

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.160 vom 27. Februar 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2014.160](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.160)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.160 du 27 février 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.160 del 27 febbraio 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 42 des Organisationsgesetzes (OG) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG) zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Rekurrenten sind vom angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Zwar hat die Rekurrentin mittlerweile ihr Gesuch um Erteilung einer befristeten Aufenthaltsbewilligung an den Rekurrenten zur Vorbereitung der Heirat zurückgezogen. Vorliegend sind aber nur die Kostenfolgen des vorinstanzlichen Rekursverfahrens Streitgegenstand des Verfahrens. Diesbezüglich hat die Rekurrentin nach wie vor ein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Die Rekurrenten sind deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert, so dass auf diesen einzutreten ist. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 8 VRPG. Demgemäss prüft das Gericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

### **E. 2**

Strittig ist zunächst der Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung im vor-instanzlichen Verfahren.

2.1 Wird ein Verfahren abgeschrieben, richtet sich die Kostenverteilung je nach Lage des Einzelfalls danach, wer das Rekursverfahren veranlasst hat, wie das Verfahren mutmasslich ausgegangen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, welche das Verfahren gegenstandslos werden liessen. Zu prüfen ist daher, wer die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat oder wie aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds hätte entschieden werden müssen (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 198; Beusch, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, St. Gallen 2008, Art. 63 VwVG N 16; Maillard, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 63 VwVG N 17; Pfeleiderer, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 58 VwVG N 50; zu Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO: Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 107 ZPO N 16; Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, 2. Auflage 2013, Art. 107 ZPO N 8).

Dabei ist der angefochtene Entscheid zur Beurteilung der Kostenfolgen im Rekursverfahren nur einer summarischen Prüfung zu unterziehen (VGE VD.2013.167 vom 11. April 2014 E. 2.1, VD.2012.104 vom 31. Januar 2013 E. 2.1; Schwank, a.a.O., S. 198).

2.2 Die Vorinstanz hat zur Begründung ihres angefochtenen Entscheids zunächst erwogen, dass das angefochtene Schreiben des Migrationsamts vom 27. Mai 2014 gar keine anfechtbare Verfügung bilde. Es handle sich vielmehr um ein formloses Informationsschreiben mit der Bitte um Einreichung einiger Unterlagen im Rahmen des Gesuchs um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat. Es werde darin nichts angeordnet und es entstünden weder Rechte noch Pflichten. Die Rekursinstanz sei aber funktionell unzuständig, solange keine Verfügung vorliege und könne dem Entscheid der Vorinstanz in der Sache nicht vorgreifen. Im Übrigen sei der Rekurs auch nicht innert der 30-tägigen Frist begründet worden. Aus diesen Gründen trat die Vorinstanz daher grundsätzlich auf den Rekurs nicht ein. Dies ist zwischen den Parteien insofern nicht strittig. Unstrittig ist aber auch, dass mit dem Schreiben vom 27. Mai 2014 mit Bezug auf die Frage eines prozeduralen Aufenthaltsrechts des Rekurrenten während der Dauer des Gesuchsverfahrens verfügt worden ist. Insoweit ist die Vorinstanz denn auch auf den Rekurs eingetreten.

2.3 Diesbezüglich hat die Vorinstanz das Verfahren als erledigt abgeschlossen. Sie hat erwogen, nach der Feststellung der nicht korrekten Eröffnung des negativen Asylentscheids des Bundesamts für Migration benötige der Rekurrent gar keinen prozeduralen Aufenthalt nach Art. 17 AuG, da er sich bis zum rechtskräftigen Entscheid über sein Asylgesuch legal in der Schweiz aufhalte. Dem habe die Vorinstanz mit dem Vollzugsstopp Rechnung getragen (Zwischenentscheid vom 13. Juni 2014). Mit Bezug auf die Kosten des Verfahrens erwog sie, im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung sei davon auszugehen gewesen, dass der Asylentscheid des BFM rechtskräftig und ein Vollzug der Wegweisung aus jener Sicht aufgrund einer entsprechenden Bestätigung des BFM daher möglich gewesen sei. Ein prozeduraler Aufenthalt nach Art. 17 AuG aufgrund der geplanten Eheschliessung wäre nicht zu gewähren gewesen. Dabei wies die Vorinstanz insbesondere auf den Bestand von Widerrufsgründen gemäss Art. 63 AuG hin, welche den Anspruch gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b AuG erlöschen liessen.

2.4 Gegenstand des mit Gesuch vom 20. Mai 2014 eingeleiteten Verfahrens war allein eine Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Eheschliessung. Daher konnten sich auch vorsorgliche Massnahmen wie die Bewilligung eines prozeduralen Aufenthalts während der Dauer der Beurteilung dieses Gesuchs in diesem Verfahren nur auf diesen Verfahrensgegenstand beziehen.

Gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG haben Ausländerinnen und Ausländer, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und die nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den Entscheid im Ausland abzuwarten. Die kantonalen Behörden können allerdings gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden. Diese Voraussetzungen können analog auch auf die Beurteilung eines Aufenthalts während der Dauer der Beurteilung eines Gesuchs um eine Kurzaufenthaltsbewilligung zum Zweck der Vorbereitung der Ehe angewandt werden. Eine solche ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Berücksichtigung einer mit Bezug auf Art. 12 und 14 EMRK konventionskonformen Auslegung von Art. 98 Abs. 4 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 32

AuG zu erteilen, sofern keine Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch vorliegen, die betroffene Person die Zulassungsvoraussetzungen nach der Heirat offensichtlich erfüllen wird (analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG) und mit dem Eheschluss in absehbarer Zeit zu rechnen ist. Dies gilt auch für abgewiesene Asylbewerber bzw. Asylbewerberinnen (BGE 139 I 37 E. 3.5.2 S. 48, 138 I 41 E. 4 S. 46 f., 137 I 351 E. 3.7; BGer 2C\_1170/2013 vom 28. Juli 2014 E. 3.1; 2C\_702/2011 vom 23. Februar 2012 E. 4.3 f.).

2.5 Wie die Vorinstanz erwogen hat, ist die Rekurrentin seit langer Zeit von Sozialhilfeleistungen abhängig. Nach der von ihr eingeholten telefonischen Auskunft der Sozialhilfe Basel ist nicht mit einer baldigen Ablösung zu rechnen. Zudem lägen gegen sie Einträge im kantonalen Betreibungs- und Verlustscheinregister vor. Damit erfülle sie einen Hinderungsgrund gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. c AuG. Weiter verwies die Vorinstanz auf bestehende Strafregistereinträge sowie typische Indizien für eine Umgehungssehe. Insgesamt habe die Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen daher nicht als offensichtlich bezeichnet werden können, sodass der Vollzug der Wegweisung nicht mit einer vorsorglichen Massnahme hätte gestoppt werden müssen. Die Begehren der Rekurrenten seien daher im Zeitpunkt der Gesuchstellung aussichtslos gewesen. Erst mit der Mitteilung des BFM, dass bei der Eröffnung des Asylentscheids ein Fehler unterlaufen sei, hätten sich die Umstände ■ ohne jedes Zutun der Rekurrenten und ihrer Vertretung ■ geändert. Das momentane Aufenthaltsrecht basiere daher auf einer anderen Rechtsgrundlage, sodass nicht von einem Obsiegen ausgegangen werden könne.

Diesen Ausführungen kann in allen Teilen gefolgt werden. Die Rekurrenten behaupten denn auch nicht, dass sie gestützt auf eine konventionskonforme Auslegung von Art. 98 Abs. 4 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) die Voraussetzungen für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Ehe nach Art. 30 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 32 AuG offensichtlich erfüllt hätten. Mittlerweile hat die Rekurrentin ihr entsprechendes Gesuch aufgrund der ihr erst im Verfahren bekannt gewordenen Straffälligkeit des Rekurrenten sowieso zurückgezogen. Wie die Rekurrenten mit ihrem Rekurs selber ausführen, war es zudem das BFM, welches die Vollzugs- und Vorbereitungshandlungen mit Fax-Schreiben vom 6. Juni 2014 gestoppt hat. Daraus folgt, dass das Begehren der Rekurrenten auf die Bewilligung des vorläufigen Aufenthalts des Rekurrenten mit Zwischenentscheid vom 13. Juni 2014 aus Gründen bewilligt worden ist, welche mit dem vorliegenden Verfahren auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung einer Ehe nichts zu tun hatten.

2.6 Daraus folgt, dass die Vorinstanz zu Recht darauf verzichtet hat, die Rekurrenten für ihren Vertretungsaufwand im vorinstanzlichen Verfahren zu entschädigen.

2.7 Auch die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung ist nicht zu beanstanden. Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung haben bedürftige Rekurrenten nur dann, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren, und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich die Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135,

128 I 225 E. 2.5.3 S. 235 f.; VGE VD.2012.162 vom 1. Juli 2013 E. 4). Die Vorinstanz durfte in Ausübung ihres Beurteilungsspielraums die unentgeltliche Rechtspflege abweisen. Die Richtigkeit dieser Einschätzung wird nach umfassender Prüfung des Sachverhalts mit dem vorliegenden Entscheid klar belegt. Daraus folgt, dass die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung im vorinstanzlichen Verfahren nicht zu beanstanden ist.

### **E. 3**

Soweit die Rekurrenten lange Ausführungen zur angeblich verweigerten Akteneinsicht machen, ist festzustellen, dass diese gar nicht Gegenstand des ursprünglich angefochtenen Schreibens des Migrationsamts vom 27. Mai 2014 gewesen ist. Sie war daher nicht Streitgegenstand jenes Verfahrens und konnte somit auch nicht Gegenstand eines Rekurses an das JSD sein. Das Begehren muss daher als Verfahrensantrag in jenem Verfahren ohne selbständige Bedeutung verstanden werden.

### **E. 4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Rekurrenten dessen Kosten zu tragen. Die Rekurrenten haben auch im vorliegenden Verfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung beantragt. Nachdem sie sich zur zentralen Thematik des vorliegenden Verfahrens (Art. 17 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 1 lit. b und Art. 32 AuG) gar nicht geäußert haben, erscheint auch der vorliegende Rekurs offensichtlich aussichtslos. Demzufolge kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht bewilligt werden. Immerhin kann auf die Erhebung einer Gebühr zu Lasten der Rekurrenten aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse umständehalber verzichtet werden.

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