

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.2 vom 8. Juni 2020

BS Appellationsgericht, 2020-06-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2022.2

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.2 du 8 juin 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.2 del 8 giugno 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungsrats vom 4. Januar 2022 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 § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Die 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.

1.2 Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Verwaltungsgericht, ob die Vorinstanz öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- bzw. Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (statt vieler VGE VD.2016.90 vom 8. Juni 2016 E. 1.1, VD.2010.62 vom 16. November 2010 E. 1.3 und VD.2010.160 vom 11. Oktober 2010 E. 1.1). Im 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 Rekurrentin hat ihren 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 ff., 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477 ff., 504; VGE VD.2018.140 vom 8. Mai 2019 E. 1.3 und VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3).

1.3 Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) schreibt den Kantonen in Konkretisierung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a der Bundesverfassung (BV, SR 101) vor, dass die unmittelbaren Vorinstanzen des Bundesgerichts oder eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde den Sachverhalt frei prüft. Daraus folgt, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren von Bundesrechts wegen auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden können. Bis zu welchem Zeitpunkt im Verfahren diese vorgebracht werden dürfen, regelt das Bundesrecht indessen nicht. Es ist vielmehr Sache des anwendbaren kantonalen Verfahrensrechts, hierüber die erforderlichen Bestimmungen aufzustellen. In Anwendung von § 16 Abs. 2 VRPG müssen nach feststehender Praxis des Verwaltungsgerichts bereits mit der Rekursbegründung alle Sachverhaltsvorbringen erhoben und belegt werden (VGE VD.2021.253 vom 25. Mai 2022 E. 1.5.1 mit

Nachweisen). In späteren Eingaben kann die rekurrierende Partei keine Noven mehr vorbringen, es sei denn, die neuen Tatsachen oder Beweismittel hätten sich erst später ereignet oder seien erst später bekannt geworden oder es habe zu den betreffenden Vorbringen vorher kein Anlass bestanden (VGE VD.2016.221 vom 16. November 2017 E. 1.2.2; VGE 765/2007 vom 7. November 2008 E. 5; Wullschleger/Schröder, a.a.O., S. 307). Nach der jüngeren Praxis des Verwaltungsgerichts sind sogar nur noch echte Noven zulässig (VGE VD.2016.96 vom 5. November 2016 E. 4.4.6, VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.1, VD.2014.99 vom 21. Mai 2015 E. 1.3.2). Auch echte Noven können jedoch nicht unbeschränkt vorgebracht werden. Wenn das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist, muss den Verfahrensbeteiligten grundsätzlich das Vorbringen echter und unechter Noven verwehrt sein. In der Phase der Urteilsberatung muss der Prozessstoff abschliessend so fixiert sein, dass das Gericht die Sache gestützt darauf sorgfältig beraten und zügig ein Urteil fällen kann. In dieser Phase darf es nicht mehr möglich sein, dass die Verfahrensbeteiligten mit einer Noveneingabe einen Unterbruch der Urteilsberatung erzwingen. Wenn das Urteil des Verwaltungsgerichts mittels eines Zirkulationsbeschlusses herbeigeführt wird, beginnt die Phase der Urteilsberatung spätestens im Zeitpunkt, in dem der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident seinen Antrag in Zirkulation setzt (VGE VD.2021.253 vom 25. Mai 2022 E. 1.5.1). Ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen Noven ausnahmsweise auch noch nach Beginn der Beratungsphase zu berücksichtigen sind, kann offenbleiben, weil keine Ausnahmesituation zur Diskussion steht. Im vorliegenden Fall begann die Zirkulation am 16. August 2022. Damit erfolgte die Nachreichung ergänzender Akten mit E-Mail vom 17. August 2022 nach dem Beginn der Phase der Urteilsberatung. Folglich sind die nachgereichten Akten vom Verwaltungsgericht nicht zu berücksichtigen.

1.4 Soweit sich vorliegend der Aufenthaltsanspruch nicht aus dem internationalen Recht ergibt, ist zu berücksichtigen, dass das Ausländergesetz (AuG, SR 142.20) am 16. Dezember 2016 revidiert und in das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG, SR 142.20) umbenannt wurde. Einige geänderte Bestimmungen traten bereits am 1. Januar und am 1. Juli 2018 in Kraft, die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels hingegen erst am 1. Januar 2019. 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, unabhängig davon, ob sie von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eröffnet worden sind. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt, in dem die betroffene Person von der Eröffnung des Verfahrens in Kenntnis gesetzt worden ist. Diese Praxis beansprucht auch für die Revision vom 16. Dezember 2016 Geltung (VGE VD.2020.113 vom 4. November 2020 E. 1.4 mit Nachweisen). Das Verfahrensrecht richtet sich demgegenüber nach den allgemeinen Übergangsbestimmungen des AuG bzw. AIG (Art. 126 Abs. 2) nach dem neuen Recht (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). Die Vorinstanz hat hierzu erwogen, dass der Bereich BdM der Rekurrentin am 25. November 2019 mitgeteilt habe, dass er beabsichtige, ihre Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA nicht zu verlängern sowie sie aus der Schweiz wegzuweisen, wozu ihr das rechtliche Gehör gewährt werde. Es könne deshalb davon ausgegangen werden, dass die Rekurrentin an diesem Datum über das Verfahren betreffend die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung in Kenntnis gesetzt worden sei. Folglich seien im vorliegenden Fall die am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen materiellen Bestimmungen des AIG

einschliesslich des geänderten Titels anwendbar (angefochtener Entscheid, E. 2). Die Rekurrentin anerkennt diese Erwägungen ausdrücklich (Rekursbegründung, Ziff. 21). Entsprechend sind für die materielle Beurteilung des vorliegenden Falls die Bestimmungen des neuen Rechts massgebend und wird die Bezeichnung AIG verwendet.

1.5 Die Rekurrentin verlangt mit dem vorliegenden Rekurs nicht nur die Verlängerung der eigenen Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA (bzw. als Eventualbegehren die Ausstellung einer Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA), sondern auch die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ihrer Tochter B____. Die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Tochter bildete indessen nicht Gegenstand der Verfügung des Bereichs BdM vom 8. Juni 2020 und des angefochtenen Entscheids des JSD vom 17. Dezember 2021 und die Rekurrentin legt auch nicht dar, weshalb der Bereich BdM oder das JSD mit der erwähnten Verfügung oder mit dem erwähnten Entscheid diese Frage hätten entscheiden müssen. Damit ist die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Tochter der Rekurrentin nicht Streitgegenstand des vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens. Daher ist auf den Antrag auf Anweisung des Migrationsamts, die Aufenthaltsbewilligung der Tochter der Rekurrentin zu verlängern, nicht einzutreten.

E. 2

Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen die verfügte Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA und die Wegweisung der Rekurrentin aus der Schweiz.

2.1 Wie das JSD richtig erwog (angefochtener Entscheid, E. 3), gilt das AIG mit Bezug auf die Rekurrentin als slowakische Staatsangehörige und damit EU-Bürgerin nur soweit, als das Abkommen 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 oder das AIG günstigere Bestimmungen vorsieht (Art. 2 Abs. 2 AIG; VGE VD.2020.76 vom 16. September 2020 E. 2.1).

E. 2.2

2.2.1 Gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA erhält eine Arbeitnehmerin, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und mit einer Arbeitgeberin des Aufnahmestaats ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mindestens einem Jahr eingegangen ist, eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis. Nach schweizerischem Recht handelt es sich dabei um eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP, SR 142.203; seit 1. Januar 2021 Verordnung über den freien Personenverkehr, VFP]). Gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA wird die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA automatisch um mindestens fünf Jahre verlängert. Bei der ersten Verlängerung kann die Gültigkeitsdauer beschränkt werden, wenn die Inhaberin seit mehr als zwölf aufeinanderfolgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist. Sie darf jedoch ein Jahr nicht unterschreiten.

Gemäss Art. 23 Abs. 1 VEP können Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA nicht verlängert werden, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr erfüllt sind. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die ursprünglichen Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA dauernd erfüllt bleiben müssten (BGer 2C_1162/2014 vom 8. Dezember 2015 E. 3.5; Zünd/Arquint Hill, in: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, N 8.37). Die Nichtverlängerung der

Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA setzt voraus, dass die Inhaberin ihren freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerstatus verloren hat (vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.1 S. 4 f.; BGer 2C_1162/2014 vom 8. Dezember 2015 E. 3.6). Eine Arbeitnehmerin im freizügigkeitsrechtlichen Sinn kann ihren Arbeitnehmerstatus verlieren, wenn sie freiwillig arbeitslos geworden ist, aufgrund ihres Verhaltens feststeht, dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass sie in absehbarer Zeit eine andere Arbeit finden wird (Dahinfallen des Arbeitnehmerstatus), oder ihr Verhalten gesamthaft als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss, beispielsweise weil sie ihre Bewilligung gestützt auf eine fiktive bzw. zeitlich kurze Erwerbstätigkeit einzig zum Zweck erworben hat, von günstigeren Sozialleistungen als im Heimat- oder einem anderen Vertragsstaat zu profitieren (BGE 141 II 1 E. 2.2.1 S. 4; BGer 2C_168/2021 vom 23. November 2021 E. 4.5.1 und 2C_1162/2014 vom 8. Dezember 2015 E. 3.6). Insbesondere kann nicht verlangt werden, dass sich die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Verlängerung in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis oder einem befristeten Arbeitsverhältnis von mindestens einem Jahr befindet oder dass ihr Arbeitnehmerstatus im Zeitpunkt der Verlängerung noch mindestens ein Jahr dauert. Dementsprechend kommt eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann in Betracht, wenn sich die Inhaberin in einem befristeten Arbeitsverhältnis von weniger als einem Jahr befindet oder zwar arbeitslos ist, aber ihren Arbeitnehmerstatus im freizügigkeitsrechtlichen Sinn noch nicht verloren hat (vgl. BGer 2C_716/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.6 f., 2C_1162/2014 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3 und 4.5 f.). Zudem hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Frage der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA betont, dass der Arbeitnehmerstatus im freizügigkeitsrechtlichen Sinn nicht voraussetzt, dass die Ausländerin eine dauerhafte Stelle finden kann, sondern bloss, dass eine ernsthafte Aussicht besteht, dass sie in absehbarer Zeit eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit finden wird, wobei auch eine vorübergehende Beschäftigung diesen Anforderungen genügen kann (vgl. BGer 2C_716/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.6, 2C_1162/2014 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3). Die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA setzt nicht voraus, dass der freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmerstatus im Zeitpunkt des Ablaufs der ursprünglichen Gültigkeitsdauer gegeben ist. Es genügt vielmehr, dass die Inhaberin im Zeitpunkt des Entscheids der letzten kantonalen Instanz über die Verlängerung Arbeitnehmerin im freizügigkeitsrechtlichen Sinn ist (vgl. BGer 2C_716/2018 vom 13. Dezember 2018 Tatsachen lit. B und E. 3.6; VGE VD.2020.206 vom 7. Juli 2021 Sachverhalt Abs. 1 sowie E. 2.4.2 f. und 2.5.1 f. und VD.2014.82 vom 15. August 2014 Sachverhalt Abs. 1 sowie E. 2.3-2.5).

2.2.2 Die Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) zur Verordnung über den freien Personenverkehr (Weisungen VFP) enthalten Ausführungen zur Bestimmung der Dauer der Verlängerung von Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA und zum Ersatz von Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA durch Kurzaufenthaltsbewilligungen EU/EFTA. Gemäss Ziff. 4.6 und 6.3.3 dieser Weisungen wird die Aufenthaltsbewilligung, wenn die Bewilligungsinhaberin bei der ersten Erneuerung dieser Bewilligung seit mehr als zwölf aufeinander folgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist, maximalein Jahr verlängert, sofern die Bewilligungsinhaberin weiterhin die freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft besitzt. In den übrigen Fällen, in denen die Inhaberin einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA bei Ablauf dieser Bewilligung seit mehr als zwölf aufeinander folgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist, wird die Gültigkeitsdauer der

Verlängerung gemäss den in Art. 61a Abs. 4 AIG genannten Fristen festgelegt. Wenn sich die Bewilligungsinhaberin zum Zeitpunkt des Ablaufs ihrer Gültigkeitsdauer in einem Arbeitsverhältnis befindet, das weniger als ein Jahr dauert, oder die verbleibende Laufzeit des Arbeitsverhältnisses, in dem sich die Bewilligungsinhaberin zum Zeitpunkt des Ablaufs der Gültigkeitsdauer ihrer Bewilligung befindet, weniger als ein Jahr beträgt, sei die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA nicht zu verlängern, sondern bloss eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA auszustellen (Ziff. 4.6 und 6.3.3). Diese mit keinem Wort begründeten Passagen der Weisungen VFP sind mit dem FZA und der vorstehend dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht vereinbar und daher für das Verwaltungsgericht unverbindlich (vgl. zur Unverbindlichkeit im Widerspruch zum übergeordneten Recht stehender Passagen der Weisungen VFP für die Gerichte BGE 141 II 1 E. 3.2.2 S. 8 f.).

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA kann die Gültigkeitsdauer einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA bei der ersten Verlängerung beschränkt werden, wenn die Inhaberin seit mehr als zwölf aufeinander folgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist. Sie darf jedoch ein Jahr nicht unterschreiten. Gemäss dem unmissverständlichen Wortsinn des FZA ist die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA somit entgegen den Weisungen VFP nicht maximal, sondern minimalein Jahr zu verlängern. Ein Grund, weshalb der Wortsinn nicht dem massgebenden Normsinn entsprechen könnte, ist nicht ersichtlich und wird vom SEM nicht genannt. Da die Möglichkeit der Beschränkung der Beschränkung der Gültigkeitsdauer in Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA nur für die erste Verlängerung vorgesehen ist, wird die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA in den übrigen Fällen, in denen die Bewilligungsinhaberin bei Ablauf der Gültigkeitsdauer ihrer Bewilligung seit mehr als zwölf aufeinander folgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist, gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA automatisch und zwingend um fünf Jahre verlängert, sofern die Bewilligungsinhaberin weiterhin Arbeitnehmerin im freizügigkeitsrechtlichen Sinn ist. Da versicherte Personen, die das 55. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben und keine Invalidenrente beziehen, höchstens während rund eineinhalb Jahren Taggelder der Arbeitslosenversicherung beziehen können (vgl. Art. 27 Abs. 2 lit. b des Arbeitslosengesetzes [AVIG, SR 837.0]), führt die vom SEM propagierte Anwendung der Fristen von Art. 61a Abs.

E. 4

AIG in vielen Fällen sogar dazu, dass die Inhaberinnen einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA bei den späteren Verlängerungen schlechter gestellt werden als gemäss der Regelung von Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA bei der ersten Verlängerung. Aus dem Umstand, dass das Aufenthaltsrecht erlischt, wenn die Bewilligungsinhaberin innert der in Art. 61a Abs. 4 AIG genannten Fristen keine Stelle gefunden hat, und die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA in diesem Fall gemäss Art. 23 Abs. 1 VFP widerrufen werden kann, wenn sich der Widerruf als verhältnismässig erweist, kann nicht geschlossen werden, dass die Gültigkeitsdauer der Verlängerung von vornherein auf diese Fristen beschränkt werden dürfte.

Wie vorstehend dargelegt besteht die Möglichkeit einer Beschränkung der Gültigkeitsdauer der Verlängerung gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA nur bei der ersten Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA und nur dann, wenn die Bewilligungsinhaberin seit mehr als zwölf aufeinanderfolgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist. Selbst in diesem Fall ist die Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA aber mindestens um ein

Jahr zu verlängern. Eine Arbeitnehmerin im freizügigkeitsrechtlichen Sinn, die sich bei der Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA in einem Arbeitsverhältnis befindet, darf im Hinblick auf das Fortbestehen ihrer mit ihrem Arbeitnehmerstatus verbundenen Rechte offensichtlich nicht schlechter gestellt werden als eine Arbeitnehmerin im freizügigkeitsrechtlichen Sinn, die bei der Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA unfreiwillig arbeitslos ist. Die Gültigkeitsdauer einer Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA entspricht der Dauer des Arbeitsverhältnisses (vgl. Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA). Die vom SEM vertretene Ansicht, anstelle der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA sei bloss eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen, wenn sich die Bewilligungsinhaberin zum Zeitpunkt des Ablaufs der Gültigkeitsdauer ihrer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA in einem Arbeitsverhältnis befindet, das weniger als ein Jahr dauert, oder die verbleibende Laufzeit des Arbeitsverhältnisses, in dem sich die Bewilligungsinhaberin zum Zeitpunkt des Ablaufs der Gültigkeitsdauer ihrer Bewilligung befindet, weniger als ein Jahr beträgt, führt daher regelmässig dazu, dass die Bewilligungsinhaberin, die sich in einem Arbeitsverhältnis befindet, schlechter behandelt wird, als wenn sie unfreiwillig arbeitslos wäre. Damit verstösst die vom SEM propagierte Lösung nicht nur gegen den klaren Wortlaut des FZA, sondern auch gegen dessen Sinn und Zweck.

2.2.3 Als freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmerin gilt, wer während einer bestimmten Zeit Leistungen für eine andere Person nach deren Weisungen erbringt und als Gegenleistung hierfür eine Vergütung erhält (BGer 2C_168/2021 vom 23. November 2021 E. 4.2). Für die Erfüllung des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerinnenbegriffs kommt es grundsätzlich weder auf den zeitlichen Umfang der Aktivität noch auf die Höhe des Lohnes oder die Produktivität der betroffenen Person an. Erforderlich ist jedoch quantitativ wie qualitativ eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit. 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. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob die erbrachten Leistungen auf dem allgemeinen Beschäftigungsmarkt als üblich gelten können (BGE 141 II 1 E. 2.2.4 S. 6; BGer 2C_626/2021 vom 2. November 2021 E. 5.2; VGE VD.2021.137 vom 21. Dezember 2021 E. 2.3). Zur Beurteilung der Frage, ob eine tatsächliche, echte und nicht bloss eine marginale oder symbolische Tätigkeit vorliegt, dürfen die Unregelmässigkeit und/oder beschränkte Dauer der tatsächlich erbrachten Leistungen und/oder deren geringfügige Entlohnung mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 131 II 339 E. 3.4 S. 347; BGer 2C_168/2021 vom 23. November 2021 E. 4.2, 2C_626/2021 vom 2. November 2021 E. 5.3 und 2C_374/2018 vom 15. August 2018 E. 5.3.2; VGE VD.2021.137 vom 21. Dezember 2021 E. 2.3). Erforderlich ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesgerichts eine Gesamtsicht, die der Praxis zum Recht auf Stellensuche von bereits in den hiesigen Arbeitsmarkt integrierten freizügigkeitsberechtigten unselbständig erwerbstätigen Personen und dem Grundsatz einer nicht übermässigen Belastung des Sozialsystems angemessen Rechnung trägt (BGE 141 II 1 E. 3.2.1 S. 8). Unter den vorstehend erwähnten Voraussetzungen kann auch ein befristetes Arbeitsverhältnis die Arbeitnehmereigenschaft im freizügigkeitsrechtlichen Sinn begründen oder wiederaufleben lassen (vgl. BGer 2C_716/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.6).

2.3 Das JSD hat zur Begründung seines Entscheids erwogen, dass die Rekurrentin, nachdem frühere Arbeitsverhältnisse zu Ende gegangen waren, unbestritten ermassen lediglich bis zum 28. Dezember 2017 Anspruch auf den Bezug von Arbeitslosentaggeldern gehabt habe und ihr Aufenthaltsanspruch als Erwerbstätige gemäss Art. 61a Abs. 4 AIG somit sechs Monate später am 28. Juni 2018 erloschen sei (angefochtener Entscheid, E. 12). In der Folge hat das JSD die Frage geprüft und verneint, ob eine durch die Rekurrentin nach diesem Zeitpunkt ausgeübte Tätigkeit ihre Arbeitnehmereigenschaft erneut hat aufleben lassen.

Namentlich qualifizierte das JSD den Umfang einer Tätigkeit der Rekurrentin als Übersetzerin bzw. als Kursleiterin auf Abruf beim C____ im Zeitraum von Juli 2018 bis Anfang 2020 als insgesamt so untergeordnet und unwesentlich, dass ihre Arbeitnehmereigenschaft nicht wieder aufgelebt sei (angefochtener Entscheid, E. 13 f.). Bezüglich der 6-monatigen Anstellung der Rekurrentin bei der D____ ab dem 1. November 2020 hielt das JSD fest, dass die Rekurrentin durchschnittlich lediglich rund 12 Lektionen pro Monat bzw. drei Lektionen à 60 Minuten pro Woche geleistet habe. In einer Gesamtbetrachtung sei auch diese Tätigkeit äusserst marginal gewesen. Das durchschnittliche Bruttoeinkommen von monatlich CHF 626.05 habe nicht ansatzweise zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts ausgereicht (E. 15). Mit Bezug auf die Anstellung der Rekurrentin als stellvertretende Lehrperson beim E____ führte das JSD fest, dass diese Anstellung befristet sei auf den Zeitraum vom 16. August bis zum 31. Dezember 2021 und ein Arbeitspensum von vier Lektionen pro Woche umfasse, was ein sehr marginales Arbeitspensum sei. Bei einer Arbeitsfähigkeit von 70 % im Beruf als Lehrerin gemäss Vorbescheid der IV-Stelle Basel-Stadt wäre es der Rekurrentin möglich, ein Mindestpensum von 12 Wochenstunden zu absolvieren. Ohnehin könne nicht schematisch auf die Anzahl der Wochenstunden abgestellt werden, sondern müsse jede Tätigkeit betreffend Eignung zur Begründung einer Arbeitnehmereigenschaft unter Berücksichtigung aller Umstände gesamthaft beurteilt werden. Alle Tätigkeiten der Rekurrentin seien nebst dem marginalen Arbeitspensum jeweils auf sehr kurze Dauer befristet gewesen oder es sei bei ihren Anstellungen auf Abruf lediglich zu singulären Einsätzen gekommen (E. 16). Am Untergang bzw. Nichtwiederaufleben der Arbeitnehmereigenschaft ändere auch nichts, dass die Rekurrentin Aussicht auf eine auf ein Semester befristete Anstellung an der Primarschule F____ habe. Denn die Rekurrentin unterlasse es, die angeblich weit vorangeschrittenen Vertragsverhandlungen in irgendeiner Weise zu belegen, was ihr jedoch mittels Vorlage ihres eingereichten Bewerbungsschreibens oder einer Bestätigung der Primarschule F____ ohne Weiteres leicht möglich gewesen wäre (E. 17).

Das JSD erachtete die Aufenthaltsbeendigung auch als verhältnismässig (angefochtener Entscheid, E. 20 ff.). Die Rekurrentin habe in der Slowakei einen Magister in Deutsch und Philosophie sowie ein Sekundarlehrerdiplom erworben. Trotz Erwerbs weiterer Ausbildungen sei es ihr nach Verlust einer früheren Anstellung bei der G____ im Juli 2015 nicht gelungen, eine berufliche Tätigkeit von nennenswertem Umfang aufzunehmen. Sie absolviere zwar seit dem Herbstsemester 2020 an der Pädagogischen Hochschule der Fachhochschule Nordwestschweiz (PH FHNW) Leistungen zur Anerkennung ihres slowakischen Sekundarlehrerdiploms. Es sei jedoch davon auszugehen, dass die Rekurrentin als fremdsprachige Sekundarlehrerin Schwierigkeiten haben werde, eine Anstellung mit ausreichendem Pensum zu finden, wenn sie lediglich das Fach Deutsch unterrichten könne. Insgesamt sei die Rekurrentin trotz ihrer Aufenthaltsdauer von (damals) 14 Jahren beruflich

und wirtschaftlich nicht ausreichend integriert (E. 22). Die fehlende berufliche und wirtschaftliche Integration sei der Rekurrentin auch vorwerfbar. Es habe ihr, auch wenn die Sozialhilfe sie ab Dezember 2018 von ihrer Pflicht zur Stellensuche entbunden habe und ihr stattdessen Integrationshilfen für die Umsetzung ihrer Ausbildung gewährt habe, bewusst sein müssen, dass die Ausübung einer Erwerbstätigkeit eine zentrale Voraussetzung für die Aufrechterhaltung bzw. Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung bilde. Trotz Aufforderung des Bereichs BdM zur Einreichung eines neuen Arbeitsvertrags habe sie keinerlei Arbeitsbemühungen als Beleg eingereicht. Auch nach der Aufnahme der geringfügigen Tätigkeiten beim C____ hätte sie sich um eine Anstellung mit höherem Arbeitspensum bemühen können, insbesondere da ihre Tochter tagsüber in der Kita fremdbetreut worden sei. Dabei hätte von der Rekurrentin auch erwartet werden dürfen, dass sie sich auch auf Stellen bewerbe, welche zwar nicht ihrem Ausbildungsniveau entsprächen, aber ihr zumindest die annähernde Deckung ihres Lebensunterhalts und damit eine Ablösung von der Sozialhilfe ermöglicht hätten (E. 23). Die Rekurrentin sei erst im Alter von 28 Jahren in die Schweiz eingereist und habe Kindheit, Jugend und die frühen Erwachsenenjahre in der Slowakei verbracht. Es könne davon ausgegangen werden, dass sie mit den dortigen kulturellen Gegebenheiten und Gepflogenheiten nach wie vor vertraut sei, zumal sie jährlich in die Slowakei reise. Ihre Familienangehörigen dort könnten sie bei der Reintegration unterstützen (E. 24). Auch der Tochter sei eine Rückkehr zusammen mit ihrer Mutter in die Slowakei zumutbar. Die Tochter sei fünf Jahre alt und damit in einem noch sehr anpassungsfähigen Alter (E. 25). Das JSD verneinte auch einen Aufenthaltsanspruch gestützt auf das durch Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) geschützte Privatleben. Auch wenn sich die Rekurrentin seit rund 14 Jahren in der Schweiz aufhalte, sei nicht davon auszugehen, dass sie über besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur verfüge. Derartige Beziehungen sei lediglich pauschal behauptet worden, jedoch weder substantiiert noch belegt. Ohnehin lägen auch besondere Gründe für die Aufenthaltsbeendigung vor, da die Rekurrentin aufgrund ihrer erheblichen und fortgesetzten Sozialhilfeabhängigkeit (fast dreijährige ununterbrochene Unterstützungsdauer bei einem Unterstützungssaldo von insgesamt rund CHF 187'000.■) nicht als gut integriert zeichnet werden könne und den öffentlichen Finanzhaushalt bis zum heutigen Tag belaste. Insgesamt bestehe ein schwerwiegendes öffentliches Interesse am Bewilligungswiderruf und an der Wegweisung der Rekurrentin (E. 28 und 30).

2.4 Das JSD hat, wie ausgeführt (vorstehend E. 2.3), festgestellt, dass der Aufenthaltsanspruch der Rekurrentin in der Schweiz am 28. Juni 2018 erloschen sei und seither nicht mehr wiederaufgelebt sei. Die Rekurrentin bestreitet dies namentlich auch mit Bezug auf die ihre Beschäftigung beim C____ in der Zeit vom 15. Oktober 2019 bis 16. Januar 2020. Bei einem Pensum von 40 % in drei Monaten und einem Lohn von durchschnittlich rund CHF 2'000.■ liege keine marginale Tätigkeit vor (Rekursbegründung, Ziff. 24 ff.). Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Da die Rekurrentin mit der Rekursbegründung wie auch mit der Replik Noven eingereicht hat, die es im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren zu berücksichtigen gilt (oben E. 1.2), ist zunächst zu prüfen, ob der Fall unter Berücksichtigung der heute massgebenden tatsächlichen Verhältnisse anders beurteilt werden muss.

2.4.1 Gemäss dem befristeten Arbeitsvertrag zwischen der Primarschule F____ und der Rekurrentin vom 1./7. Februar 2022 ist die Rekurrentin vom 1. Februar bis 31. Juli 2022 als Lehrperson mit einem Beschäftigungsgrad von 72,86 % und einem monatlichen Grundlohn von brutto CHF 5'080.75 angestellt gewesen (Rekursbegründungsbeilage). Aufgrund des mit der Anstellung bei der Primarschule F____ erzielten Einkommens wurde die Rekurrentin per 28. Februar 2022 von der Sozialhilfe abgelöst (Schreiben der Sozialhilfe Basel-Stadt vom 7. März 2022 [Replikbeilage 2]). Die Tätigkeit der Rekurrentin für die Primarschule F____ ist bei einer Gesamtbewertung aller relevanten Umstände entgegen der Ansicht des JSD (Vernehmlassung, Ziff. 2) offensichtlich als echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren. Daran vermag auch die Mitberücksichtigung der Vorgeschichte nichts zu ändern (insbesondere der Bezug von Arbeitslosentaggeldern bis Ende 2017 und von Sozialhilfeleistungen über insgesamt rund CHF 187'000.■ seit Februar 2018 sowie die gestützt auf einen unbefristeten Rahmenvertrag mit dem C____ erzielten geringfügigen Einkommen als Übersetzerin bzw. Kursleiterin und die befristeten Anstellungen im geringen Umfang als Lehrperson bei der D____ und beim E____ [dazu auch oben E. 2.3]). Mit ihrer Tätigkeit für die Primarschule F____ hat die Rekurrentin die Arbeitnehmereigenschaft im freizügigkeitsrechtlichen Sinn wiedererlangt. Das Wiederaufleben der Arbeitnehmereigenschaft in mit dem vorliegenden vergleichbaren Fällen entspricht auch der Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGer 2C_716/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.6 und 2C_1162/2014 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3). Dass sich die Rekurrentin mit dem Antreten der befristeten Anstellung bei der Primarschule F____ dauerhaft in den Arbeitsmarkt integriert hat, ist entgegen der Ansicht des JSD (Vernehmlassung Ziff. 2) gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine Voraussetzung für das Wiederaufleben ihrer Arbeitnehmereigenschaft (vgl. oben E. 2.2.1]). Von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Rekurrentin kann offensichtlich keine Rede sein. Entgegen der Ansicht des JSD (Vernehmlassung, Ziff. 2) ist die Berufung auf das Wiederaufleben der Arbeitnehmereigenschaft aufgrund der befristeten Anstellung bei der Primarschule F____ in keiner Art und Weise stossend, nur weil die Rekursbegründung auch Erwägungen für den Eventualfall enthält, dass die Rekurrentin wider Erwarten wieder Sozialhilfe beziehen müsste.

Der Arbeitnehmerstatus dauert zur Stellensuche über die Beendigung des Arbeitsvertrags hinaus (BGE 141 II 1 E. 2.2.2 S. 5; BGer 2A.513/2002 vom 27. Februar 2003 E. 4.1; VGE VD.2020.206 vom 7. Juli 2021 E. 2.2.4). Mit Art. 61a AIG wurde die Rechtsprechung zum Dahinfallen des Arbeitnehmerstatus kodifiziert (vgl. BGE 147 II 1 E. 2.1.4 S. 5; BGer 2C_519/2020 vom 21. August 2020 E. 3.2.3). Falls die Rekurrentin keine neue Arbeitsstelle finden sollte, verlöre sie ihren Arbeitnehmerstatus daher frühestens sechs Monate nach der Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses mit der Primarschule F____ (vgl. Art. 61a Abs. 1 und 4 AIG; BGE 147 II 1 E. 2.4.3 f. S. 10 f.; VGE VD.2020.206 vom 7. Juli 2021 E. 2.2.5) und damit frühestens am 31. Januar 2023. Damit ist sie im massgebenden Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichts über die Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA in jedem Fall Arbeitnehmerin im freizügigkeitsrechtlichen Sinn.

2.4.2 Die Rekurrentin erhielt von der Primarschule F____ die Zusage, im neuen Schuljahr ab Sommer 2022 mit einem Pensum von 65 % bis 70 % weiter als Primarlehrerin arbeiten zu können. Der Vertragsabschluss stand im Zeitpunkt der Replik aber offenbar noch aus (vgl. Replik, S. 1; E-Mail-Verkehr vom 25. Mai 2022 [Replikbeilage 1]). Falls der

Arbeitsvertrag tatsächlich abgeschlossen worden ist oder wird, wovon aufgrund der E-Mail der Schulleiterin vom 25. Mai 2022 auszugehen ist, dauert die Arbeitnehmereigenschaft der Rekurrentin aufgrund des damit begründeten Arbeitsverhältnisses fort. Ihre Arbeitnehmereigenschaft im freizügigkeitsrechtlichen Sinn würde die Rekurrentin frühestens sechs Monate nach der Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses verlieren. Zudem ist davon auszugehen, dass die Rekurrentin auch mit einem Pensum von 65 % keine Sozialhilfe mehr beziehen muss (vgl. Lohnabrechnungen Februar bis April 2022 [Beilagen zur Eingabe vom 19. Mai 2022] und Verfügung der Sozialhilfe vom 24. Januar 2022 [Replikbeilage 3]).

2.4.3 Auf das FZA gestützte Bewilligungen haben keine rechtsbegründende, sondern bloss deklaratorische Bedeutung (VGE VD.2020.206 vom 7. Juli 2021 E. 2.5.2; Spescha, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 2 Anhang I FZA N 2; vgl. BGer 2C_1007/2020 vom 14. Januar 2021 E. 2.1). Gemäss Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA werden Aufenthaltsbewilligungen EU/ EFTA automatisch um mindestens fünf Jahre verlängert. Daraus folgt, dass es in jedem Fall eines Sachentscheids bedarf, wenn die Bewilligung nicht mehr verlängert werden soll (VGE VD.2020.206 vom 7. Juli 2021 E. 2.5.2; Zünd/Arquint Hill, in: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, N 8.15). Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ist eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA im vorliegenden Fall ausgeschlossen, weil die Rekurrentin die freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft inzwischen wiedererlangt hat. Folglich ist festzustellen, dass die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA der Rekurrentin mangels eines gegenteiligen Sachentscheids automatisch um fünf Jahre verlängert worden ist (vgl. VGE VD.2020.206 vom 7. Juli 2021 E. 2.5.2). Eine kürzere Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, wie sie für gewisse Konstellationen in Ziff. 4.6 und 6.3.3 der Weisungen VFP propagiert wird, fällt aufgrund ihres Widerspruchs zu den unmissverständlichen Bestimmungen von Art. 6 Abs. 1 Anhang 1 FZA ausser Betracht (oben E. 2.2.2).

2.4.4 Da der Rekurs aus den vorstehenden Gründen ohnehin gutzuheissen ist, weil die Rekurrentin aufgrund der Tätigkeit für die Primarschule F____ die Arbeitnehmereigenschaft im freizügigkeitsrechtlichen Sinn wiedererlangt hat, kann offenbleiben, ob sie die Arbeitnehmereigenschaft bereits vor dem 28. Juni 2018 verloren hat (vgl. dazu angefochtener Entscheid, E. 10) und ob sie die Arbeitnehmereigenschaft bereits aufgrund ihrer Tätigkeit als Kursleiterin für den C____ (vgl. dazu angefochtener Entscheid, E. 14; Rekursbegründung, Ziff. 9 und 25), als Lehrperson für die D____ (vgl. dazu angefochtener Entscheid, E. 15; Rekursbegründung, Ziff. 13 f. und 28) oder als stellvertretende Lehrperson für den E____ (vgl. dazu angefochtener Entscheid, E. 16; Rekursbegründung, Ziff. 15 und 29) wiedererlangt hat.

3.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind der Rekurrentin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen und hat das JSD für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren der Rekurrentin eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Mit Honorarnote vom 9. Juni 2022 macht der Rechtsvertreter der Rekurrentin für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren einen Zeitaufwand von 15,5 Stunden geltend. Darin enthalten ist ein Gesamtaufwand von mehr als 2,5 Stunden für Kommunikation mit der Klientin (11. Januar 2022: Telefon von Klientin 15 Min.; 17. Januar 2022: Eingabe an

Gericht, Telefon von Klientin, Mail an JSD 30 Min.; 3. März 2022: Telefon von Klientin 30 Min.; 7. April 2022: Telefon von Klientin 10 Min.; 18. Mai 2022: Telefon von Klientin, Abklärungen 30 Min.; 19. Mai 2022: Telefon von Klientin 15 Min.; 19. Mai 2022: Schreiben an Klientin 30 Min.; 25. Mai 2022: Mail an Klientin 30 Min.; 30. Mai 2022: Telefon von Klientin 15 Min.). Weshalb eine derart umfangreiche Kommunikation mit der Klientin zur Wahrung ihrer Interessen im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren erforderlich gewesen sein sollte, ist nicht nachvollziehbar. Dies gilt insbesondere für die beiden Anrufe der Klientin vom 3. März und 7. April 2022 von 30 Min. und 10 Min. Zu diesem Zeitpunkt lief die Frist für die Vernehmlassung des JSD. Daher ist nicht ersichtlich, weshalb im Hinblick auf das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren irgendein Kommunikationsbedarf bestanden haben könnte. Der Zeitaufwand ist daher um 40 Min. zu kürzen. Im Übrigen erscheint der geltend gemachte Zeitaufwand angemessen. Damit ist für die Bemessung der Parteientschädigung ein Zeitaufwand von 890 Min. zu berücksichtigen. Dies ergibt auf der Grundlage des geltend gemachten und praxisgemässen Stundenansatzes von CHF 250.■ eine Parteientschädigung von CHF 3'708.■. Zusätzlich macht der Rechtsvertreter der Rekurrentin mit Honorarnote vom 9. Juni 2022 für Kopien und Porti Auslagen von CHF 209.40 geltend. Für Telefonate, Porti, Kopien usw. kann gemäss § 23 Abs. 1 des Honorarreglements (HoR, SG 291.400) eine Pauschale von maximal 3 % des Honorars, mindestens aber CHF 30.■, in Rechnung gestellt werden. Ausserordentliche Auslagen können separat in Rechnung gestellt werden (§ 23 Abs. 2 HoR). Da der Rechtsvertreter der Rekurrentin keine ausserordentlichen Auslagen geltend macht, kann maximal eine Pauschale von 3 % des Honorars von CHF 3'708.■ entsprechend CHF 111.■ berücksichtigt werden. Insgesamt beläuft sich die Parteientschädigung damit auf CHF 3'819.■. Aufgrund des vorliegenden Kostenentscheids ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren gegenstandslos.

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