

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00318 vom 5. November 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-11-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00318

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00318 du 5 novembre 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00318 del 5 novembre 2015

Regeste

Widerruf der Niederlassungsbewilligung | Familiennachzug der Kinder zum hier anwesenheitsberechtigten Vater und Nachzug der Mutter zu ihren Kindern. Die BFin 1 war mit einem Schweizer verheiratet; während der Ehe zeugte sie zwei aussereheliche Kinder mit einem Landsmann. Durch Verschweigen der ausserehelichen Schwangerschaft im Bewilligungsverfahren hat sie den Widerrufsgrund von Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 lit. a AuG erfüllt (E. 1). Verhältnismässigkeit des Widerrufs (E. 2): Aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Integration überwiegen die öff. Interessen grds. die privaten Interessen der BFin 1 am weiteren Verbleib in der CH. Miteinzubeziehen in die Interessenabwägung ist aber auch die Beziehung der beiden Kinder zu ihrem Vater (Art. 8 EMRK/13 BV). Die neu begründete gemeinsame elterliche Sorge ist zu berücksichtigen. Auch wenn beide Eltern formell über das Sorgerecht verfügen, ist im Rahmen von Art. 8 EMRK die Qualität und Intensität der gelebten Eltern-Kind-Beziehung entscheidend. Von Bedeutung ist insb. auch die Regelung der Obhut (Unterscheidung alleinige Obhut/alternierende Obhut). Obliegt die Obhut hauptsächlich dem ausreisepflichtigen Elternteil, muss es dem Kind grds. zumutbar sein, diesem ins Heimatland zu folgen. Vorliegend sind die Kinder hauptsächlich in der Obhut der Mutter, weshalb ihnen die Ausreise – auch angesichts ihres Alters (geb. 2010 und 2012) – zumutbar ist. Ein nahehelicher Aufenthaltsanspruch gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG ist mangels Erfüllens der Dreijahresfrist nicht gegeben (E. 3.1 und E. 3.2). Anwendbarkeit des Grundsatzes der *lex mitior* im Zusammenhang mit Art. 7 ANAG verneint; keine unzulässige Rückwirkung, wenn für die Zeit vor Inkrafttreten des AuG an das Vorliegen einer Haushaltsgemeinschaft angeknüpft wird (E. 3.3). Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG ist nicht anwendbar, da keine schützenswerte Beziehung zu einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten, aus der Ehe mit dem Schweizer Ehemann stammenden Kind besteht (E. 3.4). Die Vorinstanz hat den BF zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung verweigert (E. 6). Gewährung der uP/URB im Beschwerdeverfahren (E. 8.2). Teilweise Gutheissung betr. Verweigerung uP/URB im Rekursverfahren. Im Übrigen Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen

E. 4

Da sich die Beschwerdeführenden auf keine Norm stützen können, die ihnen einen Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Anwesenheitsbewilligung vermittelt, hat die Migrationsbehörde nach Ermessen über die weitere Bewilligung ihres Aufenthalts zu entscheiden. Bei der Ermessensausübung hat sie die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der ausländischen Person zu berücksichtigen (Art. 96 Abs. 1 AuG). Dabei entspricht die nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK

vorzunehmende Interessenabwägung den Anforderungen nach Art. 96 Abs. 1 AuG (vgl. BGr, 27. Juni 2013, 2C_288/2013, E. 2.5.2; BGr, 18. November 2011, 2C_360/2011, E. 3 in fine). Es kann daher auf Erwägung 2.2 ff. verwiesen werden. Insbesondere aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Integration der Beschwerdeführerin Nr. 1 in der Schweiz durfte ihr auch nach pflichtgemäßem Ermessen der weitere Aufenthalt verweigert werden.

E. 5

Ist der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, so verfügt das SEM die vorläufige Aufnahme (Art. 83 Abs. 1 AuG). Nach Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind. Eine solche Situation liegt in Nigeria nicht vor (vgl. E. 2.2.2; BVGr, 16. Juni 2015, E-2159/2015, E. 5.2). Vollzugshindernisse sind damit nicht ersichtlich.

E. 6

Die Beschwerdeführenden rügen weiter, dass ihnen vor Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung verweigert wurde. Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, denen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich 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, für die Prozess- bzw. Vertretungskosten aufzukommen, ohne Mittel beanspruchen zu müssen, welche zur Deckung des Grundbedarfs für sich und die Familie notwendig sind (BGE 135 I 221 E. 5.1 = Pra 2010 Nr. 25; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014, § 16 N. 18). 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; Plüss, § 16 N. 46). Die Vorinstanz erachtete das materielle Rekursbegehren als offensichtlich aussichtslos. In der Tat ist es jedoch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz nach einem 20-seitigen Entscheid mit umfangreicher Überprüfung der Vater-Kind-Beziehung und der ehelichen Situation der Beschwerdeführerin Nr. 1 zum Schluss kam, das Begehren sei von Beginn weg offensichtlich aussichtslos gewesen. Da die Beschwerdeführenden auch im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids von der öffentlichen Fürsorge unterstützt werden mussten, galten sie damals auch ohne Weiteres als mittellos. Durch die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung hat die Vorinstanz Art. 29 Abs. 3 BV und § 16 Abs. 1 und 2 VRG verletzt. Insoweit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. An der materiellen Beurteilung durch die Vorinstanz ändert sich dabei nichts, weshalb den Beschwerdeführenden im Rekursverfahren zu Recht keine Parteientschädigung zugesprochen wurde. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, soweit die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung verweigerte. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 7

Die den Beschwerdeführenden von der Vorinstanz angesetzte Frist zum Verlassen der Schweiz ist mittlerweile abgelaufen. Es ist ihnen deshalb eine angemessene neue Frist

anzusetzen (vgl. Art. 64d Abs. 1 AuG). Bei der Bemessung ihrer Länge ist zu berücksichtigen, dass sich die Beschwerdeführerin Nr. 1 seit zehn Jahren in der Schweiz aufhält. Andererseits hat sie in der Schweiz keine beruflichen Verpflichtungen. Aufgrund der gesamten Umstände erscheint eine Frist von drei Monaten ab Zustellung des vorliegenden Urteils angemessen. Falls gegen dieses Urteil Beschwerde ans Bundesgericht erhoben wird und dieses einen Antrag auf vorsorgliche Massnahmen bzw. aufschiebende Wirkung gutheisst, würde die Frist einstweilen dahinfallen und mangels anderer Anordnungen mit der Zustellung eines abweisenden bundesgerichtlichen Urteils neu zu laufen beginnen.

E. 8.1

Die Beschwerdeführenden unterliegen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mit ihrem Hauptbegehren, obsiegen jedoch insoweit, als die Vorinstanz zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung verweigerte. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten zu 1/4 der Beschwerdegegnerin und zu 3/4 der Beschwerdeführerin Nr. 1 (als gesetzlicher Vertreterin der Beschwerdeführenden Nr. 2 und 3) aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Bei diesem lediglich geringen Umfang des Obsiegens ist den Beschwerdeführenden keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. § 17 Abs. 2 VRG; Plüss, § 17 N. 21).

E. 8.2

Die Beschwerdeführenden verlangen auch für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung gemäss § 16 Abs. 1 und 2 VRG. Die Beschwerdeführerin Nr. 1 ist weiterhin fürsorgeabhängig, weshalb sie ohne Weiteres als mittellos gilt. Auch erscheinen die gestellten Begehren nicht von vornherein aussichtslos und bedurfte die neu eingetretene Situation mit der gemeinsamen elterlichen Sorge näherer Prüfung. Somit ist ihr für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung zu gewähren. Der Beschwerdeführerin Nr. 1 ist damit in der Person von Rechtsanwalt D ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die von Rechtsanwalt D eingereichte Honorarnote vom 4. November 2015 basiert auf einem Stundenansatz von Fr. 300.-. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands richtet sich jedoch nach den Stundenansätzen des Obergerichts für die amtliche Verteidigung (§ 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 [GebV VGr]). Der in der Honorarnote angewandte Stundenansatz ist demzufolge auf Fr. 220.- pro Stunde zu kürzen (§ 3 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV]). Im Übrigen erscheint der geltend gemachte Zeitaufwand als angemessen. Die Beschwerdeführerin Nr. 1 wird auf § 16 Abs. 4 VRG hingewiesen, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

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; 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.