

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.182 vom 21. Februar 2019

BS Appellationsgericht, 2019-02-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2022.182

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.182 du 21 février 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.182 del 21 febbraio 2019

Erwägungen

E. 1

1.1Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses folgt aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungspräsidenten vom 19. August 2022 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist gemäss § 88 Abs. 2 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

1.2Die 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. Auf ihren frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

E. 1.3

1.3.1Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat es zu prüfen, ob das JSD den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihm 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 (VGE VD.2016.207 vom 21. Juni 2017 E. 1.2, VD.2015.135 vom 8. Juni 2016 E. 1.2, VD.2012.243 vom 21. Mai 2013 E. 1.2). 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_89/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 2.1.4; BGE 127 II 60 E. 1b).

1.3.2Im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren gilt 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. Die Rekurrierenden haben ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Wullschlegler/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).

E. 2

Strittig ist im vorliegenden Verfahren, ob die Rekurrentin als spanische Staatsangehörige und mithin als Angehörige eines Mitgliedstaates der EU Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit hat.

2.1 Nach Art. 1 und 3 ff. in Verbindung mit Art. 6 Anhang I des Abkommens 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) haben Angehörige von Mitgliedstaaten der EU Anspruch darauf, sich in der Schweiz aufzuhalten, wenn sie den Nachweis der Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit erbringen. Wie das JSD zutreffend erwogen hat, erfolgt die Auslegung des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs und des damit verbundenen Status in Übereinstimmung mit der unionsrechtlichen Rechtsprechung, wie sie vor der Unterzeichnung des FZA (21. Juni 1999) bestanden hat. Neuere Entscheide des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) berücksichtigt das Bundesgericht im Interesse einer parallelen Rechtslage (vgl. Art. 16 Abs. 1 FZA), soweit keine triftigen Gründe hiergegen sprechen (vgl. BGE 142 II 35 E. 3.1, mit Hinweisen).

2.2 Entsprechend den zutreffenden Erwägungen des JSD kommt es für die Erfüllung des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs grundsätzlich weder auf den zeitlichen Umfang der Aktivität der arbeitsleistenden Person noch auf die Höhe des Lohnes oder die Produktivität der betroffenen Person an (Urteile des EuGH vom 3. Juni 1986 C-139/85 Kempf, Slg. 1986 1741 Rn. 14 und vom 26. Februar 1992 C-3/90 Bernini, Slg. 1992 I-1071 Rn. 16). Erforderlich ist aber quantitativ wie qualitativ eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit (Urteil des EuGH vom 31. Mai 1989 C-244/87 Bettray, Slg. 1989 1621 Rn. 13). Die Beurteilung, ob eine solche besteht, muss sich auf objektive Kriterien stützen und ■ in einer Gesamtbewertung ■ allen Umständen Rechnung tragen, welche die Art der Tätigkeit und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen (Urteil des EuGH vom 4. Februar 2010 C-14/09 Genc, Slg. 2010 I-931 Rn. 26). Es ist dabei auch zu berücksichtigen, ob die erbrachten Leistungen auf dem allgemeinen Beschäftigungsmarkt als üblich gelten können (vgl. Urteile des EuGH Bettray, a.a.O., Rn. 17 und vom 7. September 2004 C-456/02 Trojani, Slg. 2004 I-7573 Rn. 24; BGE 141 II 1 E. 2.2.4). Im Zuge dieser Gesamtschau können einzelne Merkmale wie die Dauer, das Pensum oder die Entlohnung einer Beschäftigung durchaus deren Echtheit und Wirtschaftlichkeit in Frage stellen. Dies ergibt sich aus dem der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Allgemeinen zu Grunde liegenden Gedanken, dass Personen, die sich auf diese Grundfreiheit berufen, eigentlich über ausreichende finanzielle Mittel verfügen sollten, um wenigstens ihre eigenen Bedürfnisse finanziell abzudecken. Ein aufgrund des geringen Pensums oder der niedrigen Entlohnung marginaler Nebenerwerb, der sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt, vermag die an den freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gestellten Anforderungen nicht zu erfüllen (VGE VD.2021.137 vom 21. Dezember 2021 E. 2.3, mit Hinweis auf BGer 2C_750/2015 vom 14. März 2016 E. 4.1, mit Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 28. Februar 2013 C-544/11 Petersen, Rn. 30 sowie BGE 131 II 339 E. 2.4; BGer 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 3.2 und 4.3 f., 2C_761 vom 21. April 2016 E. 4.2.2, 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 5.3.2 und 2C_669/2015 vom 30. März 2016 E. 5.3.2; vgl. auch Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration [SEM] zur

Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP-Weisungen], Ziff. 4.2.3).

Auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung reicht eine Teilzeitarbeit mit einem monatlichen Einkommen von CHF 600.■ bis 800.■ zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft nicht aus (BGer 2C_1137/2014 vom 6. August 2015 E. 4.4). Als ungenügend zur Wiedererlangung der Arbeitnehmereigenschaft qualifizierte das Bundesgericht auch eine Tätigkeit im Stundenlohn auf Abruf ohne eine Mindestanzahl garantierter Arbeitsstunden trotz eines durchschnittlichen Monatseinkommens von CHF 1'673.25 und einer durchschnittlichen Arbeitszeit von knapp 80 Stunden pro Monat. Angesichts der konkreten Umstände und der zeitlich limitierten, unregelmässigen Arbeitseinsätze konnte nicht von einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgegangen werden (BGer 2C_98/2015 vom 3. Juni 2016 E. 6.2). Ebenso liess das Bundesgericht offen, ob ein monatliches Einkommen von CHF 1'000.■ als untergeordnet zu qualifizieren ist, da der betreffende Ausländer danach nur noch maximal CHF 345.25 pro Monat erwirtschaftete und die Arbeitnehmereigenschaft somit verloren hatte (BGer 2C_289/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 4.4). In Bezug auf die Frage, ob eine Arbeitstätigkeit im Umfang von 38 % für einen monatlichen Nettolohn von CHF 1'643.45 hinreichend ist, wies das Bundesgericht indes die Vorinstanz an, dies näher abzuklären (BGer 2C_114/2022 vom 2. August 2022 E. 4.3, 2C_617/2019 vom 6. Februar 2020 E. 4.3, mit einer weiteren Übersicht zur Rechtsprechung; vgl. zur Kasuistik auch E. 8 des angefochtenen Entscheids).

E. 3

3.1 Das ursprünglich von der Rekurrentin in der Schweiz angetretene Arbeitsverhältnis bei der F___ GmbH ist in den ersten zwölf Monaten ihres Aufenthalts per 10. April 2018 aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden, ohne dass die Rekurrentin Anspruch auf Arbeitslosentaggelder gehabt hat. Die Rekurrentin bestreitet nicht mehr, dass damit ihr freizügigkeitsrechtlich begründetes Aufenthaltsrecht gemäss Art. 61a Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20) sechs Monate nach der unfreiwilligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und mithin am 10. Oktober 2018 erloschen ist. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen des JSD verwiesen werden (E. II.11 ff. des angefochtenen Entscheids).

3.2 Ebenfalls nicht bestritten wird mit dem Rekurs, dass die Arbeitnehmereigenschaft der Rekurrentin im Sinne von Art. 6 Anhang I FZA in der Folge bis zum ersten Quartal des laufenden Jahres nicht wiederaufgelebt ist und sie daher in diesem Zeitraum nicht erneut einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erworben hat. Es kann auch diesbezüglich auf die nicht mehr bestrittenen Erwägungen des JSD verwiesen werden (E. I.8 ff. sowie II.17 ff. des angefochtenen Entscheids).

3.3 Strittig ist allein, ob die Rekurrentin zwischenzeitlich aufgrund ihrer aktuellen Arbeitstätigkeit einen Aufenthaltsanspruch als Arbeitnehmerin gemäss Art. 6 Anhang I FZA erworben hat. Dabei ist auch auf die Entwicklung des Sachverhalts bis zum Entscheid des Verwaltungsgerichts abzustellen (vgl. oben E. 1.3.1). Wie die Rekurrentin bereits im vorinstanzlichen Verfahren nachgewiesen hat, arbeitet sie gemäss Arbeitsvertrag vom 11. Oktober 2021 mit einem vertraglichen wöchentlichen Pensum von 14 Stunden zu einem Stundenlohn von CHF 19.20 brutto zuzüglich Ferien- und Feiertagsentschädigung sowie 13. Monatslohn gemäss GAV bei der G___ AG (Vorakten JSD, act. 8/1 S. 88). Wie die

Rekurrentin im vorliegenden Verfahren nachgewiesen hat, erzielte sie mit ihrer dortigen Arbeitstätigkeit vom 21. November 2021 bis zum 20. Juli 2022 ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von CHF 894.25 nach Abzug der Quellensteuer (act. 5/4 und 7/15). Weiter nahm sie per 1. April 2022 parallel dazu eine Tätigkeit als Unterhaltsreinigerin bei der H_____ AG mit einer vertraglichen Normalarbeitszeit von 12,1 Stunden pro Woche à CHF 19.60 brutto nebst Ferien- und Feiertagsentschädigung sowie 13. Monatslohn auf (act. 5/5). Damit erzielte sie seit Mai 2022 ein regelmässiges monatliches Nettoeinkommen von CHF 863.60 nach Abzug der Quellensteuer, nachdem dieses im April 2022 noch CHF 794.80 betragen hatte (act. 5/6 und 7/15). Schliesslich nahm sie per 1. April 2022 eine weitere Arbeitstätigkeit bei der I_____ AG als Unterhaltsreinigerin auf. Gemäss der eingereichten Bestätigung dieser Firma betrug ihre vertragliche Normalarbeitszeit zunächst 16.90 Stunden pro Woche à CHF 19.60 brutto nebst Ferien- und Feiertagsentschädigung sowie 13. Monatslohn (act. 5/10). Gemäss den Arbeitsverträgen vom 11. April 2022 und 1. August 2022 wurden Pensen von 2 Stunden und sodann 2,5 Stunden pro Werktag von Montag bis Freitag zu den gleichen Konditionen vereinbart (act. 7/14). In den Monaten Mai bis Juli 2022 erzielte die Rekurrentin aus dem Arbeitsverhältnis mit der I_____ AG ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von CHF 1'227.65 nach Abzug der Quellensteuer (act. 5/9 und 7/15). In allen diesen Arbeitsverhältnissen ist die Probezeit abgelaufen. Nach dem Gesagten verdient die Rekurrentin mit ihren drei aktuellen Arbeitsverhältnissen insgesamt ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von CHF 2'985.50. Hinzu kommt der darauf entfallende Anspruch auf den 13. Monatslohn. Aufgrund dieses Erwerbseinkommens gelang es der Rekurrentin, sich per Ende August von der Sozialhilfe abzulösen (act. 7/13).

Mit dieser unselbständigen Erwerbstätigkeit ist die Arbeitnehmereigenschaft der Rekurrentin in Anwendung der Kriterien der oben dargestellten Rechtsprechung (vgl. oben E. 2.2) wiederaufgelebt, sodass sie im vorliegenden Verfahren erneut einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erworben hat.

3.4 Daraus folgt, dass die Verfügung des Bereichs BdM vom 21. Februar 2019 sowie der angefochtene Entscheid des JSD vom 19. Mai 2022 mit Bezug auf die Wegweisung der Rekurrentin aufzuheben sind. Ausserdem ist festzustellen, dass die Rekurrentin erneut Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA hat. In diesem Sinne wird die Sache zur erneuten Bewilligungserteilung an den Bereich BdM zurückgewiesen. Im Hinblick auf die vorinstanzlichen Kostenentscheide ist massgebend, dass die Aufhebung mit Bezug auf die Wegweisung der Rekurrentin wesentlich auf der seit dem angefochtenen Entscheid des JSD vom 19. Mai 2022 von der Rekurrentin ausgeübten Erwerbstätigkeit beruht. Die Vorinstanzen haben daher im jeweiligen Entscheidungszeitpunkt nicht falsch entschieden. In der Folge sind die vorinstanzlichen Kostenentscheide zu bestätigen.

E. 4

4.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu erheben. Fraglich ist, ob der Rekurrentin eine Parteientschädigung zusteht.

4.2 Gemäss § 30 Abs. 1 Satz 2 VRPG «kann» die unterliegende Vorinstanz zu einer Parteientschädigung verurteilt werden. Entgegen der Praxis zu Art. 64 Abs. 1 VwVG wird die «Kann-Norm» in der Praxis des Verwaltungsgerichts nicht als «Muss-Vorschrift» interpretiert (vgl. zu Art. 64 VwVG Beuschin: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG

Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 64 N 9; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1182).

So wird bei Gutheissung eines Rekurses eine allfällige Parteientschädigung zu Lasten der Verwaltung, der Vorinstanz oder der unterliegenden Partei festgelegt (Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 310). Eine Parteientschädigung wird damit nicht in jedem Fall zugesprochen. Es kann diesbezüglich nicht nur das Erfolgs-, sondern in einem weit verstandenen Sinne auch das Verursacher- bzw. Veranlassungsprinzip und eine Beurteilung der Billigkeit zur Anwendung gelangen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Partei durch ihr prozessuales Verhalten unnötigen Aufwand verursacht (VGE VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 4.2). Dazu gehört auch das nachträgliche Vorbringen von Tatsachen und Beweismitteln (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 4. Aufl., Basel 2021, N 1694).

4.3 Vorliegend können der Rekurrentin keine prozessualen Versäumnisse vorgeworfen werden, zumal sie nicht nachträglich unechte Noven geltend macht, sondern sich vielmehr auf Tatsachen bezieht, die erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid vom 19. Mai 2022 entstanden sind. Deren Verwirklichung hat sie aber durch eigenes Zutun vollumfänglich selber bewirkt. Sie hat sich nun um mehrere Arbeitsstellen bemüht und diese auch erhalten. Damit hat sie neu den freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerstatus aufgrund ihres eigenen Verhaltens wiedererlangt. Es handelt sich somit um eine ähnliche Situation, wie sie auch bei einer aufgrund echter Noven nachträglich eingetretenen Gegenstandslosigkeit vorliegt. Bei dieser trägt mitunter auch jene Partei die Verfahrenskosten, bei welcher der Grund für die Gegenstandslosigkeit eingetreten ist (VGE VD.2021.177 vom 15. Februar 2022 E. 1.3). Im Umkehrschluss entspricht es der Billigkeit, eine Partei zumindest ihre Vertretungskosten selber tragen zu lassen, wenn sie selber erst im Rechtsmittelverfahren Noven geschaffen hat, die zur Gutheissung des Rechtsmittels führen und ohne deren Eintreten dieses abgewiesen werden müsste (vgl. auch VGE VD.2015.116 vom 12. Januar 2016 E. 6.2). Die Rekurrentin hat ihre Vertretungskosten daher selber zu tragen.

4.4 Der Rekurrentin wurde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Ihrer Vertreterin ist daher ein Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten. Die Rekurrentin hat darauf verzichtet, dem Gericht einen Bemühungsausweis ihrer Vertreterin einzureichen. Deren angemessener Aufwand ist daher praxisgemäss vom Gericht zu schätzen. Angemessen erscheint dabei für die Rekursanmeldung, die Rekursbegründung und die Noveneingabe vom 24. August 2022 ein Aufwand von acht Stunden à CHF 200.■. Hinzu kommt die Auslagenpauschale von CHF 48.■ gemäss § 23 Abs. 1 des Honorarreglements (HoR, SG 291.400) sowie die Mehrwertsteuer auf Honorar und Auslagen.

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