

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.181 vom 28. April 2020**

BS Appellationsgericht, 2020-04-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2019.181](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.181)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.181 du 28 avril 2020

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.181 del 28 aprile 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Das Präsidialdepartement hat den an den Regierungsrat gerichteten Rekurs am 19. September 2019 ohne eigenen Entscheid an das Verwaltungsgericht überwiesen. Damit ist gemäss § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegeben. Nach § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ist das Dreiergericht zum Entscheid berufen. Als Adressat des angefochtenen Entscheids ist der Rekurrent von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb zum Rekurs legitimiert (§ 13 Abs. 1 VRPG). Auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist einzutreten.

### **E. 1.2**

1.2.1 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines fremdenpolizeirechtlichen 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.2019.140 vom 4. November 2019 E. 1.2).

1.2.2 Die tatsächlichen Verhältnisse sind grundsätzlich durch die Behörden festzustellen. Dieser auch im ausländerrechtlichen Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz wird jedoch durch die Mitwirkungspflicht der Betroffenen relativiert. Art. 90 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20; seit 1. Januar 2019: Ausländer- und Integrationsgesetz [AIG, SR 142.20]) verpflichtet Ausländerinnen und Ausländer sowie am Verfahren beteiligte Dritte, an der Feststellung des für die Anwendung des Gesetzes massgebenden Sachverhalts mitzuwirken (vgl. zum intertemporal anwendbaren Verfahrensrecht: AGE VD.2019.75 vom 26. Juni 2019 E. 1.4). Die Mitwirkungspflicht kommt naturgemäss bei Tatsachen zum Tragen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand erhoben werden können (BGE 138 II 465 E. 8.6.4 S. 496 f.; BGer 2C\_334/2017 vom 9. April 2018 E. 2.4). Falls bestimmte Tatsachen für die Behörden nicht oder nur schwer zugänglich sind, ergeben sich Mitwirkungspflichten auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Die Parteien sind dann verpflichtet, bei der Sachverhaltsabklärung durch

Auskunftserteilung oder Beibringen der Beweismittel mitzuwirken. Werden in einem Rekurs bloss Behauptungen aufgestellt, so ist das Gericht nicht verpflichtet, von sich aus eigene Nachforschungen anzustellen (vgl. statt vieler: VGE VD.2013.62 vom 10. März 2014 E. 2.3.2, VD.2013.46 vom 27. November 2013 E. 3.5, mit Hinweisen).

1.2.3 Ferner gilt im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren das Rügeprinzip. Das Gericht prüft einen angefochtenen Entscheid nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht grundsätzlich nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen (vgl. § 46 Abs. 2 OG; § 16 Abs. 2 Satz 1 VRPG). Die Rekursbegründung ist fristgerecht einzureichen und hat Anträge, Angaben der Tatsachen und Beweismittel sowie kurze Rechtserörterungen zu enthalten (VGE VD.2017.253 vom 18. Juni 2018 E. 1.2.2, VD.2016.221 vom 16. November 2017 E. 1.2.1, VD.2015.260 vom 19. Oktober 2016 E. 1.4; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 505). Der Rekurrent hat seinen Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005 S. 277, 305; Stamm, S. 477, 504; VGE VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3). Erst in der Replik vorgebrachte oder geänderte Anträge sind unbeachtlich (VGE VD.2017.253 vom 18. Juni 2018 E. 1.2.2, VD.2016.221 vom 16. November 2017 E. 1.2.1; vgl. Stamm, a.a.O., S. 477, 505).

1.2.4 Der Antrag des Rekurrenten auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung ist abzuweisen. Gemäss § 25 Abs. 2 VRPG findet im Falle von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) eine mündliche Verhandlung statt. Ausländerrechtliche Streitigkeiten, insbesondere Verfahren betreffend Aufenthaltsberechtigung von Ausländern, werden von dieser Bestimmung nicht erfasst (BGE 137 I 128 E. 4.4.2 S. 134, mit Hinweis; BGer 2C\_702/2016 vom 30. Januar 2017 E. 3.3.1; VGE VD.2016.164 vom 27. Juni 2018 E. 1.3, VD.2016.152 vom 17. Januar 2017 E. 1.4 und VD.2012.162 vom 1. Juli 2013 E. 1.2; Stamm, a.a.O., S. 512). In den übrigen Fällen liegt es gemäss § 25 Abs. 3 VRPG im Ermessen des instruierenden Präsidenten, ob er auf Antrag oder von sich aus eine mündliche Verhandlung ansetzt. Eine solche wäre vorliegend höchstens dann angezeigt, wenn der persönliche Eindruck des Gerichts vom Rekurrenten für den Verfahrensausgang von entscheidender Bedeutung wäre (VGE VD.2017.15 vom 3. Juni 2017 E. 2.2, mit Hinweisen). Entsprechendes macht der Rekurrent indessen nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Hinsichtlich seiner bereits in der Rekursbegründung beantragten Parteibefragung ist anzumerken, dass sich aus dem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV, SR 101]) nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein genereller Anspruch auf eine vorgängige mündliche Äusserung oder Anhörung durch das Gericht ergibt (BGE 140 I 68 E. 9.6.1 S. 76; BGer 2C\_615/2017 vom 19. September 2018 E. 3.4). Wie das JSD zutreffend erwog, konnte sich der Rekurrent im vorinstanzlichen Verfahren ausführlich schriftlich zur Sache äussern (vgl. act. 1, E. 6 S. 6). Auch im vorliegenden Verfahren hatte er ausreichend Gelegenheit, seinen Standpunkt darzutun. Vor diesem Hintergrund ist von der beantragten Parteibefragung abzusehen.

## **E. 2**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist das Gesuch des Rekurrenten auf Ausstellung einer Niederlassungsbewilligung aufgrund einer fünfjährigen Anwesenheit in der Schweiz.

Diese Frage wurde im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren VD.2016.150 mit Urteil vom 17. September 2019 explizit ausgeklammert. Die damalige Beurteilung beschränkte sich auf die Beurteilung eines Anspruchs auf Erteilung einer EU/EFTA-Aufenthaltsbewilligung aufgrund des behaupteten Bestandes eines Arbeitverhältnisses mit dem [...] (vgl. E. 2.4). Bei der Frage eines Anspruchs auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung aufgrund einer behaupteten fünfjährigen Wohnsitznahme handelt es sich somit um einen anderen Streitgegenstand und mithin nicht um eine bereits beurteilte Sache («res iudicata»).

### E. 3

Mit seinem Rekurs rügt der Rekurrent eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör im vorinstanzlichen Verfahren. Auf diese Rüge ist vorab einzugehen, da aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs eine Gehörsverletzung grundsätzlich ■ falls keine Heilung möglich ist ■ ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197, 135 I 187 E. 2.2 S. 190).

3.1 Der Rekurrent bringt dabei zunächst vor, dass er keine Gelegenheit erhalten habe, seinen Antrag vor dem Migrationsamt «mündlich und persönlich vorzutragen und zu besprechen». Zum Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV gehört das Recht einer betroffenen Person, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148). Wie dargelegt räumt Art. 29 Abs. 2 BV jedoch im Allgemeinen keinen Anspruch auf eine mündliche Anhörung bzw. Verhandlung ein (VGE VD.2017.216 und 217 vom 30. August 2018 E. 3.2.2, VD.2016.234 vom 15. August 2017 E. 3.2; vgl. BGE 140 I 68 E. 9.2 S. 74, in: Pra 103 [2014] Nr. 45, 134 I 140 E. 5.3 S. 148 und 130 II 425 E. 2.1 S. 428 f., in: Pra 94 [2005] Nr. 71). Eine mündliche Äusserungsmöglichkeit kann allenfalls von Verfassung wegen geboten sein aufgrund persönlicher Umstände, die sich nur im Rahmen einer mündlichen Anhörung klären lassen, oder wenn sich eine solche für den zu fällenden Entscheid als unerlässlich erweist (VGE VD.2017.216 und 217 vom 30. August 2018 E. 3.2.2, VD.2016.234 vom 15. August 2017 E. 3.2; vgl. BGer 2C\_1012 und 1013/2014 vom 14. November 2014 E. 3.1 und 2C\_153/2014 vom 4. September 2014 E. 3.2). Solche Umstände konkretisiert der Rekurrent nicht ansatzweise.

3.2 Weiter macht der Rekurrent geltend, das Migrationsamt und die Vorinstanz seien auch schriftlich nicht auf die vorgetragene Argumente eingetreten. Auch diese Rüge ist unbegründet. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt unter anderem die grundsätzliche Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445; VGE VD.2018.107 vom 27. März 2019 E. 2). Diesen Anforderungen genügt sowohl der Entscheid des JSD vom 7. August 2019 wie auch die Verfügung des Migrationsamts vom 6. Juni 2019 offensichtlich in allen Teilen. Die vom Rekurrenten gerügten «Nichtberücksichtigungen» stellen keinen Begründungsmangel dar, ist die fehlende Auseinandersetzung mit den gerügten Punkten vor dem Hintergrund der massgebenden und dargestellten Entscheidungsmotive doch nicht von Relevanz.

3.3 Weiter rügt der Rekurrent eine unvollständige Aktenführung. Er weist aber nicht nach, welche für den Entscheid massgebenden Unterlagen in den Vorakten fehlen. Soweit er geltend macht, einzelne Akten seien bei der Vorinstanz nicht vorhanden gewesen, hat die Vorinstanz mit ihrer Vernehmlassung darauf hingewiesen, dass es sich insoweit um Akten gehandelt habe, die aufgrund des vom Rekurrenten selber angestrebten verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens VD.2016.150 von der Vorinstanz dem Verwaltungsgericht haben ediert werden müssen. Auf diese Rüge ist daher nicht weiter einzutreten. Es ist nicht ersichtlich, auf welche Akten die Vorinstanz gegriffen hätte, ohne darüber zu verfügen.

3.4 Unsubstantiiert ist weiter die Rüge, die Akteneinsicht im departementalen Rekursverfahren sei ungenügend gewesen. Der Rekurrent legt nicht ansatzweise dar, welche Akten, auf welche die Vorinstanz abgestellt hat, ihm trotz entsprechendem Gesuch nicht zur Einsicht aufgelegt worden wären. Soweit der Rekurrent Gehörsverletzungen im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren rügt, legt er nicht dar, dass diese im vorinstanzlichen Verfahren nicht geheilt worden sind.

Insgesamt ist damit keine Gehörsverletzung ersichtlich.

#### **E. 4**

4.1 Mit dem angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz erwogen, dass sich der Anspruch von EU/EFTA-Angehörigen mit niederländischer Staatsangehörigkeit auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung grundsätzlich nach den Bestimmungen des Ausländer- und Integrationsgesetzes und dem Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande vom 19. August 1875 (SR 0.142.116.361) (Niederlassungsvertrag) richte, da das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen; FZA; SR 0.142.112.681) keine Bestimmungen über die Niederlassungsbewilligung enthalte. Der Niederlassungsvertrag setze in Verbindung mit dem Notenwechsel der beiden Staaten vom 16. Februar 1935 (SR 0.142.116.364) für die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung eine ununterbrochene und ordnungsgemässe Anwesenheit von fünf Jahren in der Schweiz voraus und entspreche damit der Regelung gemäss Art. 34 Abs. 2 lit. a AIG, welche den ununterbrochenen Besitz einer Aufenthaltsbewilligung während den letzten fünf Jahren voraussetze. Ordnungsgemäss sei ein Aufenthalt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dabei dann, wenn er fremdenpolizeilich bewilligt sei. Über einen solchen bewilligten Aufenthalt in der Schweiz verfüge der Rekurrent nicht, zumal ihm im Meldeverfahren mit der erteilten Meldebestätigung keine aufenthaltsrechtliche Bewilligung erteilt worden sei. Es fehle dem Rekurrenten daher eine ordnungsgemässe Aufenthaltsdauer von über fünf Jahren mit einer ordentlichen Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz als Grundvoraussetzung für die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung.

#### **E. 4.2**

4.2.1 Mit seiner weitschweifigen Rekursbegründung stellt sich der Rekurrent unter Berufung auf den Niederlassungsvertrag zunächst auf den Standpunkt, als Niederländer nicht verpflichtet zu sein, eine Aufenthaltsbewilligung zu beantragen. Die von der Vorinstanz referenzierte ständige Praxis sei daher nicht anwendbar. Die Behörden hätten nicht geprüft, ob das Niederlassungsabkommen nach 1997 durch konkludentes Verhalten

abgeändert worden sei. Aufgrund der Inländergleichstellung könne keine Aufenthaltsbewilligung verlangt werden. Wenn überhaupt hätte das Theater eine Pflicht getroffen, eine Bewilligung zu beantragen. Bis der Rekurrent am 9. Januar 2017 das Pensionierungsalter erreicht habe, habe er nicht als Arbeitnehmer im freizügigkeitsrechtlichen Sinn gegolten.

4.2.2 Wie das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung festgestellt hat, werden die vor dem ersten Weltkrieg von der Schweiz mit anderen Staaten abgeschlossenen Niederlassungsverträge im gegenseitigen, stillschweigenden Einverständnis restriktiv ausgelegt und nur noch auf jene Staatsangehörigen der Vertragspartner angewandt, die eine Niederlassungsbewilligung besitzen. Für alle anderen ausländischen Staatsangehörigen gelten die alten Staatsverträge nur unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Landesrechts (BGE 132 II 65 E. 2.3 S. 69, 106 Ib 125 E. 2b S. 128, jeweils m.w.H.). Dies gilt auch für den Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande vom 19. August 1875. Darauf ist der Rekurrent bereits mit dem Schreiben der Direktion für europäische Angelegenheiten (DEA) vom 3. Oktober 2019 explizit hingewiesen worden (vgl. die Beilage zu seiner Eingabe vom 10. Oktober 2019, act. 4). Dem entspricht auch der dem Rekurrenten ebenfalls bekannte Notenwechsel des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und der Botschaft des Königreichs der Niederlande in der Schweiz vom 16. Juni 2016 (vgl. die Beilage zu seiner Eingabe vom 10. Oktober 2019, act. 4). Dieser Notenwechsel ist als spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrages und die Anwendung seiner Bestimmungen zu berücksichtigen (vgl. Art. 31 Ziff. 3 lit. a des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge [VRK, SR 0.111]; BGer 2C\_518/2019 vom 16. Januar 2020 E. 4.5; Herdegen, Völkerrecht, 17. Aufl., München 2018, § 15 N 30). Den vom Rekurrenten gegen diese völkerrechtlich massgebliche Übereinkunft der beiden Vertragsparteien vorgetragene Einwendungen fehlt jede Grundlage, weshalb darauf nicht weiter einzutreten ist. Von den Niederlassungsverträgen sind aber die Niederlassungsvereinbarungen zu unterscheiden. Niederlassungsvereinbarungen wie der Notenwechsel vom 16. Februar 1935 gehen dem nationalen Recht vor (vgl. Ziff. 0.2.1.3.2 und Ziff. 3.5.2.1 der Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration [SEM], I. Ausländerbereich, Bern, Oktober 2013 [aktualisiert am 1. November 2019]).

4.2.3 Der Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung nach Art. 34 Abs. 2 AIG setzt voraus, dass die ausländische Person sich insgesamt mindestens zehn Jahre mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten hat und sie während den letzten fünf Jahren ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung gewesen ist. Niederländische Staatsangehörige haben demgegenüber aufgrund des Notenwechsels vom 16. Februar 1935 bereits nach einer ununterbrochenen und ordnungsgemässen Anwesenheit von fünf Jahren in der Schweiz Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung. Der Betroffene muss die ordnungsgemässe und ununterbrochene Anwesenheit von fünf Jahren nachweisen (BGE 126 II 97 E. 2e S. 101 f.). Dieser Nachweis könnte insbesondere mit dem Vorlegen einer Aufenthaltsbewilligung für den betreffenden Zeitraum erbracht werden (vgl. Schreiben der Direktion für europäische Angelegenheiten DEA vom 3. Oktober 2019).

4.2.4 Der Rekurrent ist bisher nicht in den Besitz einer Aufenthaltsbewilligung gelangt. Die Vorinstanz hat daraus unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis geschlossen, dass mangels einer fremdenpolizeilichen Bewilligung auch kein ordnungsgemässer Aufenthalt

im Sinne des Abkommens vorliege (BGE 137 II 10 E.

#### **E. 4.4**

S. 13 f.). Immerhin ist aber zu berücksichtigen, dass einer ausländerrechtlichen Bewilligung im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens keine rechtsbegründende, sondern bloss eine deklaratorische Bedeutung zukommt (BGE 142 II 35 E. 5.3 S. 45 f.). Diese Ausgangslage entbindet eine ausländische Person aber nicht davon, sich bei den Behörden zu melden und die erforderlichen Ausweispapiere zu beschaffen (BGE 136 II 329 E. 2.2 S. 332 f.). Soweit der Rekurrent daher jede Obliegenheit bestreitet, sich um eine Bewilligung für den von ihm behaupteten fünfjährigen Aufenthalt zu bemühen, kann ihm daher nicht gefolgt werden. Das Fehlen einer formellen Bewilligung macht einen Aufenthalt aber nicht illegal (BGE 136 II 329 E. 2.2 S. 332 f.). Es gilt daher, den vom Rekurrenten behaupteten Aufenthalt zu prüfen.

Wie das Verwaltungsgericht diesbezüglich bereits mit seinem Urteil VGE VD.2016.150 vom 17. September 2019 in tatsächlicher Hinsicht festgestellt hat, ist der Rekurrent von der [...] für die Spielzeit 2010/2011 engagiert und sein Engagement beim AWA gemeldet worden. Das AWA stellte darauf am 28. September 2010 sowie am 25. Januar 2011 Meldebestätigungen für insgesamt 63 effektive Arbeitstage im Jahr 2010 sowie für insgesamt fünf effektive Arbeitstage während des Februars 2011 aus. Es erwog unter Würdigung der gesamten Umstände, dass dieses Engagement des Rekurrenten während der Spielzeit 2010/2011 im Rahmen der Produktion «[...]» weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit im freizügigkeitsrechtlichen Sinn dargestellt habe, weshalb er kein Arbeitnehmer im Sinn von Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA gewesen sei. Daraus folgt, dass der Rekurrent keinen fünfjährigen, bewilligten und bewilligungsfähigen Aufenthalt und damit keinen in diesem Sinne ordnungsgemässen Aufenthalt in der Schweiz ausweisen kann. Selbst wenn aus dem Abkommen somit weitergehende Ansprüche abgeleitet werden könnten, würde der Rekurrent die entsprechenden vertraglichen Voraussetzungen nicht erfüllen.

4.2.5 Mit seinem Rekurs behauptet der Rekurrent nun aber einen Status als Selbständigerwerbender und macht so sinngemäss den Bestand eines ordnungsgemässen Aufenthalts geltend. Er beruft sich auf seine Anmeldung bei der Ausgleichskasse Basel-Stadt per 1. Mai 2014 und seine Registrierung im Verzeichnis der Unternehmens-Identifikationsnummern (UID) für die Mehrwertsteuer. «Die Kombination eines "frozen shoulder" links und einer Achillodynie rechts» habe aber dazu geführt, dass er «momentan recht geringe Einnahmen aus selbständiger Tätigkeit» erziele. Als Selbständigerwerbender sei ihm aber die Nothilfe von der Sozialhilfe gekürzt worden. Zur Begründung eines Aufenthalts zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit bezieht sich der Rekurrent auf den Kontoauszug der Sozialhilfe. Daraus folgt, dass dem Rekurrenten im Jahr 2014 (ab Juni 2014) von der Sozialhilfe Einnahmen im Betrag von CHF 1'177.06 und im Jahr 2015 Einnahmen im Betrag von CHF 615.51 angerechnet worden sind. In der Folge wurde dem Rekurrenten kein Erwerbseinkommen mehr angerechnet. Als Einnahmen finden sich ab 2017 bloss noch die AHV-Rentenleistungen. Es kann offenbleiben, inwieweit es sich bei diesen Mittelzuflüssen tatsächlich um selbständiges Erwerbseinkommen gehandelt hat. Jedenfalls sind diese Einnahmen nicht geeignet, eine selbständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz zu belegen. Eine solche ist vom Rekurrenten darzutun. Als Nachweis genügt die Errichtung eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte mit einer effektiven und möglichst existenzsichernden Geschäftstätigkeit. Die

betroffene Person soll dabei grundsätzlich ein Einkommen erzielen, welches ihr erlaubt, ihr Leben und dasjenige der Familie zu fristen und nicht sozialhilfeabhängig zu werden (BGer 2C\_81/2017 vom 31. Juli 2017 E. 3.2, 2C\_243/2015 vom 2. November 2015 E. 3.3.1). Erforderlich ist daher wie bei einer unselbständigen Erwerbstätigkeit sowohl in quantitativer wie auch in qualitativer Hinsicht die Ausübung einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit (vgl. dazu VGE VD.2016.150 vom 17. September 2019 E. 3.3.1 m.w.H.). Einen solchen Nachweis hat der ab Mai 2014 von der Sozialhilfe unterstützte Rekurrent nicht erbracht. Er kann daher keinen Aufenthalt zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz nachweisen.

4.2.6 Unbehelflich ist schliesslich die Berufung des Rekurrenten auf das Freizügigkeitsabkommen, soweit er damit einen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung begründen möchte. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, finden sich in diesem Abkommen keine Bestimmungen über die Niederlassungsbewilligung, weshalb es auch keine entsprechenden Ansprüche zu begründen vermag. Auf die diesbezüglichen Erwägungen des Rekurrenten ist daher nicht weiter einzutreten. Wenn der Rekurrent sich schliesslich auf den Standpunkt stellt, das «Verbleiberecht nach FZA» sei «umgekehrt nichts anderes als eine vereinbarte Sonderform einer Niederlassungsbewilligung» kann ihm nicht gefolgt werden. Einerseits verfügt der Rekurrent gemäss den Feststellungen im Urteil VGE VD.2016.150 vom 17. September 2019 und den voranstehenden Erwägungen in diesem Urteil über kein Verbleiberecht in der Schweiz. Andererseits unterscheidet sich die Rechtsstellung aufgrund einer Niederlassungsbewilligung von jener aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung, auf welche das Freizügigkeitsabkommen zielt.

4.3 Insgesamt ist festzuhalten, dass der Rekurrent keinen materiellen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung zu begründen vermag.

## **E. 5**

5.1 Daraus folgt, dass der Rekurs in allen Teilen abzuweisen ist.

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Rekurrent dessen Kosten.

5.2.1 Mit seinem Rekurs macht der Rekurrent allerdings sowohl für das vorinstanzliche wie auch das vorliegende Rekursverfahren einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege geltend. 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 einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (unentgeltliche Verbeiständung). Voraussetzung für die unentgeltliche Rechtspflege ist somit die Bedürftigkeit des Betroffenen und die Nichtaussichtslosigkeit der Rechtssache (vgl. statt vieler VGE VD.2018.126 vom 14. April 2019 E. 2.1.2 mit Hinweisen). 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 um unentgeltliche Rechtspflege massgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218; VGE VD.2018.193 vom 18. Juni 2019 E. 3.1, VD.2016.237 vom 22. Februar 2017 E. 2.1.2, VD.2015.136 vom 22. Oktober 2015 E. 3.2). Für die Beurteilung der Erfolgsaussichten im Rechtsmittelverfahren ist unter anderem die Ausgangslage im Einzelfall zu berücksichtigen, namentlich hinsichtlich der vorhandenen Akten, der Argumentation in der Rechtsmittelschrift, der angefochtenen Verfügung und soweit bereits vorhanden der Beschwerdeantwort. Die Erfolgsaussichten sind insbesondere dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Person ihre Behauptungen mit plausibel erscheinenden Beweisofferten untermauert. In Bezug auf sich stellende komplexe Rechtsfragen ist die Nichtaussichtslosigkeit etwa dann anzunehmen, wenn diese unbeantwortet, offen oder umstritten sind und der entscheidenden Instanz ein Ermessensspielraum zusteht (vgl. BGE 124 I 304 E. 4 S. 308 f.; VGE VD.2018.126 vom 14. April 2019 E. 2.1.3.1; Kayser/Altmann, in: Auer et al. [Hrsg.], VwVG Kommentar, Zürich 2019, 2. Aufl., Art. 65 N 35).

5.2.2 Im vorinstanzlichen Verfahren hat der Rekurrent mit seiner Rekursbegründung vom 31. Juli 2019 keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege geltend gemacht. Er machte vielmehr geltend, sich von der Nothilfe abgelöst und mit der Rückzahlung der bezogenen Leistungen begonnen zu haben. Der Rekurrent hat im vorinstanzlichen Verfahren deshalb eine prozessuale Bedürftigkeit weder geltend gemacht noch belegt.

5.2.3 Zudem erweisen sich aufgrund der einlässlichen und zutreffenden Begründungen der Verfügung des Migrationsamts vom 6. Juni 2019 wie auch des angefochtenen Entscheids auf der Grundlage der voranstehenden Erwägungen sowohl der vorliegende wie auch der vorinstanzlich erhobene Rekurs als offensichtlich aussichtslos. Daher hat der Rekurrent keinen Anspruch auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

5.2.4 Daraus folgt, dass der vorinstanzliche Kostenentscheid zu bestätigen ist und dem Rekurrenten die Kosten des vorliegenden Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 1'200.■ aufzuerlegen sind.

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