

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.114 vom 26. Februar 2014

BS Appellationsgericht, 2014-02-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2013.114

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.114 du 26 février 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.114 del 26 febbraio 2014

Erwägungen

E. 2

2.1 Der Rekurrent rügt zunächst eine unrichtige Eröffnung des angefochtenen Entscheids sowie eine Verletzung seines Gehörsanspruchs. Im Rekursverfahren vor dem JSD habe er seine Rechtsschrift vom 23. November 2010 durch seinen Rechtsvertreter einreichen lassen. Gleichwohl habe das JSD den Entscheid der Anlaufstelle für Sans-Papiers zukommen lassen. Zudem habe das JSD in der Zeitspanne zwischen dem 23. November 2010 bis zum Entscheid über den Rekurs vom 12. April 2013 dem Rekurrenten keine Gelegenheit dazu gegeben, sich zur Änderung der Gesetzgebung in Kuba sowie zu den geänderten Familien- und Arbeitsverhältnissen zu äussern. Auch sei der Entscheid fälschlicherweise der Anlaufstelle für Sans-Papiers anstatt dem Rechtsanwalt des Rekurrenten zugestellt worden.

2.2 Ob die Vorinstanz, wie von ihr geltend gemacht, aufgrund der eingereichten Vollmacht davon ausgehen konnte, die Anlaufstelle für Sans-Papiers habe neu an Stelle des bisherigen Rechtsanwaltes die Vertretung des Rekurrenten übernommen, kann hier offen bleiben, da dem Rekurrenten durch Zustellung des Entscheids an die Anlaufstelle für Sans-Papiers kein Rechtsnachteil entstanden ist: er hat seinen Rekurs rechtzeitig erhoben und begründet.

2.3 Soweit er eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, weist die Vorinstanz zu Recht auf die Mitwirkungspflicht des Rekurrenten hin (Art. 90 Bundesgesetz über Ausländer und Ausländerinnen [AuG; SR 142.20]; vgl. BGE 124 II 361 E. 2b S. 365). Aus dieser folgt, dass der Rekurrent über Sachverhaltsänderungen, welche seit der Einreichung der Rekursbegründung eingetreten sind, von sich aus die Rekursinstanz zu informieren hat, soweit er deren Berücksichtigung im Entscheid wünscht. Zudem informierte die (vom Rekurrenten bevollmächtigte) Anlaufstelle für Sans-Papiers den Rekurrenten über die Änderung der Gesetzgebung betreffend die Rückreise von im Ausland lebenden Kubanern nach Kuba. Demgemäss bestätigt der Rekurrent in der Rekursbegründung, dass ihm die entsprechende Gesetzesänderung in Kuba bekannt sei. Demnach hätte sich der Rekurrent ohne Weiteres zu diesem Punkt äussern können. Das JSD hätte eine entsprechende ■ ihm vor Entscheidfindung zukommende ■ Äusserung berücksichtigen müssen. Entsprechend diesen Ausführungen ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht ersichtlich.

E. 3

3.1 Ausländerinnen und Ausländer werden nach Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG von den zuständigen Behörden aus der Schweiz weggewiesen, wenn ihnen die Bewilligung verweigert, widerrufen oder nicht verlängert wird. Im vorinstanzlichen Verfahren berief sich der Rekurrent zur Begründung seines Antrages auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (noch) auf die damalige Ehe mit seiner schweizerischen Ehefrau und machte geltend, diese Ehe werde trotz separater Wohnungen nach wie vor gelebt (Art.

49 AuG). Nachdem diese Ehe am 26. Februar 2011 rechtskräftig geschieden wurde, kann sich der Rekurrent für seinen Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht mehr auf Art. 42 AuG berufen. Der Rekurrent beruft sich in seiner Rekursbegründung an das Verwaltungsgericht denn auch ausschliesslich auf seine gelebte und intensive Beziehung zu seinem über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügenden (vgl. dazu Zünd/Hügi, in: EuGRZ 2013, S. 10 f.) Sohn C _____. Insbesondere macht er nicht geltend, die Ehegemeinschaft mit D _____ habe länger als drei Jahre gedauert, weshalb ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG bestünde. Es ist daher ausschliesslich zu prüfen, ob aufgrund der Beziehung des Rekurrenten zu seinem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Sohn (aus der früheren Ehe mit der deutschen Staatsangehörigen B _____) wichtige persönliche Gründe und die notwendigen Voraussetzungen für einen weiteren Aufenthalt des Rekurrenten in der Schweiz vorliegen (vgl. Urteil 2C_327/2010 vom 19. Mai 2011 E. 2.2 in fine).

E. 3.2

3.2.1 Art.

E. 3.4

3.4.1 Somit bleibt zu prüfen, ob sich der Rekurrent in der Schweiz klaglos im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichts verhalten hat. Wie bereits ausgeführt, hat das Bundesgericht an diesem Erfordernis auch nach dem Entscheid des EGMR i.S. Udeh gegen die Schweiz festgehalten. Entsprechend wurde in der Begründung des EGMR-Entscheids betont, dass sich der betroffene Ausländer nach seiner Entlassung aus einer Haftstrafe in Deutschland in der Schweiz klaglos verhalten habe.

3.4.2 Dazu ist festzustellen, dass der Rekurrent gemäss dem Bericht der Kantonspolizei vom 4. Februar 2006 bestätigte, seine damalige Ehefrau D _____ geschlagen zu haben. Mit Verfügung des Strafgerichts vom 26. Juni 2006 wurde das Strafverfahren gegen den Rekurrenten wegen mehrfacher einfacher Körperverletzung und Tötlichkeiten zum Nachteil seiner damaligen Ehefrau zwar zufolge Rückzugs der Strafanträge durch das Opfer definitiv eingestellt. Der Rekurrent hatte aber die Kosten des Verfahrens zu tragen, da es gemäss der Begründung des Entscheids ■ hätte das Opfer die Strafanträge nicht zurückgezogen ■ aufgrund der Geständnisse des Angeklagten wesentlich wahrscheinlicher zu einer Verurteilung als zu einem Freispruch gekommen wäre. Des Weiteren wurde der Rekurrent mit Urteil des Strafgerichts vom 4. April 2007 wegen Führens eines Personenwagens ohne Fahrzeugausweis, ohne Kontrollschilder und ohne Haftpflichtversicherung sowie Parkierens des Autos ohne Kontrollschilder auf Allmend zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von acht Tagessätzen zu CHF 30.■, unter Auferlegung einer Probezeit von zwei Jahren, sowie einer Busse von CHF 800.■ (bei Nichtbezahlung 8 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) verurteilt. Dieses Urteil ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Mit ebenfalls rechtskräftigem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft vom 14. März 2013 wurde der Rekurrent des gewerbsmässigen Betrugs schuldig erklärt und mit einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu CHF 40.■, unter Auferlegung einer Probezeit von 2 Jahren, und einer Busse von CHF 700.■ bestraft. Gemäss dem rechtskräftigen Strafbefehl hatte der Rekurrent in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht der Sozialhilfe nicht gemeldet, dass oder in welchem Umfang er in den Monaten Mai bis August und Dezember 2009 sowie Januar 2010 einer bezahlten Arbeit nachging, obwohl er in diesen Monaten finanzielle Unterstützung von der Sozialhilfe bezog.

3.4.3 Im kantonalen Betreibungs- und Verlustscheinregister verzeichnet der Rekurrent per 5. August 2013 ausserdem 28 Betreibungen in Höhe von CHF 33'735.45 und 20 offene Verlustscheine in Höhe von CHF 32'176.45. Gegenüber der Situation anlässlich des Entscheids der Vorinstanz sind drei weitere Betreibungen hinzugekommen.

3.4.4 Ebenfalls kein gutes Licht auf den Rekurrenten wirft der Umstand, dass er sich bis und mit Rekursbegründung an die Vorinstanz weiterhin auf die Ehe mit seiner zweiten Ehefrau D_____ berief, obwohl die Ehegatten bereits das Getrenntleben aufgenommen hatten und keine Aussicht auf eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft mehr bestand, mithin wider besseren Wissens aus ausländischerrechtlichen Gründen das tatsächliche Fortbestehen dieser Ehe behauptete. Davon ist insofern auszugehen, als der Rekurrent vor dem Verwaltungsgericht nicht geltend macht, die eheliche Gemeinschaft mit D_____ habe länger als drei Jahre gedauert, weshalb er einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung habe (Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG).

3.4.5 Von einem tadellosen Verhalten des Rekurrenten in der Schweiz kann aufgrund dieser Ausführungen keine Rede sein. Er hat vielmehr verschiedentlich gegen die Rechtsordnung verstossen und dabei sowohl die körperliche Integrität von anderen Personen als auch das Vertrauen der Behörde, welche ihn finanziell unterstützte, verletzt sowie unrichtige Angaben betreffend seine persönliche Situation gemacht.

E. 3.5

3.5.1 Somit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt in diesem Punkt erheblich von jenem betreffend den Gerichtsfall Udeh gegen die Schweiz, in welcher der EGMR die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung als Verletzung von Art. 8 EMRK beurteilte (Nr. 12020/09 vom 16. April 2013; vgl. BGer 2C_339/2012 vom 18. Juli 2013 E. 2.9). Jener Ausländer hatte sich in der Schweiz, die seit mehr als siebeneinhalb Jahren den Mittelpunkt seines privaten und familiären Lebens bildete, nicht das geringste Delikt zuschulden kommen lassen ("n'a jamais commis le moindre délit en Suisse") und sein Verhalten nach der vorzeitigen Entlassung aus dem Strafvollzug in Deutschland im Mai 2008 war tadellos ("son comportement après avoir été remis en liberté était également irréprochable").

3.5.2 Demgegenüber liegen beim Rekurrenten verschiedene Rechtsverstösse vor. Erschwerend kommt hinzu, dass der Rekurrent die Delikte, welche am 14. März 2013 zu einer Verurteilung wegen gewerbsmässigen Betrugs führten, während des laufenden Verfahrens betreffend die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung durch das Migrationsamt ■ im Januar 2010 gar unmittelbar vor seinem mit Schreiben vom 18. Februar 2010 wahrgenommenen rechtlichen Gehör in der Sache ■ beging. Dass er in diesem Schreiben ausführte, er sei in der Schweiz ein ■anderer Mensch■ geworden und helfe ■seiner armen Familie■, vorausgesetzt er könne arbeiten, was ohne Bewilligung nicht ginge, erscheint vor diesem Hintergrund geradezu zynisch.

3.5.3 Bei der Interessensabwägung ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Zuzug seiner ehemaligen Ehefrau und des gemeinsamen Sohnes in die Schweiz offenbar zu einer Stabilisierung der Situation des Rekurrenten geführt hat, was auch von seiner aktuellen Freundin [...] bestätigt wird. Dies hat offenbar dazu geführt, dass der Rekurrent, wenn auch erst seit kurzem, seinen finanziellen Unterhaltungspflichten gegenüber seinem Sohn nachkommt und diesen unterstützt. Insbesondere aber ist die seit dem Zuzug des Sohnes in die Schweiz aufgebaute Beziehung von hoher Qualität und auch Intensität, was jedenfalls

diverse Fachpersonen bestätigen. Sein Arbeitgeber resp. Vermittler von Temporärarbeit bestätigt ausserdem, dass der Rekurrent als zuverlässiger Arbeiter geschätzt werde und die Möglichkeit einer Weiterbildung zum Kranführer bestehe, welche die Chancen des Rekurrenten auf dem Arbeitsmarkt deutlich verbessern würde. Damit könnten wohl auch die nach wie vor bestehenden und seit dem angefochtenen Urteil noch gestiegenen Schulden zumindest reduziert und eine Abhängigkeit von der Arbeitslosenversicherung resp. von der Sozialhilfe vermieden werden. Dem Rekurrenten kann somit trotz seines bei Weitem nicht klaglosen Verhaltens in der Schweiz zum heutigen Zeitpunkt keine eindeutig negative Prognose gestellt werden.

3.6 Aufgrund der obigen Ausführungen ist das persönliche Interesse des Rekurrenten resp. das Interesse seines Sohnes am Verbleib des Rekurrenten in der Schweiz höher zu gewichten als das Interesse der Öffentlichkeit an der Wegweisung des Rekurrenten. Daran ändert auch nichts, dass dem Rekurrenten ohne Berücksichtigung der Beziehung zu seinem Sohn eine Rückkehr nach Kuba zweifellos zumutbar wäre, zumal er die prägenden Jahre seiner Kindheit und auch einen Grossteil seines Erwachsenenlebens dort verbrachte, nach wie vor Beziehungen zu seiner Familie in Kuba unterhält und in der jüngeren Vergangenheit auch verschiedentlich längere Zeit dorthin zurückkehrte.

4.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung unter Berücksichtigung der Entwicklung des Rekurrenten seit dem Erlass der Verfügung vom 12. Oktober 2010 und seit dem angefochtenen Entscheid des JSD vom 12. April 2013 nicht mehr als verhältnismässig anzusehen ist. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zur Einholung der erforderlichen Bewilligung des Bundesamtes für Migration zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zurückzuweisen. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass es aufgrund der oben beschriebenen Umstände selbstverständlich als offen angesehen werden muss, ob das Bundesamt für Migration in diesem Fall die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erteilt. Zudem ist festzuhalten, dass der vorliegende Entscheid nur basierend auf einer vorsichtig optimistischen Prognose für das Verhalten des Rekurrenten zu Stande gekommen ist. Sollte sich der Rekurrent erneut straffällig verhalten oder in anderer Form gegen die Rechtsordnung in der Schweiz verstossen resp. sich wirtschaftlich nicht integrieren, wird eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung kaum mehr vertretbar sein.

5.

5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten des Staats und das JSD hat den Rekurrenten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen. Da der Rechtsvertreter des Rekurrenten keine Kostennote eingereicht hat, ist sein Aufwand zu schätzen. Aufgrund der eingereichten Rechtsschriften und unter Berücksichtigung von vergleichbaren Fällen ist von einem angemessenen Aufwand von ca. 12 Stunden auszugehen, welcher gemäss der Praxis des Verwaltungsgerichts mit einem Honorar von CHF 250.■ pro Stunde zu entschädigen ist.

5.2 Entgegen dem Antrag des Rekurrenten ist indessen eine Änderung am vorinstanzlichen Kostenentscheid sowie der dortigen Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht angezeigt. Im vorinstanzlichen Verfahren berief sich der Rekurrent primär auf die angeblich noch gelebte Ehe mit seiner damaligen Ehefrau D_____. Die gelebte und intakte Beziehung zu seinem Sohn wurde im erstinstanzlichen Rekursverfahren zwar behauptet, aber nicht mit

Belegen oder unterstützenden Indizien untermauert. Aus den oben genannten Gründen ist offensichtlich davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Rekursentscheids nicht mehr von einer Ehegemeinschaft resp. einer gelebten Ehe zwischen dem Rekurrenten und seiner damaligen Ehefrau auszugehen war (vgl. oben Ziff. 3.4.4). Auch sonst lagen keine erwiesenen Gründe vor, die ein Aufenthaltsrecht zu statuieren vermochten. Die Vorinstanz ging damit zu Recht davon aus, dass dem Rekurrenten kein Anspruch auf eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zustand und qualifizierte den Rekurs richtigerweise als (zum damaligen Zeitpunkt) aussichtslos.

E. 8

EMRK schützt das intakte und tatsächlich gelebte Familienleben. Bei Geltendmachung einer durch diese Bestimmung geschützten Beziehung zum eigenen Kind, muss diese dementsprechend intakt und bereits bisher sachgerecht gelebt worden sein. Nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde dem Anspruch auf Familienleben (Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV) genüge getan, wenn ein nicht sorge- bzw. obhutberechtigter ausländischer Elternteil das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausüben konnte. Ein weitergehender Anspruch kam nur in Betracht, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind bestand, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrecht erhalten werden konnte und das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hatte (sog. tadelloses Verhalten; BGE 120 Ib 1 E. 3c S. 5; 120 Ib 22 E. 4 S. 24 ff.; BGer 2C_1231/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3.3; 2C_858/2012 vom 8. November 2012 E. 2.2; 2C_751/2012 vom 16. August 2012 E. 2.3).

3.2.2 In BGE 139 I 315 (= Urteil 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2013) und damit nach Erlass des seitens des Rechtsvertreters des Rekurrenten zitierten Entscheids des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 16. April 2013 in Sachen Udeh gegen die Schweiz (Verfahrensnr. 12020/09) modifizierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung. Zu unterscheiden ist demnach neu zwischen Ausländern, die aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einem/-er schweizerischen Staatsangehörigen oder einer Person mit Niederlassungsbewilligung bereits eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz besitzen resp. besaßen und durch den legalen Aufenthalt in der Schweiz Gelegenheit hatten, sich hier in legitimer Weise zu integrieren und vertiefte Verbindungen zur Schweiz zu knüpfen und Ausländern, welche aufgrund ihrer Elternschaft zu einem hier anwesenheitsberechtigten Kind erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen, da diese keine qualifizierten vorbestehenden Verbindungen zur Schweiz haben und ihr Gesuch auch nicht auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG, sondern ausschliesslich auf Art. 8 EMRK abstützen können. Bei den bereits in der Schweiz ansässigen, besuchsberechtigten (ehemaligen) Ehegatten ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung künftig bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird. Unverändert festgehalten hat das Bundesgericht aber am Erfordernis der signifikanten finanziellen Unterstützung an das anwesenheitsberechtigte Kind durch den ausländischen Elternteil und an dessen Wohlverhalten (E. 2.4 f.).

3.2.3 Auch wenn der Rekurrent im vorliegenden Fall seine frühere Aufenthaltsberechtigung nicht aus der Ehe mit der Mutter seines Sohnes ableitete und dies auch gar nicht könnte, hatte der Rekurrent aufgrund seiner späteren Ehe mit einer Schweizerin einen Anspruch auf

Erteilung der Aufenthaltbewilligung und während seines legalen Aufenthalts in der Schweiz Gelegenheit, Verbindungen zur Schweiz zu knüpfen. Er ist daher als Ausländer mit ■vorbestehenden Verbindungen■ zur Schweiz im Sinne der oben genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren.

3.3 Aufgrund der übereinstimmenden Ausführungen des Rekurrenten und der Kindsmutter, den Bestätigungen von dritter Seite und der Anhörung des Sohnes des Rekurrenten ist davon auszugehen, dass der Rekurrent nach dem Zuzug des Sohnes und dessen Mutter in die Schweiz einen persönlichen Kontakt zu seinem Sohn ■ mindestens im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ■ aufgebaut hat. Der Rekurrent betreut seinen Sohn gemäss diesen Depositionen ein- bis zweimal wöchentlich und wird von diesem als wichtige Bezugsperson wahrgenommen. Insbesondere der Kinderpsychiater des Sohnes sowie der schulpsychologische Dienst qualifizieren die Beziehung als wichtig. Damit besteht eine Beziehung zum Kind, welche intakt und sachgerecht gelebt wird. Bei einer Wegweisung würde die Beziehung des Rekurrenten zu seinem Sohn zweifellos stark gestört, zumal aufgrund der Distanz zwischen der früheren Heimat des Rekurrenten und der Schweiz eine Weiterführung des Kontaktes durch Besuche nur eingeschränkt möglich wäre und die Beziehung sich somit in erster Linie auf Telefon- und Videokontakte (Skype o.ä.) reduzieren würde (vgl. dazu BGerE 2C_365/2013 vom 30. August 2013). Auch das Vorliegen einer signifikanten finanziellen Unterstützung des Rekurrenten gegenüber seinem Sohn ist festzustellen, wenn auch die Unterhaltszahlungen im Wesentlichen erst seit dem vorliegend strittigen Wegweisungsentscheid erfolgen, weshalb von einer Wahrnehmung der Zahlungspflicht wegen des vorliegenden Verfahrens auszugehen ist. Immerhin macht die Kindsmutter mit Schreiben vom 12. März 2013 geltend, sie sei auf die finanzielle Unterstützung seitens der Rekurrenten angewiesen. Damit besteht ein hohes persönliches Interesse des Rekurrenten und seinem Sohn am weiteren Verbleib des Rekurrenten in der Schweiz.

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