

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.256 vom 20. Oktober 2014

BS Appellationsgericht, 2014-10-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.256

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.256 du 20 octobre 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.256 del 20 ottobre 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 11. Dezember 2014 sowie aus § 42 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (OG; SG 153.100) und den §§ 10 und 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100). Die Rekurrierenden sind als Adressaten des angefochtenen Entscheides von diesem unmittelbar berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Sie sind deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Der Rekurs ist rechtzeitig innert der Frist gemäss Art. 64 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20; AuG) erhoben worden. Auf diesen ist einzutreten.

1.2 Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Kognition bestimmt sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (statt vieler: VGE VD.2011.75 vom 4. Juli 2011 E. 1.2, VD.2010.199 vom 19. April 2011 E. 1.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in Anwendung von Art. 110 BGG sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines fremdenpolizeirechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; statt vieler: VGE VD.2010.189 vom 9. Februar 2011 E. 1.2; VD.2009.696 vom 8. Dezember 2009 E. 2; VGE 630/2004 vom 9. Dezember 2004 E. 5b; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, S. 477 ff., 509).

E. 2

2.1 Die Vorinstanz hat erwogen, aufgrund des Ablaufs des österreichischen Aufenthaltstitels des Rekurrenten und des überschrittenen maximalen Aufenthalts in der Schweiz bestehe keine Bewilligung mehr gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 5 AuG. Nach Ablauf der Dauer seines Visums seien die Einreisevoraussetzungen gemäss Art. 5 AuG nicht mehr erfüllt. Sie hat ausgeführt, die Rekurrenten stützten sich denn auch auf ihr Familiennachzugsgesuch und den Umstand, dass die Rekurrentin ein Kind erwarte. Gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG hätten für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereiste Ausländer und Ausländerinnen den Entscheid über ihr Gesuch aber im Ausland abzuwarten, und es könne ihnen der Aufenthalt während der Dauer des Verfahrens nur

gestattet werden, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt seien. Dies sei aber nicht der Fall, da die Rekurrentin bisher keine Strategie habe aufzeigen können, um langfristig nicht von der Unterstützung der Sozialhilfe abhängig zu sein, und auch keine Sicherheit einer Ablösung von der Sozialhilfe durch eine Erwerbstätigkeit des Rekurrenten bestehe. Die Vorinstanz hält abschliessend fest, dem Rekurrenten sei eine Rückkehr in seine Heimat für die begrenzte Zeit des Verfahrens zumutbar. Das noch ungeborene Kind könne dem Rekurrenten keinen Aufenthaltsanspruch vermitteln.

2.2 Nach Art. 17 Abs. 1 AuG haben ausländische Personen, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und die nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den entsprechenden Entscheid wie von der Vorinstanz ausgeführt im Ausland abzuwarten. Während eines laufenden Bewilligungsverfahrens soll eine gesuchstellende Person das nachgesuchte Aufenthaltsrecht nur dann bereits während des entsprechenden Verfahrens ausüben dürfen, wenn sie die Bewilligungsvoraussetzungen "mit grosser Wahrscheinlichkeit" erfüllt (BBl 2002 3709 ff., 3778; BGer 2C_76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.1.1). Entsprechend ist der gesuchstellenden Person gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG der Aufenthalt während des Verfahrens dann zu gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden. Dabei ist Art. 17 AuG grundrechtskonform auszulegen (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 41). Auch wenn aus Art. 8 EMRK grundsätzlich kein verfahrensrechtliches Aufenthaltsrecht bis zum Bewilligungsentscheid folgt, so muss bei einer tatsächlich geschlossenen und gelebten Ehe, aus der ein Kind hervorgegangen ist, bei der Anwendung von Art. 17 AuG im Einzelfall im Rahmen der Interessenabwägung den Vorgaben von Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 i.V.m. Art. 36 BV Rechnung getragen werden (BGE 139 I 37 E. 3.5.1 S. 47 f.; BGer 2C_1001/2013 vom 4. Februar 2014 E. 2.2.2, 2C_76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.2.4). Im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV ist von einer offensichtlichen Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG auszugehen, wenn die Möglichkeit der Erteilung der nachgesuchten Bewilligung bedeutend höher einzustufen ist als jene ihrer Verweigerung. Dabei ist die Bewilligungsbehörde nicht verpflichtet, vertiefte Abklärungen vorzunehmen. Sie muss aber nach Art. 96 AuG die ihr bekannten Umstände würdigen. Bei Bewilligungen, auf deren Erteilung ein Anspruch besteht, bedarf es hinreichender, konkreter Indizien für das Vorliegen von Verweigerungsgründen, um das Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AuG verneinen zu können (BGE 139 I 37 E. 4.1 S. 49; BGer 2C_76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.3.2, 2C_195/2012 vom 2. Januar 2013 E. 4.1; VGE VD.2013.79 vom 24. Oktober 2013 E. 3.3.1). Nichts anderes ergibt sich auch aus Art. 6 Ziff. 6 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Rückführungsrichtlinie).

2.3 Es ist unbestritten, dass die Rekurrenten eine Ehe verbindet, welche grundsätzlich unter dem Schutz des Familienlebens gemäss Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK steht. Die Rekurrentin ist zwar in der Schweiz geboren, besitzt aber keine Niederlassungs-, sondern bloss eine Aufenthaltsbewilligung. Für den Familiennachzug kann sie sich daher nur auf Art. 44 AuG berufen, welcher keinen Anspruch auf Familiennachzug gewährt. Ausländischen Ehegatten kann danach eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und wenn sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (Art. 44 lit. a-c AuG). Die Rekurrentin kann damit

zwar nicht nach dem innerstaatlichen Gesetzesrecht, aber gestützt auf Art. 8 EMRK und Art. 13 BV einen grundsätzlichen Anspruch auf Nachzug ihres Ehemanns geltend machen. Das durch diese Bestimmungen geschützte Familienleben ist dann berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser möglich bzw. zumutbar wäre, das entsprechende Familienleben andernorts zu pflegen (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.1 S. 335 f; 137 I 247 E. 4.1.2; 116 Ib 353 E. 3c S. 357). Allerdings fliesst aus Art. 8 EMRK nicht das absolute Recht, dass Familienmitglieder eines in der Schweiz lebenden Ausländers einreisen und hier verbleiben können. Vielmehr kann in den Schutzbereich des Rechts auf Familienleben nach Massgabe von Art. 8 Ziff. 2 EMRK eingegriffen werden.

E. 3

3.1 Mit Verfügung vom 20. Oktober 2014 hat das Migrationsamt das Familiennachzugsgesuch der Rekurrentin abgewiesen, weil diese über kein gefestigtes Einkommen verfügte, mit dem sie ihren nach den geltenden Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) berechneten Existenzbedarf hätte decken können. Die Vorinstanz berücksichtigte dabei, dass sie mit ihrer Familie während ihrer Minderjährigkeit von der Sozialhilfe hat unterstützt werden müssen. Seit ihrer am 25. April 2014 eingetretenen Volljährigkeit habe sie zwar keine Sozialhilfe mehr bezogen. Sie habe aber bloss zwei Stellen im Restaurant [] in [] und im Restaurant [] in Allschwil ausgeübt, welche sie beide bereits nach kurzer Zeit wieder verloren habe. Sie habe sich daher bisher in wirtschaftlicher Hinsicht nicht integrieren können. Dass der Rekurrent nach Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung eine Erwerbstätigkeit als Hilfsmaler und ■Allrounder■ bei der [] AG antreten könnte, vermöge nichts zu ändern, da die Rekurrentin allein über ein gefestigtes Arbeitsverhältnis und genügend finanzielle Mittel verfügen müsse, um den Familiennachzug realisieren zu können. Zudem könnten allfällige Einkommen des Rekurrenten auf längere Sicht nicht als gesichert angesehen werden und mangels Glaubwürdigkeit nicht berücksichtigt werden. Die Rekurrentin verfüge daher nicht über die für den Unterhalt ihrer Familie erforderlichen Mittel. Die Bewilligung des Familiennachzugs würde mit grosser Wahrscheinlichkeit zu einer erneuten fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit führen, weshalb namentlich die Voraussetzungen von Art. 44 lit. c AuG nicht erfüllt seien.

Die Vorinstanz hielt dafür, dass eine zukünftige konstante Loslösung der Ehefrau von der Sozialhilfe nicht in Sicht sei und dem Ehemann das gleiche Schicksal drohe. Dieser habe zwar einen Arbeitsvertrag mit der [] AG eingereicht. Die darin zugesicherte Stelle erscheine aber alles andere als gesichert. Die potentielle Arbeitgeberin habe zuerst bloss eine unverbindliche Absichtserklärung abgegeben und den Vertrag erst im laufenden Bewilligungsverfahren abgeschlossen. Zudem laufe ein Verfahren wegen der Beschäftigung von Schwarzarbeitern gegen sie. Der Vertrag stehe daher unter dem Verdacht einer Gefälligkeit und könne keine Sicherheit zur Ablösung von der Sozialhilfe vermitteln. Die Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 44 AuG seien somit nicht offensichtlich erfüllt.

3.2 Dem halten die Rekurrenten entgegen, dass die Rekurrentin ihren Lebensbedarf seit ihrer Volljährigkeit und der Abkoppelung vom Elternhaus selber bestreite. Sie habe ihre Stelle zwar unerwartet verloren, aber während eines Jahres Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Sie habe daher genug Zeit um eine neue Stelle in der

Gastronomie zu finden. Von einer konkreten Gefahr der fortgesetzten und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit könne daher keine Rede sein. Zudem verfüge der Rekurrent über einen Arbeitsvertrag mit einem einklagbaren Anspruch auf Lohn, den er ab Erhalt der Aufenthaltsbewilligung erzielen könne. Das Argument, gegen die Rekurrentin laufe ein Verfahren wegen Schwarzarbeitern, sei nicht stichhaltig.

3.3 Wie die Rekurrenten zutreffend geltend machen, ist bei der Beurteilung der Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit nicht allein von den aktuellen Verhältnissen auszugehen. Vielmehr ist die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung auf längere Sicht abzuwägen, wobei nicht allein auf das Einkommen des hier anwesenden Familienangehörigen abgestellt werden darf, sondern die finanziellen Möglichkeiten aller Familienmitglieder über eine längere Sicht zu berücksichtigen sind. Dabei müssen die entsprechenden Erwerbsmöglichkeiten und das damit verbundene Einkommen konkret belegt und mit einer gewisser Wahrscheinlichkeit sowie ■ soweit möglich ■ auf mehr als nur kurze Frist erhärtet sein, um Berücksichtigung zu finden (vgl. BGer 2C_685/2010 vom 30. Mai 2011 E. 2.3.1 m.H. auf BGE 122 II 1 E. 3c S. 8/9 sowie 2C_452/2008 vom 13. Februar 2009 E. 2). Hypothetische Annahmen genügen demgegenüber nicht, um eine mit einem Arbeitsvertrag belegte Verdienstmöglichkeit zu verneinen (BGer 2C_1160/2013 vom 11. Juli 2014 E. 4.1 m.H. auf 2C_685/2010 vom 30. Mai 2011 E. 2.3.2).

Vorliegend hat sich die junge Rekurrentin zwar bisher wirtschaftlich nicht zu integrieren vermocht. Sie verlor ihre beiden Stellen in der Gastronomie jeweils bereits nach kurzer Frist. Auch konnte sie bisher nicht nachweisen, wie sie in ihren früheren Arbeitsstellen gearbeitet hat und in Zukunft eine tragfähige Erwerbstätigkeit ausüben möchte. Aktuell ist sie arbeitslos, ohne über Stellenangebote zu verfügen. Dabei kann aber ihre Schwangerschaft ■ welche sie notorischerweise bei der Stellensuche benachteiligt ■ nicht unberücksichtigt bleiben. Festzuhalten ist, dass die Rekurrentin seit ihrer Volljährigkeit bisher keine Sozialhilfeleistungen beziehen musste, sondern ihren Bedarf mit ihren Arbeitslosentaggeldern decken konnte. Soweit es sich heute ■ wie von den Rekurrenten replicando angedeutet und mit Noveneingabe vom 20. März 2015 belegt ■ offenbar anders verhält, kann dies auf noch auf laufende Abklärungen der Arbeitslosenversicherung zurückgeführt werden.

Was die Arbeitssituation des Rekurrenten betrifft, so vermochte dieser einen Arbeitsvertrag mit einem vereinbarten Lohn einzureichen, mit dem er in der Lage wäre, den Existenzbedarf seiner Familie zu decken. Die Behauptung der Vorinstanz, bei dem Arbeitsvertrag handle es sich um einen reinen Gefälligkeitsvertrag, ist aufgrund des laufenden Verfahrens wegen Beschäftigung eines Schwarzarbeiters gegen diese Firma zwar nicht aus der Luft gegriffen, bedarf aber weiterer Abklärungen. Für eine solche Gefälligkeit sprechen die Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, wonach gemäss Ausführungen des KIGA BL der Inhaber des Arbeitsgebers eine Gefälligkeit ■ freimütig ■ zugestanden habe. Es fehlen aber in den Akten dokumentierende Belege dafür. Darin liegt ein erheblicher Unterschied zum Sachverhalt, den das Verwaltungsgericht im Entscheid VGE VD.2014.232 vom 17. Dezember 2014 E. 2.4.2 zu beurteilen hatte, war doch dort ein reiner Gefälligkeitsvertrag durch Abklärungen der Behörden belegt. Festzuhalten ist weiter, dass der Umstand, dass der Rekurrent als Student einer österreichischen Universität in der Schweiz einen reinen Hilfsarbeiterberuf ausüben muss, sicherlich Fragen aufwirft. Gleiches gilt bezüglich des nur kurzzeitigen bzw. laut eigenen Angaben nicht abgeschlossenen Studiums des Rekurrenten in Wien, während dem er offenbar ■ wie aus seiner

Passverlängerung in der Schweiz hervorgeht ■ bereits in der Schweiz weilte.

Aufgrund der oben genannten Umstände scheint fraglich, ob die Möglichkeit der Erteilung der nachgesuchten Bewilligung bedeutend höher eingestuft werden kann als jene ihrer Verweigerung resp. ob genügend hinreichende, konkrete Indizien für das Vorliegen von Verweigerungsgründen nach Art. 62 lit. e AuG bestehen.

3.4 Massgebend ist jedoch, dass die Rekurrenten gemäss dem Schwangerschaftszeugnis von Dr. R. Stricker vom 22. Oktober 2014 um den 13. März 2015 ■ und damit in diesen Tagen ■ die Geburt eines gemeinsamen Kindes erwarten. In einem solchen Moment sind an die Trennung von Ehegatten und zukünftigen Eltern vor dem Hintergrund des Anspruchs auf Schutz des Familienlebens von Art. 13 BV und Art. 8 EMRK erhöhte Anforderungen zu stellen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Wegweisung des Rekurrenten während der Dauer des Verfahrens als nicht zumutbar.

E. 4

Daraus folgt, dass der angefochtene Entscheid und die Wegweisung des Rekurrenten gemäss Art. 64 AuG aufzuheben sind. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben und die Rekurrenten für ihren Vertretungsaufwand angemessen zu entschädigen. Sie haben zwar eine Honorarrechnung ihres Vertreters in Aussicht gestellt, in der Folge aber darauf verzichtet, dem Gericht eine solche einzureichen. Der angemessene Aufwand ist daher zu schätzen. Dabei erscheint für die Ausfertigung der Rekursbegründung und die Replik ein Aufwand von rund sieben Stunden zu CHF 250.■ als angemessen. Mit den notwendigen Auslagen ist den Rekurrenten somit eine Parteientschädigung von CHF 1■800.■, zuzüglich Mehrwertsteuer, für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren zuzusprechen. Über die Ausrichtung einer Parteientschädigung für das verwaltungsinterne Rekursverfahren wird das Departement aufgrund der anwendbaren gesetzlichen Grundlagen neu zu entscheiden haben.

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