

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2019/14 (02.04.19) vom 18. Oktober 2018

Sg Verwaltungsgericht, 2018-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2019_14 (02.04.19)

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2019/14 (02.04.19) du 18 octobre 2018

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2019/14 (02.04.19) del 18 ottobre 2018

Regeste

Ausländerrecht; Art. 17 AuG, Art. 6 Abs. 1 VZAE, Art. 8 EMRK. Die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Grossmutter sind intakt und werden auch tatsächlich gelebt. Weiter verfügt die Grossmutter über das Schweizer Bürgerrecht und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz. Damit ist der Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK tangiert. Die Chancen, dass vorliegend die Bewilligung für den Familiennachzug zu erteilen sein wird, sind bedeutend höher einzustufen als jene, dass sie zu verweigern sein wird. Damit sind die Zulassungsvoraussetzungen als offensichtlich erfüllt zu betrachten und dem Beschwerdeführer ist der prozedurale Aufenthalt vorsorglich zu gestatten. Weiter erwiese sich eine Wegweisung im heutigen Zeitpunkt trotz laufendem Verfahren unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles auch als nicht verhältnismässig. Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung des Beschwerdeführers während des Bewilligungsverfahrens sein privates Interesse überwiegen sollte, bis zum entsprechenden Sachentscheid bei seiner Grossmutter verbleiben zu können (Präsidialentscheid Verwaltungsgericht, B 2019/14). Entscheid vom 2. April 2019

Erwägungen

E. 1

Anfechtungsobjekt ist ein gestützt auf Art. 44 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) ergangener departementaler Rekursentscheid über den – von einem Amt verweigerten – Erlass einer vorsorglichen Massnahme (prozeduraler Aufenthalt gemäss Art. 17 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, AuG [seit 1. Januar 2019: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration, Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG, SR 142.20]; vgl. BGer 2C_852/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 2.2 mit Hinweis auf BGer 2C_1130/2013 vom 23. Januar 2015 E. 2.2 f.). Dieser kann mittels Beschwerde an ein hauptamtliches Mitglied des Verwaltungsgerichts angefochten werden (Art. 60 Abs. 1 Ingress und lit. a VRP). Der Abteilungspräsident ist somit zur Beurteilung zuständig (Art. 4 Abs. 3 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22). Die Beschwerdeeingabe vom 14. Januar 2019 erfolgte rechtzeitig und erfüllt formal und inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Der minderjährige Beschwerdeführer, der Adressat der angefochtenen Verfügung und dessen Anwesenheitsrecht in der Schweiz für die Dauer des Bewilligungsverfahrens umstritten ist, ist zur Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Im Übrigen kann im konkreten Fall unbestrittenermassen auch von der Zustimmung der Grossmutter

des Beschwerdeführers, welche die Eltern in der Ausübung der elterlichen Sorge während dessen Aufenthalts in der Schweiz vertritt (vgl. act. 2/2), ausgegangen werden. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 2

Mit der am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Revision des (vormaligen) Ausländergesetzes (AuG), welches neu Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) heisst, erfuhr das Gesetz einige – für die vorliegende Streitsache jedoch nicht massgebende – Anpassungen. Art. 126 Abs. 1 AIG bestimmt, dass auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten des AIG eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar bleibt. Das Verfahren richtet sich demgegenüber nach dem neuen Recht (Art. 126 Abs. 2 AIG). Da das Gesuch um Familiennachzug am 11. Oktober 2018 gestellt worden ist, ist die Angelegenheit nach bisherigem, bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Ausländergesetz (im Folgenden mit "AuG" bezeichnet) zu beurteilen.

E. 3.1

Gemäss Art. 17 Abs. 1 AuG haben Ausländerinnen und Ausländer, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den Entscheid im Ausland abzuwarten. Dies gilt auch für illegal Anwesende, die ihren Aufenthalt nachträglich durch ein entsprechendes Bewilligungsgesuch legalisieren wollen (BGE 139 I 37 E. 2.1; M. Spescha, Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 17 AuG N 1). Gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens (sog. prozeduraler Aufenthalt) aber gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden. Da die Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts unverhältnismässig wäre, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind, und das Ermessen verfassungskonform und damit auch verhältnismässig zu handhaben ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101, BV; Art. 96 AuG), muss der Aufenthalt in diesem Fall trotz der Kann-Formulierung des Gesetzes gestattet werden (vgl. BGE 139 I 37 E. 2.2; Spescha, a.a.O., Art. 17 AuG N 2). Folglich ist eine Wegweisung ausgeschlossen, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind.

E. 3.2.1

Die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 17 Abs. 2 AuG sind insbesondere dann offensichtlich erfüllt, wenn die eingereichten Unterlagen einen gesetzlichen oder völkerrechtlichen Anspruch auf die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen, keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen und die betroffene Person der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AuG nachkommt (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, SR 142.201, VZAE).

E. 3.2.2

Aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, EMRK) bzw. Art. 13 BV lässt sich zwar grundsätzlich kein Anspruch darauf ableiten, den Ausgang eines ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens entgegen der Grundsatzregelung in Art. 17 Abs. 1 AuG im Inland abwarten zu dürfen. Die Pflicht, nach Art. 17 Abs. 1 AuG den Bewilligungsentscheid im Ausland abwarten zu müssen, ist aber grundrechtskonform zu konkretisieren (BGE 139 I 37 E. 2.2 und E. 3.5.1; BGer 2D_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.2 f., 2C_532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2). Wenn zwischen einer

ausländischen Person und einem Familienangehörigen eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung besteht, der Familienangehörige in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht hat (Schweizer Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung, auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhende Aufenthaltsbewilligung) und es ihm nicht möglich und von vornherein ohne Weiteres zumutbar ist, das Familienleben mit der ausländischen Person im Ausland zu führen, stellt es einen Eingriff in das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens dar, wenn der ausländischen Person der Aufenthalt in der Schweiz untersagt wird (vgl. BGE 142 II 35 E. 6.1, 137 I 247 E. 4.1.2, 135 I 153 E. 2.1, 135 I 143 E. 1.3.1, 130 II 281 E. 3.1, 126 II 377 E. 2b.aa, 122 II 1 E. 1e). Diese Rechtsprechung wurde im Rahmen des Schutzes des Familienlebens einer Kernfamilie mit minderjährigen Kindern entwickelt.

E. 3.2.3

Nach der Rechtsprechung (vgl. BGE 139 I 37 E. 2.2; BGer 2D_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.2) sind im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV die Zulassungsvoraussetzungen bereits dann als offensichtlich erfüllt zu betrachten, und daher der betroffenen Person der prozedurale Aufenthalt in Anwendung von Art. 17 Abs. 2 aAuG zu gestatten, wenn die Chancen, dass die Bewilligung zu erteilen sein wird, bedeutend höher einzustufen sind als jene, dass sie zu verweigern sein wird (vgl. BGE 139 I 37 E. 4.1; BGer 2D_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.2, 2C_532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2, 2C_1001/2013 vom 4. Februar 2014 E. 2.2.3). Wenn die Chancen der Bewilligungserteilung hingegen nicht bedeutend höher sind als diejenigen der Bewilligungsverweigerung, überwiegt das öffentliche Interesse an der Einwanderungskontrolle grundsätzlich die privaten Interessen, die Beziehung bis zum Bewilligungsentscheid leben zu können (vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.1). In diesem Fall stellt die Pflicht, den Bewilligungsentscheid im Ausland abzuwarten, eine auf einer gesetzlichen Grundlage beruhende, im öffentlichen Interesse liegende sowie verhältnismässige und damit zulässige Einschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens dar.

E. 3.2.4

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 keine Ansprüche im Bewilligungsverfahren abgeleitet werden (Art. 6 Abs. 2 VZAE). Die Behörden müssen diese Aspekte bei der Prüfung des Anspruchs auf prozeduralen Aufenthalt allerdings in ihre summarische Würdigung mit einbeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn bereits ein schützenswertes Familienleben nach Art. 8 EMRK besteht, in das mit Art. 17 Abs. 1 AuG eingegriffen würde (BGE 139 I 37 E. 2.2).

E. 3.2.5

Ob die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt werden, ist in Fällen wie dem vorliegenden im Rahmen einer summarischen Würdigung der Erfolgsaussichten (sog. Hauptsachenprognose) zu entscheiden; wie dies bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen regelmässig der Fall ist (BGE 139 I 37 E. 2.2; BGer 2C_532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2).

E. 3.3.1

Der Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK erfasst abgesehen von der Kernfamilie, das heisst den Beziehungen zwischen Ehepartnern sowie zwischen Eltern und ihren

minderjährigen Kindern, auch solche zu anderen nahen Verwandten, soweit die entsprechenden Beziehungen intakt sind und tatsächlich gelebt werden. Doch muss in diesem Fall zwischen der über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Person und dem um die Bewilligung nachsuchen Ausländer ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehen (BGer 2C_1/2013 vom 16. Januar 2013 E. 3.2.1). Gemäss den vom Amt für Soziales getätigten Eignungsabklärungen im Rahmen der Aufnahme eines Pflegekindes aus dem Ausland in Familienpflege wurde der Beschwerdeführer während den ersten fünf Lebensjahren durch seine Eltern betreut, welche jedoch nicht in einem gemeinsamen Haushalt lebten. Ab dem 5. Lebensjahr lebte er hauptsächlich bei der Mutter und verbrachte einzelne Tage beim Vater. Bereits seit der Geburt übernahm die Grossmutter väterlicherseits jedoch regelmässig Betreuungsaufgaben, so insbesondere an Wochenenden und während der Ferien. Hinreichend erstellt ist, dass aufgrund dessen zwischen der Grossmutter und ihrem nunmehr bald 13-jährigen Enkel, wie auch zu dessen Onkel, verlässliche und tragfähige Beziehungen entstanden sind (vgl. act. 15). Fest steht, dass der Beschwerdeführer seit 2015 vollumfänglich von seiner Grossmutter betreut wird (act. 2/2, 16/5). Dies daher, weil die Eltern zum einen aus beruflichen, insbesondere aber aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr für ihren Sohn sorgen können (act. 8). Gegenüber der Fachmitarbeiterin des Amtes für Soziales gab der Beschwerdeführer überdies an, seine Grossmutter sei seine wichtigste Bezugs- und Vertrauensperson. Mit ihr könne er über alles reden, insbesondere auch über Sorgen und Ängste. Schliesslich bestätigte die Fachmitarbeiterin, dass zwischen dem Beschwerdeführer, der Grossmutter und dem Onkel vertraute Beziehungen bestehen würden (vgl. act. 15). Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Grossmutter, aber auch zum ebenfalls in der Schweiz wohnenden Onkel, intakt sind und auch tatsächlich gelebt werden. Weiter verfügt die Grossmutter über das Schweizer Bürgerrecht und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz. Damit ist der Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK tangiert.

E. 3.3.2

Im ausführlich begründeten Eignungsbericht vom 5. Februar 2019 beantragt die zuständige Fachmitarbeiterin des Amtes für Soziales, der Grossmutter die Eignung zur Aufnahme des Beschwerdeführers in langfristige Familienpflege zu bescheinigen und seine Aufnahme zu bewilligen (vgl. act. 15 in fine). Im Verfügungsentwurf zum rechtlichen Gehör hielt das Amt für Soziales ferner fest, dass die Grossmutter die Voraussetzungen für eine verlässliche und konsequente Begleitung des Beschwerdeführers bis ins junge Erwachsenenalter biete und sie als Erziehungsperson geeignet sei. Das Pflegeverhältnis entspreche dem Wohl des Kindes. In der gegenwärtigen Situation bestehe keine Indikation, das Kind aus seiner heutigen Familiensituation herauszulösen. Eine solche Massnahme wäre für das Kind nicht nachvollziehbar und würde es aus entwicklungspsychologischer Sicht mit grosser Wahrscheinlichkeit nachhaltig negativ beeinflussen. Die Verfügung könne jedoch erst Wirkung entfalten, wenn das Migrationsamt den Aufenthalt bewillige und die definitive Bestätigung der zuständigen ausländischen Behörde zur Übertragung des Sorgerechts vorliege (vgl. act. 14 E. 1c S. 4, E. 2). Das Migrationsamt benötigt gemäss eigenen Angaben dagegen die Bestätigung, dass die elterliche Sorge nunmehr definitiv auf die Grossmutter übertragen worden sei. Hierfür verlangen die Behörden in A. __ wiederum, dass die Bewilligung zur Aufnahme eines Pflegekindes vorliege. Damit schieben sich die

involvierten in- und ausländischen Behörden jeweils gegenseitig den "Ball" zu, was jedoch dem Beschwerdeführer mit Blick auf den angestrebten prozeduralen Aufenthalt nicht zum Nachteil gereichen darf. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die zuständige Behörde in A. angesichts der offenkundig bestehenden Notlage, aber auch um die faktisch und tatsächlich ausgeübte elterliche Sorge der Grossmutter formell-rechtlich zu regeln, Letzterer – wenn wiederum auch nur provisorisch – die elterliche Sorge über ihren Enkel und nunmehrigen Beschwerdeführer übertrug. Aus dem ausländischen Beschluss geht ferner hervor, dass die Eltern des Beschwerdeführers mit der Übertragung der elterlichen Sorge auf die Grossmutter, solange sie in der Schweiz wohnt, einverstanden sind (vgl. act. 2/2). Schliesslich erklärte die Kindsmutter, ihr Sohn wohne seit 2016 [recte: 2015] bei der Grossmutter und unterstehe deren Aufsicht, die in der Schweiz wohne und das Sorgerecht für ihn mit ihrer vollen Zustimmung übernommen habe. Sie sei der Überzeugung, dass das Kind eine geregelte Routine und einen Verantwortlichen brauche, der ihm die notwendige Aufmerksamkeit geben könne. Sie bestätige deshalb nochmals ihre bereits abgegebene Zustimmung, dass ihr Sohn bei seiner Grossmutter wohnen dürfe, auch im Ausland, solange ihre Arbeit es ihr nicht erlaube, ihm die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken (vgl. act. 16/5). Unter Berücksichtigung, dass die Kindsmutter ausserdem bzw. insbesondere auch aus gesundheitlichen Gründen gar nicht in der Lage ist, sich um ihren Sohn zu kümmern (vgl. act. 8), erscheint wahrscheinlich, dass der Grossmutter die elterliche Sorge definitiv übertragen werden wird. Die Chancen, dass bei dieser Sachlage die Bewilligung für den Familiennachzug zu erteilen sein wird, sind damit bedeutend höher einzustufen als jene, dass sie zu verweigern sein wird, weshalb die Zulassungsvoraussetzungen als offensichtlich erfüllt zu betrachten und dem Beschwerdeführer der prozedurale Aufenthalt in Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG vorsorglich zu gestatten ist.

E. 3.3.3

Gegen eine sofortige Wegweisung bzw. das Abwarten des definitiven Entscheides im Ausland spricht im konkreten Fall insbesondere auch die seit Jahren tatsächlich gelebte Familienbeziehung zur Grossmutter als enge Bezugsperson einerseits, sowie zum Onkel und dessen Familie andererseits. Ob die leiblichen Eltern für den finanziellen Unterhalt des Beschwerdeführers aufkommen können – was angesichts der aktenkundigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu bezweifeln ist –, ist vorliegend nicht von Belang. Vielmehr ist in Übereinstimmung mit dem vom fachkundigen Amt für Soziales gezogenen Schluss davon auszugehen, dass in der gegenwärtigen Situation keine Indikation besteht, den Beschwerdeführer aus seiner heutigen Familiensituation herauszulösen. Eine solch einschneidende Massnahme wäre für den Jugendlichen nicht nachvollziehbar und würde ihn aus entwicklungspsychologischer Sicht mit grosser Wahrscheinlichkeit nachhaltig negativ beeinflussen (vgl. act. 14 E. 1c S. 4). Damit erwiese sich eine Wegweisung im heutigen Zeitpunkt trotz laufendem Verfahren unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles auch als nicht verhältnismässig (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 96 AuG).

E. 3.3.4

Es ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich, inwiefern das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung des Beschwerdeführers während des Bewilligungsverfahrens sein privates Interesse überwiegen sollte, bis zum entsprechenden Sachentscheid bei seiner Grossmutter, welche ihn seit 2015 betreut und seit Geburt eine wichtige Bezugsperson ist, verbleiben zu können. Im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist wertend auch den Leitgedanken der UNO-Kinderrechtskonvention (SR 0.107, KRK) Rechnung zu tragen. Entsprechend Art. 3

Abs. 1 KRK muss bei allen Massnahmen, welche Kinder betreffen, deren Wohl vorrangig berücksichtigt werden, unabhängig davon, ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen ausgehen. Zudem sind zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat "wohlwollend, human und beschleunigt" zu behandeln (Art. 10 Abs. 1 KRK; BGer 2C_76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.3.5).

E. 3.4

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde dementsprechend als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 28. Dezember 2018 aufzuheben. Der Beschwerdeführer ist – eine Änderung des rechtlich relevanten Sachverhalts vorbehalten – berechtigt, sich für die Dauer des Gesuchsverfahrens ZEMIS-Nr. 0000 in der Schweiz aufzuhalten.

E. 4

Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt. Der Abteilungspräsident Zürn

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