

# **SO\_GERICHTE VWBES.2019.410 vom 28. Februar 2020**

SO Obergericht, 2020-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2019.410](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2019.410)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2019.410 du 28 février 2020

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2019.410 del 28 febbraio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Sikh Gemeinde Schweiz (in der Folge Beschwerdeführerin genannt) ist eine als Verein organisierte und im Handelsregister eingetragene (CHE-109.994.584) Religions- und Kulturgemeinschaft, die für ihre Mitglieder (ca. 350 ■ 400 Personen) seit 2009 in [...] einen Tempel (Gurudwara) betreibt, in dem in der Regel am Sonntag eine Messe / ein Gottesdienst abgehalten wird. Nach den Regeln der SIKH Lehre beschreiben dabei drei speziell ausgebildete Priester das heilige Buch (Shi Guru Garanth Sahib), zum Teil singend und musizierend, da man sich nach Auffassung der Sikh durch Musizieren mit Gott vereinen kann.

Seit 2001 lädt die Sikh Gemeinde Schweiz Priester aus Indien in die Schweiz ein, da es offenbar weder im EFTA-Raum noch in der Schweiz ausgebildete Priester gibt. Dabei werden die gesamten Kosten (Reise, Kost und Logis) für diesen Aufenthalt von der Beschwerdeführerin, resp. einer indischen Sikh-Gemeinschaft getragen. Die Priester sind jeweils am Sonntag für 2-3 Stunden im Tempel im Einsatz und erhalten dafür keinen Lohn. Alle Aktivitäten der Beschwerdeführerin werden gemäss Handelsregistereintrag auf nicht kommerzieller Basis durchgeführt. Bis anhin erhielten die Priester für ihren Aufenthalt ohne weiteres ein Touristenvisum.

### **E. 2**

Am 12. August 2019 stellte die Beschwerdeführerin bei der Schweizer Botschaft in Neu-Delhi einen Antrag für die Einreise von drei indischen Priestern für die Zeit vom 15. September bis zum 14. Dezember 2019. Am 20. August 2019 erfolgte ein analoges Gesuch mit allen notwendigen Beilagen für die Beschäftigung beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn. Und am 24. August 2019 reichte die Beschwerdeführerin aufforderungsgemäss beim Migrationsamt ein Beschäftigungsgesuch für ausländische Arbeitskräfte aus Drittstaaten für die Zeit ab dem 15. September 2019 ein. Das Migrationsamt (in der Folge MISA) verlangte in der Folge am 8. Oktober 2019 die fehlenden Unterschriften der drei Arbeitnehmenden und machte verschiedene Hinweise betreffend Aufenthalt von religiösen Betreuungspersonen. Die Beschwerdeführerin, respektive der von ihnen beauftragte Vertreter, nahm mit Schreiben vom 17. Oktober 2019 Stellung und reichte die Vollmachten der drei indischen Priester ein. Da das MISA auf der persönlichen Unterschrift auf dem (deutschen) Originalformular beharrte und die Priester kein Deutsch sprechen, wurden die Gesuche ■ nach entsprechender Übersetzung in Punjabi - am 6. November 2019 erneut (und persönlich unterschrieben) eingereicht.

#### **E. 2.1**

Nach Art. 319 Obligationenrecht (OR, SR 220) sind die vier begriffsnotwendigen Elemente des Arbeitsvertrags das Angebot einer Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte

Zeit, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis) und die Entgeltlichkeit (siehe Geiser / Müller / Pärli: Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, S. 54).

Das AIG hingegen spricht in Art. 11 Abs. 2 nicht von Arbeit, sondern von Erwerbstätigkeit. Als solche gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbstständige oder selbstständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt. Eine nähere Definition findet sich in der Verordnung über die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländern (VZAE, SR 142.201). Dabei wird zwischen unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit unterschieden. Gemäss Art. 1a Abs. 1 VZAE gilt als unselbstständige Erwerbstätigkeit jede Tätigkeit für einen Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz oder im Ausland, wobei es ohne Belang ist, ob der Lohn im In- oder Ausland ausbezahlt wird und eine Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird. Als unselbstständige Erwerbstätigkeit gilt namentlich auch die Tätigkeit als Lernende oder Lernender, Praktikantin oder Praktikant, Volontärin oder Volontär, Sportlerin oder Sportler, Sozialhelferin oder Sozialhelfer, Missionar oder Missionarin, religiöse Betreuungsperson, Künstlerin oder Künstler sowie Au-pair-Angestellte oder Au-pair-Angestellter (Abs. 2). Der Begriff ist sehr weit gefasst, um die Möglichkeiten der Umgehung der Zulassungsvoraussetzungen von Art. 18 - 26 AIG zu verhindern. Sogar die Tätigkeit als Lernende Volontärin oder Praktikantin gilt als Erwerbstätigkeit. Immer aber ist es eine erwerbsorientierte lohnabhängige Betätigung (vgl. Spescha / Zünd / Bolzli / Hruschka / de Weck: Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. Zürich 2019, N 2 zu Art. 11 AIG).

Dasselbe galt schon unter dem Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Art. 11 Abs. 2 AuG) und noch früher unter der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (Art.

### **E. 2.2**

Im Lichte dieser Ausführungen und auf diesen Fall bezogen ist klar, dass die Tätigkeit der drei Sikh-Priester nicht als Erwerbstätigkeit im Sinne des AIG gelten kann. Einmal fehlt es an einem Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes, da die Beschwerdeführerin als Verein keinen kommerziellen, sondern einen ideellen Zweck hat. Die Beschwerdeführerin betreibt keine Arbeitsorganisation, in die sich die Priester einfügen könnten. Es besteht denn auch kein Weisungsrecht und es wird keine Arbeit im eigentlichen Sinn geleistet. Die Priester «beten» vielmehr und leiten die Mitglieder der Beschwerdeführerin - mit dem Ziel, sich mit Gott zu vereinen - dabei an, ohne dafür ein Entgelt zu erhalten. Dies ist keine erwerbsorientierte lohnabhängige Tätigkeit. Und schon gar nicht hat diese Tätigkeit einen Einfluss auf den Arbeitsmarkt; diesen gibt es in der Schweiz für Sikh-Priester schlichtweg nicht.

### **E. 2.3**

Selbst wenn die Sikh-Priester nach sinngemässer Argumentation des MISA in erster Linie als Tempelmusiker tätig sein sollten, können sie nicht als Künstler im Sinne der Definition in den Weisungen des SEM in Ziffer 4.7.12.2.1 gelten, da sie nicht auf dem Gebiet der bildenden oder darstellenden Kunst schöpferisch oder interpretierend tätig sind. Wie die Beschwerdeführerin darlegt, kann man sich in ihrer Religion durch Musizieren mit Gott vereinen. Die Musik ist Teil des religiösen Ritus, weshalb Art. 19 Abs. 4 lit. b VZAE nicht einschlägig ist.

3. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, sie ist gutzuheissen und das Migrationsamt ist aufzufordern, die künftigen Gesuche der Beschwerdeführerin von

Sikh-Priestern nicht unter dem Aspekt von Art. 18 AIG, sondern ■ wie bisher ■als Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit (Art.

### **E. 3**

Am 7. November 2019 hiess das MISA das Beschäftigungsgesuch gut und erteilte die entsprechenden Kurzaufenthaltsbewilligungen zur Erwerbstätigkeit. Dabei befristete es diese vom 8. November (sic!) bis zum 14. Dezember 2019. Die drei Gesuchsteller wurden dabei als Tempelmusiker und die Beschwerdeführerin als Firma bezeichnet. Zur Begründung wurde auf die Artikel 18 bis 24 und insbesondere auf Art. 26a AIG verwiesen. Die Zulassung zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit werde erteilt, hingegen müssten Betreuungs- und Lehrpersonen über mündliche und schriftliche Sprachkenntnisse der am Arbeitsort gesprochenen Landessprache verfügen. Von diesem Erfordernis des Sprachnachweises könne ausnahmsweise abgesehen werden, wenn ausländische Personen nur während wenigen Wochen oder Monaten in der Schweiz arbeiten würden. Bei der Erteilung von Kurzaufenthaltsbewilligungen bis zu maximal vier Monaten könnten die zuständigen Behörden gemäss Abs. 2 von Art. 26a AIG von den Integrationsvoraussetzungen abweichen. Die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung seien erfüllt. Die Gemeinschaft sei verpflichtet, die Kosten für den Lebensunterhalt der Mönche sowie gegebenenfalls anfallende weitere Kosten (Krankheit, Unfall) zu übernehmen. Funktions- und Stellenwechsel, sowie die Verlängerung der Bewilligung seien ausgeschlossen.

### **E. 4**

Mit Schreiben vom 18. November 2019 erhob die Sikh Gemeinde Schweiz frist- und formgerecht Beschwerde und stellte sinngemäss das Rechtsbegehren, für die Sikh-Priester auf eine Arbeitsbewilligung zu verzichten und die Einreise wie bisher zu erlauben, unter Entschädigung und Kostenfolge.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin aus, sie lade schon seit 2001 Sikh-Priester / Musiker aus Indien in die Schweiz ein. Das Migrationsamt des Kantons Solothurn habe die Einreisevisa immer gutgeheissen. Seit Juni 2019 würden die Visa-Gesuche nun mit einer Arbeitsbewilligung verknüpft und nicht zügig bearbeitet. Die Gesamtkosten für einen Aufenthalt von drei Priestern / Musikern würden sich auf ungefähr CHF 8■500.00 bis CHF 12■000.00 belaufen. Einen Aufenthalt von lediglich ca. 2-3 Wochen könne sich die Beschwerdeführerin nicht leisten, weshalb sie gezwungen sei, Beschwerde einzureichen. Damit sie ihren Mitgliedern in der Schweiz an den Sonntagen nach der Lehre ihrer Gurus eine Messe / einen Gottesdienst anbieten könne, benötige sie die Priester jeweils an den Sonntagen für 2-3 Stunden. Ohne diese Priester / Tempelmusiker würde die Ausübung der Religionsfreiheit stark eingeschränkt. Die Priester hätten in der Vergangenheit nach dem bewilligten Aufenthalt die Schweiz immer pünktlich verlassen. Eine permanente Anstellung von drei Sikh-Priestern könne sie sich schon gar nicht leisten. Die Priester würden in ihrer Heimat durch die dortige Mutter-Gemeinschaft (DGMC) genügend bezahlt. Es sei nicht das primäre Ziel dieser Priester, in der Schweiz Geld zu verdienen. Die Sikh Gemeinde Schweiz sei keine Gewinne erwirtschaftende Organisation, welche durch den Einsatz der Priester / Tempelmusiker Geld erwirtschaften wolle.

### **E. 5**

Das MISA nahm mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 namens des Departements des Innern zur Beschwerde Stellung und beantragte, diese unter Kostenfolge vollumfänglich

abzuweisen. Es bezog sich auf Art. 19 Abs. 4 Bst. b VZAE, wonach Künstlerinnen und Künstler auf den Gebieten der Musik oder Literatur, der darstellenden oder bildenden Kunst sowie als Zirkus- und Variétéartistinnen und -artisten, die sich innerhalb von zwölf Monaten insgesamt längstens acht Monate in der Schweiz aufhalten würden, über eine Kurzaufenthaltsbewilligung verfügen müssten. Falls die Gesuchsteller nicht als Musiker gelten würden, müssten sie als religiöse Betreuungs- und Lehrpersonen im Sinne von Art. 26 a AIG ebenfalls über eine Arbeitsbewilligung verfügen.

#### **E. 6**

BVO). Egli / Meyer schreiben dazu, als Erwerbstätigkeit gelte jede Tätigkeit, selbstständig oder unselbstständig, die üblicherweise gegen Entgelt ausgeübt werde, auch wenn sie im Einzelfall nicht entlohnt werde. Die Unterscheidung beruhe auf objektiven und nicht auf subjektiven Kriterien. Der Begriff der Erwerbstätigkeit solle dabei gemäss der ratio legis einer kontrollierten Zulassungspolitik für Arbeitskräfte weit ausgelegt werden; die Möglichkeit nicht erwerbsmässiger Tätigkeiten dürfe allerdings nicht vollständig ausgeschlossen werden. Entscheidend für die Qualifikation einer Tätigkeit als üblicherweise auf Erwerb gerichtet, sei, dass die Aufnahme der Tätigkeit durch die ausländische Person einen Einfluss auf den Schweizer Arbeitsmarkt habe. Die Abgrenzung sei im Einzelfall vorzunehmen (Philipp Egli / Tobias Meyer in: Caroni / Gächter / Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Art. 11 N 6; vgl. auch Weisungen AIG des Staatssekretariats für Migration [SEM], Stand 1. Juni 2019, Ziff. 4.1.1). So hat denn auch das Bundesgericht die Tätigkeit einer Ordensperson, die in einer Religionsgemeinschaft vollamtlich Verkündigung und Seelsorge ausübte, als Erwerbstätigkeit bezeichnet. Nicht als üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte Tätigkeit wurde im selben Entscheid eine Tätigkeit von Ordensleuten, die keine Missionstätigkeit ausüben, sondern in einem Kloster dem Gotteslob nachgehen, bezeichnet (BGE 118 Ib 81 E. 2.c S. 85 f.).

#### **E. 10**

AIG) zu bewilligen. Bei diesem Ausgang hat der Kanton Solothurn die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1'500.00 festzusetzen sind. Zudem hat er der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Umtriebsentschädigung zu entrichten. CHF 300.00 erscheinen angemessen.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Der Kanton Solothurn hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'500.00 zu tragen.
3. Der Kanton Solothurn hat der Sikh Gemeinde Schweiz eine Umtriebsentschädigung von CHF 300.00 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die

weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Der Gerichtsschreiber

Schaad

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