

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017

BS Appellationsgericht, 2017-12-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.197

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.197 du 19 décembre 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.197 del 19 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 29. August 2017 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig zur Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 i.V.m. § 88 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung 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 einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Die Frage der Rechtmässigkeit des Widerrufs einer Niederlassungsbewilligung und der Wegweisung der betroffenen Person aus der Schweiz beurteilt sich aufgrund von Art. 110 Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110) nach den Umständen im Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichts. Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig (vgl. BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2017.146 vom 14. November 2017 E. 1.2, VD.2016.52 vom 5. Februar 2017 E. 1.2, VD.2015.151 vom 24. Februar 2016 E. 1).

E. 2

2.1 Der Rekurrent macht in seiner Rekursbegründung geltend, dass, soweit die Vorinstanz mit der amtlichen Erkundigung beim Amt für Sozialbeiträge den Nachweis erbringen wolle, dass er gegenüber seinen Kindern die Unterhaltspflicht verletzt habe, der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Die Vorinstanz habe die amtliche Erkundigung weder angezeigt noch nachträglich dokumentiert, was für sich alleine schon genüge, den angefochtenen Entscheid aufzuheben.

2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung (BV, SR 101) ist formeller Natur, d.h. dessen Verletzung führt im Regelfall ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197, 135 I 187 E. 2.2 S. 190; VGE VD.2016.161 vom 5. Februar 2017 E. 6.2.2). Allerdings kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Gehöranpruchs ausnahmsweise geheilt werden, wenn das rechtliche Gehör vor einer

Rechtsmittelinstanz nachgeholt werden kann, die sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht über dieselbe Überprüfungsbefugnis verfügt wie die Vorinstanz (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; VGE VD.2016.161 vom 5. Februar 2017 E. 6.2.2). Selbst bei schwerwiegenden Verletzungen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Heilung möglich, wenn die Rückweisung an die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen des Verfahrens führen würde, die mit dem der Anhörung gleichgestellten Interesse der betroffenen Partei an einer raschen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f., 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f., 132 V 387E. 5.1 S. 390; VGE VD.2016.161 vom 5. Februar 2017 E. 6.2.2).

2.3 Indem sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid auf die amtliche Erkundigung beim Amt für Sozialbeiträge vom 20., 22. und 27. Juni 2017 gestützt hat, ohne die diesbezügliche Aktennotiz vom 27. Juni 2017 sowie den E-Mail-Verkehr vom 22. und 27. Juni 2017 dem Rekurrenten vorgängig zur Kenntnis zu bringen, hat sie dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die amtliche Erkundigung ist demgegenüber kein entscheidendes Beweismittel, weil die betreffenden Tatsachen im für den Widerruf der Niederlassungsbewilligung erforderlichen Umfang bereits durch andere Beweismittel erstellt wären. Folglich wiegt die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht schwer. Hinsichtlich Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung verfügt das Verwaltungsgericht über die gleiche freie Kognition wie die Vorinstanz (vgl. § 45 lit. a und b OG und § 8 Abs. 1 VRPG). Die Kognition des Verwaltungsgerichts ist gegenüber derjenigen der Vorinstanz nur insoweit eingeschränkt, als ihm die Überprüfung der Angemessenheit von Ermessensentscheiden verwehrt ist (vgl. § 45 lit. c OG und § 8 Abs. 5 VRPG). Wenn die Vorinstanz keine Ermessensfragen zu beurteilen gehabt hat, ist diese Kognitionsbeschränkung für die Frage der Möglichkeit der Heilung einer Gehörsverletzung jedoch nicht relevant und eine solche trotzdem möglich (VGE VD.2015.179, VD.2015.180, VD.2015.181, VD.2015.182, VD.2015.184 und VD.2015.185 vom 16. September 2016 E. 8.6, VD.2013.116 vom 10. Februar 2015 E. 4.1.4.1). Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz keine Ermessensfragen zu beurteilen. Der Rekurrent rügte nur unrichtige Sachverhaltsfeststellungen und unrichtige Rechtsanwendungen einschliesslich die Unverhältnismässigkeit. Im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren wurde dem Rekurrenten die Aktennotiz vom 27. Juni 2017 mit den Akten des Verwaltungsverfahrens zugestellt und Gelegenheit zur Stellungnahme geboten. Damit wurde die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geheilt.

E. 3.1

3.1.1 Gemäss Art. 63 Abs. 1 lit. b Ausländergesetz (AuG, 142.20) kann die Niederlassungsbewilligung widerrufen werden, wenn der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt gemäss Art. 80 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) insbesondere vor bei einer Missachtung von gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Verfügungen (lit. a) oder bei mutwilliger Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen (lit. b). Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt gemäss Art. 80 Abs. 2 VZAE vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher

Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt. Handlungen, die besonders hochwertige Rechtsgüter wie namentlich die körperliche, psychische und sexuelle Integrität eines Menschen verletzen oder gefährden stellen in der Regel einen schwerwiegenden Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Vergleichsweise weniger gravierende Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen sind insbesondere dann als schwerwiegend zu qualifizieren, wenn sich die ausländische Person durch strafrechtliche Massnahmen nicht beeindrucken lässt und damit zeigt, dass sie auch zukünftig weder gewillt noch fähig ist, sich an die Rechtsordnung zu halten. Ob die ausländische Person willens und in der Lage ist, sich in die hier geltende Ordnung einzufügen, kann nur anhand einer Gesamtbetrachtung ihres Verhaltens beurteilt werden. Auch eine Summierung von für sich genommen nicht schwerwiegenden Verstößen kann damit einen schwerwiegenden Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen (vgl. BGE 137 II 297 E. 3.3 S. 303 f.; BGer 2C_881/2012 vom 16. Januar 2013 E. 4.3.1, 2C_562/2011 vom 21. November 2011 E. 3.2). Schuldenwirtschaft für sich allein genügt nicht zur Begründung eines schwerwiegenden Verstoßes gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG. Es bedarf vielmehr des erschwerenden Merkmals der Mutwilligkeit. Die Verschuldung muss demnach selbst verschuldet und qualifiziert vorwerfbar sein (BGer 2C_997/2013 vom 21. Juli 2014 E. 2.2). Dem Umstand, dass bei ausländischen Personen, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten, der Widerrufgrund der Sozialhilfeabhängigkeit gemäss Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG nicht angewandt werden darf (vgl. Art. 63 Abs. 2 AuG), ist zwecks ausgewogener Anwendung des Gesetzes dadurch Rechnung zu tragen, dass in einer solchen Konstellation nicht leichthin von der Mutwilligkeit des Schuldenmachens ausgegangen wird (BGer 2C_997/2013 vom 21. Juli 2014 E. 2.2. Vgl. zum Ganzen VGE VD.2017.146 vom 14. November 2017 E. 2.1).

3.1.2 Ist eine Massnahme begründet, aber den Umständen nicht angemessen, so kann die betroffene Person nach Art. 96 Abs. 2 AuG unter Androhung dieser Massnahme verwarnet werden. Wenn eine solche Verwarnung ausgesprochen worden ist, kann dies bei einer Fortsetzung des fraglichen Fehlverhaltens zu einer definitiven Massnahme führen. Erforderlich ist dafür aber, dass keine wesentliche Besserung eintritt bzw. dass eben das vom Gesetz als unerwünscht erachtete Verhalten auch nach der Verwarnung fortgesetzt wird. Dabei muss ein Vergleich zwischen der Ausgangslage im Zeitpunkt der Androhung der Massnahme mit der aktuellen Situation, in der diese endgültig ergriffen werden soll, gezogen werden. Das frühere Verhalten ist zwar nicht unbedeutend. Es vermag aber für sich allein ■ abgesehen von den rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Rückkommens auf eine Verfügung ■ die definitive Massnahme nicht zu begründen. Das Fehlverhalten muss vielmehr angedauert haben oder wiederholt worden sein. Erforderlich ist mithin eine Gesamtbetrachtung unter Einschluss des früheren Fehlverhaltens. Für einen Widerruf müssen nach einer allfälligen Verwarnung jedoch neue Verfehlungen dazu gekommen sein, welche die Wirkungslosigkeit der Androhung des Widerrufs belegen. Für den Fall der Schuldenwirtschaft als Widerrufgrund der Niederlassungsbewilligung bedeutet dies, dass die ausländische Person auch nach der Androhung ausländerrechtlicher Folgen weiterhin mutwillig Schulden gemacht haben muss (BGer 2C_273/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 3.4). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der einem betreibungsrechtlichen Verwertungsverfahren, insbesondere einer Lohnpfändung, unterliegende Schuldner zum Vornherein keine Möglichkeit hat, ausserhalb des

Betreibungsverfahrens Schulden zu tilgen. Dies führt in solchen Fällen dazu, dass im Vergleich zu früher weitere Betreibungen hinzugekommen sein können oder der betriebene Gesamtbetrag angewachsen sein kann, ohne dass allein deswegen Mutwilligkeit vorliegt. Es kommt vielmehr darauf an, welche Anstrengungen zur Sanierung unternommen worden sind. Positiv zu würdigen ist etwa der Abbau vorbestehender Schulden (BGer 2C_997/2013 vom 21. Juli 2014 E. 2.3).

3.2 Der Rekurrent macht geltend, seine Verschuldung stehe im Zusammenhang mit seiner mittlerweile überwundenen Alkohol- und Spielsucht. Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die Ursache der Verschuldung in einer Alkohol- und Spielsucht des Rekurrenten besteht, bedeutet dies nicht, dass sie nicht selbstverschuldet und qualifiziert vorwerfbar ist. Ein Selbstverschulden könnte nur dann verneint werden, wenn die Alkohol- und Spielsucht derart schwerwiegend gewesen wären, dass dadurch die Schuldfähigkeit des Rekurrenten aufgehoben gewesen wäre. Dafür besteht nicht der geringste Hinweis. Zudem hat es der Rekurrent in qualifiziert vorwerfbarer Weise unterlassen, wirksame Massnahmen gegen seine Sucht zu ergreifen. Obwohl ihm die Problematik bereits im Sommer 2011 bekannt gewesen ist (vgl. Aktennotiz des Migrationsamts vom 13. Juli 2011), hatte er gemäss Schreiben seiner Ehefrau vom 30. Juni 2015 vier Jahre später noch immer grosse Suchtprobleme. Der Rekurrent behauptet, er habe die Alkohol- und Spielsucht inzwischen mit ärztlicher Hilfe überwunden. Gemäss Art. 90 AuG trifft die ausländische Person in Verfahren nach dem AuG eine Mitwirkungspflicht, wobei sie insbesondere gemäss lit. b der genannten Bestimmung die erforderlichen Beweismittel unverzüglich einreichen oder sich darum bemühen muss, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen. Die behauptete Überwindung der Sucht mit ärztlicher Hilfe betrifft die Sphäre des Rekurrenten und kann nur von diesem nachgewiesen werden. Folglich hätte es ihm obliegen, Beweismittel dafür einzureichen. Im angefochtenen Entscheid stellte die Vorinstanz fest, dass der Rekurrent weder den in seiner Rekursbegründung vom 20. Februar 2017 in Aussicht gestellten ärztlichen Bericht ein- bzw. nachgereicht noch sonst substantiiert dargelegt habe, mittels welcher therapeutischer Massnahmen ihm die Überwindung der Sucht gelungen sein soll (Entscheid des JSD vom 3. Juli 2017 E. 6). Trotzdem unterliess es der anwaltlich vertretene Rekurrent in krasser Verletzung seiner Mitwirkungspflicht auch im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren, irgendeinen Beweis für seine Behauptung einzureichen. Die blosser Angabe im Schreiben der Ehefrau des Rekurrenten vom 4. August 2016, er habe sein Alkoholproblem in den Griff bekommen, genügt als Beweis für die Überwindung der Alkohol- und Spielsucht nicht. Damit ist davon auszugehen, dass der Rekurrent die selbst behaupteten Süchte nicht nachhaltig überwunden hat. Folglich besteht eine grosse Gefahr, dass er auch in Zukunft weitere uneinbringliche Schulden anhäufen wird.

Der Rekurrent behauptet, die Betreibungen seit August 2016 seien für tatsächlich nicht bestehende Schulden bzw. für bereits bestehende Schulden (wiederholte Betreibungen, Betreibungen für Verlustscheine) erfolgt. Wie bereits erwähnt, trifft den Rekurrenten gemäss Art. 90 AuG eine Mitwirkungspflicht und hat er insbesondere die erforderlichen Beweismittel unverzüglich einzureichen oder sich darum zu bemühen, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen. Zudem ergibt sich aus § 46 Abs. 2 OG und § 16 Abs. 2 VRPG, dass er seine Behauptungen im Rekursverfahren zu substantiieren hat (vgl. VGE VD.2016.154 vom

Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für den Entzug der Niederlassungsbewilligung als erfüllt anzusehen. Die Vorinstanz hat den Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die Wegweisung damit zu Recht verfügt, so dass der Rekurs abzuweisen ist. Der Widerrufsgrund für die Niederlassungsbewilligung von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG stellt bereits in weniger schwerwiegender Ausprägung einen Widerrufsgrund für eine Aufenthaltsbewilligung dar (Art. 62 Abs. 1 lit. c AuG) und steht damit auch der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung entgegen. Der mit keinem Wort begründete Eventualantrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ist deshalb ebenfalls abzuweisen.

E. 6

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dessen Kosten grundsätzlich dem Rekurrenten aufzuerlegen (Art. 30 Abs. 1 VRPG). In seiner Rekursbegründung vom 3. August 2017 beantragt der Rekurrent jedoch die unentgeltliche Rechtspflege mit Advokat [...] als unentgeltlichem Rechtsbeistand.

6.2 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. Soweit es sich zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erweist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege sind somit zunächst die Bedürftigkeit der Betroffenen und die Nichtaussichtslosigkeit der Rechtssache. Nach der Rechtsprechung sind Prozessbegehren als aussichtslos 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 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; VGE VD.2017.15 vom 3. Juni 2017 E. 6.1.1).

6.3 Mit seiner Rekursbegründung vom 3. August 2017 stellte der Rekurrent die Nachreichung von Unterlagen zwecks Belegs der unentgeltlichen Rechtspflege in Aussicht. Mit Verfügung vom 31. August 2017 setzte der Verfahrensleiter dem Rekurrenten Frist bis 15. September 2017 zur Nachreichung der zum Nachweis seiner Bedürftigkeit erforderlichen Belege. Diese Frist wurde dem Rekurrenten zweimal erstreckt, letztmals bis 1. November 2017. Mit Eingabe vom 2. November 2017 erklärte der Rechtsbeistand des Rekurrenten, die Unterlagen zum Nachweis der Bedürftigkeit seien ihm bis am 1. November 2017 nicht beigebracht worden, weshalb er sie nicht fristgerecht habe nachreichen können. Dies gereicht dem Rekurrenten im vorliegenden Fall jedoch nicht zum Nachteil, weil seine Bedürftigkeit bereits aufgrund der Akten glaubhaft ist. Aus der Betreibungsauskunft vom 22. September 2017 ist ersichtlich, dass in diversen Betreibungen gegen den Rekurrenten Verlustscheine ausgestellt worden sind und in diversen Betreibungen gegen den Rekurrenten dessen Einkommen gepfändet worden ist. Die letzte Betreibung, in der ein Verlustschein ausgestellt worden ist, datiert vom 15. April 2016. Die letzte Betreibung, in der es zu einer Lohnpfändung kam, wurde am 31. Mai 2017 eingeleitet. Damit ist es glaubhaft, dass der Rekurrent kein relevantes Vermögen hat und über kein das betreibungsrechtliche Existenzminimum übersteigendes Einkommen verfügen kann. Der Rekurrent und seine Ehefrau leben getrennt. Die drei gemeinsamen Kinder im Alter von 9, 12 und 17 Jahren leben bei der Ehefrau. Gemäss den Angaben des

Amts für Sozialbeiträge schuldet der Rekurrent für seine drei Kinder Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt CHF 2■250.■ und haben diese von Juni 2012 bis Juni 2017 ununterbrochen bevorschusst werden müssen. Unter diesen Umständen erscheint es ausgeschlossen, dass der Rekurrent gegenüber seiner Ehefrau Anspruch auf Übernahme der Prozesskosten haben könnte. Da im verwaltungsinternen Rekursverfahren das rechtliche Gehör des Rekurrenten verletzt worden ist und diese Verletzung erst im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren geheilt worden ist, kann der Rekurs auch nicht als aussichtslos qualifiziert werden, womit der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege mit [...], Advokat, als unentgeltlichem Rechtsbeistand gewährt werden kann.

6.4Mangels Einreichung einer Honorarnote ist der Aufwand des unentgeltlichen Rechtsbeistands zu schätzen. Für die Rekursanmeldung vom 13. Juli 2017, die Rekursbegründung vom 3. August 2017, die Fristerstreckungsgesuche vom 15. September und 2. Oktober 2017 sowie die Eingabe vom 2. November 2017 ist ein Aufwand von knapp sieben Stunden angemessen. Dies ergibt bei einem Stundenansatz von CHF 200.■ ein Honorar von CHF 1■400.■ einschliesslich Auslagen zuzüglich 8 % MWST von CHF 112.■.

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