

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00418 vom 4. September 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-09-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2013.00418](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00418)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00418 du 4 septembre 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00418 del 4 settembre 2013

## Regeste

Niederlassungsbewilligung | Ausländerinnen und Ausländern kann die Niederlassungsbewilligung erteilt werden, wenn sie sich insgesamt mindestens zehn Jahre mit einer Kurzaufenthalts- oder einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten haben, sie in den letzten fünf Jahren ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung waren und keine Widerurfsgründe vorliegen; vorübergehende Aufenthalte werden an die Dauer des ununterbrochenen Aufenthalts grundsätzlich nicht angerechnet. Aufenthalte zur Aus- und Weiterbildung werden jedoch angerechnet, wenn die betroffene Person nach Beendigung der Ausbildung während zweier Jahre ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt war (E. 2.1). Der Beschwerdeführer nahm praktisch unmittelbar nach Beendigung seiner Ausbildung eine berufliche Tätigkeit in der Schweiz auf, weshalb selbst bei kurzzeitiger Landesabwesenheit von einem ununterbrochenen Aufenthalt auszugehen ist (E. 2.2). Dem Beschwerdeführer wurden für die ersten zwei Jahre seiner Erwerbstätigkeit fälschlicherweise Kurzaufenthalts- statt Aufenthaltsbewilligungen erteilt. Weil ihm daraus kein Nachteil erwachsen darf, ist er so zu stellen, wie wenn er im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung gewesen wäre (E. 2.3). Teilweise Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2013.00418 Urteil der 4. Kammer vom 4. September 2013 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Gerichtsschreiber Reto Häggi Furrer. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Niederlassungsbewilligung, hat sich ergeben: I. Der Ausländer A reiste im Jahr 2002 in die Schweiz ein und nahm ein Hochschulstudium auf. Das Migrationsamt des Kantons Zürich erteilte ihm hierzu eine Aufenthaltsbewilligung, welche zuletzt bis am 23. Oktober 2008 verlängert wurde. Nach Abschluss seines Studiums nahm A in der Schweiz eine Arbeitstätigkeit auf, wofür ihm das Migrationsamt zunächst Kurzaufenthaltsbewilligungen und anschliessend wiederum Aufenthaltsbewilligungen erteilte. Am 12. April 2012 ersuchte A um Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Mit Verfügung vom 23. Mai 2012 wies das Migrationsamt dieses Gesuch ab. II. Mit Rekurs vom 21. Juni 2012 liess A beantragen, unter Entschädigungsfolge sei die Verfügung vom 23. Mai 2012 aufzuheben und ihm die Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Die Sicherheitsdirektion wies den Rekurs mit Entscheid vom 30. April 2013 ab (Dispositiv-Ziff. I), auferlegte A die Rekurskosten von Fr. 1'665.- (Dispositiv-Ziff. II) und versagte diesem in Dispositiv-Ziff. III eine Partei ent

schädigung. III. A liess am 30. Mai 2013 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, unter Entschädigungsfolge seien die Verfügung vom 23. Mai 2012 und der Rekursentscheid vom 30. April 2013 aufzuheben und ihm die Niederlassungsbewilligung zu erteilen; eventualiter sei die Angelegenheit an die Sicherheitsdirektion zurückzuweisen. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 17./18. Juni 2013 ausdrücklich auf Vernehmlassung; das Migrationsamt reichte keine Beschwerdeantwort ein. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide einer Direktion über Anordnungen etwa betreffend das Aufenthaltsrecht nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 3, 19a Abs. 1, 19b Abs. 2 lit. b Ziff. 1 sowie §§ 42–44 e contrario des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) zuständig. Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Nach Art. 34 Abs. 2 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) kann Ausländerinnen und Ausländern die Niederlassungsbewilligung erteilt werden, wenn sie sich insgesamt mindestens zehn Jahre mit einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten haben, sie während den letzten fünf Jahren ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung waren und keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen. Vorübergehende Aufenthalte werden an die Dauer des ununterbrochenen Aufenthalts grundsätzlich nicht angerechnet (Art. 34 Abs. 5 Satz 1 AuG). Aufenthalte zur Aus- und Weiterbildung werden nach Art. 34 Abs. 5 Satz 2 AuG jedoch angerechnet, wenn die betroffene Person nach deren Beendigung während zweier Jahre ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt war. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass solche Personen in der Regel sehr gut integriert sind und ansonsten die Niederlassungsbewilligung erst nach einem Aufenthalt von rund 15 Jahren erteilt werden könnte (BBl 2010 427 ff., 440). 2.2 Die Vorinstanz führt im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer sei nach Beendigung seines Studiums im Juni 2008 in die Heimat zurückgekehrt. Am 3. Dezember 2008 sei er mit einem Visum erneut in die Schweiz eingereist, wo er sich seither zu Erwerbszwecken aufhalte. Da der Beschwerdeführer sich nach Abschluss seines Studiums kurzzeitig im Ausland aufgehalten habe, fehle es an der Voraussetzung eines ununterbrochenen Aufenthalts in der Schweiz während der letzten fünf Jahre. Aus den Akten ergibt sich hierzu Folgendes: Die für sein Studium erteilte Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers war zuletzt bis am 23. Oktober 2008 gültig. Nachdem ihm am 10. Juni 2008 das Abschlusszeugnis der Hochschule ausgestellt worden war, schloss er am 3. Juli 2008 einen Arbeitsvertrag mit der X AG; dieser sollte frühestens am 1. August 2008 bzw. nach Erhalt der Arbeitsbewilligung in Kraft treten und war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Am 29. Juli 2008 erteilte das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Z eine Arbeitsbewilligung; das Bundesamt für Migration erteilte seine Zustimmung mit Verfügung vom 28. August 2008 vorerst für 24 Monate. Ab dem 1. September 2008 war der Beschwerdeführer für die X AG tätig. Am 23. Oktober 2008 und erneut am 20. November 2008 ersuchte er um Verlängerung s einer Aufenthaltsbewilligung. Der Beschwerdegegner erteilt e dem Beschwerdeführer in der Folge eine Kurzaufenthaltsbewilligung, auf welcher als Einreisedatum der 3. Dezember 2008 aufgeführt ist; unter Bemerkungen steht indes: "PMA: Fiktives EDA; korrekt 24.10.2002". Der Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei nach Beendigung seines Studiums in die Heimat zurückgekehrt und erst am 3. Dezember 2008 wieder in die Schweiz eingereist, findet in den Akten keine Stütze. Das auf der Kurzaufenthaltsbewilligung aufgeführte Einreisedatum ist – aus welchen Gründen auch immer – fiktiv und entspricht damit nicht

den tatsächlichen Verhältnissen. Das zuständige Einwohnerkontrolle bestätigte denn auch, dass der Beschwerdeführer seit seiner Einreise in die Schweiz am 24. Oktober 2002 ununterbrochen bei ihr gemeldet gewesen sei. Der Beschwerdeführer hat sodann kurz nach Erhalt seines Hochschul-Abschlusszeugnisses einen Arbeitsvertrag abgeschlossen und nahtlos um Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung bzw. neuerliche Erteilung einer solchen ersucht. Schliesslich hat er bereits am 1. September 2008 – nachdem die notwendigen Bewilligungen vorlagen – in der Schweiz eine Arbeitstätigkeit aufgenommen. Bei dieser Sachlage ist von einem ununterbrochenen Aufenthalt in der Schweiz im Sinn von Art. 34 Abs. 2 und Abs. 5 AuG auszugehen. Ob der Beschwerdeführer nach Abschluss seines Studiums zu Ferienzwecken in seinem Heimatland weilte, kann offenbleiben, weil es unter den gegebenen Umständen überspitzt formalistisch erschiene, aufgrund einer kurzen Landesabwesenheit zu schliessen, es liege kein ununterbrochener Aufenthalt vor. 2.3

Demnach bleibt zu prüfen, ob die Tatsache, dass dem Beschwerdeführer nach Beendigung seines Studiums zunächst nur eine Kurzaufenthaltsbewilligung erteilt worden war, der Erteilung der Niederlassungsbewilligung entgegensteht. Nach Art. 34 Abs. 1 lit. a AuG muss eine um die Niederlassungsbewilligung ersuchende Person während der letzten fünf Jahre ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung gewesen sein. Kurzaufenthaltsbewilligungen werden nach Art. 32 Abs. 1 und 3 Satz 1 AuG für befristete Aufenthalte bis zu einem Jahr erteilt und können höchstens bis zu einer Dauer von zwei Jahren verlängert werden, wohingegen Aufenthaltsbewilligungen nach Art. 33 Abs. 1 und 3 AuG für Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr erteilt werden und unbeschränkt verlängert werden können. Kurzaufenthaltsbewilligungen sind für Aufenthalte zu erteilen, die von vornherein vorübergehender Natur sind (Tamara Nüssli in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 32 N. 5; Peter Uebersax, Einreise und Anwesenheit, in: derselbe et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. A., Basel 2009, S. 221 ff., Rz. 7.228 ff.). Eine Aufenthaltsbewilligung ist dagegen Ausländern zu erteilen, die sich dauernd, auf vorerst unbestimmte Zeit oder jedenfalls für eine Dauer von mindestens einem Jahr in der Schweiz aufhalten wollen (Uebersax, Rz. 7.236). Der Beschwerdeführer schloss am 3. Juli 2008 mit der X AG einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab; das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Z erteilte dafür eine Arbeitsbewilligung für zwei Jahre mit Möglichkeit einer Verlängerung. Das Bundesamt für Migration erteilte seine Zustimmung in der Folge zwar nur für 24 Monate, liess die Möglichkeit einer Bewilligungsverlängerung aber offen. Der Beschwerdeführer beabsichtigte demnach einen Aufenthalt in der Schweiz für vorerst unbestimmte Zeit bzw. jedenfalls für die Dauer von mehr als einem Jahr und verfügte dafür auch über die nötigen Arbeitsbewilligungen. Richtigerweise wäre ihm deshalb nicht eine Kurzaufenthaltsbewilligung, sondern eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen gewesen. Dass dies aus Kontingentsgründen nicht möglich gewesen wäre, behauptet auch der Beschwerdegegner nicht. Welche Tragweite die falsche Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung hatte, musste der Beschwerdeführer unter den vorliegenden Umständen nicht erkennen, weshalb ihm auch nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, er hätte dagegen rekurrieren und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verlangen müssen. Aus der fehlerhaften Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung darf dem Beschwerdeführer im Zusammenhang mit seinem Gesuch um Erteilung der Niederlassungsbewilligung deshalb kein Nachteil erwachsen. Er ist mit anderen Worten so zu stellen, als wäre ihm im Herbst 2008 wiederum eine Aufenthaltsbewilligung erteilt worden. Demnach hält sich der Beschwerdeführer unter Berücksichtigung der damit anrechenbaren

Studienzeit seit über zehn Jahren ununterbrochen in der Schweiz auf und hätte in den letzten fünf Jahren ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung sein müssen. 2.4 Nach dem Gesagten erfüllt der im Dezember 2002 eingereiste Beschwerdeführer mittlerweile die zeitlichen Voraussetzungen von Art. 34 Abs. 2 lit. a AuG, weshalb sich die Prüfung erübrigt, ob ihm die Niederlassungsbewilligung wegen erfolgreicher Integration vorzeitig erteilt werden könnte (Art. 34 Abs. 4 AuG). Die Erteilung der Niederlassungsbewilligung liegt jedoch im pflichtgemässen Ermessen des Beschwerdegegners (vgl. hierzu Silvia Hunziker/Beat König in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Art. 34 N. 33 f.). Weil dieser bisher nicht geprüft hat, ob die weiteren Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung erfüllt sind, ist die Sache im Sinn der Erwägungen an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. 3. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Dispositiv-Ziff. I des Rekursentscheids vom 30. April 2013 sowie die Verfügung des Beschwerdegegners vom 23. Mai 2012 sind aufzuheben und die Angelegenheit ist im Sinn der Erwägungen an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.

#### **E. 4.1**

Gesamthaft erscheint der Beschwerdeführer als obsiegend, weshalb die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen sind (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 AuG). In diesem Sinn sind auch die Kosten des Rekursverfahrens in Abänderung von Dispositiv-Ziff. II des Rekursentscheids dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

#### **E. 4.2**

Dem Beschwerdeführer ist für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'000.- zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 5**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu erheben (vgl. BGr, 18. Juni 2007, 2D\_3/2007 bzw. 2C\_126/2007, E. 2.2). Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 BGG zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2; Felix Uhlmann, Basler Kommentar, 2011, Art. 90 BGG N. 9 Abs. 2; Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, Art. 90 N. 9, Art. 93 N. 2). Sie sind daher vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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