

BGer 2C_165/2021 vom 27. Juli 2021

Bundesgericht, 2021-07-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_165_2021

FR: TF 2C_165/2021 du 27 juillet 2021

IT: TF 2C_165/2021 del 27 luglio 2021

Erwägungen

E. 1.1

Auf dem Gebiet des Ausländerrechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide ausgeschlossen, welche Bewilligungen betreffen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumen (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG). Ein solcher muss in vertretbarer Weise geltend gemacht werden können, andernfalls das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht eintritt. Es fehlt an einer Vertretbarkeit des Anspruchs, wenn im Rahmen eines Familiennachzugs gestützt auf Art. 8 EMRK die Kinder während des Bewilligungsverfahrens volljährig werden und zwischen ihnen und den Eltern kein Abhängigkeitsverhältnis besteht (BGE 145 I 227 E. 3.1 und 6.7 mit Hinweisen).

E. 1.2

Das Bundesgericht stellt bezüglich des Nachzugsanspruchs aus Art. 8 EMRK auf die Verhältnisse im Zeitpunkt seines Entscheids ab (BGE 145 I 227 E. 3.1; 136 II 497 E. 3.2 - 3.9; 130 II 137 E. 2.1) : C. _____, D. _____ und E. _____ sind heute volljährig, ohne dass zwischen ihnen und ihrem Vater ein Abhängigkeitsverhältnis bestünde. Anders verhält es sich in Bezug auf die noch minderjährige Tochter F. _____, die inzwischen in der Schweiz gefestigt aufenthaltsberechtigt ist. Im Verhältnis zu ihr kann sich der Beschwerdeführer in vertretbarer Weise auf einen potentiellen Bewilligungsanspruch berufen ("umgekehrter" Familiennachzug). Da auch alle übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind, ist auf seine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten (Art. 42, 82 lit. a, 86 Abs. 1 lit. d, 89 Abs. 1, 100 Abs. 1 BGG). Es folgt daraus, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde unzulässig ist (vgl. Art. 113 BGG); da der Beschwerdeführer ausdrücklich auch eine solche führen will, ist auf diese im Dispositiv nicht einzutreten.

E. 2

Das Bundesgericht wendet das Recht zwar von Amtes wegen an; es prüft - unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht - jedoch nur die vorgebrachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2; 136 II 304 E. 2.5). Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidwesentlichen Punkt als offensichtlich falsch oder unvollständig (BGE 142 I 135 E. 1.6; 133 II 249 E. 1.4.1). Soweit der Beschwerdeführer den angefochtenen Entscheid diesbezüglich rein appellatorisch beanstandet, ist auf seine Ausführungen nicht weiter einzugehen (vgl. LAURENT MERZ, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler

Kommentar BGG, 3. Aufl. 2018, N. 53 zu Art. 42 BGG).

E. 3.1

Voraussetzung für die Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung zur Wahrnehmung des Rechts auf persönlichen Umgang (Besuchsrecht) mit dem in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Kind sind kumulativ (1) eine in affektiver Hinsicht zumindest normale und (2) in wirtschaftlicher Hinsicht enge Eltern-Kind-Beziehung; (3) der Umstand, dass diese wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Staat, in welchen die ausländische Person auszureisen hätte, praktisch nicht mehr aufrechterhalten werden könnte, und (4) dass sich die grundsätzlich ausreisepflichtige Person bisher weitgehend "tadellos" verhalten hat (BGE 144 I 91 E. 5.2 mit Hinweisen; Urteile 2C_525/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 5.1 und 2C_1140/2015 vom 7. Juni 2016 E. 2.2.3). Diese Voraussetzungen sind im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen (BGE 147 I 153 E. 4) und gelten - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - auch für den (geteilt) Sorgeberechtigten, der das Kind nicht in Obhut hat (Urteil 2C_525/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 5.2).

E. 3.2

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass fraglich sei, ob eine normale affektive Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Kindern bestehe und er hinreichende wirtschaftliche Leistungen zu deren Gunsten erbringe. Nachdem der Beschwerdeführer sich seit dem 7. August 2019 in Serbien in Haft befinde, sei nicht glaubhaft, dass er sich mit ihnen 3 bis 4 Mal pro Monat treffe. Es erübrige sich eine Anhörung hierzu. Bezüglich der wirtschaftlichen Beziehung habe der Beschwerdeführer lediglich drei Quittungen aus dem Jahr 2018 eingereicht, was nicht genüge; seit seiner Inhaftierung ab dem 7. August 2019 erbringe er auf jeden Fall auch insofern keine Leistungen mehr. Zusammengefasst habe der Beschwerdeführer als nicht obhutsberechtigter Elternteil die familiäre Beziehung zu seinen Kindern von vornherein nur im beschränkten Rahmen des ihm eingeräumten Besuchsrechts pflegen können; es bestehe keine enge wirtschaftliche Beziehung; die Distanz zwischen dem Kosovo und der Schweiz stehe einer Wahrnehmung des Besuchsrechts vom Ausland her nicht "in nennenswerter Weise" entgegen. Selbst wenn in affektiver Hinsicht eine enge Beziehung zu den Kindern bestehen sollte, sei das private Interesse des Beschwerdeführers an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Wahrnehmung des Besuchsrechts lediglich als "mittel" hoch zu qualifizieren, das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung indessen als hoch.

E. 4.1

Soweit der Beschwerdeführer darauf hinweist, dass die Kinder ab August 2011 bis November 2016 bei ihm gelebt hätten, kann er hieraus nichts zu seinen Gunsten ableiten: Zur Diskussion steht heute nur noch die Beziehung zur minderjährigen Tochter F._____. Deren Aufenthalt war, was der Beschwerdeführer nicht bestreitet, in diesem Zeitraum nicht bewilligt. Entsprechende Bewilligungen sind den Kindern und F._____ gestützt auf das Anwesenheitsrecht der Kindsmutter erst im November 2020 bzw. Januar 2021 erteilt worden. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 1. Mai 2019 festgehalten, dass die Vorinstanz (nur) "eine Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 EMRK vornehmen" müsse, falls sich ergebe, dass die Kinder "in der Schweiz über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht" verfügten (E. 6.4 des Urteils vom 1. Mai 2019), was weder zum Zeitpunkt des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 27. März 2018 noch dem

Entscheid des Bundesgerichts vom 1. Mai 2019 der Fall war. Die Kinder hielten sich ohne geregelten Aufenthalt in der Schweiz auf, nachdem der Beschwerdeführer sie ohne Zustimmung der zuständigen Behörden in den Kanton Aargau nachgezogen und für die Beurteilung des danach eingereichten Gesuchs damit vollendete Tatsachen geschaffen hatte.

E. 4.2

Da die Vorinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung willkürfrei davon ausgehen durfte, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für einen umgekehrten Familiennachzug nicht erfülle, braucht nicht geprüft zu werden, ob Art. 8 EMRK den Anspruch auf ein Anwesenheitsrecht mitumfasst, eine früher gelebte Beziehung nach einem Unterbruch der affektiven und wirtschaftlichen Bindungen wieder neu (be-) leben zu können, und ob eine faktisch ohne Bewilligung gelebte - jedoch von den Behörden geduldete - familiäre Beziehung einen umgekehrten Familiennachzug mangels eines gefestigten Anwesenheitsrechts der Kinder in jedem Fall ausschliesst.

E. 5.1

Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung und die Sachverhaltsfeststellung klarerweise unhaltbar sein sollen, muss in der Beschwerdeschrift detailliert aufgezeigt werden (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53 mit Hinweisen; 134 II 244 E. 2.2 S. 246; vgl. vorstehende E. 2). Es genügt dabei nicht, lediglich einzelne Elemente anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid hätten gewichtet werden können, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik diesbezüglich bloss die eigene Auffassung zu unterbreiten, ohne darzutun, dass und inwiefern der Sachverhalt in Verletzung von Art. 9 BV festgestellt worden ist bzw. die Beweiswürdigung sich als offensichtlich fehlerhaft erweist (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 116 Ia 85 E. 2b S. 88;).

E. 5.2

Dem Anspruch auf rechtliches Gehör lässt sich keine allgemeine Pflicht der Behörde zur Abnahme aller angebotenen Beweise und zur Würdigung sämtlicher - auch nicht relevanter - Argumente entnehmen. Die Abweisung eines Beweisantrags erweist sich namentlich als zulässig, falls die Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde sich ihre Meinung aufgrund zuvor erhobener Beweise bereits gebildet hat und sie ohne Willkür in vorweggenommener, antizipierter Beweiswürdigung annehmen darf, die gewonnene Überzeugung werde auch durch weitere Beweiserhebungen nicht (mehr) erschüttert (BGE 144 V 361 E. 6.5 ; 136 I 229 E. 5.3 ; 134 I 140 E. 5.3 ; 131 I 153 E. 3). Die Prüfungs- und Begründungspflicht (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV) ihrerseits bedeutet nicht, dass die Behörde alle Äusserungen und Überlegungen wiederzugeben oder auf alle Vorbringen im Einzelnen einzugehen hätte. Sie darf sich auf die entscheidwesentlichen Gesichtspunkte beschränken, solange sich der Betroffene - wie hier - über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und diesen sachgerecht anfechten kann (BGE 121 I 54 E. 2c; 117 Ib 481 E. 6b/bb).

E. 5.3.1

Aus den vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen war - trotz wiederholter Aufforderung seitens des Verwaltungsgerichts, die affektive und wirtschaftliche Verbundenheit zu den Kindern und insbesondere zu F. _____ zu belegen - nicht in gesicherter Weise ersichtlich, in welchem Umfang solche Bindungen bestanden hätten. Die Kinder haben zwar schriftlich erklärt, dass sie sich seit ihrem Umzug zur Mutter 2016 mit ihrem Vater 3 bis 4 Mal pro Monat treffen würden; dies genügt indessen nicht, um von

einer engen affektiven Beziehung ausgehen zu können: F._____ war im Jahre 2016 acht Jahre alt und die Wahrnehmung des Besuchsrechts zu ihr, seit sie sich bei der Mutter aufhielt, nur punktuell und sporadisch, soweit die schriftliche Erklärung der Kinder über die Beziehungen zum Vater überhaupt als glaubhaft gelten kann (Eingabe ursprünglich undatiert und nicht eigenhändig unterschrieben [nur Kopie]). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass er - entgegen der Annahme der Vorinstanz - die Beziehung zu F._____ ab dem 7. August 2019 (Zweite Haft in Serbien) im Rahmen des Möglichen weiter gelebt hätte oder wirtschaftlich für sie aufgekommen wäre. Diesbezüglich hat der Beschwerdeführer lediglich 3 Quittungen eingereicht; die Vorinstanz durfte diese im Rahmen ihrer Beweiswürdigung willkürfrei als ungenügend für den Beleg einer besonders engen wirtschaftlichen Bindung erachten. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, von 2011 bis Mitte November 2016 für die Kinder gesorgt und mit diesen zusammengelebt zu haben, ist zu berücksichtigen, dass er sich vom 14. November 2013 bis 19. Mai 2014 in Serbien in Haft befunden hat und er zumindest in dieser Zeit damit nicht für die Kinder gesorgt haben kann. Es braucht mangels einer entsprechenden Rüge nicht geprüft zu werden, unter welchen Umständen der Fortbestand einer hinreichend engen affektiven Beziehung im Rahmen einer Haft allenfalls bejaht werden könnte.

E. 5.3.2

Zwar hat der Beschwerdeführer beantragt, die Kinder zu den Beziehungen zu ihrem Vater zu befragen; wenn die Vorinstanz diesen Beweisantrag in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen hat, verletzt dies seinen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht: Der Beschwerdeführer wusste spätestens seit dem Urteil des Bundesgerichts vom 1. Mai 2019, dass er die Beziehungen zu den Kindern zu belegen hatte; er kann sich heute deshalb nicht darauf berufen, dass ihm dies wegen seiner (aktuellen) Inhaftierung in Serbien nicht möglich sei. Dies gilt umso mehr, als er sich seinerseits bereits in der Beschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz vom 27. März 2018 auf Art. 8 EMRK berufen hatte, weshalb das Bundesgericht die Angelegenheit überhaupt erst zur Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückwies. Es wäre am Beschwerdeführer gewesen, sich rechtzeitig um die nötigen Unterlagen zu kümmern und damit seinen Mitwirkungspflichten nachzukommen. Schliesslich ist auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, dass die Distanz zwischen dem Kosovo und der Schweiz nicht geeignet erscheint, die besuchsweise Pflege der familiären Beziehungen praktisch zu vereiteln - diese können im Übrigen über die alten und neuen Kommunikationsmittel auch von der Heimat aus aufrechterhalten werden.

E. 5.4

Insgesamt kann - entgegen der Kritik des Beschwerdeführers - nicht gesagt werden, dass die Vorinstanz die Beweise willkürlich gewürdigt, entsprechenden Anträgen zu Unrecht keine Folge gegeben oder gegen die Untersuchungsmaxime verstossen hätte (zum Verhältnis der Mitwirkungspflicht und dem Untersuchungsgrundsatz: BGE 141 I 60 E. 5.2, 285 E. 6.3.1). Der angefochtene Entscheid verletzt im Resultat auch nicht Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV .

E. 6.1

Als nicht unproblematisch erweist sich der Umstand, dass die Vorinstanz zur Begründung des öffentlichen Interesses im Rahmen ihrer Interessenabwägung darauf Bezug genommen hat, dass der Beschwerdeführer "namentlich eine Parallelbeziehung verschleiert" habe. Das

Bundesgericht hielt diesbezüglich im Urteil vom 1. Mai 2019 fest (E. 6.4) :

"In deren Rahmen [Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK] wird die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das Verheimlichen der Beziehung zu B. _____ nicht vorwerfen können, denn dass der Beschwerdeführer mit B. _____ über mindestens drei gemeinsame Kinder verfügt, war den Behörden seit dem 30. November 2007, anlässlich der Umwandlung seiner Aufenthaltsbewilligung in eine Niederlassungsbewilligung, bekannt".

E. 6.2.1

Die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe "gegenüber den hiesigen Behörden wiederholt falsche Angaben gemacht und wesentliche Tatsachen verschwiegen", ist im Resultat - gesamthaft gesehen (vgl. BGE 147 I 153 E. 4) - dennoch vertretbar: Das Staatssekretariat für Migration hat am 17. Juli 2008 die kurz zuvor erfolgte erleichterte Einbürgerung des Beschwerdeführers wegen falscher Angaben aufgehoben (Parallelbeziehung in der Heimat); die entsprechende Verfügung ist rechtskräftig geworden, weshalb sie durch den Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren nicht wieder - wie er dies zu tun versucht - infrage gestellt werden kann.

E. 6.2.2

Nach dem bundesgerichtlichen Entscheid war es für die Vorinstanz einzig ausgeschlossen, allein auf das Verschweigen der Parallelbeziehung abzustellen, was sie nicht getan hat, da sie gestützt auf ihre willkürfreie Beweiswürdigung vielmehr auch davon ausgegangen ist, dass der Beschwerdeführer das Bestehen enger Beziehungen in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht nicht wirklich hat belegen können. Die problematische Ausführung der Vorinstanz im Zusammenhang mit seinen falschen Angaben im Einbürgerungsverfahren (Verschweigen der Parallelbeziehung) bezog sich auf das erforderliche "tadellose" Verhalten und nicht auf die weiteren - kumulativ zu erfüllenden - Voraussetzungen für einen umgekehrten Familiennachzug in Anwendung von Art. 8 EMRK .

E. 6.3.1

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass das Verwaltungsgericht ihm die beantragte unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für die verschiedenen kantonalen Verfahren - über das Urteil des Bundesgerichts vom 13. Januar 2020 hinaus - zu Unrecht wegen Aussichtslosigkeit verweigert habe. Seine Ausführungen überzeugen - abgesehen vom Beweisverfahren im Nachgang zum bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid (vgl. das Urteil 2C_621/2019 vom 13. Januar 2020) - nicht: Ein Begehren gilt nicht als aussichtslos, wenn sich die 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 ebenfalls zu einem Prozess entschliessen würde; abzustellen ist dabei auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 142 III 138 E. 5.1).

E. 6.3.2

Der Beschwerdeführer hat seine Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das erstinstanzliche und das Einspracheverfahren am 30. Dezember 2015 bzw. am 29. Februar 2016 gestellt. Zu diesem Zeitpunkt verfügten die Kinder - wie sich aus den nachträglichen Abklärungen gemäss den Vorgaben im bundesgerichtlichen Urteil vom 1. Mai 2019 ergeben hat - über kein bewilligtes Aufenthaltsrecht; die

entsprechenden Bewilligungen sind ihnen erst in Genf Ende 2020/anfangs 2021 erteilt worden (vgl. vorstehende E. 4.1); zudem waren die weiteren Voraussetzungen für einen umgekehrten Familiennachzug nicht erfüllt. Unter diesen Umständen konnten die Kinder (bzw. heute nur noch die Tochter F. _____) dem Beschwerdeführer damals grundsätzlich kein Anwesenheitsrecht im umgekehrten Familiennachzug verschaffen. Die Vorinstanz durfte deshalb ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, dass keine ernsthaften Aussichten auf Erfolg bestanden haben.

E. 7.1

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist dementsprechend abzuweisen.

E. 7.2

Der Beschwerdeführer würde für das bundesgerichtliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG); es ist jedoch seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu entsprechen (Art. 66 BGG) : Da die Vorinstanz in ihrer Urteilsbegründung auch auf einen Punkt abgestellt hat, der im Urteil vom 1. Mai 2019 ausdrücklich ausgeschlossen worden war, kann nicht gesagt werden, die Beschwerde sei zum Vornherein aussichtslos gewesen (vgl. Art. 64 BGG). Es sind keine Kosten zu erheben und keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

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