

SO_GERICHTE VWBES.2024.51 vom 17. Juli 2024

SO Obergericht, 2024-07-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2024.51

FR: SO_GERICHTE VWBES.2024.51 du 17 juillet 2024

IT: SO_GERICHTE VWBES.2024.51 del 17 luglio 2024

Erwägungen

E. 1

Am 6. Juli 2020 reichte A.____, iranischer Staatsangehöriger, aus Griechenland herkommend ein Asylgesuch ein. Sein Asylgesuch wurde am 29. September 2020 abgelehnt und er wurde aus der Schweiz weggewiesen. Daraufhin reichte er beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Das Beschwerdeverfahren ist noch immer hängig.

E. 2

Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. April 2023 wurde A.____ aufgefordert, bis am 20. April 2023 beim Migrationsamt Solothurn (nachfolgend: MISA) ein Gesuch um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einzureichen. Eine vorfrageweise Prüfung habe ergeben, dass aufgrund der Beziehung des Beschwerdeführers zu seinem Sohn, der Schutzbereich des Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) tangiert erscheine, wobei die konkrete Beurteilung des Anspruchs nicht mehr Sache der Asylbehörde, sondern des zuständigen Migrationsamtes sei.

E. 2.1

Da die Zuständigkeit des fremdenpolizeilichen Bewilligungsverfahrens (Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung) den kantonalen Ausländerbehörden zukommt, das Asylverfahren hingegen von den Bundesbehörden durchgeführt wird, besteht ein komplexes Zuständigkeitsgeflecht (Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E3: Die Wegweisung, der Vollzug der Wegweisung und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme, EJPD, SEM, Direktionsbereich Asyl, Abteilung Asylverfahren und Praxis, S. 7, abrufbar unter: <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>, letztmals besucht am 17. Juni 2024). Art. 14 Abs. 1 AsylG regelt das Verhältnis des Asylverfahrens zum ausländerrechtlichen Verfahren und besagt, dass eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten kann, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung (Grundsatz der Ausschliesslichkeit bzw. Vorrang des Asylverfahrens, vgl. BGE 137 I 351 E. 1.1, publ. in: Pra 101/2012 Nr. 61 S. 416). Der verfolgte Zweck besteht darin, die beiden Verfahren im Hinblick auf eine Beschleunigung der Behandlung der Asylgesuche deutlich zu trennen (BGE 128 II 200 E. 2.1, publ. in: Praxis 92/2003 Nr. 25). Es sollen nicht parallel zwei Verfahren durchgeführt werden, und die Regelung soll verhindern, dass Asylsuchende das Asylverfahren verschleppen oder eine drohende Wegweisung hinauszögern, indem sie nach dem negativen Asylentscheid

zusätzlich um eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung nachsuchen (Urteil des Bundesgerichts 2A.8/2005 vom 30.6.2005 E. 3.1).

E. 2.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens in Fällen, in welchen sich ein Gesuch nicht auf einen gesetzlichen Bewilligungsanspruch, sondern ausschliesslich auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK stützt, dann angezeigt, wenn der Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung offensichtlich besteht (Urteil des Bundesgerichts 2C_947/2016 vom 17.3.2017 E.

E. 2.3

Ein gefestigtes Anwesenheitsrecht liegt vor, wenn die betreffende Person das Schweizer Bürgerrecht besitzt, ihr die Niederlassungsbewilligung gewährt wurde oder sie über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (BGE 144 I 266 E. E.3.3. S. 273; BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f.; BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.). Unter besonderen Umständen kann auch eine Aufenthaltsbewilligung für sich genommen ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verschaffen, sofern auf Anhieb klar erscheint, dass die Bewilligung langfristig zu erneuern sein wird, beispielsweise aus humanitären Gründen (Urteil des Bundesgerichts 2C_251/2017 vom 6.6.2018 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 137 I 351 E. 3.1 S. 354). «Es ist bei einer Anwesenheitsberechtigung, die über viele Jahre hinweg verlängert wurde und zu einem Dauerstatus geführt hat, nicht ausgeschlossen, dass dem Betroffenen ein ■faktisches■ Anwesenheitsrecht zukommen könnte, das einen Familiennachzug zu rechtfertigen bzw. die Schweiz im Sinne eines Rechtsanspruchs zu verpflichten vermöchte, dem Betroffenen ein Anwesenheitsrecht einzuräumen, welches ihm erlaubt, die für den Nachzug erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen» (Urteil des Bundesgerichts 2C_251/2017 vom 6.6.2018 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 130 II 281 E. 3.2.2 S. 287 f.; Urteil 2C_360/2016 vom 31. Januar 2017 E. 5.1). Das Bundesgericht hielt in BGE 138 I 246 E. 3.3.1 mit Bezug auf das Urteil des EGMR Agraw gegen die Schweiz vom 29. Juli 2010 (Nr. 3295/06) fest, dass sich auf den Schutz des Privat- und Familienlebens in Ausnahmesituationen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch Personen berufen könnten, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt sei bzw. die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügten, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen werde bzw. aus objektiven Gründen hingenommen werden müsse. Vorliegend verfügt der Beschwerdeführer 2 aufgrund seiner Flüchtlingseigenschaft über ein faktisches Aufenthaltsrecht im Sinne der zitierten Rechtsprechung, wie dies bereits das SEM festgestellt hatte (Akten MISA S. 213) und wovon auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Zwischenverfügung vom 5. April 2023 auszugehen schien (Akten MISA S. 96; vgl. auch Ziffer I./2. vorstehend). Somit ist beim Beschwerdeführer 2 von einem gefestigten Anwesenheitsrecht auszugehen.

E. 2.4

Das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernung- und Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten

mit ihren minderjährigen Kindern (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2C_513/2022 vom 12. Mai 2023, E. 5.1, mit weiteren Hinweisen).

E. 3

Mit Schreiben vom 15. Mai 2023 ersuchte die von A.____ mandatierte Rechtsvertreterin um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 8 EMRK (umgekehrter Familiennachzug) zugunsten von A.____ zu seinen Kindern B.____ (geb. 2001) und C.____ (geb. 2009). A.____ ist von der Kindsmutter geschieden. Seine Ex-Ehefrau und seine beiden Kinder sind in der Schweiz als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen. A.____ und seine Ex-Ehefrau teilen sich das Sorgerecht des minderjährigen Sohnes. Seine Ex-Ehefrau verfügt über das Obhutsrecht, die Kinder leben bei der Mutter.

E. 3.1

Die Beschwerdeführer führen im Wesentlichen aus, dass die Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens vorliegend nicht zur Anwendung gelange, da der Beschwerdeführer 1 gestützt auf Art. 8 EMRK einen offensichtlichen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung habe. Er habe ein enges Verhältnis zu beiden Kindern und sei für sie ■ nach der Weiterreise der Ehefrau in die Schweiz ■ für eine gewisse Zeit gar Hauptbezugsperson gewesen. Er sei für die Kinder weiterhin eine wichtige Bezugsperson, auch wenn die beiden Wohnorte derzeit weit auseinanderliegen würden und die Tochter bereits volljährig sei. Die Beziehung zwischen dem Kind und dem Elternteil habe für den umgekehrten Familiennachzug besonders hervorragend und eng zu sein, was bei der Beziehung unter den Beschwerdeführern der Fall sei. Der Kontakt zwischen den Beschwerdeführern beschränke sich nicht nur auf die gegenseitigen Besuche an den Wochenenden oder in den Ferien. Sie würden sich täglich schreiben oder miteinander telefonieren. Gerade der Sohn C.____ verbringe seine Freizeit so oft es gehe mit dem Vater. So sei zwischen den Kindern und ihrem Vater von einer gelebten Beziehung auszugehen und gemessen an den tatsächlichen Möglichkeiten und in Würdigung der Gesamtumstände eine besonders qualifizierte Beziehung im Sinne der Rechtsprechung zu bejahen. Weiter wird ausgeführt, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Fehlen einer engen wirtschaftlichen Beziehung der Gewährung eines Aufenthaltsrechts für den Elternteil nicht entgegenstehe, wenn dieser aufgrund des niedrigen Einkommensniveaus kaum zum Unterhalt des Kindes beitragen könne und deshalb zivilrechtlich zu keinen Unterhaltsleistungen verpflichtet worden sei. Der Beschwerdeführer 1 beziehe zwar Sozialhilfe, bemühe sich aber darum, seinen Kindern möglichst alle Wünsche zu erfüllen (Shopping, Fitness-Abo, Fahrrad zusammenbauen, Kochen usw.). Weiter bemühe er sich darum, auf dem Arbeitsmarkt Fuss zu fassen, um seine Kinder wirtschaftlich vollumfänglich zu unterstützen. Bei einer Regularisierung seines Aufenthalts stiegen seine Chancen auf eine Arbeitsstelle. So wären alsdann keine staatlichen Unterstützungsleistungen mehr nötig und er könne die geschuldeten Unterhaltsbeiträge selbst leisten, was im öffentlichen Interesse der Schweiz liegen würde. Zudem habe er sich stets tadellos verhalten. Damit sei das Bestehen einer besonders qualifizierten Beziehung im Sinne von Art. 8 EMRK zu bejahen. Das private Interesse der Beschwerdeführer überwiege das öffentliche Interesse der Begrenzung der Einwanderung. Schliesslich lassen die Beschwerdeführer ausführen, dass die Vorinstanz es gänzlich unterlassen habe, den Umständen des Einzelfalls entsprechend Rechnung zu tragen, da sie keinerlei Bezug auf die individuellen Umstände genommen habe. So sei die Begründungs- und Untersuchungspflicht verletzt, weshalb die Sache eventualiter zur Neu beurteilung und gehörigen Begründung der Eintretensvoraussetzungen an die Vorinstanz zurückzuweisen

sei.

E. 3.2

Die Vorinstanz bringt dagegen im Wesentlichen vor, dass eine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens in Fällen, in denen sich ein Gesuch nicht auf einen gesetzlichen Bewilligungsanspruch, sondern ausschliesslich auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK stütze, nur gerechtfertigt sei, wenn der Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung offensichtlich bestehe. Für einen umgekehrten Familiennachzug nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK habe die Beziehung zwischen dem Kind und dem nicht aufenthaltsberechtigten Elternteil besonders hervorragend und eng zu sein. Für die Erteilung der Bewilligung gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) sei in diesem Fall erforderlich, dass eine intensive Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht zwischen dem hier anwesenden besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind bestehe und sich der Elternteil, welcher um die Bewilligung ersuche, seinerseits «tadellos» verhalten habe. Die Kinder des Beschwerdeführers 1 seien als Flüchtlinge anerkannt, weshalb sie über ein faktisches, gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen würden und sich deshalb auf Art. 8 EMRK berufen könnten. Die Vorinstanz erkennt zwischen dem Beschwerdeführer 1 und seiner Tochter B.____ aufgrund ihres Alters (im Verfügungszeitpunkt 22-jährig) und ihrer beruflichen Situation kein Abhängigkeitsverhältnis. So bestätige auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Zwischenverfügung, dass lediglich die Beziehung des Beschwerdeführers 1 zu seinem minderjährigen Sohn einen Anspruch nach Art. 8 EMRK begründen könne (Akten MISA S. 98 ff.). Obwohl der Sohn C.____ die obligatorische Schule besuche und sich bereits mit der Berufsfindung befasse, treffe er seinen Vater meist im Urlaub oder an Wochenenden. Der zwar sorge- nicht aber obhutsberechtigte Vater lebe weder mit seinem Sohn zusammen noch sei ein deutlich über dem üblichen Besuchsrecht liegender Kontakt zum Kind festzustellen. Somit bestehe keine enge Vater-Sohn-Beziehung und eine intensive affektive Beziehung nach Art. 8 EMRK sei zu verneinen. Weiter beziehe der Beschwerdeführer 1 vollumfänglich Asylsozialhilfe und gehe keiner Erwerbstätigkeit nach, obwohl er sich seit 2019 im hängigen Asylverfahren befinde und gemäss Art. 43 AsylG keinem Arbeitsverbot unterstehe. Die vorgebrachten finanziellen Ausgaben des Beschwerdeführers 1 zugunsten seines Sohnes würden keine intensive wirtschaftliche Beziehung beweisen. Es bestehe somit weder eine enge wirtschaftliche noch eine emotionale sowie besonders affektive Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer 1 und seinem Sohn. Unter diesen Umständen sei ein Anspruch nach Art. 8 EMRK und damit auch eine Ausnahme von der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens nach Art. 14 Abs. 1 AsylG zu verneinen, weshalb das Asyl-Beschwerdeverfahren weiterzuführen sei.

E. 3.3

mit Hinweis u.a. auf BGE 137 I 351 E. 3.1 S. 354 f.; Urteile 2C_647/2016 vom 2.12.2016 E. 3.1; 2C_1170/2013 vom 28.7.2014 E. 3.1; 2C_702/2011 vom 23.2.2012 E. 3.3.2; 2C_493/2010 vom 16.11.2010 E. 1.4). Dies ist grundsätzlich nicht der Fall, wenn sich der Gesuchsteller einzig auf sein Recht auf Privatleben beruft; es kann aber der Fall sein, wenn es um den Schutz des Familienlebens geht, namentlich um die Beziehungen zwischen Ehegatten zu schützen; das setzt allerdings neben einer engen und tatsächlichen Verbindung zwischen den Ehegatten voraus, dass die gesuchstellende Person mit einer Person verheiratet ist, die über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt (BGE 137 I 351 E. 3.1 S. 354 f., publ. in: Pra 101/2012 Nr. 61 S. 417 f.), denn eine in der Schweiz

lebende Angehörige kann ein Recht auf Aufenthalt gestützt auf Art. 8 EMRK nur an ausländische Angehörige (Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren) vermitteln, wenn sie selber über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt. Wer selbst keinen Anspruch auf längere Anwesenheit in der Schweiz hat, vermag einen solchen grundsätzlich auch nicht einer Drittperson zu vermitteln, selbst wenn eine gelebte familiäre Beziehung zur Diskussion steht (Urteil des Bundesgerichts 2C_251/2017 vom 6.6.2018 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285; 126 II 335 E. 2a S. 339 f.).

E. 4

Mit Stellungnahme vom 1. Juni 2023 wurde dem Staatssekretariat für Migration (nachfolgend: SEM) das Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme aufgrund der vorläufigen Aufnahme der Kinder übermittelt. Mit Schreiben vom 13. Juni 2023 leitete das SEM das Gesuch wieder an das Migrationsamt zurück, da zuerst die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen von Art. 8 EMRK zu prüfen sei. Sollte das Migrationsamt die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigern, würde das SEM die Prüfung eines Familiennachzugs nach aArt. 85 Abs. 7 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG; SR 285; heute Art. 85c AIG) wieder aufnehmen.

E. 4.1

Gemäss Art. 14 AsylG kann eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz, woraus ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung entstehen kann.

E. 4.2

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit bzw. des Vorranges des Asylverfahrens nur bei Vorliegen eines «offensichtlichen» Rechtsanspruches auf eine Aufenthaltsbewilligung abgewichen werden (BGE 137 I 351 E. 3.1). Die Voraussetzungen für die Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung, um das Recht auf persönlichen Umgang (Besuchsrecht) nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK in der Schweiz leben zu können, müssen kumulativ erfüllt sein und lauten folgendermassen (BGE 144 I 91 E. 5.2; 143 I 21 E. 5.2):

1. Eine in affektiver Hinsicht enge Eltern-Kind-Beziehung.
2. Eine in wirtschaftlicher Hinsicht enge Eltern-Kind-Beziehung.
3. Der Umstand, dass diese Beziehung wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Staat, in welchen die ausländische Person auszureisen hätte, praktisch nicht mehr aufrechterhalten werden könnte.
4. Die ausreisepflichtige Person hat sich in der Schweiz bisher weitgehend «tadellos» verhalten.

Ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben sind, ist in der Folge summarisch zu prüfen, bildet Beschwerdegegenstand doch die Frage, ob die Vorinstanz auf das Gesuch

hätte eintreten müssen (und nicht die materielle Prüfung des Gesuchs an sich).

E. 4.2.1

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 bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird. Bei Ausländern, welche erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen, ist dagegen das Bestehen einer besonders qualifizierten Beziehung zum hier lebenden Kind zu verlangen: Erforderlich ist ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht, wobei «grosszügig» im Sinne von «deutlich mehr als üblich» zu verstehen ist. In jedem Fall kommt es weiterhin darauf an, dass das Besuchsrecht kontinuierlich und reibungslos ausgeübt wird. Das formelle Ausmass des Besuchsrechts ist mit anderen Worten nur insoweit massgeblich, als dieses auch tatsächlich wahrgenommen wird. Die faktische Ausübung des persönlichen Kontakts muss daher von der zuständigen Behörde notwendigerweise mit geeigneten Massnahmen abgeklärt werden (BGE 139 I 315 E. 2.5).

E. 4.2.2

Gemäss Scheidungsurteil vom 28. Oktober 2021 teilen sich die Kindseltern die elterliche Sorge von C.____, wohingegen nur die Mutter obhutsberechtigt ist. Die Kindseltern regeln den Kontakt des Vaters zu C.____ in freier Vereinbarung (der Kontakt zu B.____ wurde im Scheidungsurteil nicht geregelt, da sie bereits im Scheidungszeitpunkt volljährig war). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgericht 2C_592/2021 vom 29. August 2022 E. 2.2 ff.) ist nicht auszuschliessen, dass dies für eine enge Eltern-Kind-Beziehung gemäss den vorgenannten Kriterien für die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ausreicht. Hinsichtlich C.____ ist grundsätzlich nicht von einem «üblichen» Besuchsrecht auszugehen. Anhand der vom Beschwerdeführer 1 bei der Vorinstanz eingereichten Unterlagen ist erkennbar, dass er mit seinem Sohn einen Kontakt pflegt, der auf eine in affektiver Hinsicht enge Eltern-Kind-Beziehung schliessen lässt. Es wurden viele Fotos der Beschwerdeführer in verschiedenen Konstellationen eingereicht (Akten MISA S. 194 sowie S. 117-121). Die eingereichten WhatsApp-Chatverläufe erwecken ebenfalls den Eindruck, dass der Beschwerdeführer 1 einen regen Kontakt mit seinen Kindern pflegt. Wie sich die Beschwerdeführer miteinander unterhalten, kann jedoch inhaltlich und zeitlich nicht beurteilt werden, da die eingereichten Unterhaltungen in fremder Schrift und Sprache geschrieben sind. Im vom Beschwerdeführer 1 eingereichten Schreiben seiner Kinder (Akten MISA S. 116 f.) sprechen diese zwar lediglich davon, dass sie den Vater an Wochenenden, schulfreien Tagen oder in den Ferien sehen. In nachvollziehbarer Weise argumentieren die Beschwerdeführer, weshalb nicht mehr konstante Besuchskontakte stattfinden. Aufgrund der räumlichen Distanz der Beschwerdeführer zueinander (Bindung des Sohnes an den Wohnsitz der Mutter aufgrund der Schulpflicht), der fehlenden finanziellen Möglichkeiten für häufigere Besuche und der Wohnsituation des Vaters (Mehrpersonen-Unterkunft) besteht eingeschränkter Spielraum. Dennoch machen die Beschwerdeführer geltend, gerade der Sohn verbringe so viel Freizeit wie möglich mit dem Vater und teile mit ihm seine Leidenschaft für Musik, diskutiere über die neuesten technischen Entwicklungen oder backe mit ihm Brot (Akten MISA S.165).

Diese individualisierten Schilderungen verbunden mit den geltend gemachten täglichen Kontakten via Kommunikationsmittel sowie die eingereichten Belege erscheinen im Gesamtkontext glaubhaft und deuten auf eine Beziehung hin, die über ein gewöhnliches Besuchsrecht hinausgeht. Die Ausgangslage im von den Beschwerdeführern angeführten Urteil des Bundesgerichts (2C_243/2021) ist zwar nur teilweise mit der vorliegenden Situation vergleichbar. Im zitierten Fall lebte die Mutter im Libanon und konnte deswegen ihr Besuchsrecht nicht wahrnehmen. Der Beschwerdeführer 1 hingegen lebt bereits seit einiger Zeit in der Schweiz und ist räumlich von seinen Kindern nicht so stark getrennt, dass ausschliesslich auf die Kontakte per Handy abgestellt werden könnte. Im Gesamtkontext ergibt die im Rahmen der Eintretensprüfung zu tätige summarische Würdigung aber jedenfalls eine ausreichend enge, affektive Eltern-Kind-Beziehung. Ausserdem ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer 1 während zwei Jahren alleine mit den Kindern in Griechenland verblieb, während die Mutter bereits in die Schweiz weiterreisen konnte (Akten MISA S. 7). Der Beschwerdeführer 1 war in dieser Zeit alleine für die Kinder verantwortlich, weshalb eine enge Beziehung zwischen dem Vater und seinen Kindern schon nur deshalb als gegeben erscheint. Im Lichte der gesamten Umstände ist nach der summarischen Prüfung eine in affektiver Hinsicht enge Eltern-Kind-Beziehung zu bejahen.

E. 4.2.3

Hinsichtlich der in wirtschaftlicher Hinsicht engen Eltern-Kind-Beziehung ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer 1 gemäss Scheidungsurteil vom 28. Oktober 2021 kein Einkommen erzielt und daher seiner Ex-Ehefrau keine Unterhaltsbeiträge ■ weder für seinen Sohn C. ___ noch im Sinne von Art. 125 ZGB ■ bezahlen muss. Er lebt von der Sozialhilfe, wie dies auch in der Beschwerdeschrift ausgeführt wird. Das Bundesgericht hat im Entscheid 2C_243/2021 vom 25. Oktober 2022 festgehalten, es stehe das Fehlen einer engen wirtschaftlichen Beziehung der Gewährung eines Aufenthaltsrechts für den Elternteil nicht entgegen, wenn dieser aufgrund des niedrigen Einkommensniveaus kaum zum Unterhalt des Kindes beitragen könne und deshalb zivilrechtlich zu keinen Unterhaltsleistungen verpflichtet worden sei. Im zitierten Entscheid wird das niedrige Einkommensniveau im Libanon mit demjenigen in der Schweiz verglichen und festgestellt, dass die im Libanon lebende Beschwerdeführerin mit ihrem Einkommen kaum etwas zum Kindesunterhalt beitragen kann. Der Beschwerdeführer 1 befindet sich seit dem 6. Juli 2020 in der Schweiz im noch immer hängigen Asylverfahren und untersteht gemäss Art. 43 AsylG keinem Arbeitsverbot, was von den Beschwerdeführern auch nicht bestritten wird. Jedoch wird in der bei der Vorinstanz eingereichten E-Mail vom 6. September 2023 des für den Beschwerdeführer 1 zuständigen Job-Coachs der Genossenschaft [...] überzeugend aufgezeigt, weshalb der Beschwerdeführer grosse Schwierigkeiten hat, eine Arbeitsstelle zu finden: So geht der Verfasser zwar von einer grundsätzlichen Vermittelbarkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt aus, wenn ein Unternehmen ihm mit Status N die Chance geben würde. In ausführlichen Worten beschreibt der Job Coach dann aber die Problematik des Status N auf dem Arbeitsmarkt. Mit Status N sei ein Bewilligungsverfahren notwendig und das gestalte sich im Alltag erfahrungsgemäss als praktisch sehr schwer umsetzbar. Gemäss seinen Schilderungen müsste ein Betrieb bereit sein, drei bis vier Wochen auf den neuen Arbeitnehmer zu warten. Da der Arbeitsmarkt für diese Stellen aber genügend Kandidaten biete und diese Stellen immer sehr kurzfristig zu besetzen seien, habe der Beschwerdeführer 1 das Nachsehen. Weiter wird ausgeführt, dass bei einem (künftigen) Status F das Bewilligungsverfahren mit einer E-Mail umgesetzt werden könnte und damit

wären die interessierten Vermittler mit an Bord ebenso wie Firmen, bei welchen ein Praktikum mit Anschlusslösung umgesetzt werden könnte. Der Verfasser hält weiter als explizit deklarierte Quintessenz fest, der Beschwerdeführer 1 könne noch so viele Bewerbungen direkt versenden, er werde immer eine Absage erhalten. Ohne Unterstützung eines Job Coachs werde er mit Status N keine Chance auf eine Stelle haben (Akten MISA S. 207-208). Der Beschwerdeführer 1 hat verschiedene Module bei der Genossenschaft [...] (Akten MISA S. 99 ff.) abgeschlossen und ist auch sehr bemüht, sich sprachlich zu integrieren. Aus den eingereichten Bestätigungen ist ersichtlich, dass er von den fünf besuchten Sprachkursen stets mehr als 80% der Lektionen besucht hat (Akten MISA S. 105 ff.). Aus den vorstehenden Erwägungen ergeht damit, dass dem Beschwerdeführer 1 jedenfalls vorliegend, wo es um eine summarische Prüfung des offensichtlichen Anspruchs im Rahmen der Frage nach dem Eintreten auf das Gesuch geht, nicht vorzuwerfen ist, dass die wirtschaftliche Eltern-Kind-Beziehung nicht enger ausfällt. Immerhin gibt er an, seine Kinder im Rahmen des ihm Möglichen mit kleinen «Zustüpfen» zu unterstützen.

E. 4.2.4

Die weiteren Voraussetzungen (praktische Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der Beziehung aufgrund der grossen Distanz zwischen der Schweiz und dem Ausreisestaat sowie ein weitgehend tadelloses Verhalten) für die Abweichung vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit bzw. des Vorranges des Asylverfahrens sind offensichtlich gegeben und wurden bereits von der Vorinstanz (implizit) bejaht, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

E. 4.3

Es ist gestützt auf die vorstehenden Erwägungen festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Abweichung vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit bzw. des Vorranges des Asylverfahrens gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach summarischer Würdigung der Erfolgsaussichten gegeben sind (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2C_947/2016 vom 17. März 2017 E. 3.5). Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 5. Februar 2024 ist deshalb aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur materiellen Prüfung des Gesuchs zurückzuweisen.

5. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, sie ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. Ziffer II./1 vorstehend). Die Verfügung des Departements des Innern vom 5. Februar 2024 ist aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführer verlangten im Hauptrechtsbegehren ein Eintreten auf das Familiennachzugsgesuch, wobei sie (in Bezug auf die Beschwerdeführer 1 und 2) vollständig durchdringen. Bei diesem Ausgang hat der Kanton Solothurn die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'500.00 zu tragen. Den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführern ist keine Parteientschädigung geschuldet.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Verfügung des Departements des Innern vom 5. Februar 2024 wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zur Beurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.
3. Der Kanton Solothurn hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht in Höhe von CHF 1'500.00 zu tragen.

4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

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

Der Präsident

Thomann

Der Gerichtsschreiber

Kaufmann

E. 5

Mit Schreiben vom 16. August 2023 hat das MISA die Rechtsvertretung um Zustellung der Geburtsurkunden der Kinder von A. ___ im Original inkl. amtlich beglaubigter deutscher Übersetzung sowie weiteren Informationen ersucht, insbesondere wie die zukünftige Betreuung der Kinder und die Wohnverhältnisse aussehen werden.

E. 6

Mit Schreiben vom 11. September 2023 beantwortete die Rechtsvertreterin die vom MISA aufgeworfenen Fragen und führte aus, dass die Geburtsurkunden der Kinder beim SEM seien.

E. 7

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2023 wurde der Rechtsvertretung mitgeteilt, dass auf das Familiennachzugsgesuch infolge des hängigen Asylverfahrens nicht eingetreten werde. Am 5. Februar 2024 erliess das Departement des Innern betreffend das Nichteintreten eine anfechtbare Verfügung.

E. 8

Dagegen wandten sich A. ___ (nachfolgend: Beschwerdeführer 1) sowie seine Kinder C. ___ (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) und B. ___ (nachfolgend: Beschwerdeführerin 3), vertreten durch MLaw Laura Rudolph von der [...], mit Beschwerde vom 15. Februar 2024 an das Verwaltungsgericht. Darin liessen sie sinngemäss und im Wesentlichen ausführen, dass die Exklusivität des Asylverfahrens gemäss Art. 14 Abs. 1 des Asylgesetzes (AsylG; SR 142.31) nicht zur Anwendung gelange, da es sich vorliegend um das Recht auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK handle. Sie liessen das Folgende beantragen:

« 1. Es sei die Verfügung des Migrationsamts Solothurn vom 5. Februar 2024 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf das Gesuch einzutreten und dieses materiell zu prüfen.

E. 9

Mit Verfügung vom 13. März 2024 wurde den Beschwerdeführern die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Die unentgeltliche Rechtsverteidigung durch MLaw Laura Rudolph wurde mit Hinweis auf § 76 Abs. 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 124.11) i.V.m. § 9 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung

(EG ZPO; BGS 221.2) abgewiesen. Zudem sei auf § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 des Anwaltsgesetzes des Kantons Solothurn (AnwG, BGS 127.10) verwiesen. An dieser Stelle wird zudem darauf hingewiesen, dass künftig vom Verwaltungsgericht nur noch durch die Beschwerdeführer oder einen zur Vertretung befugten Rechtsanwalt unterzeichnete Eingaben entgegengenommen werden.

E. 10

Die Sache ist spruchreif. Auf die Parteistandpunkte wird, soweit für die Entscheidungsfindung wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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). Die Beschwerdeführer 1 und 2 sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre Beschwerde ist einzutreten. Die Beschwerdeführerin 3 ist 23 Jahre alt und damit volljährig. Ein spezielles Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihr und dem Beschwerdeführer 1 ist nicht ersichtlich und auch sonst ist kein Grund für eine Beschwerdelegitimation erkennbar. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 3 ist somit nicht einzutreten.

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