. Juli 2016, Ziff. 5.1.3). Die Zulassung der genannten Personenkategorie erfolgt gemäss Art. 21 Abs. 3 AuG ohne Prüfung des Vorrangs nach Art. 21 Abs. 1 AuG. Diese Regelung ermöglicht namentlich Unternehmen und akademischen Institutionen in der Schweiz die Rekrutierung von gut und hoch qualifizierten Fachpersonen, die vorgängig ein Studium in der Schweiz erfolgreich abgeschlossen haben. Diese bleiben jedoch weiterhin den rechtlichen Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit, die in Art. 20 ff. AuG vorgesehen sind, unterstellt (Weisungen AuG, Ziff. 4.4.6; BVGer C-857/2013 vom 19. Mai

2014 E. 8.1). Unbestritten ist, dass die Rekurrentin aufgrund ihrer qualifizierten Ausbildung in der Schweiz von Art. 21 Abs. 3 AuG profitieren kann.

2.2 Streitgegenstand bildet die Frage, welche Bewilligungsart in den Fällen zu erteilen ist, in denen ■ wie die Rekurrentin ■ ehemals zu Studienzwecken zugelassene Ausländerinnen und Ausländer nach Studienabschluss eine Arbeitstätigkeit aufnehmen wollen und folglich eine Bewilligung beantragen.

2.2.1 Die Vorinstanzen stellen sich auf den Standpunkt, dass der Rekurrentin lediglich eine Kurzaufenthaltsbewilligung (L-Bewilligung) erteilt werden könne. Sie begründen dies im Wesentlichen damit, dass Art. 33 Abs. 1 AuG für die Erteilung einer ordentlichen Aufenthaltsbewilligung (B-Bewilligung) einen dauerhaften Aufenthalt in der Schweiz erfordere, welchen die Rekurrentin mit dem für zwei Jahre befristeten Arbeitsverhältnis nicht nachzuweisen vermöge. Art. 33 Abs. 1 AuG stelle im Lichte von Art. 18 VZAE (recte Art. 18a VZAE) eine ■ Kann-Vorschrift ■ dar, weshalb kein Rechtsanspruch auf die Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für Drittstaatsangehörige bestünde. Es sei somit gemäss Art. 3 und Art. 20 ff. AuG im Ermessen des AWA gelegen, den Aufenthaltswitz der Rekurrentin als nicht auf längere Zeit ausgerichtet zu qualifizieren. Diese Einschätzung sei auch vom SEM gestützt worden. Das AWA habe bei seinem Entscheid das ihm zustehende Ermessen nicht missbräuchlich ausgeübt, lasse sich doch nicht erkennen, dass sich dieses auf unsachliche Motive abstütze oder allgemeine Rechtsprinzipien verletze. Auch die Behauptung der Rekurrentin, die Ausstellung einer Kurzaufenthaltsbewilligung bedeute für sie, dass ihre achtjährige Anwesenheit während des Studiums nicht zur Berechnung der Zehnjahresfrist gemäss Art. 34 AuG berücksichtigt werde, sei unbehelflich, da die Erteilung der Niederlassungsbewilligung (C-Bewilligung) ohnehin erst in Frage komme, wenn die Rekurrentin während zwei Jahren im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt gewesen sei. Dies sei angesichts des befristeten Anstellungsverhältnisses nicht der Fall. Zugleich sei darauf hinzuweisen, dass gemäss informeller Auskunft des SEM zur konkreten Situation im Falle einer künftigen Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung der Rekurrentin für einen dauerhaften Aufenthalt nebst dem Studienaufenthalt auch der Aufenthalt während dem zweijährigen Arbeitsvertrag unabhängig von der Bewilligungsart rückwirkend an die Frist zur Erlangung der Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 34 Abs. 5 AuG angerechnet werden müsste. Mit der strittigen Kurzaufenthaltsbewilligung würde somit entgegen der Behauptung der Rekurrentin keine neue Karenzfrist von zehn Jahren für den Antrag auf eine Niederlassungsbewilligung zu laufen beginnen. Schliesslich vermöge die Rekurrentin auch nichts aus den vorgebrachten familiären Nachteilen zu ihren Gunsten abzuleiten, denn die bisherige Anwesenheit habe sich auf einen befristeten Sonderzweck der Aus- und Weiterbildung abgestützt.

2.2.2 Demgegenüber ist die Rekurrentin der Ansicht, dass ihr eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung (B-Bewilligung) zu erteilen sei. So werde für unterjährige Aufenthalte gemäss Art. 32 AuG eine Kurzaufenthaltsbewilligung und für überjährige gemäss Art. 33 AuG eine Aufenthaltsbewilligung erteilt. Die Rekurrentin habe einen auf zwei Jahre befristeten Arbeitsvertrag mit der Option auf Verlängerung um ein weiteres Jahr abgeschlossen, womit der Aufenthalt auf die Dauer von mehr als einem Jahr ausgelegt sei. Wie die Rekurrentin replicando anführt, sei der befristete Arbeitsvertrag als Anknüpfungspunkt für die Bewilligungserteilung auch deshalb stossend, weil befristete Arbeitsverhältnisse lediglich ausserordentlich gekündigt werden könnten und der

Arbeitsplatz der Rekurrentin mit grösster Wahrscheinlichkeit für die beiden Jahre gesichert sei. Zudem bestünde die Möglichkeit, den Arbeitsvertrag um ein weiteres Jahr zu verlängern. Diese potentielle Verlängerung sei Inhalt eines neuen Arbeitsvertrages, welcher konsequenterweise nicht vor bzw. mit dem erstmaligen Arbeitsvertrag ausgearbeitet werde. Sie führt die Pflicht zur Erteilung einer ordentlichen Aufenthaltsbewilligung ferner auf Art. 34 Abs. 5 AuG zurück, aus welchem bezüglich der Bewilligungserteilung eine Privilegierung für Drittstaatsangehörige abgeleitet werden könne, die einen qualifizierten Studienabschluss vorweisen würden und sich bereits vor Antritt einer regulären Arbeitstätigkeit längere Zeit in der Schweiz aufgehalten und mit der schweizerischen Bevölkerung und deren Sprache sowie Sitten auseinandergesetzt hätten. Sodann könne sich die Vorinstanz nicht auf die Einschätzung des SEM verlassen, wonach der zweijährige Aufenthalt mit Kurzaufenthaltsbewilligungen an die Frist zur Erlangung der Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 34 Abs. 5 AuG angerechnet würde. Dies widerspreche dem Gesetz, wonach die ersuchende Person in den letzten 5 Jahren ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt gewesen sein müsse. Der jetzige zweijährige Aufenthalt mit Kurzaufenthaltsbewilligung würde nur bei einer Karenzfrist von 10 Jahren berücksichtigt, woraus ein ungerechtfertigter Rechtsnachteil resultiere. Schliesslich zeitige die Kurzaufenthaltsbewilligung für die Familie tatsächliche Nachteile im Alltag, wie etwa bei der Arbeitssuche des Ehemannes der Rekurrentin. Zusammenfassend bestünde kein sachlicher Grund, weshalb von einer Aufenthaltsbewilligung abzusehen sei. Demgegenüber entstünden der Rekurrentin erhebliche Nachteile, weshalb die angefochtene Verfügung willkürlich und in diesem Punkt aufzuheben sei.

E. 2.3

2.3.1 Der Rekurrentin ist im Ergebnis beizupflichten. Wenn sich Ausländerinnen und Ausländer ■ wie im vorliegenden Fall ■ nicht auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags, die ihnen einen Anspruch auf eine entsprechende Bewilligung gewährt, berufen können, steht die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung zwar im Ermessen der zuständigen Behörde (vgl. Klaus, *Ausländische Personen als Arbeitnehmende*, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], *Ausländerrecht*, Basel 2009, 819 ff. N 17.48; Nüssle, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], *Handkommentar AuG*, Bern 2010, Art. 32 N 7 und Art. 33 N 7; Uebersax, *Einreise und Anwesenheit*, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], *Ausländerrecht*, Basel 2009, 221 ff. N 7.101 und 7.227). Die Vorinstanz übersieht bei der entsprechenden Prüfung im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren aber, dass die zuständige Behörde, wenn sie in Ausübung ihres Ermessens eine Bewilligung erteilt, an die gesetzliche Abgrenzung zwischen Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligung gebunden ist. Gemäss Art. 32 Abs. 1 AuG wird die Kurzaufenthaltsbewilligung für befristete Aufenthalte bis zu einem Jahr erteilt und gemäss Art. 18a Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]) können Kurzaufenthaltsbewilligungen nach Anhang I VZAE für befristete Aufenthalte mit Erwerbstätigkeit bis zu einem Jahr erteilt werden. Gemäss Art. 33 Abs. 1 AuG wird die Aufenthaltsbewilligung für Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr erteilt und gemäss Art. 18a Abs. 2 VZAE können Aufenthaltsbewilligungen nach Anhang 2 VZAE für Aufenthalte mit Erwerbstätigkeit, die länger als ein Jahr dauern, erteilt werden (Art. 18a Abs. 2 VZAE). Nach Gesetz und Verordnung beantwortet sich die Frage, ob im Falle der Bewilligungserteilung eine Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung zu erteilen ist, mit der zutreffenden

Ausführung der Rekurrentin demgemäss einzig danach, ob der Aufenthalt höchstens ein Jahr oder mehr als ein Jahr dauert. Ob ein Aufenthalt mit einer Dauer von mehr als einem Jahr vorübergehend oder dauerhaft ist, ist irrelevant. Die in diesen Normen zur Unterscheidung von Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligung verbürgten unmissverständlichen Fristen werden durch Lehre und Rechtsprechung bestätigt. Die Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 32 AuG regelt gemäss Nüssle alle befristeten Anwesenheiten mit oder ohne Erwerbstätigkeit von Drittstaatsangehörigen mit einer Dauer von höchstens einem Jahr (Nüssle, a.a.O., Art. 32 N 5). Gemäss dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Nüssle und Uebersax ist die Aufenthaltsbewilligung Ausländern zu erteilen, die sich dauernd, auf vorerst unbestimmte Zeit oder jedenfalls für eine Dauer von mindestens einem Jahr in der Schweiz aufhalten wollen (vgl. VGE ZH VB.2013.00418 vom 4. September 2013 E. 2.3; Nüssle, a.a.O., Art. 33 N 4; Uebersax, a.a.O., N 7.236). Nüssle schreibt zwar weiter, die Aufenthaltsbewilligung sei die ordentliche Bewilligungsart für Aufenthaltsw Zwecke, die nicht nur vorübergehender Natur sind (Nüssle, a.a.O., Art. 33 N 4). Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, für Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr sei nur dann eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, wenn diese dauerhaft bzw. nicht vorübergehend sind. Dies stünde im Widerspruch zu den eigenen Ausführungen von Nüssle sowie der Auffassung des Zürcher Verwaltungsgerichts und von Uebersax. Jedenfalls für Aufenthalte mit Erwerbstätigkeit kann auch den Weisungen AuG des SEM nichts Derartiges entnommen werden. Es entspricht denn auch keineswegs ständiger Praxis des SEM, bei einem auf zwei Jahre befristeten Arbeitsvertrag zuerst nur eine Kurzaufenthaltsbewilligung zu erteilen. Auf die Frage, ob es eine ständige Praxis des SEM, dass bei einem auf zwei Jahre befristeten Arbeitsvertrag zuerst nur eine Kurzaufenthaltsbewilligung erteilt wird, gebe (E-Mail von [...] vom 29. April 2015), hat der Chef der Sektion Arbeitskräfte Deutsche Schweiz des SEM, [...], vielmehr geantwortet, dies komme auch auf den Fall an, und bloss festgestellt ■[i]m Grundsatz oder in der Tendenz ist es so, dass Kantone und SEM bei Verträgen bis 24 Monate vorerst Kurzaufenthalterkontingente gewähren ■ (E-Mail von [...] vom 6. Mai 2015). Vom klaren Wortlaut einer Bestimmung darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der scheinbar klare Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Norm entspricht (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 175 und 179, mit Hinweisen). Solche Gründe sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Zusammenfassend ergibt sich, dass dem AWA angesichts des klaren Gesetzeswortlauts hinsichtlich der Bewilligungsform im Falle der Bewilligungserteilung kein Ermessen eingeräumt wird. Dieses hat im Falle der Bewilligungserteilung bezüglich der Bewilligungsform einzig zu prüfen, ob von einem unter- oder überjährigen Aufenthalt auszugehen ist.

2.3.2 Die Rekurrentin befindet sich unbestritten ermassen in einem Arbeitsverhältnis mit Maximalfrist. Dieses hat am 1. Januar 2015 begonnen und endet vorbehaltlich einer einvernehmlichen Verlängerung spätestens am 31. Dezember 2016 und ist während seiner Dauer kündbar (vgl. Contract of Employment for Temporary Employees vom 30. Oktober 2014/3. November 2014 und General Terms and Conditions of Employment for Temporary Employees). Damit ist vorliegend von einem Aufenthalt mit einer Dauer von zwei Jahren auszugehen. In Missachtung des klaren Wortlauts von Art. 33 Abs. 1 AuG, wonach Bewilligungen für Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr in Form von Aufenthaltsbewilligungen zu erteilen sind, hat das AWA sein Ermessen überschritten, indem es den Aufenthalt im Rahmen einer Kurzaufenthaltsbewilligung bewilligt hat

(vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 437). Sofern die Höchstzahlen nach Anhang 2 Ziff. 1 lit. a VZAE für Aufenthaltsbewilligungen für Personen nach Art. 20 VZAE nicht erschöpft waren, hätte das AWA den Aufenthalt der Rekurrentin somit im Rahmen einer Aufenthaltsbewilligung und nicht bloss einer Kurzaufenthaltsbewilligung bewilligen müssen.

2.3.3 Zu beachten ist schliesslich, dass das AWA die Kurzaufenthaltsbewilligung für ein Jahr befristet hat, wie dies gemäss Art. 58 Abs. 1 VZAE grundsätzlich auch bei Aufenthaltsbewilligungen vorgesehen ist. Das AWA hätte der Rekurrentin daher genauso gut eine Aufenthaltsbewilligung erteilen können. Dies umso mehr, als die Rekurrentin bereits einige Jahre in der Schweiz lebt und ihr mit der Kurzaufenthaltsbewilligung unbestrittenermassen Nachteile drohen, während die Vorinstanzen ■ wie erwähnt ■ nicht dargelegt haben und auch nicht erkennbar ist, welche überwiegenden öffentlichen Interessen hier für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung sprechen. Die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung erscheint daher vorliegend als unverhältnismässig, was aber mit Blick auf die vorstehende Erwägung nicht weiter erörtert werden muss.

E. 3

Aus dem Gesagten folgt, dass in Gutheissung des Rekurses der Entscheid des WSU vom 19. Oktober 2015 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Der Rekurrentin wird der Kostenvorschuss in Höhe von CHF 1■200.00 zurückerstattet. Für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren werden der unterliegenden Vorinstanz keine ordentlichen Kosten auferlegt. Indessen hat diese der Rekurrentin für das vorliegende Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (§ 30 Abs. 1 VRPG). Da die Rekurrentin dem Verwaltungsgericht keine Honorarnote eingereicht hat, ist der entsprechende Aufwand zu schätzen. Letzterer beträgt mithin für die Rekursanmeldung, die Rekursbegründung und die Replik 12 Stunden. Die Rekursanmeldung und die Rekursbegründung sind von MLaw [...] und die Replik von MLaw [...] verfasst worden. Da beide nicht im Anwaltsregister des Kantons Basel-Stadt verzeichnet sind, ist davon auszugehen, dass es sich um Volontärinnen des Vertreters der Rekurrentin, [...], Advokat, handelt. Der betreffende Aufwand ist deshalb mit einem Stundenansatz von CHF 165.00 zu entschädigen. Zudem ist ein Betreuungs- und Kontrollaufwand von geschätzt rund 2 Stunden zum Stundenansatz von CHF 250.00 zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich eine Parteientschädigung von rund CHF 2■500.■, einschliesslich Auslagen, zuzüglich 8 % MWST in Höhe von CHF 200.■.

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