

# BGer 2C 160/2016 vom 15. November 2016

Bundesgericht, 2016-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_160\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_160_2016)

FR: TF 2C 160/2016 du 15 novembre 2016

IT: TF 2C 160/2016 del 15 novembre 2016

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Bürgerrecht und Ausländerrecht

## Erwägungen

### E. 1

Der angefochtene Entscheid wurde von einer letzten kantonalen Gerichtsinstanz in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts erlassen und schliesst das kantonale Verfahren ab, weshalb die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich offen steht (vgl. Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 90 BGG). Gemäss Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ist die Beschwerde unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet des Ausländerrechts betreffend Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt. Das Begehren des Beschwerdeführers beruht auf einem gesetzlichen Rechtsanspruch, nämlich auf Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20), wonach ausländische Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung haben. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten steht damit offen. Auf die Verfassungsbeschwerde als subsidiäres Rechtsmittel ( Art. 113 BGG ) ist dagegen nicht einzutreten.

### E. 2.1

Während gemäss Art. 43 Abs. 1 AuG ausländische Ehegatten einer Person mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung haben, kann dem Ehegatten einer Person mit Aufenthaltsbewilligung unter bestimmten Voraussetzungen diese Bewilligung erteilt werden (Art. 44 AuG). Der Anspruch auf Familiennachzug muss gemäss Art. 47 Abs. 1 AuG innert fünf Jahren geltend gemacht werden; ein nachträglicher Familiennachzug wird nur bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden (Abs. 4). Die Fristen beginnen bei Familienangehörigen von Ausländerinnen und Ausländern mit der Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG) zu laufen, allerdings erst mit dem Inkrafttreten des Ausländergesetzes - am 1. Januar 2008 (AS 2007 5489) -, sofern vor diesem Zeitpunkt die Einreise erfolgte oder das Familienverhältnis entstand (Art. 126 Abs. 3 AuG). Die Nachzugsfrist von Art. 47 Abs. 1 AuG gilt unabhängig davon, ob die ausländische Person über die Niederlassungs- oder die Aufenthaltsbewilligung verfügt und ob ein Anspruch auf Familiennachzug besteht oder nicht ( BGE 137 II 393 E. 3.3 S. 395). Ein Statuswechsel von einer Aufenthalts- zur Niederlassungsbewilligung löst keine neue Frist aus, wenn ein fristgerechtes Gesuch zuvor nicht gestellt worden ist. Anders verhält es sich allerdings, wenn dieses Gesuch gestellt, es aber abgelehnt worden ist. Diesfalls ist den Betroffenen nicht verwehrt, erneut um Nachzug zu ersuchen, sobald sich ihr

ausländerrechtlicher Status ändert und damit auch die Nachzugsvoraussetzungen bessere sind, namentlich wenn mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung oder gar der Einbürgerung ein Rechtsanspruch auf Nachzug entsteht (Art. 42 und 43 AuG). Allerdings muss sowohl das erste Gesuch wie auch das spätere innerhalb der gesetzlichen Frist eingereicht worden sein ( BGE 137 II 393 E. 3.3 S. 397).

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer hat bereits im Jahre 2006, noch vor Inkrafttreten des Ausländergesetzes, um Familiennachzug ersucht. In jenem Zeitpunkt verfügte er über die Niederlassungsbewilligung. Diese ist allerdings am 10. September 2008 widerrufen worden, wobei das Nachzugsgesuch abgewiesen wurde. Der Beschwerdeführer focht diesen Widerruf an, nicht zugleich aber auch die Verweigerung des Familiennachzugs. Die kantonalen Behörden leiten daraus ab, dass er freiwillig auf den Familiennachzug verzichtet habe und sein Gesuch vom 9. Juli 2014 die Nachzugsfrist von fünf Jahren, gerechnet ab Inkrafttreten des Ausländergesetzes anfangs 2008, nicht wahre. Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden. Der erstinstanzliche Widerruf der Niederlassungsbewilligung bewirkt zwar nicht, dass diese entfiel, hat der Beschwerdeführer dagegen doch ein Rechtsmittel eingelegt und bestand insofern bei Inkrafttreten des Ausländergesetzes formell noch ein gesetzlicher Nachzugsanspruch. Ein erstinstanzlicher Widerruf einer Bewilligung bewirkt aber immerhin einen ausländerrechtlichen Schwebezustand, der dazu führt, dass regelmässig keine Nachzugsbewilligung erteilt wird, bis auf dem Rechtsmittelweg über den Widerruf entschieden ist ( BGE 127 II 60 E. 1c S. 63 f.; 126 II 269 E. 2d S. 272 f.). Zwar hätte der Beschwerdeführer zusammen mit dem Widerruf der Niederlassungsbewilligung auch die Verweigerung des Familiennachzugs anfechten können. Dass er das nicht getan hat, kann ihm für die Wahrung der Nachzugsfristen aber nicht entgegengehalten werden. Denn diese setzen zwar voraus, dass das Gesuch gestellt wird, sobald ein solches möglich ist, verlangen aber nicht, dass auch Rechtsmittel ergriffen werden. Im Falle einer Abweisung eines Nachzugsgesuchs ist einer betroffenen Familie nicht verwehrt, bei Verbesserung des ausländerrechtlichen Status erneut ein Gesuch zu stellen. Die Voraussetzung für ein erfolgversprechendes Gesuch war hier wieder erfüllt, als am 3. Oktober 2012 der Regierungsrat des Kantons Zürich zwar den Widerruf der Niederlassungsbewilligung bestätigte, zugleich aber die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung anordnete. Erst in diesem Zeitpunkt war der ausländerrechtliche Status des Beschwerdeführers nicht mehr in der Schwebe und konnte er wieder mit der Aussicht auf Erfolg gestützt auf Art. 44 AuG ein Familiennachzugsgesuch stellen. Die fünfjährige Nachzugsfrist ist mit dem Gesuch um Nachzug der Ehefrau vom 11. September 2006 und vom 9. Juli 2014 gewahrt.

### **E. 2.3**

Das Migrationsamt des Kantons Zürich ist damit anzuweisen, der Ehefrau des Beschwerdeführers die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

### **E. 3**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist demnach gutzuheissen, während auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten ist. Entsprechend diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG ). Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer jedoch für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ). Für die Regelung der Kosten- und

Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens ist die Angelegenheit an das  
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zurückzuweisen ( Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG ).

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