

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.50 vom 25. Oktober 2018

BS Appellationsgericht, 2018-10-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.50

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.50 du 25 octobre 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.50 del 25 ottobre 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses folgt aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 3. April 2018 sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

1.2 Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat demnach ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf seinen frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Tatbestand unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Darüber hinaus ist das Verwaltungsgericht mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift im Ausländerrecht nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines fremdenpolizeirechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2013.85 vom 16. Oktober 2013 E. 1).

E. 2

2.1 Wie das JSD zutreffend erwog, gilt das Ausländergesetz (AuG, SR 142.20) für den Aufenthalt des Rekurrenten als portugiesischen Staatsangehörigen nur insoweit, als das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) keine abweichende Bestimmung enthält. Das AuG kommt nur zur Anwendung, wenn es eine vorteilhaftere Regelung für die Rechtsstellung des Rekurrenten enthält.

2.2 Mit dem angefochtenen Entscheid verneinte das JSD sowohl einen Anspruch auf Aufenthalt als unselbständig erwerbender Arbeitnehmer gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I

FZA, ein Verbleiberecht aufgrund einer dauernden Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 4 Anhang I FZA, einen konventionsrechtlichen Anspruch auf Verlängerung des Aufenthalts gemäss Art. 8 EMRK wie auch einen Härtefallanspruch gemäss Art. 20 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP, SR 142.203) resp. Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG. Mit seinem Rekurs hält der Rekurrent an seinem bereits in den vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Standpunkt fest, auf diesen Grundlagen einen Anspruch auf Verbleib in der Schweiz zu besitzen. Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen braucht mit dem vorliegenden Urteil weder auf die Erwägungen der Vorinstanz noch auf die Vorbringen des Rekurrenten umfassend eingegangen zu werden.

2.3 Mit Bezug auf das geltend gemachte Bleiberecht infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit wies das JSD auf den in Art. 4 Anhang I FZA enthaltenen Verweis auf das einschlägige Unionsrecht und mithin auf Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung Nr. 1251/70/EWG hin. Danach komme einem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Verbleib in einem Mitgliedstaat zu, wenn er sich seit mindestens zwei Jahren in dessen Hoheitsgebiet aufgehalten hat und infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgibt. In diesem Fall werde dem Betroffenen laut Art. 22 VEP eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA ausgestellt (BGer 2C_1034/2016 vom 13. November 2017 E. 2.2). Es anerkannte dabei, dass bei einem parallel zum ausländerrechtlichen Verfahren laufenden IV-Verfahren in der Regel mit dem ausländerrechtlichen Entscheid zuzuwarten sei, bis Klarheit über einen allfälligen IV-Anspruch bestehe (BGer 2C_771/2014 vom 27. August 2014 E. 2.3.3). Ausreichende Klarheit bestehe jedenfalls dann, wenn eine Verfügung der zuständigen IV-Behörde vorliege (BGer 2C_1102/2013 vom 8. Juli 2014 E. 4.4, 2C_587/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 4.3). Bei ausreichend klarer sozialversicherungsrechtlicher Sachlage dürfe unter Umständen sogar schon vor dem Erlass einer entsprechenden Verfügung über den migrationsrechtlichen Aufenthaltsstatus entschieden werden (BGer 2C_771/2014 vom 27. August 2014 E. 2.3.3). Vorliegend habe die IV-Stelle mit Verfügung vom 3. November 2017 einen invalidenrechtlichen Anspruch des Rekurrenten auf berufliche Massnahmen oder Rentenleistungen abgewiesen. Diese Verfügung habe der Rekurrent zwar beim Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt angefochten. Da die Rechtskraft der sozialversicherungsrechtlichen Verfügung nicht abgewartet werden müsse (VGer ZH VB.2016.00607 vom 21. Februar 2017 E. 2.6), sei es zulässig, gestützt auf den Entscheid der IV-Stelle vom 3. November 2017 sowie die dazugehörigen Verfahrensakten bereits vor dem Entscheid des Sozialversicherungsgerichts über ein allfälliges FZA-Verbleiberecht des Rekurrenten zu befinden (Zum Ganzen: Entscheid des JSD vom 12. März 2018 E. 17 f.).

2.4 Diese Ausgangslage veränderte sich mit dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 9. Mai 2018 massgebend.

Die IV-Stelle ist zur Begründung ihrer ablehnenden Verfügung vom 3. November 2017 sinngemäss noch davon ausgegangen, dass der Rekurrent vor allem ein Abhängigkeitsverhalten aufweise, das ■ entgegen der Stellungnahme von [...], Facharzt FMH Psychiatrie und Psychotherapie, in dem bei ihm in Auftrag gegebenen Gutachten ■ mit der Einschätzung des Regionalen Ärztlichen Dienstes (RAD) keine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit begründe (vgl. Verfügung der IV-Stelle vom 3. November 2017 S. 1). Die weiter vom Gutachter diagnostizierte leichte Minderintelligenz des Rekurrenten (ICD-10:F70.1) sei nicht bewiesen, da die entsprechenden Tests aufgrund seiner mangelnden Sprachkenntnisse nicht komplett hätten durchgeführt werden können und ein

Einfluss von Restalkohol auf die Testergebnisse nicht ausgeschlossen werden könnte. Der Rekurrent habe mit der ihm gegebenen Intelligenz zudem auf dem Bau und bei anderen Hilfstätigkeiten arbeiten, Autofahren lernen und am Computer gamen können. Die psychiatrisch diagnostizierte Alkoholabhängigkeit (ICD-10:F10.25) gründe nicht auf einer vorangehenden invalidisierenden Störung. Es handle sich vielmehr um eine unbeachtliche Abhängigkeit primärer Natur (zum Ganzen: Beschwerdeantwort der IV-Stelle vom 19. Januar 2018 S. 3 f.).

Diesen Entscheid hob das Sozialversicherungsgericht mit Urteil vom 9. Mai 2018 auf und wies die Sache zur weiteren Abklärung und zum Erlass einer neuen Verfügung an die IV-Stelle zurück. Das Sozialversicherungsgericht erwog dabei, dass das bei [...] eingeholte Gutachten die Anforderungen an eine beweiskräftige Expertise erfülle, weshalb darauf abzustellen sei. Aufgrund der beigezogenen Testergebnisse und seiner eigenen Untersuchung und Anamnese sei der psychiatrische Gutachter zum Schluss gekommen, dass beim Rekurrenten eine leichte Intelligenzminderung respektive eventuell eine schizophreniforme Störung vorliege, welche zu einer sekundären Alkoholabhängigkeit geführt hätten. Diese sekundäre Alkoholabhängigkeit mit ständigem Substanzgebrauch verstärke die Symptomatik und erkläre die Leistungsminderung und somit die weitgehende Erwerbsunfähigkeit seit mindestens 2008. Diese Ausführungen des Gutachters würden auch durch die Erwerbs- und Sozialbiographie des Rekurrenten bestätigt. Wie aus dem psychiatrischen Gutachten vom 19. April 2017 hervorgehe, hätten schon seit der frühen Kindheit deutliche Verhaltensauffälligkeiten bestanden, aufgrund derer der Rekurrent bereits in der zweiten oder dritten Primarschulklasse psychiatrisch beurteilt und anschliessend während vier Jahren in ein spezielles Internat für psychisch und geistig auffällige Kinder in Lissabon eingewiesen worden sei. Eine begonnene Schweisserausbildung habe er nach weniger als einem Jahr aufgrund von Konflikten am Arbeitsplatz wieder abgebrochen. Aus der nach seiner Emigration in die Schweiz besuchten Fremdsprachenklasse habe er aufgrund von gewalthaften Auseinandersetzungen versetzt werden müssen. Tätigkeiten auf dem Bau seien regelmässig wiederum an Konflikten gescheitert. Für den Militärdienst in Portugal sei er medizinisch als untauglich erklärt worden. Bei der anschliessenden Arbeitssuche seien ihm die Arbeiten zu kompliziert gewesen oder sei ihm aufgrund von konflikthaften zwischenmenschlichen Problemen gekündigt worden, weshalb er nie über längere Zeit an einer Stelle gearbeitet habe. Wie dem Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug) des Rekurrenten entnommen werden könne habe der Rekurrent seit 1995 nie richtig im Berufsleben Fuss fassen können. So habe er jeweils nur für eine kurze Zeit eine Arbeitsstelle innegehabt, ein sehr geringes Einkommen erzielt und die Arbeitsstellen immer wieder gewechselt. Schliesslich würde die Beurteilung des Gutachters auch durch den behandelnden Psychiater, [...], bestätigt. Es sei daher mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Rekurrent bereits seit seiner Kindheit unter einer psychischen Problematik leide, welche zu einer sekundären Alkoholabhängigkeit geführt und ihn infolgedessen in seiner Erwerbsfähigkeit erheblich einschränkt habe. Somit sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zum aktuellen Zeitpunkt in jeglicher Tätigkeit zu 100 % arbeitsunfähig sei und damit grundsätzlich Anspruch auf eine ganze Invalidenrente hätte. Aus den Ausführungen des psychiatrischen Gutachters gehe aber nicht eindeutig hervor, seit wann der Rekurrent arbeitsunfähig sei. Diesbezüglich gebe der psychiatrische Experte an, eine vollständige Arbeitsunfähigkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt bestehe mutmasslich bereits seit vielen Jahren, aufgrund der Angaben der Sozialhilfe jedoch sicherlich seit dem

1. Oktober 2008. Es liege aber aufgrund des dargestellten Sachverhalts nahe, dass der Rekurrent bereits vor Oktober 2008 in rentenerheblichem Ausmass arbeitsunfähig gewesen sei. Die IV-Stelle habe mit einem neuen Entscheid den Eintritt der Invalidität festzulegen und gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse eine neue Verfügung zu erlassen (zum Ganzen: Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 9. Mai 2018 E. 3.4 f.).

2.5 Die IV-Stelle ist grundsätzlich an die Erwägungen des Sozialversicherungsgerichts gebunden (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 1008). Beantwortet ein kantonaler Entscheid indes eine materielle Teilfrage und weist er die Sache im Übrigen zur Abklärung einer anderen Teilfrage an die Verwaltung zurück, liegt ein Zwischenentscheid vor, der unter den Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) selbständig angefochten werden kann (BGE 133 V 477 E. 4.2 S. 481 f.).

Gemäss mündlicher Auskunft des Sozialversicherungsgerichts wurde dessen Entscheid mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten. Mangels sachlicher und funktioneller Zuständigkeit muss vorliegend offenbleiben, ob die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG im sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren erfüllt sind bzw. das Bundesgericht auf die fragliche Beschwerde überhaupt eintreten wird. So oder anders kann entgegen der Feststellung der Vorinstanz vorliegend weder von einem erstinstanzlichen Entscheid der IV-Behörden noch von einer sonst ausreichend klaren sozialversicherungsrechtlichen Sachlage ausgegangen werden, auf deren Grundlage ein Verbleiberecht gemäss Art. 4 Anhang I FZA verneint werden könnte. Insoweit erweist sich der Rekurs als begründet.

In diesem Fall ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und es ist entweder reformatorisch in der Sache neu zu entscheiden oder die Sache ist kassatorisch an die Behörde zu neuem Entscheid auf der Grundlage der Erwägungen des Verwaltungsgerichts zurückzuweisen (§ 20 Abs. 1 und 2 VRPG; VGE VD.2017.270 vom 18. Juli 2018 E. 4.2). Eine Rückweisung erfolgt praxisgemäss regelmässig bei der Aufhebung eines Nichteintretensentscheids der Vorinstanz (vgl. VGE VD.2017.124 vom 17. Mai 2018 E. 3.3, VD.2016.140 vom 2. Mai 2017 E. 3.4, VD.2012.189 vom 28. Juni 2013 E. 2.5, VD.2012.245 vom 27. März 2013 E. 2.7, VD.2012.237 vom 17. Januar 2013 E. 3.1; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 308 f.). Demgegenüber kann das Verwaltungsgericht bei der Aufhebung eines Sachentscheids der Vorinstanz bei liquidem Sachverhalt auch unmittelbar über die Zusprechung einer Leistung entscheiden (VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 3.7, VD.2013.219 vom 11. April 2014 E. 3 und VD.2010.192 vom 27. Januar 2011 E. 3 bezüglich submissionsrechtliche Sachverhalte).

Vorliegend kann nicht von einem liquiden Sachverhalt gesprochen werden. Es gilt vielmehr abzuwarten, wie das Bundesgericht im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren entscheidet. Nach Abschluss des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens wird über den Bestand eines Verbleiberechts nach Art. 4 Anhang I FZA zu entscheiden sein. Daraus folgt, dass die Sache zur neuen Prüfung des Sachverhalts und zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

2.6 Muss die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, so verbietet sich zur Vermeidung einer allfälligen Gabelung des Rechtsmittelweges eine abschliessende Beurteilung der vom Rekurrenten gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA, Art. 8 EMRK

und Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG geltend gemachten Ansprüche auf Verbleib in der Schweiz. Über diese wird gegebenenfalls in einem neuen Rechtsmittelverfahren mit einer allfälligen inhaltlichen Beurteilung des auf Art. 4 Anhang I FZA gestützten Verbleibanspruchs zu entscheiden sein.

E. 3

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu erneuter Abklärung für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen, unabhängig davon, ob sie beantragt wird (BGE 137 V 210 E. 7.1 S. 271, 132 V 215 E. 6.1 S. 235; BGer 6B_898/2010 vom 29. März 2011 E. 3.4; VGE VD.2014.254/255 vom 21. Juli 2015 E. 4). Entscheidend ist indes, ob die infolge der Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Antrags führen kann (BGer 2C_846/2013 vom 28. April 2014 E. 3.2; VGE VD.2013.86 vom 29. November 2013 E. 6.2.1). Dies ist vorliegend der Fall. Es rechtfertigt sich daher, aufgrund der Rückweisung für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren keine Gerichtskosten zu erheben und das JSD zu verpflichten, dem Rekurrenten für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Rückweisung beruht zwar auf einem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingereichten echten Novum. Das JSD wusste aber, dass sich seine Entscheidungsgrundlage aufgrund der Beschwerde des Rekurrenten gegen die Verfügung der IV-Stelle vom 3. November 2017 verändern kann, weshalb es daraus hinsichtlich des Kostenentscheids nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

Der Rekurrent verzichtete darauf, dem Gericht den Aufwand seines Vertreters mit einer Honorarnote belegen zu lassen. Das Gericht hat daher den angemessenen Aufwand zu schätzen. Unter Berücksichtigung des Umfangs des angefochtenen Entscheids und der Bemühungen im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren erscheint dafür ein Aufwand von insgesamt 14 Stunden zum praxisgemäss anzuwendenden Überwälzungstarif von CHF 250.■ als angemessen. Mit den notwendigen Auslagen resultiert eine Parteientschädigung von CHF 3'600.■ zuzüglich Mehrwertsteuer. Die Entschädigung geht zulasten des JSD.

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