

# BGer 2C\_105/2024 vom 4. September 2024

Bundesgericht, 2024-09-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_105\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_105_2024)

FR: TF 2C\_105/2024 du 4 septembre 2024

IT: TF 2C\_105/2024 del 4 settembre 2024

## Erwägungen

### E. 1.1

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 149 II 476 E. 1; 149 II 462 E. 1.1).

### E. 1.2

Die Vorinstanz wies mit dem angefochtenen Entscheid die Gesuche des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Dispositiv-Ziffer 2) und um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, mithin um Gewährung des prozeduralen Aufenthalts in der Schweiz gemäss Art. 17 AIG (Dispositiv-Ziffer 3), ab. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (Urteile 2C\_486/2023 vom 12. Dezember 2023 E. 1.1; 2C\_376/2022 vom 13. September 2022 E. 1.1). Ein solcher kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden, wenn die Beschwerde auch für den Entscheid in der Sache offen steht ( BGE 137 III 380 E. 1.1; Urteil 2C\_281/2024 vom 12. Juni 2024 E. 2).

#### E. 1.2.1

Auf dem Gebiet des Ausländerrechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide betreffend ausländerrechtliche Bewilligungen nur zulässig, wenn das Bundesrecht oder das Völkerrecht einen Anspruch auf die Bewilligung einräumt ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG

e contrario ). Der Beschwerdeführer besitzt aufgrund der Heirat mit der niederlassungsberechtigten Beschwerdeführerin grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ( Art. 43 AIG ). Ob tatsächlich ein Aufenthaltsrecht besteht, ist eine materielle Frage und keine Eintretensfrage ( BGE 147 I 268 E. 1.2.7 ; 139 I 330 E. 1.1).

#### E. 1.2.2

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist somit in der Hauptsache zulässig, weshalb sie auch für den angefochtenen Zwischenentscheid offensteht. Für die hilfsweise erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde bleibt bei dieser Ausgangslage kein Raum ( Art. 113 BGG ). Auf diese ist nicht einzutreten.

### E. 1.3

Gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide wie den vorliegenden ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn der angefochtene Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ). Praxisgemäss muss der Nachteil, der den Beschwerdeführenden droht, rechtlicher Natur sein und auch durch einen für die Beschwerdeführenden günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden können ( BGE 149 II 476 E. 1.2.1; 147 III 159 E. 4.1; 143 III

416 E. 1.3; 141 III 80 E. 1.2). Rein tatsächliche Nachteile reichen grundsätzlich nicht aus ( BGE 142 III 798 E. 2.2; 141 III 80 E. 1.2).

### **E. 1.3.1**

Die Verpflichtung eines Ausländers, die Schweiz zu verlassen und das Ergebnis des ausländerrechtlichen Verfahrens im Ausland abzuwarten, bildet grundsätzlich nur dann einen nicht wieder gutzumachenden rechtlichen Nachteil, wenn in der Sache selber ein Rechtsanspruch auf Anwesenheit besteht bzw. ein solcher zumindest vertretbar dargetan wird (vgl. Urteil 2C\_281/2024 vom 12. Juni 2024 E. 3.2 mit Hinweisen). Die Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts kann bei einem Eingriff in das Familienleben des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben (vgl. Urteil 2C\_1019/2021 vom 17. Mai 2022 E. 1.2). Damit ist die Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt und die Beschwerde gegen den Zwischenentscheid betreffend den prozeduralen Aufenthalt zulässig.

### **E. 1.3.2**

Dasselbe gilt für den Zwischenentscheid, mit dem die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wurde: In diesen Fällen bejaht das Bundesgericht den nicht wieder gutzumachenden Nachteil in der Regel (Urteil 2C\_92/2024 vom 9. April 2024 E. 1.1; 2C\_486/2023 vom 12. Dezember 2023 E. 1.1 vgl. BGE 129 I 129 E. 1.1). Das trifft auch vorliegend zu, nachdem die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und von den Beschwerdeführenden einen Kostenvorschuss eingefordert hat, mit der Androhung, andernfalls auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **E. 1.4**

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 42, Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 89 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1 BGG ), ist auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten (vgl. Art. 113 BGG ).

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und b BGG ). Beim vorliegenden Zwischenentscheid über die Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme. Diese prüft das Bundesgericht nur darauf hin, ob sie verfassungsmässige Rechte verletzt (vgl. Art. 98 BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht zwar von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), es gilt aber die qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; Urteil 2C\_376/2022 vom 13. September 2022 E. 1.3). In der Beschwerde ist somit klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Individualrechte verletzt worden sein sollen ( BGE 149 I 248 E. 3.1 ; 149 I 105 E. 2.1 ; 148 I 104 E. 1.5; 147 II 44 E. 1.2).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). In Verfahren gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann es die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Verletzung verfassungsmässiger Rechte beruht (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG ; Urteil 2C\_376/2022 vom 13. September 2022 E. 2.1).

### **E. 3**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Zwischenentscheid im Verfahren über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs. Mit diesem Zwischenentscheid verweigerte die Vorinstanz der Beschwerde die aufschiebende Wirkung, sodass der Beschwerdeführer nicht für die Dauer des Verfahrens bei seiner Ehefrau in der Schweiz bleiben darf. Ferner wies sie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab und belegte die Beschwerdeführenden mit einem Kostenvorschuss.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführenden macht geltend, die Vorinstanz hätte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewähren müssen. Sie rügen eine Verletzung ihres Rechts auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und die willkürliche Anwendung von Art. 41 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Schaffhausen über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 (VRG/SH, SHR 172.200) und (sinngemäss) Art. 17 AIG .

#### **E. 4.1**

Nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht auf Achtung ihres Familienlebens. Artikel 8 EMRK vermittelt jedoch keinen absoluten Anspruch an Familienmitglieder auf Einreise und Aufenthalt in der Schweiz und kein Recht auf Wahl des Familiendomizils. Unter den Voraussetzungen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK kann die Ausübung des Rechts auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 eingeschränkt werden ( BGE 144 I 91 E. 4.2 ; 143 I 21 E. 5.1; Urteile 2C\_473/2023 vom 21. Februar 2024 E. 5.1; 2C\_828/2022 vom 1. Juni 2023 E. 4.2).

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. e AIG haben ausländische Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, wenn die nachziehende Person keine jährlichen Ergänzungsleistungen bezieht oder wegen des Familiennachzugs beziehen könnte. Der Gesetzgeber hat den aktuellen (oder drohenden) Bezug von Ergänzungsleistungen als zusätzlichen Hinderungsgrund für den Familiennachzug mit Geltung ab 1. Januar 2019 eingeführt ( BGE 149 II 1 E. 4.5). Für die Beurteilung ist von den bisherigen und aktuellen Verhältnissen auszugehen und die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung aller Familienmitglieder auf längere Sicht abzuwägen (Urteil 2C\_795/2021 vom 17. März 2022 E. 4.3.2).

#### **E. 4.3**

Gemäss Art. 40 Abs. 1 VRG/SH haben Rechtsmittel aufschiebende Wirkung, wenn im angefochtenen Entscheid nicht aus besonderen Gründen etwas anderes bestimmt wird. Das Obergericht kann eine gegenteilige Verfügung treffen.

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 kantonale Behörde kann bzw. muss 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 Widerrufsgründe vorliegen und (3) die betroffene Person ihren Mitwirkungspflichten nach Art. 90 AIG nachkommt (Urteil 2C\_1019/2021 vom 17. Mai 2022 E. 4.2.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.4**

Unter dem Blickwinkel des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) weicht das Bundesgericht nur dann von der vorinstanzlich gewählten Lösung ab, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht ( BGE 149 I 329 E. 5.1; Urteil 2C\_504/2023 vom 29. Mai 2024 E. 5.2 mit Hinweisen).

#### **E. 4.5**

Die Ehefrau des Beschwerdeführers bezieht gemäss verbindlich festgestelltem Sachverhalt Ergänzungsleistungen. Damit sind die Voraussetzungen gemäss Art. 43 Abs. 1 AIG nicht offensichtlich erfüllt, wie es Art. 17 Abs. 2 AIG für den prozeduralen Aufenthalt voraussetzen würde. Ein Aufenthaltsanspruch ist damit nicht "mit grosser Wahrscheinlichkeit" gegeben. Dass die Vorinstanz der Beschwerde nicht die aufschiebende Wirkung gewährte, ist aufgrund dessen nicht willkürlich. Nachdem Art. 41 Abs. 1 VRG/SH der Vorinstanz gestattet, dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu entziehen, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz das kantonale Recht willkürlich angewendet haben sollte, indem sie genau das tat. Schliesslich gewährt Art. 8 Ziff. 1 EMRK den Beschwerdeführenden keinen Anspruch auf Aufenthalt und ist nicht ersichtlich, dass das Abwarten des Entscheids offensichtlich in das Familienleben der Eheleute eingreifen würde, nachdem diese ihre Beziehung vor der Einreise des Beschwerdeführers im Juli 2023 bereits über die Ferne gelebt haben.

#### **E. 4.6**

Nach dem Gesagten erweist sich der Entscheid der Vorinstanz, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren, mithin dem Beschwerdeführer den prozeduralen Aufenthalt nicht zu gestatten, als verfassungskonform. Allerdings kann man sich bei dieser Ausgangslage fragen, ob die Entscheidung über den prozeduralen Aufenthalt gemäss Art. 17 AIG nicht hätte direkt in der Hauptsache ergehen müssen, um das vorsorgliche Massnahmeverfahren im Sinne der Verfahrensbeschleunigung zu vermeiden.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführenden rügen des Weiteren eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV , da die Vorinstanz ihnen die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt und sie stattdessen mit einem Kostenvorschuss belegt habe.

#### **E. 5.1**

Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren vor dem Obergericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VRG/SH in Verbindung mit Art. 117 ZPO (SR 272). Danach hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Dieselben Ansprüche ergeben sich aus Art. 29 Abs. 3 BV ( BGE 129 I 129 E. 2.1; Urteil

2C\_504/2023 vom 29. Mai 2024 E. 6.1).

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, umfasst dies auch den Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Artikel 29 Abs. 3 BV bezweckt, allen Betroffenen ohne Rücksicht auf ihre finanzielle Situation tatsächlich Zugang zum Gerichtsverfahren zu vermitteln und die effektive Wahrung ihrer Rechte zu ermöglichen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Begehren 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. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind ( BGE 142 III 138 E. 5.1; 139 III 475 E. 2.2; Urteil 2C\_486/2023 vom 12. Dezember 2023 E. 4.1).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz erwägt, dass nach summarischer und vorläufiger Prüfung der Streitsache die Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmeregelung von Art. 17 Abs. 2 AIG klarerweise als nicht erfüllt und die gestellten Begehren deshalb als aussichtslos anzusehen seien. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden: Die Vorinstanz kam willkürfrei zum Schluss, dass die Voraussetzungen des Familiennachzugs, namentlich von Art. 43 Abs. 1 lit. e AIG aufgrund des Bezugs von Ergänzungsleistungen durch die Ehefrau des Beschwerdeführers, nicht offensichtlich erfüllt sind. Damit sind auch die Voraussetzungen, um ausnahmsweise die Dauer des Verfahrens in der Schweiz abzuwarten ( Art. 17 AIG ), nicht erfüllt. Vorliegend ist die Sachlage unbestritten und die Rechtslage ergibt sich aus dem Gesetzestext. Dennoch um prozeduralen Aufenthalt zu ersuchen, mag im Wunsch um Verwirklichung des Familienlebens in der Schweiz begründet liegen, nicht aber in den Erfolgsaussichten des Antrags. Der Antrag der Beschwerdeführenden hatte von Anfang an keine Aussicht auf Erfolg. Dass ein solventer, vernünftiger Dritter, der den Prozess selbst finanzieren müsste, bei dieser Ausgangslage ein entsprechend aussichtsloses Begehren gestellt hätte, ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht wahrscheinlich.

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz hat die Beschwerde nach summarischer Prüfung daher zu Recht als aussichtslos erachtet. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege wurde somit nicht verletzt.

### **E. 6.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 6.2**

Nachdem die Sachlage unbestritten und die Rechtslage klar waren, hatte die Beschwerde von vornherein als aussichtslos zu gelten. Deshalb ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung abzuweisen ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ). Den Beschwerdeführenden sind die umständehalber reduzierten Verfahrenskosten solidarisch

aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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