

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

2C\_544/2016

Urteil vom 4. August 2016

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Seiler, Präsident,  
Bundesrichter Donzallaz,  
Bundesrichter Stadelmann,  
Gerichtsschreiber Feller.

Verfahrensbeteiligte

1. A.A.\_\_\_\_\_,  
2. B.A.\_\_\_\_\_, handelnd durch A.A.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerinnen,  
beide vertreten durch Rechtsanwalt Sandor Horvath,

gegen

Amt für Migration des Kantons Luzern,  
Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern.

Gegenstand

Aufenthaltsbewilligung; prozessualer Aufenthalt  
während Rechtsmittelverfahren,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern, 4. Abteilung, vom 23. Mai 2016.

Sachverhalt:

A.

A.A.\_\_\_\_\_, 1989 geborene Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina, reiste 1996 als Minderjährige zusammen mit ihren Eltern als Asylsuchende in die Schweiz ein. 2002 wurde die Familie vorläufig aufgenommen. Die vorläufige Aufnahme von A.A.\_\_\_\_\_ wurde 2008 wegen wiederholter schwerwiegender Verletzung der öffentlichen Ordnung widerrufen, und es wurde gegen sie ein Einreiseverbot verhängt. Anfangs Dezember 2008 reiste sie in ihre Heimat zurück, wo sie am 25. September 2012 die Tochter B.A.\_\_\_\_\_ gebär. Deren Vater ist ihr Landsmann C.\_\_\_\_\_, mit dem sie von 2009 bis Juni 2014 eine Beziehung pflegte.

Am 22. Juni 2015 reiste A.A.\_\_\_\_\_ zusammen mit Tochter B.A.\_\_\_\_\_ mit einem Touristenvisum in die Schweiz ein und nahm bei ihren (heute eingebürgerten) Eltern Wohnsitz. Das Amt für Migration des Kantons Luzern verlängerte in der Folge den bis 19. September 2015 befristeten Besuchsaufenthalt bis zum 30. November 2015, nachdem Mutter und Tochter am 14. September 2015 ein Gesuch um dringende Härtefallregelung gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG in Verb. mit Art. 31 VZAE gestellt hatten. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2015 bestätigte das Amt für Migration, dass A.A.\_\_\_\_\_ sich mit der Tochter "bis zu unserer Entscheid in der Schweiz aufhalten darf". Mit Verfügung vom 29. Januar 2016 wies das Amt das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG an A.A.\_\_\_\_\_ und B.A.\_\_\_\_\_ ab, verbunden mit der Wegweisung und der Aufforderung zur Ausreise bis spätestens 29. Februar 2016. In ihrer Verwaltungsbeschwerde an das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern vom 25. Februar 2016 stellten diese den Antrag, sie seien zu berechtigen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in der Schweiz zu verbleiben. Das Departement erkannte mit verfahrensleitender Verfügung (Zwischenentscheid) vom

3. März 2016, dass angesichts der abgelaufenen Anwesenheitsgestattung der prozessuale Aufenthalt nicht durch Gewährung der aufschiebende Wirkung, sondern allein im Rahmen vorsorglicher

Massnahmen nach § 45 des Luzerner Gesetzes vom 3. Juli 1972 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) bewilligt werden könnte; den entsprechenden Antrag lehnte es ab.

Gegen diesen Zwischenentscheid gelangten A.A. \_\_\_\_\_ und B.A. \_\_\_\_\_ an das Kantonsgericht des Kantons Luzern. Dieses wies die Beschwerde mit Urteil vom 23. Mai 2016 ab, unter Ansetzung einer neuen Ausreisefrist auf den 30. Juni 2016; ebenso wies es das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde ab.

B.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 10. Juni 2016 beantragen A.A. \_\_\_\_\_ und B.A. \_\_\_\_\_ dem Bundesgericht, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben; den Beschwerdeführerinnen sei im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zu bewilligen, den Ausgang des Verfahrens um Erteilung einer Härtefallbewilligung bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Schweiz abzuwarten, und den Beschwerdeführerinnen sei für das vorinstanzliche (wie auch das bundesgerichtliche) Verfahren die vollständige unentgeltliche Rechtspflege unter Ernennung eines unentgeltlichen Rechtsanwalts zu gewähren.

Die Akten sind eingeholt, ein Schriftenwechsel oder weitere Instruktionsmassnahmen sind nicht angeordnet worden.

Mit dem vorliegenden instanzabschliessenden Urteil wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

Erwägungen:

1.

Gemäss Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet des Ausländerrechts betreffend Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt. Das ordentliche Rechtsmittel ist nur zulässig, wenn ein derartiger Anspruch in vertretbarer Weise geltend gemacht wird (BGE 139 I 330 E. 1.1 S. 332; 136 II 177 E. 1.1 S. 179). Dies tun die Beschwerdeführerinnen nicht. Die Beschwerdeführerin 1 musste die Schweiz Ende 2008 verlassen und ist erst im Sommer 2015 mit ihrer Tochter wieder eingereist. Sie will sich als längst Volljährige bei ihren offenbar hier anwesenheitsberechtigten Eltern aufhalten (die Tochter bei ihren Grosseltern). Unter diesen Umständen ergibt sich aus Art. 8 EMRK kein Bewilligungsanspruch, weder unter dem Aspekt Schutz des Familienlebens noch des Privatlebens (vgl. zum Aspekt Familienleben BGE 137 I 154 E. 3.4.2; 115 Ib 1 E. 2 S. 4 ff.; 120 Ib 257 E. 1d und e S. 260 ff.; 129 II 11 E. 2 S. 14; zum Aspekt Privatleben BGE 130 II 281 E. 3.2. S. 286 f.). Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG selber sodann verschafft keinen gesetzlichen Anspruch auf die hier streitige Härtefallbewilligung (BGE 137 II 345 E. 3.2.1 S. 348 e

contrario; Urteil 2C\_133/2016 vom 9. Februar 2016 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

Ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Sach- bzw. Endentscheid unzulässig, ist er dies nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses auch gegen jegliche Art von Zwischenentscheiden (BGE 138 II 501 E. 1.1 S. 503; 134 V 138 E. 3 S. 144; 134 II 192 E. 1.3 S. 195; 133 III 645 E. 2.2 S. 647 f.). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mithin auch in Bezug auf die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege unzulässig. Es steht als bundesrechtliches Rechtsmittel hier ausschliesslich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung (Art. 113 BGG), mit welcher allein die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann; derartige Rügen sind spezifisch zu erheben und qualifiziert zu begründen (Art. 117 in Verbindung mit Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. 141 I 36 E. 1.3 S. 41). Hinsichtlich der Verweigerung des vorsorglichen Aufenthalts würden diese Rügenbeschränkungen und -anforderungen selbst im Rahmen des ordentlichen Rechtsmittels gelten (vgl. Art. 98 BGG).

2.

2.1. Streitig ist zunächst die Verweigerung des prozessualen Aufenthalts während des Beschwerdeverfahrens vor dem Justiz- und Sicherheitsdepartement. Massgeblich dafür ist kantonales Recht, konkret § 45 VRG; danach kann das instruierende Departement vorsorgliche Verfügungen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen zu schützen. Geht es um die provisorische Anwesenheitsberechtigung im Beschwerdeverfahren betreffend ausländerrechtliche Bewilligungen, ist die Regelung von Art. 17 AuG zu beachten (Urteil 2C\_472/2015 vom 3. Juni 2016 E. 2.2). Danach haben Ausländer, die (für einen vorübergehenden Aufenthalt) rechtmässig eingereist sind und die nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den Entscheid im Ausland abzuwarten (Abs. 1); werden die

Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt, so kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten (Abs. 2). Daraus leitet die Rechtsprechung ab, dass der Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens zu gestatten ist, falls die Voraussetzungen eines gesetzlichen, verfassungs- oder konventionsrechtlichen Anspruchs auf Bewilligung mit grosser Wahrscheinlichkeit gegeben sind (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 40 f.; Urteil 2C\_199/2016 vom 29. März 2016 E. 2).

2.2. Die Beschwerdeführerinnen haben keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Bereits darum fehlt es an der nach Art. 17 Abs. 2 AuG erforderlichen grossen Wahrscheinlichkeit, dass dem Bewilligungsgesuch entsprochen werden kann, sodass die Voraussetzungen für die Gestattung des vorläufigen Aufenthalts nicht erfüllt sind. Insbesondere sind die Voraussetzungen für eine Berufung auf Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK nicht erfüllt. Dass das Amt für Migration den weiteren Aufenthalt in der Schweiz bis zu seinererstinstanzlichen Entscheidung gestattete, ist für den Verlauf des Rechtsmittelverfahrens nicht ausschlaggebend. Die Beschwerdeführerinnen machen indessen geltend, in ihrem Heimatland seien sie an Leben und in ihrem Recht auf Sicherheit sowie in ihrer persönlichen Freiheit bedroht; die Verweigerung des vorläufigen Aufenthalts verletze Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 5 Abs. 1 EMRK resp. Art. 10 BV wie auch das Willkürverbot, zudem in Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 Art. 11 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen). Sie verweisen dazu auf während ihres Aufenthalts im Heimatland erlittene Drohungen und Gewalt durch C.\_\_\_\_\_, den ehemaligen Partner der Beschwerdeführerin 1 bzw. den Vater der Beschwerdeführerin 2. Ebenso erwähnen sie, dass C.\_\_\_\_\_ sie im August 2015 in der Schweiz heftig bedroht hat; er wurde wegen dieser Drohungen mit Strafbefehl vom 21. August 2015 zu einer bedingten Geldstrafe von 100 Tagessätzen verurteilt, wobei der Verurteilung nicht allein die Drohungen, sondern auch illegale Einreise und Aufenthalt zugrunde lagen.

Das Kantonsgericht bestätigt in dieser Hinsicht die Auffassung seiner Vorinstanz, dass eine Rückkehr nach Bosnien und Herzegowina zumutbar sei; es hält fest, es gebe keine objektiven Hinweise und belegten Vorfälle, die untermauern würden, dass das Land nicht in der Lage sei, seine Bürgerinnen und Bürger vor tätlichen Übergriffen oder Gewaltdelikten zu schützen. Es kam zu dieser Einschätzung trotz der nicht tolerierbaren Verhaltensweise des ehemaligen Freundes der Beschwerdeführerin 1. Das Amt für Migration befasste sich in seiner Verfügung, die dem vom Verwaltungsgericht bestätigten Zwischenentscheid des Departements zugrunde liegt, ausführlich mit den Vorfällen häuslicher Gewalt in Bosnien und Herzegowina und mit dem Tätigwerden der dortigen Behörden. Es wertete die - unbestrittenen - Bedrohungen, die die Beschwerdeführerinnen in ihrer Heimat erwarten könnten, u.a. auch im Lichte der Vorfälle im Sommer 2015 in der Schweiz selber, und relativierte die Gefährdung; es schloss namentlich auf ein funktionierendes Rechtsschutzsystem in Bosnien und Herzegowina (E. 4 der Verfügung des Migrationsamts). Auf diese umfassende Darstellung der Situation gehen die Beschwerdeführerinnen in ihrer dem Bundesgericht unterbreiteten Rechtsschrift

nicht ein; mit einem Verweis auf kantonale Rechtsschriften wird der Begründungspflicht nicht nachgekommen (BGE 138 IV 47 E. 2.8.1 S. 54; 134 I 303 E. 1.3 S. 306; 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.). Mit den Äusserungen auf S. 6 Rz 8 der Beschwerdeschrift lässt sich unter den gegebenen Umständen nicht dartun, dass bzw. inwiefern die Verweigerung des vorläufigen Aufenthalts die angerufenen Grundrechte der EMRK und die geltend gemachten verfassungsmässigen Rechte verletze.

### 3.

3.1. Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Als aussichtslos sind Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 140 V 521 E. 9.1 S. 537; 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f.; 128 I 225 E. 2.5.3 S. 235 f.; BGE 125 II 265 E. 4b S. 275; 124 I 304 E. 2c S. 306). Die Verfügung über die Gewährung oder Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege beruht auf einer Einschätzung prima facie.

3.2. Das Verwaltungsgericht erkennt, dass die Beschwerdeführerinnen angesichts der ausführlichen Begründung seiner Vorinstanz über die Frage des prozeduralen Aufenthalts und des Umstands, dass sie keine neuen rechtlichen Aspekte oder relevanten Tatsachen vorbringen würden, nicht ernsthaft mit der Gutheissung der Beschwerde rechnen konnten. Die Beschwerdeführerinnen erwähnen § 131 Abs. 3 VRG, welcher die Rechtsmittelinstanz ermächtigt, nötigenfalls sofort vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Sie machen im Wesentlichen geltend, es liege im Ermessen der Rechtsmittelinstanz, ob sie Massnahmen anordne oder nicht; ein Gesuch, welches auf die Ausübung des Ermessens abzielt, könne nicht per se aussichtslos sein, eben weil ein Ermessensspielraum bestehe; bei Ermessensentscheiden könne nicht im Voraus mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bestimmt werden, wie die betreffende Behörde ihr Ermessen ausüben werde bzw. dass sie dieses Ermessen zu Ungunsten der Partei ausüben würde. Damit lässt sich die behauptete Willkür nicht dartun. Das Verwaltungsgericht hatte über die Erfolgsaussichten einer Beschwerde gegen einen konkret schon getroffenen Ermessensentscheid zu befinden, nicht jedoch über die Wahrscheinlichkeit des Resultats eines noch zu treffenden Ermessensentscheids. Dabei durfte es die Besonderheiten, die das ausländerrechtliche Verfahren prägen, namentlich die Tragweite von Art. 17 Abs. 2 AuG, berücksichtigen. In Verbindung mit der vorausgehenden E. 3 seines Urteils, die wie gesehen bundesgerichtlicher Prüfung standhält, lässt sich nicht beanstanden, wenn es zur Auffassung kam, die bei ihm eingereichte Beschwerde sei aussichtslos. Namentlich ist die Rüge nicht ausreichender Motivation des Entscheids über die unentgeltliche Rechtspflege unbegründet, ergibt sich doch aus E. 5.3 in Verbindung mit E. 3 des kantonsgerichtlichen Urteils mit genügender Klarheit, worauf der Schluss auf Aussichtslosigkeit der Beschwerde beruht (vgl. BGE 141 V 557 E. 3.2.1 S. 565; 138 IV 81 E. 2.2 S. 84; 136 I 229 E. 5.2 S. 236).

Das Kantonsgericht hat Art. 29 Abs. 3 BV nicht verletzt.

4.

Die Verfassungsbeschwerde ist offensichtlich unbegründet und im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 BGG abzuweisen.

5.

Dem auch für das bundesgerichtliche Verfahren gestellten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist schon darum nicht zu entsprechen, weil sie aussichtslos erschien (Art. 64 BGG). Damit sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführerinnen nach Massgabe von Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 erster Satz und Abs. 5 BGG aufzuerlegen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird nicht eingetreten.

2.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen.

3.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000 werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftung auferlegt.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Kantonsgericht Luzern, 4. Abteilung, und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 4. August 2016

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Feller