

## **BGer 2C\_490/2020 vom 23. November 2020**

Bundesgericht, 2020-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_490\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_490_2020)

FR: TF 2C\_490/2020 du 23 novembre 2020

IT: TF 2C\_490/2020 del 23 novembre 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonales letztinstanzliches Urteil betreffend einen Zwischenentscheid über vorsorgliche Massnahmen. Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache ( BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Dort geht es um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, wobei sich der Beschwerdeführer in vertretbarer Weise auf einen Rechtsanspruch u.a. gestützt auf Art. 8 EMRK beruft. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten steht insoweit zur Verfügung ( Art. 82 lit. a, Art. 83 lit. c Ziff. 2 sowie Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG ).

#### **E. 1.2**

Gegen den angefochtenen Zwischenentscheid ist die Beschwerde nur zulässig, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ). Der Beschwerdeführer wird durch den Zwischenentscheid daran gehindert, während des Verfahrens einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Der daraus entstehende Nachteil - u.a. wird dem Beschwerdeführer verwehrt, seine berufliche Integration voranzutreiben - kann auch durch einen günstigen Endentscheid nicht behoben werden. Die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG liegen vor. Inzwischen hat das Justiz- und Sicherheitsdepartement über den Rekurs entschieden, so dass eine vorsorgliche Massnahme gegenstandslos ist. Es rechtfertigt sich aber trotzdem auf die Beschwerde einzutreten ( BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143).

#### **E. 1.3**

Der angefochtene Entscheid betrifft eine vorsorgliche Massnahme, so dass einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann ( Art. 98 BGG ). Als verfassungsmässige Rechte gelten auch Rechte, die durch internationale Menschenrechtskonventionen garantiert werden ( BGE 124 III 1 E. 1b S. 2; 120 Ia 247 E. 5a S. 255; Urteil 2C\_756/2015 vom 3. April 2017 E. 1.3.10, nicht publ. in BGE 143 I 272 ); abgesehen davon kann im Rahmen von Art. 98 BGG auch die Verletzung von Völkerrecht nur auf Willkür hin überprüft werden (Urteil 2C\_253/2017 vom 30. Mai 2017 E. 2). Das Bundesgericht prüft Rügen wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte nur insofern, als sie in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden sind ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). In der Beschwerde ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Individualrechte verletzt worden sein sollen ( BGE 143 I 1 E. 1.4 S. 5). Auf Rügen, die nicht rechtsgenügend vorgebracht und begründet werden, geht das Bundesgericht nicht ein.

#### **E. 2**

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sich weder aus dem angefochtenen Urteil noch den Akten ergibt, dass dem Beschwerdeführer der Aufenthalt in der Schweiz während des

Rekursverfahrens untersagt worden ist. Zwar hat das Migrationsamt in der Verfügung vom 28. Oktober 2019 erwogen, dass sich der Beschwerdeführer mittlerweile rechtswidrig in der Schweiz aufhalte und kein Anlass bestehe, ihm gestützt auf Art. 17 Abs. 2 AIG (SR 142.20) den Aufenthalt während des Verfahrens in der Schweiz zu gestatten. In der Folge sind aber sowohl das Departement wie auch das Appellationsgericht offenkundig davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer den Ausgang des Rekursverfahrens in der Schweiz abwarten darf. Der Streitgegenstand vor Bundesgericht beschränkt sich deshalb darauf, ob die Vorinstanzen dem Beschwerdeführer zu Recht eine Arbeitstätigkeit während des Rekursverfahrens untersagt haben.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat in einem ersten Schritt die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen dargelegt (vgl. E. 2.1 des angefochtenen Urteils). Sie hat in der Folge erwogen, dass sich der Beschwerdeführer nicht auf einen offensichtlich bestehenden Anspruch gestützt auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) berufen könne und die Frage, inwieweit ein landesrechtlicher bzw. konventionsrechtlicher Aufenthaltsanspruch bestehe, im Verfahren in der Sache zu klären sei (vgl. E. 3 des angefochtenen Urteils). Vor diesem Hintergrund sei aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage die Abwägung der Interessen vorzunehmen. Die Vorinstanz habe zutreffend festgestellt, dass keine gesetzliche Grundlage für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit während eines laufenden Bewilligungsverfahrens bestehe. Die gesetzgeberische Wertung von Art. 17 AIG, wonach das Bewilligungsverfahren grundsätzlich im Ausland abzuwarten sei, sei auch beim Gesuch um vorläufige Bewilligung der Erwerbstätigkeit zu berücksichtigen. Deshalb könne auf ein erhebliches öffentliches Interesse geschlossen werden, dass am Erwerbsleben in der Schweiz nur teilnehmen könne, wer die rechtlichen Voraussetzungen dafür erfülle und über einen bewilligten Aufenthalt verfüge. Zwar besitze der Beschwerdeführer ein erhebliches persönliches Interesse daran, bis zum Entscheid über sein Bewilligungsgesuch seinen Unterhalt selber bestreiten zu können, doch bestreite er in dieser Hinsicht nicht, dass es ihm möglich sei, während der Dauer des Verfahrens im Ausland einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Deshalb sei kein überwiegendes privates Interesse erkennbar. In Beachtung des grossen Beurteilungsspielraums, welcher der Vorinstanz bei der Interessenabwägung zustehe, sei der Zwischenentscheid daher zu bestätigen (vgl. E. 4 des angefochtenen Urteils).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer bringt zusammengefasst vor, das angefochtene Urteil verstosse gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 2 FZA, den Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK, die Verfahrensgarantien nach Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 11 FZA sowie das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107). Seine Ehefrau und die gemeinsamen Kinder hätten gestützt auf das FZA ein Verbleiberecht in der Schweiz. Er könne sich weiterhin auf das FZA berufen, weil der Ehewille trotz Getrenntleben noch nicht vollständig erloschen sei. Selbst wenn von einer unheilbar zerrütteten Ehe ausgegangen werde, könne er seinen weiteren Aufenthalt aus Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG ableiten, da die Ehe in Polen über sechs Jahre lang gelebt worden sei. Schliesslich habe er auch einen Aufenthaltsanspruch nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG i.V.m. Art. 8 EMRK

, weil er eine intensive Beziehung zu seinen drei Kindern unterhalte.

### **E. 3.3.1**

Im Kern stützt sich das angefochtene Urteil auf eine analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 1 AIG. Diese Bestimmung sieht vor, dass eine ausländische Person, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist ist und nachträglich ein Bewilligungsgesuch stellt oder ihren illegalen Aufenthalt durch ein Bewilligungsgesuch zu legalisieren versucht, den Entscheid im Ausland abzuwarten hat ( BGE 139 I 37 E. 2.1 S. 40). Beides trifft auf den Beschwerdeführer nicht zu. Weder ist er für einen vorübergehenden Aufenthalt im Sinne von Art. 17 Abs. 1 AIG eingereist noch kann ihm vorgeworfen werden, er halte sich illegal in der Schweiz auf. Die kantonalen Behörden machen nicht geltend, dass sich der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Einreise nicht auf die Bestimmungen des FZA berufen konnte; er war deshalb mutmasslich zum Aufenthalt in der Schweiz und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ( Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA ). Dass er sich seit mittlerweile 4,5 Jahren in der Schweiz ohne Aufenthaltsbewilligung aufhält, ist hauptsächlich auf die lange Verfahrensdauer zurückzuführen und insoweit den kantonalen Behörden anzulasten, wobei darauf hinzuweisen ist, dass der Aufenthaltsbewilligung im Bereich des FZA von vornherein nur eine deklaratorische Bedeutung zukommt ( BGE 136 II 329 E. 2.2 S. 332 f.). Vor dem Hintergrund, dass sich der Beschwerdeführer in vertretbarer Weise auf einen Aufenthaltsanspruch berufen kann (vgl. vorne E. 1.1) und ihm der vorläufige Aufenthalt denn auch bewilligt worden ist (vorne E. 2), muss das Heranziehen von Art. 17 Abs. 1 AIG als willkürlich bezeichnet werden. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Falles erscheint die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Bewilligungsverlängerung ( Art. 59 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201] ) als sachgerecht, auch wenn es sich formell um die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung handelt. Somit ist der Beschwerdeführer während des Bewilligungsverfahrens (weiterhin) zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt.

### **E. 3.3.2**

Es kommt hinzu, dass auch die Interessenabwägung der Vorinstanz einer Willkürprüfung nicht standhält. Zu Recht hat das Appellationsgericht festgehalten, dass der Beschwerdeführer ein erhebliches persönliches Interesse besitzt, während des Bewilligungsverfahrens seinen Unterhalt selber bestreiten zu können. Denn seine berufliche Integration und die wirtschaftliche Beziehung zu seinen Kindern wird beim Sachentscheid zu berücksichtigen sein, wenn die behaupteten Aufenthaltsansprüche nach Art. 50 Abs. 1 AIG bzw. Art. 8 EMRK geprüft werden. Das allgemeine öffentliche Interesse, wonach grundsätzlich nur jene Personen am Erwerbsleben in der Schweiz teilnehmen sollen, die über ein bewilligtes Aufenthaltsrecht verfügen, vermag dieses persönliche Interesse nicht aufzuwiegen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es nicht im öffentlichen Interesse liegt, einem Ausländer den Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens zu gestatten und ihm gleichzeitig die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu verbieten, sodass letztlich die öffentliche Hand für seinen Unterhalt aufkommen muss, obwohl er ihn selber bestreiten könnte.

### **E. 3.3.3**

Erweist sich das Verbot einer Erwerbstätigkeit während des Rekursverfahrens bereits aus den vorstehenden Erwägungen als willkürlich, muss auf die übrigen Rügen in der Beschwerde nicht weiter eingegangen werden. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Der Beschwerdeführer ist berechtigt, während des Rekursverfahrens eine unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben. Zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im kantonalen Verfahren ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 4**

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Basel-Stadt hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.

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