

SO_GERICHTE VWBES.2021.387 vom 12. Oktober 2022

SO Obergericht, 2022-10-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2021.387

FR: SO_GERICHTE VWBES.2021.387 du 12 octobre 2022

IT: SO_GERICHTE VWBES.2021.387 del 12 ottobre 2022

Erwägungen

E. 1

A.____ (geb. 1988 in Eritrea, nachfolgend Beschwerdeführer genannt) reiste am 5. Mai 2014 in die Schweiz ein und ersuchte um Asyl. Dem Beschwerdeführer wurde die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt, sein Asylgesuch jedoch abgewiesen. Da der Vollzug der Wegweisung unzulässig war, wurde er in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Er gab an, religiös mit B.____ verheiratet zu sein. Diese lebe weiterhin in Eritrea. Ein Eheschein sei vorhanden.

E. 2

Am 14. März 2019 ersuchte der Beschwerdeführer beim Migrationsamt um Familiennachzug zugunsten seiner Ehefrau C.____. Von seiner vorherigen Ehefrau habe er sich im Jahr 2015 getrennt. Er reichte eine Scheidungsmitteilung ein, wonach die Ex-Ehefrau am 29. März 2016 gegenüber dem Aussenministerium schriftlich bestätigt habe, sich telefonisch vom Beschwerdeführer scheiden zu lassen.

E. 2.1

Der durch Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) wie durch Art. 18 Abs. 2 der Kantonsverfassung (KV, BGS 111.1) gewährleistetete Grundsatz des rechtlichen Gehörs garantiert den betroffenen Personen ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren. Sie sollen sich vor Erlass des Entscheids zur Sache äussern, erhebliche Beweise beibringen, an der Erhebung von Beweisen mitwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern können. Die Behörde muss die Vorbringen der Parteien tatsächlich hören, prüfen und in der Entscheidungsfindung berücksichtigen. Die Begründung muss deshalb zumindest kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht oder die Behörde hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. (vgl. z.B. BGE 136 I 229 E. 5.2 f. S. 236 f. mit Hinweisen).

Der Einsicht in Verfahrensakten können - nebst privaten - auch öffentliche, insbesondere polizeiliche, Interessen entgegenstehen. Wieweit den Verfahrensbeteiligten Einsicht zu gewähren ist, hängt von der Interessenlage im Einzelfall ab. Allenfalls ist die Einsichtnahme nur beschränkt bzw. in geeigneter Weise zu ermöglichen. In diesem Sinne ist es etwa gängige Praxis, die anderen Verfahrensbeteiligten, namentlich durch Erstellung entsprechender Zusammenfassungen, über den wesentlichen Inhalt von Geheimakten zu informieren. Demgegenüber müssen die entscheidenden Rechtsmittelbehörden, namentlich die der Unabhängigkeit im Verfahren verpflichteten und mit unbeschränkter Kognition versehenen Gerichtsinstanzen nach Art. 29a BV, jedenfalls in dem Umfang Einblick in diejenigen Unterlagen nehmen können, auf die sich ein zu überprüfender Entscheid stützt bzw. die als Beweismittel beigezogen werden und dienen (vgl. Urteil des Bundesgerichts

1C_441/2012 vom 4. März 2013 E. 5.7).

Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus ■ im Sinne einer Heilung des Mangels ■ selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. zum Ganzen BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f.; 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.).

E. 2.2

Die Vorinstanz beruft sich auf einen Bericht zur Echtheitsprüfung vom 16. September 2020, auf einen Bericht eines Vertrauensanwalts vom 9. November 2020, welcher die im Sudan geschlossene Ehe gestützt auf das Ergebnis der Echtheitsprüfung als nicht gültig bezeichnet habe, sowie ein Schreiben vom 23. November 2020, mit welchem dieses Ergebnis dem Staatssekretariat für Migration übermittelt worden sei. Diese Berichte bilden die massgeblichen Beweismittel, auf welche sich der Entscheid der Vorinstanz stützt. Davon befindet sich jedoch keines in den Akten. Weder dem Beschwerdeführer, noch seinem Vertreter wurde in irgendeiner Weise Einsicht in diese Beweismittel gewährt. Es wurde lediglich erwähnt, dass vier Stempel auf der Urkunde nicht mit dem Vergleichsmaterial übereinstimmen würden. Dies reicht jedoch nicht aus, damit sich der Beschwerdeführer zum Beweisergebnis hätte äussern und Gegenargumente hätte vorbringen können. Es ist nicht verständlich, weshalb nicht zumindest dem Vertreter Einsicht gewährt wurde oder Passagen, welche zu einem Lerneffekt hätten führen können (insbesondere allfällige Abbildungen des Vergleichsmaterials), geschwärzt wurden.

Da nicht einmal dem Verwaltungsgericht Einsicht in die fraglichen Dokumente gewährt wird, ist es diesem auch nicht möglich, das Ergebnis des vorinstanzlichen Entscheids zu überprüfen. Dies stellt eine massive Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, welche im vorliegenden Verfahren nicht geheilt werden kann.

3. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet, sie ist gutzuheissen: Die Verfügung des Departements des Innern vom 14. September 2021 ist aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Diese wird bei der erneuten Prüfung, ob die Zusicherung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an C.____ zu widerrufen sei, auch die sich inzwischen veränderte Familiensituation des Beschwerdeführers zu berücksichtigen und in ihren neuen Entscheid miteinzubeziehen haben. Ob der Familiennachzug allenfalls gestützt auf ein gefestigtes Konkubinat zu bewilligen ist, kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht überprüft werden, da auch diesbezüglich die erforderlichen Beweismittel fehlen.

Bei diesem Ausgang hat der Kanton Solothurn die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'500.00 zu bezahlen und dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten. Diese ist entsprechend der eingereichten Kostennote auf CHF 4'133.64 (inkl. Auslagen und MwSt.) festzusetzen.

Demnach widerkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen: Die Verfügung des Departements des Innern vom 14. September 2021 wird aufgehoben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

2. Der Kanton Solothurn hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'500.00 zu bezahlen.

3. Der Kanton Solothurn hat A.____ eine Parteientschädigung von CHF 4'133.64 (inkl. Auslagen und MwSt.) auszurichten.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Blut-Kaufmann

E. 3

Am 26. November 2020 wurde dem Beschwerdeführer im Rahmen einer Härtefallregelung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt. Dadurch ging die Zuständigkeit zur Prüfung des Nachzugsgesuchs vom Staatssekretariat für Migration (SEM) auf das kantonale Migrationsamt über. Dieses hiess das Familiennachzugsgesuch am 1. Februar 2021 gut.

E. 4

Die Schweizer Vertretung in Khartoum teilte dem Migrationsamt am 18. Februar 2021 mit, dass die Eheschliessung im Sudan rechtswidrig und ungültig sei, da die Scheidungsurkunde gefälscht und Bigamie nach den Bestimmungen des sudanesischen Ehegesetzes für Nicht-Muslime nicht zulässig sei. Dies sei dem SEM bereits am 23. November 2020 mitgeteilt worden.

E. 5

Das Migrationsamt nahm in der Folge das Verfahren wieder auf, erteilte dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör und gab ihm Gelegenheit, das Scheidungsurteil berichtigen zu lassen.

E. 6

Am 19. März 2021 ersuchte die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers um Akteneinsicht und führte aus, dem Migrationsamt hätte bei der Bewilligungserteilung der Bericht vom 23. November 2020 bekannt sein müssen.

E. 7

Das Migrationsamt stellte der Rechtsvertreterin in der Folge Dokumente zu, die zeigten, dass es vorgängig nicht im Besitz des Berichtes vom 23. November 2020 gewesen sei und verwies sie betreffend Akteneinsicht an das SEM.

E. 8

Am 16. April 2021 nahm die Rechtsvertreterin erneut Stellung und gab an, es widerspreche Treu und Glauben, wenn eine Bewilligung erteilt und diese knapp einen Monat später wieder entzogen werde. Der Beschwerdeführer habe nicht gewusst, dass es sich bei seiner Scheidungsurkunde um eine Fälschung handle. Er habe sich damals nicht mehr in Eritrea aufgehalten. Er habe keine Kenntnis über den aktuellen Aufenthaltsort seiner Ex-Ehefrau, weshalb ihm eine erneute Scheidung bzw. Berichtigung des Scheidungsurteils nicht möglich sei. Die Dokumenteneinsicht sei zu Unrecht nicht gewährt worden. Eventualiter wurde beantragt, die Aufenthaltsbewilligung gestützt auf eine gefestigte Beziehung bzw. ein eheähnliches Konkubinat zu erteilen.

E. 9

Am 7. Mai 2021 ersuchte die Rechtsvertreterin um Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Am 28. Mai 2021 teilte sie zudem mit, dass der Beschwerdeführer seine Ehefrau vom 30. April 2021 bis 27. Mai 2021 im Sudan besucht habe. Am 9. Juni 2021 teilte sie mit, eine in der Schweiz als Flüchtling anerkannte Person könne eine einseitige Scheidung nicht ohne Kontaktaufnahme mit Vertretern der eritreischen Behörden in der Schweiz durchführen. Als anerkannter Flüchtling sei somit eine erneute Scheidung in Eritrea nicht möglich.

E. 10

Das Migrationsamt ersuchte in der Folge das Amt für Gemeinden, Abteilung und Bürgerrecht um Stellungnahme, welches in der Folge eine fachliche Einschätzung vornahm.

E. 11

Mit Verfügung vom 14. September 2021 widerrief das Migrationsamt, im Namen des Departements des Innern die Zusicherung vom 1. Februar 2021 zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an C.____ und trat auf das Familiennachzugsgesuch zu deren Gunsten nicht ein. Das Aufenthaltsgesuch gestützt auf die Härtefallregelung wurde abgewiesen.

E. 12

Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Walker, am 27. September 2021 Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben und folgende Rechtsbegehren stellen:

Im Wesentlichen wurde vorgebracht, das SEM gehe von der Ungültigkeit der Scheidungsurkunde aus, gewähre jedoch keine Einsicht in diesen Bericht aufgrund des Risikos eines Lerneffekts. Solange keine Einsicht gewährt werde, werde die Ungültigkeit der Scheidungsurkunde bestritten. Weiter sei unklar, ob die jetzige Ehe des Beschwerdeführers als gültig oder ungültig angesehen werde. Sei die Ehe im Sudan nicht als ungültig erklärt worden, müsse sie durch die Schweiz gestützt auf Art. 45 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) anerkannt werden. Der Beschwerdeführer versuche zurzeit Kontakt mit seiner Familie in Eritrea aufzunehmen und herauszufinden was mit seiner ersten Ehefrau geschehen sei. Es müsse der Frage nachgegangen werden, ob Eritrea die Ehe zwischen dem Beschwerdeführer und seiner ersten Ehefrau als geschieden ansehe. Allenfalls dürfte es auch möglich sein, die erste Ehe des Beschwerdeführers in der Schweiz zu scheiden. Das Migrationsamt habe bemängelt, dass kein gefestigtes Konkubinat vorliege. Er werde versuchen, weitere Beweise aufzutreiben, die seinen Aufenthalt bei der Ehefrau im Sudan belegten.

E. 13

Am 19. Oktober 2021 liess der Beschwerdeführer mitteilen, seine Ehefrau sei schwanger. Zudem liess er folgende Anträge stellen:

E. 14

Mit Verfügung vom 20. Oktober 2021 wurden diese Verfahrensanträge bewilligt.

E. 15

Nach ratenweiser Bezahlung des Kostenvorschusses und mehrmaligen Fristerstreckungen wurde die ergänzende Beschwerdebeurteilung am 20. Juni 2022 eingereicht und ausgeführt, am 29. Januar 2022 sei die Tochter D.____ des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau geboren worden. Es sei vorgesehen, ein Familiennachzugsgesuch zu stellen und es müsse nun von einem gefestigten Konkubinat ausgegangen werden. Der Nachzug sei gestützt auf das gefestigte Konkubinat und das Recht auf Schutz der Familie nach Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) zu bewilligen. Ein Zusammenleben im Sudan sei nicht zumutbar, da der Beschwerdeführer dort als Flüchtling keinen Schutz genieße.

Der Beschwerdeführer habe damals für die Schliessung der zweiten Ehe die Scheidungsurkunde auch einreichen müssen und diese sei anerkannt worden. Dies stelle ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass er von seiner ersten Ehefrau rechtsgültig geschieden sei.

Gemäss Art. 109 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) gelte eine Ehe solange als gültig, bis ein Gericht deren Ungültigkeit festgestellt habe. Im Sudan werde die zweite Ehe des Beschwerdeführers nach wie vor als gültig anerkannt.

Der Beschwerdeführer habe vergeblich versucht, Kontakt mit seiner Familie in Eritrea aufzunehmen, um herauszufinden, was mit seiner ersten Ehefrau passiert sei. Sollte diese offiziell als geschieden geführt werden oder sei sie wieder verheiratet, müsste davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer rechtsgültig geschieden sei.

Würde der Beschwerdeführer zu den eritreischen Behörden Kontakt aufnehmen, riskiere er, die Flüchtlingseigenschaft zu verlieren. Er könne deshalb nicht darum ersuchen, die Echtheit der Scheidungsurkunde festzustellen. Er wolle aber weiterhin versuchen, irgendwelche Beweismittel in Eritrea zu beschaffen. Er sei davon überzeugt, dass seine erste Ehe geschieden worden sei. Es sei möglich, dass die Familienangehörigen, welche die Scheidungsurkunde für ihn besorgt hätten, diese bei der falschen Stelle beantragt hätten.

Da dem Beschwerdeführer im Verlauf des Verfahrens nie Gelegenheit gegeben worden sei, zur Dokumentenanalyse Stellung zu nehmen, sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Solange er nicht wisse, worin genau der Vorwurf liege, könne er weder dazu Stellung nehmen, noch Gegenbeweismittel nennen. Es sei die Rede von vier Stempeln, die nicht dem Vergleichsmaterial entsprechen würden. In der Schweiz gebe es jedoch auch unterschiedliche Notaren-Stempel, um Urkunden zu beglaubigen, je nach Kanton und nach neuem und altem Design.

Zwar dürfte es möglich sein, die Ehe in der Schweiz scheiden zu lassen, doch würde dies bedeuten, dass die zweite Ehe des Beschwerdeführers ungültig gewesen wäre und er seine zweite Ehefrau noch einmal heiraten müsste. Es sei wichtig, dass die junge Familie möglichst bald zusammengeführt werden könne.

E. 16

Mit Vernehmlassung vom 6. Juli 2022 beantragte das Migrationsamt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Bezüglich Scheidungsurteil werde vollumfänglich auf die Einschätzungen des SEM verwiesen. Die Geburt der Tochter führe nicht automatisch zu einer Einreisebewilligung, sondern es seien auch hier die Voraussetzungen eines Familiennachzugs zu prüfen. Diese würden geprüft, wenn das Kindsverhältnis mittels DNA-Test nachgewiesen sei. Bei einem positiven DNA-Testergebnis stehe es dem Beschwerdeführer frei, ein neues Familiennachzugsgesuch im Rahmen eines Konkubinats mit Kind einzureichen. Das vorliegende Verfahren, welches nicht in einem derart engen Konnex dazu stehe, sei nicht zu sistieren. Es sei die Sachlage im Zeitpunkt des Entscheids massgebend.

E. 17

Mit Stellungnahme vom 12. Juli 2022 teilte der Beschwerdeführer mit, er habe das Migrationsamt um Anordnung einer DNA-Probe ersucht. Damit ein DNA-Abgleich verbindlich sei, müsse die DNA-Probe der Tochter mit Hilfe der Schweizer Vertretung abgenommen werden.

E. 18

Das Migrationsamt teilte am 15. Juli 2022 mit, es sei nicht seine Aufgabe, ein Verfahren betreffend DNA-Test einzuleiten. Die Beschwerdeführer könnten sich bei einem entsprechenden Institut selbst melden und direkt ein entsprechendes Verfahren einleiten.

E. 19

Der Beschwerdeführer liess am 22. Juli 2022 ausführen, das Verfahren müsse bis zum Vorliegen des Ergebnisses des DNA-Tests sistiert werden. Das Familiennachzugsgesuch dürfe nicht einfach mit der Begründung abgewiesen werden, das Konkubinat sei nicht nachgewiesen, da kein DNA-Test zum Kind vorliege. Nach dem Bundesgericht sei im Übrigen nicht die Sachlage im Zeitpunkt des Entscheids des Migrationsamts, sondern im Zeitpunkt des Entscheids der richterlichen Vorinstanz massgebend. Das Verwaltungsgericht müsse somit auf die Sachlage abstellen, wie sie sich im Urteilszeitpunkt darstelle.

Der Rechtsvertreter führte weiter aus, er habe schon mehrere solche ausländerrechtlichen Verfahren geführt und in anderen Kantonen sei es bisher immer das Migrationsamt gewesen, welches das mit der Auswertung der DNA-Probe beauftragte Institut ausgewählt und ein DNA-Entnahme-Set an die Schweizer Vertretung im Ausland geschickt habe. Auch wenn das Migrationsamt offenbar eine rein privat organisierte DNA-Probe akzeptieren würde, würde dies das SEM, welches dem Familiennachzug zustimmen müsste, nie tun. Das erforderliche Vorgehen werde in einer Begleitnotiz zur Weisung des SEM vom 25. Juni 2012 genau beschrieben. Die Geburtsurkunde der Tochter sei vom sudanesischen Aussenministerium bereits oberbeglaubigt worden. Die Sistierung des Verfahrens erscheine immer noch als einfachste Lösung. Dazu müsste das Verwaltungsgericht das Migrationsamt anweisen, die DNA-Analyse in die Wege zu leiten. Der Beschwerdeführer sei bereit, für die entsprechenden Kosten aufzukommen.

E. 20

Am 17. August 2022 verzichtete das Migrationsamt auf das Vorbringen weiterer Bemerkungen.

E. 21

Mit Eingabe vom 19. August 2022 liess der Beschwerdeführer ausführen, durch Internet-Recherchen habe er zwei Labors gefunden, welche solche DNA-Analysen durchführten. Beide hielten jedoch fest, dass die Entnahme der DNA-Probe durch eine Schweizer Vertretung erfolgen müsse. Weiter werde ausgeführt, dass keine privaten Aufträge akzeptiert würden. Die Beschwerde sei gutzuheissen und die Akten seien mit der verbindlichen Weisung an das Migrationsamt zurückzugeben, einen DNA-Abgleich zur Feststellung des Vater-Kind-Verhältnisses zu organisieren.

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). A.____ ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer macht als erstes eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend, indem er keine Einsicht in die Dokumente erhalten habe, nach welchen seine Scheidungsurkunde gefälscht sein solle. Es sei ihm deshalb auch nicht möglich, entsprechende Gegenargumente zu liefern.

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