

GR_GERICHTE U 2012 117 vom 5. Februar 2013

GR Gerichte, 2013-02-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2012_117

FR: GR_GERICHTE U 2012 117 du 5 février 2013

IT: GR_GERICHTE U 2012 117 del 5 febbraio 2013

Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Fremdenpolizei

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdeführer, algerischer Staatsangehöriger, reiste 1999 unter falschem Namen in die Schweiz ein, wo er um Asyl ersuchte. Das Asylgesuch wurde mit Entscheid vom 28. Februar 2000 abgewiesen, ebenso eine dagegen bei der Asylrekurskommission erhobene Beschwerde (Entscheid vom 25. November 2002). Die zwangsweise Ausweisung nach Algerien scheiterte mehrmals wegen fehlender Kooperation von ihm und brachte ihn unter anderem in Ausschaffungshaft (so im Jahr 2005). Bereits im Jahr 2004 und letztmals am 10. Januar 2006 war er wegen mehrfachen Verstosses gegen die geltende Rechtsordnung (Diebstahl, Betäubungsmitteldelikte, Verletzung von Eingrenzungsverfügungen, mehrfache Behinderung einer Amtshandlung) zu verschiedenen mehrwöchigen Gefängnisstrafen verurteilt worden.

E. 2

Aufgrund des bisherigen Verhaltens und der zeitlichen Entwicklung der Beziehung zur Schweizer Bürgerin ... bot die Fremdenpolizei die beiden am 19. Oktober 2006 wegen Verdachts auf Eingehung einer Aufenthaltsehe zu einer Befragung auf. Wenige Tage später, am 27. Oktober 2006, heirateten der Beschwerdeführer und ... Die Ehefrau stellte in der Folge am 27. Dezember 2006 bei der zuständigen Behörde ein Gesuch um Familiennachzug für ihren Ehemann. Daraufhin sahen sich die kantonalen Behörden veranlasst, die näheren Umstände des Kennenlernens zu überprüfen. Mit Verfügung vom 29. März 2007 lehnte das Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltbewilligung im Rahmen des Familiennachzuges mit der Begründung ab, es liege eine

Ausländerrechtsehe (Scheinehe) vor. Dieser Entscheid wurde durch das Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit Graubünden (DJSG), durch das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (VGU 07 101) und zuletzt durch das Bundesgericht am 24. November 2008 (Urteil 2C_580/2008) bestätigt.

E. 3

Februar 2009 erliess das Bundesamt für Migration gegen ihn ein Einreiseverbot auf unbestimmte Zeit. Die Ausreisefrist wurde vom zuständigen Amt bis zum 31. Mai 2009 erstreckt. Spätere Abklärungen ergaben, dass der Beschwerdeführer die Schweiz nicht verlassen hatte und nicht mehr auffindbar war.

E. 4

Am 10. Februar 2010 wurden der Beschwerdeführer und seine Ehefrau Eltern eines Sohnes. Diesen Umstand zeigte die Ehefrau dem Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Ende März 2010 an. Aus einer früheren Beziehung hat der Beschwerdeführer bereits eine Tochter, welche ebenfalls in der Schweiz wohnt.

E. 4.3

und 4.4), ist bei einem mit einer Schweizer Bürgerin verheirateten

Ausländer, der erstmals oder nach kurzer Aufenthaltsdauer um die Erneuerung seiner Bewilligung ersucht, im Falle einer Verurteilung zu zwei Jahren Freiheitsstrafe in der Regel selbst dann kein Aufenthaltstitel mehr zu erteilen, wenn der Ehepartnerin die Ausreise nicht oder nur schwer zuzumuten ist (BGE 135 II 377, 382 f E. 4.4; Urteil des BGER 2C_698/2010 vom 20. Juli 2011, E. 2.2). Der Schweregrad der Delinquenz des Beschwerdeführers erreicht jedoch bei weitem nicht den Zwei-Jahres-Richtwert der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, weder einzeln noch summenhaft. Im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Ziff. 2 e) verwiesen werden. d) Zu prüfen bliebe damit, ob der Beschwerdeführer oder eine Person, für die er zu sorgen hat, dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen wäre (vgl. Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG). Den Akten ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer in der Vergangenheit in der Gastronomie in ... gearbeitet hat und man dort mit seinen Leistungen sehr zufrieden war. Dies lässt darauf schliessen, dass sich der Beschwerdeführer – ist einmal sein Aufenthaltsstatus geregelt – auch in den Arbeitsmarkt eingliedern könnte. Umgekehrt gälte es zu berücksichtigen, dass durch die Rückkehr des Beschwerdeführers in seine Heimat seine Ehefrau nicht mehr oder nur noch teilzeitlich einem Arbeitserwerb nachgehen könnte. Sie und der gemeinsame Sohn würden zwangsläufig über viele Jahre von der Sozialhilfe abhängig werden, was letztlich gegen die öffentlichen Interessen spricht. e) Der Beschwerdeführer beruft sich in seiner Beschwerde nicht auf Art. 42 Abs. 1 AuG, weshalb der darauf gestützte umgekehrte Familiennachzug auch nicht Gegenstand des vorliegenden Entscheides sein kann. Bei einer allfälligen Neuurteilung des Aufenthaltsrechts des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 42 Abs. 1 AuG wären die vorstehenden Ausführungen indes zu beachten. 4. Der Beschwerdeführer hat demnach einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Der Entscheid der

Vorinstanz verletzt Bundesrecht und ist deshalb aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht über das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege nicht befunden zu werden. Demnach erkennt das Gericht: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid vom 21. September 2012 aufgehoben und das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer im Rahmen des umgekehrten Familiennachzugs gutgeheissen. 2. Die Gerichtskosten, bestehend - aus einer Staatsgebühr von Fr. 1'500.-- - und den Kanzleiauslagen von Fr. 504.-- zusammen Fr. 2'004.-- gehen zulasten des Kantons Graubünden (Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit [DJSJ]). 3. Der Kanton Graubünden (DJSJ) hat den Beschwerdeführer und seine Familie aussergerichtlich mit Fr. 3'482.80 (inkl. MWST) zu entschädigen.

E. 5

Mit Schreiben vom 10. Juni 2011 reichte die Beratungsstelle für Migrations- und Integrationsrecht SAH Zürich ein Wiedererwägungsgesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an das Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden. Dieses

trat mit Verfügung vom 1. September 2011 nicht auf das Gesuch ein. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit des Kantons Graubünden (DJSG) mit Entscheid vom 17. Januar 2012 ab.

E. 6

Mit Gesuch vom 30. Januar 2012 stellte der Beschwerdeführer beim Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (umgekehrter Familiennachzug). Er unterhalte seit der Geburt seines Sohnes zu diesem eine intensive affektive Beziehung. Da die Kindsmutter unter der Woche arbeite, sei er die Hauptbezugsperson seines

Sohnes. Er habe somit gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung. Das Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht wies das Gesuch mit Verfügung vom 17. April 2012 ab. Es begründete diesen Entscheid mit dem Untertauchen vom Beschwerdeführer und seinem andauernden illegalen Aufenthalt in der Schweiz. Seit Ablehnung des Asylantrages im Jahr 2002 sei er durch negatives Verhalten (auch strafrechtlicher Natur) aufgefallen und wersetze sich in hartnäckiger Renitenz der Ausreise. Solches Verhalten dürfe nicht mit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung belohnt werden. Daran ändere auch die Geburt seines Sohnes nichts, der während des illegalen Aufenthaltes gezeugt worden sei. Eine Berufung auf Art. 8 EMRK sei ihm aufgrund seines fortgesetzten Willens, sich nicht an die schweizerische Rechtsordnung halten zu wollen, verwehrt. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau hätten Kenntnis vom bevorstehenden Einreiseverbot gehabt; ihnen hätte somit klar sein müssen, dass sie ihr Familienleben nicht in der Schweiz führen könnten.

E. 7

Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer am 18. Mai 2012 Verwaltungsbeschwerde beim Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit. Er ergänzte seinen Standpunkt unter anderem mit dem Hinweis, dass es ihm im Falle einer Ausreise nach Algerien nicht mehr möglich sei, die heutige intensive Beziehung zu seinem Sohn fortzuführen. Für seinen Sohn und seine Ehefrau sei es zudem nicht zumutbar, nach Algerien auszureisen. Gegen ihn würden im Weiteren keine aktuellen strafrechtlichen Verurteilungen vorliegen und er und seine Familie würden von der Sozialhilfe unabhängig leben. Das Vorliegen einer Einreisesperre könne nicht automatisch zu einem Ausschluss des Familiennachzuges führen; mangels Ausreise habe er gar nicht gegen das Einreiseverbot verstossen. Er lebe mittlerweile schon 13 Jahre in der Schweiz und würde somit sogar die zeitlichen Voraussetzungen für eine ordentliche Einbürgerung erfüllen. Das öffentliche Interesse an seiner Ausreise bzw. der Fernhaltung müsse angesichts seiner privaten und familiären Umstände zurückstehen. Für die Dauer des Verfahrens sei ihm gestützt auf Art. 17 Abs. 2 AuG der Aufenthalt im Kanton Graubünden zu gestatten. Im Weiteren

seien er und seine Ehefrau bedürftig im Sinne von Art. 76 Abs. 1 VRG, weshalb ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sei.

E. 8

Mit Entscheid vom 21. September 2012, mitgeteilt am 25. September 2012, wies das DJSG die Beschwerde gegen den Entscheid des Amtes für Polizeiwesen und Zivilrecht ab. Das Departement zweifelt daran, dass der Beschwerdeführer tatsächlich eine gelebte und intakte

Beziehung zu seinem Sohn unterhält. So sei aus dem Auszug des Geburtsregisters vom Sohn der Wohnort seines Vaters nicht ersichtlich, was darauf schliessen lasse, dass dieser gerade nicht bei seinem Sohn wohne. Es liege der Verdacht nahe, dass der Beschwerdeführer die Beziehung zu seinem Sohn nicht seit dessen Geburt ausübe, sondern den Kontakt erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich rund 1 ½ Jahre nach der Geburt, im Hinblick auf die angeforderte Aufenthaltsbewilligung aufnahm. So seien jedenfalls sämtliche eingereichten Schreiben von Familienangehörigen und Freunden erst im September und Oktober 2011 verfasst worden. Im Weiteren komme Art. 8 Ziff. 1 EMRK erst zum Tragen, wenn eine Ausreise vom Sohn mit seinen Eltern nach Algerien nicht zumutbar sei. Dies sei im vorliegenden Fall gerade nicht der Fall, habe doch die Ehefrau sowohl im Oktober 2006 als auch über ihren Rechtsvertreter im Februar 2009 mitgeteilt, dass sie beabsichtige, mit ihrem Ehemann nach Algerien zu ziehen. Es sei nun nicht einzusehen, weshalb eine Ausreise mit dem gemeinsamen Sohn nun nicht mehr möglich sein sollte. Das Vorgehen des Beschwerdeführers trage vielmehr Züge von Rechtsmissbrauch. Somit erübrige sich eine Güterabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK. Aber selbst diese Güterabwägung würde zu Ungunsten des Beschwerdeführers ausfallen. Es sei darauf hinzuweisen, dass er sich mehrfach seiner Ausschaffung widersetze und bereits während des laufenden Asylverfahrens mehrfach strafrechtlich verurteilt worden sei. Im Weiteren halte sich der Beschwerdeführer seit mehreren Jahren illegal in der Schweiz auf; der nicht ordnungsgemässe Aufenthalt könne somit bei der Güterabwägung nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt werden. Hinzu komme, dass in Fällen, in denen das Familienleben im Wissen um den prekären migrationsrechtlichen Status begründet worden sei, eine Wegweisung

nur in sehr aussergewöhnlichen Fällen konventionswidrig sei. Die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik und das Vorliegen finanzieller Bedürftigkeit müsse zu einer Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung führen. Auch die UNO-Kinderrechtskonvention sei dadurch nicht verletzt, weil der Sohn unabhängig vom ausländerrechtlichen Status seines Vaters in der Schweiz bei seiner Mutter verbleiben könne; eine Wegweisung stelle jedenfalls keine äusserst schwerwiegende Massnahme für den Sohn dar. Der Beschwerdeführer könne den Kontakt zu seinem Sohn auch vom Ausland her aufrecht erhalten. Auch aus dem Umstand, dass die Ehefrau erwerbstätig sei und sich so die Betreuung des Kindes nicht immer einfach gestalten lasse, führe nicht zu einer Unzumutbarkeit der Ausreise vom Beschwerdeführer. Diese Situation sei im Übrigen für die Kindsmutter vorhersehbar gewesen. Somit überwiege insgesamt das öffentliche Interesse an einer Wegweisung vom Beschwerdeführer sein privates Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz.

E. 9

Mit Beschwerde vom 26. Oktober 2012 an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden verlangen der Beschwerdeführer sein Sohn und seine Ehefrau die Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des umgekehrten Familiennachzugs. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (mitsamt der Durchführung diverser beantragter Beweiserhebungen). Dem Beschwerdeführer sei ausserdem eine vorsorgliche Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG zu erteilen. Im Weiteren werden eine mündliche Verhandlung beantragt und ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestellt. Nebst den bereits vor der Vorinstanz vorgetragenen Argumente ergänzt der Beschwerdeführer sein Vorbringen wie folgt: Es

liege keine Scheinehe vor und eine Neubeurteilung sei aufgrund geänderter Umstände notwendig. Die intensive und affektive Beziehung des Beschwerdeführers zu seinem Sohn ergebe sich aufgrund des Familienmodells; dieses folge zwingend aus dem Arbeitsverbot des Ehemannes. Die Beziehung werde durch zahlreiche

Schreiben von Verwandten und Bekannten belegt, die Vorinstanz sei jedoch darüber hinweggegangen. Allein aus der Tatsache, dass dem Geburtsschein keine Adresse des Kindsvaters entnommen werden könne, sowie aus dem Umstand, dass das Gesuch um umgekehrten Familiennachzug erst rund 1 ½ Jahre nach der Geburt des Sohnes erfolgte, könne nicht geschlossen werden, dass keine intensive und affektive Vater-Sohn-Beziehung bestehe (der Beschwerde werden als Beweismittel 40 Fotos beigelegt, in welchem der Beschwerdeführer mit seinem Sohn, teilweise auch mit seiner Ehefrau zu sehen ist). Belegt sei hingegen durch schriftliche Bestätigung der Hebamme, dass der Beschwerdeführer der Geburt seines Sohnes im Spital ... beigewohnt habe. Im Weiteren pflege der Beschwerdeführer eine intensive Beziehung zu seiner Tochter ..., welche regelmässig Wochenenden mit der Familie des Beschwerdeführers verbringe. Müsste der Beschwerdeführer die Schweiz verlassen, wäre es ihm nicht möglich, von Algerien aus seine intensive Beziehung zu seinem Sohn weiter zu führen; sein Sorgerecht würde zur Theorie. Im Übrigen sei weder für seinen Sohn, noch für seine Ehefrau eine Ausreise nach Algerien zumutbar. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung gemäss Art. 8 EMRK würden die Vorstrafen wegen illegalen Aufenthalts gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht rechtfertigen. Die Verurteilungen des Beschwerdeführers betreffen hauptsächlich das Ausländerrecht. Den anderen Verurteilungen komme kaum Gewicht zu; sie lägen zudem zeitlich weit zurück (konkret 2006 und 2007). Die Familie des Beschwerdeführers lebe schliesslich ohne Sozialhilfe. Der Umstand, dass im vorliegenden Fall um unentgeltliche Prozessführung ersucht werde, lasse jedenfalls nicht auf Sozialhilfeabhängigkeit schliessen. Der Beschwerdeführer sei mittlerweile seit 13 Jahren in der Schweiz anwesend und habe sich hier zwischenzeitlich sprachlich, sozial und familiär gut integriert. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zur Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung liege nicht vor. Auch könne nicht auf das Argument der Vorinstanz abgestellt werden, der Beschwerdeführer dürfe aufgrund seiner Renitenz gegen seine Ausreise nicht belohnt werden; im vorliegenden Fall stünde das Kindeswohl im Zentrum. Der Beschwerdeführer sei ein fürsorglicher Familienvater in einer glücklichen Familie. Die rein prinzipiellen Interessen des Staats an einer restriktiven Ausländerpolitik müssten hinter die überwiegenden privaten Interessen zurücktreten.

E. 10

Am 14. November 2012 reichte das DJSG eine Vernehmlassung ein, in der sie die Abweisung der Beschwerde, die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (nicht jedoch die Gewährung einer Massnahme im Rahmen von Art. 17 Abs. 2 AuG), das Absehen von einer öffentlichen Verhandlung sowie der Rückweisung an die Vorinstanz und die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung beantragt. Zur Begründung verweist das DJSG im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung. Sie bestreitet namentlich eine enge Beziehung des Beschwerdeführers zu seinem Sohn; dass Verwandte und enge Freunde eine solche bezeugen würden, sei klar, jedoch mit Zurückhaltung zu würdigen. Auf die Beziehung zu seiner Tochter könne sich der Beschwerdeführer nicht stützen. Eine Ausreise der Ehefrau und des gemeinsamen Sohnes nach Algerien sei nicht grundsätzlich unzumutbar, wie die Ehefrau am 19. Oktober 2006 und am 3. Februar 2009 selbst habe

verlauten lassen. Die Rückweisung an die Vorinstanz zur Durchführung weiterer Beweisabnahmen sei im Weiteren nicht nötig, da selbst bei erfolgreicher Berufung auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK das Gesuch unter Art. 8 Ziff. 2 EMRK abgelehnt werden müsste. Deshalb sei auch von einer mündlichen Verhandlung abzusehen. Da die Zulassungsvoraussetzungen für den umgekehrten Familiennachzug offensichtlich nicht erfüllt seien, könne sich der Beschwerdeführer auch nicht auf Art. 17 Abs. 2 AuG berufen. Die aufschiebende Wirkung sei ihm hingegen schon für das Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz gewährt worden. Es spreche nichts dagegen, diese auf das Verwaltungsbeschwerdeverfahren auszudehnen. Betreffend die unentgeltliche Prozessführung weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Bedürftigkeit bereits vor der Vorinstanz erstellt gewesen sei; ausserdem liege Aussichtslosigkeit vor.

E. 11

Die Replik des Beschwerdeführers datiert vom 10. Dezember 2010 und verweist im Wesentlichen auf folgende Punkte: Betreffend Ausländerehe sei heute eine andere Situation als noch vor vier Jahren. Die Geburt des gemeinsamen Sohnes und des nachweislich geführten Familienlebens hätten die Beweislage entscheidend zu Gunsten des Beschwerdeführers geändert. Die Vorinstanz habe zu Unrecht keine Beweise abgenommen betreffend echte und gefestigte Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn. Die angebotenen Beweismittel seien aber sehr wohl geeignet, diese Beziehung nachzuweisen, welche im vorliegenden Verfahren von erheblicher Bedeutung sei. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz könne sich der Beschwerdeführer auch auf seine Beziehung zu seiner minderjährigen Tochter berufen, welche ebenfalls intakt sei. Die Äusserungen der Ehefrau des Beschwerdeführers gegenüber dem Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht in den Jahren 2006 und 2009, sie würde ihrem Ehemann auch nach Algerien folgen, seien heute nicht mehr relevant. Mit der Geburt des gemeinsamen Kindes habe sich die Ausgangslage entscheidend verändert. Die ganze Familie sei zudem in der Schweiz verwurzelt, mitsamt Familienangehörigen, Arbeitsstelle etc. Die früheren Delikte des Beschwerdeführers seien bereits hinreichend sanktioniert worden. Er sei ein fürsorglicher Familienvater; was ihm noch fehle, sei eine Aufenthaltsbewilligung, damit er seine Familie auch in finanzieller Hinsicht unterstützen könne. Die Interessenabwägung habe nicht nur zwischen einer restriktiven Ausländerpolitik und dem privaten Interesse des Beschwerdeführers stattzufinden, sondern insbesondere auch in Bezug auf die Interessen des Kindeswohls. Das Interesse vom Sohn, mit seinem Vater aufwachsen zu können, würde dem blossen Interesse an einer restriktiven Ausländerpolitik vorgehen. Die Ehe zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau sei nicht im Wissen um einen prekären migrationsrechtlichen Status begründet worden. Zum Zeitpunkt des Eheschlusses sei nämlich das Gesuch der Ehefrau um Familiennachzug noch nicht beurteilt gewesen. Dass es mit dem Nachwuchs dann erst später geklappt habe, könne nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden. Im Übrigen weist der Beschwerdeführer auf die aktuelle Rechtsprechung zum umgekehrten Familiennachzug hin. Schliesslich sei die prozessuale Bedürftigkeit unbestritten, nicht jedoch die Aussichtslosigkeit des Begehrens.

E. 12

Das DJSG teilte am 17. Dezember 2012 mit, dass sie im Rahmen der Duplik vollumfänglich auf die Vernehmlassung und den angefochtenen Entscheid verweise. Sie hält einzig noch fest, dass der Beschwerdeführer nach wie vor keine neuen und

wesentlichen Tatsachen vorbringe, die eine Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK rechtfertigen würden. Auf die übrigen Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens bildet der Entscheid des DJSG vom 21. September 2012, mitgeteilt am 25. September 2012. Die dagegen erhobene Beschwerde erfolgte frist- und formgerecht, weshalb darauf einzutreten ist. Strittig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des umgekehrten Familiennachzugs hat. 2. a) Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101), auf die sich der Beschwerdeführer beruft, verleiht ausländischen Staatsangehörigen unter gewissen Umständen einen eingeschränkten Bewilligungsanspruch, wenn zwischen diesen und einem Familienangehörigen mit Schweizer Staatsangehörigkeit oder Niederlassungsbewilligung eine enge und effektiv gelebte Beziehung besteht. Die EMRK garantiert jedoch nicht grundsätzlich einen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat. Es ergibt sich daraus weder ein Recht auf Einreise noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts (BGE 130 II 281, 285 E. 3.1; 126 II 335, 342 E. 3a; EGMR-Urteil i. S. Slivenko gegen Lettland vom 9. Oktober 2003 [Nr.

48321/99], Rz. 94 mit Hinweisen). Das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens kann nur angerufen werden, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme zur Trennung von Familienmitgliedern führt (vgl. BGE 126 II 335, 342 E. 3a). Ein staatlicher Eingriff liegt deshalb regelmässig nicht vor, wenn den Familienangehörigen zugemutet werden kann, ihr gemeinsames Leben im Ausland zu führen (vgl. aber BGE 126 II 425, 434 E. 4c/cc zum „connections“- statt „elsewhere“-Approach). Muss ein Ausländer, dem eine fremdenpolizeiliche Bewilligung verweigert worden ist, das Land verlassen, haben dies seine Angehörigen – besondere Umstände vorbehalten – hinzunehmen, wenn es ihnen „ohne Schwierigkeiten“ möglich ist, mit ihm auszureisen; eine Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK erübrigt sich unter diesen Umständen (BGE 116 Ib 353, 357 E. 3c; Urteil des BGer 2A.676/2006 vom 13. Februar 2007, E. 3.1). Anders verhält es sich, falls die Ausreise für die Familienangehörigen „nicht von vornherein ohne weiteres zumutbar“ erscheint (BGE 116 Ib 353, 358 E. 3d). In einem solchen Fall ist immer eine Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK geboten, welche sämtlichen Umständen des Einzelfalls umfassend Rechnung trägt (so bereits die Urteile des BGer 2A.212/2004 vom 10. Dezember 2004, E. 3.2; 2A.561/1999 vom 12. April 2000, E. 3b u. 4c sowie 2A.144/1998 vom 7. Dezember 1998, E. 2b). b) Was den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK betrifft, so hat der Beschwerdeführer in seiner Eingabe eine Vielzahl von Fotos beigelegt, die ein intaktes und intensives Familienleben dokumentieren sollen. Diese Fotos zeigen den Beschwerdeführer zusammen mit seinem Sohn, teilweise auch mit seiner Ehefrau. Das Kind ist dabei als Säugling, Kleinkind und Kind abgebildet; die Fotos wurden also über einen längeren Zeitraum und an verschiedenen Orten aufgenommen. Aufgrund der Kleidung der abgebildeten Personen und der Vegetation im Bildhintergrund sind im Weiteren verschiedene Jahreszeiten erkennbar. Der Kontakt zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn scheint demnach seit dessen Geburt, an der der Beschwerdeführer im Übrigen beigewohnt hatte, zu bestehen und stellt sich als regelmässig und von der

Intensität her zumindest im üblichen Rahmen dar. Untermuert wird dies durch die der Beschwerde beigelegten Schreiben von Verwandten und Bekannten. Entgegen der Ansicht

der Vorinstanz können diese nicht einfach ignoriert und als unglaubwürdig abgetan werden; sie sind bei der Beurteilung der Verhältnisse vielmehr als Indiz zu berücksichtigen. Es ist folglich davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die zu seinem Sohn bestehende Beziehung auch tatsächlich lebt. Gleiches gilt im Hinblick auf die Tochter des Beschwerdeführers. Anhaltspunkte, die gegen die Annahme für ein intaktes Familien- und Eheleben sprechen, sind nicht ersichtlich und werden im Übrigen auch von der Vorinstanz nicht geltend gemacht. Der Beschwerdeführer habe demnach glaubhaft gemacht, dass zwischen ihnen ein intaktes und tatsächlich gelebtes Familienverhältnis besteht. Sie haben insbesondere aufzeigen können, dass der Beschwerdeführer seit der Geburt seines Sohnes eine regelmässige und enge Beziehung zu diesem pflegt. Die Berufung auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK steht dem Beschwerdeführer folglich offen. Ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich. c) Kein Eingriff in Art. 8 Ziff. 1 EMRK liegt, wie bereits erwähnt, in der Regel dann vor, wenn den Familienangehörigen zugemutet werden kann, ihr gemeinsames Leben im Ausland zu führen. Zu prüfen ist deshalb, ob der Ehefrau und ihrem Sohn zugemutet werden kann, die Schweiz zu verlassen und nach Algerien auszureisen. In diesem Zusammenhang stützt sich die Vorinstanz auf Aussagen der Ehefrau gegenüber den Behörden, sie würde ihrem Ehemann nach Algerien folgen bzw. sie würde demnächst mit ihm ausreisen. Diese Aussagen stammen aus den Jahren 2006 und 2009. Mit der Geburt des Sohnes hat sich die Situation indes grundlegend geändert. So hat denn auch die Ehefrau seitdem nicht mehr signalisiert, dass sie zu einer Ausreise (mitsamt Kind) bereit wäre. Bei ihr sprechen sprachliche, religiöse und kulturelle Gründe gegen die Zumutbarkeit einer Ausreise. Sie spricht nicht arabisch und nur wenig französisch, ist nicht muslimischen, sondern christlichen Glaubens und auch sonst in keiner Weise weder mit dem Land Algerien, noch mit dessen Kultur

vertraut. Sie ist Schweizer Staatsbürgerin und hat ihr Leben seit Geburt in der Schweiz verbracht. Gleich verhält es sich im Wesentlichen bei ihrem Sohn; insbesondere gilt es auch bei ihm darauf hinzuweisen, dass er die schweizerische Staatsbürgerschaft besitzt. Bei dieser Sachlage ist weder für die Ehefrau noch für ihren Sohn eine Ausreise nach Algerien zumutbar. d) Ein Eingriff in das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Rechtsgut ist statthaft, soweit er eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Pflichten anderer notwendig erscheint (Ziff. 2). Die EMRK verlangt diesbezüglich eine Abwägung der sich gegenüberstehenden individuellen Interessen an der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung einerseits und der öffentlichen Interessen an deren Verweigerung andererseits; diese müssen jene in dem Sinne überwiegen, dass sich der Eingriff in das Privat- und Familienleben als notwendig erweist (BGE 137 I 247, 249 E. 4.1.1). Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf es besonderer, namentlich ordnungs- und sicherheitspolizeilicher Gründe, um dem sorgeberechtigten Ausländer eines Schweizer Kindes die Anwesenheit mit diesem zu verweigern (BGE 137 I 247, 250 E. 4.2.1). In diesem Zusammenhang ist insbesondere eine allfällige Straffälligkeit des Ausländers mit zu berücksichtigen. Eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit überwiegt allerdings nur bei einer gewissen Schwere das Interesse des Schweizer Kindes, mit dem sorgeberechtigten Elternteil in der Schweiz aufwachsen zu können. Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind nebst der Schwere des begangenen Delikts, der seit der Tat vergangene Zeitraum, das Verhalten des Betroffenen während dieser Periode, die Auswirkungen auf die primär betroffene Person sowie deren

familiäre Situation zu berücksichtigen. Von Bedeutung sind auch die Nachteile, welche dem Ehepartner oder den Kindern erwachsen würden, müssten sie dem Betroffenen in dessen Heimat folgen (Urteil des BGer 2C_141/2012 vom 30. Juli 2012, E. 4.2; BGE 135 II 377, E. 4.3).

e) Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer mehrfach straffällig und in den Jahren 2004 bis 2006 zu Gefängnisstrafen von gesamthaft 100 Tagen verurteilt. Mit Strafmandat vom 19. Juni 2007 wurde er zudem zu einer Busse in Höhe von Fr. 400.-- verurteilt. Bei den begangenen Delikten handelt es sich teils um Vermögensdelikte (Diebstahl; mehrfach), teils um andere Delikte aus dem Strafgesetzbuch (Hausfriedensbruch) sowie um Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Der Beschwerdeführer versties zudem mehrfach gegen ausländische Strafbestimmungen (Missachtung einer Massnahme, widerrechtliches Verweilen in der Schweiz, Missachtung einer Eingrenzungsverfügung). Diese Delikte liegen indes einige Zeit zurück; seit 2007 hat sich der Beschwerdeführer – abgesehen von der Nichtbefolgung des Ausreisebefehls und des dadurch unrechtmässig gewordenen Aufenthalts in der Schweiz in den letzten Jahren – strafrechtlich unauffällig verhalten. Die letzte Verurteilung betraf zudem Delikte auf dem Gebiet des Ausländerrechts, denen bei der vorliegenden Interessenabwägung deutlich weniger Gewicht zukommt (vgl. dazu auch BGE 136 I 285, E. 5.3). Dasselbe gilt für die Nichtbefolgung des Ausreisebefehls, sofern sie denn eine Bestrafung nach sich ziehen würde. Es lässt sich somit sagen, dass der Beschwerdeführer mit der Heirat und der Geburt seines Sohnes dem deliktischen Verhalten den Rücken gekehrt hat und so seinen Weg in die Gesellschaft zu finden scheint. Konkrete Anzeichen einer künftigen Straffälligkeit sind nicht ersichtlich. Dem Beschwerdeführer ist demgegenüber zugute zu halten, dass er sich bemüht, die deutsche Sprache zu erlernen. Es scheint zudem, dass er über seinen engsten Familienkreis hinaus Bekanntschaften und Freundschaften pflegt und auch sonst imstande ist, sich gesellschaftlich einzugliedern. f) Die Argumentation der Vorinstanz, die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer erscheine in Anbetracht seines mehrjährigen illegalen Aufenthalts in der Schweiz geradezu als „Belohnung“, zielt an der Sache vorbei. Zu prüfen ist einzig, ob der Beschwerdeführer, in Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen, Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat oder nicht. Die im Rahmen der hierzu vorzunehmenden Interessenabwägung auch zu berücksichtigenden Drittinteressen, namentlich das Kindeswohl vom Sohn, verdeutlichen umso mehr, dass eine allfällige Erteilung der Aufenthaltsbewilligung nicht als Belohnung für den Beschwerdeführer zu verstehen ist, sondern als Mittel, um den weiteren Kontakt zwischen diesem und seinem Sohn in gleichem Umfang gewährleisten zu können. Umgekehrt kommt der Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung kein Strafcharakter zu; es handelt sich hierbei (lediglich) um eine verwaltungsrechtliche Massnahme. g) Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers, namentlich aufgrund dessen Delinquenz in der Vergangenheit, seine privaten Interessen und insbesondere das Interesse am Kindeswohl vom Sohn nicht aufzuwiegen vermögen. 3. a) Die der Beschwerde beigelegten Fotos sind zwar in erster Linie derweise ausgewählt worden, dass sie die Beziehung des Beschwerdeführers zu seinem Sohn aufzeigen sollen. Sie lassen allerdings auch gewisse Rückschlüsse auf das Eheleben des Beschwerdeführers zu, nämlich dass ein solches wahrscheinlich tatsächlich gelebt wird. Aufgrund des gewählten Familienmodells (Mutter arbeitet, Vater betreut das Kind) ist denn auch davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zusammen mit Frau und

Kind wohnt, sofern es denn sein ausländerrechtlicher Status zulässt, und auch künftig mit ihnen wohnen möchte und wird. Auch dies lässt auf ein tatsächlich gelebtes, intaktes Familien- und Eheleben schliessen. Jedenfalls sprechen die Indizien, insbesondere auch die Geburt des gemeinsamen Sohnes, aus heutiger Sicht gegen eine Scheinehe. Anhaltspunkte, die gegen ein intaktes Eheleben des Beschwerdeführers sprechen, sind nicht ersichtlich und werden im Übrigen auch von der Vorinstanz nicht geltend gemacht. Diese beruft sich vielmehr auf den höchstrichterlichen Entscheid aus dem Jahr 2008. Dabei lässt sie allerdings die veränderten Verhältnisse, namentlich die Geburt des gemeinsamen Sohnes und die nun immerhin mehr als 5 Jahre dauernde Ehe, unbeachtet. Diese hätten zu einer gründlichen und sorgfältigen Neubeurteilung der Angelegenheit führen müssen, wozu nötigenfalls auch eine erneute Anhörung des Ehepaars in Betracht zu ziehen gewesen wäre (vgl. Spescha Marc, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzli Peter, Migrationsrecht, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2012, N 2c zu Art. 51). Die Vorinstanz verkennt, dass eine rechtsmissbräuchlich geschlossene Ehe „geheilt“ werden kann, wenn die ursprünglich missbräuchliche Absicht von einer gegenseitigen Zuneigung und dem Wunsch nach Zusammenleben abgelöst und die Ehe tatsächlich gelebt wird (BGE 121 II 1, 4 f E. 2d). Es erscheint deshalb nicht angemessen, trotz veränderter Umstände kurzerhand und ohne weitere Prüfung unverändert von einer Scheinehe auszugehen. Andernfalls würde ein tatsächlich bestehendes Familienleben behördlich verwehrt und damit Art. 8 EMRK verletzt. Diese Überlegungen schneiden zudem den Einwand der Vorinstanz ab, die Aufenthaltsbewilligung sei dem Beschwerdeführer deshalb nicht zu erteilen, weil er die Ehe in Kenntnis seines prekären migrationsrechtlichen Status geschlossen habe. Entscheidend ist, wie sich die Situation heute darstellt. Insofern ist von einer tatsächlich gelebten Ehe und einem – soweit es die Umstände zulassen – intakten Familienleben auszugehen. b) In Anbetracht dieser Umstände wäre der umgekehrte Familiennachzug auch unter den Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) zu prüfen. Danach haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammen wohnen. Dieser Rechtsanspruch setzt das Bestehen einer nach schweizerischem Recht gültigen Ehe zwischen den Ehepartnern voraus. Auf das Erfordernis eines Zusammenlebens kann nach Art. 49 AuG verzichtet werden, wenn wichtige Gründe für getrennte Wohnorte sprechen. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 42 Abs. 3 AuG). Der geschilderte Anspruch erlöscht gemäss Art. 51 Abs. 1 AuG, wenn er rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird, namentlich um Vorschriften des AuG und dessen Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen (lit. a) oder wenn Widerrufsgründe nach Art. 63 AuG vorliegen (lit. b). Letztere liegen gemäss dessen Abs. 1 vor, wenn ein Ausländer oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat oder wenn der gesuchstellende Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen ihn eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 61 oder 64 des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) angeordnet wurde (lit. a), wenn der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet (lit. b) oder wenn der Ausländer oder eine Person, für die er zu sorgen hat,

dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen ist (lit. c). c) Was die genannten Widerrufgründe betrifft, wäre – auch hier – namentlich die Straffälligkeit des Beschwerdeführers zu beachten. In diesem Zusammenhang definierte das Bundesgericht eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr als „längerfristig“ im Sinne von Art. 62 lit. b AuG, hob allerdings hervor, dass sich ein Widerruf bzw. eine Nichtverlängerung der Bewilligung nur rechtfertige, wenn die jeweils im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung die entsprechende Massnahme auch als verhältnismässig erscheinen lasse (vgl. BGE 135 II 377, 381 f E. 4.3). Dabei sind namentlich die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration bzw. die Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG). Der Widerrufsgrund ist ausserdem nur erfüllt, wenn eine Strafe für sich alleine das Kriterium der Längerfristigkeit erfüllt. Die Zusammenrechnung von mehreren kürzeren Strafen, die in ihrer Gesamtheit mehr als ein Jahr ausmachen, ist nicht zulässig (BGE 137 II 297, 300 ff E. 2.3). Nach der sogenannten Reneja-Praxis (BGE 110 Ib 201), die auch unter dem AuG anwendbar bleibt (BGE 135 II 377, 381 ff E.

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