

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00292 vom 29. September 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00292

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00292 du 29 septembre 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00292 del 29 settembre 2021

Regeste

Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat | [Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Ehevorbereitung: Der Beschwerdeführer und seine schweizerische Verlobte haben ein gemeinsames Kind. Der Beschwerdeführer hält sich seit der Abweisung seines Asylgesuches vor 12 Jahren illegal in der Schweiz auf. Er ist strafrechtlich in Erscheinung getreten.] Indem die Vorinstanz mit keinem Wort auf das Gesuch um Fristerstreckung zur Stellungnahme und auf ihr Sistierungsgesuch eingegangen ist, hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt. Die Gehörsverletzung kann aber als geheilt gelten (E. 2). Der Beschwerdeführer ist zu einer überjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden und hat damit einen Widerrufsgrund gesetzt (E. 4). Die Begehung des Einbruchdiebstahls, mit der welcher der Beschwerdeführer den Widerrufsgrund gesetzt hat, liegt bereits neun Jahre zurück. Die letzte Verfehlung ist über fünf Jahre her. Die Vorinstanz hat bei ihrer Gewichtung insbesondere dem im Rekursverfahren noch hängigen Strafverfahren ein bedeutendes Gewicht beigemessen. Nachdem in Aussicht gestellt wurde, dass das Strafverfahren eingestellt wird, kann diesem Umstand kein Gewicht mehr beigemessen werden. Das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers ist weniger erheblich als von der Vorinstanz angenommen. Demgegenüber stehen gewichtige private Interessen gegenüber, welche prima facie die öffentlichen Interessen gerade noch knapp zu überwiegen vermögen (E. 5). Gutheissung der Beschwerde.

Erwägungen

E. 2

Abteilung VB.2021.00292 Urteil der 2. Kammer vom 29. September 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Verwaltungsrichterin Viviane Sobotich, Gerichtsschreiberin Linda Rindlisbacher. In Sachen 1. A, 2. B, 3. C, Nr. 3 vertreten durch Nr. 2, alle vertreten durch RA D, Beschwerdeführende, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat, hat sich ergeben: I. A. A, geboren 1987, Staatsangehöriger von Algerien, reiste am 20. Juni 2009 in die Schweiz ein und ersuchte am 22. Juni 2009 um Asyl. Mit Verfügung vom 28. Mai 2010 wies das Bundesamt für Migration (BFM, heute Staatssekretariat für Migration [SEM]) das Asylgesuch ab. A hält sich seither illegal in der Schweiz auf und befand sich mehrmals in Ausschaffungshaft. A führt eine Beziehung mit der Schweizerin B, geboren 1984, aus welcher 2020 das Kind C hervorgegangen ist. C besitzt die schweizerische Staatsbürgerschaft. Am 13. Juli 2020 reichte A ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Ehe mit B ein. Auf dem Gesuch gab A

an, weder vorbestraft zu sein noch sich in einem laufenden Strafverfahren zu befinden. Das Migrationsamt wies dieses Gesuch mit Verfügung vom 27. August 2020 ab. B. A ist in der Schweiz straffällig geworden: - Mit Urteil des Jugendgerichts Bern-Mittelland vom 22. Oktober 2010 wurde er nach Jugendstrafrecht wegen mehrfachen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs, rechtswidrigen Aufenthalts und mehrfacher Übertretung des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 (PBG) zu 60 Tagen Freiheitsentzug (bedingt) verurteilt. - Mit Urteil der Jugendanwaltschaft Dienststelle Bern-Mittelland vom 2. Mai 2011 wurde er wegen geringfügigen Diebstahls, Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951 (BetmG), Übertretung gegen das BetmG und rechtswidrigen Aufenthalts zu fünf Tagen Freiheitsstrafe verurteilt. - Mit Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 30. Mai 2011 wurde er wegen rechtswidrigen Aufenthalts, Übertretung gegen das BetmG und Hinderung einer Amtshandlung mit 30 Tagen Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 100.- bestraft. - Mit Urteil des Bezirksstrafgerichts See vom 1. Mai 2013 wurde er wegen Diebstahls, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs, Fälschung von Ausweisen, rechtswidrigen Aufenthalts und Übertretung gegen das BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monate und einer Busse von Fr. 200.- verurteilt. - Mit Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 6. November 2018 wurde er wegen Fälschung von Ausweisen, rechtswidrigen Aufenthalts und mehrfacher Übertretung gegen das BetmG mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen und einer Busse von Fr. 300.- bestraft. II. Den gegen die Verfügung des Migrationsamts vom 27. August 2020 erhobenen Rekurs wies die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 8. März 2021 ab, soweit er nicht gegenstandslos geworden war. Es hielt fest, dass A die Schweiz unverzüglich zu verlassen habe. III. Mit Beschwerde vom 26. April 2021 beantragten A, B und C, in Aufhebung des Entscheids der Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion vom 8. März 2021 sei A eine Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Ehe (recte: Kurzaufenthaltsbewilligung) zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates. In prozessrechtlicher Hinsicht beantragten sie, es sei A der Aufenthalt während des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens im Sinn einer vorsorglichen Massnahme zu gestatten und anzuordnen, dass bis zum Entscheid über dieses Gesuch alle Vollzugsmassnahmen zu unterbleiben haben. Weiter sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Seite zu stellen. Mit Präsidialverfügung vom 28. April 2021 hielt der Abteilungspräsident fest, dass während des Verfahrens alle Vollziehungsvorkehrungen zu unterbleiben hätten und der Aufenthalt von A hierdurch nicht rechtmässig werde. Er setzte A, B und C eine Frist, um einen aktuellen Strafregisterauszug von A sowie aktuelle Auszüge aus ihren Betreibungsregistern einzureichen. Weiter forderte er A, B und C auf, das Verwaltungsgericht über sämtliche bewilligungsrelevanten Umstände – namentlich in Bezug auf das hängige Strafverfahren gegen A und die finanzielle Situation der Familie – zeitnah und unter Beilage geeigneter Belege zu informieren. Alles unter dem Hinweis, dass ansonsten aufgrund der Akten entschieden werde und eine mangelhafte Mitwirkung zu ihren Ungunsten gewertet werden könnte. Das Migrationsamt und die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion liessen sich nicht vernehmen. Am 25. Mai 2021 ersuchten A, B und C um Fristerstreckung für die Eingabe der mit Präsidialverfügung vom 28. April 2021 geforderten Dokumente, welche ihnen gewährt wurde. Mit Eingabe vom 4. Juni 2021 teilten sie mit, dass A in Aussicht gestellt worden sei, dass das Strafverfahren mit einem Strafbefehl zum Abschluss gebracht werde. B habe per 1. Juni 2021 eine Stelle bei der

Firma E antreten können (Arbeitspensum ca. 50 %) und habe eine Stellenzusage im Umfang von 20 % bei der Firma F erhalten. Zusätzlich bestehe ein Arbeitsverhältnis mit der Firma G. Mit Eingabe vom 19. Juli 2021 reichten sie eine Bestätigung der Sozialen Dienste H ein, wonach B ab 1. August 2021 nicht mehr von der Sozialhilfe unterstützt werde. Am 3. September 2021 reichten sie eine Mitteilung der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 26. August 2021 ein, wonach in Aussicht gestellt werde, dass das Verfahren gegen A wegen des Vorwurfs der Widerhandlungen gegen das BetmG eingestellt werde. Am 24. September 2021 teilten sie mit, dass B ihre Stelle bei der Firma F gekündigt habe, weil die Arbeitgeberin ihr entgegen ihrer Zusicherung kein Arbeitspensum von 50 % habe gewährleisten können. Sie habe aber neu eine Arbeitsstelle bei der Firma I und vermöge ein Erwerbseinkommen von über Fr. 3'000.- zu erwirtschaften. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensunterschreitung, und die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, nicht aber die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (§ 20 Abs. 1 in Verbindung mit § 50 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). 1.2 Der Antrag, im Sinn einer vorsorglichen Massnahme von jeglichen Vollzugsmassnahmen Abstand zu nehmen, wird mit dem heutigen Urteil gegenstandslos.

E. 2.1

Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV]). Sie bringen vor, die Vorinstanz habe dem Beschwerdeführer 1 mit Schreiben vom 8. Februar 2021 die Gelegenheit gegeben, zur laufenden Strafuntersuchung gegen ihn Stellung zu nehmen. Auf Nachfrage habe die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland erklärt, es handle sich um eine aufwendige und grössere Sache, weshalb kaum mit einem baldigen Entscheid gerechnet werden könne. Mangels Kenntnis der genauen Sachlage hätten sie die Vorinstanz ersucht, das Verfahren zu sistieren; eventuell sei ihnen die Frist zwecks Ergänzung der Stellungnahme um 30 Tage zu verlängern. In der Folge hätten sie die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland um Akteneinsicht ersucht. Kaum hätten sie die Akten erhalten, sei am 10. März 2021 der Rekursentscheid ergangen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz einen Entscheid gefällt habe, ohne die Stellungnahme abzuwarten. Obschon die Vorinstanz ausdrücklich auf die Unschuldsvermutung hingewiesen und nicht verkannt habe, dass diesem Umstand mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen sei, habe sie die laufende Strafuntersuchung bei der Beurteilung der öffentlichen Interessen zu Ungunsten des Beschwerdeführers 1 berücksichtigt. Unter anderem sei das laufende Verfahren zum Anlass genommen worden, ihm eine ungünstige Legalprognose zu attestieren. Im Ergebnis hätte das Abwarten der angekündigten Stellungnahme geeignet sein können, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen. Es liege deshalb kein Fall der antizipierten Beweiswürdigung vor, zumal es die Vorinstanz gewesen sei, die die Beschwerdeführenden zur Einreichung einer Stellungnahme eingeladen habe. Eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV, wie sie hier gegeben sei, könne vom Verwaltungsgericht nicht mehr geheilt werden. Die Beschwerde sei deshalb gutzuheissen.

E. 2.2

Nach Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses Recht ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde sowie zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3; 137 I 195 E. 2.2). Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV dient einerseits der Sachaufklärung. Andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Fällung eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen. Massgebend ist, ob es der betroffenen Person ermöglicht worden ist, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3; 136 I 265 E. 3.2; 135 II 286 E. 5.1; BGr, 14. Mai 2020, 2C_163/2020, E. 3.4). Das rechtliche Gehör beinhaltet auch das Recht, dass die Behörde die Vorbringen der von einem Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen; die Parteien sollen wissen, warum die Behörde entgegen ihrem Antrag entschieden hat (vgl. BGr, 16. Dezember 2002, 1P.418/2002, E. 2.4). 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 (BGE 137 I 195 E. 2.3.2, mit Hinweisen). Der in Art. 9 und 5 Abs. 3 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht (BGE 131 II 627 E. 6.1; 129 I 161 E. 4.1; je mit Hinweisen). Vorausgesetzt ist, dass die Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (BGE 137 I 69 E. 2.3 und E. 2.5.1; 130 I 26 E. 8.1; 129 I 161 E. 4.1; BGr, 29. Juli 2021, 2C_81/2021, E. 3.2).

E. 2.3

Den Beschwerdeführenden ist zuzustimmen, dass sich die Vorinstanz mit keinem Wort mit ihrem Gesuch um Fristerstreckung zur Stellungnahme und mit ihrem Sistierungsgesuch auseinandergesetzt hat. Aus dem angefochtenen Entscheid geht hervor, dass die Vorinstanz den Ausgang des Strafverfahrens für die Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung offensichtlich gegeben seien, zwar als bedeutsam erachtete. Die Vorinstanz sah indes in dem Umstand, dass mit dem Ausgang des Strafverfahrens nicht in absehbarer Zeit gerechnet werden könne, einen weiteren Grund, die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zu verweigern. Es trifft zu, dass eine Kurzaufenthaltsbewilligung zum Zweck der Eheschliessung nur erteilt werden soll, wenn mit dem Eheschluss in absehbarer Zeit zu rechnen ist (vgl. E. 3.3 nachfolgend) und es

insofern zweckwidrig wäre, wenn mit der Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung auf unbestimmte Zeit zugewartet würde. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass die Vorinstanz das Verfahren um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung nicht bis zum Abschluss der laufenden Strafuntersuchung sistiert hat. Jedoch entbindet dies die Vorinstanz nicht von der Pflicht, die Gesuche der Beschwerdeführenden tatsächlich zu prüfen, in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen und ihren Entscheid zu begründen (BGE 127 I 54 E. 2b mit Hinweis). Auch wenn sie in dem Umstand, dass mit dem Ausgang des Strafverfahrens nicht in absehbarer Zeit gerechnet werden könne, einen weiteren Grund zur Verweigerung einer Kurzaufenthaltsbewilligung sah, hätte sie sich mit den Gesuchen der Beschwerdeführenden auseinandersetzen und begründen müssen, weshalb sie den Beschwerdeführenden die ersuchte Fristerstreckung verweigert und auf eine Sistierung des Verfahrens bis zum Abschluss des Strafverfahrens verzichtet. Indem sie mit keinem Wort auf die Gesuche eingegangen ist und insbesondere nicht begründet hat, weshalb sie die ersuchte Fristerstreckung und Sistierung nicht gewährt, hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt. Hingegen ist keine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben erkennbar, zumal die Beschwerdeführenden nicht geltend machen, dass sie unumkehrbare Dispositionen vorgenommen hätten und solches auch nicht ersichtlich ist. Die Gehörsverletzung kann aber entgegen der Meinung der Beschwerdeführenden als geheilt gelten, nachdem die Beschwerdeführenden sich im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausführlich zur Sache äussern und weitere Beweismittel einreichen konnten. Auf eine Rückweisung kann zudem auch verzichtet werden, weil dies zu einem formalistischen Leerlauf führen würde. Nachdem die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland mit Mitteilung vom 3. September 2021 in Aussicht gestellt hat, dass das Verfahren gegen den Beschwerdeführer 1 wegen des Vorwurfs der Widerhandlungen gegen das BetmG eingestellt werde, kann für die Beurteilung, ob dem Beschwerdeführer 1 eine Kurzaufenthaltsbewilligung zu erteilen ist, nicht mehr auf diese Strafuntersuchung abgestützt werden. Die Gesuche der Beschwerdeführenden um Fristerstreckung und um Verfahrenssistierung werden damit hinfällig.

E. 3.1

Die Erteilung von Kurz- und Aufenthaltsbewilligungen richtet sich nach dem Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005 (AIG), soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge zur Anwendung kommen (Art. 2 Abs. 1 AIG).

E. 3.2

Beim Beschwerdeführer 1 handelt es sich um einen rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesenen Asylbewerber, der seiner Ausreisepflicht bislang nicht nachgekommen ist und für den keine Ersatzmassnahme angeordnet wurde. Er hält sich seit seiner Einreise am 20. Juni 2009 mehrheitlich illegal in der Schweiz auf. Er ist Vater des Beschwerdeführers 3 und führt mit der Mutter, der Beschwerdeführerin 2, unbestritten eine enge Beziehung. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 wollen heiraten, sobald er in der Schweiz über einen gültigen Aufenthaltstitel verfügt.

E. 3.3

Gestützt auf das AIG steht ihm vor der Heirat mit seiner Schweizer Verlobten kein Bewilligungsanspruch im Sinn von Art. 42 Abs. 1 AIG zu. Im Hinblick auf die geplante Eheschliessung vermag er allerdings unter bestimmten Voraussetzungen aus dem in Art. 12

der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie Art. 14 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) garantierten Recht auf Ehe einen Anwesenheitsanspruch zum Zweck der Eheschliessung in der Schweiz abzuleiten. Nach Art. 98 Abs. 4 des Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB) müssen Verlobte, die nicht Schweizerbürgerinnen oder Schweizerbürger sind, während des Vorbereitungsverfahrens ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen, ansonsten die Zivilstandsbeamten die Trauung nicht vollziehen dürfen (vgl. auch Art. 66 Abs. 2 lit. e in Verbindung mit Art. 67 Abs. 3 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 [ZStV]). In Konkretisierung des Gesetzeszwecks dieser Bestimmung und in Beachtung von Art. 8 Abs. 1 EMRK (Recht auf Schutz des Familienlebens) sind die Migrationsbehörden gehalten, Ehemülligen ohne Aufenthaltsrecht zur Vermeidung einer Verletzung ihres Rechts auf Ehe gemäss Art. 12 EMRK bzw. dem analog ausgelegten Art. 14 BV eine vorübergehende (Kurz-)Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, sofern keine Hinweise vorliegen, dass die ausländischen Personen mit ihrem Vorhaben die Vorschriften über den Familiennachzug umgehen wollen, und feststeht, dass sie nach der Heirat die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz offensichtlich erfüllen (analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AIG; BGE 137 I 351 E. 3.5 und 3.7; vgl. auch Marc Spescha, in: derselbe et al., Art. 98 ZGB N. 2 f.). Diese Praxis gilt auch für abgewiesene – und damit an sich illegal anwesende – Asylbewerber, die erst mittels Heirat den ausländerrechtlichen Bewilligungsanspruch erwerben, da ihnen bei einer ernstlich gewollten Ehe und offensichtlich erfüllten Bewilligungserfordernissen nicht zugemutet werden kann, in ihre Heimat zurückzukehren und von dort aus um eine Einreisebewilligung zwecks Heirat zu ersuchen (BGE 137 I 351 E. 3.7; BGr, 2. Januar 2013, 2C_195/2012, E. 3.5.2). Eine Kurzaufenthaltsbewilligung zum Zweck der Eheschliessung soll indes nur erteilt werden, wenn mit dem Eheschluss in absehbarer Zeit zu rechnen ist (vgl. BGr, 17. Januar 2020, 2C_827/2019, E. 3). Dem Grundsatz, wonach der Bewilligungsentscheid im Ausland abzuwarten ist, muss grundrechtskonform nachgelebt werden; unverhältnismässige, schikanöse Ausreiseverpflichtungen und Verfahrensverzögerungen sind im Interesse aller Beteiligten unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) primär dadurch zu vermeiden, dass rasch erstinstanzlich in der Sache entschieden wird (vgl. BGE 139 I 37 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4

Nach dem Gesagten ist summarisch zu prüfen, ob der Beschwerdeführer 1, wäre er bereits mit der Beschwerdeführerin 2 verheiratet, gestützt auf Art. 42 Abs. 1 AIG eine Aufenthaltsbewilligung erhalten würde.

E. 4.1

Ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern haben Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 42 Abs. 1 AIG). Der Anspruch erlischt, wenn er rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird oder Widerrufsgründe nach Art. 63 AIG vorliegen (Art. 51 Abs. 1 AIG). Nach Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG liegt ein Widerrufsgrund vor, wenn der Betroffene zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen ihn eine strafrechtliche Massnahme im Sinn von Art. 64 oder Art. 61 des Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB) angeordnet wurde. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt als längerfristige Freiheitsstrafe eine solche von mehr als einem Jahr (BGE 135 II 377 E. 4.2). Ein Widerrufsgrund liegt auch vor, wenn der betroffene Ausländer

im Bewilligungsverfahren (in Täuschungsabsicht) falsche Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat (Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. a AIG) und sich noch nicht mehr als 15 Jahre ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhält (Art. 63 Abs. 2 AIG). Eine ausländische Person, welche um Aufenthalt in der Schweiz ersucht, ist verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken und zutreffende und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentlichen Tatsachen zu machen (Art. 90 Abs. 1 lit. a AIG). Nach der Rechtsprechung zu Art. 62 Abs. 1 lit. a AIG muss die ausländische Person die Fragen der Migrationsbehörde wahrheitsgetreu beantworten. Falsche Angaben, welche für die Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung relevant sind, führen zum Widerruf derselben. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Bewilligung bei richtigen oder vollständigen Angaben mit Sicherheit verweigert worden wäre. Es genügt, wenn der Anspruch auf eine Bewilligung bei Offenlegung der Verhältnisse ernsthaft infrage gestellt gewesen wäre (BGE 142 II 265 E. 3.1; BGr, 25. September 2017, 2C_279/2017, E. 3.1). Was das Verschweigen wesentlicher Tatsachen betrifft, muss bei der ausländischen Person eine Täuschungsabsicht vorliegen. Eine solche ist zu bejahen, wenn die ausländische Person einen falschen Anschein über Tatsachen erweckt hat oder aufrechterhält, von denen sie vernünftigerweise wissen musste, dass sie für den Bewilligungsentscheid von Bedeutung sein könnten (BGE 135 II 1 E. 4.1).

E. 4.2

Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Kurzaufenthaltbewilligung zur Vorbereitung der Ehe nicht erfüllt seien. Zur Begründung führten sie aus, der Beschwerdeführer 1 sei mit Urteil des Bezirksstrafgerichts See vom 1. Mai 2013 zu einer 15-monatigen Freiheitsstrafe verurteilt worden und habe damit den Widerrufsgrund von Art. 63 Abs. 1 lit. a AIG i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG gesetzt. Zudem habe der Beschwerdeführer 1 im Gesuchsverfahren verschwiegen, dass gegen ihn ein Strafverfahren eröffnet worden sei. Er habe damit wesentliche Tatsachen verschwiegen und erfülle somit auch den Widerrufsgrund von Art. 63 Abs. 1 lit. a AIG i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. a AIG. Sodann beziehe die Beschwerdeführerin 2 seit Januar 2019 fortlaufend Sozialhilfegelder.

E. 4.3

Die Beschwerdeführenden bringen dagegen vor, es treffe nicht zu, dass der Beschwerdeführer 1 im Bewilligungsverfahren wesentliche Tatsachen verschwiegen habe. Dem Migrationsamt habe der Strafregisterauszug vorgelegen. Daraus sei auch hervorgegangen, dass eine aktuelle Strafuntersuchung laufe. Richtig sei, dass er zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten verurteilt worden sei. Es sei jedoch analog zu Art. 17 AIG eine Hauptsachenprognose zu treffen und hierzu sei auch die Reneja-Praxis heranzuziehen, wonach einem Ausländer nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer im Falle einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei oder mehr Jahren in der Regel selbst dann kein Aufenthaltstitel mehr zu erteilen sei, wenn der schweizerischen Ehepartnerin die Ausreise nicht oder nur schwer zuzumuten sei. Es sei vor diesem Hintergrund fraglich, ob der Widerrufsgrund der längerfristigen Freiheitsstrafe überhaupt erfüllt sei.

E. 4.4

Der Beschwerdeführer 1 wurde mit Urteil des Bezirksstrafgerichts See vom 1. Mai 2013 wegen Diebstahls, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs, Fälschung von Ausweisen,

rechtswidrigen Aufenthalts und Übertretung gegen das BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten und einer Busse von Fr. 200.- verurteilt. Er ist somit zu einer überjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden und hat damit einen Widerrufsgrund gesetzt (Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG). Inwiefern die von den Beschwerdeführenden erwähnte Reneja-Praxis etwas an dieser Tatsache ändern soll, erschliesst sich nicht. Sodann trifft zu, dass der Beschwerdeführer 1 bei seiner Gesuchseinreichung wahrheitswidrig angegeben hat, nicht vorbestraft zu sein und sich in keinem Strafverfahren zu befinden. Dass das Migrationsamt im Besitz eines Strafregisterauszugs des Beschwerdeführers 1 war, ändert nichts daran, dass er das Migrationsamt im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht auf seine Vorstrafen und das laufende Strafverfahren hätte hinweisen müssen. Ob ihm allerdings eine Täuschungsabsicht nachgewiesen werden kann, wurde von der Vorinstanz nicht geprüft. Es kann aber letztlich offenbleiben, ob er auch den Widerrufsgrund von Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. a AIG erfüllt, nachdem er bereits den Widerrufsgrund einer längerfristigen Freiheitsstrafe erfüllt.

E. 5.1

Die Verweigerung der Bewilligung kann indessen nur verfügt werden, wenn die Massnahme verhältnismässig ist (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. Art. 96 Abs. 1 AIG). Dabei sind den öffentlichen Interessen die persönlichen Verhältnisse und der Grad der Integration der ausländischen Person gegenüberzustellen.

E. 5.2

Die Vorinstanz erachtete die Nichterteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung als verhältnismässig. Zur Begründung führte sie aus, dass der Beschwerdeführer 1 mit dem Diebstahl in Verbindung mit dem Hausfriedensbruch eine Straftat begangen habe, welche im Sinne von Art. 121 Abs. 3 BV seit dem 1. Oktober 2016 eine Anlasstat für eine obligatorische Landesverweisung bilde (Art. 66a Abs 1 lit. d StGB). Obwohl diese Regelung zwar nicht rückwirkend Anwendung finde, dürfe bei der Interessenabwägung dennoch berücksichtigt werden, dass der Verfassungs- und Gesetzgeber die vom Beschwerdeführer 1 begangenen Delikte als besonders verwerflich erachte. Es sei zwar zu berücksichtigen, dass die Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten bald acht Jahre zurückliege, allerdings sei der Beschwerdeführer 1 seither wieder einschlägig strafrechtlich in Erscheinung getreten und werde auch gegenwärtig einschlägig gegen ihn ermittelt, was nicht auf eine positive Entwicklung schliessen lasse. Er habe damit eine nicht zu bagatellisierende kriminelle Energie an den Tag gelegt und sich auch von strafrechtlichen Verurteilungen nicht davon abhalten lassen, wieder straffällig zu werden. Es müsse davon ausgegangen werden, dass er nicht willens und/oder fähig sei, sich rechtskonform zu verhalten, womit eine gewisse Rückfallgefahr einhergehe und ein gewichtiges öffentliches Interesse daran bestehe, den Beschwerdeführer 1 zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung von der Schweiz fernzuhalten. Diesem öffentlichen Interesse stünden zwar insbesondere aufgrund der Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer 1 und 3, welche vom Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK erfasst werde, nicht von der Hand zu weisende private Interessen entgegen. Diese würden jedoch das gewichtige öffentliche Interesse am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung letztlich nicht überwiegen.

E. 5.3

Es ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass die Verurteilung vom 1. Mai 2013 wegen Diebstahls, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch, Fälschung von Ausweisen, rechtswidrigen Aufenthalts und Übertretung des BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten grundsätzlich ein nicht unerhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers 1 aus der Schweiz begründet. Die Begehung des Einbruchdiebstahls im Februar 2012, mit welcher der Beschwerdeführer 1 den Widerrufsgrund gesetzt hat, liegt wie die Beschwerdeführenden aber zu Recht einwenden bereits neun Jahre zurück. Das gegenwärtige öffentliche Interesse an der Verweigerung des beantragten Familiennachzugs relativiert sich dadurch. Seither ist der Beschwerdeführer 1 noch einmal strafrechtlich in Erscheinung getreten. Mit Urteil vom 6. Juni 2018 wurde er wegen Fälschung von Ausweisen, rechtswidrigen Aufenthalts und Übertretung gegen das BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen verurteilt. Die Beschwerdeführenden wenden ein, dass seit der Tatbegehung (Fälschung der Ausweise) am 6. November 2015 jedoch bereits über fünf Jahre vergangen seien. Auch wenn der Beschwerdeführer 1 mit seinem Verhalten eine nicht zu akzeptierende Geringschätzung der schweizerischen Rechtsordnung an den Tag gelegt hat, ist im Rahmen der Prüfung des öffentlichen Interesses prima facie doch zu berücksichtigen, dass die Verfehlungen bereits einige Jahre zurückliegen. Die Vorinstanz hat bei ihrer Gewichtung denn auch insbesondere dem im Rekursverfahren noch hängigen Strafverfahren ein bedeutendes Gewicht in Bezug auf die Legalprognose und die Verweigerung der Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung beigemessen. Nachdem die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland mit Mitteilung vom 3. September 2021 nun jedoch in Aussicht gestellt hat, dass das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer 1 eingestellt werden wird, kann diesem Umstand kein Gewicht mehr beigemessen werden. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach eine gegenwärtige Gefahr vom Beschwerdeführer 1 für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehe, lässt sich deshalb nicht (mehr) stützen. Festzuhalten bleibt aber, dass sich der Beschwerdeführer 1 seit der Abweisung seines Asylgesuchs am 29. Mai 2009 (mehrheitlich) illegal in der Schweiz aufhält und sich seit Jahren der Wegweisung widersetzt. Auch dieses Verhalten lässt auf eine nicht unerhebliche Geringschätzung der schweizerischen Rechtsordnung schliessen. Die Wegweisung wurde indes nie vollzogen, obwohl sich der Beschwerdeführer 1 mehrmals in Ausschaffungshaft befand. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist auch einem abgewiesenen Asylsuchenden, der erst dank der Heirat einen ausländerrechtlichen Bewilligungsanspruch erwirbt, eine Kurzaufenthaltsbewilligung zu erteilen, da diesem bei einer ernstlich gewollten Ehe und offensichtlich erfüllten Bewilligungserfordernissen nach der Heirat nicht zugemutet werden kann, vor dem Eheschluss ausreisen zu müssen (BGE 137 I 351 E. 3.5 u. E. 3.7; 138 I 41 E. 3; vgl. BGr, 7. Juni 2019, 2C_117/2019, E. 3 mit Hinweisen). Im Lichte dieser Rechtsprechung, kann dem Beschwerdeführer 1 deshalb die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung nicht nur verweigert werden, weil er sich illegal in der Schweiz aufhält. Vorausgesetzt ist allerdings, dass keine Hinweise dafür bestehen, dass die ausländische Person rechtsmissbräuchlich handelt (Scheinehe, missbräuchliche Anrufung der Familiennachzugsbestimmungen usw.) und "klar" erscheint, dass sie nach der Heirat rechtmässig mit dem hier über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Ehepartner wird leben dürfen (BGE 139 I 37 E. 3.5.2 m.w.H.). Insgesamt ist nach dem Gesagten prima facie zwar immer noch von einem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers 1 auszugehen, dieses ist jedoch weniger erheblich als von der Vorinstanz angenommen. Diesem öffentlichen Interesse sind die privaten Interessen der Beschwerdeführenden gegenüberzustellen. Die

Beschwerdeführenden leben als Familie zusammen und es ist von intakten Beziehungen auszugehen. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 haben bereits alle erforderlichen Dokumente beim Zivilstandesamt eingereicht, was den Anschein erweckt, dass die beiden nach Erhalt der Kurzaufenthaltsbewilligung heiraten werden. Es ist deshalb prima facie anzunehmen, dass die beiden einen ernsthaften Ehemillen haben. Sodann hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass insbesondere der Beschwerdeführer 3 ein erhebliches Interesse daran hat, mit seinem Vater in der Schweiz aufzuwachsen. Die Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführer 3 sind Schweizer Bürger. Es erscheint prima facie fraglich, ob ihnen zugemutet werden kann, dem Beschwerdeführer 1 in sein Heimatland Algerien zu folgen, sodass die Verweigerung des Familiennachzugs möglicherweise die Trennung der Familie zur Folge hätte. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin 2 seit kurzem zu 100 % erwerbstätig ist und der Beschwerdeführer 1 die Betreuung des Beschwerdeführers 3 während ihrer Abwesenheit übernimmt. Eine Trennung der Familie hätte damit möglicherweise auch den Verlust ihrer Arbeitsstellen und eine Rückkehr in die Sozialhilfeabhängigkeit zur Folge. Es ist deshalb zum jetzigen Zeitpunkt von gewichtigen privaten Interessen auszugehen, welche bei der vorliegend vorzunehmenden Prima-facie-Prüfung die öffentlichen Interessen gerade noch knapp zu überwiegen vermögen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Das Migrationsamt wird angewiesen, dem Beschwerdeführer 1 eine Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung der Heirat zu erteilen.

E. 6.1

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und steht den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung zu (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 sowie § 17 Abs. 2 VRG). Diese wird für das vorliegende Verfahren auf Fr. 1'500.- festgesetzt.

E. 6.2

Die Verfahrenskosten des vorinstanzlichen Rekursverfahrens sind ebenfalls dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Dieser hat den Beschwerdeführenden für das vorinstanzliche Verfahren zudem eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- zu bezahlen.

E. 6.3

Die Beschwerdeführenden beantragen für das vorliegende Verfahren die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und des unentgeltlichen Rechtsbeistands. Nach § 16 Abs. 1 VRG ist Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, auf entsprechendes Ersuchen die Bezahlung von Verfahrenskosten und Kostenvorschüssen zu erlassen. Sie haben nach Abs. 2 derselben Bestimmung Anspruch auf die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Offensichtlich aussichtslos sind Begehren, bei denen die Aussichten zu obsiegen wesentlich geringer sind, als die Aussichten zu unterliegen, und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (statt vieler VGr, 18. August 2016, VB.2016.0019, E. 5.).

E. 6.4

Da bei diesem Verfahrensausgang die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen sind, ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben, womit nur über das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu befinden ist.

E. 6.5

Die Beschwerdeführenden sind erwiesenermassen nicht in der Lage, für die Prozess- bzw. Vertretungskosten aufzukommen. Sie sind daher als mittellos zu betrachten. Die vorliegende Beschwerde erweist sich angesichts des Verfahrensausgangs nicht als offensichtlich aussichtslos und die Beschwerdeführenden sind offensichtlich auch nicht in der Lage, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung ist deshalb zu entsprechen und den Beschwerdeführenden ist Rechtsanwalt J als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Rechtsanwalt J macht einen Zeitaufwand von 11 Stunden zum Stundensatz von Fr. 200.- und Barauslagen von Fr. 2.30 geltend, was als angemessen erscheint. Die Parteientschädigung ist an die dem unentgeltlichen Rechtsbeistand zu leistenden Entschädigungen anzurechnen, weshalb Rechtsanwalt J unter Anrechnung der zugesprochenen Parteientschädigung nur noch im Mehrbetrag von Fr. 901.20 (Fr. 2'401.20 [inkl. Barauslagen von Fr. 2.30 und Mehrwertsteuer]/. Fr. 1'500.-) zu entschädigen ist.

E. 6.6

Die Beschwerdeführenden werden darauf aufmerksam gemacht, dass sie zur Nachzahlung verpflichtet sind, sobald sie dazu in der Lage sind (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 16 Abs. 4 VRG).

E. 7

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zu erheben (vgl. Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG e contrario; BGE 139 I 330 E. 1.1). Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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