

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00104 vom 30. Juli 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-07-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2003.00104](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00104)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00104 du 30 juillet 2003

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00104 del 30 luglio 2003

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug) | Familiennachzug. Massgebliche Änderung der Betreuungsverhältnisse durch den Tod der Grossmutter, welche die Beschwerdeführerin im Heimatland betreut hatte. Fürsorgeabhängigkeit als möglicher Grund zur Verweigerung einer Anwesenheitsbewilligung. Rückweisung. Eintreten: Anwesenheitsanspruch aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV und Art. 17 ANAG (E. 1b). Streitgegenstand: Unzulässige Ausdehnung durch den Antrag auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (E. 1c). Kein Anspruch auf mündliche Anhörung nach der UN-Kinderrechtskonvention (E. 2). Der Familiennachzug durch einen Elternteil setzt eine vorrangige Beziehung und die Notwendigkeit zu deren Pflege voraus (E. 3). Das Ableben der Grossmutter, welche die Beschwerdeführerin bisher betreut hatte, kann vom Verwaltungsgericht berücksichtigt werden (E. 4a). Es hat zu einer massgeblichen Änderung der Verhältnisse geführt, aufgrund deren die Vorrangigkeit der Beziehung und die Notwendigkeit des Nachzugs zu bejahen sind (E. 4c). Vorfrageweise Prüfung des Anspruchs auf eine Niederlassungsbewilligung: Verneinen eines Verstosses gegen die öffentliche Ordnung; Vorliegen einer tauglichen Familienwohnung. Ungenügend erstellter Sachverhalt in Bezug auf die Fürsorgeabhängigkeit (E. 4d). Rückweisung an die erste Instanz (E. 5). Aufrechterhalten der vorinstanzlichen Kostenverlegung (E. 6).

## Erwägungen

### E. 4

In der Beschwerde an das Verwaltungsgericht wurde als neue Tatsache vorgebracht, dass die Grossmutter der Beschwerdeführerin am 1. Dezember 2002 verstorben sei. Während der Regierungsrat darin eine wesentliche Veränderung des Sachverhalts erblickt, die zu einem Neuentscheid durch die Beschwerdegegnerin Anlass geben könnte, hält Letztere gemäss ihrer verspätet eingereichten Beschwerdeantwort an ihrer Verfügung fest. a) Die Grossmutter der Beschwerdeführerin ist verstorben, bevor die Vorinstanz am 5. Februar 2003 ihren Entscheid gefällt hat, während der Registereintrag (6. Februar 2003) und die Ausstellung des Totenscheins (25. Februar 2003) erst später erfolgten. Wann die Beschwerdeführerin vom Tod ihrer Grossmutter erfahren hat, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Die Vorinstanz wurde in den rund zwei Monaten, die zwischen dem Todesfall und ihrem Entscheid verstrichen sind, nicht über die Änderung der Sachlage informiert, und in der Beschwerde an das Verwaltungsgericht werden hierfür keine Gründe angegeben. Diese Fragen sind jedoch ohnehin nicht von Belang, weil der Tod der Grossmutter vom Verwaltungsgericht jedenfalls berücksichtigt werden kann. Ist auch grundsätzlich für den Rechtsmittelentscheid die Sachlage im Zeitpunkt des Erlasses der erstinstanzlichen Verfügung massgebend, so können doch seither eingetretene Tatsachen beachtet werden

(Kölz/Bosshart/Röhl, § 52 N. 17). Sodann sind in allen Beschwerdeverfahren ohne eigentliche gerichtliche Vorinstanz neue Tatsachenbehauptungen – soweit sie Begehren stützen sollen, die sich im Rahmen des Streitgegenstands halten – zulässig (§ 52 Abs. 2 VRG e contrario; Kölz/Bosshart/Röhl, § 52 N. 12). Dies gilt selbst dann, wenn sie bereits vor der Vorinstanz hätten vorgebracht werden können (Kölz/Bosshart/Röhl, § 52 N. 7). Die neu geltend gemachte Tatsache kann deshalb – unabhängig davon, ob sie im Zeitpunkt des Regierungsratsbeschlusses der Beschwerdeführerin bereits bekannt gewesen war – vom Verwaltungsgericht beachtet werden. b) Der beigebrachte amtliche Totenschein trägt die Unterschrift einer Zivilstandsbeamtin sowie Marke und Stempel der Republik S und bestätigt das Ableben von Frau G, geboren 1943 in U. Diese Personalien stimmen mit den registrierten und den von der Beschwerdeführerin in einer Stellungnahme vom 13. Dezember 2001 zuhanden der Rekursbehörde angegebenen überein. Grundsätzlich bestehen weder an der Echtheit der Urkunde noch an der Identität der Verstorbenen mit der Grossmutter der Beschwerdeführerin begründete Zweifel. Da ohnehin eine Rückweisung vorzunehmen ist (hinten d/dd), kann es allerdings der Beschwerdegegnerin anheim gestellt werden, eine allenfalls bestehende strengere Praxis betreffend die formellen Anforderungen an Beweisurkunden auch im vorliegenden Fall durchzusetzen und von der Beschwerdeführerin eine usanzgemässe Bestätigung des Totenscheins zu verlangen. c) Sofern der Tod der Grossmutter als bewiesen gelten kann, ist von einer massgeblichen Änderung der Verhältnisse auszugehen: aa) Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann sich die Frage des nachträglichen Familiennachzugs in der Regel nur dann ernsthaft stellen, wenn die betreffenden Kinder, die während mehrerer Jahre im Ausland von andern Familienangehörigen betreut wurden, im Zeitpunkt der Gesuchstellung noch längst nicht 18 Jahre alt sind, wenn weiter Gewähr besteht, dass sie sich unter der Führung des hier lebenden Elternteils in der Schweiz angemessen integrieren können, und wenn schliesslich stichhaltige Gründe für die Änderung der Betreuungsverhältnisse vorliegen (BGr, 26. Juli 1999, AJP 2000, S. 106 E. 4a, mit Hinweisen auf unveröffentlichte Urteile). bb) Die Beschwerdeführerin, die rund vier Jahre von ihrer Grossmutter betreut worden war, war im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung knapp 15 Jahre alt, wodurch der nachträgliche Familiennachzug noch nicht ausgeschlossen wird. Eine angemessene Integration wird durch das Zeugnis der Schule für Haushalt und Lebensgestaltung in Zürich belegt, wo die Beschwerdeführerin in einem Fortbildungsjahr einen Integrationskurs absolviert: Ihre Leistungen sind insgesamt als gut zu bezeichnen (Durchschnittsnote 5), und ihr Verhalten wird sogar als sehr gut bewertet. Zwar erklärt die Vorinstanz in anderem Zusammenhang den Besuch der Integrationsklasse für belanglos, weil die Beschwerdeführerin mit einem auf 90 Tage befristeten Visum in die Schweiz eingereist ist und ihre Mutter einen Tag darauf ein Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung gestellt hat, worin ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu sehen sei, das der Beschwerdeführerin nicht zum Vorteil gereichen dürfe. Doch ginge es nicht an, die Integrationschancen aufgrund fiktiver Annahmen zu beurteilen, während Belege für eine tatsächliche Integration vorliegen. Schliesslich stellt der Tod der Grossmutter einen stichhaltigen Grund für eine Änderung der Betreuungsverhältnisse dar: Wie in der Beschwerdeschrift zutreffend bemerkt wird, sind auch die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass die Betreuung einzig durch die Grossmutter erfolgte. Die Praxis sieht nicht vor, dass der in der Schweiz ansässige Elternteil sein Kind erst dann nachziehen kann, wenn es an einer alternativen Betreuungsmöglichkeit im Heimatland überhaupt fehlt. In den Worten des Bundesgerichts kann es "nicht Sache der mit der Anwendung des Ausländerrechts betrauten Behörden sein, anstelle der betroffenen

Familienmitglieder darüber zu befinden, wie nach dem ... Tod der Grossmutter ... die Betreuungsverhältnisse neu gestaltet werden sollen, und daraus ausländerrechtliche Konsequenzen zu ziehen" (BGr, 26. Juli 1999, AJP 2000, S. 106 E. 4c [mit Hinweis]; vgl. auch BGE 125 II 585 E. 2c; Grant, S. 160 ff.). Ob Betreuungsfunktionen durch den in den Akten erwähnten Onkel der Beschwerdeführerin oder allenfalls durch weitere Verwandte im Heimatland übernommen werden könnten (was die Beschwerdeführerin bestreitet), ist demnach nicht von Belang. cc) Schliesslich ist auch nicht entscheidend, dass die Beschwerdeführerin beim Ableben ihrer Grossmutter bereits knapp 17 Jahre alt war und demzufolge keiner umfassenden Betreuung mehr bedurfte (vgl. auch BGr, 26. Juli 1999, AJP 2000, S. 106 E. 4c). Da das Gesetz eine Alterslimite von 18 Jahren für den Familiennachzug vorsieht, ist erst das Erreichen dieser Altersgrenze als Schritt in die Unabhängigkeit anzusehen (vgl. BGE 120 Ib 257 E. 1e). Dass bis zum Erreichen der gesetzlichen (bzw. verfassungsmässigen) Altersgrenze von 18 Jahren grundsätzlich ein Anspruch auf Familiennachzug besteht, ist zwar gegebenenfalls dann unbeachtlich, wenn der Familiennachzug nicht das familiäre Zusammenleben zum Ziel hat, sondern dem Kind ein wirtschaftliches Fortkommen in der Schweiz ermöglichen soll, was als Rechtsmissbrauch bewertet wird. Hierfür bestehen jedoch im vorliegenden Fall – entgegen der Ansicht der Vorinstanz, es sei "der Mutter [nicht] wirklich an einer Beziehung zur [Beschwerdeführerin] gelegen" – keine genügenden Anzeichen: Das Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung wurde gestellt, als die Beschwerdeführerin knapp 15 Jahre alt war, und die Mutter machte zur Begründung unter anderem geltend, dass sie ihrer Tochter "sehr fehle" (was ohne weiteres nachvollziehbar ist), während das Zusammenleben mit der kranken Grossmutter die Beschwerdeführerin deprimiere. dd) Zusammenfassend: Sofern der Tod der Grossmutter als bewiesen gelten kann, ist dadurch eine massgebliche Änderung der Verhältnisse eingetreten, aufgrund deren die Vorrangigkeit der Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrer Mutter und die Notwendigkeit des Familiennachzugs neuerdings zu bejahen sind. d) aa) Vorliegend kann zwar nur das Begehren um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung behandelt werden, doch ist als Vorfrage zu behandeln, ob die Beschwerdeführerin gegebenenfalls sogar einen Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung hätte. Ein solcher ergäbe sich hier grundsätzlich aus Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG. Nach Art. 11 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer ist "[v]or Erteilung der Niederlassungsbewilligung ... das bisherige Verhalten des Ausländers nochmals eingehend zu prüfen". Sofern ein gesetzlicher Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung besteht, beschränkt sich allerdings die Prüfung auf die im Gesetz abschliessend formulierten Kriterien, namentlich auf das Vorliegen von Ausweisungsgründen oder Verstössen gegen die öffentliche Ordnung (Spescha/Sträuli, S. 124; vgl. Art. 17 Abs. 2 Satz 4 ANAG). bb) Der illegale Nachzug eines Kindes stellt einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dar (BGE 122 II 385 E. 3b). Die Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz und ihr seither andauernder Aufenthalt im Land können jedoch nicht als illegal bewertet werden: Zwar ist die Beschwerdeführerin am 3. Dezember 2000 mit einem auf 90 Tage befristeten Visum in die Schweiz eingereist und hat ihre Mutter tags darauf ein Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung gestellt. Dies legt die Schlussfolgerung nahe, dass die Einreise mit der Absicht des dauernden Aufenthalts erfolgte, obwohl sie unter dem Vorbehalt der fristgemässen Wiederausreise bewilligt worden war (Art. 1 Abs. 2 lit. c der Verordnung vom 14. Januar 1998 über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern). Selbst wenn dies zutreffen sollte, wäre

es vorliegend jedoch nicht entscheidend: Zum einen hatte die Beschwerdeführerin aus Art. 8 EMRK, Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 9 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 2 KRK einen Anspruch auf Besuchsaufenthalte, der selbst dann nicht von vornherein hätte ausgeschlossen werden können, wenn die Rückreise nicht gesichert gewesen sein sollte (Peter Uebersax in: Peter Uebersax/Peter Münch/Thomas Geiser/Martin Arnold [Hrsg.], Ausländerrecht, Basel/Genf/München 2002, Rz. 5.29 f.). Zum andern erliess die Beschwerdegegnerin ihre ablehnende Verfügung noch während der ursprünglichen Aufenthaltsdauer (nämlich am 27. Februar 2001), wobei sie eine Frist zum Verlassen des zürcherischen Kantonsgebiets bis zum 30. April 2001 gewährte. Seither hält sich die Beschwerdeführerin mit einem provisorischen Anwesenheitsrecht infolge der eingelegten Rechtsmittel in der Schweiz auf (vgl. auch RB 1997 Nr. 11), und es kann ihr aufgrund der Aktenlage nicht unterstellt werden, sie hätte die Verpflichtung zur Rückreise gegebenenfalls nicht eingehalten. cc) Laut Bundesgericht kann von der niedergelassenen Person verlangt werden, dass sie über eine taugliche Wohnung verfügt, um die Gesamtfamilie zu beherbergen. Offen gelassen wurde hingegen, ob die Erfüllung der Anforderung von Art. 39 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer verlangt werden kann (BGE 119 Ib 81 E. 2c). Die Beschwerdeführerin bewohnt mit ihrer Mutter und ihrem Stiefvater zwei nebeneinander liegende Studios in Zürich-Aussersihl. Obwohl damit eingeständenermassen keine ideale Familienwohnung besteht, sind die Studios jedenfalls tauglich, um drei Personen aufzunehmen, kann doch jedes von ihnen nach Mietvertrag als Wohnung für eine bis zwei Personen verwendet werden. Ob und welche Anforderungen überhaupt an die Familienwohnung gestellt werden können, kann demnach offen bleiben. dd) Sodann kann es sich rechtfertigen, von der Erteilung der Niederlassungsbewilligung abzusehen, wenn der Nachzug eines Familienangehörigen die Gefahr von Fürsorgeabhängigkeit für die Beteiligten mit sich bringt. Finanzielle Gründe können jedoch einem Familiennachzug nur entgegengehalten werden, wenn für die Beteiligten konkret die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG besteht und auch die übrigen Voraussetzungen einer Ausweisung oder Heimschaffung erfüllt sind; blosse Bedenken genügen nicht (BGr, 23. Mai 2002, 2A.46/2002, E. 3.5.3, 5. Juni 2001, 2A.11/2001, E. 3+4 [beide Entscheide unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)]; BGE 122 II 1 E. 3c, 119 Ib 81 E. 2d; vgl. auch Niccolò Raselli/Christina Hausammann in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Rz. 13.52). Dabei ist von den aktuellen Verhältnissen auszugehen, die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung aber in längerfristiger Sichtweise abzuwägen. Weiter darf auch nicht einzig auf das Einkommen des hier anwesenden Familienangehörigen abgestellt werden, sondern es sind die finanziellen Möglichkeiten aller Familienmitglieder auf längere Frist zu betrachten (BGE 122 II 1 E. 3c). Am 31. Januar 2003 hat das Sozialamt der Stadt Zürich die Beschwerdegegnerin um Auskunft ersucht, weil sie um Leistung wirtschaftlicher Hilfe für die "arbeits- und mittel[e]" Mutter der Beschwerdeführerin angegangen worden sei. In den Akten finden sich keine weiteren Hinweise auf die finanzielle Situation der Mutter und des Stiefvaters der Beschwerdeführerin. Insofern ist der Sachverhalt nicht erstellt. Die ungeklärte Frage betrifft ein massgebliches Sachverhaltselement, obwohl es höchst unwahrscheinlich ist, dass der Beschwerdeführerin die Anwesenheit in der Schweiz wegen der (allfälligen) Fürsorgeabhängigkeit ihrer Mutter zu verweigern wäre: Immerhin müsste nicht nur eine fortgesetzte und erhebliche Fürsorgeabhängigkeit vorliegen; es müssten auch die übrigen Voraussetzungen einer Ausweisung oder Heimschaffung gegeben sein. Da deshalb eine

Abwägung unter Berücksichtigung der Interessen aller Familienmitglieder vorzunehmen wäre (Art. 8 Abs. 2 EMRK, Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 3 ANAG) und es sich beim Stiefvater der Beschwerdeführerin um einen Schweizer handelt, dem wohl nicht zuzumuten wäre, seiner Ehefrau in ihr Heimatland zu folgen, käme diese Möglichkeit allenfalls dann infrage, wenn die Ehe zwischen E und F nicht mehr gelebt würde. Dies kann immerhin angesichts der getrennten (wenn auch nebeneinander liegenden) Wohnungen und einer anscheinend einmal ausgesprochenen gerichtlichen Trennung nicht von vornherein ausgeschlossen werden. ee) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, während der Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung nur vorfrageweise geprüft wird. Die Ungewissheit, ob die Voraussetzungen zur Erteilung einer Niederlassungsbewilligung erfüllt sind, schliesse deshalb grundsätzlich die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung nicht aus: Diese vermittelt weniger Rechte, weshalb in der Regel weniger strenge Anforderungen erfüllt sein müssen. Doch können die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellenden auch bei der Prüfung, ob eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen ist, beachtet werden. Zudem wird der vorliegend geltend gemachte Anspruch aus Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG einzig aus prozessualen Gründen als Aufenthalts- und nicht als Niederlassungsanspruch behandelt. Es drängt sich nicht auf, weniger strenge Anforderungen aufzustellen. Demnach kann auch über die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung nicht reformatorisch entschieden werden, weil hierzu notwendige Sachverhaltselemente nicht bekannt sind.

## **E. 5**

a) Das Verwaltungsgericht kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung zurückweisen, insbesondere wenn mit der angefochtenen Anordnung nicht auf die Sache eingetreten oder der Tatbestand ungenügend festgestellt wurde (§ 64 Abs. 1 VRG). Das Gesetz zählt die Fälle, in denen eine Rückweisung vorgenommen werden kann, allerdings nicht abschliessend auf; das Verwaltungsgericht kann nach seinem Ermessen auch aus andern Gründen zurückweisen (Kölz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 1). Über den Wortlaut des Gesetzes hinaus kommt auch eine Rückweisung an eine untere Instanz infrage (Kölz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 6). Im vorliegenden Fall wird eine Rückweisung notwendig, weil eine neu eingetretene, massgebliche Tatsache neue Sachverhaltsabklärungen erfordert. Da die Fachkompetenz hierzu vor allem bei der Beschwerdegegnerin vorhanden ist, wird die Sache direkt an diese zurückgewiesen. Dieses Vorgehen entspricht im Übrigen auch der Ansicht der Vorinstanz. b) Demnach ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, soweit auf sie eingetreten wird, und die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zur Abklärung zurückzuweisen, ob die finanziellen Verhältnisse der Familie der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung entgegenstehen. Dabei steht es der Beschwerdegegnerin frei, im Rahmen ihrer Praxis weitere Beweise für den Tod der Grossmutter einzufordern. Anzuführen ist, dass die Aufenthaltsbewilligung auch zu erteilen sein wird, wenn das Verfahren erst nach dem herannahenden 18. Geburtstag der Beschwerdeführerin abgeschlossen wird, sofern sich ergibt, dass die entsprechenden Voraussetzungen gemäss den obigen Erwägungen gegeben sind, bevor die Beschwerdeführerin die Alterslimite von Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG erreicht.

## **E. 6**

Angesichts des Verfahrensausgangs sind die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung – die

Kosten des Rekursverfahrens wurden der heutigen Beschwerdeführerin auferlegt – ist aufrecht zu erhalten, da die Beschwerde aus einem nachträglich eingetretenen (bzw. nicht rechtzeitig mitgeteilten) Grund und nicht aufgrund eines Mangels des vorinstanzlichen Entscheids teilweise gutzuheissen ist (vgl. auch § 13 Abs. 2 Satz 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit auf sie eingetreten wird. Die Verfügung der Direktion für Soziales und Sicherheit vom 27. Februar 2001 sowie Dispositiv-Ziffern I und II des Beschlusses des Regierungsrats vom 5. Februar 2003 werden aufgehoben, und die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zur ergänzenden Untersuchung und zum Neuentscheid im Sinn der Erwägungen zurückgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 60.-- Zustellungskosten, Fr. 2'060.-- Total der Kosten. 3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen. 5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben werden. 6. ...

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