

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00416 vom 21. September 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-09-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00416

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00416 du 21 septembre 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00416 del 21 settembre 2011

Regeste

Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug) | Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug)
Zuständigkeit (E. 1). Es besteht kein Staatsvertrag, welcher dem Beschwerdeführer 1 einen Anwesenheitsanspruch vermittelte (E. 2.1). Hinsichtlich der Altersgrenze von 18 Jahren im Sinn des Art. 42 Abs. 1 AuG ist auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen. Die erst nach Gesuchseinreichung erfolgte Einbürgerung eines Angehörigen ist als neue Tatsache zu berücksichtigen (E. 2.2). Der Anspruch auf Familiennachzug muss binnen fünfjähriger beziehungsweise bei Kindern über zwölf Jahren binnen zwölfmonatiger Frist geltend gemacht werden (E. 3.1). Bei Familienangehörigen von Schweizern beginnt diese Frist mit Einreise in die Schweiz oder mit Entstehung des Familienverhältnisses zu laufen, bei Angehörigen von Ausländern - so Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG - mit Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (E. 3.2). Umstritten ist, ob das Gesuch rechtzeitig gestellt wurde (E. 3.3 f.). Aus Gesetz und Materialien geht nicht eindeutig hervor, wann die Frist zu laufen beginnt, wenn ein Wechsel des Aufenthaltstitels stattfindet und damit ein gesetzlicher Anspruch auf Familiennachzug entsteht (E. 3.5). Eine Verwirkungsfrist kann erst zu laufen beginnen, nachdem der entsprechende gesetzliche Anspruch entstanden ist (E. 3.6). Die Fristen nach Art. 47 Abs. 1 AuG beginnen daher erst mit Entstehung des gesetzlichen Anspruchs, vorliegend mit der Einbürgerung, zu laufen (E. 3.7). Rechtsmissbrauch oder Widerrufsgründe liegen nicht vor (E. 4.1). Die Beschwerdeführer verfügen demnach über einen Nachzugsanspruch und haben die Nachzugsfrist eingehalten (E. 4.2). Nebenfolgen (E. 5). Gutheissung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2011.00416 Urteil der 4. Kammer vom 21. September 2011 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiber Philip Conradin. In Sachen 1. A, wohnhaft im Ausland, 2. B, beide vertreten durch RA D, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug), hat sich ergeben: I. A. B, ein 1960 geborener Ausländer, war mit einer Landsfrau verheiratet, als die Ehe im September 1994 geschieden wurde. Der aus dieser Ehe hervorgegangene Sohn A (geboren am 17. März 1992) und eine 1990 geborene Tochter wurden unter die elterliche Sorge des Vaters gestellt. Mitte 1998 heiratete B eine 1942 geborene Schweizerin. Ende desselben Jahrs reiste er in die Schweiz ein und bekam eine Aufenthaltsbewilligung. Im Jahr 2003 wurde ihm deren Verlängerung verweigert (vgl. BGr, 23. September 2004, 2A.527/2004). Im Juni 2004 wurde diese Ehe

geschieden und im März 2005 heiratete er eine 1940 geborene Schweizerin (welche von 1987 bis 1992 bereits mit einem Bruder von B verheiratet gewesen war). Seither wurde B die Aufenthaltsbewilligung stets verlängert. Am 10. Dezember 2006 stellte B ein Gesuch um Nachzug seiner beiden Kinder aus erster Ehe, welches indessen abgewiesen wurde. B. In der Folge wurden Gesuche von A um Bewilligung zur besuchsweisen Einreise in den Jahren 2008 und 2009 abgewiesen. C. Am 14. Januar 2010 reiste A in die Schweiz ein und stellte tags darauf ein "Gesuch um Einreisebewilligung" zum unbefristeten Verbleib beim Vater. Dessen Eingang bestätigte die Sicherheitsdirektion (Migrationsamt) des Kantons Zürich Mitte Februar mit dem Hinweis, dass er spätestens bei Ablauf des bewilligungsfreien Aufenthalts Mitte April 2010 zur Ausreise verpflichtet sei. A teilte dem Migrationsamt daraufhin mit, er sei sich seiner Ausreisepflicht bewusst, habe schon lange seinen Vater besuchen wollen, was erst jetzt mit dem biometrischen Pass möglich geworden sei, und wies darauf hin, dass sein Vater bald Schweizer Bürger sein werde. Am 20. Mai 2010 informierte B das Migrationsamt darüber, dass er am 16. März 2010 eingebürgert worden sei. Mit Verfügung vom 26. Oktober 2010 wies das Migrationsamt das Gesuch um Familiennachzug vom 15. Januar 2010 ab. II. Hiergegen liessen A und B am 26. November 2010 rekurrieren. Die Sicherheitsdirektion wies den Rekurs mit Entscheid vom 30. Mai 2011 ab. III. Am 30. Juni liessen A und B Beschwerde ans Verwaltungsgericht erheben und beantragen, es seien unter Entschädigungsfolge der Rekursentscheid sowie die Verfügung des Migrationsamtes aufzuheben und A eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Die Sicherheitsdirektion liess sich am 7. Juli 2011 dahingehend vernehmen, die Beschwerde sei abzuweisen. Das Migrationsamt äusserte sich nicht zur Beschwerde. Am 22. Juli 2011 leistete A die ihm aufgrund Wohnsitzes im Ausland auferlegte Kaution in Höhe von Fr. 2'100.-. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit nach § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) von Amtes wegen. Gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a VRG ist das Verwaltungsgericht bei Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide über Anordnungen betreffend unter anderem das Aufenthaltsrecht zuständig (vgl. auch §§ 41–44 in Verbindung mit § 19 Abs. 3 Satz 1 VRG). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Ein Staatsvertrag im Sinn von Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) zwischen der Schweiz und dem Heimatstaat von A, welcher dem Beschwerdeführer 1 einen Anwesenheitsanspruch vermitteln würde, besteht nicht. 2.2 Ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Schweizer Bürgern, die keine Aufenthaltsbewilligung in einem EU- oder EFTA-Mitgliedstaat besitzen, haben Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 42 Abs. 1 AuG). Die Einbürgerung des Beschwerdeführers 2 erfolgte erst nach Stellung des Nachzugsgesuchs. Neue Tatsachen wie eine Einbürgerung und Beweismittel sind jedoch sowohl durch den Beschwerdegegner wie auch das Verwaltungsgericht zu berücksichtigen (BGr, 24. März 2009, 2C_607/2008, E. 3.3). Der Nachzug gestützt auf die Einbürgerung stellt daher nicht etwa ein neues Begehren dar, welches vom bisherigen Streitgegenstand nicht umfasst wäre. Demgegenüber ist hinsichtlich der Einhaltung der Altersgrenze von 18 Jahren auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen (BGE 136 II 497 E. 3.4). Zu diesem Zeitpunkt und auch zu jenem, als der Beschwerdeführer 2 eingebürgert wurde, war der Beschwerdeführer 1 noch nicht volljährig. Damit steht ihnen grundsätzlich ein Anspruch auf Familiennachzug nach Art. 42 Abs. 1 AuG zu. 3. 3.1 Gemäss Art. 47 Abs. 1 AuG muss der Anspruch auf

Familiennachzug innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden, bei Kindern über zwölf Jahren innerhalb von zwölf Monaten. Der Beschwerdeführer 1 war im Zeitpunkt des Gesuchs 17 Jahre alt. Damit kommt vorliegend die zwölfmonatige Nachzugsfrist nach Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AuG zur Anwendung.

3.2 Bei Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern beginnen diese Fristen mit der Einreise in die Schweiz – wenn diese bisher im Ausland lebten – oder mit der Entstehung des Familienverhältnisses zu laufen (Art. 47 Abs. 3 lit. a AuG; Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [BBl 2002, 3794]), für Familienangehörige von Ausländerinnen und Ausländern "mit der Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses" (Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG). Aufgrund der Übergangsregelung in Art. 126 Abs. 3 AuG fangen die Nachzugsfristen ab dem 1. Januar 2008 an zu laufen, wenn die Einreise vor Inkrafttreten des Ausländergesetzes (am selben Datum) erfolgt oder das Familienverhältnis vor diesem entstanden ist.

3.3 Die Vorinstanz und der Beschwerdegegner erwogen, das Nachzugsgesuch sei verspätet gestellt worden, da die zwölfmonatige Frist am 1. Januar 2008 zu laufen begonnen habe.

3.4 Die Beschwerde wendet hiergegen (wie schon der Rekurs) ein, Art. 126 Abs. 3 AuG erfasse Fälle wie den vorliegenden insofern unzureichend, als die Frist bereits verwirkt sei, bevor der entsprechende Anspruch überhaupt entstanden sei. Vorliegend sei der Rechtsanspruch auf Familiennachzug erst im Zeitpunkt der Einbürgerung am 16. März 2010 entstanden; damit könne die Frist nicht im Zeitpunkt der Einreise des Beschwerdeführers 2 zu laufen begonnen haben. Soweit die Vorinstanz solches einräumte, jedoch erwog, da es sich um eine Regelung in einem Bundesgesetz handle, erübrigten sich angesichts Art. 190 der Bundesverfassung (SR 101) weitere Ausführungen hierzu, macht die Beschwerde geltend, es handle sich nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, sondern vielmehr um eine echte Lücke, welche durch die Rechtsprechung zu füllen sei.

3.5 Es ist nicht eindeutig, wann die Fristen beginnen, wenn ein Wechsel des Aufenthaltstitels stattfindet und damit ein gesetzlicher Anspruch auf Familiennachzug entsteht, beispielsweise die um Familiennachzug ersuchende ausländische Person mit Aufenthaltsbewilligung eine Niederlassungsbewilligung erhält oder wie im vorliegenden Fall eingebürgert wird. Der Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 AuG verlangt jedenfalls nur, der Anspruch auf Familiennachzug müsse innerhalb der genannten Fristen geltend gemacht werden. Deswegen wurden in Art. 73 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) die Fristen für den Nachzug von Familienangehörigen von Personen mit Aufenthaltsbewilligung geregelt, dessen Bewilligung im pflichtgemässen Ermessen der Behörden liegt (Bundesamt für Migration [BFM], Begleitbericht VZAE, N. 3.2.14, www.bfm.admin.ch; vgl. auch Martina Caroni in: dieselbe/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 47 N. 18, sowie sinngemäss BVGr, 13. Juli 2009, C-237/2009, E. 5.1 Abs. 2). Trotzdem wird in Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG auch die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, welche nicht einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug zur Folge hat, als die Frist bei Nachzugsansprüchen auslösendes Ereignis genannt. Im Letzteren wird allerdings ein gesetzgeberisches Versehen vermutet: So habe der Entwurf des Bundesrates auch für Personen mit Aufenthaltsbewilligung noch einen Anspruch auf Familiennachzug vorgesehen; als das Parlament einen solchen Anspruch jedoch abgelehnt habe, habe es versehentlich den Wortlaut von Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG nicht angepasst (Caroni, Art. 47 N. 18). Es liesse sich allerdings umgekehrt das gesetzgeberische Versehen

darin vermuten, dass der Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 AuG – wonach die Fristen nach diesem Artikel bloss die Anspruchsfälle betreffen – nicht den Änderungen des Aufenthaltsbewilligungen betreffenden Art. 44 AuG angepasst wurde. Es wurde im Nationalrat zwar eine solche Änderung des ersten Absatzes dahingehend, "dass – bezüglich des Wegfalls des Anspruchstatbestandes – die Bestimmung auch auf den Familiennachzug durch Jahres- und Kurzaufenthalter anwendbar wird" (Amtl. Bull. NR 2004, S. 759), abgelehnt; jedoch wurde im Nationalrat ebenso dem Antrag auf Änderung von Art. 44 AuG (Ermessen statt Anspruch) noch nicht gefolgt (Amtl. Bull. NR 2004, S. 751, 756); diese Änderung erfolgte erst im Ständerat (Amtl. Bull. SR 2005, S. 305 f.). Wieso hiernach Art. 47 nicht geändert wurde, ist unklar; dafür, dass es sich um einen bewussten Entscheid handelte, bestehen keine Hinweise (vgl. Amtl. Bull. SR 2005, S. 308; Amtl. Bull. NR 2005, S. 1238 f.).

3.6 Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer erweist sich nach dem Gesagten als unvollständig beziehungsweise lückenhaft und ist durch die Rechtsprechung zu ergänzen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 234, 237 und 243; René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 23 B I). Wäre Art. 47 AuG auf alle Familiennachzugsfälle und nicht nur hinsichtlich der auf einen Anspruch gestützten anwendbar, wäre Art. 73 VZAE überflüssig. Es ist daher von einem Versehen des Gesetzgebers hinsichtlich Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG und nicht hinsichtlich Art. 47 Abs. 1 AuG auszugehen. Weil die Besonderheit der Verwirkung darin besteht, dass dabei ein Recht untergeht (Attilio Gadola, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, S. 47 ff., 56; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974, S. 162) und daher eine Verwirkungsfrist nicht vor Entstehung des betreffenden Anspruchs zu laufen beginnen kann, beginnt die Verwirkungsfrist hinsichtlich des gesetzlichen (noch gar nicht entstandenen) Nachzugsanspruchs nicht im Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, sondern bei Entstehung dieses Anspruchs zu laufen. Das BFM führt zwar in seinen Weisungen aus, es werde bei der Nachzugsfrist angerechnet, wenn die betroffene Person bereits vor der Erteilung der aktuellen Bewilligung die rechtliche Möglichkeit zum Familiennachzug besessen habe, so etwa bei einem Wechsel von der vorläufigen Aufnahme zur Aufenthaltsbewilligung oder von der Aufenthaltsbewilligung zur Niederlassungsbewilligung (Weisung I.6, Ziff. 6.10.2). Eine Anrechnung der blossen rechtlichen Möglichkeit zum Familiennachzug – wie sie hier ab dem 1. Januar 2008 bestand – sieht das Gesetz aber nicht vor, zumal eine solche bedeutete, dass die Nichteinhaltung der nur in der Verordnung geregelten Fristen (z.B. Art. 73 VZAE) die Verwirkung des nach dem Gesetz bestehenden Anspruchs auf Familiennachzug zur Folge hätte.

3.7 Art. 47 AuG ist damit so auszulegen, dass die in Abs. 1 genannten Fristen erst mit Entstehung eines gesetzlichen Anspruchs auf Familiennachzug zu laufen beginnen (in diese Richtung bereits VGr, 15. Juni 2011, VB.2011.00137, E. 3.6, nicht auf www.vgrzh.ch veröffentlicht) . Ein solcher Anspruch entstand vorliegend erst mit der Einbürgerung des Beschwerdeführers 2 am 16. März 2010.

E. 4.1

Auch wenn die Nachzugsfristen eingehalten werden, kann im Einzelfall ein Rechtsmissbrauch (Art. 51 Abs. 1 lit. a AuG) oder ein Widerrufsgrund nach Art. 63 AuG (Art. 51 Abs. 1 lit. b AuG) vorliegen. Ersteres ist dann der Fall, wenn der Familiennachzug lediglich zur Umgehung der Zulassungsvorschriften und nicht der Bildung der

Familiengemeinschaft in der Schweiz dient (BFM, Weisung I.6, Ziff. 6.14). Ein Rechtsmissbrauch liegt hier klarerweise nicht vor, versucht der Beschwerdeführer 2 doch schon seit Jahren, den Nachzug zu erreichen. Ebenso wenig ist ein Widerrufsgrund ersichtlich.

E. 4.2

Die Beschwerdeführer verfügen demnach über einen entsprechenden Nachzugsanspruch und haben die Nachzugsfrist eingehalten.

E. 5

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Beschwerdeführer erscheinen sowohl im Rekursverfahren als auch vor Verwaltungsgericht obsiegend, weshalb die Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens ausgangsgemäss dem Beschwerdegegner aufzuerlegen sind (§ 13 Abs. 2 Satz 1, teilweise in Verbindung mit § 65a Abs. 1 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, § 13 N. 28). Desgleichen hat der Beschwerdegegner für das Beschwerde- und das Rekursverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

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