

GR_GERICHTE U 2013 88 vom 3. Dezember 2013

GR Gerichte, 2013-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2013_88

FR: GR_GERICHTE U 2013 88 du 3 décembre 2013

IT: GR_GERICHTE U 2013 88 del 3 dicembre 2013

Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Fremdenpolizei

Erwägungen

E. 1

A._____, ägyptischer Staatsangehöriger, geboren am 23. April 1979, stellte am 18. Mai 2010 auf der Schweizerischen Botschaft in Kairo einen Visumsantrag auf Einreise und Verbleib in der Schweiz zwecks Heiratsvorbereitung mit der Schweizerin B._____.

E. 2

Am 21. Juli 2010 reiste A._____ mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung gültig bis 20. Oktober 2010 in die Schweiz ein. Am 15. Oktober 2010 heiratete er B._____. Daraufhin wurde ihm eine Aufenthaltsbewilligung bis 14. Oktober 2012 erteilt. Am 7. November 2010 wurde ihr gemeinsamer Sohn geboren. Kurze Zeit nach der Geburt trennten sich die Ehegatten am 23. November 2010. Mit Verfügung vom 18. April 2011 wurde A._____ die Jahresaufenthaltsbewilligung durch das Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden (nachfolgend: APZ) entzogen und ihm eine Frist bis zum 15. Mai 2011 angesetzt, die Schweiz zu verlassen. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde am 29. Juli 2011 vom Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit Graubünden (nachfolgend: DJSG) abgewiesen. Mit Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 11 85 vom 31. Januar 2012 trat dieses auf die Beschwerde von A._____ nicht ein. Auf die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil 2C.538/2012 vom 5. Juni 2012 ebenfalls nicht ein. Der Widerruf der strittigen Jahresaufenthaltsbewilligung trat am 5. Juni 2012 in Rechtskraft. Nachdem A._____ die Ausreisefrist verstreichen liess, wurde diese durch das APZ erneut per 17. Juli 2012 angesetzt. Mangels Erreichbarkeit von A._____ wurde dieser am 18. Juli 2012 zur Anhaltung zwecks Ausschaffung ausgeschrieben und am 27. November 2012 verhaftet. Seither befindet er sich in Ausschaffungshaft. Mit Urteil VGU 11 85A vom 18. Dezember 2012 trat das Verwaltungsgericht des Kantons Graubündens auf das Revisionsgesuch von A._____ nicht ein.

- 3 -

E. 3

Mit Gesuch vom 17. Juli 2013 beantragte A._____ beim Amt für Migration und Zivilrecht (nachfolgend: AMZ; vormals APZ) erneut die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Er wies unter anderem auf die Ansetzung einer öffentlichen Verhandlung eines Falles des Bundesgerichts (2C_1112/2012 vom 14. Juni 2012) hin. Das AMZ trat auf das Gesuch mit Verfügung vom 22. Juli 2013 nicht ein. Dies begründete das AMZ damit, dass eine Über-

prüfung des erneuten Gesuchs nur möglich sei, wenn nachgewiesen werde, dass eine von der ursprünglichen Entscheidungsgrundlage wesentlich abweichende Sach- und Rechtslage bestehe oder eine damals vorhandene Tatsache nicht gerügt worden sei. A._____ bringe aber nichts Derartiges vor und auch die angekündigte öffentliche Verhandlung eines Falles des Bundesgerichts ändere daran nichts.

E. 4

Mit Eingabe vom 22. August 2013 erhob A._____ Beschwerde beim DJSG. Die Beschwerde begründete er im Wesentlichen mit der nun in der bereits erwähnten öffentlichen Beratung des Bundesgerichts geänderten Rechtsprechung bezüglich dem Aufenthaltsrecht geschiedener Väter (Urteil des Bundesgerichts 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2012), womit die Bedingung einer besonders engen Beziehung zwischen Kind und dem von der Ausweisung bedrohten Vater für die Verlängerung der Aufenthaltsbedingung fallen gelassen wurde. Weiter führt A._____ auch die Änderung der Rechtsgrundlage durch das in Revision stehende Recht der elterlichen Sorge im ZGB (gemeinsame elterliche Sorge) an. Das Departement wies die Beschwerde am 18. September, mitgeteilt am 20. September 2013, ab. Es hielt dafür, dass A._____ keine veränderte Sach- und Rechtslage im Sinne von Art. 25 Abs. 1 lit. a VRG darzulegen vermöge. Insbesondere verändere der geltend gemachte Entscheid des Bundesgerichts (2C_1112/2012 vom 14. Juni 2012) die Situation von A._____ nicht. Zudem könne er aus der noch nicht in Kraft gesetzten Revision des ZGB nichts ableiten. Deshalb lägen weder Wiedererwägungs- noch Widerrufs-

- 4 - oder Revisionsgründe vor. Die Vorinstanz sei deshalb zu Recht auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 17. Juni 2013 zur Erlangung einer Jahresaufenthaltsbewilligung nicht eingetreten. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wies das Departement infolge Aussichtslosigkeit ab.

E. 5

Gegen diesen Beschwerdeentscheid ist die von A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) eingereichte Beschwerde vom 24. Oktober 2013 an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden gerichtet. Er beantragte darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, das Eintreten auf das Gesuch vom 17. Juli 2013 betreffend Jahresaufenthaltsbewilligung, die Gutheissung desselben mit Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung und eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Zudem beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Als Verfahrens Antrag verlangte er die Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

E. 6

In ihrer Vernehmlassung vom 6. November 2013 verwies das DJSG im Wesentlichen auf die Ausführungen in ihrer angefochtenen Verfügung vom 18. September 2013 und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie in der angefochtenen Verfügung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Die formellen Voraussetzungen betreffend Frist, Form und Legitimation sind vorliegend erfüllt. Materiellrechtlich ist im vorliegenden Fall die Frage

- 5 - zu entscheiden, ob das AMZ auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 17. Juli 2013 hätte eintreten müssen oder nicht. 2. a) Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine geänderte

Sachlage durch die richterliche Zusprechung eines Besuchsrechts im Februar 2013 durch das Bezirksgerichts O.1._____. b) Zum Zeitpunkt des Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung durch das AMZ am 18. April 2011 galt als Besuchsrechtsregelung gemäss vorsorglichem Massnahme-Entscheid (Eheschutz) des Bezirksgerichts O.1._____ vom 25. März 2011 ein begleitetes Besuchsrecht des Beschwerdeführers für seinen Sohn an zwei Tagen pro Monat (DJSG-act. I/76), wobei der Beschwerdeführer seinen Reisepass für die Dauer der Ausübung des Besuchsrechts infolge Entführungsgefahr abzugeben hatte. Zwischenzeitlich wurde dieses Besuchsrecht vom Bezirksgericht mittels superprovisorischer Verfügung am 24./25. August 2011 sistiert und gegen den Beschwerdeführer ein Annäherungsverbot zu Kind und Kindsmutter ausgesprochen (DJSG-act. I/105). Dies erfolgte gemäss Gerichtsurteil aufgrund von grossen Schwierigkeiten bei der Ausübung des Besuchsrechts und teilweise unentschuldigtem Nichterscheinen des Beschwerdeführers zur Ausübung desselben. Gemäss Gerichtsurteil sei alles glaubhaft von der Kindsmutter geschildert und durch Drittpersonen einwandfrei bestätigt worden. Mit Entscheid vom 1. Juni 2012 bestätigte der Einzelrichter in Zivilsachen am Bezirksgericht O.1._____ die superprovisorische Verfügung vom 24./25. August 2011 (Sistierung Besuchsrecht, Annäherungsverbot) und verpflichtete den Beschwerdeführer zudem unter Strafandrohung, sämtliche von ihm im Internet (facebook) über seine Ehefrau veröffentlichten Daten umgehend zu entfernen. Zudem wurde es ihm verboten, inskünftig erneut Daten über sie zu veröffentlichen, was sich aus dem Entscheid desselben Gerichts vom 12./18. Februar 2013 ergibt (vgl. DJSG-act. I/202). Mit Entscheid vom 12./18. Februar 2013 änderte das Bezirksgericht O.1._____ seine superprovisorische Verfügung vom 1. Juni 2012 insofern ab, als die Sistierung des Besuchsrechts aufgehoben wurde und exakt die Regelung wieder in Kraft gesetzt wurde, welche es in seinem Entscheid vom 25. März 2011 festlegte. Infolge Wiedergewährung eines Besuchsrechts wurde folgerichtig auch das Annäherungsverbot zum Sohn des Beschwerdeführers aufgehoben, nicht hingegen dasjenige zur Ehefrau. Alle weiteren Anordnungen der Verfügung vom 1. Juni 2012 (auch die Anordnung bezüglich Datenentfernung auf facebook) wurden hingegen bestätigt. Auch die Auflage der Abgabe des Reisepasses während der Ausübung des begleiteteten Besuchsrechts blieb unverändert. c) Der Entscheid des Bezirksgerichts O.1._____ vom 12./18. Februar 2013 räumt dem Beschwerdeführer somit tatsächlich ein Besuchsrecht ein, doch wurde damit in Bezug auf das Besuchsrecht exakt der Zustand wiederhergestellt, welcher zum Zeitpunkt des Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers am 18. April 2011 herrschte. Mit dem Entscheid des Bezirksgerichts O.1._____ hat sich somit die Sachlage keineswegs zu Gunsten des Beschwerdeführers geändert - vielmehr wirft die zwischenzeitliche Sistierung des Besuchsrechts und das Annäherungsverbot ein eher ungünstiges Licht auf den Beschwerdeführer. Mangels Änderung der Sachlage zu Gunsten des Beschwerdeführers erweisen sich diese Rügen als unbegründet. 3. a) Des Weiteren rügt der Beschwerdeführer eine Änderung der Rechtslage durch die Revision des Sorgerechts. Gemäss Art. 296 Abs. 2 nZGB (Änderung vom 21. Juni 2013, unbenutzter Ablauf der Referendumsfrist am

E. 10

Oktober 2013) werden künftig Kinder solange sie minderjährig sind i.d.R. unter gemeinsamer elterlicher Sorge von Vater und Mutter stehen. Unter dem neuen Recht könnte sich bei Fällen mit Sorgerecht nur für ei-

- 7 - nen Elternteil der andere Elternteil binnen Jahresfrist seit Inkraftsetzung mit dem Antrag an die zuständige Behörde wenden, die gemeinsame elterliche Sorge zu verfügen. Demzufolge macht der Beschwerdeführer geltend, dass ihm also in absehbarer Zeit die gemeinsame elterliche Sorge über seinen Sohn erteilt werde. Weiter macht er geltend, dass sogar die Möglichkeit bestehe, dass er das alleinige Sorgerecht erhalten werde, schein es doch so, dass die Kindsmutter das Kindesinteresse nicht im gebotenen Umfang im Auge behalten könne. Zudem würden die kantonalen Gerichte die bevorstehende Gesetzesänderung schon heute praktizieren und in ihrer Entscheidungsfindung darauf Rücksicht nehmen. Die Sorgerechtsrevision bilde deshalb bereits heute einen Widerrufsgrund. b) Diesen Ausführungen des Beschwerdeführers kann nicht beigeplichtet werden. Die neue Regelung betreffend Revision des Sorgerechts tritt per 1. Juli 2014 in Kraft. Eine Anwendung dieser Regelung bereits zum jetzigen Zeitpunkt würde eine unzulässige positive Vorwirkung darstellen, weshalb diese Rüge des Beschwerdeführers unbegründet ist. 4. a) Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine geänderte Rechtslage nach dem Urteil des Bundesgerichts 2_C1112/2012 vom 14. Juni 2013. Er beruft sich auf den Entscheid des Bundesgerichts mit öffentlicher Sitzung vom 14. Juni 2013, wonach die Bedingung einer besonders ausgeprägten Beziehung zwischen Kind und dem von der Ausweisung bedrohten Vater für eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung künftig fallen gelassen werde. Im Normalfall genüge heute deshalb ein übliches Besuchsrecht, um von einer engen Bindung zwischen dem geschiedenen ausländischen Vater und dem Kind auszugehen. Im Rahmen des Eheschutzverfahrens sei dem Beschwerdeführer durch Entscheid des Bezirksgerichts O.1. _____ vom 12./18. Februar 2013 in Ziff. 1 Abs. 1 des Dispositivs ein begleitetes Besuchsrecht von zwei Tagen pro Monat zugesprochen worden. Ein solches Besuchsrecht sei bei Kleinkindern eine übliche Praxis (der Sohn zählte im Februar 2013 2½ Jahre) und sei auch vor dem Hintergrund des Down-Syndroms des Sohnes sowie seines angeborenen Herzfehlers nachvollziehbar. Durch das Verhalten der Kindsmutter hätte er bislang unverschuldet noch keine engere Beziehung zu seinem Sohn aufbauen können. Ohne Jahresaufenthaltsbewilligung könne der Beschwerdeführer sein Besuchsrecht nicht wahrnehmen und zu seinem Kind gar keine ausreichende Beziehung aufbauen. Die übrigen Voraussetzungen, namentlich eine in wirtschaftlicher Hinsicht besonders intensive Beziehung (Geldüberweisungen, als er eine Arbeit hatte bzw. Arbeitssuchbemühungen für die Zeit danach; als medizinischer Masseur und Physiotherapeut seien seine Berufsaussichten in der Schweiz real) sowie tadelloses Verhalten (zwar gebe es ein Strafmandat vom 27. September 2012 wegen mehrfacher Drohung, des Missbrauchs einer Fernmeldeanlage und des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen, doch bestreitet der Beschwerdeführer jede Schuld und habe dagegen auch fristgerecht Einsprache erhoben und er gelte deshalb als unschuldig) seien erfüllt. Da er derzeit in Ausschaffungshaft weile, könne er sein Besuchsrecht nicht wahrnehmen. Die Ausschaffungshaft dauere im Übrigen maximal bis im Mai 2014. b) Die Vorinstanz ist der Ansicht, dass das Urteil des Bundesgerichts 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2013 auf den vorliegenden Fall keine neue Rechts- oder Sachlage bewirkte. Dementsprechend bleibe das erwähnte Bundesgerichtsurteil in Bezug auf den vorliegenden ohne Auswirkungen, da keine Änderung der Rechtslage erzeugt wurde. c) Der Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 42 und 43 AuG besteht gemäss Art. 50 Abs. 1 AuG im Anschluss an die Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft weiter,

- 9 - wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht (lit. a) oder wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (lit. b). Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG kommt unbestrittenermassen nicht zur Anwendung. Wichtige persönliche Gründe gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG können in einer schützenswerten Beziehung zu einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind bestehen (Urteil des Bundesgerichts 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2013, E. 2.1 m.w.H.). Bei einem üblichen Besuchsrecht ist es gemäss Praxis des Bundesgerichts mit Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV grundsätzlich vereinbar, dass der nicht sorge- bzw. obhutsberechtignte Elternteil zurück in sein Herkunftsland verbracht wird. Ein weitergehender Anspruch (also ein Anspruch auf ein Anwesenheitsrecht im Domizilland des Kindes) kann nur dann in Betracht fallen, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte und das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (Urteil des Bundesgerichts 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2013, E. 2.2 m.w.H.). Das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung wurde bisher stets daran gemessen, ob ein „grosszügig ausgestaltetes“ Besuchsrecht eingeräumt worden ist und dieses kontinuierlich, spontan und reibungslos ausgeübt wird (Urteil des Bundesgerichts 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2013, E. 2.3 m.w.H.). Nur hat sich seit dem Leitentscheid BGE 120 Ib 1 das Besuchsrecht entwickelt und das damals als „grosszügig ausgestaltet“ angesehene Besuchsrecht entspräche heute nicht mehr als dem allgemein Üblichen (Urteil des Bundesgerichts 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2013, a.a.O.).

- 10 - Die nachfolgende E. 2.4 des zitierten Urteils des Bundesgerichts hat nun ebenfalls volle Geltung für den vorliegenden Fall, da der Beschwerdeführer eine qualifizierte vorbestehende Verbindung zur Schweiz - anders als jene Ausländer, welche aufgrund ihrer Elternschaft zu einem hier anwesenheitsberechtigten Kind erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen - hat. Darum trifft die folgende Präzisierung der Rechtsprechung in E. 2.5 des zitierten Bundesgerichtsentscheids auch auf den vorliegenden Fall voll zu: „... Bei nicht sorgeberechtigten ausländischen Elternteilen eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes, welche aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einem/-er schweizerischen Staatsangehörigen oder einer Person mit Niederlassungsbewilligung bereits eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz besaßen, ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung künftig bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird. ...“ Entscheidend für den vorliegenden Fall ist nun, dass nicht von einem „nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrecht“ gesprochen werden kann. Dem Beschwerdeführer wurde nämlich mit Entscheid des Bezirksgerichts O.1. _____ vom 12./18. Februar 2013 ein begleitetes Besuchsrecht für seinen Sohn an zwei Tagen pro Monat (DJSJG-act. I/76) zugestanden, wobei der Beschwerdeführer seinen Reisepass für die Dauer der Ausübung des Besuchsrechts abzugeben hat. Letzteres wegen glaubhaft geäusselter Drohungen, das Kind mit ins Ausland zu nehmen (Entführungsgefahr). Wenn man die Dauer des Besuchsrechts aufgrund des Alters des Kindes und dessen Gesundheitszustands vielleicht noch knapp als im üblichen Bereich ansehen kann, so sind aber sowohl das begleitete Besuchsrecht als auch die Abgabe des Reisepasses während der Ausü-

- 11 -
bung desselben definitiv nicht mehr im Bereich des Üblichen. Hinzu kommt, dass das Besuchsrecht weder kontinuierlich noch reibungslos ausgeübt worden ist, und zwar nicht erst seit der Verhaftung des Beschwerdeführers am 27. November 2012, sondern bereits zuvor, weshalb ja das Besuchsrecht für längere Zeit insgesamt sistiert und sogar ein Annäherungsverbot an Kind und Ehefrau ausgesprochen werden musste. Insgesamt kann bei dieser Sachlage somit nicht die Rede von einem üblichen Besuchsrecht sein, weshalb die Rechtslage auch mit dem Urteil des Bundesgerichts 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2013 unverändert blieb. 5. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das AMZ mangels veränderter Sach- bzw. Rechtslage zu Recht auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 17. Juli 2013 nicht eingetreten ist bzw. die Vorinstanz die dagegen erhobene Beschwerde zu Recht abgewiesen hat. 6. a) Der Beschwerdeführer beantragt die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege. Er befindet sich im Gefängnis und habe kein Einkommen und kein Vermögen. Zudem verstehe er weder die Sprache des Landes noch diejenige des Gesetzes. b) Die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung sind in der Regel erfüllt, wenn ein Prozess nicht aussichtslos erscheint, die Partei bedürftig und die Verbeiständung durch einen Anwalt oder eine Anwältin notwendig oder doch geboten ist (vgl. BGE 125 V 201 E. 4a mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall scheidet das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bereits an der Aussichtslosigkeit. So ist es offensichtlich, dass ein Erlass erst mit in Kraft treten rechtsgültig wird und nicht bereits eine Vorwirkung entfaltet; ebenfalls war deutlich erkennbar, dass der Entscheid des Bezirksgerichts O.1. _____ vom 12./18. Februar 2013 dem Beschwerdeführer ein identisches Be-

- 12 -
suchsrecht einräumte, welches bereits zum Zeitpunkt des Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers am 18. April 2011 herrschte. Dasselbe gilt bezüglich der Tatsache, dass der Beschwerdeführer bei einem begleitetem Besuchsrecht bei gleichzeitiger Abgabe des Reisepasses eben gerade nicht über ein übliches Besuchsrecht verfügt, weshalb die Rechtslage des Beschwerdeführers auch mit dem Urteil des Bundesgerichts 2C_1112/2012 vom 14. Juni 2013 keine Änderung erfahren hat. Aus diesen Gründen mussten die Prozesschancen auch ex ante als aussichtslos betrachtet werden, weshalb die unentgeltliche Prozessführung nicht zu gewähren ist. Gemäss der gesetzlichen Regelung sind die Gerichtskosten folglich dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 72 Abs. 1 und 73 Abs. 1 VRG). 7. Mit diesem Entscheid wird das Gesuch betreffend aufschiebende Wirkung obsolet. Demnach erkennt das Gericht:

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