Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.82/2004 /kil

Urteil vom 5. Mai 2004
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Merkli,
Gerichtsschreiber Moser.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat Guido Ehrler,

gegen

Polizei- und Militärdepartement des Kantons Basel-Stadt, Spiegelhof, Spiegelgasse 6, Postfach, 4001 Basel,
Appellationsgericht (Präsident) des Kantons Basel-Stadt, Bäumleingasse 1, 4051 Basel.

Gegenstand
Art. 29 BV (Familiennachzug; unentgeltliche Prozessführung, aufschiebende Wirkung),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen die Verfügung
des Appellationsgerichts (Präsident) des Kantons Basel-Stadt vom 12. Februar 2004.

Sachverhalt:
A.
Der türkische Staatsangehörige A._____ heiratete 1987 eine im Kanton Basel-Stadt niedergelassene Jugoslawin und erhielt 1993 die Niederlassungsbewilligung. Nachdem ein erstes Gesuch vom Juni 1994 um Nachzug seiner beiden aus einer früheren Imam-Ehe stammenden Söhne B._____ (geb. ... 1983) und C._____ (geb. ... 1984) erfolglos geblieben war, stellte A._____ im September 1996 ein neues Gesuch um Familiennachzug, das neben den beiden genannten Söhnen auch die Töchter D._____ (geb. ... 1985) und E._____ (... 1986) umfasste. Dieses wurde mit Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 4. Dezember 1997 rechtskräftig abgewiesen. Aufgrund von Garantieerklärungen des Vaters konnten im Februar 2000 zunächst B._____ und D._____ und etwas später die beiden andern Geschwister mit Touristenvisa in die Schweiz einreisen, wo sie in der Folge auch nach Ablauf der Visa verblieben; gemäss späterer Aussage des Vaters war dies von Anfang an beabsichtigt gewesen. Nachdem die Anwesenheit der Kinder im Januar 2001 von der Behörde entdeckt worden war, stellte der Vater am 22. Februar 2001 ein neues Familiennachzugsgesuch mit dem Antrag, den Kindern für die Dauer des Gesuchsverfahrens den Aufenthalt provisorisch zu gestatten. Nachdem die Tochter D._____ gegen ihren Bruder B._____ wiederholt Strafanzeige wegen Gewalttätigkeiten und Drohungen erhoben hatte, wurde dieser am 11. Oktober 2001 formlos weggewiesen, in Ausschaffungshaft genommen und umgehend in die Türkei ausgeschafft. Die dagegen erhobenen kantonalen Rechtsmittel sowie eine staatsrechtliche Beschwerde blieben erfolglos (Urteil des Bundesgerichts 2P.143/2003 vom 19. Dezember 2003).
B.
B.a Mit Verfügung vom 18. Dezember 2003 wiesen die Einwohnerdienste Basel-Stadt das hängige neue Familiennachzugsgesuch ab und setzten den drei in der Schweiz verbliebenen Kindern eine Frist zur Ausreise aus der Schweiz bis zum 31. Januar 2004, wobei für dieses Verfügungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung gewährt wurde.

B.b A._____ erhob hiegegen Rekurs beim kantonalen Polizei- und Militärdepartement, u.a. mit dem Antrag, die weitere Anwesenheit der Kinder für die Dauer des Rekursverfahrens durch eine vorsorgliche Massnahme zu gestatten. Mit Verfügung vom 26. Januar 2004 wies der Vorsteher des Polizei- und Militärdepartementes diesen Verfahrensantrag unter Hinweis auf die "sehr geringen" Erfolgsaussichten sowie auf das öffentliche Interesse an der Ausreise der Kinder ab.
B.c Gegen diese Zwischenverfügung führte A._____ Rekurs beim Regierungsrat, welcher das Geschäft an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt überwies. Mit Verfügung vom 12. Februar 2004 wies der Präsident des Appellationsgerichts sowohl das für dieses Rekursverfahren gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Vertretung wie auch den Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Anweisung an die Einwohnerdienste, bis zum Entscheid in der Sache von Vollzugshandlungen abzusehen, ab.
C.
A._____ führt gegen diesen letzteren Zwischenentscheid staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 29 BV mit dem Antrag, die Verfügung des Appellationsgerichtspräsidenten vom 12. Februar 2004 aufzuheben und das Polizei- und Militärdepartement des Kantons Basel-Stadt anzuweisen, die Vollstreckung der Wegweisungsverfügung vom 18. Dezember 2003 bis zum "Endentscheid" des Bundesgerichts zu unterlassen. Zudem wird für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ersucht.

Der Präsident des Appellationsgerichts beantragt Abweisung der Beschwerde. Der Vorsteher des Polizei- und Militärdepartementes des Kantons Basel-Stadt hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Der Beschwerdeführer erhielt Gelegenheit zu einer zweiten Stellungnahme.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Der Beschwerdeführer bezeichnet sein Rechtsmittel gegen den Zwischenentscheid des Appellationsgerichtspräsidenten, der mit keiner Rechtsmittelbelehrung versehen ist, als staatsrechtliche Beschwerde. Dieses Rechtsmittel ist zulässig, soweit es sich gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung richtet (vgl. BGE 123 I 275).
1.2 Was dagegen den Zwischenentscheid über die Verweigerung vorsorglicher Massnahmen anbetrifft, ist richtigerweise das Rechtsmittel der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben, da der im zugrunde liegenden Sachverfahren ergehende Endentscheid diesem Rechtsmittel unterliegt und der angefochtene Zwischenentscheid, auch wenn er sich formell auf kantonales Verfahrensrecht stützt, in wesentlichem Masse von der Auslegung der bundesverwaltungsrechtlichen Sachnorm (Art. 17 ANAG) geprägt ist (vgl. zur analogen Sachlage bei Führerausweisentzügen: Urteil 2A.398/1998 vom 22. Oktober 1998, E. 1b) und im Übrigen den Betroffenen durch die Verweigerung der beantragten vorsorglichen Massnahmen (einstweilige Gestattung der Anwesenheit in der Schweiz während des kantonalen Rekursverfahrens) ein nicht wiedergutzumachender (tatsächlicher) Nachteil drohen könnte (Art. 45 VwVG). Die vorliegende Eingabe ist insoweit als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen. Die für die Anfechtung von Zwischenentscheiden geltende kürzere Frist von 10 Tagen (Art. 106 Abs. 1 OG) ist allerdings nicht eingehalten. Ob dieser Mangel dem Beschwerdeführer entgegengehalten werden kann, nachdem der geltende Rechtsweg aus dem Gesetz und der publizierten Rechtsprechung nicht ohne weiteres erkennbar ist und auch der angefochtene Entscheid keine entsprechende Rechtsmittelbelehrung enthält, ist fraglich, kann aber offen bleiben, da die Beschwerde, wie sich zeigen wird, ohnehin nicht durchzudringen vermag.
2.
2.1 Der Appellationsgerichtspräsident hat die anbegehrte (superprovisorische) Massnahme vorab mit der Begründung abgelehnt, dass dem Referenten des Gerichts nach dem kantonalen Prozessrecht die Befugnis zum Erlass von vorsorglichen Anordnungen fehle. Möglich sei nur die Gewährung des Suspensiveffektes, der aber bei der Anfechtung von negativen Verfügungen versage. Ob diese Argumentation mit der Regelung von Art. 98a OG, wonach die Kantone für mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weiterziehbare Streitigkeiten als letzte kantonale Instanz eine gerichtliche Behörde (mit mindestens gleich weit reichender Legitimation und Kognition) einzusetzen haben, vereinbar ist, erscheint zumindest zweifelhaft. Das einzusetzende kantonale Gericht vermag die ihm zugedachte Rechtsschutzfunktion nur dann voll zu erfüllen, wenn es auch die Kompetenz hat, die für die Aufrechterhaltung des Streitgegenstandes bzw. zur vorsorglichen Wahrung der

bundesrechtlich geschützten Interessen erforderlichen - gegebenenfalls auch positiven - Anordnungen zu treffen. Die Frage bedarf hier jedoch keiner abschliessenden Prüfung, da die angefochtene Anordnung jedenfalls im Ergebnis bzw. aus den in der Vernehmlassung des Appellationsgerichtspräsidenten
angeführten ergänzenden Gründen, zu denen sich der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren ebenfalls äussern konnte, nicht gegen Bundesrecht verstösst.
2.2 Den kantonalen Rechtsmittelinstanzen steht beim Entscheid über die Gewährung oder den Entzug der aufschiebenden Wirkung sowie über vorsorgliche Massnahmen, auch soweit es um die Anwendung von Bundesverwaltungsrecht geht, ein Ermessensspielraum zu. Bei Streitigkeiten über die Erteilung oder den Widerruf fremdenpolizeilicher Bewilligungen wird mit dem Vollzug der Wegweisung in der Regel bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zugewartet, wenn sich die betroffenen Personen rechtmässig oder schon längere Zeit in der Schweiz aufgehalten haben und keine überwiegenden Interessen ein anderes Vorgehen rechtfertigen. Die besonderen Umstände, wie sie insbesondere im Entscheid der Einwohnerdienste Basel-Stadt vom 18. Dezember 2003 sowie in der Verfügung des Vorstehers des kantonalen Polizei- und Militärdepartementes vom 26. Januar 2004 dargestellt und im Wesentlichen auch unbestritten sind, lassen die angefochtene Zwischenverfügung des Appellationsgerichtspräsidenten im Ergebnis als vertretbar und damit bundesrechtskonform erscheinen. Die Situation hat sich seit der ersten rechtskräftigen Abweisung des Familiennachzuggesuches nicht in einer Weise geändert, dass dem Rechtsmittelverfahren gegen die Abweisung des zweiten Gesuches
nunmehr ernsthafte Erfolgsaussichten zugebilligt werden könnten. Die Kinder des Beschwerdeführers, welche in missbräuchlicher Ausnützung eines Besuchervisums mit der Absicht dauerhaften Verbleibens erneut in die Schweiz eingereist sind, vermochten sich, wie die in den ergangenen kantonalen Entscheiden festgehaltenen Vorgänge zeigen, trotz der langen Dauer des neuen Gesuchsverfahrens in der Schweiz nicht zu integrieren. Vorkehren des Jugendschutzes und der Vormundschaftsbehörden wurden insbesondere für die beiden Töchter notwendig. Der Beschwerdeführer ist offenbar nicht gewillt oder nicht in der Lage, seine Erziehungsverantwortung für die Kinder zu übernehmen. Er ist gemäss Feststellung der Einwohnerdienste zudem überschuldet und gegenwärtig ohne Erwerbseinkommen und damit ausserstande, die mit dem Aufenthalt der Kinder verbundenen finanziellen Verpflichtungen zu erfüllen, was zu erheblichen finanziellen Aufwendungen des Gemeinwesens führte. Es erscheint unter diesen Umständen vertretbar, den drei in der Schweiz verbliebenen Kindern, welche demnächst das 18. bzw. 19. und 20. Altersjahr vollenden und insofern nicht mehr auf eine besondere persönliche Betreuung angewiesen sind, zuzumuten, den Ausgang des hängigen
Rechtsmittelverfahrens in ihrem Heimatland abzuwarten. Auch die geltend gemachte Gefahr, welche der Tochter D._____ von seiten ihres bereits in die Türkei ausgeschafften Bruders drohen könnte, vermag diese Beurteilung nicht in Frage zu stellen. Die angefochtene Zwischenverfügung verstösst damit, auch wenn ihre (ursprüngliche) Begründung an sich rechtliche Bedenken erwecken mochte, im Ergebnis offensichtlich nicht gegen Bundesrecht, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen ist.
3.
Aus dem Gesagten folgt zugleich, dass der Appellationsgerichtspräsident dem beim Appellationsgericht eingelegten Rechtsmittel zulässigerweise die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung erforderlichen Erfolgsaussichten absprechen und das diesbezügliche Gesuch ohne Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV abweisen durfte.
4.
Die vorliegende Eingabe vermag damit in beiden Beschwerdepunkten nicht durchzudringen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens vom Beschwerdeführer zu tragen (Art. 156 OG). Dem für das bundesgerichtliche Verfahren gestellten Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung ist mangels hinreichender Erfolgsaussicht des Rechtsmittels nicht zu entsprechen (Art. 152 OG). Der angespannten Finanzlage des Beschwerdeführers wird bei der Bemessung der Gerichtsgebühr Rechnung getragen.
5.
Das für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte (superprovisorisch bewilligte) Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme wird mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache hinfällig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 500.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Polizei- und Militärdepartement und dem Appellationsgericht (Präsident) des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. Mai 2004
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: