

Geschäftsnummer: VD.2020.152 (AG.2020.651)

Instanz: Appellationsgericht

Entscheiddatum:

Erstpublikationsdatum: 12.05.2021

Aktualisierungsdatum: 12.05.2021

Titel: **Gesuch um Erteilung einer
Aufenthaltsbewilligung von vorläufig
aufgenommenen Ausländerinnen und
Ausländern**



**Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt**

**als Verwaltungsgericht
Dreiergericht**

VD.2020.152

URTEIL

vom 24. November 2020

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, lic. iur. André Equey, Prof. Dr. Jonas Weber
und Gerichtsschreiberin MLaw Marion Wüthrich

Beteiligte

A____
[...]

Rekurrent 1

B____
gesetzlich vertreten durch A____
[...]

Rekurrent 2/
Sohn

C____
gesetzlich vertreten durch A____
[...]

Rekurrent 3/
Sohn

Alle vertreten durch [...], Rechtsanwalt,
[...]

gegen

Migrationsamt Basel-Stadt
Spiegelgasse 12, 4051 Basel

Gegenstand

Rekurs gegen einen Entscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements vom 16. Juni 2020

betreffend Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern

Sachverhalt

Der somalische Staatsangehörige A____, geboren am [...], reiste am 11. November 2008 in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch. Mit Entscheid des Bundesamtes für Migration (BFM; heute: Staatssekretariat für Migration [SEM]) vom 11. Juni 2010 wurde das Asylgesuch abgelehnt und A____ aus der Schweiz weggewiesen. Der Vollzug der Wegweisung wurde jedoch als nicht zumutbar erachtet und A____ vorläufig aufgenommen.

Am 7. Juni 2012 reisten die religiös angetraute Ehefrau von A____, D____, geboren am [...], von Somalia, und die drei gemeinsamen Kinder B____, geboren [...] 2005, C____, geboren [...] 2006, und E____, geboren [...] 2007, in die Schweiz ein. Am 13. Juni 2012 stellten sie ein Asylgesuch. Mit Entscheid des damaligen BFM vom 29. November 2013 wurde das Asylgesuch abgelehnt und D____ und die Kinder B____, C____ und E____ sowie das [...] 2013 geborene Kind F____ wurden vorläufig aufgenommen. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. April 2014 abgewiesen. Ein am 16. Juli 2014 gestelltes Revisionsgesuch von D____ für sich und die Kinder wurde vom Bundesverwaltungsgericht am 5. August 2014 abgeschrieben.

Das Migrationsamt des Bereichs Bevölkerungsdienste und Migration (nachfolgend: Migrationsamt) informierte A____ und D____ am 27. Juli 2016 bei einem persönlichen Gespräch über die Kriterien einer Härtefallregelung nach Art. 84 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (heute: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration; vgl. unten E. 1.4.1).

[...] 2016 wurde der Sohn G____ geboren, welcher ebenfalls vorläufig aufgenommen wurde.

Am 6. Dezember 2017 stellte A____ für sich und seine Familie ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

[...] 2018 kam die Tochter H____ zur Welt. Auch sie wurde vorläufig aufgenommen.

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte das Migrationsamt am 23. September 2019, dass das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von A____, D____ und den Kinder B____, C____, E____, F____, G____ und H____ nicht dem SEM unterbreitet werde.

Der dagegen von A____ und seinen Kindern B____ und C____ erhobene Rekurs wies das Justiz- und Sicherheitsdepartement Basel-Stadt (JSD) mit Entscheid vom 16. Juni 2020 ab. Für das Verfahren wurden keine Kosten erhoben und den Rekurrenten für das verwaltungsinterne Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.

Gegen diesen Entscheid richtet sich der am 29. Juni 2020 angemeldete und am 17. Juli 2020 begründete Rekurs von A____ (Rekurrent 1), B____ (Rekurrent 2) und C____ (Rekurrent 3) an den Regierungsrat, mit welchem sie die kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung verlangen. Eventualiter beantragen sie, die Gutheissung des Gesuchs um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung und die Anweisung der Vorinstanzen, den Fall dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten. Ferner sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Diesen Rekurs überwies das Präsidialdepartement dem Verwaltungsgericht mit Schreiben vom 5. August 2020 zum Entscheid.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 10. August 2020 wurde den Rekurrenten die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

Das JSD liess sich am 10. September 2020 vernehmen und beantragte unter Hinweis auf das zwischenzeitlich ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-5147/2018 vom 10. Juni 2020 die Rückweisung des Entscheids zur Neubeurteilung.

Die Einzelheiten der Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für das vorliegende Urteil von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Das Urteil erging auf dem Zirkulationsweg.

Erwägungen

1.

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 5. August 2020 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§§ 88 Abs. 2 und 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

1.2 Als Adressaten des angefochtenen Entscheids sind die Rekurrenten unmittelbar berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb sie bzw. im Falle der Minderjährigkeit deren gesetzliche Vertreter gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert sind. Auf den rechtzeitig angemeldeten und innert Frist begründeten Rekurs ist somit einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift im Ausländerrecht ist das Verwaltungsgericht nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden (VGE VD.2016.207 vom 21. Juni 2017 E. 1.2, VD.2015.135 vom 8. Juni 2016 E. 1.2, VD.2012.243 vom 21. Mai 2013 E. 1.2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und in Anwendung von Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids vorherrschen (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63; BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2017.183 vom 17. Oktober 2017 E. 1.2, VD.2015.240 vom 19. September 2016 E. 1.2, VD.2015.151 vom 24. Februar 2016 E. 1). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. zum Ganzen VGE VD.2017.168 vom 9. Februar 2018 E. 1.2 mit Hinweisen).

1.4

1.4.1 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. Damit stellt sich die Frage, ob im vorliegenden hängigen Verfahren das alte oder das neue Recht anwendbar ist (VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 1.3.1).

1.4.2 Das anwendbare materielle Recht bestimmt sich nach Art. 126 Abs. 1 AuG bzw. AIG. Gemäss dieser allgemeinen Übergangsbestimmung bleibt auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar (VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 1.3.2, mit Nachweisen). Betreffend das Verfahrensrecht

bestimmen die allgemeinen Übergangsbestimmungen des AuG bzw. AIG (Art. 126 Abs. 2), dass sich das Verfahren nach dem neuen Recht richtet. Dies entspricht dem allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsatz, wonach neue Verfahrensbestimmungen ab ihrem Inkrafttreten grundsätzlich von allen Instanzen sofort anzuwenden sind (VGE VD.2019.236 vom 7. Juni 2020 E. 1.3.3, mit Nachweisen).

1.4.3 Das Verfahren wurde mit dem Gesuch vom 6. Dezember 2017 eingeleitet. Folglich beurteilt sich der vorliegende Fall nach den materiellen Bestimmungen des alten Rechts. Es wird deshalb im Folgenden weiterhin die Bezeichnung AuG verwendet. Entgegen der Ansicht des JSD (angefochtener Entscheid, E. 5 f.) sind Art. 58a Abs. 1 AIG und Art. 77a-77f der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) nicht anwendbar und ist die bis am 31. Dezember 2017 geltende Fassung von Art. 31 Abs. 1 VZAE massgebend.

2.

2.1 Am 23. September 2019 verfügte das Migrationsamt, dass das Gesuch um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an den Rekurrenten 1, seine religiös angetraute Ehefrau und die sechs gemeinsamen Kinder nicht dem SEM unterbreitet wird (angefochtener Entscheid, Tatsachen Ziff. 12). Gegen diese Verfügung meldeten der Rekurrent und die zwei ältesten Kinder Rekurs beim JSD an. Mit Rekursbegründung vom 15. November 2019 beantragten sie, die Verfügung vom 23. September 2019 sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei zu neuem Entscheid an das Migrationsamt zurückzuweisen. Eventualiter sei dem Rekurrenten 1 und seinen beiden ältesten Kindern eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. In der Rekursbegründung vom 15. November 2019 (Ziff. 2.1) und in der Replik vom 20. Januar 2020 (Ziff. 1) wurde erklärt, die Familie anerkenne ein Integrationsdefizit der Ehefrau des Rekurrenten 1 insbesondere in sprachlicher Hinsicht und sehe für sie und die vier jüngeren Kinder von einem Rekurs ab. Damit richtete sich der verwaltungsinterne Rekurs nicht gegen die Weigerung, das Gesuch um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an die Ehefrau des Rekurrenten 1 und die vier jüngeren Kinder dem SEM zu unterbreiten. Gemäss dem angefochtenen Entscheid ist die Verfügung vom 23. September 2019 betreffend diese fünf Personen in Rechtskraft erwachsen (angefochtener Entscheid, E. 12).

2.2 Das Verwaltungsgericht liess bisher offen, ob das basel-städtische Verwaltungsverfahrenrecht das Institut der Teilrechtskraft kennt (VGE VD.2013.86 vom 29. November 2013 E. 1.2). Gemäss der Lehre sollte von der Teilrechtskraft von Verfügungen ausgegangen werden, sofern sich die einzelnen Punkte voneinander trennen lassen (SCHWANK, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 253). Unter dieser Voraussetzung ist nicht ersichtlich, was gegen die Annahme von Teilrechtskraft sprechen sollte. Zudem entspricht diese modernem Prozessrecht (SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1655). Allerdings ist zu beachten, dass sich die aufschiebende Wirkung selbst im Zivilprozessrecht trotz blosser Teilanfechtung auf den gesamten angefochtenen Entscheid erstreckt und die Teilrechtskraft damit ausgeschlossen ist, wenn mehrere untrennbar miteinander verbundene Ansprüche im Streit liegen (SEILER, a.a.O., N 1668). Dies muss erst recht im Verwaltungsverfahren gelten. Nach der im angefochtenen Entscheid vertretenen Ansicht, wonach über das Gesuch um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig aufgenommene Familienmitglieder nur für alle Familienmitglieder gleich entschieden werden könne (vgl. unten E. 3.1), erscheint es höchst fraglich, ob sich die Bewilligungen für die einzelnen Familienmitglieder voneinander trennen lassen. Gemäss dieser Ansicht wäre es vielmehr naheliegend, von untrennbar miteinander verbundenen Punkten auszugehen, bei denen sich die aufschiebende Wirkung trotz blosser Teilanfechtung auf die Bewilligungen für alle Familienmitglieder erstreckt. Die Frage kann offenbleiben, weil nach richtiger Ansicht über das Gesuch um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig aufgenommene Familienmitglieder nicht für alle Familienmitglieder gleich entschieden werden muss (vgl. unten E. 3.6 f.), und sich die Bewilligungen für die einzelnen Familienmitglieder zweifellos voneinander trennen lassen. Damit hat das JSD im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass die Verfügung vom 23. September 2019 betreffend die Ehefrau des Rekurrenten 1 und die vier jüngeren Kinder in (Teil-)Rechtskraft erwachsen ist.

3.

3.1 Im vorliegend angefochtenen Entscheid vertrat das JSD die Ansicht, bei vorläufig aufgenommenen Familienmitgliedern könne nur entweder allen Familienmitgliedern oder keinem Familienmitglied eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden. Dies gelte selbst dann, wenn nur für einzelne Familienmitglieder eine Aufenthaltsbewilligung beantragt wird (vgl. angefochtener Entscheid, E. 15). Diese Auffassung war bereits im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids unrichtig. Die vom JSD zitierten Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts lauten folgendermassen: «Bei Härtefallgesuchen von Familien darf die Situation der einzelnen Mitglieder nicht isoliert betrachtet werden. Das Schicksal einer Familie stellt eine Einheit dar, und es wäre schwierig, das Vorliegen eines Härtefalles einzig nur für die Eltern oder nur für die Kinder anzunehmen. Die familiäre Situation wird dabei stets in einem Gesamtkontext betrachtet und die Integration sämtlicher Gesuchsteller im Sinne einer Gesamtschau betrachtet. Es ist nicht erforderlich, dass innerhalb einer Familie sämtliche Personen jeweils für sich isoliert die Anforderungen an einen persönlichen Härtefall erfüllen. Umgekehrt führt jedoch auch die besondere Lage eines einzelnen Gesuchstellers nicht schon dazu, dass ohne die Beurteilung der Lebenslage der übrigen Gesuchsteller bereits von einer Härtefallkonstellation sämtlicher Gesuchsteller auszugehen wäre. Die Lebenslage der Gesuchsteller muss gesamthaft betrachtet die Annahme einer Härtefallsituation der gesuchstellenden Gesamtfamilie rechtfertigen» (BVGer F-3332/2015 vom 13. Februar 2018 E. 4.4; vgl. BVGer F-3866/2017 vom 14. März 2019 E. 7.3). Zunächst bezieht sich die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts auf «Härtefallgesuche von Familien» und verlangt das Bundesverwaltungsgericht die Gesamtbetrachtung für die «Lebenslage der Gesuchsteller». Seine Praxis dürfte deshalb mit Bezug auf Familienmitglieder, für die keine Aufenthaltsbewilligung (mehr) beantragt wird, von vornherein keine Geltung beanspruchen. In der Sache schliessen die Forderung, über den schwerwiegenden persönlichen Härtefall aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Lebenslage der gesuchstellenden Familie zu entscheiden, und die Feststellung, dass es schwierig wäre, einen Härtefall nur für die Eltern oder nur für die Kinder anzunehmen, eine unterschiedliche Behandlung der gesuchstellenden Familienmitglieder in Ausnahmefällen nicht aus. Schliesslich hätte eine Praxis des Bundesverwaltungsgerichts das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für den Ausschluss einer individuellen Beurteilung der einzelnen Familienmitglieder ohnehin nicht kompensieren können, zumal ein solcher Ausschluss den Weisungen des SEM, der Praxis mehrerer kantonaler Verwaltungsgerichte und der Lehre widersprochen hätte und sich sachlich nicht hätte rechtfertigen lassen.

3.2 Gemäss den Weisungen des SEM müssen alle vom Kanton in den Antrag um Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einbezogenen Personen sämtliche in Art. 84 Abs. 5 AuG erwähnten Kriterien individuell erfüllen. Wenn dies nicht der Fall ist, könne die Aufenthaltsbewilligung aber ausnahmsweise auch nur denjenigen Personen erteilt werden, welche die Voraussetzungen erfüllen (SEM, Weisungen AIG, Bern Oktober 2013, aktualisiert am 1. November 2019, Ziff. 5.6.8).

3.3 Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz sah grundsätzlich keine Veranlassung, von der Praxis einer einheitlichen Härtefallbeurteilung abzuweichen. Es entschied aber, dass sich im Rahmen der Einzelfallprüfung eine Abweichung von der Betrachtung der Familie als einheitliche Gruppe aufdrängen könne. Dies sei insbesondere dann angezeigt, wenn eine Person allein aufgrund der Gruppenzugehörigkeit im Status der vorläufigen Aufnahme verbleiben müsste, obwohl die Härtefallprüfung für ihre Person für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sprechen würde (VGer SZ III 2016 129 vom 28. September 2016 E. 2). Auch gemäss dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich muss individuell geprüft werden, ob bei einem minderjährigen Kind ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, wenn ein solcher bei den Eltern verneint wird (vgl. VGer ZH VB.2015.00803 vom 24. Februar 2016 E. 2.4).

3.4 ILLES stellt zu Recht fest, für die Praxis, bei Familien zu verlangen, dass alle Familienmitglieder alle Kriterien erfüllen, fehle eine gesetzliche Grundlage. Gemäss dem erwähnten Autor können auch einzelne Familienmitglieder eigenständig ein Gesuch stellen. Wenn sie die Kriterien des Härtefalls erfüllen, sei das Gesuch für sie dem SEM weiterzuleiten. Bei minderjährigen Kindern ergebe sich ein Anspruch auf eine solche individuelle Beurteilung aus der UNO-Kinderrechtskonvention, die Kinder als eigenständige Rechtssubjekte und nicht als Anhängsel ihrer Eltern behandle (ILLES, in: Caroni et al. [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar AuG,

Bern 2010, Art. 84 N 30). Gemäss NESTERENKO erstreckt sich die Umwandlung der vorläufigen Aufnahme in eine Aufenthaltsbewilligung zwar in der Regel sinnvollerweise auf die ganze Familie. Abweichungen davon seien aus besonderen Gründen aber möglich (vgl. NESTERENKO, Die ausländer- und flüchtlingsrechtliche Stellung von in der Schweiz geborenen ausländischen Kindern, in: Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, S. 149, 178). Nach Ansicht von BOLZLI muss mehr als fünf Jahre anwesenden vorläufig aufgenommenen Kindern und Jugendlichen die Aufenthaltsbewilligung unabhängig von den Integrationsfortschritten der Eltern so rasch wie möglich erteilt werden, spätestens im Hinblick auf die Lehrstellensuche (BOLZLI, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 84 AIG N 14).

3.5 Minderjährige haben grundsätzlich dem Inhaber der elterlichen Sorge und der faktischen Obhut zu folgen. Ausländische unmündige Kinder teilen schon aus familienrechtlichen Gründen regelmässig das ausländerrechtliche Schicksal des sorge-/betreuungsberechtigten Elternteils (BGE 143 I 21 E. 5.4 S. 28). Wenn nicht davon auszugehen ist, dass die vorläufige Aufnahme der Eltern in absehbarer Zeit wegfällt, spricht dies von vornherein nicht gegen die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an ein unmündiges Kind, dessen Eltern Aufenthaltsbewilligungen verweigert werden (vgl. BVGer F-5147/2018 vom 10. Juni 2020 E. 6.4; VGer ZH VB.2015.00803 vom 24. Februar 2016 E. 2.4). Selbst wenn die vorläufige Aufnahme der Eltern aufgehoben würde und diese aus der Schweiz weggewiesen würden, änderte die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an das Kind nichts daran, dass dieses aus zivilrechtlichen Gründen die Schweiz grundsätzlich zusammen mit seinen Eltern zu verlassen hätte und die Einheit der Familie damit gewahrt bliebe (vgl. BVGer F-5147/2018 vom 10. Juni 2020 E. 6.4). Dass eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme der Eltern im vorliegenden Fall zur Diskussion stehe, behauptete das JSD nicht. Es stellte vielmehr fest, die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligungen habe keinen Einfluss auf den weiteren Aufenthalt der Rekurrenten in der Schweiz, weil sie als vorläufig aufgenommene Personen das Land zum aktuellen Zeitpunkt nicht verlassen müssten (angefochtener Entscheid, E. 16). Falls dem Rekurrenten 1 und den beiden ältesten Kindern Aufenthaltsbewilligungen erteilt werden und der Ehefrau und den vier jüngeren Kindern nicht, wäre es im vorliegenden Fall bei einem Wegfall der vorläufigen Aufnahme zudem möglich, dass der Rekurrent mit den beiden älteren Kindern in der Schweiz bleibt und die Ehefrau mit den vier jüngeren Kindern in die Heimat zurückkehrt. Auch dies spricht für die Möglichkeit, den Rekurrenten Aufenthaltsbewilligungen zu erteilen, obwohl anderen Familienmitgliedern solche verweigert worden sind. Die mit dem Status der vorläufigen Aufnahme verbundenen rechtlichen und faktischen Einschränkungen können negative Auswirkungen auf die berufliche Integration, insbesondere die Lehrstellensuche ausländischer Kinder haben. Wenn die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an die Kinder im Fall der Verweigerung der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an die Eltern ausgeschlossen würde, würden die Kinder damit benachteiligt, ohne dass sie den Grund dafür zu verantworten hätten. Mit der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen wird hingegen ihre wirtschaftliche Integration erleichtert (vgl. BVGer F-5147/2018 vom 10. Juni 2020 E. 6.5.2; VGer ZH VB.2015.00803 vom 24. Februar 2016 E. 2.4), was auch im öffentlichen Interesse liegt.

3.6 Mit dem zwischenzeitlich ergangenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-5147/2018 vom 10. Juni 2020 wurde der vom JSD im angefochtenen Entscheid vertretene Ansicht die Grundlage entzogen. In diesem Urteil hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, der Aufenthaltsstatus zwischen Eltern und Kind könne auch vor dessen Volljährigkeit divergieren. Bei Härtefallgesuchen werde die Familie zwar in der Regel als Einheit betrachtet und die Situation der einzelnen Mitglieder nicht isoliert beurteilt. Diese Rechtsprechung sei jedoch dahingehend zu präzisieren, dass damit nicht eine Einzelfallprüfung in Bezug auf die einzelnen Familienmitglieder, konkret minderjährige Kinder, formell ausgeschlossen werden solle. Angesprochen sei vielmehr die materielle Prüfung der Härtefallkriterien, in deren Rahmen die Familie in ihrer Gesamtheit zu betrachten sei. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die Voraussetzungen in Bezug auf jedes Familienmitglied einzeln zu untersuchen seien. Dass ein Kind bei der Einreise oder bei der Geburt in den Aufenthaltsstatus seiner Eltern einbezogen wird, bedeute nicht, dass es diesen Status bis zur Volljährigkeit zwingend beibehalte. Das Kind könne aufgrund seiner Rechtsfähigkeit jede Art von Bewilligung erhalten, sofern es die Voraussetzungen dafür erfüllt. Ein unterschiedlicher Aufenthaltsstatus der einzelnen

Familienmitglieder sei damit nicht von vornherein ausgeschlossen (BVGer F-5147/2018 vom 10. Juni 2020 E. 6.4). Auch der Umstand, dass die Gesuche um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an die Eltern rechtskräftig abgewiesen worden sind und nicht mehr Verfahrensgegenstand bilden, steht der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an ein minderjähriges Kind nicht entgegen (vgl. BVGer F-5147/2018 vom 10. Juni 2020 Sachverhalt lit. B f. und E. 6.4).

3.7 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das JSD unabhängig von der Verneinung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls bei der Ehefrau und den vier jüngeren Kindern und der rechtskräftigen Weigerung, das Gesuch um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an die Ehefrau und die vier jüngeren Kinder dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten, hätte prüfen müssen, ob die Rekurrenten 1-3 oder einzelne von ihnen die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG in Verbindung mit Art. 84 Abs. 5 AuG erfüllen. Dies hat das JSD nicht getan. Es hat vielmehr zu Unrecht festgehalten, es erübrige sich, die Kriterien der Härtefallbewilligung für den Rekurrenten 1 und seine beiden Söhne abzuhandeln, weil infolge der in Rechtskraft erwachsenen Verfügung bezüglich der Ehefrau und der vier jüngeren Kinder eine Überprüfung der familiären Situation im Gesamtkontext nicht mehr möglich sei (angefochtener Entscheid, E. 15). Damit hat das JSD wesentliche Tat- und Rechtsfragen nicht beantwortet und das ihm zustehende Ermessen zu Unrecht nicht ausgeübt. Letzteres stellt eine als Rechtsverletzung zu qualifizierende Ermessensunterschreitung dar (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, N 440), wie die Rekurrenten zu Recht geltend machen (vgl. Rekursbegründung, Ziff. 3). Somit ist der Rekurs begründet.

4.

Wenn das Verwaltungsgericht einen Rekurs für begründet erachtet, hebt es den angefochtenen Entscheid auf und erlässt entweder selbst einen den Streit materiell erledigenden Entscheid oder weist die Sache an die Behörde zurück, von welcher der aufgehobene Entscheid stammt (vgl. § 20 Abs. 1 VRPG). Eine Rückweisung hat immer zu erfolgen, wenn ein Rekurs, den der Regierungsrat dem Verwaltungsgericht zur Entscheidung überwiesen hat, Anträge enthält, die nach §§ 8, 9 und 11 VRPG vom Gericht nicht beurteilt werden können (§ 20 Abs. 3 lit. c VRPG). Der Entscheid über ein Gesuch um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig aufgenommene Ausländer im Sinn von Art. 84 Abs. 5 AuG liegt im Ermessen der zuständigen Behörden, auch wenn dieses Ermessen eingeschränkt ist (vgl. BOLZLI, a.a.O., Art. 84 AIG N 11 f.; NESTERENKO, a.a.O., S. 178). Gemäss § 8 Abs. 5 VRPG hat das Verwaltungsgericht die Angemessenheit dieses Ermessensentscheids nicht zu überprüfen (vgl. VGE VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 2.3). Folglich ist die vorliegende Sache zwingend zu neuem Entscheid an das JSD zurückzuweisen. Dementsprechend beantragt das JSD angesichts des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts F-5147/2018 vom 10. Juni 2020 die Gutheissung des Antrags und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung (vgl. Vernehmlassung vom 10. September 2020).

5.

5.1 Der Entscheid über die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens wird entsprechend dem Ausgang in der Hauptsache getroffen (VGE VD.2018.51 vom 11. September 2019 E. 1.1, VD.2017.184 vom 28. März 2019 E. 1.1; WULLSCHLEGER/SCHRÖDER, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 309). Die Rückweisung zu erneutem Entscheid gilt für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen als vollständiges Obsiegen, wenn die infolge der Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Antrags des Rekurrenten führen kann (BGer 2C_846/2013 vom 28. April 2014 E. 3.2; VGE VD.2018.51 vom 11. September 2019 E. 1.1, VD.2017.184 vom 28. März 2019 E. 1.2). Die vom JSD aufgrund der Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung kann zu einer vollständigen Gutheissung des Gesuchs um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an die Rekurrenten führen. Folglich sind die Rekurrenten für die Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen als vollständig obsiegend zu betrachten. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind in Anwendung von § 30 Abs. 1 VRPG für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren keine Verfahrenskosten 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 den unentgeltlich vertretenen Rekurrenten zu. Das JSD hat die Parteientschädigung deshalb direkt dem unentgeltlichen Rechtsbeistand zu zahlen (vgl. 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).

5.2 Der Aufwand des Rechtsvertreters der Rekurrenten im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren ist mangels Einreichung einer Honorarnote praxisgemäss ebenfalls zu schätzen. Für die Rekursanmeldung vom 29. Juni 2020 und die Rekursbegründung vom 17. Juli 2020 erscheint ein Aufwand von nicht ganz sechs Stunden angemessen. Unter Zugrundelegung des praxisgemässen Stundenansatzes von CHF 250.– beträgt die Parteientschädigung für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren damit unter Mitberücksichtigung der notwendigen Auslagen CHF 1'500.– zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 115.50.

5.3 Mit dem angefochtenen Entscheid gewährte das JSD den Rekurrenten die unentgeltliche Rechtspflege mit Rechtsanwalt [...] 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 1'950.–, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer, ausgerichtet wird (Ziff. 4 des Dispositivs). Dieser Kostenentscheid betreffend das verwaltungsinterne Rekursverfahren ist nicht aufzuheben. Im Fall einer Gutheissung des Rekurses in der Sache hat das JSD allerdings die Ausrichtung einer Parteientschädigung für das verwaltungsinterne Rekursverfahren zu prüfen. Die mit dem angefochtenen Entscheid festgesetzte Entschädigung von CHF 1'950.–, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer, wäre auf eine allfällige Parteientschädigung anzurechnen.

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: Der Rekurs wird gutgeheissen und Ziffer 1 des Dispositivs des Entscheids des Justiz- und Sicherheitsdepartements vom 16. Juni 2020 aufgehoben und die Sache zu erneutem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Justiz- und Sicherheitsdepartement zurückgewiesen.

Für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren werden keine Kosten erhoben.

Das Justiz- und Sicherheitsdepartement hat dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der Rekurrenten, Rechtsanwalt [...], für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'500.–, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 115.50, zu bezahlen.

Mitteilung an:

- Rekurrenten
- Justiz- und Sicherheitsdepartement Basel-Stadt
- Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt
- Staatssekretariat für Migration (SEM)

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Gerichtsschreiberin

MLaw Marion Wüthrich

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff. des

Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.