

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.234 vom 21. Mai 2021

BS Appellationsgericht, 2021-05-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.234

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.234 du 21 mai 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.234 del 21 maggio 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 16. Dezember 2019 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Zum Entscheid ist nach § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht berufen. Die Rekurrentin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie ist somit gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Der vorliegende Rekurs wurde den Voraussetzungen von § 16 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG entsprechend rechtzeitig angemeldet und begründet. Auf den Rekurs ist einzutreten.

1.2 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 einen 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 ausländerrechtlichen 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). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. zum Ganzen VGE VD.2017.290 vom 15. Januar 2019 E. 1.3).

E. 2

2.1 Wie das JSD zutreffend erwog (angefochtener Entscheid, E. 2), gilt das nationale Migrationsrecht für den Aufenthalt der Rekurrentin als deutsche Staatsangehörige nur soweit, als das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen [FZA], SR 0.142.112.681) keine abweichende Bestimmung enthält. Zudem kommt es zur Anwendung,

wenn es eine vorteilhaftere Regelung für die Rechtsstellung der Rekurrentin enthält.

2.2 Das vorliegend als nationales Migrationsrecht anwendbare Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) wurde am 16. Dezember 2016 revidiert und in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) umbenannt. Nachdem einige geänderte Bestimmungen bereits am 1. Januar respektive am 1. Juli 2018 in Kraft getreten waren, traten die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels am 1. Januar 2019 in Kraft. Für das massgebende Recht ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Rekurrentin von der Einleitung des Widerrufsverfahrens Kenntnis erhielt (vgl. BGer 2C_144/2019 vom 25. Februar 2019 E. 2.1 mit Hinweis) bzw. in dem die Rekurrentin um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ersuchte (Art. 126 Abs. 1 AIG).

Vorliegend erfolgte das Gesuch der Rekurrentin im Kanton Basel-Stadt am 8. November 2018. Daher kämen vorliegend nur die am 1. Januar und am 1. Juli 2018 in Kraft getretenen Änderungen gemäss Beschluss vom 16. Dezember 2016 zur Anwendung. Diese haben für die Beurteilung des Gesuchs aber keine Relevanz (vgl. insbesondere auch Art. 61a Abs. 5 AIG). Demgegenüber kommen die am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen materiellen Bestimmungen des neuen AIG nicht zur Anwendung. Aus diesem Grund wird im Folgenden auch weiterhin der bisherige Titel des Gesetzes (AuG) verwendet (vgl. VGE VD.2019.18 vom 22. Juli 2019 E. 2.1). Revidierte Verfahrensbestimmungen, welche gemäss Art. 126 Abs. 2 AuG sofort anzuwenden sind (VGE VD.2019.64 vom 19. August 2019 E. 1.4, VD.2019.18 vom 22. Juli 2019 E. 2.1 und VD.2019.75 vom 26. Juni 2019 E. 1.4; vgl. BGE 136 II 187 E. 3.1 S. 189; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 24 N 20), stehen vorliegend nicht zur Diskussion. Vorbehalten bleibt die per 1. Juni 2019 neu gefasste Bestimmung von Art. 99 AIG (hinten E. 6.1).

E. 3

Nicht mehr strittig ist, dass die Rekurrentin sich nicht mehr auf einen Aufenthaltsanspruch als unselbständig erwerbstätige Arbeitnehmerin gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA berufen kann. Es kann auf die diesbezüglichen, nicht bestrittenen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (angefochtener Entscheid, E. 6 f.).

E. 4

Abs. 2 Anhang I FZA ein Verbleiberecht zu, zumal sie sich unbestrittenermassen bis zur Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit seit mehr als zwei Jahren in der Schweiz aufgehalten hat.

E. 4.4

4.4.1 Wie den IV-Akten entnommen werden kann, erlitt die Rekurrentin am 20. Februar 2010 auf einer Wanderung bei einem Sturz eine instabile Fraktur des Lendenwirbelkörpers 1 (Provisorischer Befund Kantonsspital Bruderholz vom 21. Februar 2010 [act. 15, S. 933 f.]; Bericht C____-Klinik, undatiert [act. 15, S. 935 f.]). Sie war damals rund 55 Jahre alt. Die Behandlung der Fraktur erfolgte in der C____-Klinik mit konservativer Therapie mit strikter Ruhigstellung im Bett während sechs Wochen (Austrittsbericht Universitätsspital Basel vom 25. Februar 2010 [act. 15, S. 924 f.]). In deren Verlauf berichtete die C____-Klinik über das Auftreten einer «ausgeprägte(n) Angstsymptomatik». Da eine weitere Rehabilitation ambulant von zu Hause aus nicht möglich war, wurde anschliessend ein stationärer Rehabilitationsaufenthalt notwendig (Schreiben C____-Klinik vom 5. Mai

2020 [act. 15, S. 909]). Mit Bericht vom 6. Mai 2010 begründete die C____-Klinik die fortgesetzte Hospitalisierung mit «einer komplexen Mischung aus körperlicher Schwäche vom langen Liegen, mindestens mittelgrader, depressiver Episode mit heftigen Angstzuständen und einer komplexen Persönlichkeit». Als unfallfremde Faktoren stünden eine ausgeprägte Angstsymptomatik, Persönlichkeitsmerkmale, die Richtung Borderline gingen, und eine depressive Entwicklung im Vordergrund (Schreiben C____-Klinik vom 6. Mai 2010 [act. 15, S. 897 ff.]). Nach dem Aufenthalt in der Reha E____ wurde zunächst eine positive Entwicklung beschrieben, in deren Folge die Rekurrentin im September 2010 an ihrer bisherigen Stelle wieder ein Pensum von 10 % aufnahm (Bestätigung Reha E____ vom 17. Juni 2010 [act. 15, S. 891]; Gesprächsprotokoll [...] vom 27. September 2010, [act. 15, S. 853 ff.]). Bis zum Jahresende 2010 konnte nach Angaben der Rekurrentin ein 60 %iges Pensum mit 4 bis 4,5 Stunden pro Tag erreicht werden, bei dem sie wegen der Schmerzen jedoch am Ende ihrer Belastbarkeit angekommen sei (neurologisches Teilgutachten F____ aufgrund Untersuchung vom 5. Juli 2011 [act. 15, S. 833 ff.]). Nachdem die C____-Klinik ihre Familienstation, auf welcher die Rekurrentin vor ihrem Unfall tätig gewesen war, auf Ende 2010 geschlossen hatte, scheiterte die Eingliederung der Rekurrentin in deren onkologischen Abteilung in der Folge aufgrund fachlicher Überforderung sowie aufgetretener psychischer Probleme (Abschlussbericht IV-Stelle SO vom 26. September 2011 [act. 15, S. 754 f.]; ferner Gutachten F____ vom 4. August 2011 [act. 15, S. 816 ff.] und Schreiben der C____-Klinik an Pflorgeteam Ebene 1 vom 1. September 2010 [act. 15, S. 851]). Im Rahmen der weiteren Begutachtung durch die F____ wurde eine zunehmende Besserung und Rückbildung der Schmerzproblematik und eine sukzessive Besserung der Restbeschwerden beschrieben (dazu und zum Folgenden Gutachten F____ vom 4. August 2011 [act. 15, S. 816 ff., insbesondere S. 825 und 829 f.]). Die Rekurrentin leide zwar unter intensivierten Rückenschmerzen beim Aufrichten aus gebückter Haltung. Ansonsten könne sie sich weitgehend problemlos im Alltag bewegen. Als Belastungsprofil wurden leichte, rückenadaptierte, wechselseitige Arbeiten genannt, bei denen die Rekurrentin frei ihre Position zwischen Sitzen, Stehen und Umhergehen wechseln könne, mit einer Limitierung bezüglich des Hebens, Tragens und Bewegen von Lasten auf 5-10 kg. Mit einer Steigerung der Wirbelsäulen- und Rumpfbelastbarkeit wurde bis zum 20. Februar 2012 gerechnet. Auf einer Wöchnerinnenstation wurden ihr ab dem 20. August 2010 eine 50 %ige und ab dem 20. Februar 2011 eine 80 %ige Arbeitsfähigkeit bei einem vollen Pensum mit Leistungsminderung aufgrund des durch Rückenschmerzen reduzierten Arbeitstempos attestiert. Diese Arbeitsfähigkeit könne aber in anspruchsvolleren Arbeitsbereichen als Hebamme nicht erreicht werden.

Gleichzeitig wurde aber die Betreuung und Begleitung in der Arbeitsvermittlung von der Sozialversicherungsanstalt BL trotz aktiver Arbeitsstellensuche seitens der Rekurrentin auf Ende August 2011 eingestellt, da trotz grossen Engagements keine Eingliederung in den Arbeitsmarkt geglückt sei (Abschlussbericht der beruflichen Massnahmen Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft vom 30. August 2011 [act. 15, S. 783 f.]; Abschlussbericht IV-Stelle SO vom 26. September 2011 [act. 15, S. 754 f.]). In der Folge wurde der Rekurrentin von ihrer behandelnden Psychiaterin die Entwicklung einer Anpassungsstörung mit Resignation nach Absagen und depressive Entwicklung diagnostiziert (vgl. Schreiben C____-Klinik vom 30. November 2011 [act. 15, S. 741]). Auf der Grundlage der gutachterlichen Abklärungen wies die IV-Stelle SO die Leistungsbegehren der Rekurrentin betreffend berufliche Massnahmen und IV-Rente mit Verfügung vom 21. Dezember 2011 ab (act. 15, S. 738 f.). Im Rahmen ihrer weiteren

Wiedereingliederung absolvierte die Rekurrentin im August 2012 ein 6-wöchiges Praktikum in [...], ohne dass daraus eine Anstellung resultierte (vgl. Bericht Reha E_____ vom 26. März 2015 [act. 15, S. 417 ff., 418]). Im Jahr 2014 erfolgte dann ein neues Leistungsgesuch auf Wiedereingliederungsmassnahme für ihre Eingliederung als Hebamme im Spital [...] (Gesuch der Rekurrentin vom 11. Juli 2014 [act. 15, S. 726]), wobei die Stelle dann konkret nicht zur Verfügung stand (Protokoll IV-Stelle SO, Eintrag vom 29. Juli 2013 [act. 15, S. 447 ff.]). In der Folge blieb als Ziel ihre Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt (Eingliederungsplan SVA Basel-Landschaft vom 11. Februar 2015 [act. 15, S. 441 ff.]).

Mit Bericht der Reha E_____ vom 26. März 2015 (act. 15, S. 417 ff.) wurde neben dem chronischen thorako-lumbovertebralen Schmerzsyndrom eine Anpassungsstörung mit depressiver Reaktion diagnostiziert und von einem äusserst schwankender Verlauf mit insgesamt zunehmenden Schmerzen und einer psychosozial äusserst schwierigen Situation berichtet. Aus rheumatologischer Sicht bestehe eine eingeschränkte Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf als Hebamme wie auch in der Pflege, wobei die Arbeitsfähigkeit mittels eines konkreten Assessments ermittelt werden müsse. Diese berufliche Abklärung erfolgte im Juli 2015 in der Reha E_____ (vgl. Mitteilung IV-Stelle SO vom 1. Juli 2015 [act. 15, S. 378 ff.]). Die Reha E_____ berichtete nachfolgend, dass das Unfallereignis zu einem anhaltenden, depressiven Zustandsbild geführt habe und bei der Rekurrentin eine unterdurchschnittliche psychosoziale Belastbarkeit, selbstunsichere Persönlichkeitszüge und eine anhaltende psychosoziale Erschöpfung bestünden. Es wurde eine anhaltende, mittelgradige depressive Episode (ICD-10; F32.1) diagnostiziert und der Rekurrentin aus psychiatrischer Sicht eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt. In körperlicher Hinsicht wurde auf wieder zunehmende Schmerzen im Bereich der Wirbelsäule mit hoher Intensität sowie auf Einschränkungen bezüglich Lastenheben und ■tragen hingewiesen. Aufgrund ihrer physischen Belastbarkeit sei der Rekurrentin ein Pensum von 60 % für leichte Tätigkeiten mit Lasten bis maximal 10 kg mit zeitlicher Einschränkung aufgrund einer reduzierten Ausdauerleistungsfähigkeit wie auch der muskulären Befunde zumutbar. Deshalb erscheine die grundsätzliche Leistungsfähigkeit und Zumutbarkeit für eine Tätigkeit im angestammten Beruf als Hebamme oder Pflegenden auf der Wochenbettstation «nach Erreichen einer psychischen Stabilisierung» gegeben, wobei der Ausschluss von Zwangshaltungen und das Vermeiden von Rotationsbewegungen im Rumpf limitierend sein könnten (Bericht Medizinisches Assessment Reha E_____ vom 24. Juli 2015 [act. 15, S. 357 ff.]). Auch mit dem Austrittsbericht der Klinik G_____ vom 11. Februar 2016 nach stationärem Aufenthalt vom 24. November 2015 bis 20. Januar 2016 (act. 15, S. 347 ff.) wurde der Rekurrentin eine rezidivierende depressive Störung mit gegenwärtig mittelgradiger Episode (ICD-10 F33.1) diagnostiziert und eine 100 %ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, wobei eine Wiedererlangung der vollen Arbeitsunfähigkeit nicht abzusehen sei. Im Beiblatt zum Arztbericht der Klinik G_____ vom 7. März 2016 (act. 15, S. 344 f.) wurde festgestellt, dass der Rekurrentin die bisherige Arbeitstätigkeit nicht zumutbar sei. Möglich sei eine andere Tätigkeit bis 3 Std/Tag mit verminderter Leistungsfähigkeit in Form gesamthafter Verlangsamung, verminderter Stresstoleranz und körperlicher Einschränkungen. Auf dieser Grundlage sprach ihr die IV-Stelle SO mit Verfügung vom 17. Juli 2017 mit Wirkung ab Juli 2016 eine Dreiviertelsrente zu (act. 15, S. 278 ff.).

4.4.2 Aufgrund dieser Erhebungen der Sozialversicherungsbehörden ist festzustellen, dass die Rekurrentin unter Berücksichtigung ihres Alters aufgrund ihrer physischen und psychischen Einschränkungen infolge des erlittenen Unfalls wie auch ihrer Persönlichkeit

seit diesem Unfall trotz der ihr attestierten Restarbeitsfähigkeit keine Möglichkeit einer echten wirtschaftlichen Tätigkeit in einem alternativen Berufsfeld hatte. Nicht restlos geklärt ist zwar, inwiefern die Arbeitsfähigkeit bereits im Zeitpunkt des Abklingens der physischen Einschränkung ihrer Arbeitsfähigkeit aus psychischen Gründen in der Aufnahme einer Verweisungstätigkeit auf dem realen Arbeitsmarkt eingeschränkt war. Fest steht aber, dass der Rekurrentin bereits kurz nach ihrem Unfall eine Einschränkung ihrer psychischen Gesundheit zugeschrieben wurde, aufgrund der ihr später aus psychiatrischer Sicht eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert werden musste. Insgesamt muss daher festgestellt werden, dass die Rekurrentin aufgrund der Folgen ihres Unfalls seit März 2010 und ihres Alters auf dem konkreten Arbeitsmarkt nicht mehr hat Fuss fassen können. Da die Möglichkeit der Verwertung einer Restarbeitsfähigkeit nach dem Gesagten im Sozialversicherungs- und Migrationsrecht aufgrund der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gleich zu beurteilen ist, kann der Rekurrentin entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (angefochtener Entscheid, E. 9) auch nicht vorgeworfen werden, den Einwand der fehlenden Verwertbarkeit einer ärztlich attestierten Restarbeitsfähigkeit oder einer aus psychischen Gründen weitergehenden Arbeitsunfähigkeit zu wenig im IV-Verfahren geltend gemacht zu haben. Daraus folgt, dass die Rekurrentin ihre Erwerbstätigkeit infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit aufgegeben hat. Es kommt ihr daher gestützt auf Art.

E. 5

Wird ein Verbleiberecht gemäss Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA bejaht, so braucht auf die weiteren Argumente der Rekurrentin, mit dem sie auch aus anderen Gründen einen Aufenthaltsanspruch geltend macht, nicht weiter eingetreten zu werden.

E. 6

6.1 Nach dem Gesagten ist der Rekurs gutzuheissen und sind der angefochtene Entscheid des JSD wie auch die Verfügung des Migrationsamts aufzuheben. Gemäss Art. 99 Abs. 1 AIG sind gewisse, vom Bundesrat zu bezeichnende ausländerrechtliche Bewilligungen dem Staatssekretariat für Migration (SEM) zur Zustimmung zu unterbreiten. Nach Art. 85 Abs. 2 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) legt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) in einer Verordnung fest, in welchen Fällen die Aufenthaltsbewilligung dem Zustimmungsverfahren unterliegt. Gemäss Art. 4 lit. e der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (SR 142.201.1) ist die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats der EU oder der EFTA und ihrer Familienangehörigen, die ein Recht auf Verbleib in der Schweiz gemäss Art. 4 Anhang I FZA haben, dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten. Gemäss Art. 99 Abs. 2 AuG kann das SEM die Zustimmung zum Entscheid einer kantonalen Verwaltungsbehörde oder einer kantonalen Beschwerdeinstanz verweigern oder diesen Entscheid befristen oder an Bedingungen und Auflagen knüpfen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass Entscheide über die Erteilung oder die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung in einem dem Zustimmungsverfahren unterliegenden Fall auch dann dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten sind, wenn sie von einem kantonalen Gericht angeordnet worden sind (vgl. Botschaft zur Revision des Ausländergesetzes [AuG] [Verfahrensnormen und Informationssysteme] vom 2. März 2018, in: BBl 2018 S. 1685 ff., 1702 f. und 1739). Das Migrationsamt wird entsprechend angewiesen, dem SEM Antrag auf Zustimmung zur

Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung derRekurrentin zu stellen.

6.2Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben. Zudem ist das Justiz- und Sicherheitsdepartement zu verpflichten, der Rekurrentin eine Parteientschädigung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren auszurichten. Mit Eingabe vom 8. April 2021 hat die Rekurrentin eine Honorarnote ihres Vertreters, B____, einreichen lassen. Damit werden ein Vertretungsaufwand von 22 Stunden à CHF 250.■ sowie Auslagen von CHF 128.90 geltend gemacht. Dieser Aufwand scheint der Sache angemessen, weshalb zu Lasten des Justiz- und Sicherheitsdepartements eine Parteientschädigung von CHF 5'628.90 inkl. Auslagen zuzüglich CHF 433.45 Mehrwertsteuer zuzusprechen ist. Da die Rekurrentin die unentgeltliche Prozessführung beantragen liess und ihrem Vertreter mit Verfügung vom 14. Februar 2020 die amtliche Sicherstellung seiner Vergütung zugesichert worden ist, ist dieser Betrag vom Justiz- und Sicherheitsdepartement dem Vertreter der Rekurrentin auszurichten.

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