

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00163 vom 21. Mai 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-05-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00163

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00163 du 21 mai 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00163 del 21 maggio 2015

Regeste

Familiennachzug | Prozeduraler Aufenthalt. Familiennachzug. Kindeswohl. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für einen prozeduralen Aufenthalt hat das Gericht eine Prognose der Erfolgsaussichten in der Hauptsache vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin verfügt über eine Aufenthaltsbewilligung und lebt mit ihren beiden Töchtern nun schon seit bald einem Jahr zusammen. Somit wäre bei einer Wegweisung der Töchter Art. 8 EMRK berührt (E. 3.). Im vorliegenden Fall wurden die Fristen für den Familiennachzug gemäss Art. 44 AuG nicht eingehalten. Der nachträgliche Familiennachzug im Sinn von Art. 47 Abs. 4 AuG kann nur bei wichtigen Gründen bewilligt werden (E. 3.3). Im vorliegenden Fall sind solche gegeben: Eine alternative Betreuungssituation für die Kinder liegt nach glaubhafter Darstellung der Beschwerdeführenden nicht vor. Auf der anderen Seite haben sich die Kinder in der Schweiz integriert. Das Kindeswohl erscheint durch eine Wegweisung gefährdet (E. 3.4). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2015.00163 Urteil der 1. Kammer vom 21. Mai 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Martin Kayser, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Daniela Kühne. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Familiennachzug, hat sich ergeben: I. A hat drei Kinder, die sechzehnjährige C, die zwölfjährige D und den zehnjährigen E. Als sie im Jahr 2005 zum ersten Mal in die Schweiz einreiste, hatte sie ihre beiden Töchter bei ihren Verwandten in Gambia zurückgelassen. Ende Juli 2014 reisten C, D und E mit einem zweimonatigen Besuchervisum in die Schweiz ein. Am 11. August 2014 beantragte ihre Mutter für sie eine Aufenthaltsbewilligung. Das Migrationsamt sistierte dieses Verfahren mit Verfügung vom 6. November 2014, wies die Kinder aus dem Schengen-Raum weg und machte die Prüfung des Gesuchs vom nachgewiesenen Verlassen des Schengen-Raums abhängig. E unterzog sich offenbar freiwillig der Verfügung, nicht jedoch seine Schwestern C und D. II. Mit Rekurs vom 8. Dezember 2014 ersuchte A die Sicherheitsdirektion um eine Anweisung an das Migrationsamt, die Gesuche von C und D ohne vorgängige Ausreise in der Sache zu behandeln und insoweit um Aufhebung der eingangs genannten Sistierungsverfügung. Die Sicherheitsdirektion wies den Rekurs am 17. Februar 2015 ab, wies die Sache an das Migrationsamt zurück und lud dieses ein, nach erfolgter Ausreise von C und D einen Entscheid in der Sache zu fällen. Gleichzeitig forderte sie C und D zum Verlassen der Schweiz bis 17. März 2015 auf und nahm davon Vormerk, dass die angeordnete Wegweisung gegenüber E in Rechtskraft erwachsen ist. III. Mit Beschwerde vom 17. März

2015 ersuchte A das Verwaltungsgericht um Aufhebung des genannten Rekursentscheids, soweit er nicht davon Vormerk nahm, dass der Wegweisungsentscheid gegenüber E rechtskräftig wurde. Gleichzeitig ersuchte sie um eine Anweisung an das Migrationsamt, die Gesuche von C und D ohne deren vorgängige Ausreise materiell zu behandeln und ihr für Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung zuzusprechen. Die Beschwerde verlangte sodann die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie eine entsprechende Anweisung an das Migrationsamt. Der Abteilungspräsident ordnete mit Verfügung vom 18. März 2015 an, dass eine Vollstreckung der Wegweisung gegenüber C und D bis auf Weiteres zu unterbleiben habe. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 23. März 2015 auf eine Vernehmlassung. Am 27. März 2015 reichte A weitere Unterlagen ein. Das Migrationsamt erstattete keine Beschwerdeantwort und liess sich auch in der Folge nicht mehr vernehmen. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ergibt sich aus § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG).

E. 1.2

Angefochten ist ein Rückweisungsentscheid. Solche Entscheide werden nach der Praxis des Verwaltungsgerichts grundsätzlich wie Zwischenentscheide behandelt (vgl. Alain Griffel in ders. (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz, 3. A., Zürich etc. 2014, § 28 N. 45). Aufgrund von § 41 Abs. 3 und § 19a Abs. 2 VRG in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) sind solche Entscheide unter anderem dann anfechtbar, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil vorliegt. Ein solcher ist mit der drohenden Wegweisung der beiden Töchter der Beschwerdeführerin gegeben.

E. 1.3

Einer allfälligen Beschwerde gegen den Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen. Die Beschwerde verfügt damit bereits von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (vgl. § 55 in Verbindung mit § 25 Abs. 1 VRG). Dem sinngemässen Begehren, einen vorläufigen Stopp der Vollstreckung der Wegweisung zu verfügen, wurde zudem bereits mit Verfügung vom 18. März 2015 entsprochen.

E. 2.1

Im Rekursverfahren war zunächst die Frage der Rechtmässigkeit der Einreise strittig. Im gerichtlichen Verfahren blieb der Standpunkt der Beschwerdeführerin bzw. der Vorinstanz unbestritten, wonach den Kindern der Beschwerdeführerin nicht von vornherein unterstellt werden kann, dass sie länger als im Visum erlaubt in der Schweiz bleiben wollten. Auch konnte der Beschwerdeführerin selbst keine solche Absicht nachgewiesen werden. Im Rekursverfahren brachte sie vielmehr vor, dass die Kinder aufgrund der schwierigen Situation in ihrem Heimatland in die Schweiz verbracht werden sollten, um dann über das weitere Vorgehen zu entscheiden. Von der Beschwerdegegnerin wurde dies nicht substantiiert bestritten. Die Frage der Rechtmässigkeit der Einreise bildet deshalb nicht Thema des vorliegenden Verfahrens.

E. 2.2

Die Beschwerdegegnerin vertrat weiter die Auffassung, dass die Kinder der Beschwerdeführerin den Entscheid über das Nachzugsbegehren im Ausland abzuwarten

hätten. Sie stützte sich dabei in einer Eventualbegründung auf Art. 17 Abs. 1 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG). Diese Bestimmung geht genauso wie Art. 10 Abs. 2 AuG vom Grundsatz aus, dass Bewilligungen für den dauerhaften Aufenthalt bereits vor der Einreise in die Schweiz beantragt werden müssen. Wer dies, wie die Kinder der Beschwerdeführerin, erst danach tut, muss den Bewilligungsentscheid im Ausland abwarten. Die Beschwerdegegnerin ging in ihrer Eventualbegründung darüber hinweg, dass die beiden genannten Bestimmungen bloss von einer ausnahmefähigen Regel ausgehen. Denn gemäss Art. 17 Abs. 2 AuG kann die Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind. In Art. 10 Abs. 2 Satz 3 AuG wird diese Norm zum prozeduralen Aufenthalt ausdrücklich vorbehalten.

E. 2.3

Ziel von Art. 17 Abs. 2 AuG ist es, die grundsätzliche Ausreisepflicht gemäss Abs. 1 der Bestimmung zu mildern. Es macht keinen Sinn, jemanden auszuweisen, wenn wahrscheinlich ist, dass die Bewilligung ohnehin erteilt wird. Eine Sistierung des Verfahrens bis zur erfolgten Ausreise ist deshalb unzulässig (BGE 139 I 37 E. 3.4.4). Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdegegnerin unterlassene Prüfung deshalb nachgeholt. Sie kam zum Schluss, dass der prozedurale Aufenthalt nicht zu gewähren ist. Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens ist deshalb ausschliesslich die Frage, ob im Rahmen einer summarischen Prüfung die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. BGE 139 I 37 E. 2.2).

E. 3.1

Das Gericht hat bei der Prüfung der Voraussetzungen für einen prozeduralen Aufenthalt gleich wie bei vorsorglichen Massnahmen eine Prognose der Erfolgsaussichten in der Hauptsache vorzunehmen. Dem Gesuchsteller ist der weitere Aufenthalt in der Schweiz mithin dann zu gestatten, wenn die Chancen auf Erteilung der Bewilligung im Hauptverfahren bedeutend höher einzustufen sind als jene der Verweigerung (BGE 139 I 37 E. 4.1 am Ende und E. 2.1, auch zum Folgenden). Es reicht damit anders gesagt aus, wenn die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 AuG mit grosser Wahrscheinlichkeit erfüllt sind (BB1 2002, 3709, 3777). Im Rahmen der soeben umrissenen summarischen Prüfung ist Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE) zu beachten. Danach sind die Zulassungsvoraussetzungen insbesondere dann offensichtlich erfüllt, wenn die eingereichten Unterlagen einen gesetzlichen oder völkerrechtlichen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung belegen, keine Widerrufsgründe vorliegen und der Betroffene seiner Mitwirkungspflicht nachkommt. Letzteres kann für eine Prüfung im summarischen Verfahren nicht bedeuten, dass der Betroffene einen strikten Beweis zu erbringen hätte. Vielmehr muss es im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden Beurteilung ausreichen, wenn der Betroffene unter anderem glaubhaft machen kann, dass im Heimatland zureichende Betreuungsmöglichkeiten fehlen (im Einzelnen hinten E. 3.3; vgl. BGr, 10. November 2014, 2C_1116/2013, E. 3.3).

E. 3.2

Die Beschwerdegegnerin ging bei ihrem Sistierungsentscheid implizit davon aus, dass die Kinder der Beschwerdeführerin weder über einen gesetzlichen noch über einen völkerrechtlichen Anspruch auf Bewilligungserteilung verfügen. Der Begründung ihres

Entscheidungs kann dabei nur insoweit gefolgt werden, als das Landesrecht vorliegend keinen Nachzugsanspruch gewährt (im Einzelnen BGE 137 I 284 E. 1.2). Auch Art. 13 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK) garantieren weder ein Recht auf Einreise in einen bestimmten Staat noch die Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Ortes (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1). Auf der anderen Seite hat die Handhabung des prozeduralen Aufenthaltsrecht in Art. 17 AuG den Vorgaben von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV gebührend Rechnung zu tragen (vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.1). Die Beschwerdeführerin verfügt über eine Aufenthaltsbewilligung und lebt mit ihren beiden Töchtern nun schon seit bald einem Jahr zusammen. Unter diesen Umständen würde die Wegweisung der Töchter zumindest den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf Achtung des Familienlebens berühren. Auch wenn diese Bestimmung kein (absolutes) Recht auf Familiennachzug beinhaltet, begrenzt sie doch das Ermessen der Behörde, das ihr bei der Anwendung der landesrechtlichen Bestimmungen zusteht (vgl. bezüglich Art. 8 Ziff. 1 EMRK BGE 137 I 284 E. 2.1).

E. 3.3

Das Recht auf Achtung des Familienlebens wird im vorliegenden Fall durch Art. 44 AuG über den Familiennachzug beschränkt. Danach kann Kindern unter 18 Jahren eine Aufenthaltsbewilligung unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden. Dieser Anspruch ist grundsätzlich innerhalb von fünf Jahren geltend zu machen (Art. 47 Abs. 1 Satz 1 AuG). Kinder über zwölf Jahren müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AuG). Diese Fristen sind im vorliegenden Fall unbestrittenermassen nicht eingehalten worden. Ein nachträglicher Familiennachzug kann aufgrund von Art. 47 Abs. 4 AuG folglich nur dann bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. Solche Gründe liegen namentlich dann vor, wenn das Kindeswohl nur durch den Nachzug gewährleistet werden kann (Art. 75 VZAE). Zudem bedarf es einer Gesamtschau unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls (BGr, 20. Februar 2015, 2C_303/2014 E. 6.1). Wird das Nachzugsbegehren, wie im vorliegenden Fall, erst nach vielen Jahren der Trennung gestellt, sind die gesamten Umstände in Bezug auf die persönliche und familiäre Situation des Kindes sowie seine Integrationschancen und Entfaltungsmöglichkeiten in der Schweiz zu berücksichtigen (BGE 133 II 6 E. 3.1, auch zum Folgenden). Dabei sind namentlich das Alter des Kindes, sein Ausbildungsniveau und seine sprachlichen Kenntnisse von Bedeutung. Die Gefahr einer Entwurzelung und daraus folgender Integrationsschwierigkeiten erscheint umso grösser, je älter das Kind ist. Dem ist auch bei einer Änderung der Betreuungssituation Rechnung zu tragen, indem zu untersuchen ist, ob im Heimatland des Kindes zu seinen Gunsten Alternativen bestehen, die seinen Möglichkeiten und Bedürfnissen besser gerecht werden.

E. 3.4

Die Kinder der Beschwerdeführerin lebten ursprünglich bei ihrer Grossmutter. Diese ist aufgrund einer schweren Erkrankung seit geraumer Zeit nicht mehr in der Lage, sich um ihre Enkel zu kümmern. Sie liegt inzwischen im Sterben. Während der Krankheit der Grossmutter hat sich die Tante um die Kinder gekümmert. Sie verstarb am 13. Februar 2014. Schliesslich wurden gewisse Betreuungspflichten durch den Grossvater wahrgenommen. Auch dieser ist inzwischen gestorben, nämlich kurz nach der Wegreise der Enkel, am 27. August 2014. Für die Betreuung infrage kommen nach den Feststellungen der Vorinstanz damit grundsätzlich noch der Vater und der Onkel der Kinder. Bei den beiden

Personen handelt es sich um F und G. Wer von den beiden der leibliche Vater ist, lässt sich im Rahmen der hier vorzunehmenden prima facie-Beurteilung nicht mit Bestimmtheit sagen. Fest steht jedoch, dass einer der beiden, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit F, eine Gefängnisstrafe verbüsst. G wiederum ist aufgrund der Betreuungspflichten gegenüber anderen Personen sowie der Grösse seiner Wohnung nicht in der Lage, sich um die beiden Kinder zu kümmern. Damit blieben für die Übernahme von Betreuungsaufgaben höchstens noch andere Geschwister. Wo diese leben und über welche Möglichkeiten sie verfügen, ist jedoch offen. Der Frage ist im vorliegenden Verfahren auch nicht weiter nachzugehen. Fest steht jedenfalls, dass die Beschwerdeführerin glaubhaft und nachvollziehbar aufzeigen konnte, dass jene Personen, die sich bisher um ihre Kinder gekümmert haben, dazu heute aus den verschiedensten Gründen nicht mehr in der Lage sind. Das Kindeswohl erscheint damit durch eine Wegweisung ernsthaft gefährdet. Auf der anderen Seite haben sich die Kinder in die lokalen Verhältnisse offenbar einigermaßen integriert. Das Risiko einer Entwurzelung und den damit einher gehenden Integrationsschwierigkeiten wurde von der Beschwerdegegnerin nicht substantiiert vorgebracht. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang einzig auf die Vorstrafe der Beschwerdeführerin wegen des Handels mit Marihuana, das gemeinsame, vergleichsweise geringe Haushaltseinkommen der Ehegatten von Fr. 5'000.- sowie die Grösse ihrer Zweizimmerwohnung von 38 Quadratmetern. Diese Umstände vermögen jedoch auch in ihrer Gesamtheit eine sachgerechte Betreuung der Kinder in der Schweiz nicht grundsätzlich auszuschliessen. Inwiefern einem Nachzug offensichtliche und eindeutige Interessen der Kinder entgegenstehen würde, ist damit im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden provisorischen Beurteilung nicht erkennbar (vgl. BGE 137 I 284 E. 2.3.1 S. 291). Ebenso wenig sind Widerrufsgründe ersichtlich, die einem prozeduralen Aufenthalt entgegenstehen würden. Sodann erscheint es im Rahmen der vorliegenden prima facie-Beurteilung nicht als wahrscheinlich, dass die Familie der Beschwerdeführerin durch die Betreuung der beiden Töchter sozialhilfeabhängig würde. Die Chancen für eine Bewilligung des Aufenthalts erscheinen damit im Vergleich zu dessen Verweigerung als erheblich höher.

E. 3.5

Anzumerken bleibt schliesslich, dass es den Kindern auch angesichts der sonstigen entscheidungswesentlichen Umstände nicht zuzumuten ist, den Entscheid in der Hauptsache im Ausland abzuwarten. Nicht zuletzt aufgrund der verzögerten Behandlung und der anschliessenden Sistierung der Gesuche halten sich die beiden Kinder nunmehr schon bald seit einem Jahr in der Schweiz auf, besuchen die hiesigen Schulen und leben mit ihrer Mutter und ihrem Stiefvater zusammen. Eine Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts würde damit auch dem Verhältnismässigkeitsgebot widersprechen, das bei Entscheiden im Geltungsbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens zu beachten ist (Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 3 BV; vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.1 und 4.2). Die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 AuG sind damit auch vor diesem Hintergrund zu bejahen.

E. 3.6

Nach dem Gesagten hat die Beschwerdegegnerin das weitere Verfahren beförderlich voranzutreiben (vgl. BGr, 23. Mai 2013, 2C_76/2013, E. 2.1.2). Der Entscheid über den prozeduralen Aufenthalt, wie er vorliegend ergeht, ist naturgemäss provisorischer Natur. Er erfolgt allein, um während der Gesuchsbehandlung in der Sache ein unnötiges, dem Kindeswohl abträgliches Hin und Her zu vermeiden. Eine rasche Behandlung des Gesuchs

ist der Beschwerdegegnerin deshalb nicht nur aufgrund der im inländischen und internationalen Recht verankerten Beschleunigungsgebots aufgegeben, sondern auch aufgrund des provisorischen Zustands, der mit der Gewährung eines prozeduralen Aufenthaltsrecht einhergeht.

E. 4.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben, soweit er nicht die Vormerkung betrifft, dass die Ausgangsverfügung gegenüber E rechtskräftig wurde. Sodann ist auch die Ausgangsverfügung aufzuheben, soweit sie gegenüber C und D erlassen wurde.

E. 4.2

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Gerichtsverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Letztere ist sodann zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung zu entrichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 4.3

Mit diesem Urteil wird allein über den prozeduralen Aufenthalt entschieden. Die materielle Behandlung des Gesuchs steht nach wie vor aus, weshalb die Sache im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist. Damit kann das vorliegende Urteil grundsätzlich nur dann angefochten werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 93 BGG gegeben sind oder geltend gemacht würde, dass es in der Sache einem Endentscheid gleichkommt.

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