

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.21 vom 25. September 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2018.21](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.21)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.21 du 25 septembre 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.21 del 25 settembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses folgt aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 13. Februar 2018 sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) und § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes.

1.2 Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat demnach ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf seinen frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist insgesamt einzutreten.

1.3 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 bundesgerichtlicher 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 (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63; VGE VD.2019.75 vom 26. Juni 2019 E. 1.3). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (VGE VD.2017.168 vom 9. Februar 2018 E. 1.2, VD.2016.52 vom 5. Februar 2017 E. 1.2, VD.2015.241 vom 21. September 2016 E. 1).

1.4 Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) wurde am 16. Dezember 2016 revidiert. Dabei wurde das Gesetz in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG) umbenannt. Nachdem einige geänderte Bestimmungen bereits am 1. Januar 2018 in Kraft getreten waren, traten die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels am 1. Januar 2019 in Kraft. Damit stellt sich die Frage, ob im vorliegenden hängigen Verfahren das alte oder das neue Recht anwendbar ist. Nach der allgemeinen Übergangsbestimmung in Art. 126 Abs. 1 AIG bleibt auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar (vgl. VGE VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 1.5; BGE 136 II 187 E. 3.1 S. 189; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 24 N 20). Das Gesuch des Rekurrenten um Nachzug seiner Ehefrau datiert vom 28. Mai 2015. Folglich sind die am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen

materiellen Bestimmungen des AIG im vorliegenden Rekursverfahren nicht zu berücksichtigen. Aus diesem Grund wird im Folgenden auch weiterhin der bisherige Titel des Gesetzes (AuG) verwendet.

## **E. 2**

2.1 Nach Art. 42 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Der Anspruch auf Familiennachzug muss innert fünf Jahren nach der Einreise oder der Entstehung des Familienverhältnisses geltend gemacht werden (gemäss Art. 47 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a AuG). Die Einreichung des Gesuchs am 28. Mai 2015 erfolgte unbestrittenermassen innerhalb der gesetzlichen Frist.

2.2 Nach Art. 51 Abs. 2 lit. b AuG erlöschen die Ansprüche nach Art. 42 AuG, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden oder wenn Widerrufsgründe nach Art. 63 AuG vorliegen. Ein Widerrufsgrund besteht unter anderem, wenn die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen ist (Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG). Dabei ist eine konkrete Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit vorausgesetzt; bloss finanzielle Bedenken genügen nicht und ebenso wenig kann diesbezüglich auf Hypothesen und pauschalierte Gründe abgestellt werden (BGer 2C\_851/2014 vom 24. April 2015 E. 3.4, 2C\_780/2013 vom 2. Mai 2014 E. 3.3.1, 2C\_1228/2012 vom 20. Juni 2013 E. 2.3). Für die Beurteilung der Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit ist von den bisherigen und aktuellen Verhältnissen auszugehen und die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung auf längere Sicht abzuwägen. Der Widerrufsgrund ist erfüllt, wenn eine Person bzw. die Familie hohe finanzielle Unterstützungsleistungen erhalten hat und nicht damit gerechnet werden kann, dass sie in Zukunft für ihren Lebensunterhalt sorgen wird. Diesbezüglich darf nicht bloss auf das Einkommen des hier anwesenden Familienangehörigen abgestellt werden, sondern es sind die finanziellen Möglichkeiten aller Familienmitglieder über längere Sicht abzuwägen (BGer 2C\_184/2018 vom 16. August 2018 E. 2.3).

2.3 Nachdem die Vorinstanz den Rekurs in Bezug auf die volljährige Tochter des Rekurrenten gutgeheissen hat, ist vorliegend noch das Familiennachzugsgesuch der Ehefrau strittig. Das Justiz- und Sicherheitsdepartement kam diesbezüglich zum Schluss, das Gesuch sei angesichts der dauerhaften und erheblichen Sozialhilfeunterstützung, deren Ende nicht absehbar sei, abzulehnen. Es hielt fest, die Sozialhilfeunterstützung des Rekurrenten und seiner Familie dauere seit der Einreise in die Schweiz ununterbrochen fort. Im Dezember 2017 habe die monatliche Unterstützung für die Eheleute und die beiden gemeinsamen Kinder CHF 4'334.60 betragen. Gesamthaft summiere sich die Unterstützung der Familie (inkl. B\_\_\_\_) innert der zweieinhalbjährigen Bezugsdauer auf insgesamt CHF 212'000.■. Damit finde die durch das Migrationsamt gestellte negative Zukunftsprognose in dieser Entwicklung zumindest bisher Bestätigung. Aufgrund vorgenommener Abklärungen bei der Sozialhilfe und dem Arbeitsintegrationszentrum (AIZ) folgte die Vorinstanz, dass die Negativprognose des Migrationsamts weiter Gültigkeit habe und es auch weiterhin nicht ersichtlich sei, inwiefern der Rekurrent den Unterhalt seiner Familie künftig ohne Inanspruchnahme der öffentlichen Fürsorge sicherstellen könne. Von einem Übergangszeitraum könne mittlerweile jedenfalls nicht mehr die Rede sein, vielmehr sei seine Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt aus diversen Gründen (Alter, mangelnde Berufserfahrung auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt, Nichtanerkennung seiner Pilotenlizenz in der Schweiz, Knieoperation) nach

wie vor nicht absehbar. Daneben sei ihm vorwerfbar, dass er beim Erlernen der deutschen Sprache zunehmend weniger Engagement zeige. Zudem entstehe nicht der Eindruck, der Rekurrent würde eine Aufnahme einer Erwerbstätigkeit konsequent anstreben; geltend gemachte Bewerbungsbemühungen seien auch nicht belegt. Da die Geburt der jüngsten Tochter inzwischen mehrere Monate her sei und die Kinderbetreuung ebenso von der nicht berufstätigen Ehefrau übernommen werden könne, bilde dies auch kein Grund für die unterlassene Stellensuche.

### **E. 3**

3.1 In formeller Hinsicht macht der Rekurrent vorab geltend, der angefochtene Entscheid verletze den Anspruch auf rechtliches Gehör. Das JSD habe am 8. Dezember 2017 Abklärungen bei der Sozialhilfe getätigt und am 11. Dezember 2017 Akten des AIZ angefordert, ohne dass der Rekurrent Gelegenheit erhalten habe, vorgängig zur diesen Beweiserhebungen Stellung zu nehmen. Der angefochtene Entscheid stütze sich aber schergewichtig auf diese Abklärungen, obwohl diese den schriftlichen Verlautbarungen des AIZ widersprechen würden.

3.2 Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (statt vieler: BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293).

Der Gehörsanspruch ist formeller Natur und seine 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). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Gehörsanspruchs kann aber ausnahmsweise geheilt werden, wenn das rechtliche Gehör vor einer Rechtsmittelinstanz nachgeholt wird, 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.; vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., Rz. 314). Selbst bei schwerwiegenden Verletzungen ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Heilung möglich, wenn die Rückweisung an die Vorinstanz zu unnötigen Verzögerungen des Verfahrens führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (VGE VD.2019.221 vom 19. Juni 2019 E. 2.1; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f.).

3.3 Die Vorinstanz hat am 8. Dezember 2017 telefonisch Auskunft bei der Sozialhilfe betreffend Unterstützung, Wohnung, Schulden und Ablösungsperspektive des Rekurrenten eingeholt. Weiter hat sie beim AIZ das Verlaufsprotokoll zur sprachlichen und beruflichen Integration des Rekurrenten verlangt, das am 11. Dezember 2017 eingegangen ist. Bis zum vorinstanzlichen Entscheid vom 6. Februar 2018 sind in den Verfahrensakten keine weiteren Schriftenwechsel mit dem Rekurrenten bzw. dessen Vertreter ersichtlich. Aus dem Inhalt und der Funktion des Akteneinsichtsrechts als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgt jedoch, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten

gezeigt werden müssen, sofern darauf abgestellt wird (BGE 115 V 297 E. 2e S. 302). Die Betroffenen können sich nur dann wirksam zur Sache äussern, wenn ihnen die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf die sich die Behörde bei ihrer Entscheidung stützt. Zieht die Vorinstanz neue Akten bei, auf die sie abstellen möchte, ist sie verpflichtet, die Parteien über den Aktenbeizug zu informieren. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann auch nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos (BGE 132 V 387 E. 3 S. 388). Vorliegend hat die Vorinstanz sogar massgeblich auf die neu beigezogenen Informationen abgestellt, wobei sie sie teilweise nur einseitig zitiert hat (Entscheid des JSD S. 11■14). Sie erwog, dass entgegen dem Schreiben des AIZ vom 19. Mai 2017, in welchem dem Rekurrenten mit dem Erreichen des Deutschniveaus B2 eine gute Ausgangslage für die Integration auf dem Arbeitsmarkt sowie eine aktive, motivierte und pünktlich Kursteilnahme attestiert wurde, das gesamte Verlaufsprotokoll des AIZ ein weniger positives Bild ergebe. Darin entstehe nicht der Eindruck, der Rekurrent würde eine Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ■ und sei es auch nur eine Teilzeit- oder Temporärstelle in einem Bereich, für den er eigentlich überqualifiziert ist ■ konsequent anstreben. Dies zeige sich etwa dadurch, dass er sich die Ausübung gewisser Tätigkeiten (Service, Gastronomie) nach eigenen Angaben nach wie vor schwer vorstellen könne (Entscheid des JSD E. 15). Dabei klammert die Vorinstanz aus, dass der Rekurrent dem AIZ mitteilte, dass er offen sei für verschiedene handwerkliche Arbeiten. Er sehe sich zwar weniger in der Reinigung und Gastronomie, könne sich aber als Fahrer, im Lager oder als Hilfsarbeiter eine Arbeit vorstellen (Verlaufsprotokoll S. 13). Angesichts der weitgehenden Bedeutung der zusätzlichen Sachverhaltsabklärung wäre die Möglichkeit zur Stellungnahme für den Rekurrenten umso wichtiger gewesen. Indem das Justiz- und Sicherheitsdepartement dem Rekurrenten keine Gelegenheit gewährt hat, vorgängig zu diesen Beweiserhebungen Stellung zu nehmen, hat sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

3.4 Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat der Rekurrent nun Kenntnis der vollständigen Akten erhalten. Zur Vermeidung unnötiger Verfahrensverzögerungen sowie angesichts des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens kann die Gehörsverletzung hiermit geheilt werden.

#### **E. 4**

4.1 Der Rekurrent rügt weiter, das Migrationsamt habe eine Praxisänderung vorgenommen, ohne dass die Voraussetzungen hierfür gegeben seien. Aus dem Verfügungsrapport Familiennachzug des Migrationsamts vom 28. Mai 2015 gehe hervor, dass gemäss kantonaler Praxis Familiennachzugsgesuche von Schweizer Bürgern trotz Sozialhilfeabhängigkeit bis anhin immer bewilligt worden seien mit der Begründung, es könne ihnen grundsätzlich nicht zugemutet werden, ihr Familienleben in einem anderen Land zu leben. Mit der Praxisänderung werde das Gleichheitsgebot verletzt, da der Rekurrent anders behandelt würde, als dies nach der alten Praxis der Fall gewesen wäre.

4.2 Der Bereich Bevölkerungsdienste und Migration des Migrationsamts führt diesbezüglich in seiner Stellungnahme an das Justiz- und Sicherheitsdepartement vom 17. Juni 2016 aus, dass die gerügte Praxisänderung im Zusammenhang mit dem Familiennachzug von Auslandschweizern angemessen sei. Der Gesetzgeber hätte keinen Pauschalverweis auf die Widerrufsgründe gemacht (Art. 51 Abs. 1 AuG), wenn er Einschränkungen des Familiennachzugs bei Schweizern abgelehnt hätte. Folglich sei eine Rechtsgrundlage für

die Ablehnung des Familiennachzugs vorhanden, die für die Behörde gemäss Art. 190 BV massgebend sei.

Die Vorinstanz erachtete den Anlass zur Praxisänderung als nachvollziehbar angesichts der hängigen Dossiers, wonach sich innert der gleichen Zeitspanne mehrere salvadorianische Auslandschweizer im Kanton Basel-Stadt niederliessen, Sozialhilfe bezogen und Familiennachzugsgesuche stellten, obwohl aufgrund der Umstände teilweise eine Wohnsitznahme in einem anderen Kanton naheliegender gewesen wäre. Da sich die beschriebene bisherige kantonale Praxis der vorbehaltlosen Zulassung trotz Sozialhilfeabhängigkeit an der Grenze dessen bewege, was mit den gesetzlichen Anforderungen vereinbar erscheine, bestehe kein Anspruch auf Fortführung einer solchen Praxis. Vielmehr stelle die bessere Erkenntnis der "ratio legis" einen ernsthaften sachlichen Grund dar, aufgrund dessen die Änderung einer etablierten Praxis angezeigt sei.

4.3. Eine Praxisänderung ist zulässig, wenn ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen, die Änderung grundsätzlich erfolgt, das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegt und die Praxisänderung keinen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N 589 ff.). Frühere ■ allenfalls fehlerhafte ■ Entscheide sollen nicht als Richtschnur für alle Zeiten Geltung haben müssen (BGE 139 II 49 E. 7.1 S. 61, 122 II 446 E. 4a S. 451; BGer 4A\_62/2012 vom 18. Juni 2012 E. 3). Zwar erfordert das aus Art. 8 Abs. 1 BV fliessende Gleichbehandlungsgebot, dass juristische Sachverhalte nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich zu behandeln sind. Demgegenüber besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, ausser die Behörde gebe zu erkennen, dass sie auch in Zukunft nicht von ihrer ständigen gesetzwidrigen Praxis abzuweichen gedenke (Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N 771 f.). Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall. Wie die von der Vorinstanz dargelegten Vergleichsfälle zeigen (act. 13), hat das Migrationsamt auch in anderen ähnlichen Fällen das Familiennachzugsgesuch nicht bewilligt. Sodann stellt die bessere Erkenntnis der Ratio des Gesetzes einen ernsthaften sachlichen Grund dar, aufgrund dessen die Änderung einer etablierten Praxis angezeigt sein kann (BGE 144 III 175 E. 2 S. 178, 137 III 352 E. 4.6 S. 360; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 676). Es ist durchaus korrekt, dass auch Nachzugsgesuche von Schweizer Bürgern nicht einfach vorbehaltlos zu genehmigen sind, sondern im Einzelfall auf das Vorliegen von Widerrufsgründen gemäss Art. 51 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 63 AuG überprüft werden. Dabei kann nicht pauschal eine Genehmigung oder Nichtgenehmigung erfolgen, sondern muss immer eine Einzelfallabwägung vorgenommen werden. Unter diesen Umständen ist vorliegend keine Ungleichbehandlung ersichtlich.

## **E. 5**

5.1 In der Sache macht der Rekurrent geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf die Sozialhilfebeiträge der gesamten Familie abgestellt, ohne abzuklären, welche Unterstützung die Ehefrau bezogen habe. Anders als die Beschwerdeführer im zitierten Bundesgerichtentscheid (BGer 2C\_1160/2013 vom 11. Juni 2014), in welchem bezüglich des Widerrufs einer Aufenthaltsbewilligung wegen Sozialhilfe eine Familie als wirtschaftliche Einheit betrachtet und die Unterstützung der Gesamtfamilie der beurteilten Ehefrau angerechnet wurde, seien der Rekurrent und seine beiden Kinder E\_\_\_\_\_ und F\_\_\_\_\_ Schweizer Bürger und können somit auch bei fortlaufendem Sozialhilfebezug nicht

weggewiesen werden. Blieben die unterstützten Personen trotz eines allfälligen Bewilligungswiderrufs in der Schweiz, sei dies bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses massgebend, denn nur die zusätzliche Belastung der Sozialhilfe begründe das öffentliche Interesse.

Der Widerrufsgrund von Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG sei zudem nicht erfüllt, da die Sozialhilfeabhängigkeit der Ehefrau nicht dauernd und erheblich sei. Der Widerruf setze voraus, dass ihr ■ und nicht ihrem Schweizer Ehemann ■ aufgrund ihres eigenen persönlichen Verhaltens eine schlechte Prognose abgegeben werden muss. Prognostisch dürfe jedoch nicht berücksichtigt werden, dass sie als Mutter eines Säuglings und eines Kleinkindes momentan keine Stelle antreten und sich von der Sozialhilfe ablösen könne.

5.2 Gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts 2C\_1160/2013 vom 11. Juni 2014 stellte die Vorinstanz für die Beurteilung der massgeblichen Fürsorgeleistungen nicht nur auf jene Beträge ab, die aufseiten der nachziehenden Familienmitglieder anfallen, sondern betrachtete die Ehegatten als wirtschaftliche Einheit. Dies ergebe sich auch aus dem Wortlaut von Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG, wonach auch Sozialhilfeabhängigkeit von Familienmitgliedern, für die die betreffende ausländische Person zu sorgen hat, zu berücksichtigen ist. Eine solche Unterstützungspflicht bestehe gemäss Art. 159 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) zwischen den Ehegatten. Insgesamt habe sich die Unterstützung der gesamten Familie vom Mai 2015 bis zum vorinstanzlichen Entscheid am 6. Februar 2018 auf CHF 212'000.■ belaufen, was erheblich sei.

5.3 Grundsätzlich müssen die Widerrufsgünde gemäss Art. 63 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 AuG bei derjenigen Person vorliegen, die einen Bewilligungsanspruch geltend macht, d.h. beim Ehegattennachzug beim nachziehenden Ehegatten (BGer 2C\_847/2009 vom 21. Juli 2010 E. 3.2; Speschain: Spescha et al., Migrationsrecht, 4. A., Zürich 2015, Art. 51 AuG N. 3 und 8). Allerdings sieht der Widerrufsgrund von Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG nicht nur vor, dass ein Widerruf möglich ist, wenn die ausländische Person selbst Sozialhilfe bezieht. Vielmehr reicht es nach dem klaren Gesetzeswortlaut bereits aus, wenn Personen, für die diese "zu sorgen hat", auf Sozialhilfe angewiesen sind. Betroffenen Ausländern ist diesfalls zwar nicht vorzuwerfen, selbst sozialhilfeabhängig zu sein. Jedoch kann ihnen immer noch vorgeworfen werden, ihren familienrechtlichen Unterstützungspflichten nicht ausreichend nachgekommen zu sein, indem sie z. B. als Ehegatten oder Eltern nicht im Rahmen ihrer Möglichkeiten für den gebührenden Unterhalt ihrer Familien sorgen (vgl. Art. 163 ff. und 276 ff. ZGB; vgl. VGer ZH VB.2014.00487 vom 29. Oktober 2014 E. 3.1.3).

Das Bundesgericht hielt im zitierten Entscheid fest, dass sich das Erwerbsverhalten der Ehegatten auf den jeweils anderen Partner durchschlage: Seien sie als Paar unterstützungsbedürftig, gelten beide Partner als sozialhilfeabhängig, weil sie einander finanziellen Beistand schulden (BGer 2C\_1160/2013 vom 11. Juli 2014 E. 5.1). Allerdings handelte es sich in diesem Fall bei beiden Ehegatten um Ausländer. Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich davon, da der Ehemann sowie die beiden gemeinsamen Kinder Schweizer Bürger sind. In Anbetracht des Ziels des infrage stehenden Widerrufsgrund, eine weitergehende (künftige) Belastung der öffentlichen Wohlfahrt zu vermeiden, muss daher berücksichtigt werden, dass dieser Teil der Familie auch bei einer Nichtgewährung des Familiennachzugs der Ehefrau und Mutter weiterhin Anspruch auf wirtschaftliche Unterstützung hat. Dies hat Auswirkung auf die Gewichtung des öffentlichen Interesses.

Eine Verweigerung des Nachzugs kann unverhältnismässig erscheinen, wenn inskünftig damit zu rechnen ist, dass der nachzuziehende Ehegatte seine eigene Arbeitskraft ausschöpfen und mit seinem Erwerbseinkommen zumindest zu einer signifikanten Reduktion der Sozialhilfeabhängigkeit beitragen wird: Diesfalls wäre die Sozialhilfeabhängigkeit dem nachzuziehenden Ehegatten nicht vorzuwerfen und würde ein Familiennachzug die öffentlichen Finanzen nicht be-, sondern vielmehr entlasten, selbst wenn eine teilweise Sozialhilfeabhängigkeit der Familie fortbestehen würde (vgl. VGer ZH VB.2019.00128 vom 17. April 2019 E. 2.1.4).

5.4 Zu prüfen ist demnach, ob die Vorinstanzen zu Recht von einer negativen Prognose der Fürsorgeabhängigkeit der Ehefrau ausgehen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich der angefochtene Entscheid hauptsächlich mit der Situation des Rekurrenten befasst. Bezüglich der Ehefrau des Rekurrenten hielt die Vorinstanz lediglich fest, dass sich eine Erwerbsaufnahme von Frau D\_\_\_\_\_ zum heutigen Zeitpunkt aufgrund der familiären Situation und der weiterhin kaum vorhandenen Sprachkenntnisse als ebenso wenig absehbar erweise wie beim Rekurrenten, zumal bei ihr keine Belege für die geltend gemachte Berufsausbildung sowie für frühere Berufserfahrung vorliegen würden.

Die Ehefrau des Rekurrenten ist 32 Jahre alt und verfügt als Psychologin über eine gute Ausbildung aus ihrem Heimatland. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann bei jungen und gut ausgebildeten Ausländern in der Regel erwartet werden, dass sie sich in der Schweiz zurechtfinden und innert nützlicher Frist eine Erwerbstätigkeit aufnehmen können, selbst wenn sie mit den hiesigen Verhältnissen noch nicht vertraut sind (BGer 2C\_184/2018 vom 16. August 2018 E. 2.4). Laut der Vorinstanz werde die Alternative, dass bei Gewährung des Familiennachzugs grundsätzlich auch die Ehefrau zum Unterhalt der Familie beitragen könne, vom Rekurrenten nur in sehr allgemeiner Weise geltend gemacht.

Inzwischen sind die Kinder vom Rekurrenten und seiner Frau sechs und zwei Jahre alt. Damit stellt sich die familiäre Situation anders dar als beim vorinstanzlichen Entscheid, als F\_\_\_\_\_ noch ein Säugling war. Heute können die Betreuungsaufgaben vermehrt vom Rekurrenten übernommen werden. Dieser begründet seine fehlende Stellensuche schliesslich auch damit, dass er sich innerfamiliären Betreuungsaufgaben widme. Immerhin konnte er in der Zwischenzeit per 1. Dezember 2018 eine Stelle zu 50% bei der Sozialfirma [ ] AG antreten, wobei er daneben familiären Pflichten nachkommen könnte. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Ehemann die Kinderbetreuung übernimmt und damit der Ehefrau eine Erwerbstätigkeit möglich ist. Mittlerweile hat die Ehefrau im Verlauf des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zumindest eine Bestätigung von G\_\_\_\_\_ eingereicht, wonach sie ab dem 1. Juni 2018 für Gelegenheitsarbeit als Kinderbetreuerin zu einem Stundenlohn von CHF 25.■ eingestellt wurde. Mit Präsidialverfügung vom 20. Juni 2018 wurde ihr der Antritt der Stelle als Kinderbetreuerin bei der G\_\_\_\_\_ bewilligt. Mangels anderslautenden Informationen muss davon ausgegangen werden, dass sie nun zumindest stundenweise arbeitet. Auch wenn sie damit noch längst nicht von der Sozialhilfe abgelöst werden kann, zeigt es mindestens ihre Arbeitsbereitschaft. Auch gemäss der Einschätzung der Sozialhilfe besteht eine gewisse Grundmotivation zur Integration in der Schweiz, zumal sie ebenfalls aus El Salvador eine Berufsausbildung mitbringe (vgl. Vorakten, Aktennotiz vom 8. Dezember 2017). Bis jetzt sind die Deutschkenntnisse der Ehefrau des Rekurrenten zwar noch mangelhaft, sie wurde aber aufgrund des unsicheren Aufenthaltsstatus auch nicht gefördert. Angesichts ihrer Ausbildung als Psychologin und ihres Alters darf aber erwartet

werden, dass sie bei Absolvieren von Deutschkursen innerhalb nützlicher Frist entsprechende Fortschritte macht. Folglich ist der Ehefrau eine vermehrte Erwerbstätigkeit zuzumuten. Sollte sie in der Schweiz einer Arbeit nachgehen können, dürfte zumindest ihr Teil der Bedürftigkeit bald dahinfallen.

## **E. 5.5**

5.5.1 Diese Umstände sind für die Prüfung der Verhältnismässigkeit massgeblich. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 96 AuG sind insbesondere die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration bzw. die Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (BGE 135 II 377 E. 4.3 S. 381 f.).

5.5.2 Es ist unbestritten, dass der Rekurrent und seine drei Kinder in der Schweiz aufenthaltsberechtigt sind und dass die fünfköpfige Familie zusammen in einer intakten Beziehung lebt. Damit haben der Rekurrent und seine Ehefrau ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Ehefrau zwecks Pflege des Familienlebens bei ihrem Mann und den Kindern verbleiben kann. Grundsätzlich wäre es auch möglich, dass die Familie zusammen in El Salvador lebt. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, ist der Rekurrent in El Salvador geboren und sozialisiert worden, weshalb man von einem umfassenden Beziehungsnetz im Geburtsland ausgehen kann. Auf der anderen Seite ist noch keine starke Verbundenheit zur Schweiz zu erkennen und der Rekurrent bekundet Mühe damit, seinen finanziellen Verpflichtungen hier nachzukommen. Die Vorinstanz folgerte, dass gegenwärtig vonseiten des Rekurrenten keine Bemühungen zur Stellensuche belegt sind. Inwieweit dem Ehemann die Sozialhilfeabhängigkeit vorzuwerfen ist, kann im vorliegenden Verfahren indessen offenbleiben. Die Ehefrau hat die Sozialhilfeabhängigkeit jedenfalls nicht verschuldet. Bei der Einreise in die Schweiz war der Sohn erst rund 1,5 Jahre alt und nach der Geburt der Tochter im Oktober 2017 war sie als Mutter auch aus sozialhilferechtlicher Sicht nicht verpflichtet, eine Arbeitsstelle anzutreten. Dass sie in dieser Situation ihren familienrechtlichen Unterstützungspflichten nicht genügend nachgekommen sei, kann ebenfalls nicht behauptet werden.

Die Familie befindet sich nun seit Mai 2015 in Basel. Es ist dem Rekurrenten nicht anzulasten, dass das Verfahren lange gedauert hat und bereits bis zum vorinstanzlichen Entscheid zwei Jahre seit der Verfügung vergangen sind. Inzwischen besucht der Sohn E\_\_\_\_\_ in Basel den Kindergarten. Auch wenn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für Kinder im anpassungsfähigen Alter der Umzug in ein anderes Land bzw. die Heimat zusammen mit der Inhaberin oder dem Inhaber der elterlichen Sorge bzw. dem Hauptbetreuungsanteil grundsätzlich zumutbar ist (BGE 143 I 21 E. 5.4 S. 28 f., 142 III 612 E. 4.1 S. 614), ist vorliegend hervorzuheben, dass die Kinder bei ihren verheirateten Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge leben und momentan von beiden betreut werden. Bei der Interessenabwägung ist dem Kindeswohl und dem grundlegenden Bedürfnis des Kindes Rechnung zu tragen, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können (Urteil des EGMR El Ghatet gegen Schweiz, §§ 27, 28 und 46, Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., Basel 2016, § 22 N. 46 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 142 III 481 E. 2.3 ff. S. 485 ff.). Schliesslich darf im vorliegenden Fall berücksichtigt werden, dass sich die aussereheliche Tochter B\_\_\_\_\_ offensichtlich schulisch erfolgreich integriert hat und nächstes Jahr die Matura hier macht. Zwar kann sie sich aufgrund ihrer Volljährigkeit nicht auf Art. 8 EMRK berufen, der nur die Beziehungen innerhalb der Kernfamilie, d.h. der Gemeinschaft von Ehegatten und

minderjährigen Kindern schützt (BGE 135 I 143 E. 1.3.2 S. 146). In diesem wichtigen Lebensabschnitt ist eine Unterstützung im familiären Umfeld aber von grosser Bedeutung. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Gesundheitszustand des Rekurrenten verschlechtert hat. Er musste sich Operationen am Rücken, Darm und am Knie unterziehen. Aufgrund einer Atrophie am rechten und einem Makulaödem am linken Augen sind zur Vermeidung einer Erblindung häufige Augenärztliche Kontrollen nötig (vgl. act. 9 Bericht von Dr. med. [...] vom 25. Mai 2018 sowie vom Augenzentrum Basel vom 30. Mai 2018). Auch wenn dem Rekurrenten alleine zuzumuten wäre, seiner Ehefrau nach El Salvador zu folgen, ist die Situation aufgrund der zwei Kleinkinder und der Tochter, die kurz vor dem Abschluss des Gymnasiums steht, anders zu beurteilen. Damit unterscheidet sich der Fall auch von dem von der Vorinstanz genannten Vergleichsfall, in dem während der Verfahrensdauer die vorübergehende Trennung eines Ehepaares ohne Kinder als zulässig erachtet wurde (VGE VD.2016.163 vom 26. August 2016). Zudem war in dieser Konstellation der nachziehende Ehemann in seinem Herkunftsland bisher nie einer Erwerbstätigkeit nachgegangen. Angesichts des Gesundheitszustandes des Rekurrenten, besonders aber aufgrund des Kindeswohls liegen im zu beurteilenden Fall gewichtige private Interessen am Verbleib aller Familienmitglieder zusammen in der Schweiz vor.

5.5.3 Gegen die Bewilligung des Nachzugs der Ehefrau des Rekurrenten spricht das öffentliche Interesse an der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik (vgl. dazu BGE 135 I 143 E. 2.2 S. 147; VGE VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.1, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2, VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011 E. 2.1.1). Daneben müssen im vorliegenden Fall aber weitere besondere, namentlich ordnungs- oder sicherheitspolizeiliche Gründe vorliegen, um zu rechtfertigen, dass den beiden Kleinkindern mit Schweizer Bürgerrecht, die Möglichkeit genommen wird, mit ihren verheirateten Eltern, die über das gemeinsame Sorgerecht verfügen, zusammenzuleben. Eine fortgesetzte und erhebliche Sozialhilfeabhängigkeit kann dem Verbleib des ausländischen Elternteils eines Schweizer Kindes nur entgegenstehen, wenn keine Änderung absehbar erscheint (vgl. BGE 137 I 247 E. 5.2.5 S. 256). Dies ist vorliegend nicht der Fall, auch wenn es sich dabei um einen Grenzfall handelt. Angesichts des Umstands, dass die Schweizer Familienmitglieder weiterhin unterstützungsberechtigt sind, wiegen die finanziellen Interessen auch nicht besonders schwer. Verbleiben der Rekurrent und die Kinder in der Schweiz, lässt sich ihre Fürsorgeabhängigkeit ohnehin nicht vermeiden, bei einer Rückkehr nach El Salvador allenfalls lediglich reduzieren. Unter der Voraussetzung, dass die Ehefrau in absehbarer Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgeht, sind die öffentlichen Interessen an der Ablehnung des Familiennachzugsgesuchs folglich nicht besonders schwer zu gewichten.

5.5.4 Bei der Abwägung der vorstehend dargelegten Interessen überwiegen die Interessen an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für die Ehefrau des Rekurrenten die entgegenstehenden öffentlichen Interessen knapp. Folglich ist die Abweisung des Gesuchs um Familiennachzug unverhältnismässig und hat der Rekurrent Anspruch auf Bewilligung des Nachzugs seiner Ehefrau. Es ist jedoch klar darauf hinzuweisen, dass diese Schlussfolgerung unter der Prämisse einer vermehrten Erwerbstätigkeit der Ehefrau erfolgt, mit der sie ihren eigenen Existenzbedarf sowie einen den gesamten familiären Umständen angemessenen Anteil des Bedarfs ihrer Kinder zu decken im Stande ist. Würde sich dies nicht bestätigen, bestünde die Möglichkeit, im Rahmen einer neuen Interessenabwägung die Aufenthaltsbewilligung allenfalls zu widerrufen oder nicht mehr zu verlängern, wessen sich

der Rekurrent und seine Ehefrau bei der Gestaltung ihres weiteren Aufenthalts im Land bewusst sein müssen (vgl. BGE 137 I 247 E. 5.2.5 S. 256).

## **E. 6**

6.1 Insgesamt ist der Rekurs gutzuheissen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren keine Verfahrenskosten zu erheben und ist dem Rekurrenten eine Parteientschädigung zulasten des JSD zuzusprechen (vgl. § 30 Abs. 1 VRPG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird damit gegenstandslos.

6.2 Für die Höhe der Parteientschädigung kann auf die Honorarnote des Rechtsvertreters des Rekurrenten vom 19. Juni 2018 abgestellt werden. Dementsprechend ist ihm ein Aufwand von 16.83 Stunden zu CHF 250.■ sowie Auslagen von insgesamt CHF 72.45, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu entschädigen. Angesichts des bereits grosszügig berechneten Aufwands für die Eingaben bis zum 19. Juni 2018 sind die weiteren Aufwendungen für das Lesen der Stellungnahme des JSD vom 25. September 2018 sowie das Verfassen der fakultativen Stellungnahme vom 7. Januar 2019 nicht weiter zu entschädigen.

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