

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-12-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2018.176](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.176)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.176 du 12 décembre 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.176 del 12 dicembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 5. Oktober 2018 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 i.V.m. § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf den im Übrigen frist- und formgerechten Rekurs ist einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Gericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat. Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen 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; VGE VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 1.2).

1.3 In der Begründung seines Rekurses macht der Rekurrent geltend, von seiner Wegweisung sei abzusehen, solange über sein Gesuch um umgekehrten Familiennachzug noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist (Rekurs Ziff. 24). Unter Mitberücksichtigung der Begründung ist der Antrag des Rekurrenten, im jetzigen Zeitpunkt von seiner Wegweisung aus der Schweiz abzusehen, deshalb als sinngemässer Antrag zu verstehen, ihm gemäss Art. 17 Abs. 2 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) den Aufenthalt während des Verfahrens betreffend sein Gesuch um umgekehrten Familiennachzug zu gestatten.

### **E. 2**

2.1 Gemäss Art. 64 AuG erlassen die zuständigen Behörden eine ordentliche Wegweisungsverfügung, wenn ein Ausländer eine erforderliche Bewilligung nicht besitzt (lit. a), ein Ausländer die Einreisevoraussetzungen (Art. 5 AuG) nicht oder nicht mehr erfüllt (lit. b) oder einem Ausländer eine Bewilligung verweigert oder nach bewilligtem Aufenthalt widerrufen oder nicht verlängert wird (lit. c).

Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sind Art. 64 Abs. 1 lit. a und b AuG nur dann anwendbar, wenn die betroffene ausländische Person gesetzeswidrig kein Bewilligungsgesuch gestellt hat. Sobald die Person um Erteilung der benötigten Bewilligung ersuche, falle sie unter Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG (VGE ZH VB.2014.00235 vom 9. Juli 2014 E. 3.2, VB.2012.00617 vom 31. Oktober 2012 E. 4.2, VB.2012.00306 vom 14. Juni 2012 E. 3.1.2). Dies scheint auch der Auffassung von Spescha zu entsprechen (vgl. Spescha, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 4. Auflage, Zürich 2015, Art. 64 AuG N 2). Bezüglich der Wegweisungsgründe gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a und b sowie Art. 66 Abs. 1 der bis am 31. Dezember 2010 geltenden Fassung des AuG, die diejenigen gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a, b und c der aktuellen Fassung des AuG entsprechen (vgl. Botschaft vom 18. November 2009, BBl 2009 S. 8881, 8890), vertrat auch Trempe die Ansicht, dass Art. 64 Abs. 1 lit. a AuG nur dann zur Anwendung gelange, wenn die betroffene ausländische Person gesetzeswidrig kein Bewilligungsgesuch gestellt hat, und nur noch eine Wegweisung nach Art. 66 AuG möglich sei, sobald die Person um Erteilung der benötigten Bewilligung ersucht hat (Trempe, in: Caroni et al. [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar AuG, Bern 2010, Art. 64 N 11).

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Aus dem Wortlaut von Art. 64 Abs. 1 AuG ergibt sich keineswegs, dass lit. a und b keine Anwendung mehr fänden, sobald die ausländische Person ein förmliches Bewilligungsgesuch eingereicht hat. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sowie Spescha und Trempe bleiben jede Begründung für die von ihnen postulierte Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 64 Abs. 1 lit. a und b AuG schuldig. Der Rekurrent macht geltend, Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG gehe als speziellere Bestimmung Art. 64 Abs. 1 lit. a AuG als allgemeinerer Bestimmung vor, weil in den von lit. c erfassten Fällen immer auch der Tatbestand von lit. a erfüllt sei (Rekurs Ziff. 18). Da der Tatbestand von lit. b keineswegs in allen von lit. c erfassten Fällen erfüllt ist, wird auch damit keine Begründung dafür geliefert, dass Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG die Anwendung von Art. 64 Abs. 1 lit. b AuG ausschliessen sollte. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 64 Abs. 1 lit. a und b AuG ist mit einer systematischen Gesetzesauslegung von Art. 64 und Art. 17 AuG aber ohnehin nicht vereinbar. Ausländische Personen, die erstmals eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt in der Schweiz beantragen, haben den Entscheid gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG im Ausland abzuwarten (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 3.1, VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 2.1; vgl. Spescha, a.a.O., Art. 17 AuG N 1). Nur wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind, kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG gestatten. Grundsätzlich sind ausländische Personen damit verpflichtet, den Bewilligungsentscheid im Ausland abzuwarten (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E.3.1, VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 2.1; vgl. Spescha, a.a.O., Art. 17 AuG N 1). Dieser Grundsatz würde vollständig aus den Angeln gehoben, wenn eine ausländische Person, die ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestellt hat, nur noch in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 lit. c AuG und damit nur noch dann weggewiesen werden könnte, wenn ihr die beantragte Bewilligung verweigert wird. Damit könnte sie erst bei Abschluss des Bewilligungsverfahrens mittels Wegweisung verpflichtet werden, die Schweiz zu verlassen (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 3.1, VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 2.1). Dementsprechend entschied das Bundesgericht unter Verweis auf Art. 17 AuG, dass die Hängigkeit eines Bewilligungsverfahrens der Wegweisung grundsätzlich nicht entgegenstehe (BGer

2C\_218/2013 vom 26. März 2013 E. 3.2.3). Dies kann nur bedeuten, dass Art. 64 Abs. 1 lit. a und b AuG auch nach Einreichung eines förmlichen Bewilligungsgesuchs anwendbar bleiben. Auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Stadt sind Art. 64 Abs. 1 lit. a und b AuG nach Einreichung eines Bewilligungsgesuchs und dessen erstinstanzlichen Abweisung weiterhin anwendbar (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 3.1, VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 3.1, VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 Sachverhalt und E. 2; vgl. VGE VD.2013.134 und VD.2013.137 vom 15. Januar 2014 E. 2). Somit kann die Wegweisung des Rekurrenten bei gegebenen Voraussetzungen trotz des Gesuchs um umgekehrten Familiennachzug und dessen erstinstanzlichen Abweisung auf Art. 64 Abs. 1 lit. a und/oder b AuG gestützt werden.

2.2 Mit Verfügung vom 18. März 2014 wurde der Rekurrent mit einem bis am 19. März 2019 geltenden Einreiseverbot belegt. Damit erfüllt er die Einreisevoraussetzungen nicht (Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG). Für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit von mehr als drei Monaten benötigen ausländische Personen eine Bewilligung (Art. 10 Abs. 2 AuG). Der Rekurrent reiste im September 2014 wieder in die Schweiz ein und besitzt keine Aufenthaltsbewilligung. Spätestens seit Dezember 2014 fehlt ihm damit eine Bewilligung für den Aufenthalt in der Schweiz. Somit sind die Wegweisungsgründe von Art. 64 Abs. 1 lit. a und b AuG grundsätzlich erfüllt. Artikel 64 Abs. 1 lit. c AuG ist im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Rekurrenten (Rekurs Ziff. 18) nicht anwendbar, weil gegen die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung beim JSD ein Rekurs hängig ist und mit dem angefochtenen Entscheid und dem vorliegenden Urteil noch nicht über diese Bewilligung entschieden wird.

### **E. 3**

3.1 Gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG haben Ausländerinnen und Ausländer, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den Entscheid im Ausland abzuwarten. Dies gilt auch für illegal Anwesende, die ihren Aufenthalt nachträglich durch ein entsprechendes Bewilligungsgesuch legalisieren wollen (BGE 139 I 37 E. 2.1 S. 40; VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.1, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.1; Spescha, a.a.O., Art. 17 AuG N 1). Gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens (sog. prozeduraler Aufenthalt) aber gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden. Da die Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts unverhältnismässig wäre, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind, und das Ermessen verfassungskonform und damit auch verhältnismässig zu handhaben ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV, SR 101] und Art. 96 AuG), muss der Aufenthalt in diesem Fall trotz der Kann-Formulierung des Gesetzes gestattet werden (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.1, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.1; vgl. BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 40; Spescha, a.a.O., Art. 17 AuG N 2). Folglich ist eine Wegweisung ausgeschlossen, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.1, VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 3.1). Obwohl Art. 17 Abs. 1 AuG nur von rechtmässig eingereisten Ausländerinnen und Ausländern spricht, ist Art. 17 Abs. 2 AuG jedenfalls im Anwendungsbereich von Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) und Art. 13 BV in grundrechtskonformer Auslegung auch auf Ausländerinnen und Ausländer anwendbar, die rechtswidrig in die Schweiz eingereist sind und/oder sich

rechtswidrig in der Schweiz aufhalten. Die Erwähnung der rechtmässigen Einreise in Art. 17 Abs. 1 AuG dient der Klarstellung, dass anders als im früheren Recht auch rechtmässig eingereiste Ausländerinnen und Ausländer den Bewilligungsentscheid grundsätzlich im Ausland abzuwarten haben, und nicht dem Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 17 Abs. 2 AuG auf andere Fälle (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.1, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.1; vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.2 S. 48 f.; Spescha, a.a.O., Art. 17 AuG N 2).

3.2 Die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 17 Abs. 2 AuG sind insbesondere dann offensichtlich erfüllt, wenn die eingereichten Unterlagen einen gesetzlichen oder völkerrechtlichen Anspruch auf die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltbewilligung belegen, keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen und die betroffene Person der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AuG nachkommt (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]; VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.1, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.1).

3.3 Aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV lässt sich zwar grundsätzlich kein Anspruch darauf ableiten, den Ausgang eines ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens entgegen der Grundsatzregelung in Art. 17 Abs. 1 AuG im Inland abwarten zu dürfen (BGE 139 I 37 E. 3.5.1 S. 47; BGer 2D\_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.3, 2C\_532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2; VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2). Die Pflicht, nach Art. 17 Abs. 1 AuG den Bewilligungsentscheid im Ausland abwarten zu müssen, ist aber grundrechtskonform zu konkretisieren (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 40 und E. 3.5.1 S. 47 f.; BGer 2D\_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.2 f., 2C\_532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2; VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2). Wenn zwischen einer ausländischen Person und einem Mitglied der Familie eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung besteht, das Familienmitglied in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht hat (Schweizer Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung, auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhende Aufenthaltbewilligung) und es ihm nicht möglich und von vornherein ohne Weiteres zumutbar ist, das Familienleben mit der ausländischen Person im Ausland zu führen, stellt es einen Eingriff in das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens dar, wenn der ausländischen Person der Aufenthalt in der Schweiz untersagt wird (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2; vgl. 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, 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, 122 II 1 E. 1e S. 5). Unter diesen Voraussetzungen ist die Pflicht, den Bewilligungsentscheid gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG im Ausland abzuwarten, als Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens zu qualifizieren. Eine Einschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens ist gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, in einem der in Art. 8 Ziff. 2 EMRK abschliessend genannten öffentlichen Interessen liegt und verhältnismässig ist (VGE VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2; vgl. BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46 f., 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156, 135 I 143 E. 2.1 S. 147; VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2, VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011 E. 2.1.1). Diesen Voraussetzungen wird durch eine grundrechtskonforme Anwendung des Grundsatzes, dass der Bewilligungsentscheid im Ausland abzuwarten ist, Rechnung

getragen (VGE VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2; vgl. BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 41; BGer 2D\_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.2). Demnach sind im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV die Zulassungsvoraussetzungen bereits dann als offensichtlich erfüllt zu betrachten und der betroffenen Person der prozedurale Aufenthalt in Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG zu gestatten, wenn die Chancen, dass die Bewilligung zu erteilen sein wird, deutlich höher einzustufen sind als jene, dass sie zu verweigern sein wird (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2; vgl. BGE 139 I 37 E. 4.1 S. 49; BGer 2D\_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.2, 2C\_532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2, 2C\_1001/2013 vom 4. Februar 2014 E. 2.2.3). Wenn die Chancen der Bewilligungserteilung hingegen nicht deutlich höher sind als diejenigen der Bewilligungsverweigerung, überwiegt das öffentliche Interesse an der Einwanderungskontrolle grundsätzlich die privaten Interessen, die Beziehung bis zum Bewilligungsentscheid leben zu können (vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.1 S. 47 f.; VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2). In diesem Fall stellt die Pflicht, den Bewilligungsentscheid im Ausland abwarten zu müssen, eine auf einer gesetzlichen Grundlage beruhende, im öffentlichen Interesse liegende sowie verhältnismässige und damit zulässige Einschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens dar (VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2). Allein aus Vorkehren wie der Einleitung ehe- und familienrechtlicher Verfahren, der Einschulung von Kindern, dem Liegenschaftserwerb, der Wohnungsmiete, dem Abschluss eines Arbeitsvertrags oder der Geschäftsgründung oder ■beteiligung können keine Ansprüche im Bewilligungsverfahren abgeleitet werden (Art. 6 Abs. 2 VZAE). Die Behörden müssen diese Aspekte allerdings in ihre summarische Würdigung mit einbeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn bereits ein schützenswertes Familienleben nach Art. 8 EMRK besteht, in das mit Art. 17 Abs. 1 AuG eingegriffen wird (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 41; VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.4, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.4).

3.4 Ob die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden, ist in einer summarischen Würdigung der Erfolgsaussichten (sog. Hauptsachenprognose) zu entscheiden, wie dies bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen regelmässig der Fall ist (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 40; BGer 2C\_532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2; VGE VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.6, VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 3.4, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.3). Die Bewilligungsbehörde ist dabei nicht verpflichtet, bereits vertiefte Abklärungen vorzunehmen. Umgekehrt darf sie aber auch nicht schematisch entscheiden und im Rahmen von Art. 96 AuG die ihr bekannten Umstände des Einzelfalls übergehen (BGer 2D\_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.2; VGE VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 3.4). Vorsorgliche Massnahmen ergehen aufgrund einer bloss provisorischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die zuständige Behörde 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 (BGer 2C\_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2; VGE VD.2016.162 vom 12. August 2016 E. 2.1, VD.2015.16 vom 27. April 2015 E. 2.2, VD.2014.124 vom 7. Juli 2014 E. 1.3, VD.2014.16 vom 2. Mai 2014 E. 2.2; vgl. BGE 117 V 185 E. 2b S. 191). Aus den vorstehenden Gründen ist der Beweisantrag des Rekurrenten auf Einholung eines kinderpsychologischen/-psychiatrischen Gutachtens (Rekurs Ziff. 23) jedenfalls im vorliegenden Verfahren abzuweisen. Das Ergebnis der im vorliegenden Verfahren vorgenommenen Interessenabwägung ist für das Gericht, das allfällig über die

Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im umgekehrten Familiennachzug zu befinden hat, nicht präjudizierend (BGer 2D\_98/2008 vom 12. Dezember 2008 E. 4.3, 5.2).

3.5 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Interesse einer ausländischen Person, die sich seit längerem im Land aufhält, an einem vorläufigen Verbleiben in der Schweiz ■ während der Dauer des Verfahrens um eine Aufenthaltserlaubnis ■ in der Regel grösser als die Interessen an einem sofortigen Wegweisungsvollzug. Es bedarf deshalb besonderer Gründe von einem gewissen Gewicht, damit im konkreten Einzelfall das öffentliche Interesse an einer sofortigen Wegweisung eines solchen Ausländers dessen gegenläufiges Interesse am vorläufigen Verbleib überwiegt und die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigt (BGer 2C\_604/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 2.5). Dementsprechend hat das Bundesgericht unter Verweis auf Art. 17 AuG und Art. 66 Abs. 3 AuG in der bis am 31. Dezember 2010 geltenden Fassung sowie Art. 59 Abs. 2 VZAE erwogen, wer in der Schweiz ein Domizil eingerichtet hat und Beziehungen pflegt, solle grundsätzlich nicht ■ allenfalls bloss vorübergehend ■ gezwungen werden, seine Verwurzelung aufzugeben und sich vor eine ungewisse Zukunft gestellt zu sehen (vgl. BGer 2C\_604/2014 vom 31. Oktober 2014 E. 2.5, 2C\_304/2010 vom 16. Juli 2010 E. 2.3, 2C\_669/2009 vom 4. Februar 2010 E. 2.1.2; VGE VD.2018.57 vom 19. Juli 2018 E. 2.3, VD.2014.124 vom 7. Juli 2014 E. 2). Art. 59 Abs. 2 VZAE bestimmt für den Fall, dass ein Ausländer oder eine Ausländerin ein Gesuch um Verlängerung einer bestehenden Aufenthaltsbewilligung gestellt hat, dass sich die betroffene Person während des Verlängerungsverfahrens in der Schweiz aufhalten darf, sofern keine abweichende Verfügung getroffen worden ist. Aus den Verweisen des Bundesgerichts auf Art. 17 AuG und Art. 59 Abs. 2 VZAE ist zu schliessen, dass das Prinzip, dass eine ausländische Person, die sich seit längerem in der Schweiz aufhält, während der Dauer des Verfahrens um eine Aufenthaltserlaubnis vorläufig hier verbleiben darf, nur dann gilt, wenn ihr längerer Aufenthalt in der Schweiz zumindest zunächst im Rahmen eines bestehenden Aufenthaltsrechts erfolgt ist. Mit rechtskräftigem Urteil des Verwaltungsgerichts VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 wurde die Aufenthaltsbewilligung des Rekurrenten nicht verlängert und wurde der Rekurrent aus der Schweiz weggewiesen. Mit Verfügung des damaligen Bundesamts für Migration (heute: Staatssekretariat für Migration) vom 18. März 2014 wurde er mit einem vom 20. März 2014 bis zum 19. März 2019 gültigen Einreiseverbot belegt und am 19. März 2014 nach Guinea ausgeschafft. Aufgrund des Einreiseverbots ist der Aufenthalt des Rekurrenten in der Schweiz seit seiner erneuten Einreise im September 2014 von Anfang an rechtswidrig (vgl. Art. 9 Abs. 2 VZAE in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG). Spätestens seit Dezember 2014 ist sein Aufenthalt auch deshalb rechtswidrig, weil er die erforderliche Bewilligung nicht besitzt (vgl. Art. 10 AuG). Folglich kann sich der Rekurrent entgegen der im Rekurs vertretenen Auffassung (Rekurs Ziff. 24) nicht auf den Grundsatz berufen, dass eine ausländische Person, die sich seit längerem im Land aufhält, während der Dauer des Verfahrens um eine Aufenthaltserlaubnis vorläufig in der Schweiz verbleiben darf.

#### **E. 4.1**

4.1.1 Besteht zwischen einer ausländischen Person und einem Familienangehörigen eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung, hat dieser in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht und ist es diesem nicht möglich und von vornherein ohne Weiteres zumutbar, das Familienleben mit der ausländischen Person im Ausland zu führen, so kann es wie bereits erwähnt das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und in Art. 13 Abs. 1 BV

garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen, der ausländischen Person den Aufenthalt in der Schweiz zu untersagen (VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.1, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.1; vgl. 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). Unter den genannten Voraussetzungen ergibt sich deshalb aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens ein grundsätzlicher Anspruch auf Anwesenheit und damit auf eine entsprechende ausländerrechtliche Bewilligung (VGE VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 3.3.2, VD.2016.43 vom 16. September 2016 E. 5.1.2.1, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.1, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.1). Eine ausländerrechtliche Bewilligung kann jedoch verweigert bzw. widerrufen werden, wenn die in Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV statuierten Voraussetzungen einer Einschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens erfüllt sind (VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.1; vgl. Malinverni, *Le droit des étrangers*, in: Thüerer et al. [Hrsg.], *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 63 N 44; Rhinow/Schefer/Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Auflage, Basel 2016, Rz. 1367 ff.; BGE 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156, 135 I 143 E. 2.1 S. 147). Die Verweigerung muss somit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, in einem der in Art. 8 Ziff. 2 EMRK abschliessend genannten öffentlichen Interessen liegen und verhältnismässig sein (VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.1; vgl. BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46 f., 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156, 135 I 143 E. 2.1 S. 147; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Auflage, Zürich 2016, Rz. 306a ff.; Rhinow/Schefer/Uebersax, a.a.O., Rz. 1198 ff. und Rz. 1232 ff.). Bei der Beurteilung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, sind im Rahmen einer Interessenabwägung, die sämtlichen Umständen des Einzelfalls umfassend Rechnung trägt, die Interessen an der Erteilung der Bewilligung und die öffentlichen Interessen an deren Verweigerung gegeneinander abzuwägen (BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 47, BGE 135 I 153 E. 2.1 S. 155 und E. 2.2.1 S. 156; VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.1). Dabei sind insbesondere bei Straffälligkeit die Schwere des begangenen Delikts, der seit der Tat vergangene Zeitraum und das Verhalten des Ausländers während dieser Periode sowie die Auswirkungen auf die primär betroffene Person und deren familiäre Situation zu berücksichtigen (BGE 135 II 377 E. 4.3 S. 381; VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.1). Bei der Interessenabwägung ist dem Kindeswohl als einem wesentlichen Element unter anderen Rechnung zu tragen (BGE 143 I 29 E. 5.5.1 f. S. 29 f. und E. 5.5.4 S. 31; vgl. Art. 3 Übereinkommen über die Rechte des Kindes [KRK, SR 0.107]; VGE VD.2017.62 vom 23. Februar 2018 E. 3.6, VD.2016.169 vom 23. Juli 2017 E. 2.3.2, VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 E. 3.2.3).

4.1.2 Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte ausländische Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, ist es in der Regel nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil dauerhaft im selben Land wie das Kind lebt und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt. Unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV ist es grundsätzlich ausreichend, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts entsprechend auszugestalten sind (BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319; BGer 2C\_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1; VGE VD.2017.220 vom 4. Dezember 2017 E. 2.2.3, VD.2016.169 vom 23. Juli 2017 E. 2.3.2, VD.2016.113 vom 15. Februar 2017

E. 3.2.3, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.2). Ein Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung kommt gemäss der Rechtsprechung grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn zwischen dem Ausländer und dessen Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht, die wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Land, in das der Ausländer vermutlich auszureisen hätte, praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte, und sich der Ausländer bisher in der Schweiz tadellos verhalten bzw. zu keinerlei (nennenswerten) Klagen Anlass gegeben hat (vgl. BGE 142 II 35 E. 6.2 S. 47, 139 I 315 E. 2.2 S. 319; BGer 2C\_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1, 2C\_187/2016 vom 12. April 2017 E. 5.2.1, 2C\_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.2, 2C\_1141/2014 vom 10. September 2015 E. 2.4, 2C\_648/2014 vom 6. Juli 2015 E. 2.2, 2C\_1231/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3.3, 2C\_858/2012 vom 8. November 2012 E. 2.2, 2C\_751/2012 vom 16. August 2012 E. 2.3, 2C\_336/2012 vom 3. August 2012 E. 3.2; VGE VD.2017.62 vom 23. Februar 2018 E. 3.6, VD.2017.220 vom 4. Dezember 2017 E. 2.2.3, VD.2016.169 vom 23. Juli 2017 E. 2.3.2, VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 E. 3.2.3, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 6.3.2, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.2). Bis zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) vom 21. Juni 2013 wurde zwischen der rechtlichen und der faktischen Obhut unterschieden (Büchler, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 273 N 2). Nach dem revidierten Recht ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht Bestandteil der elterlichen Sorge (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Der Begriff der Obhut ist deshalb nur noch im Sinne der faktischen Obhut zu verstehen (Büchler, a.a.O., Art. 273 N 2; vgl. BGer 5A\_985/2014 vom 25. Juni 2015 E. 3.2.1). Die ausländerrechtliche Rechtsprechung betreffend Elternteile ohne elterliche Sorge oder rechtliche Obhut gilt sinngemäss auch für Elternteile, denen es bloss an der faktischen Obhut über das Kind fehlt (vgl. BGE 143 I 21 E. 5.2 f. S. 27 f., E. 5.5.4 S. 31 f., E. 6.1 S. 32 und E. 6.3.1 S. 33 f.).

4.1.3 Unter besonderen Umständen sind eine besonders enge wirtschaftliche Beziehung und ein tadelloses Verhalten jedoch keine notwendige Voraussetzung für einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (vgl. betreffend das tadellose Verhalten BGer 2C\_723/2014 vom 6. August 2015 E. 2.3, 2C\_728/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.1, VGE VD.2017.62 vom 23. Februar 2018 E. 3.6, VD.2017.220 vom 4. Dezember 2017 E. 2.2.3, VD.2016.169 vom 23. Juli 2017 E. 2.3.2, VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 E. 3.2.3). Gemäss einem in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil des Bundesgerichts ist die vorstehend erwähnte Praxis (oben E. 4.1.2) auf einen Ausländer, der zwar nicht mehr mit seiner schweizerischen Ehefrau zusammenlebt und keine Obhut über das gemeinsame Kind hat, aber noch verheiratet und Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge ist, nicht oder jedenfalls nicht unverändert anwendbar (BGE 140 I 145 E. 4.1 S. 148 f.). Im konkreten Fall war die Voraussetzung der besonders engen wirtschaftlichen und affektiven Beziehung erfüllt und fehlte es an einem tadellosen Verhalten. Das Bundesgericht entschied, im beurteilten Fall stelle die Tatsache, dass der Ausländer gegen die öffentliche Ordnung verstossen habe, keinen Ausschlussgrund für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung dar, sondern bloss ein Kriterium unter anderen, das bei der umfassenden Interessenabwägung zu berücksichtigen sei (BGE 140 I 145 E. 4.2 f. S. 149 ff.). Eine entsprechende Relativierung muss unter besonderen Umständen auch beim Kriterium der besonders engen wirtschaftlichen Beziehung möglich sein.

4.2 Die Tochter des Rekurrenten lebt bei ihrer Tante in Basel in Familienpflege. Daran soll auch in Zukunft nichts geändert werden (angefochtener Entscheid E. 6; Entscheid der

KESB Leimental vom 21. März 2017 Sachverhalt Ziff. 3 S. 2, Akten 7). Der Sohn des Rekurrenten lebt bei der Kindsmutter. Damit fehlt dem Rekurrenten die faktische Obhut über seine Kinder. Gemäss der vorstehend dargelegten Rechtsprechung käme ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung deshalb grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn zwischen dem Rekurrenten und zumindest einem seiner Kinder sowohl in affektiver als auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine besonders enge Beziehung bestünde und sich der Rekurrent bisher in der Schweiz tadellos verhalten hätte. Im vorliegenden Einzelfall bestehen jedoch ausserordentliche Umstände, die es bei summarischer Prüfung rechtfertigen, eine besonders enge wirtschaftliche Beziehung und ein tadelloses Verhalten nicht als notwendige Voraussetzungen für einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu qualifizieren und die Qualität der Beziehung zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern und das bisherige Verhalten des Rekurrenten bloss bei der umfassenden Interessenabwägung gebührend zu berücksichtigen. Soweit ersichtlich betraf die Rechtsprechung, die für einen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung eine besonders enge wirtschaftliche und affektive Beziehung und ein tadelloses Verhalten des ausländischen Elternteils verlangt, stets Fälle, in denen der andere Elternteil Inhaber der alleinigen oder gemeinsamen elterlichen Sorge und der faktischen Obhut über das Kind war. Der Rekurrent hingegen ist Inhaber der alleinigen elterlichen Sorge für seine Tochter (angefochtener Entscheid E. 6; Entscheid der KESB Leimental vom 21. März 2017, Akten 7). Damit ist er die einzige Person, welche die wichtigen Entscheidungen im Leben seiner Tochter treffen kann. Zudem ist er der einzige Elternteil, welcher seiner Tochter nach dem Tod der Kindsmutter verblieben ist.

#### **E. 4.3**

4.3.1 Die Vorinstanz hat in ihre Interessenabwägung grundsätzlich die relevanten Umstände des Sachverhalts einbezogen und die Grundsätze der Interessenabwägung im Wesentlichen zutreffend dargestellt. Dem Rekurrenten ist jedoch darin zu folgen, dass sie die widerstreitenden Interessen im Ergebnis falsch gewichtet hat.

4.3.2 In affektiver Hinsicht ist eine besonders enge Beziehung zwischen dem Rekurrenten und seinen beiden Kindern zu bejahen. Zur Begründung kann auf die Feststellungen der Vorinstanz verwiesen werden, auch wenn diese die Beziehung zu Unrecht nur als eng bezeichnet hat (vgl. angefochtener Entscheid E. 10). In wirtschaftlicher Hinsicht hat die Vorinstanz eine besonders enge Beziehung hingegen bei summarischer Prüfung zu Recht verneint (vgl. angefochtener Entscheid E. 11). Zudem hat das bisherige Verhalten des Rekurrenten in der Schweiz zu erheblichen Klagen Anlass gegeben (vgl. angefochtener Entscheid E. 12 und 15 f.).

4.3.3 Mit den im Wesentlichen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz ist unter Verweis auf die Erwägungen 12 und 15 bis 17 des angefochtenen Entscheids festzuhalten, dass ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, dem Rekurrenten keine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen und ihn aus der Schweiz wegzuweisen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass er ein langes Vorstrafenregister insbesondere wegen seines jahrelangen Handelns mit Kokain nach Art eines reinen Moneydealers aufweist und sich diesbezüglich auch durch eine Vielzahl von Verurteilungen nicht von weiterer Delinquenz hat abhalten lassen. Daneben fallen die gegen den Rekurrenten ausgestellten Verlustscheine und seine Sozialhilfebezüge weniger ins Gewicht.

4.3.4 Ein sehr gewichtiges schutzwürdiges Interesse an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für den Rekurrenten begründen dessen Beziehung zu seinen Kindern und insbesondere das Kindeswohl seiner Tochter. Wie das Verwaltungsgericht betreffend den Sohn des Rekurrenten bereits in seinem Urteil vom 31. Mai 2013 festgestellt hat, wäre es dem Rekurrenten über den telekommunikativen Weg, wie zum Beispiel per Skype, und im Rahmen einzelner Besuche in gewissem Umfang auch von Guinea aus möglich, die Beziehung zu seinen Kindern zu pflegen (VGE VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.5). Bei summarischer Beurteilung ist jedoch davon auszugehen, dass die besonders enge affektive Beziehung mit diesen eingeschränkten Möglichkeiten praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte. Dementsprechend hat auch die Vorinstanz festgestellt, dass die Pflege der Beziehung des Rekurrenten zu seinen Kindern durch die Wegweisung aus der Schweiz stark beeinträchtigt würde (angefochtener Entscheid E. 18). Schliesslich geht auch das Bundesgericht davon aus, dass eine besonders enge affektive Beziehung von Guinea aus kaum in einem vergleichbaren Rahmen aufrechterhalten werden kann (BGer 2C\_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.4). Damit haben der Rekurrent und seine beiden Kinder ein erhebliches schutzwürdiges Interesse daran, dass der Rekurrent zwecks Pflege des Familienlebens in der Schweiz verbleiben kann. In der vorliegenden Situation geht es aber nicht nur um das allgemeine Interesse von Kindern, einen Elternteil, zu dem eine besonders enge affektive Bindung besteht, in ihrer Nähe zu haben. Gemäss dem nachvollziehbar begründeten Entscheid der KESB Leimental vom 21. März 2017 würde die Tochter des Rekurrenten bei dessen Wegweisung aus der Schweiz faktisch zu einer Vollwaisen und wäre mit einer Retraumatisierung der Tochter zu rechnen, was einer erheblichen Gefährdung des Kindeswohls gleichkäme (Entscheid vom 21. März 2017 E. 1.1 S. 3). Gemäss dem nachvollziehbar begründeten Bericht des Beistands vom 23. August 2018 würde die Wegweisung des Rekurrenten für dessen Tochter nach dem Tod ihrer Mutter zum nochmaligen Wegfall einer nahen Vertrauensperson führen. Dies würde ihr den Boden unter den Füßen wegziehen und ihr einen nicht berechenbaren Schaden zufügen. Für den Fall der Wegweisung des Rekurrenten sehe der Beistand das Wohl der Tochter als massiv gefährdet. ■ Sie würde einen nochmaligen Verlust eines Elternteils wahrscheinlich nicht verkraften und nicht verstehen ■ (Bericht vom 23. August 2018 S. 2 f., Akten 5 [1/4]). Bei der bloss summarischen Würdigung der Erfolgsaussichten besteht kein Anlass, an diesen Angaben zu zweifeln. Insbesondere spricht die Tatsache, dass die Zentrale Behörde Adoption und Pflegefamilien in ihrem Schreiben vom 17. September 2018 (vgl. Akten 5 [1/4]) die Frage offen gelassen hat, wie sich die Wegweisung des Rekurrenten aus der Schweiz auf seine Tochter auswirken würde, nicht gegen die Richtigkeit der Einschätzung der KESB Leimental und des Beistands. Zudem hielt auch die Zentrale Behörde Adoption und Pflege fest, dass der Rekurrent zum Umfeld seiner Tochter gehöre, das ihr die notwendige Stabilität gebe, um trotz des schweren Verlusts ihrer Mutter weiterhin zu ■ funktionieren ■, und dass die Wegweisung des Rekurrenten zwangsläufig zu einem zweiten Beziehungsabbruch führen würde (S. 2, Akten 5 [1/4]). Bei summarischer Beurteilung ist deshalb davon auszugehen, dass die Wegweisung des Rekurrenten zu einer schweren und konkreten Gefährdung des Kindeswohls seiner Tochter führen würde. Der Einwand des Justiz- und Sicherheitsdepartements, bei einer ■ vorübergehenden ■ Wegweisung des Rekurrenten könne nicht vom Verlust eines Elternteils gesprochen werden (angefochtener Entscheid E. 18), geht an der Sache vorbei. Für die Beantwortung der Frage, ob die angefochtene Wegweisung zulässig ist oder nicht, sind die Erfolgchancen des Gesuchs um umgekehrten Familiennachzug entscheidend. Bei rechtskräftiger

Abweisung dieses Gesuchs wird ein regelmässiger persönlicher Kontakt zwischen dem Rekurrenten und seiner Tochter bei summarischer Beurteilung aber nicht nur vorübergehend während des Verfahrens, sondern zumindest auf absehbare Zeit verunmöglicht. Dies kann durchaus als Verlust des zweiten Elternteils bezeichnet werden. Dieser Verlust könnte auch nicht ohne Weiteres dadurch kompensiert werden, dass die Tochter des Rekurrenten bei ihrer Tante lebt und damit bei einer Person, zu der sie mindestens seit der Krebserkrankung ihrer verstorbenen Mutter eine sehr enge und vertrauensvolle Beziehung pflegt (vgl. Schreiben der Zentralen Behörde Adoption und Pflegefamilien vom 17. September 2018 S. 1, Akten 5 [1/4]; Stellungnahme des Justiz- und Sicherheitsdepartements vom 20. September 2018 S. 3, Akten 5 [1/4]).

4.3.5 Die aktuelle Situation unterscheidet sich somit wesentlich von der mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 beurteilten. Im damaligen Zeitpunkt war der Umfang des Kontakts zwischen dem Rekurrenten und seinem Sohn unklar und bestand keine besonders enge affektive Beziehung (VGE VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.4 f.). Heute ist eine solche hingegen zu bejahen. Vor allem aber war der Rekurrent im Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichts vom 31. Mai 2013 noch nicht Vater einer Tochter, für die er die alleinige elterliche Sorge hat und für die seine Wegweisung eine gesundheitliche Gefährdung bedeuten könnte. Aus dem Umstand, dass das Verwaltungsgericht damals die öffentlichen Interessen an der Entfernung des Rekurrenten aus der Schweiz höher gewichtet hat als die privaten Interessen an seinem Verbleib in der Schweiz (VGE VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.9), kann deshalb nicht abgeleitet werden, die Interessenabwägung müsse heute gleich ausfallen.

4.3.6 Bei summarischer Würdigung der vorstehend erwähnten relevanten Umstände ist im heutigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass die privaten Interessen des Rekurrenten und seiner beiden Kinder, insbesondere seiner Tochter, am Verbleib des Rekurrenten in der Schweiz voraussichtlich höher zu gewichten sind als die öffentlichen Interessen an seiner Entfernung aus der Schweiz.

4.4 Aus den vorstehend erwähnten Gründen sind die Chancen, dass dem Rekurrenten gestützt auf Art. 8 EMRK und Art. 13 BV die beantragte Aufenthaltsbewilligung zu erteilen sein wird, entgegen der Auffassung des JSD bedeutend höher einzustufen als jene, dass sie zu verweigern sein wird. Folglich ist die Wegweisung des Rekurrenten ausgeschlossen, weil die Voraussetzungen des prozeduralen Aufenthalts gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG erfüllt sind. Demnach sind in Gutheissung des Rekurses der angefochtene Entscheid sowie Ziffer 2 der Verfügung des Migrationsamts vom 10. August 2018 aufzuheben und ist dem Rekurrenten zu gestatten, den rechtskräftigen Abschluss des Rekursverfahrens betreffend sein Gesuch um umgekehrten Familiennachzug in der Schweiz abzuwarten.

## **E. 5**

5.1 Gemäss dem angefochtenen Entscheid sind ein Aufwand von fünf Stunden und eine Auslagenpauschale von CHF 25.■ zu entschädigen (Entscheid vom 28. September 2018 E. 25). Dies wird vom Rekurrenten nicht beanstandet. Da das Justiz- und Sicherheitsdepartement dem Rekurrenten eine Parteientschädigung auszurichten hat, beträgt der Stundenansatz CHF 250.■. Damit beläuft sich die Parteientschädigung inklusive Auslagen auf CHF 1■275.■. Dieser Betrag bewegt sich im Rahmen, der von § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 11 lit. a der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (SG 153.810) für besondere Fälle vorgesehen ist. Da der Begriff des besonderen Falls

angesichts der Kostenentwicklung bei der Rechtsvertretung eher grosszügig auszulegen ist (VGE VD.2017.270 vom 18. Juli 2018 E. 5.3, VD.2017.21 vom 6. Juli 2017 E. 8), ist vorliegend von einem solchen auszugehen.

5.2 Mangels Einreichung einer Kostennote ist der Aufwand des Rechtsvertreters des Rekurrenten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu schätzen. Für den Rekurs vom 4. Oktober 2018 und die Eingabe vom 15. Oktober 2018 ist ein Zeitaufwand von knapp sechs Stunden angemessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gut die Hälfte der Begründung des Rekurses vom 4. Oktober 2018 wörtlich der Begründung des Rekurses vom 16. August 2018 entspricht. Folglich ist die Parteientschädigung einschliesslich Auslagen auf CHF 1'500.00 festzusetzen.

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