

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.16 vom 27. April 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-04-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2015.16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.16)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.16 du 27 avril 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.16 del 27 aprile 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Angefochten ist ein Zwischenentscheid des JSD. Gemäss § 10 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) sind Zwischenverfügungen nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie für die rekurrierende Partei einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Ein solcher Nachteil ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichts unter anderem der Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kantons Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 281 f.; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 484; VGE VD.2012.253 vom 5. April 2013 E. 1.3, VD.2010.35 vom 27. August 2010 E. 1.1). Gleiches muss auch für die Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme gelten, mit der einer sich bereits in der Schweiz aufhaltenden Person verwehrt wird, hier den Ausgang des Verfahrens abzuwarten.

1.2 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements sowie den §§ 10 ff. VRPG und § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100). Die Rekurrentin ist vom angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie ist daher gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den Rekurs ist deshalb einzutreten. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 8 VRPG und umfasst namentlich die richtige Feststellung des Sachverhalts, die richtige Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen und den willkürfreien Gebrauch des Ermessens durch die Verwaltung (statt vieler VGE VD.2010.35 vom 27. August 2010 E. 1.2).

### **E. 2**

2.1 Die Rekurrentin ist als Rumänin Angehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union. Sie kann sich daher für ihr Aufenthaltsgesuch auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) berufen. Das Aufenthaltsrecht nach diesem Abkommen entsteht nicht erst durch Erteilung einer Bewilligung, sondern bereits aufgrund der Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen; eine Person, die gestützt auf das Abkommen an sich aufenthaltsberechtigt wäre, darf sich selbst dann zunächst in der Schweiz aufhalten, wenn die Behörden prüfen, ob der erstmaligen Erteilung der Aufenthaltserlaubnis Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit entgegen stehen (vgl. BGE 134 IV 57 E. 4 S. 58 f.; BGer 2A.494/2003 vom 24. August 2004 E. 4.3; Art. 5

Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG vom 25. Februar 1964 [ABl. Nr. 56, 1964, S. 850]). Art. 17 AuG, der grundsätzlich ein Abwarten des Verfahrens im Ausland verlangt, spielt daher in diesem Zusammenhang ■ entgegen der mit der Verfügung vom 3. Februar 2015 im Rahmen einer bloss summarischen rechtlichen Prüfung der Sache und in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Rekurrentin vertretenen Auffassung ■ keine Rolle (BGer 2C\_35/2009 vom 13. Februar 2009 E. 6.4).

2.2 Nach erfolgter Abweisung des Aufenthaltsgesuchs durch das Migrationsamt hat die Vorinstanz aber zu Recht nach den Kriterien des Erlasses einer vorsorglichen Massnahme geprüft, ob der Rekurrentin der weitere Aufenthalt während der Dauer des verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahrens bewilligt werden kann. Sie hat dabei zutreffend erwogen, dass vorsorgliche Massnahmen aufgrund einer bloss provisorischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ergehen. Der zuständigen Behörde steht dabei entsprechend der Natur der Sache ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Sie ist nicht gehalten, für ihren rein vorsorglichen Entscheid zeitraubende Abklärungen zu treffen, sondern sie kann sich mit einer summarischen Beurteilung der Situation aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Akten begnügen. Der vermutliche Ausgang des Verfahrens darf bloss, aber immerhin dann mit in Betracht gezogen werden, wenn die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels (positiv oder negativ) eindeutig sind (BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; BGer 2C\_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2; VGE VD.2012.253 vom 5. April 2013 E. 1.3 mit weiteren Hinweisen).

2.3 Zur beantragten vorsorglichen Massnahme hat die Vorinstanz erwogen, dass die Rekurrentin keine ausreichenden finanziellen Mittel zur Deckung ihres Unterhalts unter Beweis gestellt habe. So habe sie die geltend gemachten laufenden Einnahmen aus Übersetzungsarbeiten und Mieteinnahmen nicht ausreichend belegt. Es sei auch nicht ersichtlich, wie sie einen Arbeitsvertrag mit einem Pensum von acht Stunden pro Tag erfüllen wolle, wenn sie wie behauptet auf ihr Enkelkind aufpasse. Auch die angegebene Höhe der Mietzinseinnahmen von CHF 600.■ für eine Wohnung in Bukarest sei unrealistisch. Die Rekurrentin verfüge daher nur über ein jährliches Einkommen von CHF 17■760.■. Laut der SKOS-Richtlinie müsste das Einkommen der Rekurrentin aber CHF 38■500.■ betragen. Selbst nach Abzug des jährlich anrechenbaren Wohnkostenanteils von CHF 13■200.■ komme es zu einem Fehlbetrag von CHF 7■540.■.

2.4 Gemäss Art. 24 Abs. 1 und 2 des Anhang I FZA erhält eine Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt, keine Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat ausübt und dort kein Aufenthaltsrecht auf Grund anderer Bestimmungen dieses Abkommens hat, eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren, sofern sie den zuständigen nationalen Behörden den Nachweis dafür erbringt, dass sie über ausreichende finanzielle Mittel für sich selbst und ihre Familienangehörigen verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen muss, und wenn sie über einen Krankenversicherungsschutz verfügt, der sämtliche Risiken abdeckt. Strittig ist vorliegend einzig der Nachweis genügender finanzieller Mittel. Die Regelung über die ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen hat zum Zweck, zu vermeiden, dass die öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaates über Gebühr belastet werden (BGE 135 II 265 E. 3.3 S. 269 f.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen daher bei der Prüfung der Frage ausreichender finanzieller Mittel sowohl eigene als auch dem Betroffenen zur Verfügung stehende Drittmittel berücksichtigt werden. Erst dann,

wenn der Betroffene Sozialhilfe oder Ergänzungsleistungen beansprucht, besteht nach Massgabe von Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA das Aufenthaltsrecht nicht mehr fort (BGE 135 II 265 E. 3.6 S. 271 f.).

Vor dem Hintergrund des vorliegend anwendbaren FZA mit seinem Grundsatz der Personenfreizügigkeit ist daher bei der Beurteilung des Gesuchs der Rekurrentin um vorläufigen Aufenthalt während der Dauer des Verfahrens zu berücksichtigen, dass sie bis anhin ■ soweit ersichtlich ■ keine öffentliche Unterstützung in Anspruch nehmen musste. Vielmehr ist es ihr offensichtlich bisher gelungen, ihren Unterhalt in der Schweiz mit eigenen Mitteln und gegebenenfalls mit Hilfe ihrer Tochter zu finanzieren. Mehr darf nicht verlangt werden. Die zwischen der Rekurrentin und den Vorinstanzen bestehenden Differenzen bei der Beurteilung der eigenen Leistungsfähigkeit der Rekurrentin brauchen daher im vorliegenden Verfahren nicht entschieden zu werden. Sollte die Rekurrentin dennoch während der Dauer des Verfahrens Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen, so bestünde das Aufenthaltsrecht nach Massgabe von Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA ohnehin nicht mehr fort, so dass dann ■ beispielsweise in Form der Abweisung des verwaltungsinternen Rekurses ■ aufenthaltsbeendende Massnahmen eingeleitet werden könnten.

Nach dem Gesagten überwiegt das private Interesse der Rekurrentin und ihrer Familie an ihrem vorläufigen Verbleib bei ihrer Tochter und ihrem Enkel während der Verfahrensdauer das öffentliche Interesse an der Vermeidung migrationsbedingter Sozialausgaben, welche hier wie ausgeführt gar nicht anfallen.

### **E. 3**

Daraus folgt, dass der Rekurs gutzuheissen und es der Rekurrentin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme während der Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens zu gestatten ist, in der Schweiz zu verbleiben.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist auf die Erhebung von Kosten zu verzichten und die Vorinstanz zu verpflichten, der Rekurrentin eine angemessene Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren zu entrichten. Dabei ist zu beachten, dass die Ausführungen des Rechtsvertreters der Rekurrentin vor dem Hintergrund der angenommenen Geltung von Art. 17 AuG unnötig ausführlich geraten sind. Der tatsächlich erbrachte Aufwand ist daher nicht massgebend als Grundlage für die Bemessung des angemessenen Honorars. Der angemessene Aufwand ist vielmehr auf rund vier Stunden festzusetzen. Aufgrund des praxisgemässen Überwälzungstarifs von CHF 250.■ bei Obsiegen und in Berücksichtigung notwendiger Auslagen ist der Rekurrentin eine Parteientschädigung von CHF 1■100.■ zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen.

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