

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.197 vom 21. April 2017

BS Appellationsgericht, 2017-04-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.197

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.197 du 21 avril 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.197 del 21 aprile 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 6. November 2018 sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) und den Bestimmungen von §§ 10 und 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein unmittelbares Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert.

1.2 Angefochten ist ein Zwischenentscheid des JSD, mit welchem das Departement das Gesuch des Rekurrenten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im departementalen Rekursverfahren abgelehnt hat. Zwischenverfügungen unterliegen gemäss § 10 Abs. 2 VRPG nur dann selbständig der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Ein derartiger Nachteil ist bei Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts ohne Weiteres zu bejahen (statt vieler VGE VD.2016.237 vom 22. Februar 2017 E. 1.2, mit Hinweis; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 281 f.). Auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist einzutreten (§ 16 VRPG).

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 8 VRPG. Demnach hat dieses zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- und Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

E. 2

2.1 Der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung wird in erster Linie durch das kantonale Prozessrecht geregelt. Daneben besteht er auch unmittelbar aufgrund von Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV, SR 101; vgl. auch Art. 6 Ziff. 3 lit. c der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK, SR 0.101]). Das basel-städtische Verwaltungsrecht enthält in § 11 des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800) und in den §§ 15 ff. der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGV, SG 153.810) Bestimmungen zur unentgeltlichen Rechtspflege. Diese Regelungen gehen indessen nicht über die verfassungsrechtliche Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV hinaus (VGE VD.2016.237 vom 22. Februar 2017 E. 2.1.1, VD.2015.136 vom 22. Oktober 2015 E. 3.1, VD.2011.59 vom 27. Oktober 2011 E. 2.1). Aus diesem Grund kann ohne Weiteres auf die verfassungsrechtlichen Minimalansprüche abgestellt werden (VGE VD.2016.237 vom 22. Februar 2017 E. 2.1.1,

VD.2015.136 vom 22. Oktober 2015 E. 3.1; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 435, 472).

2.2 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 (unentgeltliche Prozessführung). Soweit es sich zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erweist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (unentgeltliche Verbeiständung). Voraussetzung für die unentgeltliche Rechtspflege ist somit die Bedürftigkeit des Betroffenen 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; VGE VD.2016.237 vom 22. Februar 2017 E. 2.1.2, VD.2015.136 vom 22. Oktober 2015 E. 3.2). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs unentgeltliche Rechtspflegemassgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218; VGE VD.2016.237 vom 22. Februar 2017 E. 2.1.2, VD.2015.136 vom 22. Oktober 2015 E. 3.2).

E. 3

3.1 Der Rekurrent begründet seinen Rekurs gegen den Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung ausschliesslich damit, dass er wegen der Beziehung zu seinem Sohn gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. b des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) und Art. 8 Ziff. 1 EMRK Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung habe (Rekursbegründung vom 6. Juli 2017 Ziff. 3 ff.; Rekursbegründung vom 26. Oktober 2018 Ziff. 6 ff.).

3.2 Gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG besteht nach der Aufgabe der Ehegemeinschaft ein Anspruch des Ehegatten auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiter, wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen. Solche Gründe können insbesondere in einer schützenswerten, durch Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV erfassten Beziehung zu einem in der Schweiz gefestigt aufenthaltsberechtigten Kind bestehen (BGE 139 I 315 E. 2.1 S. 319; BGer 2C_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1). 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.2016.169 vom 23. Juli 2017 E. 2.3.2). Wenn die regelmässige Ausübung des Besuchsrechts gegenüber einem in der Schweiz fest

anwesenheitsberechtigten Kind, namentlich wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Heimatland des ausländischen Elternteils sowie der Reisekosten, im Rahmen von Kurzaufenthalten praktisch nicht möglich oder zumutbar ist, ergibt sich aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens zwar ein grundsätzlicher Anspruch des nicht sorgeberechtigten ausländischen Elternteils auf dauernde Anwesenheit und damit in der Regel auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung. Ein Eingriff in diesen Anspruch und damit die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung ist aber regelmässig wegen überwiegender öffentlicher Interessen nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV gerechtfertigt (VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 6.3.2, VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011 E. 2.1.2). Ein Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung kommt 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_336/2012 vom 3. August 2012 E. 3.2; VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 6.3.2). Bis zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) vom 21. Juni 2013, welche am 1. Juli 2014 in Kraft getreten ist, wurde zwischen der rechtlichen und der faktischen Obhut unterschieden (Büchler, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 273 ZGB 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 ZGB 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., 5.5.4, 6.1 und 6.3.1 S. 27 f. und 31 ff.). Bei ausländischen Elternteilen eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes, die aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft über eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz verfügen, ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts kontinuierlich und reibungslos ausgeübt wird. Das formelle Ausmass des Besuchsrechts ist nur insoweit massgeblich, als dieses auch tatsächlich ausgeübt wird (BGE 139 I 315 E. 2.5 S. 321 f.; BGer 2C_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1; VGE VD.2017.62 vom 23. Februar 2018 E. 3.6). Die Behauptung des Rekurrenten, erst wenn dem nicht obhutsberechtigten Elternteil kein Besuchsrecht gewährt oder dieses entzogen werde, dürfe davon ausgegangen werden, dass keine enge Beziehung zum Kind bestehe (Rekursbegründung vom 26. Oktober 2018 Ziff. 7), ist damit offensichtlich falsch.

E. 3.3

3.3.1 Der Sohn des Rekurrenten befindet sich in der Obhut der Mutter. Der Rekurrent ist nicht Inhaber der faktischen Obhut über seinen Sohn (Scheidungsvereinbarung vom 12./24. September 2018 Ziff. 3; vgl. Bericht des Kinder- und Jugenddienstes [KJD] vom 27. Juni 2018).

3.3.2 Das JSD stellte im angefochtenen Zwischenentscheid fest, dass zwischen dem Rekurrenten und seinem Sohn seit langer Zeit gar kein Kontakt bestehe, dass der Rekurrent keine ernsthaften Bemühungen gezeigt habe, dies zu ändern, dass der Sohn gegenüber dem Rekurrenten fremde, dass der Rekurrent einen vereinbarten Termin beim KJD unentschuldigt nicht wahrgenommen habe, dass der KJD mehrmals erfolglos versucht habe, den Rekurrenten telefonisch zu erreichen, dass der Rekurrent während der Abklärung des KJD praktisch nicht präsent gewesen sei und dass er für die Durchführung begleiteter Besuchstage erforderliche Formulare nicht ausgefüllt habe (Zwischenentscheid vom 24. August 2018 S. 2 f.; vgl. Bericht des KJD vom 27. Juni 2018). Abgesehen davon, dass der Rekurrent behauptet, er nehme das nach dem angefochtenen Zwischenentscheid vereinbarte Besuchsrecht wahr, werden alle diese Feststellungen in der Rekursbegründung nicht bestritten. In der Scheidungsvereinbarung vom 12./24. September 2018 vereinbarten die Eltern, dass der Rekurrent den Sohn während zwei Monaten im Rahmen der begleiteten Besuchstage (jeweils vier Stunden) sehe. Während der beiden folgenden Monate erfolge lediglich die Übergabe begleitet, dies ebenfalls im Rahmen der begleiteten Besuchstage. Die Besuche seien unbegleitet und dauerten jeweils vier Stunden. Während der drei folgenden Monate sehe der Rekurrent den Sohn jedes zweite Wochenende während eines ganzen Tages (keine Übernachtungen). Während des anschliessenden Zeitraums verbringe der Sohn jedes zweite Wochenende von Samstagmorgen bis Sonntagnachmittag bei seinem Vater (inklusive Übernachtung). Frühestens ab Mitte 2019 verbringe der Rekurrent erstmals Ferien mit dem Sohn. Die begleiteten Besuchstage finden jeden ersten Sonntag und dritten Samstag im Monat von 13:00 bis 17:00 Uhr statt (<http://www.begleitetebesuchstage-baselstadt.ch/besuchstage.php>, besucht am 5. Dezember 2018). Gemäss der Scheidungsvereinbarung sieht der Rekurrent seinen Sohn somit während der ersten vier Monate jede zweite Woche während vier Stunden. Der Sohn ist vier Jahre alt. Bei fehlender elterlicher Einigung ist in der deutschen Schweiz bei Kleinkindern ein Besuchsrecht von einem Tag oder zwei halben Tagen pro Monat und bei Schulkindern von zwei Wochenenden pro Monat und zwei bis drei Ferienwochen zuzüglich Regeln für die Doppelfeiertage üblich (Michel/Schlatter, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkomentar ZGB, 2. Auflage, Basel 2018, Art. 273 N 12; Schwenger/Cottier, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2018, Art. 273 ZGB N 15). Zumindest seinem Umfang nach erfüllt der vereinbarte persönliche Verkehr damit die Anforderungen an ein übliches Besuchsrecht. Bei provisorischer und summarischer Beurteilung ist es aber nicht glaubhaft, dass der Rekurrent dieses Besuchsrecht tatsächlich regelmässig ausübt. Der Rekurrent behauptet zwar, er nehme sein Besuchsrecht wahr. Er substantiiert diese Behauptung aber in keiner Art und Weise und nennt keinen einzigen Beweis dafür. Insbesondere aufgrund des Verhaltens des Rekurrenten während der Abklärungen des KJD und dessen Feststellung, es sei unklar, ob der Rekurrent die Besuche regelmässig wahrnehmen werde (Bericht des KJD vom 27. Juni 2018 S. 3), ist seine blossе unsubstantiierte Behauptung bei provisorischer und summarischer Beurteilung nicht glaubhaft. Angesichts dessen, dass gemäss den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz zwischen dem Rekurrenten und seinem Sohn während langer Zeit kein Kontakt bestand und der Sohn gegenüber dem Rekurrenten fremdet, änderte im Übrigen bei provisorischer und summarischer Beurteilung selbst die regelmässige Wahrnehmung des vereinbarten Besuchsrechts nichts daran, dass derzeit keine besonders enge affektive Beziehung zwischen dem Rekurrenten und seinem Sohn besteht. Eine solche müsste zuerst aufgebaut werden, wobei der Aufbau bei bloss zwei Kontakten von je vier Stunden pro Monat längere Zeit in Anspruch nehmen würde. Aus den

vorstehenden Gründen kann bei provisorischer und summarischer Beurteilung keine Rede davon sein, dass zwischen dem Rekurrenten und seinem Sohn eine besonders enge affektive Beziehung bestehe.

3.3.3 In der Scheidungsvereinbarung vom 12./24. September 2018 verpflichtete sich der Rekurrent, an den Unterhalt seines Sohns einen monatlichen Beitrag von CHF 500.■ zu bezahlen. Dass der Rekurrent diesen Unterhaltsbeitrag tatsächlich bezahlt, behauptet er nicht einmal. Dies erscheint denn auch ausgeschlossen. In seinem Kostenerlassgesuch vom 19. Februar 2018 gibt er an, dass er überhaupt kein Einkommen habe. Gemäss seiner Rekursbegründung vom 26. Oktober 2018 hat sich an seiner finanziellen Situation nichts geändert (Rekursbegründung vom 26. Oktober 2018 Ziff. 9). Dem angefochtenen Zwischenentscheid nach bezahlte der Rekurrent mangels finanzieller Ressourcen nie Unterhaltsbeiträge für seinen Sohn und leistete er auch keinen Unterhalt in Form von Naturalleistungen wie z.B. Kinderbetreuung (Zwischenentscheid vom 24. August 2018 S. 3). Dies wird vom Rekurrenten nicht bestritten. Damit besteht zwischen dem Rekurrenten und seinem Sohn in wirtschaftlicher Hinsicht bei provisorischer und summarischer Beurteilung überhaupt keine Beziehung.

3.3.4 Gegen den Rekurrenten bestehen neun offene Verlustscheine in Höhe von insgesamt CHF 9■233.20 und sind drei Beteiligungen hängig für total CHF 1■205.70. Er bezieht mit Unterbrechungen seit dem 1. August 2015 Sozialhilfe. Der aktuelle Saldo beträgt CHF 77■801.57 und die letzte monatliche Zahlung CHF 2■389.■. Eine Ablösung von der Sozialhilfe ist gemäss den unbestrittenen Feststellungen im angefochtenen Zwischenentscheid nicht in Sicht. Das JSD stellte fest, aus den vorstehenden Gründen sei das Verhalten des Rekurrenten nicht tadellos (Zwischenentscheid vom 24. August 2018 S. 4). Der Rekurrent bringt nichts vor, das geeignet wäre, die Richtigkeit dieser Feststellung in Frage zu stellen. Von einem tadellosen Verhalten des Rekurrenten kann deshalb bei provisorischer und summarischer Beurteilung keine Rede sein.

3.3.5 Unter den vorstehend dargelegten Umständen überwiegt bei provisorischer und summarischer Beurteilung das öffentliche Interesse, den Rekurrenten zur Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik, zur Vermeidung einer weiteren erheblichen Belastung der Sozialhilfe und zum Schutz potenzieller Gläubiger vor weiteren uneinbringlichen Forderungen aus der Schweiz zu entfernen, die Interessen des Rekurrenten und seines Sohns am Verbleib des Rekurrenten in der Schweiz deutlich. Bei provisorischer und summarischer Beurteilung vermitteln Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV dem Rekurrenten klarerweise keinen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung. Die Feststellung des JSD, der Rekurs gegen die Verfügung des Migrationsamts vom 21. April 2017 sei aussichtslos, ist deshalb bei provisorischer und summarischer Beurteilung in keiner Art und Weise zu beanstanden.

E. 4.1

4.1.1 Der Rekurrent beantragt für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege.

4.1.2 Gemäss § 66 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) hat jede Person nach Massgabe des Bundesrechts Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, soweit das Gesetz keine weitergehenden Ansprüche vorsieht. Solche bestehen im vorliegenden Fall nicht. Folglich richten sich die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren nach Art. 29 Abs. 3 BV (vgl. dazu oben E. 2.1).

4.1.3 Wie vorstehend eingehend dargelegt worden ist (vgl. oben E. 3), ist der Zwischenentscheid vom 24. August 2018 in keiner Art und Weise zu beanstanden und bringt der Rekurrent in seinem Rekurs nichts vor, was geeignet wäre, die Richtigkeit des angefochtenen Zwischenentscheids in Frage zu stellen. Folglich ist auch der Rekurs gegen den Zwischenentscheid vom 24. August 2018 als aussichtslos zu qualifizieren. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist deshalb abzuweisen.

4.2 In der Verwaltungsrechtspflege sind dem Rekurrenten im Fall des Unterliegens in der Regel die Verfahrenskosten aufzuerlegen (§ 30 Abs. 1 Satz 1 VRPG). Das Appellationsgericht erwog wiederholt, für Rekursverfahren gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit würden praxisgemäss keine Gerichtskosten erhoben (VGE VD.2015.38 vom 2. Juni 2015 E. 3; vgl. AGE BEZ.2017.58 vom 6. Februar 2018 E. 4). Dies gilt jedoch nur, wenn der Rekurs gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht selber als aussichtslos erscheint (VGE VD.2015.53 vom 26. Mai 2015 E. 3, VD.2014.174 vom 26. September 2014 E. 4, VD.2013.177 vom 29. Januar 2014 E. 3), was beim vorliegenden Rekurs aber der Fall ist (vgl. oben E. 4.1.3). Folglich hat der Rekurrent die Gerichtskosten mit einer bescheidenen Gebühr von CHF 400.■ zu tragen.

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