

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.246 vom 19. August 2009

BS Appellationsgericht, 2009-08-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.246

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.246 du 19 août 2009

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.246 del 19 agosto 2009

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidentsdepartements vom 5. Dezember 2016 sowie aus § 42 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz OG, SG 153.100) und den §§ 10 und 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 in Verbindung mit § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

1.2 Die Rekurrentin ist als Mutter der betroffenen Kinder vom angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb sie gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist, so dass auf diesen einzutreten ist.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 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 unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und in Anwendung von Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids vorherrschen (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63; BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2016.244/ VD.2016.243 vom 22. Februar 2017 E. 1.3, VD.2015.240 vom 15. Februar 2017 E. 1.2, VD.2016.152 vom 17. Januar 2017 E. 1.3; jeweils mit Hinweisen).

E. 2

2.1 Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (Entscheid vom 1. November 2016 E. 2), ist die Rekurrentin nicht mit verheiratet, weshalb sie keinen Anspruch auf Familiennachzug gestützt auf Art. 42 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) geltend machen kann.

2.2 Die Rekurrentin kann sich jedoch für den Nachzug ihres Partners B_____ grundsätzlich auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) und Art. 13 der Bundesverfassung (BV, SR 101) berufen. Mit Rekursbegründung vom 14. November 2016 lässt sie dazu ausführen, der Schutzbereich von Art. 8 EMRK beziehe sich grundsätzlich auf die Familie im engeren Sinne, welche auch minderjährige Kinder umfasse. Die familiäre Beziehung von B_____ zur Rekurrentin und den gemeinsamen Kindern sei damit von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV

geschützt. Es seien ihr und den Kindern die gemeinsame Ausreise aus der Schweiz nicht zumutbar, da sie im Besitze des Schweizerischen Bürgerrechts seien, weshalb der Eingriff in das Recht auf Familienleben im Lichte von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu prüfen und eine Rechtsgüterabwägung vorzunehmen sei. In diesem Zusammenhang lässt sie geltend machen, dass zwischen B_____ und seinen beiden Töchtern eine enge affektive Beziehung vorliege und B_____ auch einen finanziellen Beitrag an das familiäre Zusammenleben leiste. In Bezug auf das öffentliche Interesse sei zu beachten, dass die strafrechtliche Verurteilung von B_____ nunmehr acht Jahre zurückliege, B_____ sich seither bewährt und sich nichts mehr habe zu Schulden kommen lassen, was im Rahmen der Rechtsgüterabwägung entsprechend zu berücksichtigen sei. B_____ privates Interesse am Verbleib in der Schweiz bei der Rekurrentin und seinen Kindern zwecks Ausübung des geschützten Familienlebens überwiege somit gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Rekurrentin lässt sodann weiter erklären, dass abgesehen von den privaten Interessen von B_____ im vorliegenden Verfahren auch das Kindeswohl zu beachten sei, dessen Nichtberücksichtigung nicht nur die EMRK in allgemeiner Weise verletze, sondern auch das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UN-KRK; SR 0.107). Diesbezüglich stützt sich die Rekurrentin auf einen Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i.S. El Ghatet gegen Schweiz vom 8. November 2016 (Nr. 56971/10), wonach beim Familiennachzug des Kindsvaters das Kindeswohl in der Interessenabwägung zu berücksichtigen sei. Vorliegend stünde das Aufwachsen der Kinder ohne ihren Vater B_____ diesem entgegen. Damit beruft sie sich auf das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK und macht implizit geltend, dass die Verweigerung des Familiennachzugs unverhältnismässig sei. Schliesslich moniert die Rekurrentin, dass die Tochter C_____ hinsichtlich der Abweisung des Gesuchs um Familiennachzug von B_____ nie angehört worden sei, was ebenfalls nicht dem Kindeswohl entspreche.

E. 3.1

3.1.1 Die Berufung auf das in Art. 8 EMRK verbürgte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens setzt voraus, dass der Schutzbereich der entsprechenden konventionsrechtlichen Garantie eröffnet ist. Besteht zwischen einer ausländischen Person und einem Familienangehörigen eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung (BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46, 126 II 377 E. 2b/aa S. 382, 122 II 1 E. 1e S. 5), hat dieser in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht aufgrund seines Schweizer Bürgerrechts, einer Niederlassungsbewilligung oder einer auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhenden Aufenthaltsbewilligung (BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46, 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f., 130 II 281 E. 3.1 S. 285, 126 II 377 E. 2b/aa S. 382) und ist es diesem nicht möglich und von vornherein ohne weiteres zumutbar, das Familienleben mit der ausländischen Person im Ausland zu führen (BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46, 137 I 247 E. 4.1.2 S. 249 f., 135 I 153 E. 2.1 S. 155), so kann es das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen, der ausländischen Person den Aufenthalt in der Schweiz zu untersagen (BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46, 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145, 130 II 281 E. 3.1 S. 285, 126 II 377 E. 2b/aa S. 382, 122 II 1 E. 1e S. 5). Unter den genannten Voraussetzungen ergibt sich deshalb aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens ein grundsätzlicher Anspruch auf Anwesenheit und dadurch auch auf eine entsprechende ausländerrechtliche Bewilligung (VGE VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011 E. 2.1.1; Uebersax, Einreise und Anwesenheit, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, S. 221 ff. N 7.122 und 7.124 f.), wobei dieses Recht, wie die Vorinstanz

treffend erwogen hat (Entscheid vom 1. November 2016 E. 3), kein absolutes ist (VGE VD.2015.101 vom 8. Oktober 2015 E. 3.2.3.3, mit Hinweisen).

Der in Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens entspricht materiell der Garantie von Art. 8 EMRK und gewährt darüber hinaus im Bereich des Ausländerrechts keine zusätzlichen Ansprüche (BGE 137 I 284 E. 2.1 S. 288, 129 II 215 E. 4.2 S. 218 f., 126 II 425 E. 4c/bb S. 433; BGer 2C_505/2009 vom 29. März 2010 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 136 I 285).

3.1.2 Der Schutz des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK bezieht sich in erster Linie auf die Kernfamilie, also die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (BGE 135 I 143 E. 1.3.2 S. 146), und nur ausnahmsweise auf andere familiäre Beziehungen. In den Schutzbereich der genannten Bestimmung fallen jedoch auch nicht rechtlich begründete familiäre Verhältnisse, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht (BGE 135 I 143 E. 3.1 S. 148); entscheidend ist insofern die Qualität des Familienlebens und nicht dessen rechtliche Begründung. In diesem Sinne ergibt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus einem Konkubinat ein Bewilligungsanspruch, wenn die partnerschaftliche Beziehung seit Langem eheähnlich gelebt wird oder konkrete Hinweise auf eine unmittelbar bevorstehende Hochzeit hindeuten. Die Beziehung der Konkubinatspartner muss bezüglich Art und Stabilität in ihrer Substanz einer Ehe gleichkommen. Massgebliche Kriterien bilden insbesondere das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, Natur und Länge der Beziehung sowie Interesse und Bindung der Partner aneinander, etwa durch Kinder oder andere Umstände wie die Übernahme wechselseitiger Verantwortung (BGer 2C_208/2015 vom 24. Juni 2015 E. 1.2; vgl. zu den genannten Kriterien auch BGE 135 I 143 E. 3.1 S. 148).

3.1.3 Zwischen dem Kindsvater und seinen Töchtern besteht unbestrittenermassen eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung. Die Rekurrentin und ihre beiden in der Schweiz geborenen Töchter H_____ und G_____ verfügen über das Schweizer Bürgerrecht und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz. Es ist ihnen, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, nicht möglich bzw. nicht von vornherein ohne weiteres zumutbar, mit ihrem Partner respektive Vater B_____ ins Ausland auszureisen, um die Beziehung mit diesem dort zu leben (Entscheid vom 1. November 2016 E. 4). Entsprechend ist der Schutzbereich von Art. 8 EMRK eröffnet.

Hinsichtlich der Frage, ob im vorliegenden Fall ein schützenswertes Konkubinat besteht, nach welchem dem Konkubinatspartner B_____ gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden könnte, hat die Vorinstanz unter Verweis fehlender Anhaltspunkte für das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt unbeantwortet gelassen (Entscheid vom 1. November 2016 E. 5). Da ein schützenswertes Konkubinat von der Rekurrentin lediglich behauptet und nicht genügend begründet wird ■ die Rekurrentin lässt in Bezug auf das Zusammenleben mit B_____ in einem gemeinsamen Haushalt lediglich auf die Vorakten verweisen und anmerken, diese seien von Amtes wegen zu konsultieren (Rekursbegründung vom 19. Dezember 2016, act. 3 Rn. 15) ■ ist sie ihrer gesetzlichen Begründungs- und Rügspflicht nicht nachgekommen, weshalb nicht von einer eheähnlichen und durch Art. 8 EMRK geschützten Beziehung ausgegangen werden kann. Entgegen der Ansicht der Rekurrentin vermögen blosser Verweise auf frühere Aktenstücke die Begründung nicht zu ersetzen und kann vom Verwaltungsgericht nicht erwartet werden, dass es von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Begründung des Rekurses geeignet sein könnten. Entsprechendes gilt für die Berufung auf Erteilung

einer Härtefallbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG in Verbindung mit Art. 31 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201). Die Rekurrentin als Partnerin von B_____ kann somit gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK keinen selbstständigen Anspruch auf Erteilung der Konkubinatsbewilligung für diesen geltend machen.

E. 3.2

3.2.1 Beim sogenannten umgekehrten Familiennachzug, bei welchem ein sorgeberechtigter ausländischer Elternteil eines Schweizer Kindes um eine Aufenthaltsbewilligung ersucht, ist eine umfassende Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK vorzunehmen. Nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er (was vorliegend unproblematisch ist) gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Pflichten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen an der Erteilung der Bewilligung einerseits und an deren Verweigerung andererseits, wobei Letztere in dem Sinne überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (vgl. BGE 135 II 143 E. 2.1 S. 147, 122 II 1 E. 2 S. 6 mit Hinweisen; BGE 116 Ib 353 E. 3 S. 357 ff.). Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind die Beziehung zwischen dem Kind und dem um ein Aufenthaltsrecht ersuchenden Elternteil in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht, sowie das Verhalten des um ein Aufenthaltsrecht ersuchenden Elternteils in straf- und ausländerrechtlicher Hinsicht zu berücksichtigen (BGE 140 I 145 E. 3.1 S. 147 und E. 4 S. 148). In Bezug auf das strafrechtliche Verhalten sind die Schwere des begangenen Delikts, der seit der Tat vergangene Zeitraum, das Verhalten des Ausländers während dieser Periode, die Auswirkungen auf die betroffene Person sowie deren familiäre Situation zu berücksichtigen (VGE VD.2016.43 vom 16. September 2016 E. 5.1.1). Zudem sind die Dauer der familiären Beziehung und weitere Gesichtspunkte relevant, welche Rückschlüsse auf deren Intensität zulassen (Geburt und Alter allfälliger Kinder; Kenntnis der Tatsache, dass die Beziehung wegen der Straftat unter Umständen nicht in der Schweiz gelebt werden kann [BGer 2C_948/2011 vom 11. Juli 2012 E. 3.4]).

3.2.2 Hinsichtlich der Beziehung des Kindsvaters zu seinen Töchtern in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass eine affektive Beziehung unbestrittenermassen vorliegt. Ob eine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen Vater und Kindern besteht, hat die Vorinstanz ebenfalls mangels genügender Unterlagen und mit der Begründung, das öffentliche Interesse an einer Bewilligungsverweigerung sei im jetzigen Zeitpunkt aufgrund der Straffälligkeit von B_____ ohnehin höher zu werten als das private Interesse an einem Zusammenleben in der Schweiz, offen gelassen (Entscheid vom 1. November 2016 E. 4). Vorliegend geht eine enge wirtschaftliche Beziehung aus den Unterlagen tatsächlich nicht hervor. Aufgrund der Begründungs- und Rügepflicht der Rekurrentin muss eine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen B_____ und seinen beiden Töchtern verneint werden. Aber auch im Falle der Annahme einer engen wirtschaftlichen Beziehung überwiegt das öffentliche Interesse an der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gegenüber dem privaten Interesse von B_____ an einem Zusammenleben in der Schweiz, wie die nachfolgende Prüfung zeigen wird.

E. 3.3

3.3.1 Mit Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 9. September 2008 wurde B_____ der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, der versuchten Geldwäscherei, der mehrfachen einfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und der Hinderung einer Amtshandlung für schuldig erklärt und zu 4 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Mit der Rekurrentin und der Vorinstanz ist festzuhalten, dass eine strafrechtliche Verurteilung die Erteilung einer (neuen) Aufenthaltsbewilligung nicht zwingend ein für allemal verunmöglicht. Soweit der Ausländer, gegen den Entfernungsmassnahmen ergriffen wurden, nach wie vor einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besitzt und es seinen hier anwesenden nahen Angehörigen nicht zumutbar ist, ihm ins Heimatland zu folgen und dort das Familienleben zu pflegen, kann eine Neuurteilung angezeigt sein, wenn sich der Betroffene seit der Verurteilung bzw. Strafverbüssung bewährt und er sich über eine angemessene Dauer in seiner Heimat klaglos verhalten hat, so dass eine Integration in die hiesigen Verhältnisse absehbar und eine allfällige Rückfallgefahr vernachlässigbar erscheint (BGer 2C_946/2010 vom 5. Dezember 2011 E. 3.3; vgl. BGE 130 II 493 E.

E. 3.4

3.4.1 Vorliegend fällt bei der Interessenabwägung hauptsächlich die Verurteilung von B_____ wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ins Gewicht. Im Vordergrund steht dabei das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Bei schweren Straftaten, insbesondere Gewalt-, Sexual- und schweren Betäubungsmitteldelikten, besteht zur Verhütung von weiteren Straftaten ein wesentliches öffentliches Interesse an einer Wegweisung. Der hiesigen Öffentlichkeit ist höchstens ein geringes (Rest-) Risiko erneuter Delinquenz zuzumuten (BGer 2A.296/2002 vom 18. Juni 2002 E. 2.2.2; VGE VD.2010.266 vom 11. August 2011 E. 3.2.1). Mit Urteil des Strafgerichts vom 9. September 2008 wurde B_____ der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, der versuchten Geldwäscherei, der mehrfachen einfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und der Hinderung einer Amtshandlung für schuldig erklärt und zu 4 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 11. März 2010. Es stuft das Verschulden von B_____ als schwer ein. B_____ habe sich am Import einer grösseren Menge Kokain beteiligt und dabei innerhalb des Drogenhandels auf einer hierarchisch höheren Stufe operiert. Zudem habe er seine Autohandelsfirma eingesetzt, um Drogengelder zu waschen. Ferner hat das Bundesgericht im Wegweisungsentscheid vom 2. Juli 2013 festgestellt, B_____ zeige sich in Bezug auf seine Beteiligung am Drogenhandel weder geständig noch kooperativ. Aufgrund seines schweren Verschuldens und der nicht auszuschliessenden Rückfallgefahr bejahte das Bundesgericht ein wesentliches öffentliches Interesse an der Entfernung von B_____ aus der Schweiz. Erschwerend berücksichtigte das Bundesgericht, dass die Tathandlungen aus freien Stücken bzw. aus Gewinnstreben erfolgt seien, B_____ selbst keine Betäubungsmittel konsumiert und er sich auch nicht in einer eigentlichen finanziellen Notlage befunden habe. An dieser Beurteilung des Bundesgerichts hat sich bis heute nichts geändert. Aufgrund des schweren Verschuldens und der Tatsache, dass B_____ nicht geständig ist, kann ein Rückfall nicht ausgeschlossen werden, was gerade bei Drogendelikten nicht hinnehmbar ist. B_____ kann deshalb keine gute Prognose gestellt werden. Auch ist der Einwand der Rekurrentin, B_____ sei seit seiner Verurteilung vom 9. September 2008 nicht mehr strafrechtlich in Erscheinung getreten, angesichts der Schwere des Delikts und dem Umstand, dass bei Betäubungsmitteldelikten eine strenge Praxis gilt (BGer 2C_799/2009 vom 21. Juni 2010 E.

3.2, 2C_221/2012 vom 19. Juni 2012 E. 3.3.2), nicht stichhaltig.

3.4.2 Was die Intensität der familiären Beziehungen zur Schweiz betrifft, ist zunächst mit den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Entscheid vom 1. November 2016 E. 12) festzustellen, dass die Rekurrentin und der Kindsvater ihre Beziehung in Kenntnis seiner Wegweisung eingegangen sind, weshalb sie sich nicht auf den Schutz des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV berufen können respektive dieser Umstand im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (VGE VD.2016.151 vom 24. März 2017 E. 4.4.2). Hinzu kommt, dass die Rekurrentin und B_____ nicht verheiratet sind. Die beiden Kinder F_____ und G_____ wurden erst am [] 2015 geboren. Die mutmassliche Empfängnis ist daher deutlich nach seiner rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung vom

E. 5

S. 504; BGer 2C_793/2008 vom 27. März 2009 E. 3.2, 2C_36/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.2). Das öffentliche Interesse an der Gefahrenabwehr verliert an Bedeutung, soweit die Entfernungsmassnahme gegen den Fehlbaren ergriffen, durchgesetzt und für eine der Schwere der Tat angemessene Zeitdauer aufrechterhalten wurde (BGer 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.3). Der Zeitablauf, verbunden mit der Deliktsfreiheit, kann somit dazu führen, dass die Interessenabwägung anders ausfällt als zum Zeitpunkt der strafrechtlichen Verurteilung oder der Entlassung aus dem Strafvollzug. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die seit der Tat verflossene Zeit und das seitherige Verhalten der ausländischen Person beim bewilligungsrechtlichen Entscheid mitzubewerten sind (BGE 130 II 493 E. 5 S. 504; BGer 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.3, 2C_487/2012 vom 2. April 2013 E. 5.2, 2C_817/2012 vom 19. Februar 2013 E. 3.2.1, 2C_715/2011 vom 2. Mai 2012 E. 4.3, 2C_36/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.2).

3.3.2 In Bezug auf die Bemessung dieser ausländerrechtlichen Bewährungsfrist knüpft das Bundesgericht an die Regelung zur Dauer des Einreiseverbots nach Art. 67 AuG an. Hat sich der Betroffene danach während fünf Jahren im Ausland bewährt, ist es regelmässig angezeigt, den Anspruch auf Familiennachzug neu zu prüfen (BGer 2C_318/2012 vom 22. Februar 2013 E. 6.3). Das schliesst eine frühere Prüfung nicht aus, soweit das Einreiseverbot von Beginn an unter fünf Jahren angesetzt ist oder eine Änderung der Sachlage eintritt, die derart ins Gewicht fällt, dass ein anderes Ergebnis ernstlich in Betracht fällt (vgl. BGE 136 II 177 E. 2.2.1 S. 181 f., 130 II 493 E. 5 S. 504; BGer 2C_487/2012 vom 2. April 2013 E. 4.6, 2C_715/2011 vom 2. Mai 2012 E. 4.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts beginnt die fünfjährige Frist ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Entscheids betreffend die Nichtverlängerung beziehungsweise des Widerrufs der Bewilligung zu laufen (BGer 2C_1224/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 5.1.2).

3.3.3 Der Ablauf der auf Art. 67 AuG abgestimmten ausländerrechtlichen Bewährungsfrist rechtfertigt eine Neuurteilung des Anspruchs auf Familiennachzug nach den Art. 42 ff. AuG, bedeutet aber nicht, dass die früheren Straftaten durch den Zeitablauf bereits derart an Gewicht verloren haben, dass sie als Erlöschensgründe ausser Betracht fallen (Art. 51 AuG). Vielmehr ist bei der materiellen Beurteilung eine umfassende Güterabwägung vorzunehmen, wobei die durch den Zeitablauf nachlassende Wirkung der Erlöschensgründe gegen die privaten Interessen der betroffenen Personen abzuwägen ist.

3.3.4 Wann der Zeitpunkt gekommen ist, an dem die früheren Straftaten als Erlöschensgründe nach Art. 51 AuG dahinfallen und für sich alleine den Ansprüchen nach

Art. 42 ff. AuG nicht weiter entgegenstehen, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Bei der Beurteilung des Rückfallrisikos ist nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzieren: Je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr. Je weiter die Straftaten der ausländischen Person zurückliegen, um so eher lässt sich ihr wieder Vertrauen entgegenbringen und kann sich die Annahme rechtfertigen, dass es zu keinen weiteren Straftaten kommen wird (BGer 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.5.3). Es geht vorliegend, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Entscheid vom 1. November 2016 E. 8), um eine prognostische Einschätzung, wie lange das Verhalten des Betroffenen, welches der aufenthaltsbeendenden Massnahme bzw. der damit verbundenen Einreisesperre zugrunde liegt, im öffentlichen Interesse der Gefahrenabwehr die Fernhaltung (weiterhin) gebietet bzw. rechtfertigt (BGer 2C_817/2012 vom 19. Februar 2013 E. 3.2.5). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in dieser Frage uneinheitlich. In einem Urteil hat es den Rekurs gegen eine Ablehnung des Gesuchs um Familiennachzug abgewiesen, nachdem seit dem Strafurteil mit einer Verurteilung zu 7 Jahren Freiheitsstrafe neun Jahre vergangen waren und die betreffende Person sich seither nichts mehr hat zu Schulden kommen lassen (BGer 2C_221/2012 vom 19. Juni 2012). Im Urteil 2C_36/2009 vom 20. Oktober 2009 hält das Bundesgericht fest, dass das Familiennachzugsgesuch zu Recht abgelehnt worden sei, obwohl bereits elf Jahre und zehn Monate seit dem Strafurteil, das eine Verurteilung zu 5 Jahren Freiheitsstrafe vorsah, vergangen waren und sich die betroffene Person seither schadlos verhalten hat. Schliesslich wies das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid eine Beschwerde ab, nachdem die nachzuziehende Person zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war und seither sieben Jahre vergangen waren. Der beschwerdeführenden Person wurde dabei in Aussicht gestellt, sie könne nochmals ein Gesuch stellen, wenn seit dem Strafurteil zehn Jahre vergangen sind (BGer 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013).

3.3.5 In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass vorliegend die fünfjährige Frist zur Neubeurteilung des Familienzugs ■ beginnend ab Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2013 betreffend die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung ■ noch nicht erreicht ist (Entscheid vom 1. November 2016 E. 10). Eine frühere Prüfung ist indes, wie sie bereits durch die Vorinstanzen erfolgt ist, nicht ausgeschlossen, da mit der Wegweisung von B____ kein Einreiseverbot verhängt worden ist. Demnach ist im Sinne einer Neubeurteilung des Gesuchs um Familiennachzug eine materielle Prüfung nach Art.

E. 8

Ziff. 2 EMRK vorzunehmen.

E. 11

März 2010 und der darauf gestützten rechtskräftigen Wegweisung des Migrationsamts vom 2. Juli 2013, mithin nach seiner Ausreise aus der Schweiz am 30. Oktober 2013, erfolgt. Die Rekurrentin und ihr Partner haben damit die Familienbeziehung im Wissen um den nicht bestehenden Aufenthaltsanspruch von B____ infolge seiner Delinquenz begründet. Diese Beziehung erlaubt daher nach der Rechtsprechung des EGMR keine Berufung auf eine nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Familiengemeinschaft, da sie nach Rechtskraft der Wegweisungsverfügung und der Ausreise aus der Schweiz begründet worden ist (vgl. Urteil des EGMR i.S. Udeh gegen Schweiz vom 16. April 2013, [Nr. 12020/09], §§ 50 und 45;

VG E. 2014.81 vom 11. August 2014 E. 4.4). Unter diesen Umständen musste der Rekurrentin und B_____ bei der Eingehung der Partnerschaft und bei ihrem Entscheid, eine Familie zu gründen, bewusst gewesen sein, dass sie die Beziehung zueinander und zu den Kindern bis auf Weiteres nicht in der Schweiz werden leben können. Schliesslich ist es B_____ nach wie vor, wie bereits mit Entscheid des JSD vom 22. Juli 2011 sowie den bestätigenden Entscheiden des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt vom 14. September 2012 und des Bundesgerichts vom 2. Juli 2013 festgestellt worden ist, in einem gewissen, wenn auch eingeschränkten Ausmass auch von Nigeria aus möglich und zumutbar, die Beziehung zu seinen Kindern mittels Briefen, SMS, E-Mails, Telefon, Videotelefonie etc. zu pflegen und den persönlichen Kontakt mit ihnen im Rahmen von Kurzaufenthalten in der Schweiz oder gegebenenfalls in einem Drittland auszuüben. Dies gilt umso mehr als B_____ bis 1. Dezember 2016 über einen gültigen Aufenthaltstitel in Spanien verfügt (act. 6 2/2, Schreiben des Migrationsamts vom 29. Februar 2016) und seine Beziehung zu seinen Kindern von dort aus gepflegt hat. Hinzu kommt, dass B_____ zudem auch in Spanien ein Rechtsmittelverfahren und ein damit verbundener prozeduraler Aufenthalt offen steht, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass er seine Beziehung zu seinen Kindern bis zum Abschluss des Verfahrens noch von dort aus wird ausüben können.

3.4.3 Hinsichtlich der Relation zwischen dem Strafmass und der seit der Verurteilung vergangenen Zeit ist festzuhalten, dass vorliegend die Verweigerung der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung bei einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und einer abgelaufenen Zeitdauer von sieben Jahren im Einklang mit der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (oben E. 3.4.1) steht, fordert diese doch in den meisten Fällen ein deutliches Übergewicht der Bewährungsfrist gegenüber dem Strafmass. Demnach kann (noch) nicht davon gesprochen werden, dass die Erlöschensgründe der Art. 51 AuG durch den Lauf der Zeit inzwischen dahingefallen sind.

3.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das öffentliche Interesse an der Gefahrenabwehr gegenüber dem privaten Interesse von B_____ am geschützten Familienleben insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Rekurrentin eine Berufung auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK verwehrt ist, überwiegt. Die vorinstanzliche Würdigung, wonach zum heutigen Zeitpunkt (noch) kein Anspruch auf Familiennachzug besteht, ist daher nicht zu beanstanden.

4.

4.1 Weiter beruft sich die Rekurrentin auf das Urteil des EGMR i.S. El Ghatet gegen Schweiz vom 8. November 2016 (Nr. 56971/10), mit dem der EGMR bestätigt hat, dass beim Familiennachzug die privaten Interessen der Familienmitglieder gegenüber dem Interesse der Gemeinschaft als Ganzes abgewogen werden müssten (§ 43), wobei bei einer solchen Entscheidung das Kindeswohl ins Zentrum gerückt und umfassend besprochen werden müsse. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, das Kindeswohl der betroffenen Kinder F_____ und G_____ sei gefährdet, wenn diese ohne deren Vater aufwachsen müssten. Hierzu ist festzuhalten, dass die in diesem Urteil zu beurteilenden Verhältnisse in entscheidenden Punkten anders lagen als im vorliegenden Fall. In dem vom EGMR zu beurteilenden Fall handelte sich um ein Gesuch eines ägyptisch-schweizerischen Doppelbürgers um Nachzug seines 15-jährigen Sohnes aus Ägypten. Dabei war weder der nachziehende Vater noch der nachziehende Sohn zuvor straffällig geworden und es war alleine das private, familiäre Nachzugsinteresse gegen das öffentliche Interesse, eine restriktive Einwanderungspolitik betreiben zu können, abzuwägen. Schliesslich wurde dem

Kindeswohl auch nur deshalb primäre Beachtung geschenkt, weil der Entscheid den Nachzug eines Kindes und nicht eines straffällig gewordenen Elternteils zum Gegenstand hatte. Aus dem zitierten EGMR-Entscheid kann die Rekurrentin deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten. Unbehelflich ist sodann die Berufung der Rekurrentin auf das Kindeswohl gemäss UN-KRK, da sich daraus vorliegend nicht über Art. 8 EMRK hinausgehende Ansprüche auf Bewilligung ergeben. Von einer Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK oder des UN-KRK kann demnach nicht die Rede sein.

4.2 Mit Verweis auf das zitierte Urteil des EGMR moniert die Rekurrentin weiter, dass die Tochter von B____, C____, im Vorfeld der Abweisung des Gesuchs um Familiennachzug ihres Vaters nie angehört worden sei, was ebenfalls nicht dem Kindeswohl entspreche. Hierzu ist zu konstatieren, dass C____ nicht die Tochter der Rekurrentin ist und soweit ersichtlich zu keinem Zeitpunkt ein Nachzugsgesuch für ihren Vater gestellt respektive hat stellen lassen. C____ ist nicht Partei des vorliegenden Verfahrens. Auch hätten die Vorinstanzen keine Abklärungen hinsichtlich einer allfälligen Beistandschaft für C____ treffen müssen, damit diese ihrerseits ein Gesuch um Familiennachzug stellen konnte. Schliesslich wurde bereits mit VGE VD.2011.137 vom 14. September 2012 bei der Beurteilung der Wegweisung von B____ festgestellt, dass der Kindsvater ■ zurzeit kaum Kontakt zu seiner Tochter ■ gehabt habe (E. 4.4.2). Auch im Nachzugsgesuch vom 17. August 2015 wurde zwar auf dieses Kind in der Schweiz hingewiesen, ein Kontakt oder eine intakte Familienbeziehung zu C____ wurde aber im Unterschied zu seinen gemeinsamen Kindern mit der Rekurrentin nie behauptet. B____ machte auch erst mit der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs am 23. Dezember 2015 erstmals geltend, dass C____ ihn an den Wochenenden während seiner Aufenthalte in der Schweiz besucht habe. Die Beziehung zu C____ wird daher in jedem Fall weniger intensiv gepflegt als jene zu den Kindern der Rekurrentin, weshalb auf eine Anhörung von C____ verzichtet werden kann.

5.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin grundsätzlich dessen Kosten (§ 30 Abs. 1 VRPG). Die Rekurrentin beantragt aber die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung mit [...], Advokat. Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (unentgeltliche Prozessführung [Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, Rz. 368]). Soweit es sich zur Wahrung ihrer Rechte als notwendig erweist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (unentgeltliche Verbeiständung [Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 368]). Voraussetzung für die unentgeltliche Rechtspflege ist somit die Bedürftigkeit der betroffenen Person und die Nichtaussichtslosigkeit der Rechtssache. Als aussichtslos anzusehen sind Prozessbegehren, 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 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 (BGE 139 III 396 E. 1.2 S. 397, 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218, 133 III 614 E. 5 S. 616). Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Die Bedürftigkeit der bis anhin

sozialhilfeabhängigen Rekurrentin kann gestützt auf die Akten zwar als erstellt gelten, der Rekurs ist jedoch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Sache als aussichtslos zu taxieren. Der anwaltlich vertretenen Rekurrentin muss gestützt auf der Entscheid der Vorinstanz vom 1. November 2016 zumindest bewusst gewesen sein, dass die Fünfjahresfrist, welche eine Neuurteilung des Familiennachzugs grundsätzlich rechtfertigt, im vorliegenden Fall nicht erreicht ist. Zudem war für sie auch erkennbar, dass sie sich aufgrund ihrer in Kenntnis der Wegweisung eingegangenen Familienbeziehung mit dem Kindsvater nicht auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen kann und das öffentliche Interesse an der Fernhaltung aufgrund der Verurteilung von B_____ zu einer vierjährigen Freiheitsstrafe schwerer zu gewichten ist als das private Interesse am geschützten Familienleben. Zu guter Letzt wurde bereits mit Urteil 2C_1065/2012 vom 2. Juli 2013 rechtskräftig festgestellt, dass eine Beziehungspflege von B_____ zu seinem Kind C_____ selbst für unbegrenzte Zeit auch aus Nigeria zumutbar ist. Dies gilt nach dem Gesagten auch für die übrigen Kinder. Aufgrund dieser Ausführungen ist der Antrag der Rekurrentin auf unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung für das Verfahren vor Verwaltungsgericht abzuweisen. Die Rekurrentin hat daher eine ihren finanziellen Möglichkeiten angepasste tiefe Gebühr von CHF 750.■ zu tragen.

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