

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.201 vom 9. Dezember 2019

BS Appellationsgericht, 2019-12-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.201

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.201 du 9 décembre 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.201 del 9 dicembre 2019

Erwägungen

E. 2

2.1 Umstritten ist, ob sich der Rekurrent ohne Bewilligung in der Schweiz aufhalten darf, bis das JSD über das Gesuch seiner Ehefrau vom 22. Januar 2018 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug entschieden haben wird, oder ob er den nämlichen Entscheid im Ausland abzuwarten hat (vgl. angefochtener Entscheid, E. 5■7 S. 5■8; Rekurs, Ziff. II.B.15 sowie Ziff. II.B.21 f.).

E. 2.2

2.2.1 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. Gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens (sogenannter 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 BV und Art. 96 Abs. 1 AuG), muss der Aufenthalt in diesem Fall trotz der Kann-Formulierung des Gesetzes gestattet werden (VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.1, 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, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 17 AIG N 3). Folglich ist eine Wegweisung ausgeschlossen, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind (VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.1, VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.1, VD.2017.57 vom 2. Mai 2017 E. 3.1).

2.2.2 Die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 17 Abs. 2 AuG sind insbesondere dann offensichtlich erfüllt, wenn die eingereichten Unterlagen einen gesetzlichen völkerrechtlichen Anspruch auf die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen, keine Widerrufsgünde 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.1, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.1). Aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2).

2.2.3 Besteht zwischen einer ausländischen Person und einem Mitglied der Familie eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung, hat das Familienmitglied in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht (Schweizer Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung, auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhende Aufenthaltswilligung) und ist es ihm nicht möglich und von vornherein ohne Weiteres zumutbar, das Familienleben mit der ausländischen Person im Ausland zu führen, so stellt es einen Eingriff in das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens dar, wenn der ausländischen Person der Aufenthalt in der Schweiz untersagt wird (VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, 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 (VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3; 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.2). Allein aus Vorkehrungen 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 der Durchsetzung von Art. 17 Abs. 1 AuG eingegriffen wird (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 41; VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.4, VD.2016.223 vom 13. April 2017 E. 3.2.4).

2.2.4 Ob die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden, ist in einer summarischen Würdigung der Erfolgsaussichten (sogenannte 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.4, 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.4, 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).

2.3 Zu prüfen ist im Folgenden zunächst, ob der Rekurrent einen gesetzlichen bzw. völkerrechtlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat (vgl. E. 2.2.2 hiervor).

E. 3

3.1 Gemäss Art. 43 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass der Rekurrent und seine Ehefrau im Fall der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zusammenwohnen würden. Damit steht dem Rekurrenten bei provisorischer und summarischer Beurteilung gestützt auf Art. 43 Abs. 1 AuG grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu.

E. 3.2

3.2.1 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 zudem 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.1, 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 in der Schweiz und damit auf eine entsprechende ausländerrechtliche Bewilligung (VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.1, VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 3.3.2, VD.2016.43 vom 16. September 2016 E. 5.1.2.1).

3.2.2 Die Ehefrau des Rekurrenten verfügt über eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht im Sinn der zu Art. 8 EMRK entwickelten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu E. 2.2.3 hiavor). Wie das JSD zutreffend erwog, ergibt sich aus den Akten, dass die Beziehung des Rekurrenten zu seiner Ehefrau einerseits und zur gemeinsamen Tochter andererseits intakt ist und tatsächlich gelebt wird und ist es weder der Ehefrau noch der gemeinsamen Tochter von vornherein ohne weiteres zumutbar, das Familienleben mit dem Rekurrenten in Tunesien oder Italien zu leben (vgl. angefochtener Entscheid, E. 8 S. 8).

E. 3.2.3

3.2.3.1 Der Rekurrent behauptet sinngemäss, eine Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts würde unzulässigerweise auch in die Beziehung zu seiner ausserehelichen Tochter B____ eingreifen.

3.2.3.2 Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten ausländischen 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.2019.4 vom 5. Juni 2019 E. 2.3.1, VD.2018.205 vom 29. Mai 2019 E. 4.3.3, VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2). 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.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2, VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.2, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 6.3.2; vgl. VGE VD.2018.205 vom 29. Mai 2019 E. 4.3.3).

3.2.3.3 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 (VGE VD.2019.4 vom 5. Juni 2019 E. 2.3.1, VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2, VD.2018.205 vom 29. Mai 2019 E. 4.3.3, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2; vgl. BGE 144 I 91 E. 5.2 S. 97 und E. 5.2.1 f. S. 98 f., 142 II 35 E. 6.2 S. 47, 139 I 315 E. 2.2 S. 319; BGer 2C_449/2019 vom 12. September 2019 E. 4.2, 2C_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1, 2C_950/2017 vom 16. Mai 2018 E. 3.2, 2C_665/2017 vom 9. Januar 2018 E. 4.2, 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). Unter besonderen Umständen sind indes eine besonders enge wirtschaftliche Beziehung und ein tadelloses Verhalten keine notwendige Voraussetzung für einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (VGE VD.2019.4 vom 5. Juni 2019 E. 2.3.2; vgl. betreffend das tadellose Verhalten BGE 144 I 91 E. 5.2.4 S. 100 und E. 6.2 S. 102; 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 der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen die vorstehend erwähnten vier Voraussetzungen (besonders enge Beziehung in [1] wirtschaftlicher und [2] affektiver Hinsicht, [3] praktische Unmöglichkeit, die Beziehung aufrecht zu erhalten und [4] tadelloses Verhalten) grundsätzlich als Elemente der gesamthaft vorzunehmenden Interessenabwägung zusammen betrachtet werden (vgl. BGE 144 I 91 E. 5.2 S. 97; BGer 2C_950/2017 vom 16. Mai 2018 E. 3.2, 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 5.3.2, 2C_665/2017 vom 9. Januar 2018 E. 4.2■4.4). Damit dürfte grundsätzlich keines der vier erwähnten Elemente eine zwingende Voraussetzung für einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung darstellen. Dies ändert aber nichts daran, dass bei Nichterfüllung einer oder mehrerer der vorstehend erwähnten vier Voraussetzungen die Interessen an der Erteilung der Bewilligung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen nur unter besonderen Umständen überwiegen können. Zudem brauchen nicht alle vier Kriterien geprüft zu werden, wenn bereits aufgrund eines Teils davon feststeht, dass die öffentlichen Interessen an der Verweigerung der Bewilligung die Interessen an deren Erteilung überwiegen (vgl. BGer 2C_449/2019 vom 12. September 2019 E. 4.3, 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 5, 2C_950/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Verstösse gegen die öffentliche Ordnung höchstens dann nicht so stark zu gewichten sind, dass sie die anderen Kriterien von vornherein aufwiegen, wenn besondere Umstände vorliegen und es sich um untergeordnete Vorkommnisse handelt (BGer 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 5.2 und 5.3.2; vgl. BGer 2C_449/2019 vom 12. September 2019 E. 4.3.2). Jegliche relevante Straffälligkeit

von einem gewissen Gewicht begründet gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein zusätzliches öffentliches Interesse, das es zusammen mit demjenigen an der Einwanderungssteuerung (restriktive Einwanderungspolitik) im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV rechtfertigt, die Erteilung oder Verlängerung einer Bewilligung zur Wahrnehmung des Besuchsrechts zum hier gefestigt anwesenheitsberechtigten Kind zu verweigern (vgl. BGer 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 5.3.3). Bis zur Revision des ZGB vom 21. Juni 2013, die am 1. Juli 2014 in Kraft getreten ist, ist zwischen der rechtlichen und der faktischen Obhut unterschieden worden (VGE VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2, VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2; Bächler, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 273 ZGB N 2). Erstere beinhaltet die Befugnis, den Aufenthaltsort sowie die Art und Weise der Unterbringung des Kindes zu bestimmen. Letztere meint das tatsächliche Zusammenleben mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft sowie die Verantwortung für die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes (VGE VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.3; Bächler, a.a.O., 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 (VGE VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2, VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2; Bächler, 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 (VGE VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2, VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2; vgl. BGE 143 I 21 E. 5.2 f., 5.5.4, 6.1 und 6.3.1 S. 27 f. und 31 ff.). Die vorstehend erwähnten Relativierungen der Praxis betreffend nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteile werden in angefochtener Entscheidung nicht erwähnt. Dies ändert an der Richtigkeit der Erwägungen des JSD betreffend die ältere, aussereheliche Tochter des Rekurrenten (vgl. angefochtener Entscheidung, E. 21 S. 14 f.) aus den nachstehenden Gründen im Ergebnis aber nichts.

3.2.3.4 Bei provisorischer und summarischer Prüfung ergibt sich aus den Akten nicht, dass zwischen dem Rekurrenten und seiner älteren, ausserehelichen Tochter in wirtschaftlicher und/oder in affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht. Aus den Akten geht jedoch hervor, dass sich der Rekurrent gerade nicht tadellos verhalten hat. Jedenfalls können die versuchte schwere Körperverletzung und der Angriff (vgl. zu beidem: angefochtener Entscheidung, Tatsachen Ziff. 9 S. 3) nicht als untergeordnete Vorkommnisse qualifiziert werden. Besondere Umstände, aufgrund derer die Beziehung zwischen dem Rekurrenten und seiner älteren Tochter trotz Fehlens einer besonders engen wirtschaftlichen und/oder affektiven Beziehung und eines tadellosen Verhaltens ein die entgegenstehenden öffentlichen Interessen überwiegendes privates Interesse an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung begründen könnten, werden nicht substantiiert geltend gemacht (vgl. zum Rügeprinzip E. 1.4 hiervor) und sind auch nicht erkennbar. Solche liegen insbesondere nicht im behaupteten Umstand, dass nicht der Rekurrent die Mutter seiner älteren Tochter verlassen habe, sondern sich diese im Jahr 2016 oder 2017 von ihm getrennt haben soll (vgl. Rekurs, Ziff. II.A.2 S. 3). Dass der Rekurrent und seine Ehefrau gemäss eigenen Angaben seit dem Jahr 2012 ein Paar sind (vgl. angefochtener

Entscheid, Tatsachen Ziff. 6 und E. 21; Rekurs, Ziff. II.B.33 S. 12), spricht zwar nicht notwendigerweise gegen diese Behauptung, weil es grundsätzlich möglich ist, dass der Rekurrent parallel zwei Beziehungen geführt hat. Damit hätte der Rekurrent der Kindsmutter aber zumindest einen triftigen Grund für eine Trennung geliefert.

3.2.4 Aus dem Gesagten folgt, dass dem Rekurrenten aufgrund der Beziehung zu seiner niederlassungsberechtigten Ehefrau sowie der ebenfalls niederlassungsberechtigten gemeinsamen Tochter bei provisorischer und summarischer Beurteilung auch gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zusteht. Folglich ist dem Rekurrenten der prozedurale Aufenthalt bereits dann zu gestatten, wenn die Chancen, dass die Bewilligung zu erteilen sein wird, deutlich höher einzustufen sind als jene, dass sie zu verweigern sein wird (vgl. E. 2.2.3 hiervor). Demgegenüber kann er aus der Beziehung zu seiner älteren, ausserehelichen Tochter keinen Aufenthaltsanspruch ableiten. Den betroffenen Interessen des Kindes ist jedoch im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung Rechnung zu tragen (vgl. E. 5.3.4 und 5.3.6 hiernach).

3.3 Summarisch zu prüfen ist vorab, ob der Anspruch des Rekurrenten auf Familiennachzug erloschen ist und die Voraussetzungen einer Einschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens erfüllt sind.

E. 4

4.1 Der Anspruch nach Art. 43 AuG erlischt, wenn Widerrufsgründe nach Art. 62 Abs. 1 AuG vorliegen (vgl. Art. 51 Abs. 2 lit. b AuG).

4.1.1 Ein Widerrufsgrund liegt vor, wenn der Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist (Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG). Als längerfristig im Sinn von Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG gilt eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr. Unerheblich ist dabei, ob die ausgefallte Strafe bedingt oder unbedingt zu vollziehen ist, wobei sie sich zwingend auf ein einziges Strafurteil abstützen muss (BGE 139 I 31 E. 2.1 und E. 2.2 S. 32 f., 139 I 16 E. 2.1 S. 18 f., 137 II 297 E. 2 S. 299 ff. sowie 135 II 377 E. 4.2 und E. 4.5 S. 379 ff.; BGer 2C_141/2012 vom 30. Juli 2012 E. 3.1, 2C_298/2012 vom 5. April 2012 E. 2.1.1 und 2C_515/2009 vom 27. Januar 2010 E. 2.1; VGE VD.2015.203 vom 13. Mai 2016 E. 2). Dieses Erfordernis und damit der Widerrufsgrund der Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe ist aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Strafgerichts Basel-Stadt vom 5. Juni 2018, mit welchem der Rekurrent wegen versuchter schwerer Körperverletzung (Tatzeitpunkt 7. Juli 2016), Angriffs (Tatzeitpunkt 7. Juli 2016) und mehrfacher Übertretung von Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG, SR 812.121; Tatzeitraum Juli 2016) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten verurteilt worden ist, erfüllt (vgl. zu diesem Urteil E. 5.2.4 hiernach).

4.1.2 Weiter ist ein Widerrufsgrund gegeben, wenn der Ausländer erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet (Art. 62 Abs. 1 lit. c AuG). Das JSD hat offengelassen, ob der Widerrufsgrund gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. c AuG vorliegend erfüllt ist. Die Frage kann auch im vorliegenden Verfahren offenbleiben, da für das Erlöschen des Anspruchs auf Familiennachzug das Vorliegen eines einzigen Widerrufsgrunds genügt, wie das JSD zutreffend erwogen hat (vgl. angefochtener Entscheid, E. 10 S. 8 f.).

4.1.3 Auch wenn ein Widerrufsgrund gegeben ist, muss sich der Widerruf im Einzelfall als verhältnismässig erweisen (Zünd/Arquint/Hill, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, Rz. 8.28 und 8.31; BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19 und 135 II 377 E. 4.3 ff. S. 381 ff., jeweils mit Hinweisen). Darauf ist zurückzukommen (vgl. E. 5 hiernach).

4.2 Trotz des grundsätzlichen Anspruchs gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV kann eine ausländerrechtliche Bewilligung verweigert 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.1, 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: Thürer 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.1, 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.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.1, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2, VD.2012.193 vom 31. Mai 2013 E. 3.7.1).

E. 5

S. 2, Ziff. 9 und 11 S. 3):

5.2.2 Der Rekurrent behauptet unter Verweis auf die Strafakten, das Strafgericht habe berücksichtigt, dass der Strafbefehl vom 7. Dezember 2016 wegen einfacher Körperverletzung zwar rechtskräftig gewesen sei, sich in den Akten aber ein damals verspätet eingereichtes Schreiben des angeblichen Opfers befunden habe, in dem erklärt worden sei, dass aus Eifersucht falsche Aussagen gegen den Rekurrenten gemacht worden seien und kein körperlicher Angriff und keine Drohung stattgefunden hätten (Rekurs, Ziff. II.B.12 S. 7). Die Richtigkeit dieser Behauptung kann im vorliegenden Rekursverfahren nicht überprüft werden, weil das Urteil des Strafgerichts vom 5. Juni 2018 nicht schriftlich begründet worden ist und der Rekurrent es versäumt hat, die erwähnte Seite der Strafakten einzureichen. Bei provisorischer und summarischer Beurteilung genügt das vom Rekurrenten behauptete Schreiben aber ohnehin nicht, um im ausländerrechtlichen Verfahren davon ausgehen zu können, der Rekurrent habe die mit Strafbefehl vom 7. Dezember 2016 rechtskräftig festgestellte einfache Körperverletzung und Drohung vom 2. März 2016 nicht begangen. In einem entsprechenden Schreiben könnten aus Gefälligkeit oder gar unter dem Eindruck einer Drohung falsche Angaben gemacht worden sein.

5.2.3 Gemäss dem Strafbefehl vom 18. September 2017 lenkte der Rekurrent am 7. März 2017 einen Personenwagen über die [...] in Basel in Fahrtrichtung [...] und überschritt dabei

unter Hervorrufung und Inkaufnahme einer ernstlichen Gefahr für die übrigen Verkehrsteilnehmer die allgemeine Höchstgeschwindigkeit innerorts von 50 km/h um 33 km/h. Damit machte er sich der groben Verletzung der Verkehrsregeln gemäss Art. 90 Abs. 2 SVG schuldig. Mit der massiven Geschwindigkeitsüberschreitung innerorts hat der Rekurrent mindestens eine erhöhte abstrakte Gefahr für die körperliche Unversehrtheit mindestens eines anderen Menschen geschaffen (vgl. Weissenberger, Kommentar Strassenverkehrsgesetz [SVG] und Ordnungsbussengesetz [OBG], 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 90 N 62 und 66 f.). Zudem zeugt die Tat von erheblicher Rücksichtslosigkeit. Die Staatsanwaltschaft stellte fest, dass der mehrfach vorbestrafte Rekurrent in der Probezeit des Strafbefehls vom 7. Dezember 2016 rückfällig geworden sei und ihm keine gute Legalprognose mehr gestellt werden könne. Sie verurteilte ihn zu einer unbedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen und erklärte die mit dem Strafbefehl vom 7. Dezember 2016 bedingt ausgesprochene Geldstrafe als vollziehbar.

5.2.4 Gemäss der Anklageschrift vom 2. Februar 2018 (vgl. act. 6/2) griffen der Rekurrent und zwei weitere Beschuldigte ■ angetrieben von Rachegeanken, weil die Freundin des Rekurrenten sexuell belästigt worden sei ■ am 7. Juli 2016 zwei Geschädigte und zwei weitere Personen an. Dabei habe der grösste Beschuldigte mit [...], mutmasslich der Rekurrent, zuerst die beiden Geschädigten geschlagen. Der erste Geschädigte sei davongerannt und von den drei Beschuldigten verfolgt worden. Die Beschuldigten hätten versucht, den fliehenden ersten Geschädigten schwer zu verletzen, indem sie ihn von Hinten mit einem Faustschlag zu Fall gebracht und ihn danach mittels Fusstritten gegen den Rumpf und den Kopf massiv misshandelt hätten. Dabei habe mindestens einer der drei, mutmasslich der Rekurrent, mindestens 5■6 Mal mit Ausholbewegung in Fussballermanier und mit voller Wucht mit dem Ober- bzw. Innenrist des Fusses gegen den Hinterkopf des wehrlos am Boden liegenden ersten Geschädigten gekickt. Zeitgleich hätten die anderen beiden den ersten Geschädigten mit Ausholbewegungen in Fussballermanier und mit voller Wucht gegen dessen Rumpf gekickt und dabei ebenfalls schwere Schädigungen der Gesundheit durch Verletzung von inneren Organen in Kauf genommen. Zudem hätten diejenigen Beschuldigten, die nicht selbst gegen den Kopf des ersten Geschädigten getreten hätten, durch ihr eigenes Eintreten auf den ersten Geschädigten die Fusstritte des Dritten gegen den Kopf des ersten Geschädigten ermöglicht, womit sie an dessen Versuch, diesen schwer zu verletzen, unmittelbar und tatherrschaftlich mitgewirkt hätten. Alle drei Beschuldigten hätten dabei in Kauf genommen, dem ersten Geschädigten mindestens eine schwere Schädigung der Gesundheit in Form von Hirnblutungen bzw. Hirnschäden und/oder Nackenverletzungen oder schliesslich andere lebensgefährliche Verletzungen wichtiger Organe zuzufügen. Der erste Geschädigte habe eine Kontusion am Kopf sowie Prellungen und Schmerzen an den Rippen und am Ellenbogen erlitten. Am 12. Juli 2016 habe er weiterhin unter Schmerzen am Nacken, an den Rippen und am linken Knie sowie unter Kopfschmerzen gelitten. Der zweite Geschädigte habe im Nackenbereich und am Kopf eine Prellung und am linken Oberarm eine oberflächliche Rissquetschwunde erlitten und habe unter Knieschmerzen gelitten. Mit Urteil vom 5. Juni 2018 erklärte das Strafergericht den Rekurrenten wie bereits erwähnt der versuchten schweren Körperverletzung, des Angriffs und der mehrfachen Übertretung nach Art. 19a BetrG schuldig und verurteilte ihn zu 22 Monaten Freiheitsstrafe, mit bedingtem Strafvollzug, unter Auferlegung einer Probezeit von 4 Jahren, sowie zu einer Busse von CHF 300.■. Ob es das Strafergericht als erstellt erachtet hat, dass der Rekurrent jener Beschuldigte gewesen war, welcher zuerst die beiden Geschädigten geschlagen und anschliessend gegen den Kopf

des ersten Geschädigten gekickt hatte, kann dem nicht schriftlich begründeten Urteil nicht entnommen werden. Der Rekurrent macht geltend, in der Verhandlung des Strafgerichts habe nicht geklärt werden können, wer von den mehreren Angreifern die Opfer getreten habe. Seine Bestrafung sei aufgrund mittäterschaftlicher Verantwortung erfolgt (Rekurs, Ziff. II.B.7 S. 5). Selbst wenn diese Darstellung als wahr unterstellt und angenommen wird, die Schläge gegen die beiden Geschädigten und die Fusstritte gegen den Kopf des ersten Geschädigten seien nicht vom Rekurrenten selber, sondern von dessen Mittätern ausgeführt worden, wird die Schwere der Straftat und des Verschuldens des Rekurrenten dadurch zumindest nicht wesentlich reduziert. Mittäter ist, wer Tatherrschaft ausübt, das heisst bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter gilt. Ein Tatbeitrag begründet Tatherrschaft, wenn er nach den Umständen des konkreten Falls und dem Tatplan für die Ausführung des Delikts so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt (BGE 133 IV 76 E. 2.7 S. 82; vgl. Forster, in: Basler Kommentar 2019, Vor Art. 24 StGB N 7). Jedem Mittäter werden in den Grenzen seines Vorsatzes die kausalen Tatbeiträge der anderen Mittäter angerechnet (Forster, a.a.O., Vor Art. 24 StGB N 8). Im Übrigen macht der Rekurrent geltend, die beiden Geschädigten seien nicht schwerwiegend verletzt worden (Rekurs, Ziff. II.B.7 S. 5). Es ist zwar zutreffend, dass die Geschädigten keine schweren Körperverletzungen erlitten haben, wobei die in der Anklageschrift erwähnten Verletzungen des ersten Geschädigten durchaus ernsthaft erscheinen. Da die Mittäterschaft Vorsatz voraussetzt, ergibt sich aus der Verurteilung wegen versuchter schwerer Körperverletzung aber, dass der Rekurrent zumindest in Kauf genommen hat, dass der erste Geschädigte aufgrund der Fusstritte eine schwere Körperverletzung erleidet. Angesichts der mit Urteil des Strafgerichts vom 5. Juni 2018 verhängten Freiheitsstrafe von 22 Monaten liegt ein schweres migrationsrechtliches Verschulden vor.

5.2.5 Der Rekurrent hat in relativ kurzer Zeit eine erhebliche Anzahl von Straftaten begangen. Abgesehen von den Verkehrsdelikten hat die Schwere der Delikte dabei stetig zugenommen. Aufgrund dieser Tatsachen ist davon auszugehen, dass eine ernsthafte Gefahr besteht, dass der Rekurrent weitere schwere Straftaten begeht, insbesondere Delikte gegen Leib und Leben. Eine solche Gefahr wäre auch unter der Annahme zu bejahen, der Rekurrent habe die einfache Körperverletzung und die Drohung nicht begangen (vgl. dazu E. 5.2.2 hiavor).

Der Rekurrent bringt vor, das Strafgericht habe ihm mit Urteil vom 5. Juni 2018 eine gute Legalprognose gestellt und damit eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit verneint (vgl. Rekurs, Ziff. II.B.9 f. S. 6 f., II.B.13 S. 7 und II.B.20 S. 8). Dieser Einwand erweist sich aus mehreren Gründen als unzutreffend. Erstens gilt für die Beurteilung der Rückfallgefahr im Ausländerrecht ein strengerer Massstab als im Straf- und Strafvollzugsrecht (BGE 137 II 233 E. 5.2.2 S. 236 f.; BGer 2C_1141/2012 vom 1. Mai 2013 E. 2.3). Zweitens kann dem nicht schriftlich begründeten Urteil vom 5. Juni 2018 nicht entnommen werden, dass das Strafgericht von einer guten Legalprognose ausgegangen wäre. Drittens ist für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs keine günstige Prognose erforderlich, sondern genügt bereits das Fehlen einer ungünstigen Prognose (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6; Heimgartner, in: Donatsch [Hrsg.], StGB Kommentar, 20. Auflage, Zürich 2018, Art. 42 N 6).

5.2.6 Der Rekurrent wendet schliesslich ein, er sei seit dem mit Urteil des Strafgerichts vom 5. Juni 2018 beurteilten Vorfall vom Sommer 2016 nicht mehr strafrechtlich in Erscheinung

getreten (Rekurs, Ziff. II.B.11 S. 7). Diese Behauptung erweist sich als aktenwidrig. Aus den Akten geht hervor, dass der Rekurrent am 7. März 2017 eine grobe Verletzung der Verkehrsregeln begangen hat und deshalb mit Strafbefehl vom 18. September 2017 zu einer unbedingten Geldstrafe verurteilt worden ist. Am 30. Januar 2018 hat der Rekurrent trotz Verweigerung, Entzug oder Aberkennung des Ausweises ein Motorfahrzeug geführt, weshalb er mit Strafbefehl vom 20. November 2018 zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen verurteilt worden ist. Im Übrigen kann aus dem Umstand, dass seither keine weiteren Straftaten des Rekurrenten mehr bekannt sind, nicht geschlossen werden, es bestehe keine Rückfallgefahr. Der Rekurrent befand sich im Zusammenhang mit dem Strafverfahren wegen versuchter schwerer Körperverletzung, Angriff und mehrfacher Übertretung des BetmG vom 7. bis 8. Juli 2016 in Polizeigewahrsam und vom 9. bis 18. Oktober 2017 in Untersuchungshaft (angefochtener Entscheid, E. 20 S. 13 f.). Mit dem Urteil des Strafgerichts vom 5. Juni 2018 wurde ihm eine Probezeit von vier Jahren auferlegt. Damit befand er sich zunächst unter dem Eindruck des Strafverfahrens und anschliessend unter dem Eindruck des drohenden Widerrufs des bedingten Strafvollzugs. Dem Wohlverhalten während einer laufenden strafrechtlichen Probezeit ist nur untergeordnete Bedeutung zuzumessen (BGer 2C_865/2013 vom 16. Juni 2014 E. 2.3).

5.2.7 Aus den vorstehenden Gründen besteht bei provisorischer und summarischer Beurteilung ein schwerwiegendes öffentliches Interesse daran, dass dem Rekurrenten der Aufenthalt in der Schweiz nicht bewilligt wird.

E. 5.1

5.1.1 Die Prüfung der Verhältnismässigkeit der staatlichen Anordnung (Art. 5 Abs. 2 BV) entspricht inhaltlich jener, welche für eine Einschränkung von verfassungsmässigen Rechten (Art. 36 Abs. 3 BV) und der konventionsrechtlichen Garantien von Art. 8 EMRK vorzunehmen ist (BGer 2C_1186/2013 vom 9. Juli 2014 E. 4.1 und 2C_718/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.1, je mit Hinweisen). Soweit sowohl nach Art. 96 AuG wie auch nach Art. 36 Abs. 3 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen ist, kann diese daher in einem gemeinsamen Schritt vorgenommen werden (BGer 2C_141/2012 vom 30. Juli 2012 E. 3.2; VGE VD.2014.104 vom 16. Januar 2015 E. 3.1, mit Hinweisen).

5.1.2 Für die gemäss Art. 5 Abs. 2 BV und Art. 96 Abs. 1 AuG sowie Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 Abs. 3 BV erforderliche Interessenabwägung sind die sogenannten Boultif-Kriterien massgebend (vgl. BGE 135 II 377 E. 4.3 S. 381 f.; BGer 2C_253/2015 vom 9. September 2015 E. 2.1 f., 2C_245/2014 vom 28. Mai 2014 E. 3.3.3, 2C_858/2013 vom 7. Februar 2014 E. 2.2). Dabei handelt es sich um die folgenden Umstände: die Art und Schwere der vom Ausländer begangenen Straftaten, die seit der Tatbegehung verstrichene Zeit und das Verhalten des Ausländers während dieser Periode, die Dauer des Aufenthalts des Ausländers in der Schweiz, die Nationalität der betroffenen Personen, die Solidität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen des Betroffenen mit dem Gastland und dem Zielland, die familiäre Situation des Ausländers und gegebenenfalls insbesondere die Dauer seiner Ehe und weitere Umstände, die ein tatsächliches Familienleben des Paares bezeugen, die Kenntnis des Ehegatten von der Straftat im Zeitpunkt der Familiengründung, die Geburt und das Alter allfälliger Kinder, das Gewicht der Schwierigkeiten, mit denen der Ehepartner im Zielland konfrontiert zu sein droht, das Interesse und das Wohl allfälliger Kinder, insbesondere die Schwierigkeiten, mit denen sie im Zielland konfrontiert zu sein drohen, und gegebenenfalls besondere Umstände des

Einzelfalls (vgl. EGMRI.M. gegen die Schweiz 23887/16 vom 9. April 2019 § 69 f., Üner gegen die Niederlande 46410/99 vom 18. Oktober 2006 § 57 f., Boultif gegen die Schweiz 54273/00 vom 2. August 2001 § 48; BGE 135 II 377 E. 4.3 S. 381 f.; BGer 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.5, 2C_858/2013 vom 7. Februar 2014 E. 2.2). Diese Kriterien sind vom JSD berücksichtigt worden (vgl. angefochtener Entscheid, E. 11 ff. S. 9 ff.), soweit dies im Rahmen der summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten des Rekurses gegen die Verweigerung des Familiennachzugs möglich ist.

E. 5.2

5.2.1 Das JSD hat zunächst zutreffend erwogen, dass der Rekurrent mehrfach straffällig geworden ist (vgl. angefochtener Entscheid, Tatsachen Ziff. 2 f. und

E. 5.3

5.3.1 Dem öffentlichen Interesse an der Bewilligungsverweigerung sind die privaten Interessen an der Bewilligung des Aufenthalts des Rekurrenten in der Schweiz gegenüberzustellen.

5.3.2 Der Rekurrent ist im Alter von sieben Jahren im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz eingereist und hat hier bis zu seinem 17. Lebensjahr gelebt und die Schulen besucht. Wie das JSD zutreffend erwogen hat, hat er somit einen Grossteil der prägenden Jahre in der Schweiz verbracht (angefochtener Entscheid, E. 17 S. 11). Das JSD hat indessen ausschliesslich aus den wiederholten Straftaten auf eine gänzlich fehlende soziale Integration des Rekurrenten in der Schweiz geschlossen (angefochtener Entscheid, E. 19 S. 13). Dieser Schluss lässt sich nicht halten. Die soziale Integration erschöpft sich nicht in der Respektierung der Rechtsordnung, sondern umfasst insbesondere auch die Teilnahme am sozialen Leben der Gesellschaft (VGE VD.2018.23 vom 26. Mai 2018 E. 3.3.3; Schindler, in: Caroni/Gächter/Thurnerr [Hrsg.], Handkommentar AuG, Bern 2010, Art. 96 N 15; vgl. Art. 4 Abs. 2 AuG). Gemäss der soweit ersichtlich unbestrittenen Darstellung des Rekurrenten leben seine Freunde in Basel (Rekurs, Ziff. II.A.1 S. 3 und II.B.24 S. 9 f.). Es ist offensichtlich, dass der Rekurrent in den Jahren 1991 bis 2001, in denen er in der Schweiz gelebt und hier die Schule besucht hat, auch zu Personen ausserhalb seiner Familie persönliche Beziehungen geknüpft hat, und es ist naheliegend, dass sich diese Beziehungen seit seiner Ausreise im Jahr 2001 nicht völlig aufgelöst haben. Bei provisorischer und summarischer Beurteilung ist es deshalb glaubhaft, dass der Rekurrent in der Schweiz Kontakte zu Freunden unterhält. Somit ist die soziale Integration des Rekurrenten aufgrund der von ihm begangenen Straftaten zwar mangelhaft. Entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid kann ihm bei provisorischer und summarischer Beurteilung aber gleichwohl eine teilweise soziale Integration durchaus attestiert werden. Das JSD ist aber richtigerweise davon ausgegangen, dass der Rekurrent mit seinem Herkunftsstaat (ebenfalls) vertraut ist und dass er in den zehn Jahren, die er dort gelebt hat, ebenfalls soziale Beziehungen aufgebaut haben muss (vgl. angefochtener Entscheid, E. 17 S. 11).

Weiter hat das JSD erwogen, der Rekurrent habe die Schweiz seit seiner Ausreise im Jahr 2001 höchstens zu Ferienzwecken als Tourist besuchen können, sodass nicht von einer Verwurzelung gesprochen werden könne (angefochtener Entscheid, E. 19 S. 13). Gestützt auf seine eigene Darstellung, gemäss der er innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen jeweils höchstens 90 Tage in der Schweiz aufgehalten habe, hat ihm das JSD bei provisorischer und summarischer Beurteilung eine aktuelle Verwurzelung in der Schweiz

zu Recht abgesprochen. Seine Aufenthalte in der Schweiz dürften bei provisorischer und summarischer Beurteilung allerdings die für Ferienaufenthalte üblicherweise zu erwartende Dauer überschritten haben und über die mit solchen üblicherweise verbundenen Zwecke hinausgegangen sein (vgl. auch E. 5.3.3.3 hiernach). Der Rekurrent behauptet, er halte sich seit dem Jahr 2012 im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten regelmässig in Basel auf (Rekurs, Ziff. II.A.1 S. 3 und II.B.33 S. 12). Genauere Angaben dazu, wie oft und wie lange er sich hier aufgehalten hat, sowie entsprechende Belege dazu, ist er allerdings schuldig geblieben. Damit kann der Rekurrent im vorliegenden Rekursverfahren aus der nämlichen Behauptung nichts zu seinen Gunsten ableiten (vgl. E. 1.3 f. hiervor).

E. 5.3.3

5.3.3.1 Der Rekurrent bringt sodann vor, dass die Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 des Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0) bei ihm zur Anwendung gelangt wäre, wenn Art. 66a StGB anwendbar gewesen wäre (vgl. Rekurs, Ziff. II.B.28■34 sowie angefochtener Entscheid, E. 18 S. 12 f.).

5.3.3.2 Gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen schwerer Körperverletzung (Art. 122 StGB) oder Angriff (Art. 134 StGB) verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5■15 Jahre aus der Schweiz. Dies gilt auch für die versuchte Deliktsbegehung (BGer 6B_1070/2018 vom 14. August 2019

E. 6.2.1; Zurbrügg/Hruschka, in: Basler Kommentar 2019, Art. 66a StGB N 3). Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung liegt automatisch ein schwerer persönlicher Härtefall vor, wenn der Ausländer in der Schweiz geboren oder aufgewachsen ist (Berger, Umsetzungsgesetzgebung zur Ausschaffungssinitiative, in: Jusletter 7. August 2017, Rz. 88; Busslinger/Uebersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, in: plädoyer 5/2016 S. 96, 98 und 101), und kann ein Aufwachsen in der Schweiz angenommen werden, wenn der Ausländer hier während fünf Jahren die obligatorische Schule besucht oder während fünf Jahren vor seinem 18. Geburtstag gelebt hat (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., Art. 66a StGB N 124; vgl. auch Busslinger/Uebersax, a.a.O., S. 101; a. M. Berger, a.a.O., Rz. 90-92 [10 Jahre vor dem 18. Geburtstag]).

5.3.3.3 Ob diese Ansicht richtig ist, kann genauso offen bleiben, wie die Frage, ob die Strafgerichte, wie vom Rekurrenten behauptet, bei Ausländern, die ihre gesamte Schulzeit in der Schweiz verbracht haben, von einem schweren persönlichen Härtefall ausgehen. In jedem Fall dürfte sich sowohl die erwähnte Literaturmeinung als auch eine allfällige entsprechende Gerichtspraxis nur auf den Normalfall beziehen, in dem der Ausländer nicht nur vor seinem 18. Geburtstag in der Schweiz gelebt hat, sondern sich auch im Zeitpunkt des Entscheids über die Landesverweisung seit längerem dauerhaft in der Schweiz aufhält. Dies ist beim Rekurrenten nicht der Fall. Im März 2001 kehrte er im Alter von 15 Jahren aufgrund einer gegen ihn verhängten, fünfjährigen Einreisesperre nach Tunesien zurück. Anschliessend lebte er in Tunesien und Italien, wo er eine Aufenthaltsbewilligung erhielt (angefochtener Entscheid, Tatsachen Ziff. 1 S. 2 und E. 17 f. S. 11 ff.). Der Rekurrent behauptet, er halte sich seit 2012 regelmässig in Basel auf (Rekurs, Ziff. II.A.1 S. 3 und

Ziff. II.B.33 S. 12). Gestützt auf seine eigene Darstellung ist bei provisorischer und summarischer Beurteilung aber davon auszugehen, dass sich der Rekurrent zumindest bis am 31. Oktober 2018 jeweils höchstens drei Monate in der Schweiz und anschliessend mindestens drei Monate in Italien oder in St. Louis in Frankreich aufgehalten und nicht dauerhaft in der Schweiz gewohnt hat (vgl. angefochtener Entscheid, E. 3 f. S. 4 f.; Rekurs, Ziff. II.B.3 S. 4 f.). Erst seit November 2018 ist aufgrund der dem Verwaltungsgericht vorliegenden Akten erstellt, dass sich der Rekurrent dauerhaft in der Schweiz aufhält (vgl. E. 6.3.3 hiernach), wobei ein Aufenthalt von mehr als drei Monaten innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten rechtswidrig ist (vgl. Art. 10 AuG und Art. 9 Abs. 1 VZAE). Im Übrigen hätte die Bejahung eines schweren persönlichen Härtefalls nicht zur Folge, dass gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB automatisch von einer Landesverweisung abzusehen wäre. Für einen Verzicht auf die Landesverweisung gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB müssen die in dieser Bestimmung erwähnten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist einerseits, dass die Landesverweisung für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, und andererseits, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (BGer 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.2). Dabei hat sich die Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren (BGer 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.4). Überwiegt das öffentliche Interesse, bleibt es selbst dann bei der Landesverweisung, wenn diese einen schweren persönlichen Härtefall bewirkt (Busslinger/Uebersax, a.a.O., S. 98). Aus den vorstehenden Gründen kann der Rekurrent aus der Berufung auf Art. 66a Abs. 2 StGB nichts zu seinen Gunsten ableiten.

5.3.4 Der Rekurrent hat am 10. Januar 2018 geheiratet und ist am [...] zum zweiten Mal Vater geworden. Aufgrund der Anwesenheit seiner Ehefrau und der gemeinsamen Tochter sowie seiner aus einer früheren Beziehung stammenden Tochter mit schweizerischer Staatsangehörigkeit hat er damit ein beträchtliches privates Interesse daran, dass ihm eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei diesen erteilt wird (vgl. auch angefochtener Entscheid, E. 20 S. 13). Der Rekurrent macht diesbezüglich geltend, damit hätten sich seine Lebensumstände positiv verändert, was ihn zu einem Umdenken bewegt habe (Rekurs, Ziff. II.B.12 S. 7). Aus den nachstehenden Gründen ist nicht ersichtlich, inwieweit die Eheschliessung und die Geburt des zweiten Kindes die Bewährungsaussichten des Rekurrenten wesentlich verbessert haben sollen. Der Rekurrent und seine Ehefrau sind gemäss seinen eigenen Angaben seit 2012 ein Paar (angefochtener Entscheid, Tatsachen Ziff. 6 S. 6 f.; Rekurs, Ziff. II.B.33 S. 12). Die Paarbeziehung mit seiner heutigen Ehefrau hielt den Rekurrenten schon vor der Heirat nicht von seinen Straftaten ab (vgl. E. 5.2.1 hiervor). Es ist nicht erkennbar, weshalb der Umstand, dass diese inzwischen mit der Eheschliessung formalisiert worden ist, geeignet sein soll, einen Rückfall des Rekurrenten zu verhindern. Zudem hat der Rekurrent nach der Geburt seines ersten Kindes bzw. seit dem [...] am 30. Januar 2018 eine weitere Straftat begangen (Führen eines Motorfahrzeugs trotz Verweigerung, Entzug oder Aberkennung des Ausweises). Betreffend die damit einhergehende Verurteilung (Strafbefehl vom 20. November 2018) zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen macht der Rekurrent zwar zu Recht geltend, dass er diese Straftat am 30. Januar 2018 und damit vor dem Urteil des Strafgerichts vom 5. Juni 2018 begangen habe (Rekurs, Ziff. II.B.13 S. 7). Dies ändert aber nichts daran, dass sich aus der Verurteilung zu einer unbedingten Strafe ergibt, dass ihm die Strafbehörde im jüngsten Entscheid jedenfalls bezüglich gewisser Verbrechen oder Vergehen eine ungünstige

Prognose gestellt hat (vgl. zum Erfordernis der Gefahr von Verbrechen oder Vergehen: Schneider/Garré, in: Basler Kommentar 2019, Art. 42 StGB N 42 f.; Trechsel/Pieth, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich 2018, Art. 42 N 8).

5.3.5 Das JSD hat erwogen, bei summarischer Prüfung sei es dem Rekurrenten und seiner Ehefrau zuzumuten, das Familienleben entweder im Heimatland des Rekurrenten oder in Italien aufzunehmen oder das Familienleben mittels moderner Kommunikationsmittel und Besuchen des Rekurrenten in Tunesien oder Italien zu pflegen (angefochtener Entscheid, E. 20 S. 13 f.). Der Rekurrent wendet dagegen ein, seine Ehefrau habe keinen Bezug zu Tunesien oder Italien und einen 16-jährigen Sohn, der in der Schweiz zur Schule gehe. Es sei weder seiner Ehefrau noch deren beiden Kindern zumutbar, die Schweiz zu verlassen, um mit dem Rekurrenten in Tunesien oder Italien zu leben. Durch gegenseitige, kostspielige Besuche der Ehefrau und der Kinder im Ausland könne das Zusammenleben der Familie in der Schweiz nicht kompensiert werden (Rekurs, Ziff. II.B.25 S. 10).

In diesem Zusammenhang folgt aus der grundsätzlichen Untersuchungspflicht (vgl. E. 1.3.1 f. hiervor), dass das JSD im Rahmen der Beurteilung des Rekurses gegen die Ablehnung des Familiennachzugsgesuchs zumindest über entsprechende Mitwirkungspflichten aufzuklären, wenn nicht gar eigenständig weitere Abklärungen zu treffen haben wird, falls es Zweifel an der Richtigkeit der Behauptungen betreffend den fehlenden Bezug der Ehefrau des Rekurrenten zu Tunesien und Italien sowie den Sohn der Ehefrau des Rekurrenten hegen sollte. Sofern die Behauptungen des Rekurrenten zutreffen, ist es der Ehefrau entgegen der summarischen Beurteilung des JSD tatsächlich nicht zumutbar, das Familienleben mit dem Rekurrenten und dem gemeinsamen Kind in Tunesien oder Italien zu leben. Ob der Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens im vorliegenden Fall verhältnismässig ist, wenn dieses nur noch mittels moderner Kommunikationsmittel und im Rahmen von Besuchen gepflegt werden kann, erscheint fraglich. Das JSD wird zu prüfen haben, in welchem Umfang Besuche angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen überhaupt möglich wären. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die prozessuale Bedürftigkeit des Rekurrenten gemäss den Feststellungen des JSD aktenkundig ist (angefochtener Entscheid, E. 25 S. 16) und dass die Ehefrau des Rekurrenten gemäss dessen Darstellung teilweise auf Sozialhilfe angewiesen ist (vgl. Rekurs, Ziff. II.B.25 f. S. 10 f.).

5.3.6 Der Rekurrent macht schliesslich geltend, seine Ehefrau und seine beiden Töchter seien auf Unterhalt angewiesen. Wenn er eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz erhalte, könne er hier ein Einkommen erzielen und mit diesem Unterhalt bezahlen. Dass er als ungelernter Arbeiter in Tunesien oder Italien einen Lohn erzielen könne, sei hingegen illusorisch (vgl. zum Ganzen: Rekurs, Ziff. II.B.26 S. 10 f.). Hierzu ist anzumerken, dass die Darstellung des Rekurrenten bei provisorischer und summarischer Beurteilung nicht von vornherein unglaubhaft erscheint. Das JSD hat erwogen, der Rekurrent könne seiner Unterhaltspflicht zumindest in reduziertem Umfang auch vom Ausland aus nachkommen (angefochtener Entscheid, E. 20 S. 13 f.), hat diese Erwägung jedoch weder begründet noch plausibilisiert. Wenn sich das JSD im Rahmen der Beurteilung des Rekurses gegen die Abweisung des Familiennachzugsgesuchs darauf berufen will, dass der Rekurrent auch ohne eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz Unterhalt leisten könne, wird es diese Feststellung begründen und soweit möglich plausibilisieren müssen.

5.4 Das JSD ist zum Schluss gelangt, dass die öffentlichen Interessen an der Nichtbewilligung des Familiennachzugs die privaten Interessen des Rekurrenten an der Bewilligungserteilung bei summarischer Prüfung überwiegen (angefochtener Entscheid, E. 22 S. 15). Bei provisorischer und summarischer Beurteilung unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen (vgl. E. 5.3.2 und 5.3.5 f. hiervor) kann dieser Einschätzung nicht vorbehaltlos gefolgt werden. Andererseits kann aufgrund einer summarischen Beurteilung der dem Verwaltungsgericht derzeit zur Verfügung stehenden Akten auch nicht festgestellt werden, dass die privaten Interessen an der Bewilligungserteilung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen eindeutig überwiegen. Zur Feststellung, ob unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des vorliegenden Einzelfalls die Interessen des Rekurrenten sowie seiner Ehefrau und seiner Kinder an der Erteilung der Bewilligung oder die öffentlichen Interessen an deren Verweigerung überwiegen, ist eine vertiefte Prüfung erforderlich. Damit sind die Chancen, dass die Bewilligung zu erteilen sein wird, bei summarischer Würdigung der Erfolgsaussichten des Rekurses gegen die Abweisung des Familiennachzugsgesuchs aber entgegen der Auffassung des Rekurrenten (vgl. Rekurs, Ziff. II.B.35 S. 13) nicht deutlich höher einzustufen als jene, dass sie zu verweigern sein wird. Folglich hat der Rekurrent keinen Anspruch darauf, dass ihm der Aufenthalt in der Schweiz während des Verfahrens in Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG gestattet wird.

E. 6

6.1 Die Vorinstanz hat zusammengefasst erwogen, dass die gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. b AuG verfügte Wegweisung grundsätzlich richtig sei, weil der Rekurrent die Einreisevoraussetzungen gemäss Art. 5 AuG nicht mehr erfülle (angefochtener Entscheid, E. 2 ■ 4 S. 4 f.). Der Rekurrent bringt vor, er verfüge über eine Aufenthaltsbewilligung in Italien, dürfe sich daher jeweils drei Monate visumsfrei in der Schweiz aufhalten und müsse diese nach Ablauf der Frist für mindestens drei Monate wieder verlassen. Dies habe er jeweils getan, indem er entweder nach Italien zurückgegangen sei oder sich im französischen St. Louis aufgehalten habe. Der von ihm mitunterzeichnete Mietvertrag stelle keinen Beweis für einen illegalen Aufenthalt dar, sondern sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass Art. 43 Abs. 1 lit. b AuG eine bedarfsgerechte Wohnung voraussetze. Er habe ihn anlässlich eines Besuchs seiner Ehefrau bei ihm in St. Louis unterzeichnet. Auch der Umstand, dass er am Wohnort seiner Frau eine c/o-Adresse eingerichtet habe, stehe der Tatsache, dass er die Schweiz spätestens drei Monate nach seiner Einreise jeweils wieder verlassen habe, nicht entgegen. Der Beweis für den illegalen Aufenthalt obliege der zuständigen Behörde. Vorliegend sei er nicht erbracht (vgl. zum Ganzen: Rekurs, Ziff. II.B.1 ■ 5 S. 4 f.). Ferner macht der Rekurrent unter Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 lit. c AuG geltend, dass er keine Gefahr für Sicherheit und Ordnung darstelle bzw. die Voraussetzungen für eine Wegweisung nicht erfüllt seien (vgl. Rekurs, Ziff. II.B.6 ■ 14 S. 5 ff. und Ziff. II.B.20 S. 8; vgl. auch angefochtener Entscheid, E. 2 S. 4, E. 4 S. 5, E. 9 f. S. 8 f., E. 12 ■ 15 S. 9 f. und E. 20 S. 13 f.).

E. 6.2

6.2.1 Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b AuG erlassen die zuständigen Behörden eine ordentliche Wegweisungsverfügung, wenn ein Ausländer die Einreisevoraussetzungen (Art. 5 AuG) nicht oder nicht mehr erfüllt. Allerdings bestimmen sich die Einreisevoraussetzungen nicht in jedem Fall nach Art. 5 AuG. Die Voraussetzungen für die Einreise von Staatsangehörigen von Nichtmitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) und der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) richten sich für kurzfristige Aufenthalte nach

Art. 6 der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex, SGK) und für längerfristige Aufenthalte nach Art. 5 AuG (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204]; Caroni/Schreiber/Preisig/Zoeteweyj, Migrationsrecht, 4. Auflage, Bern 2018, S. 141 f.; Egli/Meyer, in: Caroni/Gächter/Thurnerr [Hrsg.], Handkommentar AuG, Bern 2010, Art. 5 N 11; Priuli, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 5 AIG N 1). Die allgemeinen Einreisevoraussetzungen von Art. 5 AuG und Art. 6 SGK stimmen indessen weitgehend überein (Caroni/Schreiber/Preisig/Zoeteweyj, a.a.O., S. 142; Egli/Meyer, a.a.O., Art. 5 N 14; Priuli, a.a.O., Art. 5 N 1). Ein kurzfristiger Aufenthalt ist ein Aufenthalt von höchstens 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen im Schengen-Raum (Art. 2 lit. a VEV). Ein längerfristiger Aufenthalt ist ein Aufenthalt von mehr als 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen im Schengen-Raum (Art. 2 lit. b VEV; vgl. Art. 6 Abs. 1 SGK). Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, müssen über ein Visum verfügen, sofern dieses erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG; vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b SGK). Staatsangehörige von Nichtmitgliedstaaten der EU und der EFTA benötigen mit Ausnahme der Staatsangehörigen der in Art. 9 Abs. 2 VEV genannten Staaten für einen längerfristigen Aufenthalt in der Schweiz ein entsprechendes Visum (Art. 9 Abs. 1 VEV). Für Drittstaatsangehörige, die kein entsprechendes Visum besitzen, gehört es somit zu den Einreisevoraussetzungen, dass ihr Aufenthalt im Schengen-Raum höchstens 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen dauert. Dies ist ebenfalls Voraussetzung für das sich direkt aus dem Gesetz ergebende Recht auf bewilligungsfreien Aufenthalt (vgl. Art. 10 AuG; Art. 9 Abs. 1 VZAE). Voraufenthalte im gesamten Schengen-Raum werden an die visums- und bewilligungsfreie Aufenthaltsdauer angerechnet (vgl. Priuli, a.a.O., Art. 10 N 2). Rechtmässige Aufenthalte aufgrund eines Aufenthaltstitels oder eines nationalen Visums für den längerfristigen Aufenthalt werden bei der Berechnung der Länge des Aufenthalts im Schengen-Raum jedoch nicht berücksichtigt (Art. 6 Abs. 2 SGK; Priuli, a.a.O., Art. 5 N 1).

6.2.2 Ist ein kurzfristiger Aufenthalt Voraussetzung der Einreise und des gesetzlichen Rechts auf bewilligungsfreien Aufenthalt, so handelt es sich dabei um eine rechtsbegründende Tatsache, für die der Ausländer die objektive Beweislast trägt (vgl. zu den allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätzen E. 1.3 hiervor). Dies wird durch den SGK und die VZAE bestätigt: Bei der Einreise in den Schengen-Raum und bei der Ausreise aus dem Schengen-Raum werden die Reisedokumente von Drittstaatsangehörigen systematisch abgestempelt (vgl. Art. 11 Abs. 1 SGK). Ist das Reisedokument eines Drittstaatsangehörigen nicht mit dem Einreisestempel versehen, so können die zuständigen nationalen Behörden gemäss Art. 12 Abs. 1 SGK annehmen, dass der Inhaber des Reisedokuments die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden Voraussetzungen hinsichtlich der Aufenthaltsdauer nicht oder nicht mehr erfüllt. Die Annahme nach Art. 12 Abs. 1 SGK kann von einem Drittstaatsangehörigen durch jedweden glaubhaften Nachweis widerlegt werden, insbesondere durch Belege wie Beförderungsnachweise oder Nachweise über seine Anwesenheit ausserhalb des Schengen-Raums, aus denen hervorgeht, dass er die Voraussetzungen hinsichtlich der Dauer eines kurzfristigen Aufenthalts eingehalten hat (Art. 12 Abs. 2 SGK). Gemäss Art. 9 Abs. 1 VZAE muss die betroffene Person den Zeitpunkt der Einreise mit geeigneten Unterlagen nachweisen. Der Umstand, dass das Fehlen der Einreisevoraussetzungen gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b AuG die Wegweisung des Ausländers zur Folge hat, ändert an der Beweislastverteilung nichts. Insbesondere ist die

Berufung des Rekurrenten auf die Unschuldsvermutung (vgl. Rekurs, Ziff. II.B.4 S. 5) unbehelflich, weil im vorliegenden Verfahren keine Strafbarkeit wegen rechtswidriger Einreise oder rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 AuG), sondern bloss eine Wegweisung zur Diskussion steht, die keinen strafrechtlichen Charakter hat.

6.2.3 Aus den Akten geht hervor, dass der Rekurrent einen Aufenthaltstitel für Italien, aber kein Visum für die Schweiz hat. Seine Aufenthalte in Italien sind deshalb bei der Berechnung der Länge des Aufenthalts im Schengen-Raum nicht zu berücksichtigen. Hingegen sind seine Aufenthalte in Frankreich mangels eines Aufenthaltstitels oder eines nationalen Visums für den längerfristigen Aufenthalt in diesem Land an die visums- und bewilligungsfreie Aufenthaltsdauer anzurechnen. Der Rekurrent behauptet, er habe sich jeweils höchstens drei Monate in der Schweiz und anschliessend mindestens drei Monate in Italien oder in St. Louis in Frankreich aufgehalten (vgl. Rekurs, Ziff. II.B.3 S. 4; vgl. auch angefochtener Entscheid, E. 3 f. S. 4). Dass er sich innerhalb von 180 Tagen jeweils mindestens 90 Tage weder in der Schweiz noch in Frankreich aufgehalten habe, behauptet der Rekurrent nicht (vgl. zum Rügeprinzip E. 1.4 hiervor). Da seine Aufenthalte in Frankreich bei der Berechnung der Länge des Aufenthalts im Schengen-Raum zu berücksichtigen sind, wird ein Sachverhalt, der als kurzfristiger Aufenthalt im Schengen-Raum zu qualifizieren wäre, vom Rekurrenten somit nicht einmal behauptet. Im Übrigen fehlt auch jeglicher Beweis dafür, dass sich der Rekurrent höchstens 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen in der Schweiz aufgehalten hat. Ungeachtet dessen wäre ein längerfristiger Aufenthalt des Rekurrenten in der Schweiz auch dann erstellt, wenn die objektive Beweislast dafür den Behörden obläge. Der Rekurrent unterzeichnete am 20. November 2018 zusammen mit seiner Ehefrau als Mieter einen Mietvertrag für eine Wohnung in Basel für vier Personen mit Mietbeginn per 1. November 2018. Selbst wenn angenommen würde, die Vorbringen des Rekurrenten (vgl. E. 6.1 hiervor) trafen zu, änderten seine Behauptungen nichts daran, dass der Aufenthalt seiner Ehefrau und seiner Tochter und das Vorhandensein einer gemeinsamen Wohnung in der Schweiz zwar keinen Beweis, aber ein gewisses Indiz dafür darstellen, dass sich der Rekurrent mehr als 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen in der Schweiz aufhalten könnte. Auch dass gegenüber dem Straf- und Massnahmenvollzug offenbar die Adresse seiner Ehefrau in Basel als c/o-Adresse angegeben wurde (vgl. act. 6/2, Vollzugauftrag des Straf- und Massnahmenvollzugs vom 12. Juni 2019), beweist zwar keinen längerfristigen Aufenthalt in der Schweiz, ist aber ein gewisses Indiz dafür, weil sie dafür spricht, dass sich der Rekurrent dort am häufigsten aufgehalten hat. Das JSD hat den Rekurrent im angefochtenen Entscheid darauf hingewiesen, dass es gemäss Art. 90 AuG ihm oblegen hätte, seine Behauptung, er habe die Schweiz nach Ablauf der visumsfreien Zeit jeweils wieder verlassen, mit Kassenbelegen, Tickets für den öffentlichen Verkehr und anderen Beweismitteln zu belegen (angefochtener Entscheid, E. 4 S. 5). Trotz dieses Hinweises ist der anwaltlich vertretene Rekurrent auch mit dem vorliegenden Rekurs jegliche Beweise für kurzfristige Aufenthalte schuldig geblieben. Diese Verletzung seiner Mitwirkungspflicht ist ein gewichtiges Indiz für einen längerfristigen Aufenthalt des Rekurrenten in der Schweiz (vgl. E. 1.3 hiervor). Insgesamt ist erstellt, dass sich der Rekurrent mehr als 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen in der Schweiz aufgehalten hat. Folglich ist bewiesen, dass er die Einreisevoraussetzungen nicht mehr erfüllt.

E. 6.3

6.3.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c AuG dürfen Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz darstellen. Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. e SGK darf der Drittstaatsangehörige keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaats darstellen. Diese Begriffe sind weit auszulegen. Für die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung genügen bereits konkrete Anzeichen, dass die betreffende Person gegen die Rechtsordnung verstossen wird (Egli/Meyer, a.a.O., Art. 5 N 46 und 48; Caroni/Scheiber/Preisig/Zoeteweyj, a.a.O., S. 154).

6.3.2 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen (vgl. E. 5.2 hiervor) ist davon auszugehen, dass eine ernsthafte Gefahr besteht, dass der Rekurrent weitere schwere Straftaten, insbesondere Delikte gegen Leib und Leben, begeht. Die mit dem Rekurs vorgebrachten Einwände (vgl. Rekurs, Ziff. II.B.7 S. 5, Ziff. II.B.9-14 S. 6 f. und Ziff. II.B.20 S. 8) sind nicht geeignet, die Richtigkeit der Feststellung der Vorinstanz, der Rekurrent stelle eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Schweiz dar (vgl. angefochtener Entscheid, E. 4 S. 5), in Frage zu stellen. Entgegen seiner Auffassung (vgl. E. 6.1 hiervor) hat das JSD zu Recht festgestellt, dass der Rekurrent die Einreisevoraussetzungen auch aus diesem Grund nicht mehr erfüllt (vgl. angefochtener Entscheid, E. 2 S. 4, E. 4 S. 5, E. 9 f. S. 8 f.).

6.4 Die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begründet ein erhebliches öffentliches Interesse an der Wegweisung des Rekurrenten. Dieses sowie das Interesse an der Einwanderungskontrolle (vgl. dazu E. 2.2.3 hiervor) überwiegen die entgegenstehenden privaten Interessen des Rekurrenten, sich bis zum Bewilligungsentscheid in der Schweiz aufhalten zu können. Damit ist die Wegweisung des Rekurrenten auch verhältnismässig.

E. 7

7.1 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dessen Kosten in Höhe von CHF 1'200.─ grundsätzlich dem Rekurrenten aufzuerlegen (§ 30 Abs. 1 VRPG). Aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren gehen diese aber zu Lasten des Staates und ist der Vertreterin des Rekurrenten ein Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten.

7.2 Mit Honorarnote vom 30. September 2019 macht die unentgeltliche Rechtsbeiständin einen Zeitaufwand von 9 Stunden und 10 Minuten geltend. Dieser setzt sich folgendermassen zusammen: Lesen des angefochtenen Entscheids 30 Minuten, Telefon an Klient 10 Minuten, Ausarbeitung des Rekurses 480 Minuten und Nachbesprechung 30 Minuten. Der Rekurs vom 30. September 2019 umfasst ohne das Deckblatt gut zwölf Textseiten. Davon entsprechen rund fünf Textseiten weitgehend dem Rekurs vom 4. September 2019 an das JSD. Trotzdem kann der geltend gemachte Zeitaufwand von 8 Stunden für den Rekurs noch knapp als angemessen betrachtet werden. Der übrige Zeitaufwand ist ohne weiteres angemessen. Der angewendete Stundenansatz von CHF 200.─ ist korrekt. Ebenfalls nicht zu beanstanden sind die Auslagen von CHF 23.15. Damit ist der unentgeltlichen Rechtsbeiständin ein Honorar von CHF 1'856.50 (einschliesslich Auslagen von CHF 23.15), zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 142.95, auszurichten.

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