

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00600 vom 22. Mai 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-05-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00600](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00600)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00600 du 22 mai 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00600 del 22 maggio 2013

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung (Parteientschädigung und unentgeltliche Rechtspflege) | Parteientschädigung und URB bei Gegenstandslosigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens  
Nachdem das Migrationsamt seine abschlägige Verfügung in Wiedererwägung gezogen hatte und den BF den Familiennachzug gewährte, schrieb die Vorinstanz den Rekurs als gegenstandslos geworden ab und verweigerte den BF sowohl eine Parteientschädigung als auch die URB. Zu prüfen ist, wer die Gegenstandslosigkeit des Rekursverfahrens zu vertreten hatte: Da die Verfügung des Migrationsamts sowohl materiell als auch formell mangelhaft war, hätten die BF im Rekursverfahren obsiegen müssen, weshalb ihnen für das Rekursverfahren eine Parteientschädigung zusteht (E. 2). Abweisung des URB-Gesuchs mangels Mittellosigkeit (E. 3). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 2

VRG sieht keine kostendeckende, sondern nur eine " angemessene " Entschädigung vor.

### E. 2.1

Die Beschwerdeführenden haben im Rekursverfahren den Hauptantrag gestellt, es sei die Verfügung vom 10. November 2011 aufzuheben und der Familiennachzug zu gewähren. Nachdem das Migrationsamt den Rekurrenten am 19. Juni 2012 wiedererwägungsweise eine Aufenthaltsbewilligung erteilt hatte, ist das Verfahren insoweit gegenstandslos geworden. Die Vorinstanz hat das Rekursverfahren damit zu Recht als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

### E. 2.2

Wird ein Verfahren gegenstandslos, befindet die zuständige Rechtsmittelinstanz nach Ermessen unter anderem über die Kostenfolge, wobei sie berücksichtigt, wer die Gegenstandslosigkeit bzw. das gegenstandslos gewordene Verfahren verursacht hat oder welche Partei vermutlich obsiegt hätte; insbesondere bei Versagen dieser Kriterien lässt sich aber auch nach anderweitiger Billigkeit vorgehen (RB 2002 Nr. 7; VGr, 15. September 2004, VB.2004.00215, E. 5.1 Abs. 1, mit Hinweisen ; VGr, 14. März 2012, VB.2012.00034, E. 3.2 ). Die Vorinstanz verweigerte den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung mit der Begründung, erst das Einreichen der neuen Arbeitsverträge hätte dazu geführt, dass das Migrationsamt die Ausgangsverfügung in Wiedererwägung gezogen habe. Damit erweise sich die Ausgangsverfügung ursprünglich weder formell noch materiell als fehlerhaft, womit das Migrationsamt die Gegenstandslosigkeit des Rekurses nicht zu vertreten habe. Es bleibt deshalb im Folgenden zu prüfen, wer die Gegenstandslosigkeit des Rekursverfahrens zu vertreten hat bzw. ob die

Ausgangsverfügung ursprünglich weder formell noch materiell fehlerhaft war.

### **E. 2.3**

Nachdem das Migrationsamt den Familiennachzug der Beschwerdeführenden am 1. Februar 2011 erlaubt hatte, konnte die Verfügung vom 10. November 2011 nicht mehr die erstmalige Zulassung zum Gegenstand haben. Vielmehr wurden die am 1. Februar 2011 erteilten Bewilligungen für den Verbleib in der Schweiz mit Verfügung vom 10. November 2011 widerrufen. Der Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung richtet sich nach Art. 62 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG) und es ist das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 96 AuG) zu beachten. Vorliegend war auch Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) anwendbar, sodass für den Widerruf eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen hätte werden müssen. Diese Grundsätze hat das Migrationsamt mit seiner Verfügung vom 10. November 2011 grob missachtet.

### **E. 2.4**

Aus den Akten ergibt sich zudem, dass das Migrationsamt bei der Berechnung des Lebensbedarfs einen Ergänzungsbedarf für 5 Personen von Fr. 873.- in Rechnung stellte und deshalb in der angefochtenen Verfügung "in Anwendung der geltenden Richtsätze" zum Schluss kam, dass die Beschwerdeführenden nicht über ausreichende finanzielle Mittel für den Familiennachzug verfügen. Gemäss § 16 Abs. 1 der Verordnung zum Sozialhilfegesetz des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1981 (SHV) wird wirtschaftliche Hilfe gewährt, wenn die eigenen Mittel des Hilfesuchenden für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen nicht ausreichen. Dabei gehören zu den eigenen Mitteln alle Einkünfte und das Vermögen der hilfesuchenden Person (§ 16 Abs. 2 SHV). Die Sozialhilfegesetzgebung legt die Bemessung der Sozialhilfe selbst nicht fest. Dazu bestimmt jedoch § 17 SHV, dass für die Bemessung der direkten wirtschaftlichen Hilfe die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) wegweisend seien. Gemäss den SKOS-Richtlinien A.6 gehören zur materiellen Grundsicherung folgende Positionen: Grundbedarf für den Lebensunterhalt (GBL), Wohnungskosten sowie medizinische Versorgung. Gemäss B.2.2 der Richtlinien beläuft sich der Grundbedarf (GBL) für 5 Personen ab 2011 auf Fr. 2'364.- (seit 2013 beträgt er Fr. 2'386.-). Der Begriff "Ergänzungsbedarf" ist den heute geltenden SKOS-Richtlinien fremd. Vielmehr muss gemäss § 17 SHV auch im Verfahren betreffend ausländerrechtlichem Familiennachzug auf den Bedarf gemäss SKOS-Richtlinien abgestellt werden, denn von ihnen hängt es ab, ob eine Familie Sozialhilfe beanspruchen kann oder nicht. Die vom Migrationsamt verwendeten Richtlinien mit Ergänzungsbedarf-Zuschlag finden in den neuen SKOS-Richtlinien seit 1997 keine Stütze mehr. Die aufgestellten Bedingungen des Migrationsamts sind damit veraltet und rechtswidrig. Es rechtfertigt sich nicht, den Lebensunterhalt – im Sinne einer prophylaktischen Sicherheitsmarge – mit erheblich höheren Ansätzen zu berechnen, als dies die SKOS-Richtlinien vorsehen. Eine bloss abstrakte Gefahr der vorübergehenden und minimalen Fürsorgeabhängigkeit genügt noch nicht, um den Familiennachzug zu verweigern (BGE 119 Ib 81 E. 2e; BGr, 30. Mai 2011, 2C\_685/2010, E. 2.3.3). Bei korrekter Ermittlung des Bedarfs gemäss SKOS-Richtlinien im Umfang von Fr. ... hätte die Rechnung gar kein Manko aufgewiesen.

### **E. 2.5**

Nach dem Gesagten litt die Ausgangsverfügung schon im Zeitpunkt ihres Erlasses an einem materiellen sowie formellen Mangel, weshalb die Beschwerdeführenden im Rekursverfahren hätten obsiegen müssen und damit der Beschwerdegegner die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens als Folge der Wiedererwägung der Ausgangsverfügung verursacht hat. Die Beschwerdeführenden haben demnach für das Rekursverfahren Anspruch auf eine Parteientschädigung. Da die Vorinstanz bei der Festsetzung der Parteientschädigung über einen gewissen Ermessensspielraum verfügt, rechtfertigte sich eigentlich eine Rückweisung (§ 64 Abs. 1 VRG). Aus prozessökonomischen Gründen und weil sich keine schwierigen Rechtsfragen stellen, rechtfertigt sich indes, die Höhe der Parteientschädigung in Anwendung von § 63 Abs. 1 VRG vor Verwaltungsgericht zu bestimmen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 5). Zu beachten ist bei der Festsetzung der Parteientschädigung, dass das Migrationsamt durch seine fehlerhafte Ausgangsverfügung, welche suggerierte, dass die Beschwerdeführenden noch nicht in der Schweiz zugelassen worden sind und damit einen Rechtsmittelentscheid gestützt auf Art. 17 AuG grundsätzlich im Ausland abzuwarten hätten, gezwungen waren, superprovisorische Anträge zu stellen, um ihren Aufenthalt in der Schweiz während des Verfahrens sicherzustellen. Dieser zusätzliche Aufwand wurde durch das Migrationsamt verursacht und ist zu entschädigen, auch wenn dieser bei richtiger Einordnung der Ausgangsverfügung als Widerrufungsverfügung aufgrund der dem Rekurs ohnehin zukommenden aufschiebenden Wirkung unnötig gewesen ist. Angesichts dessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- für das Rekursverfahren als angemessen. § 17 Abs.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführenden liess en vor Vorinstanz zudem um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung ersuchen. Gemäss § 16 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 VRG haben Private, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht als aussichtslos erscheinen, auf Ersuchen Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Mittellos ist, wer nicht in der Lage ist, die Gerichtskosten aus seinem Einkommen – nach Abzug der Lebenshaltungskosten – innert angemessener Frist zu bezahlen (Kölz/Bosshart/Röhl, § 16 N. 24). Offensichtlich aussichtslos sind Begehren, deren Aussichten auf Gutheissung um derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Kölz/Bosshart/Röhl, § 16 N. 32). Weil sich die Ausgangsverfügung als ursprünglich fehlerhaft erwiesen hat, war das Rechtsmittel entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht nur nicht offensichtlich aussichtslos, sondern hätte – wäre es in der Hauptsache nicht gegenstandslos geworden – gutgeheissen werden müssen. Gemäss den im Rekursverfahren eingereichten Arbeitsverträgen verdient der Beschwerdeführer Nr. 1 monatlich netto Fr. ... und die Beschwerdeführerin Nr. 2 Fr. .... Abzüglich des Bedarfs der Beschwerdeführenden von Fr. ... ergibt sich ein monatlicher Überschuss von rund Fr. 1'400.-, der zur Bezahlung der nicht von der Parteientschädigung gedeckten Anwaltskosten in angemessener Frist ausreicht. Damit ist das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung mangels Mittellosigkeit abzuweisen. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und Dispositiv Ziff. I V des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben. Den Beschwerdeführenden ist für das Rekursverfahren zu Lasten des Beschwerdegegners eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- zuzusprechen.

#### **E. 4.1**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Dem Beschwerdeführenden ist für das Beschwerdeverfahren zu Lasten des Beschwerdegegners eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zuzusprechen.

#### **E. 4.2**

Weil dem Beschwerdeführenden für das Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen sind, wird das Gesuch um Gewährung unentgeltlicher Prozessführung gegenstandslos. Das Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung ist mangels Mittellosigkeit abzuweisen. Ein monatlicher Überschuss von rund Fr. 1'400.- reicht aus, um die nicht von der Parteientschädigung gedeckten Anwaltskosten in angemessener Frist zu bezahlen.

#### **E. 5**

Die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) gegen Entscheide betreffend die Zusprechung einer Parteientschädigung und die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung richtet sich nach der Zulässigkeit des Rechtsmittels in der Hauptsache (Thomas Häberli in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. A., Basel 2011, Art. 83 BGG N. 9). Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG zu erheben (vgl. BGr, 18. Juni 2007, 2D\_3/2007 beziehungsweise 2C\_126/2007, E. 2.2). 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.