

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.93 vom 4. Juli 2021

BS Appellationsgericht, 2021-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.93

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.93 du 4 juillet 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.93 del 4 luglio 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 28. April 2021 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 in Verbindung mit § 88 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

E. 1.3

1.3.1 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Gericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt 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 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 (VGE VD.2015.241 vom 21. September 2016 E. 1, VD.2016.52 vom 5. Februar 2017 E. 1.2).

1.3.2 Dabei gilt im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren das Rügeprinzip. Das Gericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Der Rekurrent hat seinen Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und

Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504; VGE VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3).

1.4 Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) ist am 16. Dezember 2016 revidiert worden. Dabei ist es in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) umbenannt worden. Nachdem einige geänderte Bestimmungen bereits am 1. Januar und am 1. Juli 2018 in Kraft getreten waren, sind die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. Wie das JSD mit seinem angefochtenen Entscheid zutreffend erwogen hat, bestimmt sich das intertemporal anwendbare materielle Recht nach Art. 126 Abs. 1 AuG beziehungsweise AIG. Nach der Rechtsprechung ist das bisherige materielle Recht gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG über den zu engen Wortlaut dieser Bestimmung hinaus auf alle Verfahren anwendbar, die erstinstanzlich vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet worden sind. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt, in dem die betroffene Person von der Eröffnung des Verfahrens in Kenntnis gesetzt worden ist (vgl. statt vieler VGE VD.2020.76 vom 16. September 2020 E. 1.4 und VD.2020.101 vom 10. August 2020 E. 1.4.1, mit Hinweisen). Dem vorliegenden Verfahren liegt das Bewilligungsgesuch des Rekurrenten vom 14. Juni 2018 zu Grunde. Damit kommt im vorliegenden Verfahren das AuG mit den auf den 1. Januar 2018 in Kraft getretenen materiellen Bestimmungen zur Anwendung. Es wird deshalb weiterhin die Bezeichnung AuG verwendet. Demgegenüber bestimmt sich das Verfahrensrecht gemäss Art. 126 Abs. 2 AuG beziehungsweise AIG nach dem neuen Recht (vgl. statt vieler VGE VD.2020.76 vom 16. September 2020 E. 1.4, VD.2019.18 vom 22. Juli 2019 E. 2.1 und VD.2019.75 vom 26. Juni 2019 E. 1.4).

E. 2

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Verweigerung einer Bewilligung zur Einreise und zum Aufenthalt zwecks einer Aus- beziehungsweise Weiterbildung des Rekurrenten am Jazzcampus in Basel. Dem JSD kam bei der Überprüfung der angefochtenen Verfügung eine umfassende Kognition unter Einschluss der Angemessenheitskontrolle zu (vgl. § 45 lit. c OG).

2.1 Gemäss Art. 27 Abs. 1 AuG können Ausländerinnen und Ausländer für eine Aus- oder Weiterbildung zugelassen werden, wenn die Schulleitung bestätigt, dass die Aus- oder Weiterbildung aufgenommen werden kann (lit. a.), eine bedarfsgerechte Unterkunft zur Verfügung steht (lit. b), die notwendigen finanziellen Mittel vorhanden sind (lit. c) und sie die persönlichen und bildungsmässigen Voraussetzungen für die vorgesehene Aus- oder Weiterbildung erfüllen (lit. d). In Konkretisierung dieser Bestimmung nennt Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) Belege, mit denen die notwendigen finanziellen Mittel für eine Aus- und Weiterbildung belegt werden können. Weiter bestimmt die Verordnung, dass die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. d AuG namentlich dann erfüllt sind, wenn keine früheren Aufenthalte und Gesuchsverfahren oder keine anderen Umstände darauf hinweisen, dass die angestrebte Aus- oder Weiterbildung lediglich dazu dient, die allgemeinen Vorschriften über die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern zu umgehen (Art. 27 Abs. 2 VZAE).

Wie das JSD zutreffend erwog, besteht auch bei der Erfüllung dieser Voraussetzungen kein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer solchen fremdenpolizeilichen Bewilligung. Den

zuständigen Behörden bleibt bei ihrer Entscheidung ein nach Art. 96 Abs. 1 AuG pflichtgemäss auszuübender Ermessensspielraum, welcher durch den Rahmen von Art. 27 AuG und Art. 23 Abs. 2 VZAE nicht begrenzt wird. Dabei haben sie im konkreten Einzelfall eine umfassende Interessensabwägung vorzunehmen und den Interessen der Öffentlichkeit, der persönlichen Situation der ausländischen Person und dem Mass ihrer Integration Rechnung zu tragen (BVGer F-6400/2016 vom 27. April 2018 E. 5.2, mit Hinweis auf Spescha/Kerland/Bolzli, Handbuch zum Migrationsrecht, 2. Auflage, Zürich 2015, S. 89 ff.). Nach konstanter Praxis werden die Zulassungsvoraussetzungen dabei restriktiv angewandt, um eine Anwesenheit zu Aus- oder Weiterbildungszwecken zur Umgehung der restriktiven Zulassungspolitik zu verhindern (Caroni/Ott, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar AuG, Bern 2010, Art. 27 N 79; BVGer C-4995/2011 vom 21. Mai 2012 E. 6.2.2; VGE VD.2017.284 vom 26. Juni 2018 E. 2.1, VD.2014.107 vom 7. Januar 2015 E. 2.1). Da der Aufenthalt zu Aus- oder Weiterbildung einen vorübergehenden Aufenthalt darstellt, muss die betroffene Person auch den Willen haben, die Schweiz nach der Erfüllung des Aufenthaltszwecks beziehungsweise dem Abschluss der Ausbildung wieder zu verlassen (Art. 5 Abs. 2 AuG; BVGer F-2625/2018 vom 22. Juni 2020 E. 6.1; VGE VD.2017.284 vom 26. Juni 2018 E. 2.1, VD.2014.107 vom 7. Januar 2015 E. 2.1). Daran ändert grundsätzlich auch nichts, dass die in Art. 27 Abs. 1 lit. d AuG (in seiner bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung) verankerte Bewilligungsvoraussetzung einer gesicherten Wiederausreise aufgehoben worden ist (Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich des Staatssekretariats für Migration, Version 25. Oktober 2013 [Stand 1. Januar 2021, nachfolgend: Weisungen SEM], Ziff. 5.1.1.1; zu Entstehungsgeschichte und Tragweite der Gesetzesänderung: BVGer F-1677/2016 vom 6. Dezember 2016 E. 5.3, mit Hinweisen; BVGer C-4995/2011 vom 21. Mai 2012 E. 6.2.1, C-8712/2010 vom 20. Juni 2012 E. 7.2.1). Gemäss den Weisungen SEM gilt dies auch für Studierende, welche in der Schweiz eine Hochschule oder Fachhochschule besuchen wollen. Auch wenn Letztere nach einem Abschluss in der Schweiz während sechs Monaten eine Stelle suchen können und unter gewissen Voraussetzungen einen erleichterten Zugang zum Arbeitsmarkt haben (vgl. Art. 21 Abs. 3 AuG), handelt es sich bei deren Aufenthalt zur Aus- beziehungsweise Weiterbildung um einen vorübergehenden (Weisungen SEM Ziff. 5.1.1.1).

Gemäss ständiger Praxis werden in erster Linie Bewilligungen für eine Erstausbildung in der Schweiz erteilt. Personen, die eine solche bereits im Ausland erhalten haben, werden zugelassen, wenn die in der Schweiz angestrebte Aus- oder Weiterbildung der Vertiefung ihrer bereits erworbenen Kenntnisse dient (statt vieler BVGer F-2625/2018 vom 22. Juni 2020 E. 6.4). Ein Wechsel der fachlichen Ausrichtung während der Aus- oder Weiterbildung oder eine zusätzliche Ausbildung wird nur in hinreichend begründeten Ausnahmefällen bewilligt (Weisungen SEM Ziff. 5.1.1.7).

2.2 Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob beim Rekurrenten die notwendigen finanziellen Mittel vorhanden sind (Art. 27 Abs. 1 lit. c AuG) und ob er die persönlichen und bildungsmässigen Voraussetzungen für die vorgesehene Aus- oder Weiterbildung erfüllt (Art. 27 Abs. 1 lit. d AuG).

2.2.1 Unter Bezugnahme auf die Weisungen SEM erwog das JSD, bei der Prüfung des Einzelfalls seien insbesondere die persönlichen Verhältnisse der Person (Alter, familiäre Situation, bisherige Schulbildung, soziales Umfeld), frühere Aufenthalte oder Gesuche sowie die Herkunftsregion (wirtschaftliche und politische Situation, heimatlicher

Arbeitsmarkt für Hochschulabgänger) zu berücksichtigen. Im Rahmen der Prüfung der persönlichen Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 2 VZAE dürften keine Indizien darauf hinweisen, dass mit dem Gesuch nicht nur ein vorübergehender Aufenthalt zwecks Ausbildung, sondern in Umgehung der Vorschriften über die Zulassung ein dauerhafter Aufenthalt angestrebt werde. Den Weisungen des SEM lasse sich in Ziff. 5.1.1.5 entnehmen, dass an Personen über dreissig Jahre grundsätzlich keine Aufenthaltserlaubnis zwecks Aus- oder Weiterbildung auszustellen sei; Ausnahmen seien hinreichend zu begründen. Aus- und Weiterbildungen würden in der Regel in jungen Jahren absolviert und würden dazu dienen, einen bestimmten Beruf zu erlernen oder sich darin für die weitere Karriere fortzubilden. Naturgemäss sei es sinnvoller, die für Ausländerinnen und Ausländer zur Verfügung stehenden Aus- und Weiterbildungsplätze in der Schweiz an junge Menschen zu vergeben ■ namentlich angesichts dessen, dass die Zulassungsvoraussetzungen strikte angewendet werden müssten. Somit erscheine es als sinnvoll und zielgerecht, für ältere Ausländerinnen und Ausländer die Hürden für die Erteilung einer Bewilligung zur Aus- oder Weiterbildung höher anzusetzen (angefochtener Entscheid, E. 3 und 5).

Beim Rekurrenten sei sodann keine zielgerichtete Ausbildung ersichtlich. Er habe sich im Jahr 2004 im Alter von dreissig Jahren zu einem Musikstudium mit Stilrichtung Jazz entschlossen. Bereits nach seinem Bachelorstudium habe er eine zweijährige Pause eingelegt, um anschliessend ein Masterstudium zu beginnen und nach einem Jahr wieder abzubrechen. Nach einem weiteren mehrjährigen Unterbruch habe er im Jahr 2012 in den USA einen weiteren Masterstudiengang aufgenommen und diesen im Jahr 2014 abgeschlossen. Weitere vier Jahre später habe der Rekurrent bei der Schweizer Botschaft in Mexiko das vorliegend in Frage stehende Gesuch eingereicht. Aufgrund der mehrfachen Bildungsunterbrüche sowie der Änderung des Masterstudiengangs sei keine zielgerichtete Ausbildungsgeschichte erkennbar. Weiter sei der Rekurrent im Zeitpunkt der Aufnahme seines Studiums in Basel 44 Jahre alt gewesen. Er habe die Altersgrenze von dreissig Jahren somit deutlich überschritten. Die Erforderlichkeit des Masterstudiengangs in Basel habe der Rekurrent damit begründet, dass er damit seine Karriere als Frontman und Jazz-Komponist weiter vorantreiben möchte und sein Repertoire erweitern könne. Diese Ausführungen würden den Anforderungen an das dringende Bedürfnis für eine Zweit- beziehungsweise Weiterbildung jedoch nicht genügen (angefochtener Entscheid, E. 4 f.).

Schliesslich lägen auch Zweifel bezüglich der Wiederausreise des Rekurrenten vor. Dieser gebe an, dass er nach seiner Rückkehr nach Mexiko beabsichtige, ein Jazz-Master-Programm in seiner Heimat aufzubauen; für diese Pläne lege er indes keine Belege vor. Ohne Belege für den weiteren persönlichen und beruflichen Werdegang könne die Wiederausreise des Rekurrenten nicht als gesichert bezeichnet werden und es bestehe die Gefahr, dass der angegebene Aufenthaltsgrund für eine Umgehung der Zulassungsvorschriften vorgebracht werde. Dafür spreche denn auch, dass der Rekurrent ohne Visum in die Schweiz eingereist sei und er hier sein Studium begonnen habe, obwohl das Migrationsamt noch nicht über sein Gesuch um Erteilung einer Einreise- und Aufenthaltsbewilligung befunden hätte. Weiter sei er auch nach Abweisung seines Gesuchs in der Schweiz verblieben und halte sich mittlerweile seit mehr als zwei Jahren ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz auf. Schliesslich habe der Rekurrent nach Abschluss des ursprünglich angestrebten Studiengangs ■ im Wissen darum, dass er nicht über die dafür notwendige Bewilligung verfüge ■ ein weiteres Studium begonnen.

Ebenfalls zu Ungunsten des Rekurrenten müsse in diesem Zusammenhang sein Aneinanderreihen von Studiengängen berücksichtigt werden. Grundsätzlich werde nur eine einzige Aus- oder Weiterbildung bewilligt. Ein Studienwechsel werde nur in hinreichend begründeten Ausnahmefällen bewilligt. Vorliegend habe der Rekurrent indes nicht einmal um Bewilligung des nun neu begonnenen Studiengangs ersucht. Dass dieser für ihn eine einmalige Chance darstelle, sich unter hochkarätiger Anleitung beruflich weiterzuentwickeln, wie es der Rekurrent mit E-Mail vom 27. Februar 2021 ausgeführt habe, genüge den hohen Anforderungen an eine Begründung für Ausnahmefälle jedenfalls nicht. Auch aufgrund des (unbewilligten) Aneinanderreihens von Studiengängen ergebe sich durchaus die Befürchtung, dass der Rekurrent versuche, einen Daueraufenthalt in der Schweiz zu erlangen (angefochtener Entscheid, E. 6).

In Bezug auf die notwendigen finanziellen Mittel gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. c AuG lasse sich Art. 23 Abs. 1 VZAE entnehmen, dass sich diese namentlich belegen liessen mit einer Verpflichtungserklärung sowie eines Einkommens- und Vermögensnachweises einer zahlungsfähigen Person mit Wohnsitz in der Schweiz (lit. a), einer Bestätigung einer in der Schweiz zugelassenen Bank über ausreichende Vermögenswerte der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers (lit. b) oder einer verbindlichen Zusicherung von ausreichenden Stipendien oder Ausbildungsdarlehen (lit. c). In den Weisungen des SEM werde unter Ziff. 5.1.1.4 konkretisiert, dass als in der Schweiz zugelassene Banken jene gälten, die von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) bewilligt worden seien (angefochtener Entscheid, E. 3).

Vorliegend habe der Rekurrent zum Nachweis der notwendigen finanziellen Mittel anlässlich seiner Gesuchseinreichung eine Garantieerklärung seines Bruders abgegeben. Diese Verpflichtungserklärung genüge den gesetzlichen Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 lit. a VZAE indes nicht, da der Bruder des Rekurrenten keinen Wohnsitz in der Schweiz habe. Somit könne diese Verpflichtungserklärung vorliegend keine Berücksichtigung finden. Dasselbe habe für die später eingereichte Bestätigung der [Bank] zu gelten. Die mexikanische Bank verfüge nicht über eine von der FINMA ausgestellte Bewilligung, wie sie gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b VZAE gefordert würde. Somit seien beim Rekurrenten die gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. a (recte: c) AuG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 VZAE geforderten notwendigen finanziellen Mittel nicht vorhanden, weshalb sein persönliches Einreisegesuch abzuweisen sei (angefochtener Entscheid, E. 7).

2.2.2 Dem hält der Rekurrent mit seiner Rekursbegründung entgegen, er könne das Erfordernis der notwendigen finanziellen Verhältnisse gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. c AuG mit der zwischenzeitlich vorhandenen Verpflichtungserklärung einer Bekannten vom 26. März 2021 erfüllen (Rekursbegründung, Ziff. 17). Betreffend die persönlichen Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 1 lit. d AuG könne eine Umgehungsabsicht nicht unterstellt werden, wenn der Studierende aufgrund seiner bildungsmässigen Voraussetzung in der Schule immatrikuliert worden sei und daher grundsätzlich in der Lage zu sein scheine, die schulischen Anforderungen zu erfüllen. Die Annahme einer Umgehungsabsicht verbiete sich gemäss Bundesverwaltungsgericht namentlich auch dann, wenn bereits abgelegte Prüfungen belegen würden, dass das Studium ernsthaft absolviert werde. Es sei vorliegend unbestritten, dass er das Studium absolviere (Rekursbegründung, Ziff. 18).

Entgegen den SEM-Weisungen dürfe die Zulassung zum Studium zudem nicht mehr von der Gewähr einer gesicherten Wiederausreise abhängig gemacht werden. Die Streichung der früheren lit. d von Art. 27 Abs. 1 AuG und die Neufassung von lit. d gingen als lex

specialis Art. 5 Abs. 2 AIG vor. Sollte dennoch von der Zulassungsvoraussetzung der gesicherten Ausreise ausgegangen werden, so beständen entgegen der Auffassung des JSD keinerlei Indizien, dass der Rekurrent nach Abschluss des Studiums nicht ausreisen würde. Er sei nach wie vor in engem Kontakt mit seiner Familie und seinen Freundinnen und Freunden in Mexiko. Weiter sei er bereits im Gespräch mit der Universidad [], welche an seiner Wiedereinstellung nach Abschluss des aktuellen Studiums interessiert sei. Der aktuelle Masterstudiengang sei klar als Vertiefung der erworbenen Kenntnisse zu qualifizieren, zumal ihm damit auch pädagogisch■didaktische Kompetenzen, um Jazz auf allen Stufen professionell zu unterrichten, vermittelt würden. Der Zweck seines Aufenthalts sei einzig und alleine das Absolvieren des Studiums, um mit dem gewonnenen Wissen und der Erfahrung in Mexiko Jazz auf hohem Niveau unterrichten zu können. Für eine gesicherte Wiederausreise spreche auch der Umstand, dass er bereits in den USA studiert habe, um in der Folge wieder in sein Heimatland zurückzukehren (Rekursbegründung, Ziff. 19).

Aufgrund der Hinfälligkeit der gesicherten Wiederausreise sei weiter auch die Alterslimite von dreissig Jahren überholt. Schliesslich sei davon ausgegangen worden, dass Personen mit zunehmendem Alter weniger gewillt seien, wieder in ihr Herkunftsland zurückzukehren. Durch den Wegfall des Kriteriums der gesicherten Wiederausreise sei dem Alterskriterium die sachliche Rechtfertigung weitgehend entzogen worden, was in den SEM-Weisungen jedoch freilich noch keinen Niederschlag gefunden habe. Im Widerspruch zu Art. 27 Abs. 1 lit. d AuG und zum Anspruch auf Stellensuche nach Abschluss des Studiums betone das SEM die Zweckbindung und den vorübergehenden Charakter des Studiumsaufenthalts. Damit dürfe das fortgeschrittene Alter des Rekurrenten, zumal dieser nachweislich ein Interesse daran habe, nach erfolgreichem Abschluss seines Studiums nach Mexiko zurückzukehren, nicht als Hindernis für die Bewilligungserteilung herangezogen werden. Indem das JSD es als naturgemäss sinnvoller erachte, die für Ausländerinnen und Ausländer zur Verfügung stehenden Aus- und Weiterbildungsplätze in der Schweiz an junge Menschen zu vergeben, verstosse es gegen das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) (Rekursbegründung, Ziff. 20 und 23 f.).

Weiter bestreitet der Rekurrent den Vorhalt, es sei bei ihm keine zielgerichtete Ausbildungsgeschichte erkennbar. Die Unterbrüche zwischen seinen Studiengängen hätten jeweils der praktischen Vertiefung des Jazz gedient. Zudem habe es sich dabei um gute Stellenangebote gehandelt, mit welchen er seine Erfahrung im Bereich Jazz habe erweitern können. Beim absolvierten Masterstudium in Basel handle es sich um eine weiterführende und damit vertiefende Ausbildung seiner bisherigen schulischen Karriere: Er habe gelernt, seine bisherigen theoretischen Kenntnisse beim Komponieren umzusetzen. Dasselbe gelte für den aktuell besuchten Masterstudiengang. Nach der theoretischen und praktischen Aneignung sowie Umsetzung des Jazz lerne er nun sein Wissen einerseits zu vertiefen, aber auch die pädagogisch-didaktische Kompetenz, das vorhandene Wissen zu vermitteln. Damit würden beide Weiterbildungen am Jazz Campus nachweislich dazu dienen, seine mit der Erstausbildung in New York erworbenen Kenntnisse zu vertiefen. Zudem habe er die Maximaldauer von acht Jahren für Bewilligungen zu Aus■ und Weiterbildungszwecken bei weitem nicht erreicht und es könne keinesfalls davon die Rede sein, dass er durch das Aneinanderreihen von Studiengängen einen Daueraufenthalt beabsichtige. Er sei erst seit zwei Jahren in der Schweiz und der neu gewählte und seine Fähigkeiten vertiefende Studiengang sei im Hinblick auf seine berufliche Perspektive in Mexiko als Jazz Dozent

zielgerichtet und nachvollziehbar (Rekursbegründung, Ziff. 21 f.).

E. 3

3.1 Art. 27 AuG ist eine «Kann-Vorschrift». Ein Rechtsanspruch auf Zulassung zur Aus- und Weiterbildung besteht selbst dann nicht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Entsprechend verfügen die Vorinstanzen über einen grossen Ermessensspielraum. Wie hiervor erwogen, ist das Verwaltungsgericht nicht befugt, sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen. Die Prüfung des Verwaltungsgerichts beschränkt sich darauf, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (vgl. E. 1.3.1 hiervor). In Anbetracht dessen ist der angefochtene Entscheid im gerichtlichen Verfahren nicht zu beanstanden. Das JSD hat seinen Ermessensentscheid eingehend und ■ wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt ■ zutreffend begründet.

E. 3.2

3.2.1 Der Rekurrent hat im Rekursverfahren vor dem Verwaltungsgericht neu eine Verpflichtungserklärung einer Bekannten vom 26. März 2021 eingereicht. Gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. a VZAE vermag eine solche Erklärung den Nachweis der notwendigen finanziellen Mittel grundsätzlich zu erbringen. Allerdings fällt auf, dass der Rekurrent trotz der vorhandenen Verpflichtungserklärung um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht und damit zum Ausdruck bringt, mittellos zu sein (vgl. E. 4.2 hiernach). Da der Rekurs, wie nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird, ohnehin abzuweisen ist, kann offen gelassen werden, ob und wie der mit Eventualbegehren gestellte Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege mit diesem Nachweis der notwendigen finanziellen Mittel vereinbar ist. Ausserdem ist gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. a VZAE neben der Verpflichtungserklärung auch ein Einkommens- und Vermögensnachweis der Garantin einzureichen. Vorliegend hat der Rekurrent mit seiner Rekursbegründung keine Belege dieser Art eingereicht. Da der Rekurrent die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. d VZAE ohnehin nicht erfüllt (E. 3.2.2 f. hiernach), kann auch hier offenbleiben, ob ihm Gelegenheit zur Nachreichung gewährt werden müsste.

3.2.2 Soweit der Rekurrent hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. d AuG geltend macht, es könne ihm keine Umgehungsabsicht unterstellt werden, da er tatsächlich immatrikuliert sei und auch bereits Prüfungen abgelegt habe, kann ihm nicht gefolgt werden. Es stimmt zwar, dass der Rekurrent seit September 2018 am Jazzcampus studiert und die Ausbildung offenbar erfolgreich absolviert. Dies kann ihm auch durchaus zugutegehalten werden, wenngleich er die Behörden damit aufgrund der fehlenden Bewilligung vor vollendete Tatsachen gestellt hat. Entgegen der Ansicht des Rekurrenten bedeutet dies aber nicht, dass damit eine Umgehungsabsicht im Sinne von Art. 23 Abs. 2 VZAE per se ausgeschlossen ist. Selbst wenn die Ausbildung tatsächlich absolviert wird, kann sich eine Umgehungsabsicht aus anderen Gründen ergeben, aufgrund welcher befürchtet werden muss, dass der Rekurrent einen Daueraufenthalt in der Schweiz zu erlangen versucht. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, durfte das JSD zu Recht von einer solchen Befürchtung ausgehen.

Alleine die Tatsache, dass der Rekurrent seit seinem Ausbildungsstart im Jahr 2004 zahlreiche theoretische wie auch praktische Erfahrungen im Bereich der Jazzmusik

gesammelt hat, lässt noch nicht auf ein zielgerichtetes Vorgehen schliessen. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass eine derartig abwechslungsreiche und internationale Studien- und Berufserfahrung eine grosse Bereicherung für den musikalischen und persönlichen Horizont des Rekurrenten darstellen mag. Insbesondere in kreativen Berufsbereichen mögen diverse Wechsel von Tätigkeitsorten und -inhalten durchaus förderlich und erwünscht sein. Eine zielgerichtete Ausbildungsgeschichte vermag damit aber nicht ohne Weiteres begründet werden. So ist dem JSD zuzustimmen, wenn es davon ausgeht, dass dem Lebenslauf des Rekurrenten kein konkretes Ausbildungsziel zu entnehmen ist. Der nunmehr geltend gemachte Plan, in seinem Heimatland eine Lehrtätigkeit aufzunehmen, ergibt sich sodann auch nicht aus seinem ursprünglich geltend gemachten Ausbildungszweck. So wollte der Rekurrent mit seinem ersten Studiengang am Jazzcampus in Basel noch seine Karriere als Frontman vorantreiben, anstatt weiterhin als Sideman aufzutreten. Das Vorgesagte lässt, unabhängig vom bisher weitgehend erfolgreichen Verlauf der Ausbildung am Jazzcampus, darauf schliessen, dass das nunmehr angestrebte Diplom eher ein zufälliges Element im Werdegang des Rekurrenten darstellt beziehungsweise durch seinen Wunsch, in der Schweiz zu verbleiben, bedingt ist, und nicht einer kohärenten Karriereplanung entspringt. Zudem handelt es sich bei der Ausbildung in der Schweiz nicht um eine Erstausbildung, verfügt der Rekurrent doch mit seinem am Queens College in New York City erworbenen Masterabschluss in Jazz Studies aus dem Jahr 2014 bereits über einen Hochschulabschluss. Die dargelegten Gründe genügen sodann nicht den Anforderungen an eine zusätzliche Ausbildung. Da der Rekurrent in der Zwischenzeit gar noch ein drittes Masterstudium beziehungsweise ein zweites Masterstudium am Jazzcampus in Basel begonnen hat, sind noch höhere Anforderungen an das dringende Bedürfnis einer solchen Weiterbildung zu stellen. Die konsekutiv gewählten Weiterbildungen vermögen ein solches Bedürfnis indes nicht zu begründen. Wie das JSD zudem zu Recht erwog, werden praxismässig grundsätzlich keine Aufenthaltsbewilligungen zu Aus- und Weiterbildungszwecken an über 30-Jährige erteilt, ausser bei Vorliegen besonderer Umstände (BVGer F-2625/2018 vom 22. Juni 2018 E. 7.5, mit Hinweis auf F-4422/2016 vom 7. März 2017 E. 7.2). Der Rekurrent hat seine Ausbildung in der Schweiz im Alter von 44 Jahren und somit deutlich nach Erreichen des dreissigsten Lebensjahrs begonnen. Eine Altersdiskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV, wie sie der Rekurrent geltend macht, ist darin nicht ersichtlich. Da die für Ausländerinnen und Ausländer zur Verfügung stehenden Aus- und Weiterbildungsplätze in der Schweiz begrenzt sind, ist es durchaus gerechtfertigt, diese in erster Linie an junge Personen zu vergeben, welche tendenziell noch am Anfang ihrer Karriere stehen und länger von der Ausbildung profitieren werden. Die ungleiche Behandlung beruht mithin auf sachlichen Gründen und ist daher nicht diskriminierend. Die zutreffende Begründung des JSD ist nicht zu beanstanden.

3.2.3 Schliesslich darf die Bewilligung entgegen der Ansicht des Rekurrenten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AuG grundsätzlich noch immer von der Gewähr einer gesicherten Wiederausreise abhängig gemacht werden. Gemäss Ziff. 5.1.1.1 der Weisungen SEM gilt dies ausdrücklich auch im Falle von Studierenden, welche in der Schweiz eine Hochschule oder Fachhochschule besuchen wollen. In Zusammenhang mit den Weisungen SEM ist festzuhalten, dass diese für das Verwaltungsgericht zwar nicht verbindlich sind. Sie werden aber als Auslegungshilfe berücksichtigt, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese

eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (vgl. BGE 141 V 365 E. 2.4 S. 368, 138 V 346 E. 6.2 S. 362, 137 V 1 E. 5.2.3 S. 8). Wie soeben aufgezeigt, stützte das JSD seinen Entscheid insbesondere auch auf die zutreffenden Feststellungen, dass beim Rekurrenten kein zielgerichteter Karriereplan erkennbar sei, er im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung bereits 44 Jahre alt gewesen sei und er zudem schon über eine fundierte Erstausbildung sowie den zusätzlichen Masterabschluss mit dem Schwerpunkt Komposition verfüge. Das Kriterium der gesicherten Wiederausreise war eines von vielen und für sich allein nicht entscheidend relevant. Es kann vorliegend somit offengelassen werden, ob sich im Lichte der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Revision des AuG für bestimmte Fälle eine Abweichung von dieser Weisung rechtfertigt (insbesondere für hochqualifizierte Studierende, deren angestrebte Erwerbstätigkeit von übergeordnetem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse ist; vgl. dazu BVGer F-1677/2016 vom 6. Dezember 2016 E. 5.3, C-4995/2011 vom 21. Mai 2012 E. 6.2.1, C-8712/2010 vom 20. Juni 2012 E. 7.2.1).

3.3 Zusammenfassend erfüllt der Rekurrent die persönlichen und bildungsmässigen Voraussetzungen gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. d AuG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 2 VZAE nicht.

3.4 Die Verweigerung der Erteilung einer Einreise- und Aufenthaltsbewilligung ist auch verhältnismässig. In diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist, dass das Verwaltungsgericht auch hier keine Angemessenheitskontrolle durchführt, sondern lediglich überprüft, ob die Vorinstanz von ihrem Ermessen zulässig Gebrauch gemacht hat. Weiter gilt es zu beachten, dass der Gesetz- beziehungsweise Verordnungsgeber mit der Umschreibung der persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. d AuG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 2 VZAE die Frage der Verhältnismässigkeit bereits weitgehend vorweggenommen hat. Viele Aspekte, welche die Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen betreffen, wurden daher bereits im Rahmen der Prüfung dieser Voraussetzung hiervor unter E. 3.2.2 f. diskutiert. Das öffentliche Interesse an der Abweisung des Gesuchs ist sodann nicht nur auf eine restriktive Einwanderungspolitik ausgerichtet, sondern auch auf die Durchsetzung einer beständigen Rechtsprechung im Ausländerrecht und insbesondere im Bereich der Zulassung für ältere Gesuchsteller mit bereits absolvierter Erstausbildung, was für die Rechtssicherheit notwendig ist. Demgegenüber hat der Rekurrent ein funktionierendes soziales Netzwerk in Mexiko und möchte nach seinem Aufenthalt in der Schweiz ohnehin in sein Heimatland zurückkehren. Weiter verfügt er über eine fundierte Erstausbildung und konnte nun faktisch bereits erfolgreich einen zusätzlichen Masterstudiengang am Jazzcampus Basel absolvieren. Es liegen keine überzeugenden Gründe vor, die ein überwiegendes privates Interesse an dem Abschluss seiner zwischenzeitlich in Eigenregie begonnenen Ausbildung in Jazzpädagogik in der Schweiz zeigen würden. Wie seinem Lebenslauf zu entnehmen ist, konnte der Rekurrent auch schon in der Vergangenheit ohne diese pädagogische Ausbildung diverse berufliche (Lehr-)Tätigkeiten im Bereich der Jazzmusik ausüben. Ausserdem musste er sich dem Risiko bewusst gewesen sein, dass die Nichterteilung der Bewilligung einen Studienabbruch nach sich ziehen würde. Auch kann berücksichtigt werden, dass der Rekurrent immerhin während der Dauer des Verfahrens in der Schweiz verbleiben und seiner Ausbildung nachgehen konnte. Der Entscheid des JSD erweist sich somit auch als verhältnismässig. Mit der Verweigerung des Gesuchs um Erteilung einer

Einreise- und Aufenthaltsbewilligung haben die Vorinstanzen von dem ihnen zustehenden Ermessen zulässigen Gebrauch gemacht.

E. 4

4.1 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich die Abweisung des Rekurses. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat grundsätzlich der Rekurrent dessen Kosten zu tragen (§ 30 Abs. 1 VRPG). Die Gebühr wird auf CHF 1'200.─ festgelegt (§ 23 Abs. 1 des Reglements über die Gerichtsgebühren [SG 154.810]).

4.2 Der Rekurrent macht im vorliegenden Verfahren einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege geltend.

4.2.1 Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Da das kantonale Prozessrecht nicht über die verfassungsrechtliche Minimalgarantie hinausgeht, kann es vorliegend unberücksichtigt bleiben (BGer 1C_192/2017 vom 17. Juli 2017 E. 2.2). Als aussichtslos sind nach der Rechtsprechung Rechtsbegehren zu betrachten, deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die daher kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht bereits als aussichtslos, wenn sich die Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Person, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (statt vieler BGE 140 V 521 E. 9.1 S. 537).

4.2.2 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Verweigerung der Bewilligung zur Einreise und zum Aufenthalt zwecks zusätzlicher Ausbildungen des Rekurrenten nicht zu beanstanden ist (vgl. E. 3 hiervor). Gesamthaft betrachtet erscheinen die Gewinnaussichten des vorliegenden Rechtsmittels gerade auch vor dem Hintergrund des fehlenden Anspruchs auf die beantragte Bewilligung beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Der Rekurrent erfüllt die persönlichen und bildungsmässigen Voraussetzungen nicht und vermag auch nicht die Verhältnismässigkeit der Bewilligungsverweigerung infrage zu stellen. Da die finanziellen und persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. c und d AuG kumulativ erfüllt sein müssen, ändert auch die im vorliegenden Rekursverfahren neu eingebrachte Verpflichtungserklärung nichts an dieser Feststellung. Zuzufolge Aussichtslosigkeit des Rekurses ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Rekursverfahren vor dem Verwaltungsgericht somit abzuweisen. Daher kann offenbleiben, ob der Rekurrent mittellos ist beziehungsweise ob die vorhandene Verpflichtungserklärung eine Bedürftigkeit allenfalls ausschliesst.

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