

BGer 2C_1019/2021 vom 17. Mai 2022

Bundesgericht, 2022-05-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1019_2021

FR: TF 2C_1019/2021 du 17 mai 2022

IT: TF 2C_1019/2021 del 17 maggio 2022

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzliches Urteil bezüglich eines Zwischenentscheids über vorsorgliche Massnahmen. Bei solchen folgt der Rechtsweg jenem in der Hauptsache (BGE 137 III 380 E. 1.1). Dort geht es um die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung bzw. eine Duldung, um in der Schweiz heiraten zu können. Der Beschwerdeführer kann diesbezüglich in vertretbarer Weise geltend machen, die Verweigerung der beantragten Bewilligung vereitle sein Recht auf Ehe (Art. 14 BV und Art. 8 i.V.m. Art. 12 EMRK ; vgl. das Urteil 2C_780/2021 vom 2. Februar 2022 E. 1.1; BGE 139 I 37 E. 3.5.2). Der Beschwerdeführer beruft sich zudem im Hinblick auf das mit seiner Partnerin gelebte Konkubinat in vertretbarer Weise auf Art. 8 EMRK . Ob er dies zu Recht tut, bildet Gegenstand der materiellrechtlichen Beurteilung (BGE 139 I 330 E. 1.1; 136 II 177 E. 1.1; Urteil 2C_288/2020 vom 18. August 2020 E. 1.1). Der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG steht der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten damit nicht entgegen. Unmittelbar kein Bewilligungsanspruch ergibt sich hingegen aus der Härtefallregelung von Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG (vgl. das Urteil 2C_288/2020 vom 18. August 2020 E. 1.4 mit Hinweisen).

E. 1.2

Umstritten ist, ob der Beschwerdeführer den Bewilligungsentscheid für einen Kurzaufenthalt zum Zweck der Heirat in der Schweiz abwarten darf (Art. 17 Abs. 2 AIG). Da es sich dabei um einen Zwischenentscheid über eine vorsorgliche Massnahme handelt, der bei einem Eingriff in das Familienleben insofern einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat, als die Beziehung für die Dauer des Bewilligungsverfahrens nicht gelebt werden kann, was auch bei einer Gutheissung der Beschwerde nicht wieder gutgemacht werden könnte (vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ; Urteil 2C_483/2009 vom 18. September 2009 E. 2.2), prüft das Bundesgericht diesen nur daraufhin, ob er verfassungsmässige Rechte verletzt (vgl. Art. 98 BGG). Deren Missachtung muss ausdrücklich und detailliert dargetan werden; eine rein appellatorische Kritik genügt den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; "qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht"; vgl. BGE 137 II 305 E. 3.3 S. 311 ; 136 I 229 E. 4.1 mit Hinweisen).

E. 1.3

Dasselbe gilt für die Beurteilung der Frage, ob die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wegen Aussichtslosigkeit der Begehren abweisen und einen Kostenvorschuss einholen durfte mit der Androhung, dass andernfalls auf die Beschwerde nicht eingetreten werde: Auch insofern liegt ein Zwischenentscheid mit einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil vor (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ; vgl. BGE

142 III 798 E. 2.3 ; 129 I 129 E. 1.1; Urteil 2C_683/2014 vom 24. Oktober 2014 E. 2.2), weshalb die Beschwerde diesbezüglich ebenfalls qualifiziert zu begründen ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

E. 2.1

Die Vorinstanz ging - in ihrer summarischen Prüfung bezüglich der vorsorglichen Massnahme - davon aus, dass sich die Sach- und Rechtslage gegenüber ihrem rechtskräftigen Urteil vom 12. Mai 2021 nicht derart verändert hat, dass ein anderes Ergebnis ernstlich in Betracht falle. Die wirtschaftliche Situation des Paares habe sich nicht wesentlich anders entwickelt; zudem verfügten weder die Partnerin noch der gemeinsame Sohn in der Schweiz über ein gesichertes Anwesenheitsrecht. Die Partnerin sei beruflich, wirtschaftlich, gesellschaftlich und sprachlich hier nicht besonders gut integriert. Es bestünden Heiratsalternativen; die Ehe könne auch im Rahmen eines Ferientaufenthalts der Verlobten und des Kindes in der Heimat bzw. bei einem Verbleib der Partnerin und des Kindes in der Schweiz im Rahmen eines entsprechenden Gesuchs oder eines Visums geschlossen werden. Bei den eingereichten Arbeitsverträgen handle es sich um Gefälligkeitsbescheinigungen. Aller Voraussicht nach ergebe die Hauptsachenprognose, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht erfüllt seien. Der prozedurale Aufenthalt sei dem Beschwerdeführer deshalb zu Recht verweigert worden.

E. 2.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Aufhebung des Vollzugsstopps verletze seinen Anspruch auf Familienleben nach Art. 8 EMRK . Er lebe in einem gefestigten Konkubinat. Seine künftige Gattin verfüge ihrerseits über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht gestützt auf ihre Anwesenheitsdauer von über 13 Jahren (Schutz des Privatlebens; BGE 144 I 266 ff.). Die Familie lebe in geordneten Verhältnissen und sei finanziell unabhängig. Die Mutter arbeite in Vollzeit und der Vater betreue derzeit das Kind. Die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 44 AIG seien erfüllt (Zusammenwohnen, bedarfsgerechte Wohnung, kein Sozialhilfebezug, Anmeldung zu Sprachförderungsangebot, kein Bezug von Ergänzungsleistungen; vgl. hierzu bei einer vorläufigen Aufnahme das Urteil 2C_780/2021 vom 2. Februar 2022 E. 5.2). Die kantonalen Behörden müssten auf sein Gesuch eintreten, da es sich beim neuen Arbeitsvertrag der Partnerin um eine rechtserhebliche Tatsache handle, die geeignet sei, die im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 12. Mai 2021 vorgenommene Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzungen für den Familiennachzug entscheidend zu beeinflussen.

E. 3.1

Nach der Rechtsprechung sind die Migrationsbehörden im Hinblick auf Art. 12 EMRK bzw. Art. 14 BV in Konkretisierung des Gesetzeszwecks von Art. 98 Abs. 4 ZGB gehalten, eine (Kurz-) Aufenthaltsbewilligung oder Duldung zur Vorbereitung der Ehe zu erteilen, wenn (1) keine Hinweise dafür bestehen, dass die ausländische Person rechtsmissbräuchlich handelt (Scheinehe, missbräuchliche Anrufung der Familiennachzugsbestimmungen usw.; vgl. hierzu das Urteil 2C_400/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 3), und (2) "klar" erscheint, dass sie nach der Heirat mit dem Ehepartner in der Schweiz verbleiben können, d.h. sie auch die weiteren hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Die Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung des Eheschlusses soll jedoch nur erteilt

werden, wenn (3) mit diesem bzw. dem Erhalt der hierfür zivilrechtlich erforderlichen Papiere und Bestätigungen in absehbarer Zeit gerechnet werden kann. Diese Rechtsprechung gilt im Rahmen der Praxis zu Art. 8 EMRK (Schutz des Familien- und Privatlebens) grundsätzlich auch für eine nicht anwesenheitsberechtigte Person, die erst dank der Heirat einen ausländerrechtlichen Bewilligungsanspruch erwirbt (vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.2 ; 138 I 41 E. 4 und 5 ; 137 I 351 E. 3.7; Urteil 2C_288/2020 vom 18. August 2020 E. 3.2).

E. 3.2

Der Grund für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung oder Duldung seitens der Migrationsbehörden im Rahmen von Art. 98 Abs. 4 ZGB liegt darin, dass es den Betroffenen nicht zugemutet werden soll, in ihre Heimat zurückzukehren und von dort aus um eine Einreisebewilligung zwecks Heirat ersuchen zu müssen, wenn nach dem Eheschluss die Voraussetzungen für einen Bewilligungsanspruch offensichtlich erfüllt sind (BGE 139 I 37 E. 3.5.2 S. 48 f.). Wird nach dem Eheschluss kein offensichtlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bestehen, liegt hingegen kein Grund vor, eine (Kurz-) Aufenthaltsbewilligung bzw. Duldungserklärung zum Zweck der Heirat auszustellen (BGE 138 I 41 E. 4. ; 137 I 351 E. 3.7; Urteile 2C_288/2020 vom 18. August 2020 E. 3.2; 2C_1019/2018 vom 11. Dezember 2018 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen; 2C_295/2017 vom 27. März 2017 E. 5).

E. 4

Diese Rechtsprechung steht, was die Vorinstanz zu wenig berücksichtigt hat, in einem unmittelbaren Zusammenhang mit jener zu Art. 8 EMRK und Art. 17 AIG :

E. 4.1

Danach ergibt sich aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich zwar kein verfahrensrechtliches Aufenthaltsrecht bis zum Bewilligungsentscheid; wird aber eine durch Art. 8 EMRK geschützte Beziehung bereits gelebt und ist aus ihr - wie hier - (inzwischen) ein Kind hervorgegangen, muss die Handhabung des prozeduralen Aufenthalts als Ganzes im Einzelfall dennoch im Rahmen der Interessenabwägung den Vorgaben von Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 BV Rechnung tragen. Die Einwanderungskontrolle ist ein legitimes öffentliches Interesse, um den Anspruch auf Schutz des Familienlebens einschränken zu können (vgl. BGE 144 I 266 E. 3.2; 144 II 1 E. 6.1; 130 II 281 E. 3.1, je mit Hinweisen; bezüglich der Rechtsprechung des EGMR: Urteil des EGMR

I.M. gegen Schweiz vom 9. April 2019 [Nr. 23887/16] § 68 mit Hinweisen). Das entsprechende öffentliche Interesse muss dennoch jeweils gegen das private abgewogen werden, die Beziehung auch bis zum möglichst rasch zu treffenden Bewilligungsentscheid leben zu können. Bestehen keine anderen öffentlichen Interessen an der Rückkehr (Indizien für Scheinehe, Straffälligkeit, bestehende Sozialhilfeabhängigkeit usw.) ist bei absehbarer bzw. wahrscheinlicher Bewilligungsmöglichkeit vorrangig das Bewilligungsverfahren als solches abzuschliessen (Priorität des Bewilligungsverfahrens; vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.1 u. 3.5.2).

E. 4.2.1

Nach Art. 17 Abs. 1 AIG haben ausländische Personen, die für einen vorübergehenden Aufenthalt eingereist sind und die nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften

Aufenthalt beantragen, den entsprechenden Entscheid im Ausland abzuwarten. Die Gesuchstellenden sollen sich - so die Botschaft des Bundesrats - nicht darauf berufen können, dass sie das nachgesuchte Aufenthaltsrecht bereits während des Verfahrens ausüben dürfen, es sei denn, die Bewilligungsvoraussetzungen erschienen als "mit grosser Wahrscheinlichkeit" erfüllt (BBl 2002 3709 ff., 3778). Ist dies der Fall, kann bzw. muss die zuständige kantonale Behörde im Rahmen ihres verfassungskonform (und damit auch in verhältnismässiger Weise; vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) zu handhabenden Ermessens (vgl. Art. 96 Abs. 1 AIG) den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten, falls (1) die Voraussetzungen eines gesetzlichen, verfassungs- oder konventionsrechtlichen Anspruchs auf die Bewilligung mit grosser Wahrscheinlichkeit gegeben erscheinen (Art. 17 Abs. 2 AIG); (2) keine Widerrufungsgründe vorliegen und (3) die betroffene Person ihren Mitwirkungspflichten nach Art. 90 AIG nachkommt (so Art. 6 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]).

E. 4.2.2

Allein aus Vorkehren wie der Einleitung ehe- und familienrechtlicher Verfahren, der Einschulung von Kindern, dem Liegenschaftserwerb, der Wohnungsmiete, dem Abschluss eines Arbeitsvertrags oder der Geschäftsgründung oder -beteiligung können grundsätzlich keine Ansprüche im Bewilligungsverfahren abgeleitet werden (Art. 6 Abs. 2 VZAE). Die Behörden müssen diese Aspekte allerdings dennoch in ihre summarische Würdigung miteinbeziehen, wenn - wie hier - bereits ein schützenswertes Familienleben nach Art. 8 EMRK besteht, in das mit Art. 17 Abs. 1 AIG eingegriffen wird. Die Anwendung des Grundsatzes, dass der Bewilligungsentscheid im Ausland abzuwarten ist, muss grundrechtskonform erfolgen; unverhältnismässige, schikanöse Ausreiseverpflichtungen und Verfahrensverzögerungen sind im Interesse aller Beteiligten unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) zu vermeiden. Es soll, wenn möglich, kein zeitraubendes Zwischenverfahren über den prozeduralen Aufenthalt (mit Beschwerdemöglichkeit bis vor Bundesgericht) eingeleitet, sondern vielmehr rasch in der Sache selber entschieden werden (BGE 139 I 37 E. 2). Ziel dieser Rechtsprechung ist es - wie jener zu Art. 14 BV und Art. 12 EMRK -, die grundsätzliche Ausreisepflicht nach Art. 17 Abs. 1 AuG zu mildern, wenn sie keinen Sinn (mehr) ergibt, weil vermutlich die Bewilligung zu erteilen sein wird (vgl. vorstehende E. 3.1).

E. 5

Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz die Anwesenheit des Beschwerdeführers während des Verfahrens zur Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung (bzw. der migrationsrechtlichen Duldung) für die Vorbereitung der Ehe im Rahmen von Art. 98 Abs. 4 ZGB zu Unrecht verneint:

E. 5.1

Es bestehen keinerlei Hinweise dafür, dass die Ehe missbräuchlich eingegangen würde. Die Partnerin des Beschwerdeführers ist im Asylverfahren am 16. Februar 2010 vorläufig aufgenommen worden. Seit dem 16. Oktober 2014 verfügt sie über eine Aufenthaltsbewilligung. Sie hat den von ihr verlangten Deutschkurs absolviert und sich um ihre Integration bemüht. Sie verfügt inzwischen auch über eine unbefristete Arbeitsstelle. Ihre zu berücksichtigenden finanziellen Mittel (Fr. 4'075.--) übersteigen heute den von kantonalen Behörden berechneten Bedarf für die Familie (Fr. 4'026.50), worin potenziell ein Element liegt, das zu einer Neu Beurteilung des Gesuchs um Familiennachzug Anlass

gibt. Dass es sich um einen Arbeitsvertrag mit dem gleichen Arbeitgeber wie jenem zurzeit des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 12. Mai 2021 handelt, ist - entgegen der Meinung der Vorinstanz - für die Gültigkeit des Vertrages nicht entscheidend; dasselbe gilt für die Frage, weshalb der Arbeitgeber der gewährten Lohnerhöhung zugestimmt hat; ausschlaggebend ist, ob der Lohn nicht nur punktuell und lediglich für das Bewilligungsverfahren erhöht worden ist, wofür im vorliegenden Fall keine genügenden Hinweise bestehen. Der Umstand, dass der Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers seinerseits davon abhängt, dass ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird, lässt - wiederum entgegen der Ansicht der Vorinstanz - nicht willkürfrei den Schluss zu, dass er den Vertrag in missbräuchlicher Weise anrufen würde. Die entsprechenden Fragen werden im Verfahren in der Sache selber definitiv zu klären sein. Die von der Vorinstanz berücksichtigte kurze Arbeitslosigkeit der Partnerin des Beschwerdeführers während ihrer Schwangerschaft fällt bezüglich der erforderlichen Integration nicht erheblich ins Gewicht - ebensowenig der kurze Bezug von Sozialhilfeleistungen, die zudem - zumindest teilweise - bereits wieder zurückerstattet wurden, was für die Partnerin des Beschwerdeführers spricht.

E. 5.2

Das Paar lebt seit Dezember 2019 mit dem gemeinsamen Kind zusammen in einer 3-Zimmerwohnung. Es will heiraten und ersucht gerade im Hinblick hierauf um die Erteilung der beantragten Kurzaufenthaltsbewilligung. Der Beschwerdeführer betreut das Kind, während seine Partnerin ihrer Arbeit nachgeht. Die Eltern besorgen den Haushalt gemeinsam und übernehmen wechselseitig Verantwortung für einander und für das Kind. Sie erfüllen damit grundsätzlich die Vorgaben der Rechtsprechung zum gefestigten Konkubinat (vgl. BGE 135 I 143 E. 3.1 und die Urteile 2C_702/2011 vom 23. Februar 2012 E. 3.1 und 3.2 sowie 2C_570/2021 vom 13. Oktober 2021 E. 1.3). Gemäss Schreiben des Zivilstandsamts vom 27. September 2019 wurde ein Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet; die eingereichten sri-lankischen Dokumente seien geprüft und für in Ordnung befunden worden; es fehle einzig noch die Bestätigung des rechtmässigen Aufenthalts des Beschwerdeführers. Dieser verfügt seinerseits - sollte ihm der Familiennachzug bewilligt werden - über eine Arbeitsstelle, an der er vor allem an Wochenenden gegebenenfalls noch rund Fr. 900.-- hinzu verdienen kann. Es erscheint unter diesen Umständen prima vista hinreichend wahrscheinlich, dass ihm nach der Heirat eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen von Art. 44 AIG in Verbindung mit Art. 8 EMRK wird erteilt werden können, weshalb sein prozeduraler Aufenthalt während des Wiedererwägungsverfahrens zu gestatten ist.

E. 5.3

Bei Bewilligungen, auf deren Erteilung ein Anspruch besteht (hier: Art. 8 EMRK), bedarf es hinreichender konkreter Indizien für das Vorliegen von Verweigerungsgründen, um das Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AIG verneinen zu können; potenzielle, nicht konkretisierte bzw. wie hier widerlegte Annahmen (mögliche Fürsorgeabhängigkeit) genügen hierzu nicht. Es ist vorliegend unverhältnismässig, mit der Ausreisepflicht in die vom Beschwerdeführer mit seiner Partnerin und dem gemeinsamen Kind gelebte familiäre Beziehung einzugreifen. Es bestehen keine überwiegenden öffentlichen Interessen hierfür, nachdem die Partnerin des Beschwerdeführers über einen Arbeitsplatz und hinreichende Mittel verfügt, um für sich und den Beschwerdeführer bzw. das gemeinsame Kind während der Dauer des Verfahrens aufkommen zu können, und keine Widerrufsgründe geltend gemacht werden. Müsste die Partnerin des Beschwerdeführers

ausreisen, verlöre sie ihre Arbeit; bliebe sie mit dem Kind hier und müsste ihr Partner den Bewilligungsentscheid im Ausland abwarten, würde das gemeinsame Familienleben - selbst bei seiner späteren Rückkehr in die Schweiz - ohne überwiegendes öffentliches Interesse beeinträchtigt. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung der materiellen Erfolgsaussichten sowie der auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interessen erweist sich der Entscheid der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer den weiteren Aufenthalt während des Verfahrens zur Erteilung der für die Heirat erforderlichen ausländerrechtlichen Bestätigung zu verweigern, im Lichte von Art. 8 Ziff. 2 EMRK als verfassungswidrig (vgl. auch BGE 139 II 37 ff.).

E. 6.1

Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Der Beschwerdeführer ist befugt - eine Änderung des Sachverhalts vorbehalten -, sich bis zum Abschluss des hängigen Wiedererwägungsverfahrens über die Erteilung der Bewilligung zur Ehevorbereitung bei seiner Partnerin und dem gemeinsamen Kind aufzuhalten.

E. 6.2

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind keine Gerichtskosten geschuldet (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Thurgau hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung kann als gegenstandslos abgeschrieben werden. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau wird über die kantonale Kosten- und Entschädigungsfrage bzw. das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung (vgl. Ziff. 4 der Beschwerdeanträge) unter Berücksichtigung des vorliegenden Urteils neu zu befinden haben.

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