

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.132 vom 21. Dezember 2021

BS Appellationsgericht, 2021-12-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.132

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.132 du 21 décembre 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.132 del 21 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungspräsidenten vom 23. Juni 2021 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig zur Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 in Verbindung mit § 88 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Angefochten ist ein Zwischenentscheid des JSD, mit dem dieses den Antrag der Rekurrentin, über ihr Gesuch um Erteilung einer neuen Aufenthaltsbewilligung mit Zwischenentscheid im departementalen Rekursverfahren zu befinden und eventualiter das Migrationsamt anzuweisen, den Bewilligungsanspruch auf dieser Grundlage unverzüglich zu prüfen, abgelehnt hatte. Zwischenverfügungen unterliegen gemäss § 10 Abs. 2 VRPG nur dann selbständig der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Vorausgesetzt ist dabei ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur, wobei im Interesse der Rechtssicherheit eine grosszügige Bejahung von rechtlichen Nachteilen angezeigt erscheint (Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477 ff., 485). Keinen genügenden Nachteil, welcher die Anfechtbarkeit der Nichtsistierung begründen könnte, bewirkt indessen die blosser Verzögerung oder Verteuerung des Verfahrens, da es sich hierbei um rein tatsächliche Nachteile handelt (BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382 mit weiteren Hinweisen; BGer 2C_215/2012 vom 17. März 2012 E. 1.2.2; VGE VD.2011.139 vom 12. Juni 2012 E. 2.1).

Mit dem angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz über einen allfälligen Bewilligungsanspruch aufgrund des Freizügigkeitsabkommens gerade nicht entschieden. Insoweit ist der Rekurrentin daher kein mit dem Endentscheid in der Sache nicht wieder gutzumachender Nachteil entstanden, zumal ihrem Rekurs gegen die Feststellung des Erlöschens ihrer Aufenthaltsbewilligung und ihre Wegweisung die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist. Mit ihrem Rekurs begründet die Rekurrentin den ihr drohenden Nachteil damit, dass sie aufgrund der angefochtenen Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung für jeden Grenzübertritt mindestens acht Tage vor der Abreise ein Rückreisevisum zu beantragen und hierfür Kosten zu tragen habe. Da ihre Familie im grenznahen Deutschland lebe und regelmässige Grenzübertritte für Einkäufe zu ihrem Alltag gehörten, bedeute dieses Visumserfordernis eine gravierende Einschränkung. Auch für jede andere Reise in und ausserhalb des Schengenraums bedeute die Visumpflicht eine gravierende Beschneidung ihrer freizügigkeitsrechtlichen Ansprüche. Weiter macht sie

geltend, dass die Stellensuche ohne Vorlage einer Aufenthaltsbewilligung massiv behindert werde. Sie sei daher von dem Zwischenentscheid einschneidend berührt und habe ein schutzwürdiges, europarechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung. Daraus kann auf einen rechtlichen Nachteil für die Dauer des Verfahrens geschlossen werden, welcher nachträglich nicht mehr wiedergutmacht werden kann.

1.3 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 13 Abs. 1 VRPG). Um schutzwürdig zu sein, muss das Interesse des Rekurrenten grundsätzlich aktuell sein (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, BJM 2005 S. 277 ff., 292). Als Adressatin ist die Rekurrentin vom angefochtenen Entscheid berührt und hat ein wie ausgeführt aktuelles Interesse an der Gutheissung ihrer Anträge. Sie ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist einzutreten.

E. 2

2.1 Zur Begründung der Abweisung des Gesuchs verweist die Vorinstanz darauf, dass sich die Rekurrentin auf die Bewilligungen ihrer Kinder berufe. Die Bewilligungen der Kinder seien jedoch ebenfalls fraglich und Gegenstand eines vom Vater der Kinder und Ehemann der Rekurrentin eingeleiteten Rekursverfahrens. Sollte sich in diesem Verfahren bestätigen, dass die Bewilligung des Vaters erloschen ist, so wären damit auch die Bewilligungen der Kinder, die sie gestützt auf die Bewilligung des Vaters erhalten haben, erloschen. Die Verfahren hängten damit alle zusammen und mit der Erteilung der Bewilligung an die Rekurrentin würde der Entscheid quasi vorweggenommen. Weiter führte die Vorinstanz aus, dass sich das Migrationsamt in seiner Stellungnahme zur Rekursbegründung explizit zum geltend gemachten freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch äussern werde, worauf dann repliziert werden könne. Es bestehe kein vordringlicher Grund, der Rekurrentin im Rahmen eines Zwischenentscheids vorsorglich eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, zumal ihrem Rekurs gegen das Erlöschen ihrer Aufenthaltsbewilligung die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden sei und sie sich somit in der Schweiz aufhalten und hier einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürfe. Auch für Reisen könne sie ein Rückreisevisum beantragen. Es sei daher fraglich, ob sie überhaupt ein Rechtsschutzinteresse bezüglich einer unverzüglichen Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung habe.

2.2 Zur Begründung ihres Rekurses macht die Rekurrentin zunächst einen freizügigkeitsrechtlichen Bewilligungsanspruch aufgrund ihres Sorgerechts für ihre Kinder geltend. Sie stützt sich dabei auf Art. 6 i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA. Da ein Kleinkind seinen Aufenthaltsanspruch auf sich allein gestellt nicht wahrnehmen könne, sei rechtsprechungsgemäss unter der Voraussetzung ausreichender finanzieller Mittel auch die sorgeberechtigte drittstaatsangehörige Mutter aufenthaltsberechtigt (BGE 142 II 35 E. 5.2 S. 44). Der Aufenthaltsanspruch der Kinder leite sich dabei nicht von jenem ihres Vaters ab und bestehe unabhängig von der Ausstellung einer Bewilligung. Ihr Interesse an einem vorsorglichen Entscheid leite sich aus der visumsfreien Reisefreiheit im Schengenraum ab, welcher sich mit dem freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsrecht in der Schweiz verbinde. Der von ihrem Ehemann unabhängige Aufenthaltsanspruch der Rekurrentin und ihrer Kinder aufgrund der Unionsbürgerschaft der Kinder sei bisher gänzlich ungeprüft geblieben. Dieser hätte bereits in den Verfügungen zum angeblichen Erlöschen der vorbestehenden Aufenthaltsbewilligung thematisiert werden müssen. Nachdem die

Verfügung vom 29. Januar 2021 zu dem aus dem Sorgerecht für ihre Kinder abgeleiteten Aufenthaltsrecht der Rekurrentin in keiner Weise Stellung genommen habe, könne der Anspruch auf eine Prüfung und Bestätigung dieses Aufenthaltsrechts von vornherein nicht durch den Streit über die Rechtmässigkeit der Verfügung vom 29. Januar 2021 auf unabsehbare Dauer aufgeschoben werden. Unabhängig von jener Verfügung sei es der Rekurrentin unbenommen, das Migrationsamt am 22. April 2021 aufgrund der aktuellen Situation um Erteilung einer neuen Bewilligung zu ersuchen, worauf dieses den Bewilligungsanspruch erneut zu prüfen hätte. Der Bestand des dem Landesrecht vorgehenden freizügigkeitsrechtlichen Anspruchs sei offenkundig. Weiter rügt die Rekurrentin als groben Verfahrensfehler, dass das Migrationsamt und das JSD den Einbezug des Gesuchs der Rekurrentin um Erteilung eines freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruchs miteinander abgesprochen hätten. Korrekterweise hätte das Migrationsamt «selbstredend ohne Absprache mit der Rekursinstanz» einen Nichteintretensentscheid fällen müssen, wenn es das Gesuch aufgrund des laufenden Verfahrens nicht hätte behandeln wollen. Die Rekurrentin habe darauf verzichtet, auf einem solchen Vorgehen zu insistieren, da dies einen Leerlauf bedeutet hätte. Deshalb habe sie «die grobe Verfahrensverletzung vorerst hingegenommen» und der Vorinstanz beantragt, das Gesuch mit einem Zwischenentscheid zu erledigen. Es dürfe aber «nicht aus dem Blick rücken, dass ein eigenständiges neues Gesuch in Frage» stehe.

E. 3

3.1 Der Gegenstand eines Rekursverfahrens wird durch den Streitgegenstand begrenzt. Der Rekurs ist nur im Rahmen des Streitgegenstands zulässig. Streitgegenstand bildet das im angefochtenen Verwaltungsakt geregelte oder zu regelnde Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird (VGE VD.2019.78 vom 27. Mai 2020 E. 2.5 m.w.H.; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 435, 444; Wullschlegler/Schröder, a.a.O., S. 285). Er darf sich im Lauf des Rechtsmittelzugs nicht erweitern (VGE VD.2018.43 vom 1. März 2019 E. 1.4, VD.2018.29 vom 16. August 2018 E. 1.2.2, VD.2017.253 vom 18. Juni 2018 E. 1.2.1; Stamm, a.a.O., S. 505). Streitgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens kann nur sein, was bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gewesen ist oder hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die Vorinstanzen weder entschieden haben noch hätten entscheiden müssen, sind von der Rechtsmittelinstanz nicht zu behandeln. Dementsprechend tritt sie auf erstmals bei ihm gestellte Anträge nicht ein (VGE VD.2019.78 vom 27. Mai 2020 E. 2.5 m.w.H.; Stamm, a.a.O., S. 505; vgl. § 19 Abs. 1 VRPG).

Von diesen Grundsätzen kann aus prozessökonomischen Gründen abgewichen werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Ausweitung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes spruchreife Frage aus prozessökonomischen Gründen dann zulässig, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann. Die Verwaltung muss sich zudem mindestens in der Form einer Prozessklärung zu dieser Streitfrage geäußert haben (VGE VD.2012.122 vom 14. August 2013 E. 1.2.2 mit Hinweis auf BGE 122 V 34 E. 2a S. 36; BGer 9c_1002/2008 vom 16. Februar 2009 E. 2.2; BVGE 2009/37 vom 18. Juni 2008, E. 1.3.1; Camprubi, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 62 N 8; Flückiger, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG,

2. Aufl., Zürich 2016, Art. 7 N 35).

3.2 Streitgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens ist der Bestand der aus dem Niederlassungsrecht ihres Ehemanns abgeleiteten Aufenthaltsbewilligung der Rekurrentin. Demgegenüber war ein im umgekehrten Familiennachzug aus einem freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch ihrer Kinder abgeleiteter freizügigkeitsrechtlicher Aufenthaltsanspruch im Verfahren vor dem Migrationsamt resp. dem Bereich BdM nicht Verfahrensgegenstand und wurde von der Rekurrentin selber auch gar nicht geltend gemacht. Wie die Rekurrentin selber ausführt, verleiht ein solcher Anspruch auch eine andere, freizügigkeitsrechtliche Reisefreiheit und damit eine andere migrationsrechtliche Stellung (vgl. auch VGE VD.2016.150 vom 17. September 2019 E. 2.4; VD.2013.28 vom 16. Juli 2015 E. 4.4). Über einen aus Art. 6 FZA i.V.m. 24 Anhang I FZA abgeleiteten Aufenthaltsanspruch war daher im vorinstanzlichen Verfahren auch aufgrund des Devolutiveffekts des Rekurses an das Departement im Grundsatz nicht zu entscheiden. Anders kann die verfahrensrechtliche Ausgangslage nur beurteilt werden, soweit sich der geltend gemachte freizügigkeitsrechtliche Anspruch aus einem Sachzusammenhang ergibt, welcher Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens ist. Dies wird von der Rekurrentin aber gerade bestritten.

Nun hat sich aber die Vorinstanz implizit bereit erklärt, den mit ihrer vorinstanzlichen Rekursbegründung geltend gemachten freizügigkeitsrechtlichen Anspruch der Rekurrentin im vorinstanzlichen Rekursverfahren zu prüfen. Tatsächlich besteht auch insoweit ein Sachzusammenhang. In diesem Fall ist es aber nach dem Gesagten unerlässlich, dass sich die ursprünglich verfügende Behörde zu dieser Frage äussern kann.

3.3 Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz darauf verzichtet hat, über den freizügigkeitsrechtlichen Anspruch mit einem Zwischenentscheid zu entscheiden. Ein Zwischenentscheid bildet einen Schritt in Richtung Verfahrenserledigung, ohne das Verfahren abzuschliessen (Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 905). Demgegenüber verlangt die Rekurrentin mit ihrem streitgegenständlichen Gesuch, dass über ihren freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch entschieden wird. Dieser Anspruch geht aufgrund der damit verbundenen Wirkungen, wie gesagt, über den mit der im vorinstanzlichen Verfahren angefochtenen Verfügung entschiedenen Anspruch auf eine landesrechtliche Aufenthaltsbewilligung hinaus. Ein Entscheid darüber macht damit den Entscheid über den ursprünglichen Streitgegenstand obsolet. Daraus folgt, dass es sich materiell um einen Endentscheid handeln würde.

Anders stellte sich die Sache nur dann dar, wenn man das Gesuch als auf einen vorsorglichen Entscheid bezogen betrachtet. Mit dem angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz das Gesuch denn auch in dieser Hinsicht beurteilt. Das Organisationsgesetz sieht bloss für das Verfahren vor dem Regierungsrat die Möglichkeit der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen vor (vgl. Art. 13 Abs. 1 OG). Deren Anordnung ist indessen auch ohne ausdrückliche Regelung im gesamten Verwaltungsverfahren aus dem Grundsatz der Verfahrenseinheit, wonach die dem Regierungsrat untergeordneten Verwaltungsbehörden nicht einer strengeren Regelung unterworfen sein dürfen, zulässig (vgl. Schwank, a.a.O., S. 435, 458). Beim Entscheid über den Erlass einer vorsorglichen Massnahme steht den Behörden bei der Interessenabwägung grundsätzlich ein grosser Beurteilungsspielraum zu (BGE 129 II 286 E. 3 S. 289; BGer 1C_19/2018 vom 2. März 2018 E. 3.1, 2C_819/2016 vom 14. November 2016 E. 2.2). Die Anordnung einer

vorsorglichen Massnahme setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Der Verzicht auf Massnahmen muss für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wiedergutzumachen ist. Erforderlich ist, dass eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Vorsorgliche Massnahmen ergehen aufgrund einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die zuständige Behörde ist nicht gehalten, für ihren rein vorsorglichen Entscheid zeitraubende Abklärungen zu treffen, sondern kann in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen. Prognosen über den Ausgang des Verfahrens sind zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig sind (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; BGer 2C_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2; VGE VD.2017.86 und VD.2017.175 vom 24. November 2017 E. 5.1).

Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Anspruch der Rekurrentin unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Migrationsamts mit dem Endentscheid treffen wird. Die damit für sie verbundenen Nachteile bei Reisen ins Ausland überwiegen das öffentliche Interesse an einer eingehenden Prüfung ihres Anspruchs vor einem Entscheid nicht.

3.4 Widersprüchlich erscheint schliesslich der Vorhalt der Rekurrentin, mit einem Entscheid über ihren freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch im vorinstanzlichen Rekursverfahren werde ihr «eine Instanz genommen». Die Rekurrentin hat diesen Anspruch selber im vorinstanzlichen Rekursverfahren mit ihrer Rekursbegründung zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Ihr Vorhalt kommt daher einem rechtsmissbräuchlichen «venire contra factum proprium» gleich und verletzt damit das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Teilgehalt der Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben gemäss Art. 5 der Bundesverfassung (BV, SR 101).

3.5 Wird über den freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch aber aufgrund der eigenen Anträge der Rekurrentin im vorinstanzlichen Rekursverfahren entschieden, so bestand kein Anlass, die Sache diesbezüglich an die ursprünglich verfügende Instanz zurückzuweisen. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass sich die Vorinstanz und das Migrationsamt diesbezüglich miteinander abgesprochen haben. Im Verwaltungsverfahren besteht eine Überweisungspflicht. Eine unzuständige Behörde soll eine Sache daher nicht durch Nichteintretensentscheid, sondern durch Überweisung erledigen. Erscheint die Zuständigkeitsfrage nicht absolut liquid, so haben die Behörden diesbezüglich einen Meinungsaustausch miteinander zu pflegen (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 398 f.). Nachdem die Rekurrentin mit ihrer Eingabe vom 22. April 2021 und ihrer Rekursbegründung vom 23. April 2021 eine Beurteilung ihres freizügigkeitsrechtlichen Anspruchs sowohl durch das Migrationsamt als auch das Departement verlangt hat, war die Zuständigkeit daher zu klären.

E. 4

4.1 Daraus folgt, dass der Rekurs abgewiesen wird. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 800.■.

4.2 Mit ihrer Rekursbegründung ersucht die Rekurrentin um die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat eine Person, die nicht über die erforderlichen Mittel zur Führung eines Prozesses verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 29 Abs. 3 BV). Nach der Rechtsprechung

sind Prozessbegehren als aussichtslos anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 139 III 396 E. 1.2 S. 397, 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218, 133 III 614 E. 5 S. 616; VGE VD.2017.15 vom 3. Juni 2017 E. 6.1.1).

Aus den Erwägungen zur Sache ergibt sich, dass der Rekurs gegen den Entscheid vom 29. Januar 2021 aussichtslos erscheint. Unbelegt bleibt auch die prozessuale Bedürftigkeit der Rekurrentin. Wie sie selbst ausgeführt hat, leben sie und ihre Kinder «von der ausreichenden Unterstützung ihrer Eltern». Diese haben mit Schreiben vom 6. April 2021 bestätigt, dass sie «vollumfänglich für den Lebensunterhalt» ihrer Tochter und der beiden Kinder aufkommen. Die Rekurrentin belegt nicht, dass diese Mittel nicht ausreichen, um die Kosten dieses Verfahrens zu tragen.

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