

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00207 vom 28. Januar 2010**

ZH Verwaltungsgericht, 2010-01-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00207](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00207)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00207 du 28 janvier 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00207 del 28 gennaio 2010

## **Regeste**

Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug) | Das Gesuch um Familiennachzug beurteilt sich grundsätzlich nach Art. 44 AuG und liegt im Ermessen des Beschwerdegegners. Es kann offenbleiben, ob ein "faktisches" Anwesenheitsrecht besteht und allenfalls ein Anspruch auf Bewilligung des Familiennachzugsgesuches aus Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV abgeleitet werden kann (E.3.2). Die Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit muss weder "erheblich" noch "auf unbestimmte Dauer" bestehen. Die Einberechnung eines Ergänzungsbedarfs für Integrationsmassnahmen ist abzulehnen, da die Anwendung anderer Kriterien als für die effektive Zusprache von Sozialleistungen als sachfremd zu erachten ist. Unter Ausklammerung des Ergänzungsbedarfs sowie unter Abzug des neu tieferen Mietzinses sollten sich die Lebenshaltungskosten finanzieren lassen. Der angefochtene Entscheid erweist sich (nachträglich) als unangemessen. Der Familiennachzug für die Ehefrau und das gemeinsame Kind ist nach pflichtgemäsem Ermessen zu gewähren (3.4). Gutheissung der Beschwerde.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Die Vorinstanzen begründen die Bewilligungsverweigerung für die Ehefrau und den gemeinsamen Sohn damit, dass die konkrete und erhebliche Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit auf unbestimmte Dauer bestehe und damit die Voraussetzungen von Art. 44 lit. c des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG) nicht gegeben seien. Es bestehe kein Anspruch gestützt aus Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; Recht auf Familie).

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 44 AuG kann ausländischen Ehegatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (lit. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (lit. b) und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (lit. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Anders als die Nachzugsbestimmungen betreffend Ehegatten und Kindern von Schweizerinnen und Schweizern sowie Personen mit Niederlassungsbewilligung (vgl. Art. 42 resp. 43 AuG) räumt Art. 44 AuG keinen Nachzugsanspruch ein; die Behörden entscheiden vielmehr nach pflichtgemäsem Ermessen (Art. 96 AuG). Dabei sind die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie der Grad der Integration der Ausländerin oder des Ausländers zu berücksichtigen (Art. 96 Abs. 1 AuG).

### **E. 2.2.1**

Bei einem Ausländer, der selber einen Anspruch auf Erneuerung seiner Aufenthaltsbewilligung ( gesichertes Anwesenheitsrecht ) hat und sich deshalb nach der bundesgerichtlichen Praxis für den Familiennachzug zusätzlich auf Art . 8 EMRK und Art . 13 BV berufen kann, haben die Behörden nicht nur pflichtgemäss nach Art . 44 AuG über das Nachzugsbegehren zu entscheiden. Es müssen mit Blick auf die aus Art . 8 EMRK und Art . 13 BV abgeleiteten Rechte vielmehr auch gute Gründe gegeben sein , um den begehrten Nachzug zu verweigern. Solche Gründe liegen vor, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art . 44 AuG i. V. m. Art . 73 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) nicht erfüllt sind oder Erlöschensgründe im Sinn von Art . 51 Abs. 2 AuG bestehen (vgl. BGE 137 I 284, E. 2.6). Ein Anspruch auf Nachzug des Kindes gestützt auf Art . 8 EMRK und Art . 13 BV ist demnach für den Ausländer mit einem gefestigten Aufenthaltsrecht gegeben, wenn (1) dieser mit seinem Kind zusammenleben will (vgl. Art . 44 lit. a AuG), (2) eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist ( Art . 44 lit. b AuG), (3) die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist ( Art . 44 lit. c AuG), (4) der Nachzug innerhalb der vorgesehenen Fristen beantragt wurde ( Art . 47 Abs. 1 und 3 AuG bzw. Art . 73 VZAE) und (5) der Nachzug nicht in klarer Missachtung des Wohls sowie der familiären Bindungen des Kindes erfolgen soll, wobei auch die bisherige Beziehung zwischen den nachziehenden Eltern und den Kindern sowie die Betreuungsmöglichkeiten in der Schweiz zu berücksichtigen sind. Der Anspruch entfällt, wenn er rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird oder einer der Widerrufsgründe von Art . 62 AuG vorliegt, d. h. insbesondere, wenn der Familienangehörige, für den die anwesende Person zu sorgen hat, der Sozialhilfe bedarf ( Art . 51 Abs. 2 i. V. m. Art . 62 lit. e AuG). Im Übrigen gewähren die meisten europäischen Staaten das Recht auf Nachzug der engeren Familie erst, wenn deren Unterhalt gesichert erscheint bzw. die Familie über eine geeignete Wohnung verfügt (vgl. BGE 139 I 330, E. 2.4.1; BGE 130 II 281 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen).

### **E. 2.2.2**

Die Konvention verlangt, dass die individuellen Interessen an der Erteilung bzw. am Erhalt des Anwesenheitsrechts und der öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung gegeneinander abgewogen werden. Das öffentliche Interesse überwiegt, wenn die Massnahme durch ein "herausragendes soziales Bedürfnis" gerechtfertigt und in Bezug auf das rechtmässig verfolgte Ziel verhältnismässig erscheint bzw. einer "fairen" Interessenabwägung entspricht. In Fällen, die sowohl das Familienleben als auch die Zuwanderung betreffen, hängt der Umfang der Pflicht, ausländische Familienmitglieder auf dem Staatsgebiet dulden bzw. ihnen den Aufenthalt ermöglichen zu müssen, jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab (Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Nunez gegen Norwegen vom 28. Juni 2011 [Nr. 55597/09] § 70; Darren Omoregie gegen Norwegen vom 31. Juli 2008 [Nr. 265/07] § 57). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlangt dabei eine Gesamtbetrachtung, wobei der Grad der konkreten Beeinträchtigung des Familienlebens, der Umstand, ob und wie weit dieses in zumutbarer Weise im Heimatstaat oder allenfalls in einem Drittstaat gelebt werden kann, sowie die Natur der Bindungen zum und im Aufenthaltsstaat ins Gewicht fallen. Von wesentlicher Bedeutung ist zudem, ob Gründe der Migrationsregulierung (illegaler Aufenthalt usw.), andere Motive zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder solche des wirtschaftlichen Wohlergehens des Landes der Bewilligung entgegenstehen. Von besonderem Gewicht erscheint schliesslich, ob die betroffenen Personen aufgrund ihres migrationsrechtlichen Status vernünftigerweise davon ausgehen durften, ihr Familienleben

künftig im Konventionsstaat pflegen zu können. Ist dies nicht der Fall, bedarf es besonderer Umstände, damit Art. 8 EMRK den einzelnen Staat verpflichten kann, die Anwesenheit von Familienangehörigen zu dulden ( zum Ganzen BGE 139 I 330 mit zahlreichen Hinweisen).

### **E. 2.2.3**

Auf den Schutz des Privat- und Familienlebens können sich in Ausnahmesituationen nach der Rechtsprechung EGMR auch Personen berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist bzw. die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird bzw. aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. BGE 138 I 246, E. 3.3.1; EGMR-Urteil Agraw gegen die Schweiz vom 29. Juli 2010, [Nr. 3295/06]).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer ist 2001 in die Schweiz gekommen. Er erhielt gestützt auf die Ehe mit einer Schweizerin eine Aufenthaltsbewilligung. Seine Aufenthaltsbewilligung wurde nach der Scheidung nicht mehr verlängert, er wurde aber infolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs am 18. August 2008 vorläufig in der Schweiz aufgenommen, da er aufgrund seiner Krankheiten im Herkunftsland in eine medizinische Notlage geraten würde. Der Beschwerdeführer ist am 31. August 2006 Vater von D geworden, welcher bei seiner Mutter E in F (Togo) lebt. Am 2. Januar 2012 heiratete der Beschwerdeführer die Kindsmutter. Am 19. Juni 2012 wurde ihm in Anerkennung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls eine Aufenthaltsbewilligung erteilt.

### **E. 3.2**

Das Gesuch um Familiennachzug beurteilt sich daher grundsätzlich nach Art. 44 AuG und liegt im Ermessen des Beschwerdegegners. Darüber hinaus wäre zu prüfen, ob der Beschwerdeführer allenfalls einen Anspruch auf Bewilligung des Familiennachzugsgesuches aus Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV ableiten kann. Als in der Schweiz Aufenthaltsberechtigter müsste zunächst geprüft werden, ob der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV überhaupt berührt ist (vgl. E. 2.2.1). Es kann indes vorliegend offenbleiben, ob seine Rechtsstellung aus der Garantie des Privatlebens oder aufgrund der Tatsache, dass er aufgrund der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nicht in seine Heimat zurückgeschafft werden kann ( "faktisches" Anwesenheitsrecht) , als gesichert zu geltend hat, da die Beschwerde aus anderen Gründen gutzuheissen ist ( Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV; vgl. BGE 138 I 246, E. 2.3 .; BGE 130 II 281, E. 3.2.2; BGE 126 II 335, E. 2b/cc; BGr 2C\_725/2014, vom 23. Januar 2015, E. 5.2). Ebenfalls offenbleiben kann nach dem Gesagten, inwiefern das Erfordernis eines gefestigten Anwesenheitsrechts mit der Rechtsprechung des EGMR zu vereinbaren ist ( EGMR-Urteil, M.P.E.V. gegen die Schweiz, vom 8. Juli 2014 [Nr. 3910/13], § 31 ff., wonach das "gefestigte Anwesenheitsrecht" keine Eintretensvoraussetzung bildet, sondern im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK zu beachten ist).

### **E. 3.3**

Strittig ist vorliegend einzig die Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit gemäss Art. 44 lit. c AuG. Mit dieser Voraussetzung soll verhindert werden, dass die nachgezogenen Familienangehörigen von der öffentlichen Fürsorge abhängig werden. Es muss nicht nur das betriebsrechtliche Existenzminimum, sondern vielmehr das soziale Existenzminimum gesichert sein. Daher geht die Praxis bei der Berechnung der für den Familiennachzug notwendigen finanziellen Mittel von den SKOS-Richtlinien aus.

Berücksichtigt werden dabei sämtliche Eigenmittel wie z. B. Erwerbseinkommen, Sozialversicherungsleistungen, etc. Ein künftiges Erwerbseinkommen des nachzuziehenden Ehepartners kann nach den Gesetzesmaterialien dann berücksichtigt werden, wenn bereits eine Stelle zugesichert wurde. Für die Verweigerung des Nachzugs bedarf es überdies einer konkreten Gefahr der künftigen Fürsorgeabhängigkeit bzw. der Ausweitung derselben. Bloss finanzielle Bedenken genügen nicht (vgl. BGr, 30. Mai 2011, 2C\_685/2010, E. 2.3.1). Entgegen der von der Vorinstanz vertretenen Auffassung muss daher die Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit weder "erheblich" noch "auf unbestimmte Dauer" bestehen (vgl. BGr, 30. Mai 2011, 2C\_685/2010, E. 2.3; vgl. aber unterschiedliche Voraussetzungen bei anerkannten Flüchtlingen, Bgr, 23. Januar 2014, 2C\_674/2013, E. 4). Die Vorinstanz hat ein Durchschnittseinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 3'982.- errechnet und ging bei der Berechnung des sozialen Existenzminimums von den Richtsätzen der Vereinigung der Fremdenpolizeichefs der Ostschweiz und des Fürstentums Liechtensteins (VOF) aus. Die Vorinstanz hat bei der Berechnung des Lebensbedarfs einen Ergänzungsbedarf für die Ehefrau von Fr. 241.- für Integrationsmassnahmen einberechnet. Das Bundesgericht hat indes die Einberechnung eines Ergänzungsbedarfs abgelehnt, da es die Anwendung anderer Kriterien als für die effektive Zusprache von Sozialleistungen als sachfremd erachtete (vgl. BGr, 30. Mai 2011, 2C\_685/2010, E. 2.3.3; VGr, 18. Dezember 2014, VB.2014.00208, E. 6.4 f.; VGr, 22. Mai 2013, VB.2012.00600, E. 2.4). Bleibt der erwähnte, von der Vorinstanz veranschlagte Ergänzungsbedarf ausgeklammert, liegt ein Totalbedarf von monatlich Fr. 4'268.- vor. Der Beschwerdeführer hat auf Beschwerdeebene einen Mietvertrag eingereicht, wonach er per 15. Juni 2015 eine 3-Zimmerwohnung an der G-Strasse 01 in H bewohnen wird. Von dem berechneten Existenzminimum sind daher nochmals Fr. 410.- abzuziehen (bisherige Miete Fr. 1'610.- pro Monat; neu Fr. 1'200.- pro Monat). Insgesamt kommt die Familie somit auf ein soziales Existenzminimum von Fr. 3'858.-. Dem gegenüberzustellen sind die monatlichen Eigenmittel. Die Vorinstanz berechnete ein Einkommen von rund Fr. 3'982.-, womit sich die Lebenshaltungskosten von Fr. 3'858.- finanzieren lassen sollten. Der angefochtene Entscheid erweist sich somit (nachträglich) als unangemessen, weshalb die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben ist (Art. 63 Abs. 1 VRG) und der Familiennachzug für die Ehefrau und das gemeinsame Kind nach pflichtgemäsem Ermessen zu gewähren ist (Art. 96 AuG). Die Beschwerde ist damit gutzuheissen.

#### **E. 4**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Dem Beschwerdeführer ist für das Beschwerdeverfahren zulasten des Beschwerdegegners eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- zuzusprechen. Nachdem sich der angefochtene Entscheid erst im Nachhinein als unangemessen erweist, sind dem Beschwerdeführer die Kosten für das Rekursverfahren zu belassen und ist ihm für das Rekursverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **E. 5**

Der vorliegende Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) angefochten werden, soweit der Beschwerdeführer einen Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung geltend macht. Andernfalls kann lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG wegen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte ergriffen werden. 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.