

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00825 vom 5. Februar 2014**

ZH Verwaltungsgericht, 2014-02-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2013.00825](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00825)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00825 du 5 février 2014

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00825 del 5 febbraio 2014

## **Regeste**

Aufenthaltsbewilligung/Familiennachzug | Verweigerung des nachträglichen Familiennachzugs: Inländerdiskriminierung; wichtige familiäre Gründe. Nach einem entsprechenden Apellentscheid des Bundesgerichts hat der Gesetzgeber ausdrücklich und bewusst von einer Anpassung der gesetzlichen Regelung zur Vermeidung der sogenannten Inländerdiskriminierung abgesehen (E. 4.2). Das Bundesgericht hielt es daraufhin nicht für angebracht, anstelle des Gesetzgebers eine Rechtsänderung vorzunehmen. Die Beschwerdeführenden haben nicht aufgezeigt, weshalb von dieser Rechtsprechung abgewichen werden sollte (E. 4.3). Da die Beschwerdeführenden die Frist zur Einreichung eines Nachzugsgesuchs gemäss Art. 47 Abs. 1 AuG nicht eingehalten haben (E. 5), ist dieser nur zu bewilligen, wenn dafür wichtige familiäre Gründe bestehen. Solche haben die Beschwerdeführenden nicht aufgezeigt (E. 6). Abweisung. Abweisung UP/URB.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss § 41 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG) ist das Verwaltungsgericht zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Sicherheitsdirektion zuständig. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die fristgerecht erhobene Beschwerde einzutreten.

### **E. 2**

Zwischen der Schweiz und Peru besteht kein Staatsvertrag im Sinn von Art. 2 Abs. 1 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG), der den Beschwerdeführenden und ihrer (Stief-)Tochter einen Anspruch auf die Bewilligung des Familiennachzugs einräumen würde (vgl. auch Entscheid der Vorinstanz, E. 3a).

### **E. 3**

Die Vorinstanz hat zutreffend auf die im vorliegenden Fall einschlägigen Rechtsgrundlagen hingewiesen (Entscheid der Vorinstanz, E. 3). Das Nachzugsgesuch ist nach nationalem Recht zu beurteilen. Gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG haben ausländische Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Staats sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde. Als Familienangehörige gelten dabei namentlich Verwandte in absteigender Linie, die unter 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird (Art. 42 Abs. 2 lit. a AuG). Die (Stief-)Tochter D, die die Beschwerdeführenden in die Schweiz nachziehen wollen, wohnt in Peru. Sie verfügt über keine dauernde Aufenthaltsbewilligung in einem EU/EFTA-Staat.

Die Vorinstanz erwog daher zutreffend, dass vorliegend kein Anspruch gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG besteht (Entscheid der Vorinstanz, E. 3c/aa).

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführenden rügen eine unzulässige Inländerdiskriminierung. Sie würden ohne sachlichen Grund schlechter behandelt als EU/EFTA-Bürger. Angesichts der Untätigkeit des Gesetzgebers, müsse diese Diskriminierung von den Gerichten korrigiert werden.

#### **E. 4.1**

Gemäss der sogenannten "Metock-Praxis" des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, 25. Juli 2008 i.S. Metock u. a., C-127/08), der sich das Bundesgericht angeschlossen hat, setzt der Nachzug eines Familienmitglieds mit Drittstaatsangehörigkeit gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen nicht (mehr) voraus, dass sich dieses Familienmitglied zuvor bereits rechtmässig mit einem nicht nur vorübergehenden Aufenthaltstitel in der Schweiz oder einem anderen Vertragsstaat aufgehalten hat (BGE 136 II 5 E. 3.7; Marc Spescha in: derselbe et al., Migrationsrecht, 3. A., Zürich 2012, Art. 3 Anhang I FZA N. 5a f.). Da auch Stiefkinder zu den Familienangehörigen im Sinn von Art. 42 Abs. 1 AuG gehören (Entscheid der Vorinstanz, E. 3c), stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführenden ungerechtfertigter Weise schlechter gestellt werden, als wenn der Beschwerdeführer nicht Schweizer sondern Angehöriger eines EU/EFTA-Staats wäre.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführenden stützen ihre Rüge auf den Appellentscheid des Bundesgerichts vom 22. Januar 2010 (BGE 136 II 120) sowie einen unangefochten in Rechtskraft erwachsenen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. Juli 2011 (B 2011/74). Sie übersehen dabei, dass der Gesetzgeber in der Zwischenzeit ausdrücklich und bewusst von einer Anpassung der gesetzlichen Regelung abgesehen hat (vgl. BGr, 13. Juli 2012, 2C\_354/2011, E. 2.6; VGr, 21. November 2012, VB.2012.00439, E. 4.4 [nicht publiziert], je mit Hinweisen auf die Erläuterungen anlässlich der nationalrätlichen Sitzung vom 28. September 2011, anlässlich welcher der Nationalrat beschloss, der parlamentarischen Initiative Andy Tschümperlin [10.427] keine Folge zu geben).

#### **E. 4.3**

Das Bundesgericht hat ferner darauf hingewiesen, dass unter diesen Umständen hinreichende, nicht diskriminierende Gründe vorlägen, die eine Ungleichbehandlung von Schweizern im Vergleich zu EU/EFTA-Bürgern rechtfertigen könnten. Eine unzulässige Diskriminierung im Sinn von Art. 14 EMRK sei daher – in Abwesenheit entsprechender Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – zu verneinen. Es sei daher nicht am Bundesgericht, anstelle des Gesetzgebers eine Rechtsänderung vorzunehmen (BGr, 13. Juli 2012, 2C\_354/2011, E. 2.7.3). Die Beschwerdeführenden zeigen nicht auf, weshalb von dieser bundesgerichtlichen Auffassung abgewichen werden sollte. Das vom Beschwerdeführer angeführte Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. Juli 2011 kann nicht zu einem anderen Schluss führen. Erstens ist das erwähnte bundesgerichtliche Urteil (BGr, 13. Juli 2012, 2C\_354/2011) jüngeren Datums. Zweitens konnte das Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen die vom Bundesgericht gewürdigten Argumente nicht berücksichtigen, mit denen der Entscheid des Nationalrats vom 28. September 2011, der parlamentarischen Initiative Andy Tschümperlin keine Folge zu geben, begründet worden war (vgl. BGr, 13. Juli 2012, 2C\_354/2011, E. 2.6).

#### **E. 4.4**

Damit bleibt zu prüfen, ob das Gesuch der Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 43 Abs. 1 AuG und Art. 8 Ziff. 1 EMRK zu bewilligen wäre (sogleich, E. 5).

#### **E. 5**

Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, kann sich die Beschwerdeführerin grundsätzlich auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 BV berufen (Entscheidung der Vorinstanz, E. 4b). Unbestritten ist ferner, dass D gemäss Art. 43 Abs. 1 AuG grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei ihrer Mutter hat, da die Beschwerdeführenden beabsichtigten, mit ihr zusammenzuwohnen (Entscheidung der Vorinstanz, E. 5a). Die Vorinstanz gelangte jedoch mit der Beschwerdegegnerin zur Auffassung, die Beschwerdeführenden hätten die Frist zur Einreichung eines Nachzugsgesuchs (Art. 47 Abs. 1 AuG) nicht eingehalten.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführenden bestreiten nicht, dass die mit Art. 47 Abs. 1 AuG statuierten Nachzugsfristen mit Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV vereinbar sind (Entscheidung der Vorinstanz, E. 5b/aa). Ebenso wenig machen die Beschwerdeführenden geltend, das Gesuch vom 20. Februar 2013 sei fristgerecht erfolgt. Dasselbe gilt für das Gesuch vom 26. November 2012. Die Beschwerdeführenden weisen jedoch darauf hin, dass das mit Gesuch vom 8. Mai 2009 angestossene Verfahren nie formell abgeschlossen worden und ihnen die Abschreibung im Jahr 2013 nie eröffnet worden sei (gescheiterte Zustellung).

#### **E. 5.2**

Es trifft zu, dass sich in den Akten keine Anzeige findet, wonach das Gesuch vom 8. Mai 2009 abgeschrieben wurde. Diesem Umstand kommt jedoch keine entscheidende Bedeutung zu. Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend, das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 7. August 2009 nicht erhalten zu haben, mit dem diese ihnen eine Frist zur Einreichung weiterer Unterlagen und zur Beantwortung von Fragen bis zum 20. September 2009 angesetzt und angekündigt hatte, das Nachzugsgesuch bei Ausbleiben einer schriftlichen Antwort als gegenstandslos abzuschreiben. Vielmehr bestätigten die Beschwerdeführenden in ihrem Schreiben vom 24. Mai 2013, ihr erstes Gesuch nicht weiterverfolgt zu haben, da D damals gut aufgehoben gewesen sei.

#### **E. 5.3**

Auch die gescheiterte Zustellung der Abschreibung des Gesuchs vom 26. November 2012 vermag das Nachzugsgesuch nicht als fristgerecht erscheinen zu lassen. Wie erwähnt (E. 5.1) war die einjährige Frist nach Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AuG bereits verstrichen, als dieses Gesuch eingereicht wurde. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, hätte ein Gesuch bis am 17. Juli 2012 gestellt werden müssen (Entscheidung der Vorinstanz, E. 5b/dd).

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführenden machen schliesslich geltend, der Familiennachzug hätte bewilligt werden müssen, weil wichtige familiäre Gründe dafür bestünden.

#### **E. 6.1**

Wichtige familiäre Gründe im Sinn von Art. 47 Abs. 4 AuG liegen unter anderem vor, wenn das Kindeswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz gewahrt werden kann (Art. 75 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und

Erwerbstätigkeit [VZAE]; vgl. auch BGr, 12. Juni 2012, 2C\_532/2012, E. 2.2.2; VGr, 5. Dezember 2013, VB.2013.00566, E. 3.2). Nach der Rechtsprechung ist jedoch – entgegen dem Wortlaut dieser Verordnungsbestimmung – nicht ausschliesslich auf das Kindeswohl abzustellen (BGr, 12. Juni 2012, 2C\_532/2012, E. 2.2.2 mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Vielmehr ist im Einzelfall eine Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente vorzunehmen. Dabei ist dem Sinn und Zweck der Fristenregelung Rechnung zu tragen. Diese will die Integration der Kinder erleichtern, indem diese durch einen frühzeitigen Nachzug unter anderem auch eine möglichst umfassende Schulbildung in der Schweiz geniessen sollen. Zudem geht es darum, Nachzugsgesuchen entgegenzuwirken, die rechtsmissbräuchlich erst kurz vor Erreichen des erwerbstätigen Alters gestellt werden, wobei die erleichterte Zulassung zur Erwerbstätigkeit und nicht (mehr) die Bildung einer echten Familiengemeinschaft im Vordergrund steht (BBI 2002 3754 f. Ziff. 1.3.7.7). Die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen hat nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme zu bleiben und darf nicht die Regel bilden. Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AuG ist aber jeweils so zu handhaben, dass der Anspruch auf Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV nicht verletzt wird.

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, dass die Änderung der Betreuungssituation einen nachträglichen Familiennachzug gebieten könne, was in der Regel nicht der Fall sei, wenn im Heimatland alternative Pflegemöglichkeiten bestehen, die dem Kindeswohl besser entsprechen, etwa weil dadurch vermieden werden könne, dass das Kind aus seiner bisherigen Umgebung und dem ihm vertrauten Beziehungsnetz gerissen werde (Entscheidung der Vorinstanz, E. 6b mit Hinweis auf BGE 133 II 6 E. 3.1). In Bezug auf den vorliegenden Fall erwog die Vorinstanz, D habe vertraute Bezugspersonen, von denen sie während rund acht Jahren umsorgt und betreut worden sei. Es sei nicht ersichtlich, dass sich die Betreuungsverhältnisse derart geändert hätten, dass ein Nachzug erforderlich wäre. So sei nicht dargetan, dass die Tante aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht mehr in der Lage sei, D zu betreuen. Zudem bestehe die Möglichkeit, dass die Grosseltern ergänzend wieder vermehrt Betreuungsaufgaben übernehmen. Die Beschwerdeführenden hätten nicht dargelegt, weshalb diese dazu nicht in der Lage sein sollten.

### **E. 6.3**

Die Beschwerdeführenden vermögen nicht aufzuzeigen, inwiefern diese Erwägungen zu beanstanden sein sollen. So bleibt es weiterhin bei einer blossen Behauptung, dass die Eltern der Beschwerdeführerin ihre Enkelin nicht mehr betreuen können. Zudem ist es – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden – keineswegs notorisch, dass jemand mit einem Herzleiden ein 14½-jähriges Kind nicht angemessen betreuen kann. Demnach ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass keine wesentliche Änderung der Betreuungssituation vorliegt. Ein Vorfall wie die von den Beschwerdeführenden geltend gemachte Vergiftung Ds stellt unter diesen Umständen kein konkretes Indiz für eine mangelhafte Betreuung dar.

### **E. 6.4**

Die Vorinstanz hat auch zu Recht auf die zu erwartenden Integrationsschwierigkeiten im Fall eines Nachzugs hingewiesen (Entscheidung der Vorinstanz, E. 6d). Soweit die Beschwerdeführenden in diesem Zusammenhang erneut eine Inländerdiskriminierung geltend machen, kann auf die diesbezüglichen Erwägungen verwiesen werden (vorstehend, E. 4). Soweit die Beschwerdeführenden darauf hinweisen, die Integrationschancen von D

seien aufgrund der Hilfe ihrer Mutter, ihres Stiefvaters sowie ihrer Halbgeschwister gut, ist festzuhalten, dass diese Voraussetzungen zwar positiver sind als bei anderen möglichen Konstellationen, dass sie aber nicht derart aussergewöhnlich sind, dass sie so kurz vor dem ordnungsgemässen Schulabschluss und dem Beginn einer Berufsausbildung zu einer anderen Beurteilung führen müssten.

#### **E. 6.5**

Es liegen nach dem Gesagten keine wichtigen Gründe im Sinn von Art. 47 Abs. 4 AuG vor, aufgrund derer ein nachträglicher Nachzug von D bewilligt werden müsste. Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet.

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführenden beantragen die Aufhebung des Rekursentscheids, soweit damit die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung abgewiesen worden sei.

#### **E. 7.1**

Soweit sich das Begehren der Beschwerdeführenden gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung richtet, ist darauf mangels eines aktuellen Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Da die Vorinstanz die Kosten des Rekursverfahrens wegen offensichtlicher Uneinbringlichkeit sofort abgeschrieben hat (Entscheid der Vorinstanz, Disp.-Ziff. III und E. 11), würde es den Beschwerdeführenden nicht zum Vorteil gereichen, wenn ihr Begehren gutgeheissen würde.

#### **E. 7.2**

Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, denen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht aussichtslos erscheinen, auf Ersuchen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung besteht, wenn die Gesuchsteller zusätzlich nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (§ 16 Abs. 2 VRG). Mittellos ist, wer nicht in der Lage ist, die Gerichtskosten aus seinem Einkommen – nach Abzug der Lebenshaltungskosten – innert angemessener Frist zu bezahlen (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 16 N. 24). Den Nachweis der Mittellosigkeit hat grundsätzlich der Gesuchsteller zu erbringen (Kölz/Bosshart/Röhl, § 16 N. 29). 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 (BGE 138 III 217 E. 2.2.4; Kölz/Bosshart/Röhl, § 16 N. 32).

#### **E. 7.3**

Das Erfordernis der Mittellosigkeit ist vorliegend unbestrittenermassen erfüllt. Dies ergibt sich bereits aus der sofortigen Abschreibung der Rekurskosten wegen Uneinbringlichkeit durch die Vorinstanz. Umstritten ist hingegen, ob die Begehren der Beschwerdeführenden mit der Vorinstanz als aussichtslos zu bezeichnen sind.

#### **E. 7.4**

Die Beschwerdeführenden begründen ihre Rüge damit, dass die Frage nach der Anwendung von Art. 42 AuG (Inländerdiskriminierung) vom Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen rechtskräftig im Sinn der Beschwerdeführenden entschieden worden sei. In die gleiche Richtung würden die klaren Ausführungen des Bundesgerichts in seinem

Appellentscheid deuten.

#### **E. 7.5**

Nach dem erwähnten Appellentscheid des Bundesgerichts vom 22. Januar 2010 (BGE 136 II 120) deutete zwar einiges darauf hin, dass dieses in künftigen Fällen die sogenannte Inländerdiskriminierung selber korrigieren könnte. Die Beschwerdeführenden verkennen aber, dass das Bundesgericht mit Urteil vom 13. Juli 2012 (2C\_354/2011) – also nach dem von den Beschwerdeführenden zitierten Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. Juli 2011 – klar festgehalten hat, dass es diesen Weg nicht mehr für gangbar hält, nachdem der parlamentarischen Initiative Andy Tschümperlin keine Folge gegeben wurde (vgl. vorstehend, E. 4.2). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Rekurs der Beschwerdeführenden als offensichtlich aussichtslos im Sinn von § 16 Abs. 1 VRG bezeichnete. Dementsprechend wies sie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung zu Recht ab.

#### **E. 8**

Die Beschwerde erweist sich, soweit auf sie einzutreten ist, als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihnen von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Die Beschwerdeführenden ersuchen auch im Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung. Diese Begehren müssen nach dem Gesagten (vorn E. 7.5) auch im Beschwerdeverfahren als offensichtlich aussichtslos gelten. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand ist folglich abzuweisen.

#### **E. 9**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes festzuhalten: Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zu erheben (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG; vgl. BGr, 18. Juni 2007, 2D\_3/2007 beziehungsweise 2C\_126/2007, E. 2.2). Ansonsten ist nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG zulässig. Führt eine Partei sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde, so hat sie beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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