

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00141 vom 18. September 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00141](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00141)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00141 du 18 septembre 2009

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00141 del 18 settembre 2009

## Regeste

arbeitsmarktlichen Vorentscheid | [Kurzaufenthaltsbewilligung] Die Praxis des Beschwerdegegners, Drittstaatsangehörige ungeachtet der konkret beabsichtigten Aufenthaltsdauer zunächst zu Lasten eines Kurzaufenthalterkontingents und allenfalls im Anschluss an die maximale Geltungsdauer der Kurzaufenthaltsbewilligung von zwei Jahren zu Lasten eines Aufenthalterkontingents zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz zuzulassen, missachtet die vom Gesetzgeber für diese verschiedenen Bewilligungsarten vorgesehenen Zwecke und unterstützt verpönte versteckte Daueraufenthalte. Zwar mag es sein, dass auf diese Weise insgesamt mehr Drittstaatsangehörige zu einer (auf Dauer ausgerichteten) Erwerbstätigkeit im Kanton Zürich zugelassen werden können, als dies das dem Kanton zugewiesene Aufenthalterkontingent (allein) täte, und mag solches auch im wirtschaftlichen Interesse des Kantons liegen. Ein Partikularinteresse berechtigt die kantonalen Behörden indes nicht, vom Bundesgesetzgeber vorgegebene Zwecke zu missachten und die Kontingentierungspolitik zu unterlaufen (E. 4.2). Der Beschwerdegegner hätte den Beschwerdeführer vorliegend nicht zu Lasten eines Kurzaufenthalterkontingents zur Erwerbstätigkeit zulassen sollen. Ob Letzterer zu Lasten eines Aufenthalterkontingents hätte zugelassen werden sollen, kann das Verwaltungsgericht vorliegend nicht prüfen (E. 4.3 f.). Teilweise Gutheissung im Sinn der Erwägungen und Sprungrückweisung.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2016.00141 Urteil der 4. Kammer vom 13. Juli 2016 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Gerichtsschreiberin Eva Heierle. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitsbewilligungen, Beschwerdegegner, betreffend arbeitsmarktlichen Vorentscheid , hat sich ergeben: I. Mit Verfügung vom 29. Juli 2014 bewilligte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich gestützt auf Art. 21 Abs. 3, Art. 22 und Art. 23 Abs. 1 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) sowie Art. 19 Abs. 1 und Art. 83 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) die Zulassung von A, eines 1988 geborenen Angehörigen eines Nicht-EU/EFTA-Staats, zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz im Rahmen eines vorerst auf zwölf Monate befristeten Kurzaufenthalts. Mit Verfügung vom 19. Juni 2015 verlängerte es die Zulassung von A zur Erwerbstätigkeit wiederum im Rahmen eines zwölfmonatigen Kurzaufenthalts. II. A liess dagegen bei der Volkswirtschaftsdirektion am 13./14. Juli 2015 rekurrieren und beantragen, es sei ihm unter Entschädigungsfolge arbeitsmarktlich eine Erwerbstätigkeit gestützt auf Art. 33 AuG in Verbindung mit Art. 23

Abs. 2 AuG (mittels einer Aufenthalts- anstelle einer Kurzaufenthaltsbewilligung) zu bewilligen. Die Volkswirtschaftsdirektion wies den Rekurs mit Verfügung vom 4. Februar 2016 ab ( Dispositiv-Ziff. I ) , auferlegte A die Kosten des Rekursverfahrens in der Höhe von insgesamt Fr. 1'027.- (Dispositiv-Ziff. II) und verweigerte ihm die Zusprechung einer Parteientschädigung (Dispositiv-Ziff. III) . III. A führte am 8. März 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, es sei ihm unter Entschädigungsfolge eine Erwerbstätigkeit als Aufenthalter gemäss Art. 33 AuG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 2 AuG zu Lasten eines Aufenthalterkontingents zu bewilligen. Die Volkswirtschaftsdirektion verzichtete am 30./31. März 2016 unter Verweis auf die Begründung ihrer Verfügung vom 4. Februar 2016 auf Vernehmlassung. Das AWA beantragte mit Beschwerdeantwort vom 19./20. April 2016 die Abweisung des Rechtsmittels unter Entschädigungsfolge. Mit Eingaben vom 27. April und 23. Mai bzw. 9. Mai 2016 hielten A und das AWA an ihren Anträgen fest. Am 11. Juli 2016 reichte der Vertreter des Beschwerdeführers eine Honorarnote ein und bemerkte dazu, wenngleich ihm bewusst sei, dass lediglich eine "angemessene" Entschädigung festgesetzt werde, ersuche er darum, die Angemessenheit der Entschädigung in Berücksichtigung des tatsächlichen Aufwands zu bestimmen. Die Kammer erwägt: 1. Gemäss § 70 in Verbindung mit §

#### **E. 4.1**

Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, benötigen unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 AuG). Nach Art. 18 AuG können sie zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht (lit. a), das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt (lit. b) und die Voraussetzungen der Art. 20–25 AuG erfüllt sind (lit. c).

#### **E. 4.2**

Für die Regelung des Aufenthalts sieht das Gesetz verschiedene Bewilligungsarten vor (vgl. Art. 32 ff. AuG). Die Aufenthaltsbewilligung nach Art. 33 AuG wird für Aufenthalte von einer Dauer von mehr als einem Jahr erteilt (Abs. 1); sie ist befristet und kann verlängert werden, wenn keine Widerrufsgründe vorliegen (Abs. 3). Demgegenüber wird die Kurzaufenthaltsbewilligung nach Art. 32 AuG für befristete Aufenthalte bis zu einem Jahr erteilt (Abs. 1); sie kann bis zu zwei Jahren verlängert werden, und ein Stellenwechsel ist nur aus wichtigen Gründen möglich (Abs. 3). Eine erneute Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung kann nur nach einem angemessenen Unterbruch des Aufenthalts in der Schweiz erfolgen (Abs. 4). Sowohl die Aufenthalts- als auch die Kurzaufenthaltsbewilligung werden für einen bestimmten Aufenthaltzweck erteilt und können mit weiteren Bedingungen verbunden werden (Art. 32 f. je Abs. 2 AuG). Die Kurzaufenthaltsbewilligung kann Drittstaatsangehörigen nach dem Gesagten für befristete Aufenthalte bis zu einem Jahr mit oder ohne Erwerbstätigkeit erteilt werden, wobei als Aufenthaltzweck insbesondere projektbezogene Tätigkeiten in Betracht kommen (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3709 ff. [Botschaft AuG] , 37 49). Diese Aufenthalte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie von vornherein vorübergehender Natur sind (Tamara Nüssle in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 32 N. 5). Eine Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung auf eine maximale Gesamtdauer von zwei Jahren ist grundsätzlich möglich, scheint indes nur angezeigt, wenn der ursprüngliche Zulassungsgrund eine solche gebietet (Nüssle, Art. 32

N. 14, auch zum Nachstehenden). Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Projekt, für dessen Ausführung die Kurzaufenthaltsbewilligung erteilt wurde, nicht fristgerecht abgeschlossen werden kann. Um eine Umgehung des Kurzaufenthaltsstatuts, zum Beispiel mittels Kettenarbeitsverträgen, zu vermeiden, setzt die erneute Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung grundsätzlich einen einjährigen Unterbruch des Aufenthalts in der Schweiz voraus (Nüssle, Art. 32 N. 20, Botschaft AuG, 3749 und 3789). Die gesetzliche Konzeption der Kurzaufenthaltsbewilligung versucht mithin unerwünschte versteckte Daueraufenthalte zu verhindern (Staatssekretariat für Migration SEM, Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich, Bern 2013 S. 106 [www.sem.admin.ch > Publikationen & Service > Weisungen und Kreisschreiben > Ausländerbereich]). Die Praxis des Beschwerdegegners, Angehörige von Drittstaaten generell bzw. ungeachtet der konkret in Frage stehenden Aufenthaltsdauer zunächst zu Lasten eines Kurzaufenthaltskontingents zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz und allenfalls im Anschluss an die maximale Gesamtdauer der Kurzaufenthaltsbewilligung von zwei Jahren zu Lasten eines Aufenthaltskontingents zuzulassen, fördert demgegenüber solch verpönte versteckte Daueraufenthalte. Zwar mag es zutreffen, dass auf diese Weise insgesamt mehr Drittstaatsangehörige zu einer (auf Dauer ausgerichteten) Erwerbstätigkeit im Kanton Zürich zugelassen werden (können), als dies das Aufenthaltskontingent (allein) täte, und mag dies auch im wirtschaftlichen Interesse des Kantons liegen. Ein solches Partikularinteresse berechtigt indes die kantonalen Behörden nicht, die vom Bundesgesetzgeber vorgegebenen Zwecke zu missachten und im Ergebnis die Kontingentierungspolitik zu unterlaufen. Die Praxis des Beschwerdegegners, die Zulassung Drittstaatsangehöriger zur Erwerbstätigkeit prinzipiell und damit auch bei von Anbeginn auf Dauer ausgerichteten Aufenthalt mittels Kurzaufenthaltsbewilligung zu regeln, geht nach dem Gesagten mit einer sachfremden bzw. missbräuchlichen Ermessensausübung einher und kann nicht geschützt werden. Im konkreten Anwendungsfall – und so auch hier – führt das Ausserachtlassen einer beabsichtigten dauerhaften Anwesenheit zu einer unnötig schematisierenden Handhabung des Ermessens und damit zu einer Ermessensunterschreitung.

#### **E. 4.3**

Vorliegend ist unbestritten, dass der Aufenthalt des Beschwerdeführers schon bei der erstmaligen Zulassung zur Erwerbstätigkeit und erst recht bei der hier in Frage stehenden Verlängerung seiner Kurzaufenthaltsbewilligung auf Dauer ausgerichtet war. Es hätte daher keine Kurzaufenthaltsbewilligung erteilt werden sollen. Dies bedeutet nun freilich nicht, dass der Beschwerdeführer zwingend hätte zu Lasten eines Aufenthaltskontingents zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz zugelassen werden müssen: Den Bewilligungsbehörden kommt bei der Vergabe der Aufenthalts- und Kurzaufenthaltskontingente ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Sodann haben sie weitere Gesichtspunkte in ihren Entscheidungen mit einzubeziehen. Namentlich ist den Begrenzungsmaßnahmen gemäss Art. 20 AuG angemessen – und damit auch vorausschauend – Rechnung zu tragen. Der Bundesrat hat im Rahmen dieser Massnahmen gestützt auf Art. 20 Abs. 2 AuG die Höchstzahlen der an Staatsangehörige von Drittstaaten erteilbaren Aufenthaltsbewilligungen für den Kanton Zürich per 1. Januar 2015 auf jährlich 252 festgelegt (Art. 20 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 2 Ziff. 1 VZAE); jene für Kurzaufenthaltsbewilligungen legte er auf jährlich 403 fest (Art. 19 in Verbindung mit Anhang 1 VZAE). Der Beschwerdegegner hat (te) daher bei seinen Bewilligungsentscheidungen zu berücksichtigen, dass die dem Kanton Zürich zur Verfügung stehenden Kontingente insgesamt, das heisst über das gesamte Kalenderjahr

verteilt, im Sinn der Gesamtwirtschaft möglichst sinnvoll eingesetzt werden. Der Bewilligungsentscheid kann daher nicht ausschliesslich die Umstände des Einzelfalls berücksichtigen, vielmehr ist er einzubetten in die gesamtwirtschaftliche Interessenslage und hat somit auch der künftig zu erwartenden Beanspruchung der Kontingente Rechnung zu tragen. Entgegen dem sinngemässen Vorbringen des Beschwerdeführers ist daher nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob das Kontingent an Aufenthaltsbewilligungen zum Bewilligungszeitpunkt bereits vollständig ausgeschöpft war oder wie hoch der Bestand der Bundesreserven an ergänzenden Kontingentseinheiten damals war. Dies würde letztlich auf eine Bevorzugung derjenigen Drittstaatsangehörigen hinauslaufen, welche zu Beginn eines Jahres um Zulassung nachsuchen.

#### **E. 4.4**

Ob der Beschwerdeführer unter Berücksichtigung sämtlicher Gesichtspunkte, namentlich der damaligen Kontingentslage und der mutmasslichen weiteren Beanspruchung der Aufenthaltserkontingente durch andere (auch spätere) Gesuchstellende zu Lasten eines Aufenthaltserkontingents zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz zuzulassen gewesen wäre, kann das Verwaltungsgericht anhand der vorliegenden Akten nicht prüfen. Die Sache ist daher insofern an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Sollte dieser zum Schluss kommen, der Beschwerdeführer hätte nicht zu Lasten eines Aufenthaltserkontingents zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz zugelassen werden können, so ist Letzterem aufgrund des Verbots der *reformatio in peius* (vgl. § 63 Abs. 2 VRG) jedenfalls die erteilte Kurzaufenthaltsbewilligung mit Gültigkeit bis 31. August 2016 zu belassen.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist im Sinn der Erwägungen teilweise gutzuheissen und die Sache zu neuem Entscheid an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.

#### **E. 6.1**

Eine Rückweisung mit offenem Ausgang gilt in der neueren Praxis des Verwaltungsgerichts, wenn die Rechtsmittelinstanz wie hier reformatorisch oder kassatorisch entscheiden kann, als vollständiges Obsiegen (VGr, 25. September 2014, SB.2014.00060, E. 6.1 – 23. Oktober 2014, VB.2014.00350, E. 7.1 – 6. November 2014, VB.2014.00425, E. 5 – 3. Dezember 2014, VB.2014.00536, E. 8 Abs. 1 [alles mit Hinweisen]; BGr, 28. April 2014, 2C\_845/2013, E. 3; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 13 N. 67 ff.; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 64 N. 5). Folglich sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG); der Beschwerdegegner ist sodann zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

#### **E. 6.2**

Die im Sinn des § 17 Abs. 2 Ingress VRG angemessene Parteientschädigung vergütet höchstens die notwendigen Rechtsverfolgungskosten, deckt diese also meistens nur teilweise. Bei der Festsetzung nach freiem, jedoch pflichtschuldigem Ermessen gilt es auf die Bedeutung der Angelegenheit, die Schwierigkeit des Prozesses, den Zeitaufwand sowie die Barauslagen zu achten. Stets müssen die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls berücksichtigt werden: namentlich Streitwert, Ausdehnung des Verfahrens und Zahl, Umfang sowie Inhalt der erforderlichen Rechtsschriften, aber etwa auch, ob lediglich

Rechtsfragen zu beantworten sind oder zusätzlich der Sachverhalt kontrovers ist und ob sich auf einer Weiterzugsstufe die gleichen Fragen stellen wie bei der Vorinstanz. Die präsentierte Honorarnote einer Vertretung bedarf dabei hinreichender Würdigung (zum Ganzen VGr, 19. November 2014, VB.2014.00509, E. 5.2, und 20. Januar 2012, VB.2011.00742, E. 2.1 Abs. 3 mit Hinweisen; Plüss, § 17 N. 63 f., 67 ff., 74–76 sowie 82). Sodann hat die Entscheidungsinstanz dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) nachzuleben und in ähnlich gelagerten Fällen ähnlich hohe Entschädigungen zuzusprechen (vgl. Plüss, § 17 N. 63). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat am 11. Juli 2016 eine Kostennote eingereicht, in der er für seine Aufwendungen seit Erhalt des Rekursentscheids einen Aufwand von total 12 Stunden und 20 Minuten (zu einem Stundenansatz von Fr. 300.-) sowie Barauslagen von Fr. 82.90 (je zuzüglich 8% Mehrwertsteuern) ausweist. Im Rahmen der Bemessung der Parteientschädigung gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass die Streitsache weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten aufwies. Auch stellten sich im Beschwerdeverfahren im Wesentlichen dieselben Fragen wie vor der Vorinstanz. Der Beschwerdeführer reichte im vorinstanzlichen Verfahren eine achtseitige Rekurschrift sowie drei weitere Eingaben von insgesamt rund sechs Seiten ein; die Beschwerdeschrift umfasst gut elf, die weiteren Eingaben im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zehn Seiten. Der geltend gemachte Zeitaufwand sowie die Barauslagen erscheinen an sich nicht überhöht. Indes gilt es entscheidend zu berücksichtigen, dass der obsiegenden Partei in mit der vorliegenden vergleichbaren Streitigkeiten für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren regelmässig eine Parteientschädigung von rund Fr. 3'000.- zugesprochen wird (vgl. VGr, 13. Januar 2016, VB.2015.00681, Dispositiv-Ziff. 1 und 4). Dies alles vorausgeschickt, ist die Parteientschädigung im Rahmen der gelebten Praxis für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren auf insgesamt Fr. 3'500.- festzusetzen.

## **E. 7**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) 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; Nicolas von Werdt in: Hansjörg Seiler et al., Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2. A., Bern 2015, Art. 90 N. 7, Art. 93 N. 6). Sie sind daher vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden 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). Soweit hinsichtlich Erwerbstätigkeit ein Bewilligungsanspruch geltend gemacht werden will, lässt sich Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erheben (vgl. Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG; ablehnend BGr, 21. Mai 2013, 2C\_468/2013, E. 2, auch zum Weiteren). Ansonsten kommt bloss die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG in Betracht (einschränkend BGr, 18. September 2009, 2C\_583/2009, E. 2). Werden beide Rechtsmittel ergriffen, muss dies laut Art. 119 Abs. 1 BGG in der gleichen Rechtsschrift geschehen.

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