

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.217 vom 17. September 2018

BS Appellationsgericht, 2018-09-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2020.217

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.217 du 17 septembre 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2020.217 del 17 settembre 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses folgt aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 27. Oktober 2020 sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht. Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat demnach ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf seinen frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat es 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. Darüber hinaus ist das Verwaltungsgericht mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift im Ausländerrecht nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2013.85 vom 16. Oktober 2013 E. 1).

Dabei gilt im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren das Rügeprinzip. Das Gericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 VRPG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Die rekurrierende Partei hat ihren 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 ff., 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477 ff., 504; VGE VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3).

1.3 Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) wurde am 16. Dezember 2016 revidiert. Dabei wurde es in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und

Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) umbenannt. Nachdem einige geänderte Bestimmungen bereits am 1. Januar und am 1. Juli 2018 in Kraft getreten waren, traten die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels am 1. Januar 2019 in Kraft. Wie die Vorinstanz mit ihrem angefochtenen Entscheid zutreffend erwogen hat, bestimmt sich das intertemporal anwendbare materielle Recht nach Art. 126 Abs. 1 AuG bzw. AIG. Nach der Rechtsprechung ist das bisherige materielle Recht gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG über den zu engen Wortlaut dieser Bestimmung hinaus auf alle Verfahren anwendbar, die erstinstanzlich vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet worden sind. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt, in dem die betroffene Person von der Eröffnung des Verfahrens in Kenntnis gesetzt worden ist (vgl. statt vieler VGE VD.2020.76 vom 16. September 2020 E. 1.4 und VD.2020.101 vom 10. August 2020 E. 1.4.1 mit Nachweisen). Dem vorliegenden Verfahren liegt das Bewilligungsgesuch des Rekurrenten vom 27. März 2018 zu Grunde. Damit kommt im vorliegenden Verfahren das AuG mit den auf den 1. Januar 2018 in Kraft getretenen materiellen Bestimmungen zur Anwendung. Es wird deshalb weiterhin die Bezeichnung AuG verwendet. Demgegenüber bestimmt sich das Verfahrensrecht gemäss Art. 126 Abs. 2 AuG bzw. AIG nach dem neuen Recht (vgl. statt vieler VGE VD.2020.76 vom 16. September 2020 E. 1.4, VD.2019.18 vom 22. Juli 2019 E. 2.1 und VD.2019.75 vom 26. Juni 2019 E. 1.4).

2.1 Mit seinem Rekurs beruft sich der Rekurrent zunächst auf einen von seiner Ehefrau mit polnischer Staatsbürgerschaft abgeleiteten, freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch gemäss Art. 3 Anhang I des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen [FZA], SR 0.142.112.681), welcher nach Art. 5 Anhang 1 FZA nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt seien, eingeschränkt werden dürften.

2.2 Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, gilt das AuG für den Aufenthalt des mit einer polnischen Staatsangehörigen verheirateten Rekurrenten nur soweit, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichende Bestimmung enthält. Das AuG kommt nur zur Anwendung, wenn es eine vorteilhaftere Regelung für die Rechtsstellung des Rekurrenten enthält (vgl. angefochtener Entscheid E. 2). Der mit einer Angehörigen eines Mitgliedsstaates der Europäischen Gemeinschaft, die in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA verfügt, weiterhin verheiratete Rekurrent kann sich auch als Drittstaatsangehöriger grundsätzlich auf Art. 7 lit. d FZA und Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA berufen, um aus dem Anwesenheitsrecht seiner Ehefrau ein eigenes Recht auf Aufenthalt abzuleiten. Das Recht auf Familiennachzug vermittelt nach Art. 3 Anhang I FZA wie auch der landesrechtliche Nachzugsanspruch gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG den Familienangehörigen von aufenthaltsberechtigten Angehörigen eines Mitgliedsstaates der EU kein originäres, sondern nur ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht. Es dient dem nachziehenden Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates, zu dessen Familie ein Drittstaatsangehöriger gehört (BGE 144 II 1 E. 3.1 S. 4, BGer 2C_688/2017 vom 29. Oktober 2018 E. 3.4, 2C_301/2016 vom 19. Juli 2017 E. 2.6, mit Hinweis auf Art. 10 der Verordnung Nr. 1612/68 zit. Urteil EuGH Eind Rn. 23). Der abgeleitete Aufenthaltsanspruch nach Art. 3 Anhang I FZA besteht nur, sofern und solange der Drittstaatsangehörige die Eigenschaft als Familienangehöriger im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA besitzt (vgl. angefochtener Entscheid E. 3).

Nach der Rechtsprechung setzt dieses Recht grundsätzlich zwar nur das formale Bestehen einer Ehe voraus, doch steht es unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Fehlt der Wille zur Gemeinschaft und dient das formelle Eheband ausschliesslich (noch) dazu, die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften zu umgehen, fällt der Anspruch dahin (BGE 144 II 1 E. 3.1 S. 4, mit Hinweis auf Art. 35 der Richtlinie 2004/38/EG [Unionsbürgerrichtlinie], ABl. L 229 vom 29. Juni 2004 S. 35 ff.; BGE 139 II 393 E. 2.1 S. 395, 130 II 113 E. 9 S. 129 ff.). Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass Art. 3 Anhang I FZA vom Recht der Familienangehörigen einer Person mit Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei spricht, «bei ihr Wohnung zu nehmen». Damit wird ein minimales Zusammenleben bzw. eine minimale eheliche Verbundenheit vorausgesetzt (VGE VD.2013.206 vom 26. Mai 2014 E. 2.2, VD.2013.67 vom 25. Oktober 2013 E. 2.4 mit Hinweis auf BGer 2C_494/2013 vom 2. Juni 2013 E. 3.1). Eine von einem originär anwesenheitsberechtigten EU-Bürger abgeleitete Bewilligung eines Drittstaatsangehörigen kann in diesem Fall mangels Fortdauerns der Bewilligungsvoraussetzungen gestützt auf Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 (VEP, SR 142.203) in Verbindung mit Art. 62 lit. d AuG widerrufen oder nicht (mehr) verlängert werden, da das Freizügigkeitsabkommen diesbezüglich keine eigenen abweichenden Bestimmungen enthält (BGE 144 II 1 E. 3.1 S. 4 f.; 139 II 393 E. 2.1 S. 395; VGE VD.2013.206 vom 26. Mai 2014 E. 2.2, VD.2012.39 vom 25. Januar 2013 E. 2.2).

2.3 Der Rekurrent macht geltend, im Jahr 2016 mit seiner aufenthaltsberechtigten Ehefrau und den drei gemeinsamen Kindern in die Schweiz eingereist zu sein. Er habe im Zeitpunkt der gemeinsamen Einreise in die Schweiz bzw. spätestens ab dem Zeitpunkt des von seiner Ehefrau eingereichten Gesuchs um Familiennachzug Anspruch gehabt, sich bei seiner Ehefrau aufzuhalten und einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Wie den von der Ehefrau im Eheschutzverfahren eingereichten Unterlagen entnommen werden könne, hätten die Ehegatten zusammen mit den Kindern ab dem 1. August 2016 an der [...]strasse [...] gewohnt, laute doch der Mietvertrag auf beide Ehegatten. Auch der per 1. April 2018 gültige Mietvertrag erwähne weiterhin fünf Personen, obwohl die Ehefrau gemäss ihren Angaben nur noch mit ihren drei Kindern dort gelebt habe. Auch die Nebenkostenabrechnung vom 16. Januar 2018 sei an beide Ehegatten gerichtet worden, was ein Hinweis sei, dass die Wohnung an beide Ehegatten vermietet gewesen sei. Die Ehefrau habe schliesslich mit Eingabe vom 23. April 2018 an das Zivilgericht die Zuweisung der ehelichen Wohnung verlangt (Rekursbegründung Rz. 14).

2.4 Wie es sich diesbezüglich in der Vergangenheit verhalten hat, kann vorliegend offenbleiben. Wie die Ehegatten anlässlich der Gerichtsverhandlung übereinstimmend ausführten, sind sie zwar weiterhin verheiratet und ist aktuell kein Scheidungsverfahren hängig (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 5). Fest steht aber aufgrund des Entscheids des Zivilgerichts vom 17. September 2018 (act. 6/1.2.2 S. 203), dass die Ehegatten sei dem 20. Dezember 2016 getrennt leben. Dem entspricht auch die Angabe der Ehefrau in ihrer Bestätigung vom 4. April 2018 (act. 6/1.2.2 S. 12). Soweit der Rekurrent geltend macht, dass die Ehegatten im Mai 2017 «offensichtlich zusammen» gelebt hätten, ist dies zu relativieren. Gemäss den Ausführungen der Ehefrau in ihrem Familiennachzugsgesuch vom 25. Mai 2017 weilte der Rekurrent damals überhaupt erst seit dem 13. Mai 2017 in der Schweiz. Zuvor hätten sich die Ehegatten gemäss ihren Angaben im Schreiben vom

Juni 2017 viel gestritten, weshalb sie sich von ihrem Ehemann habe scheiden lassen wollen. Der Rekurrent sei ihres Wissens bis Mai 2017 «zwischen Polen und der Schweiz» gewesen. Als «ständigen Wohnsitz» ihres Ehemannes bezeichnete sie Polen, man habe in dieser Zeit nicht viel miteinander gesprochen, weshalb sie über seinen Aufenthalt keine Details kenne. Jetzt sei man aber bemüht, «die Ehe um der Kinder willen zu reparieren, weshalb sie nun um den Nachzug des Rekurrenten zu ihr in ihre Wohnung an der [...]strasse [...] ersuche. Gemäss den Angaben im Strafbefehl vom 31. Januar 2020 (act. 6/1.2.2 S. 327) hat die Ehefrau dem Rekurrenten ihre aufgrund seiner Drohungen gefasste Scheidungsabsicht bereits im September 2016 mitgeteilt, worauf er im Dezember 2016 ausgezogen sei. Nach dem Verlust ihrer Stelle sei er im Mai 2017 aus finanziellen Gründen wieder bei ihr eingezogen, ohne dass es zu einer Fortsetzung der Liebesbeziehung gekommen wäre. Mit Schreiben vom 2. August 2017 und 26. September 2017 gab sie für ihren Ehemann eine Adresse in [...] (Frankreich) an. Im zweitgenannten Schreiben führt sie weiter aus, dass der Rekurrent vom 6. Juni bis «circa Ende August 2016» und von «circa halb Mai 2017 bis 5. August 2017» bei ihr in Basel gelebt habe. Nun lebe er in [...] in Frankreich (act. 6/1.2.1). Mit Schreiben vom 29. Oktober 2017 gab sie an, sie könnten «es nicht mehr als Paar machen», weshalb sie beschlossen hätten, «getrennt zu bleiben». Sie ziehe daher das Familiennachzugsgesuch zurück (act. 6/1.2.1). Daraus folgt, dass die Ehegatten bereits im Zeitpunkt der Einreichung wie auch des Rückzugs des Familiennachzugsgesuchs der Ehefrau nicht zusammenlebten. Im Zeitpunkt des hier streitgegenständlichen Gesuchs des Rekurrenten vom 27. März 2018 dauerte das Getrenntleben schon deutlich mehr als ein Jahr. Berücksichtigt man weiter, dass sich der geltend gemachte Aufenthaltsanspruch aufgrund von Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) nach den Umständen im Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichts richtet und folglich auch die während dem Verfahren seit der Gestuchstellung eingetretenen Noven zu beachten sind (VGE VD.2015.101 vom 8. Oktober 2015 E. 1.2, VD.2014.104 vom 16. Januar 2015 E. 1.2), so ist festzustellen, dass der Rekurrent aufgrund der nun seit über vier Jahren fortdauernden Trennung keinen freizügigkeitsrechtlichen Anspruch auf Familiennachzug zu seiner Ehefrau geltend machen kann. Da ein allenfalls früher bestehender Anspruch mangels Fortdauerns der Bewilligungsvoraussetzungen gestützt auf Art. 23 Abs. 1 VEP in Verbindung mit Art. 62 lit. d AuG entzogen werden könnte, braucht ein solcher in diesem Zusammenhang nicht mehr weiter geprüft zu werden, weshalb auf die Vorbringen des Rekurrenten zum früheren Zusammenleben der Ehegatten nicht weiter eingegangen werden muss (Rekursbegründung Rz. 14). Ein solcher Widerruf hätte, wie vom Rekurrenten auch selber geltend gemacht wird, allein aufgrund seiner Beziehung zu seinen Kindern unterbleiben können. Inwieweit gestützt auf eine solche ein Aufenthaltsanspruch besteht, wird aber nach Massgabe von Art. 8 der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) gesondert zu prüfen sein. Es brauchen daher auch die Dauer der Behandlung des zurückgezogenen Familiennachzugsgesuchs der Ehefrau oder die Frage, weshalb er bei seiner Einreise nicht in die Bewilligung seiner aufenthaltsberechtigten Ehefrau einbezogen worden ist (Rekursbegründung Rz.15), nicht weiter untersucht zu werden.

3.

Zu Recht nicht substantiiert bestritten wird vom Rekurrenten sodann, dass er sich entsprechend den Erwägungen der Vorinstanz nicht auf einen freizügigkeitsrechtlichen Verbleibanspruch bei seinen drei in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Kindern berufen kann (vgl. angefochtener Entscheid E. 7). So gehören zu den Familienangehörigen, die nach

Art. 3 Anhang I FZA das Recht haben, bei einer aufenthaltsberechtigten Person mit Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei Wohnung zu nehmen, zwar auch Verwandte in aufsteigender Linie. Voraussetzung ist aber, dass die hier aufenthaltsberechtigten Nachkommen ihnen Unterhalt gewähren (Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA). Da der Rekurrent von seinen drei in der Schweiz lebenden Kindern keinen Unterhalt erhält, kann er deshalb keinen auf Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA gestützten Aufenthaltsanspruch geltend machen.

4.

Zur Begründung eines Aufenthaltsanspruchs in der Schweiz beruft sich der Rekurrent ferner unter Bezugnahme auf den Schutz des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK weiterhin auf seine Beziehung zu seinen drei in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Kinder.

4.1 Besteht zwischen einer ausländischen Person und einem Familienangehörigen mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht (Schweizer Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung, auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhende Aufenthaltsbewilligung) eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung und ist es diesem 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 der Bundesverfassung (BV, SR 101) garantierte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens dar, der ausländischen Person den Aufenthalt in der Schweiz zu untersagen (VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.2, VD.2018176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3 und 4.1.1, VD.2017.218 vom 1. Februar 2018 E. 4.2.2; 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). Unter den genannten Voraussetzungen ergibt sich deshalb aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens ein grundsätzlicher Anspruch auf Anwesenheit und damit auf eine entsprechende ausländerrechtliche Bewilligung (VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.2, VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 3.3.2, VD.2016.43 vom 16. September 2016 E. 5.1.2.1).

4.2 Fehlt einem ausländischen Elternteil die faktische Obhut über seine Kinder, so kann er die familiäre Beziehung mit seinen Kindern von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, ist es in der Regel wie von der Vorinstanz erwogen nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil dauerhaft im selben Land wie das Kind lebt und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt (vgl. angefochtener Entscheid E. 8). 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.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.3, VD.2017.220 vom 4. Dezember 2017 E. 2.2.3, VD.2016.169 vom 23. Juli 2017 E. 2.3.2). Wenn die regelmässige Ausübung des Besuchsrechts gegenüber einem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind, namentlich wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Heimatland des ausländischen Elternteils sowie der Reisekosten, im Rahmen von Kurzaufenthalten praktisch nicht möglich oder zumutbar ist, ergibt sich aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens zwar ein grundsätzlicher Anspruch des nicht sorgeberechtigten ausländischen Elternteils auf dauernde Anwesenheit und damit in der Regel auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung. Ein Eingriff in diesen

Anspruch und damit die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung ist aber gegebenenfalls wegen überwiegender öffentlicher Interessen nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV gerechtfertigt (VGE VD.2018.205 vom 29. Mai 2019 E. 4.3.3; vgl. VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.3, VD.2019.201 vom 9. Dezember 2019 E. 3.2.3.2).

4.3 Den Erwägungen der Vorinstanz folgend, kommt ein Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gemäss der Rechtsprechung grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn zwischen dem Ausländer und dessen Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht, die wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Land, in das der Ausländer vermutlich auszureisen hätte, praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte, und sich der Ausländer bisher in der Schweiz tadellos verhalten bzw. zu keinerlei (nennenswerten) Klagen Anlass gegeben hat (vgl. angefochtener Entscheid E. 8; VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.4, VD.2019.4 vom 5. Juni 2019 E. 2.3.1, VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2; 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_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1, 2C_187/2016 vom 12. April 2017 E. 5.2.1, 2C_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.2, 2C_1141/2014 vom 10. September 2015 E. 2.4, 2C_648/2014 vom 6. Juli 2015 E. 2.2, 2C_1231/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3.3, 2C_858/2012 vom 8. November 2012 E. 2.2, 2C_751/2012 vom 16. August 2012 E. 2.3, 2C_336/2012 vom 3. August 2012 E. 3.2). Wie das Bundesgericht in seiner neuesten Rechtsprechung erwogen hat, müssen die vier Voraussetzungen einer besonders engen Beziehung in wirtschaftlicher wie auch in affektiver Hinsicht, die praktische Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der Beziehung und das bisher tadellose Verhalten grundsätzlich als Elemente der gesamthaft vorzunehmenden Interessenabwägung zusammen betrachtet werden (VGE VD.2020.92 vom 2. Dezember 2020 E. 6.2.2.4, VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.5, VD.2019.201 vom 9. Dezember 2019 E. 3.2.3.3; 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 dieser vier 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 (VGE VD.2020.92 vom 2. Dezember 2020 E. 6.2.2.4, VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.5, VD.2019.201 vom 9. Dezember 2019 E. 3.2.3.3; 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; VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.5, VD.2019.201 vom 9. Dezember 2019 E. 3.2.3.3; 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 (VGE VD.2020.92 vom 2. Dezember 2020 E. 6.2.2.4, VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 5.2.5, VD.2019.201 vom 9. Dezember 2019 E. 3.2.3.3; vgl. BGer 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 5.3.3).

5.

Nachfolgend zu prüfen ist daher die affektive und wirtschaftliche Beziehung des Rekurrenten zu seinen Kindern, die Möglichkeit der Beziehungspflege nach einer Wegweisung und sein Verhalten in der Schweiz, welche in einer gesamthaft vorzunehmenden Interessenabwägung zu gewichten sind.

5.1

5.1.1 Verfügte ein ausländischer Elternteil eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes, aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft über eine Aufenthaltsbewilligung so ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird. Bei Ausländern, welche erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen, ist dagegen weiterhin das Bestehen einer besonders qualifizierten Beziehung zum hier lebenden Kind zu verlangen: Erforderlich bleibt in jenen Fällen ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht, wobei «grosszügig» dort im Sinne von «deutlich mehr als üblich» zu verstehen ist. In jedem Fall kommt es weiterhin darauf an, dass das Besuchsrecht kontinuierlich und reibungslos ausgeübt wird. Das formelle Ausmass des Besuchsrechts ist mit anderen Worten nur insoweit massgeblich, als dieses auch tatsächlich wahrgenommen wird (BGE 139 I 315 E. 2.5 S. 321 f.; BGer 2C_746/2020 vom 4. März 2021 E. 5.3, 2C_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1; VGE VD.2018.205 vom 29. Mai 2019 E. 4.3.3, VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2, VD.2017.62 vom 23. Februar 2018 E. 3.6; vgl. BGE 144 I 91 E. 5.2.1 S. 98).

Wie das Bundesgericht mit konstanter Rechtsprechung in aller Deutlichkeit festgehalten hat, ist die Besuchsrechtsregelung an den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls auszurichten. Dies schliesst allerdings eine als Ausgangspunkt anerkannte Praxis noch nicht aus, sofern einerseits diese genügend differenziert ist und andererseits im zu beurteilenden Fall dann auf Grund der konkreten Gegebenheiten auch leicht davon abgewichen werden kann. Das in der deutschen Schweiz bei fehlender elterlicher Einigung von den Gerichten als Ausgangspunkt gewählte Besuchsrecht von einem Tag oder zwei halben Tagen pro Monat bei Kleinkindern und von zwei Wochenenden pro Monat und zwei bis drei Ferienwochen zuzüglich Regeln für die Doppelfeiertage bei Schulkindern, stellt dabei nicht den Normalfall, sondern ein Minimum dar. Ein so beschränktes Besuchsrecht muss sich folglich auf Grund der Umstände des konkreten Falles rechtfertigen (BGer 5A_290/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 3.2, mit Hinweis auf BGE 142 III 481 E. 2.8 S. 495 ff. und 5A_968/2016 vom 14. Juni 2017 E. 5.1; VGE VD.2019.11 vom 17. April 2019 E. 3.4.4.2, VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.3.2; Michel/Schlatter, in: Buechler/Jakob [Hrsg.], Kurzkomentar, 2. Auflage, Basel 2018, Art. 273 ZGB N 12; Schwenger/Cottier, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2018, Art. 273 ZGB N 15).

5.1.2 Mit seinem Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vom 27. März 2018 machte der Rekurrent geltend, seine Kinder «im Rahmen der ihm erlaubten Aufenthaltszeit von 3 Monaten () täglich, vor allem in den Abendstunden, wo er jeweils für seine Kinder

kocht» zu sehen. Trotz des Getrenntlebens könne er teilweise auch an der [...]strasse übernachten. Die Ehefrau gab mit ihrer Bestätigung vom 4. April 2018 an, dass ihr Ehemann seine Kinder «on a regular basis» besuche und oft für sie koche (act. 6/1.2.2 S. 12). Mit E-Mails vom 14. und 15. August 2018 gab sie dann aber an, dass er nach Erhalt dieser Bestätigung weniger geholfen habe (act. 6/1.2.2 S. 128 und 139). Sie sei «stark dagegen, dass er in der Schweiz sei». Zu Treffen mit den Kindern komme er im Durchschnitt zwei bis drei Stunden zu spät. Mit Schreiben vom 22. August 2018 schilderte sie die Kontakte des Rekurrenten mit den Kindern eingehend (act. 6/1.2.2 S. 165 ff.). Er sehe die Kinder im Durchschnitt anderthalb Mal pro Woche meist in ihrer Gegenwart während vier bis fünf Stunden. Den ältesten Sohn hole er auch unabgesprochen von der Schule ab. Sie machte geltend, dass sich der Rekurrent dabei ihr gegenüber vor den Kindern respektlos und übergriffig verhalte (vgl. auch Elterngespräch Tagi vom 1. Februar 2019, act. 6/1.2.2 S. 214 ff.).

Am 6. August 2019 berichtete [...] vom Kinder- und Jugenddienst Basel-Stadt (KJD) über die Familie (act. 6/1.2.2 S. 251). Er gab an, die Mutter beschreibe die Beziehung zwischen den Kindern und dem Vater als affektiv gut, nachdem die Besuche nun seit März 2019 nicht mehr bei ihr stattfänden. Der älteste Sohn würde es entsprechend dem Verhalten seines Vaters an Respekt gegenüber der Mutter fehlen lassen. Er empfahl dem Zivilgericht einen Besuchskontakt zwischen dem Rekurrenten und den drei Kindern an jedem Mittwoch von 17.00 bis 20.00 Uhr und an jedem Samstag von 14.00 bis 18.00 Uhr, ohne dass sich die Eltern dabei begegnen. Mit Vereinbarung vom 13. September 2019 stellten die Ehegatten im gerichtlichen Eheschutzverfahren fest, «dass aufgrund einer Beruhigung der Situation unter ihnen regelmässige Kontakte zwischen dem Vater und den Kindern möglich geworden sind und weiterhin möglich sein wollen». Aufgrund der ungeklärten Aufenthaltssituation des Rekurrenten sahen sie von einer Regelung mit fixen Zeiten ab und vereinbarten die direkte Einigung untereinander (act. 6/1.2.2 S. 261). Mit Schreiben vom 26. April 2020 führte die Ehefrau aus, dass sie in den letzten 12 Monaten keine schlechten Erfahrungen mit dem Rekurrenten gemacht habe. Er habe ihr während ihrer Erkrankung in den Monaten November und Dezember 2019 viel mit den Kindern geholfen und bleibe jetzt in der COVID-19-Pandemie während ihrer Arbeitszeit täglich bei den Kindern. Die Erziehung von drei Kindern sei sehr kompliziert, weshalb sie «wirklich die Hilfe» des Rekurrenten «brauche». Zwar möchte sie nicht in einer Beziehung oder Ehe mit ihm sein, sein Verhalten sei jetzt aber ganz anders als vor einem Jahr und was er im letzten Jahr für die gemeinsamen Kinder gemacht habe, sei «sehr wertvoll» (act. 6/1.2.2 S. 330).

Wie der Rekurrent mit seinem Rekurs geltend macht, habe er bis Oktober 2017 immer mit seinen Kindern zusammengelebt und sich insbesondere während des Lockdowns im März/April 2020, als die Schulen und Tagesstrukturen geschlossen gewesen seien, tagsüber vollumfänglich um seine drei Kinder gekümmert, damit seine Ehefrau ihrer Erwerbstätigkeit habe nachgehen können. Trotz der «Dissonanzen» zwischen den Ehegatten sei der Rekurrent für seine Ehefrau die einzige mögliche Person, welche sich während des Lockdowns um die gemeinsamen Kinder kümmern sollen. Dies zeige, dass sie dem Rekurrenten in Bezug auf die Kinderbetreuung ein entsprechendes Vertrauen entgegenbringe. Einen eindeutigeren Beweis für das Bestehen einer affektiven Beziehung des Rekurrenten zu seinen Kindern könne es nicht geben (Rekursbegründung Rz. 19).

In der Hauptverhandlung gab der Rekurrent an, seine Kinder seit der COVID-19-Pandemie «sogar öfter» zu sehen. An den Wochenenden koche er meistens für sie. Seinen ältesten

Sohn begleite er zu dessen Fussballtrainings und zu allen Fussballspielen. Den jüngsten Sohn und die Tochter nehme er auch mit nach draussen und fahre mit ihnen beispielsweise Fahrrad im Wald (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 3, 6). Die als Auskunftsperson befragte B ___ führte ergänzend aus, dass die Besuchsregelung, wie sie vom KJD empfohlen worden war, auch so gelebt worden sei. Vor dem Lockdown habe der Rekurrent die Kinder am Mittwoch zwischen 17.30 und 18.00 Uhr von der Tagesstruktur abgeholt und sie um 20.00 Uhr wieder in ihre Wohnung gebracht. Zudem habe er die Kinder am Samstagnachmittag wähen drei bis vier Stunden betreut. Problematisch sei aber die Unpünktlichkeit des Rekurrenten gewesen. Anstatt um 12.00 Uhr habe er die Kinder manchmal erst um 16.00 Uhr abgeholt. Für «lange Zeit» habe er die Kinder nicht noch zusätzlich gesehen. «Mindestens ein paar Monate vor Corona» müsse sich dies aber verändert haben. Es habe keine Drohungen mehr gegen ihr Leben oder ihre Gesundheit gegeben und der Rekurrent habe sich nicht mehr respektlos verhalten. Er sei daher bereits ein paar Monate vor dem Lockdown wieder in ihrer Wohnung gewesen und habe die Kinder öfters gesehen (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 9, 10). Im November/Dezember 2019 seien bei ihr gesundheitliche Probleme aufgetreten. Sie habe an einer Depression gelitten mit Schmerzen in allen Gelenken und einer Anämie. Während dieser Zeit habe der Rekurrent eine Woche lang die Kinder betreut und auch die Einkäufe erledigt, da sie aufgrund ihrer Gelenkschmerzen nichts habe tragen können. Dies sei das erste Mal gewesen, dass sie den Rekurrenten wieder in ihre Wohnung gelassen habe. Als dabei «nichts Schlechtes» passiert sei, habe sie ihn weiterhin auch spontan in die Wohnung gelassen. Wie oft, wisse sie nicht mehr. Es sei aber nicht mehr nur am Mittwoch und Samstag gewesen (vgl. Verhandlungsprotokoll S.

E. 10

f.). Während des zweimonatigen Lockdowns im letzten Jahr habe der Rekurrent sich schliesslich jeden Tag in ihrer Wohnung um die Kinder gekümmert. Dafür habe sie ihm CHF 500.■ bis 600.■ pro Monat bezahlt. Am 10. Februar 2020 habe sie eine 100% Stelle angetreten, bei welcher sie auch während des Lockdowns im Büro habe anwesend sein müssen. Den Rekurrenten für die Kinderbetreuung anzufragen, sei die einzige Lösung gewesen, die sie habe finden können. Sie habe keine anderen Familienangehörigen in der Schweiz. Es könne zwischen ihr und dem Rekurrenten im damaligen Zeitpunkt aber «nicht so schlecht» gewesen sein, weshalb sie ihn angefragt habe (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 9 f.). Seither sehe der Rekurrent die Kinder «sehr oft», nämlich mindestens dreimal pro Woche während mindestens drei Stunden. Er sei dabei mehrmals pro Woche mit den Kindern in ihrer Wohnung oder gehe mit ihnen bei schönerem Wetter nach draussen (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 11). Die Kinder würden den Rekurrenten wirklich sehr lieben und seien mit ihm sehr verbunden. Der älteste Sohn schreibe seinem Vater jeden Abend über «WhatsApp», dass er ihn liebe (Verhandlungsprotokoll S. 12).

5.1.3Die Vorinstanz erwog, es sei dem Rekurrenten zu Gute zu halten, dass er die Beziehung zu seinen drei Kindern in jüngster Zeit offensichtlich intensiviert habe. Die regelmässig und reibungslos verbrachten zwei Stunden am Mittwochabend sowie vier bis fünf Stunden jedes Wochenende würden mit sieben Stunden bzw. 28 Stunden pro Monat jedoch nicht einem in der Schweiz üblichen Besuchsrecht entsprechen. Diese Besuchskontakte fänden erst seit etwa November 2019 und somit erst seit zehn Monaten in diesem Umfang statt. Damit bestehe zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern erst recht kein deutlich über das übliche Besuchsrecht hinausgehender persönlicher Kontakt,

welcher aber aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der erstmaligen Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erforderlich sei (angefochtener Entscheid E. 12 und 15, mit Hinweis auf BGE 139 I 315 E. 2.5 S. 321).

5.1.4 Fraglich erscheint, welcher Umfang der Besuchskontakte für den Bestand einer ausreichenden affektiven Beziehung des Rekurrenten zu den Kindern vorausgesetzt werden soll. Der Rekurrent verfügte während seines mittlerweile fünfjährigen, mit Unterbrüchen erfolgten Aufenthalts in der Schweiz bisher nicht über eine Aufenthaltsbewilligung aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft. Die entsprechende Praxis, wonach das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung in diesen Fällen bereits dann als erfüllt anzusehen ist, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts kontinuierlich und reibungslos ausgeübt wird (vgl. oben E. 5.1.1), kommt daher nicht direkt zur Anwendung. Wie das Bundesgericht aber mit Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt mit Urteil 2C_490/2020 vom 23. November 2020 festgestellt hat, wurde dem Rekurrenten der bisherige, mehrjährige Aufenthalt in der Schweiz zu keinem Zeitpunkt untersagt (E. 2), weshalb nicht von einem illegalen Aufenthalt ausgegangen werden könne. Es hat daher «aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles» mit Bezug auf die vorsorgliche Regelung des Aufenthalts die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Bewilligungsverlängerung als sachgerecht angesehen, auch wenn es sich formell um eine erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung handle (E. 3.3.1). Entsprechend rechtfertigt sich vorliegend, entgegen dem angefochtenen Entscheid (E. 15), auch, die Kriterien eines bisher aufenthaltsberechtigten Elternteils zur Beurteilung einer genügenden affektiven Beziehung zu seinen Kindern zur Anwendung zu bringen.

Den Akten und insbesondere den glaubhaften Angaben der Kindsmutter in der Gerichtsverhandlung kann heute ein sehr gutes, von grosser Verbundenheit geprägtes Verhältnis zwischen dem Rekurrenten und seinen drei Kindern entnommen werden. Darauf kann es zwar für sich alleine nicht ankommen. Die affektive Bindung der drei Kinder zu ihrem Vater wird jedoch nachweislich durch dessen regelmässige quantitative Unterstützung bei der Kinderbetreuung gelebt und entspricht den Kindesinteressen. Bis zur zweiten Jahreshälfte 2019 fand der persönliche Kontakt jeweils am Mittwochabend und am Samstagnachmittag noch sehr eingeschränkt statt und entsprach seinem Umfang nach insofern nicht vollumfänglich einem nach heutigen Massstäben üblichen minimalen Besuchsrecht, wie auch die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zu Recht festgestellt hat (E. 15). Dem Schreiben der Kindsmutter vom 26. April 2020 kann jedoch entnommen werden, dass der Rekurrent ihr in den letzten Monaten viel geholfen und sich sein Kontaktverhalten zu seinen Kindern intensiviert hat. Die seither und bis heute stattfindenden Kontakte können mit mindestens drei Stunden pro Woche an mindestens drei Tagen, was mindestens neun Stunden pro Woche entspricht, inzwischen als üblich bezeichnet werden. Aufgrund der von der Kindsmutter mit «mindestens» bezeichneten Zeitfenster ist zudem vereinzelt auch von einer höheren zeitlichen Intensität der Kontakte auszugehen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die glaubhaften Ausführungen des Rekurrenten zu berücksichtigen, wonach er seinen ältesten Sohn regelmässig an dessen Fussballtrainings und -spiele begleitet. Dass der Rekurrent die Kinder nicht noch mehr betreut und die Besuchskontakte vereinzelt auch sehr spontan stattfinden, entspricht offenbar dem ausdrücklichen Wunsch der Kindsmutter. Gemäss ihren Angaben in der Gerichtsverhandlung ist es für sie «OK», dass er «spontan kommt, wenn er kann» (vgl.

Verhandlungsprotokoll S. 12). Insgesamt nimmt der Rekurrent sein Besuchsrecht jedoch nunmehr seit längerer Zeit kontinuierlich und auch reibungslos wahr. Es muss daher heute in affektiver Hinsicht von einer besonders engen Beziehung zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern ausgegangen werden.

5.2

5.2.1 Zu prüfen ist weiter, ob eine in wirtschaftlicher Hinsicht besonders intensive Beziehung zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern besteht. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Verbundenheit können dabei nicht nur Geld-, sondern auch Naturalleistungen von Bedeutung sein (VGE VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 3.2.7, mit Hinweis auf BGer 2C_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.6.1). Betreuungsleistungen, die einer alternierenden Obhut gleichkommen, können dem mitbetreuenden, ausländischen Elternteil als Naturalleistungen angerechnet werden, die eine enge wirtschaftliche Beziehung zu seinen Kindern belegen (VGE VD.2019.214 vom 23. Mai 2020 E. 2.3.1, mit Hinweis auf BGE 144 I 91 E. 5.2.2 S. 99). Auch symbolischen Geldbeträgen kann bei engen affektiven Beziehungen und intensiver Betreuung der Kinder mit entsprechender Entlastung des obhutsberechtigten Elternteils als überdurchschnittlichen Naturalbeiträgen unter Umständen erhebliches Gewicht zukommen (BGer 2C_23/2018 vom 11. März 2019 E. 3.3.3, mit Hinweis auf BGE 140 I 145 E. 4.2 S. 149 f.; VGE VD.2018.205 vom 29. Mai 2019 E. 4.3.6.1). Entscheidend ist die Enge der tatsächlich gelebten Kontakte in wirtschaftlicher Hinsicht im Rahmen des jeweils Möglichen und Zumutbaren (BGer 2C_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.6.2; VGE VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 E. 3.2.7). Dabei muss von einem arbeitsfähigen, unterhaltspflichtigen Elternteil erwartet werden, dass er alle Anstrengungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit unternimmt, um an den Unterhalt seines Kindes beitragen zu können (vgl. auch BGer 2C_1141/2014 vom 10. September 2015 E. 3.3.2 und 3.3.3; VGE VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 E. 3.2.7). Demgegenüber ist eine unverschuldete Arbeitslosigkeit bei der Beurteilung einer engen wirtschaftlichen Beziehung zu einem Kind zu berücksichtigen (BGer 2C_522/2015 vom 12. Mai 2016 E. 4.4.1, 2C_1141/2014 vom 10. September 2015 E. 3.3.3; VGE VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 3.2.7).

5.2.2 Mit Eingabe vom 6. Mai 2021 liess der Rekurrent dem Gericht fünf Lohnabrechnungen/Auszahlungsbestätigungen vom F_____ für den Zeitraum August 2020 bis Januar 2021 zukommen, wonach ihm monatlich jeweils CHF 1'000.█ bar ausbezahlt worden sind (act. 9). Anlässlich der Gerichtsverhandlung liess der Rekurrent ausführen, nach seiner Einreise in die Schweiz versucht zu haben in der Gastronomiebranche eine Anstellung zu finden, was ihm jedoch zunächst wegen der fehlenden Arbeitsbewilligung und danach wegen der COVID-19-Pandemie nicht gelungen sei (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 14). Zu Beginn des migrationsrechtlichen Verfahrens hätten jedoch grundsätzlich Stellenangebote vom «[...]», «[...]», «[...]» sowie von der «[...]» vorgelegen. Bei einem dieser Restaurationsbetriebe hätte es mit entsprechenden Papieren sicherlich mit einer Anstellung geklappt (Verhandlungsprotokoll S. 7). Weiter gab der Rekurrent an, im Jahr 2019 oder 2020 während drei Monaten als Küchenchef in Kalifornien gearbeitet zu haben und danach mit 7'000.█ bis 8'000.█ US-Dollar zurück in die Schweiz gekommen zu sein (Verhandlungsprotokoll S. 4, 6). In dieser Zeit habe er auch begonnen für den F_____ als Freelancer zu arbeiten. Bei diesem Shop gehe es um «Gesundheit». Es würden Tees, Crèmes und ähnliche Produkte verkauft. Er verteile Broschüren und sei auch in Kalifornien gewesen, um Produkte an verschiedene Firmen zu liefern. Bis eine

Arbeitsbewilligung vorliege, erhalte er eine Provision. Danach werde er einen vollen Lohn erhalten (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 3). Zudem hätten seine Patentante in Österreich, seine Mutter aus Jamaika und Freunde aus Kalifornien ihm in den letzten fünf Jahren Geld gesendet. Als DJ habe er ebenfalls gearbeitet, das «schläft» im Moment aber (Verhandlungsprotokoll S. 4). Auch nachdem das Bundesgericht mit Entscheid 2C_490/2020 vom 23. November 2020, welcher ihm im Januar 2021 eröffnet wurde, ihn während des Rekursverfahrens zur Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit berechnigte, sei nach Angaben des Rekurrenten niemand bereit gewesen, ihn anzustellen. Das bundesgerichtliche Urteil habe dafür nicht genügt und sie hätten «ohne die Papiere» kein Vertrauen in ihn gehabt (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 7).

Die finanzielle Unterstützung der Kinder betreffend führte die Kindsmutter aus, dass sie keine Alimente erhalte. Der Rekurrent helfe von finanzieller Seite jedoch «ein bisschen». Er kaufe den Kindern oft kleine Dinge wie «Znacht», Süssigkeiten oder Spielsachen. Dieses Jahr habe er ihr auch einmal CHF 200.■ gegeben, um den Kindern Jacken zu kaufen (Verhandlungsprotokoll S. 12). Die Frage, ob die Betreuungsleistungen des Rekurrenten für die Kindsmutter hinsichtlich deren eigenen Erwerbstätigkeit von Bedeutung seien, wurde von dieser zwar verneint. Sie arbeite mittlerweile im Homeoffice und sei «gut genug in dem was sie mache». Zugleich hielt sie jedoch fest, dass es ihre finanzielle Situation verbessern würde, wenn der Rekurrent nach Erhalt einer Arbeitsbewilligung arbeiten und dadurch Alimente bezahlen könnte. Sie habe am 10. Februar 2020 eine 100 %-Stelle bei der [...] angetreten. Dort verdiene sie CHF 5'000.■ pro Monat und müsse mit drei Kindern sehr sparen. Könnte der Rekurrent arbeiten, hätte das grosse Auswirkungen «auf alles» (Verhandlungsprotokoll S. 9, 12).

5.2.3 Während sich den früheren Angaben der Kindsmutter entnehmen liess, dass die Betreuungsleistungen des Rekurrenten für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit, insbesondere während des Lockdowns im Frühjahr 2020 massgeblich gewesen seien (vgl. oben E. 5.1.2), stellt sich dies gemäss ihren Aussagen in der Hauptverhandlung heute anders dar. Aufgrund der in der Zwischenzeit entstandenen Möglichkeit im Homeoffice arbeiten zu können, der damit einhergehenden zeitlichen Flexibilität sowie der erlangten Routine bei der Erledigung ihrer Arbeit ist dies grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings erweist sich die Unterstützung durch den Rekurrenten auch aufgrund der neuesten Ausführungen nicht als gänzlich bedeutungslos. Der Rekurrent hat in der Vergangenheit während der Krankheit der Kindsmutter im November/Dezember 2019 und während des Lockdowns jeweils spontan die Betreuung der Kinder übernommen. Obwohl die Kindsmutter angibt, den Rekurrenten nicht (mehr) öfter anfragen zu wollen und die Betreuungsaufgaben alleine bewältigen zu können (vgl. Verhandlungsprotokoll S. 12), dürfte dieses Wissen um die kurzfristige Verfügbarkeit des Rekurrenten bei ihr dennoch zu einer gewissen Entlastung beitragen. Zudem leistet der Rekurrent im Rahmen seiner bescheidenen finanziellen Möglichkeiten kleine Beiträge an den Unterhalt seiner Kinder, indem er ihnen Snacks, Süssigkeiten oder Spielsachen kauft. Dennoch reichen diese von ihm bezahlten Kleinigkeiten sowie die von ihm übernommenen Betreuungsaufgaben grundsätzlich nicht aus, um eine besonders intensive Beziehung zu seinen Kindern auch in wirtschaftlicher Hinsicht zu bejahen. Im Sinne der Massgeblichkeit des vorliegend Möglichen und Zumutbaren ist bei der Beurteilung der aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse jedoch zu berücksichtigen, dass der Rekurrent aufgrund seines derzeitigen Aufenthaltsstatus und aufgrund der anhaltenden COVID-19-Pandemie auf dem

Arbeitsmarkt mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert ist. Zwar hätte der Rekurrent, spätestens nachdem er den Entscheid des Bundesgerichts im Januar 2021 erhalten hatte, welcher ihn zur Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit während des vorliegenden Rekursverfahrens berechtigte, eine entsprechende Bestätigung beim Migrationsamt beantragen können. Selbst wenn er dies getan hätte, erscheint jedoch fraglich, ob er tatsächlich einer Erwerbstätigkeit hätte nachgehen können. Nachdem die Gastronomiebranche auch nach der kürzlich erfolgten Öffnung der Aussenterrassen am 19. April 2021 weiterhin stark unter den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie leidet, ist in antizipierter Beweiswürdigung davon auszugehen, dass der Rekurrent in diesem Bereich auch bei entsprechenden Bemühungen während des laufenden Verfahrens nicht hätte Fuss fassen können und seine Arbeitslosigkeit unverschuldet ist. Die Nichterfüllung der Voraussetzung einer besonders engen wirtschaftlichen Verbundenheit genügt vorliegend daher nicht, um einen Bewilligungsanspruch zu verneinen. Für eine Fortsetzung seines Bleiberechts wird er sich aber mit Nachdruck um eine Anstellung bemühen müssen.

5.3 Besteht heute eine in affektiver Hinsicht genügend enge Beziehung des Rekurrenten zu seinen Kindern und bestehen in wirtschaftlicher Hinsicht Anzeichen für eine grundsätzlich mögliche Integration, so ist schliesslich zu prüfen, ob ihm ein tadelloses Verhalten attestiert werden kann. Der Rekurrent wurde mit Strafbefehl vom 31. Januar 2020 der mehrfachen Drohung zum Nachteil seiner Ehefrau, der mehrfachen Nötigung und der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen und zu einer Strafe von 110 Tagessätzen Geldstrafe verurteilt. Der Verurteilung lagen Drohungen mit Verbrühung, mit Zerschneiden des Gesichts und massiven Kopfverletzungen wie auch mit Erschiessen zu Grunde (act. 6/1.2.2 S. 326 ff.). Den Erwägungen des JSD folgend stellt dies kein tadelloses Verhalten dar (angefochtener Entscheid E. 20). Auch in der Hauptverhandlung wurde die Traumatisierung der vom Rekurrenten getrenntlebenden Ehefrau deutlich (Verhandlungsprotokoll S. 8). Wie der Rechtsvertreter und die Ehefrau des Rekurrenten in der Hauptverhandlung jedoch übereinstimmend angaben, wurde dieses Verfahren, nachdem der Rekurrent gegen den Strafbefehl Einsprache erhoben hatte, auf Ersuchen der Ehefrau zunächst sistiert und vor etwa zwei Monaten definitiv eingestellt (vgl. Art. 55a des Strafgesetzbuches [StGB, SR 311.0]; Verhandlungsprotokoll S. 4, 11, 14). Zudem hat die Ehefrau erklärt, sie denke, dass «sein Verhalten () jetzt ganz anders als vor einem Jahr» sei (vgl. Schreiben vom 26. April 2020, act. 6/1.2.2 S. 330; Verhandlungsprotokoll S. 11). Ob diese Einstellung des Verfahrens mit einer bei der Interessenabwägung nicht so stark zu gewichtenden untergeordneten Delinquenz gleichgestellt werden kann (vgl. oben E. 4.3), kann offenbleiben. Da auch das Opfer kein Interesse an der Weiterführung des Verfahrens hatte, überwiegt das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Rekurrenten vorliegend nicht (mehr).

5.4 Schliesslich wäre mit einer Wegweisung des Rekurrenten eine erhebliche Einschränkung des Kontakts zu seinen in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kindern verbunden. Zwar verfügt der Rekurrent über eine bis ins Jahr 2025 gültige Aufenthaltsbewilligung in Polen. Ob er nach der gerichtlichen Trennung von seiner polnischen Ehefrau alleine dorthin zurückkehren könnte, erscheint jedoch fraglich. Gleichwohl würde ihm die regelmässige Ausübung des Besuchsrechts von Polen aus schwerfallen. Müsste der Rekurrent sogar in sein Heimatland Jamaika zurückkehren, wäre wegen der Distanz zur Schweiz die Wahrnehmung der bisher gelebten Beziehung zu seinen Kindern praktisch nicht mehr möglich (vgl. BGer 2C_484/2020 vom 19. Januar 2021 E. 6.5.2).

5.5 Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung, bei der insbesondere auch den Interessen der betroffenen Kinder Rechnung zu tragen ist, überwiegt unter Berücksichtigung des in den Erwägungen 5.1 bis 5.4 Ausgeführten, das Interesse an einem Verbleib des Rekurrenten in der Schweiz. Er hat daher gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK einen Anspruch auf Anwesenheit und auf eine entsprechende ausländerrechtliche Bewilligung. Sollte indessen die enge affektive Beziehung zukünftig nicht mehr gelebt werden und die wirtschaftliche Integration des Rekurrenten nicht gelingen, dürfte dies zu einer anderen Einschätzung führen.

6.

Gemäss Art. 99 Abs. 1 AuG legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen dem Staatssekretariat für Migration (SEM) Aufenthaltsbewilligungen zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Dieses kann die Zustimmung verweigern oder den kantonalen Entscheid einschränken. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) legt in einer Verordnung fest, in welchen Fällen die Aufenthaltsbewilligung dem Zustimmungsverfahren unterliegt (Art. 85 Abs. 2 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE], SR 142.201; vgl. VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 7). Gemäss Art. 3 lit. f der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (SR 142.201.1) ist die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten. Der Ausweis darf erst ausgestellt werden, wenn die Zustimmung des SEM vorliegt (Art. 86 Abs. 5 VZAE).

7.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass der Rekurs in der Sache gutzuheissen ist. Der angefochtene Entscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements Basel-Stadt vom 25. September 2020 (mit Ausnahme des Kostenentscheids [vgl. unten E. 8.2]) sowie die Verfügung des Migrationsamts Basel-Stadt vom 28. Oktober 2019 sind deshalb aufzuheben und die Sache dem Staatssekretariat für Migration zum Entscheid über die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu unterbreiten.

8.

8.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind in Anwendung von § 30 Abs. 1 VRPG für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren keine Gerichtskosten zu erheben und hat das JSD für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege steht die Forderung auf die Parteientschädigung dem unentgeltlichen Rechtsbeistand und nicht dem unentgeltlich vertretenen Rekurrenten zu. Das JSD hat die Parteientschädigung deshalb direkt dem unentgeltlichen Rechtsbeistand zu zahlen (vgl. VD.2020.152 vom 24. November 2020 E. 5.1, mit Hinweisen auf BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014 E. 5, AGE ZB.2018.20 vom 14. September 2018 E. 4.2, ZB.2016.39 vom 20. Juli 2017 E. 9.3.2). Der Aufwand des Rechtsvertreters des Rekurrenten im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren ist mangels Einreichung einer Honorarnote praxisgemäss zu schätzen. Für die Rekursanmeldung vom 6. Oktober 2020, die Rekursbegründung vom 25. November 2020 sowie unter zusätzlicher Berücksichtigung der Hauptverhandlung erscheint ein Aufwand von insgesamt knapp 12 Stunden angemessen. Unter Zugrundelegung des praxisgemässen Stundenansatzes von CHF 250.■ beträgt die Parteientschädigung für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren damit unter Mitberücksichtigung der

notwendigen Auslagen CHF 3'000.■ zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 231.■.

8.2 Mit dem angefochtenen Entscheid gewährte das JSD dem Rekurrenten die unentgeltliche Rechtspflege mit Advokat [...] als unentgeltlichem Rechtsbeistand (Ziff. 3 des Dispositivs). Es entschied, dass keine amtlichen Kosten erhoben werden (Ziff. 2 des Dispositivs) und dem unentgeltlichen Rechtsbeistand eine Entschädigung in Höhe von CHF 925.■, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer, ausgerichtet wird (Ziff. 4 des Dispositivs). Dieser Kostenentscheid betreffend das verwaltungsinterne Rekursverfahren ist nicht aufzuheben. Dies deshalb, weil die vorliegende Gutheissung in der Sache allein aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Veränderung der Verhältnisse erfolgen kann, der vorinstanzliche Entscheid im damaligen Zeitpunkt aber begründet war (vgl. oben E. 5.1-5.4; VGE VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 E. 5.1, mit Hinweisen).

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