

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00452 vom 21. Oktober 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-10-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00452](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00452)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00452 du 21 octobre 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00452 del 21 ottobre 2015

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Das Familiennachzugsgesuch des über 12 Jahre alten Sohnes wurde unbestritten zu spät gestellt (E.2.2). Ein nachträglicher, d.h. nicht fristgerechter Familiennachzug wird bewilligt, wenn hierfür wichtige familiäre Gründe sprechen. Ein wichtiger Grund liegt etwa vor, wenn die weiterhin notwendige Betreuung der Kinder im Herkunftsland nicht mehr gewährleistet ist. Das Kindeswohl ist nicht alleiniges Kriterium für den Nachzug, es bedarf vielmehr einer Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente im Einzelfall (E. 3). Es gibt keine Personen, welche die Betreuung des Kindes im Heimatland übernehmen wollen. Es liegt nicht auf der Hand, dass und inwiefern die Verwandten - mit Ausnahme des Vaters - nach dem anwendbaren Recht verpflichtet sein sollen, gegen ihren Willen die Betreuung zu übernehmen. Hingegen ist der Vater grundsätzlich verpflichtet, die Obhut zu übernehmen. Der relevante Sachverhalt betreffend die Betreuungsfähigkeit des Vaters ist nicht rechtsgenügend festgestellt (E.4.2). Rückweisung zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zur neuen Beurteilung.

## Erwägungen

### E. 2

). Die Fristen beginnen grundsätzlich mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses zu laufen (Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG bzw. Art. 73 Abs. 2 VZAE). Übergangsrechtlich beginnen sie jedoch nach Art. 126 Abs.

### E. 2.1

Gestützt auf Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) haben Ausländer mit gefestigtem Anwesenheitsrecht einen Rechtsanspruch auf Nachzug von Kindern, wobei dafür auf die Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 44 und 47 AuG abzustellen ist (BGE 137 I 284 E. 1.3 S. 287 und E. 2.6 S. 292 f.). Die Beschwerdeführende gilt als Person mit gefestigtem Aufenthaltsanspruch im Sinn dieser Rechtsprechung, da sie als Ehefrau eines Schweizer Bürgers Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung hat, solange sie mit diesem zusammen wohnt (Art. 42 Abs. 1 AuG). Demnach haben sie und der betreuende Stiefvater Anspruch auf Nachzug des Kindes, wenn sie mit ihm zusammenleben wollen (Art. 44 lit. a AuG), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Art. 44 lit. b AuG), die Familie keiner Sozialhilfe bedarf (Art. 44 lit. c AuG) und der Nachzug fristgerecht geltend gemacht wird (Art. 47 Abs. 1 und 3 AuG). Sodann hat der Nachzug nicht in klarer Missachtung des Wohls sowie der familiären Bindungen des Kindes zu erfolgen. Ferner darf der Anspruch nicht rechtsmissbräuchlich angerufen werden, es darf kein Widerrufsgrund im Sinn von Art. 62 AuG bestehen und der nachziehende Elternteil muss die elterliche Sorge haben (BGE 137 I 284 E. 2.7 S. 293 f.)

## **E. 2.2**

Nach Art. 47 Abs. 1 AuG bzw. Art. 73 Abs. 1 VZAE sind Familiennachzugsgesuche für Kinder über zwölf Jahren innerhalb von zwölf Monaten zu stellen. Für das Nachzugsalter ist der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung massgeblich (vgl. BGr, 3. Oktober 2011, 2C\_205/2011, E. 1; BGE 136 II 497 E. 3).

## **E. 3**

Ein nachträglicher, d. h. nicht fristgerechter Familiennachzug wird nach Art. 47 Abs. 4 AuG bzw. Art. 73 Abs. 3 VZAE bewilligt, wenn hierfür wichtige familiäre Gründe sprechen (BGr, 10. Oktober 2011, 2C\_276/2011, E. 4). Gemäss Wortlaut von Art. 75 VZAE liegt ein wichtiger familiärer Grund vor, wenn das Kindeswohl einzig durch einen solchen Nachzug gewährleistet werden kann. Indessen ist das Kindeswohl gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht alleiniges Kriterium für den Nachzug. Es bedarf vielmehr einer Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente im Einzelfall (BGr, 5. Juni 2013, 2C\_906/2012, E. 3.2). Ein wichtiger Grund liegt etwa vor, wenn die weiterhin notwendige Betreuung des Kindes im Herkunftsland, z. B. wegen des Todes oder der Krankheit der betreuenden Person, nicht mehr gewährleistet ist. Praxisgemäss liegen keine solchen Gründe vor, wenn im Heimatland alternative Pflegemöglichkeiten bestehen, die dem Kindeswohl besser entsprechen, weil dadurch vermieden werden kann, dass das Kind aus seiner bisherigen Umgebung und dem ihm vertrauten Beziehungsnetz gerissen wird. An den Nachweis der fehlenden Betreuungsmöglichkeit im Heimatland stellt die Rechtsprechung umso höhere Anforderungen, je älter das nachzuziehende Kind ist und je grösser die Integrationsschwierigkeiten erscheinen, die ihm hier drohen. Es ist damit grundsätzlich zu prüfen, ob im Heimatland geeignete alternative Betreuungsmöglichkeiten bestehen, die dem Kindeswohl entsprechen und es dem Kind erlauben, dort zu bleiben, wo es aufgewachsen ist (vgl. BGr, 17. November 2011, 2C\_194/2011, E. 2.1). Eine solche Alternative muss dann ernsthaft in Betracht gezogen und sorgfältig geprüft werden, wenn das Kind bereits älter ist, sich seine Integration schwieriger gestalten dürfte und die zum in der Schweiz lebenden Elternteil aufgenommene Beziehung noch nicht allzu eng erscheint. Hat das Kind nur noch einen Elternteil, kann in der Regel nicht angenommen werden, dass es in seinem Interesse liegt, von diesem Elternteil getrennt zu leben; ferner ist eine gewisse kulturelle und soziale Entwurzelung jeder familiären Umgliederung immanent und kann nicht a priori gegen den Familiennachzug sprechen (BGr, 20. Februar 2015, 2C\_303/2015, E. 6.1). Damit die persönliche und familiäre Situation des Kindes und seine Möglichkeiten der Integration in der Schweiz umfassend berücksichtigt werden, sind namentlich dessen Alter, Ausbildungsniveau und Sprachkenntnisse zu beachten (BGE 133 II 6 E. 3.1.1). Die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen hat nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme zu bleiben und darf nicht die Regel bilden; dabei sind Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AuG und Art. 73 Abs. 3 Satz 1 VZAE jeweils aber so zu handhaben, dass der Anspruch auf Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV nicht verletzt wird (zum Ganzen BGr, 12. Juni 2012, 2C\_532/2012, E. 2.2.2; BGE 137 I 284 E. 2.6 f.).

### **E. 4.1.1**

F verbrachte sein ganzes Leben bis zu seiner Einreise in die Schweiz am 18. August 2014 in I, Brasilien. Bis zur Scheidung der Eltern am 17. Januar 2005 lebte F bei seiner Mutter und dem leiblichen Vater in I und hernach zusammen mit seinem Bruder und Halbbruder bei seiner Mutter, zunächst in einer Mietwohnung und später in einem eigenen Haus. Nachdem

die Beschwerdeführerin mit ihrem heutigen Ehemann am 22. April 2007 in die Schweiz übersiedelte, wurde er von verschiedenen Tanten mütterlicherseits beaufsichtigt. Vom April 2008 bis Juli 2012 wurden die drei Kinder in Brasilien von den Beschwerdeführenden selber betreut. Am 22. Juli 2012 kehrten die Beschwerdeführenden ohne Kinder wieder in die Schweiz zurück. Ab Juli 2012 sollte D, der Vater von F und E, angeblich die beiden Söhne in sein Haus in I aufnehmen und für diese sorgen. Gemäss Scheidungsurteil vom 17. Januar 2015 wurde für F und Luca ein gemeinsames Sorgerecht festgelegt. Noch im Juli 2012 kehrten F und E indes wieder in das Haus der Beschwerdeführenden zurück, wo sie fortan vom Halbbruder Hund dessen Ehefrau betreut wurden.

#### **E. 4.1.2**

Die Beschwerdeführenden machen für den nachträglichen Familiennachzug im Wesentlichen geltend, dass der Vater von F seit 2014 neu im Bundesstaat J arbeite und sich deshalb nicht mehr um seinen Sohn kümmern könne, da er selten nach I zurückkehre. Ferner habe sich der Vater bis zu seinem Stellenwechsel im Sommer 2014 geweigert, das Einverständnis zur Ausreise von F zu geben. Im Weiteren wird betreffend die veränderte Betreuungssituation geltend gemacht, der ältere Bruder H sei in der Zwischenzeit verheiratet und habe selber eine Tochter. Er wohne mit seiner Familie im Hinterhaus seines Schwiegervaters und habe neben der Familie und der Arbeit keine Möglichkeit mehr, seinen Halbbruder zu betreuen. Ferner gäbe es keine weiteren nahen Verwandten, die sich um F kümmern könnten, da die beiden Tanten mittlerweile in der Schweiz wohnten und die Grossmutter an einer Herzkrankheit leide.

#### **E. 4.2**

Wie auch die Vorinstanz festgestellt hat, lebte F vor der Ausreise bei seinem Halbbruder und dessen Ehefrau. Die Vorsinstanz stellt nicht infrage, dass diese die Betreuung von F nicht mehr übernehmen wollen, und führt nur aus, es sei nicht glaubhaft dargelegt, dass sich die familiäre Betreuungssituation derart massiv verändert habe. Dies ist zwar richtig, für die Beurteilung des Gesuchs indessen nicht alleine ausschlaggebend (vgl. BGr, 20. Februar 2015, 2C\_303/2015, E. 6.7 .2). Dass der Halbbruder von F und seine Ehefrau die Betreuung bis anhin übernommen haben, bedeutet noch nicht, dass sie bereit und in der Lage sind, diese Betreuung weiterhin zu übernehmen und dass das Kindeswohl auf diese Weise besser gewahrt wird, als bei einem Nachzug in die Schweiz. Es gibt entgegen den Ausführungen der Vorinstanz in Brasilien offensichtlich keine Personen, welche die Betreuung von F übernehmen wollen. Es liegt auch nicht auf der Hand, dass und inwiefern die Verwandten – mit Ausnahme des Vaters – von Gesetzes wegen verpflichtet sein sollten, gegen ihren Willen F zu betreuen. Hierzu ist einzig der Vater grundsätzlich verpflichtet. Der relevante Sachverhalt betreffend die Betreuungsfähigkeit des Vaters ist jedoch nicht rechtsgenügend festgestellt: Offenbleiben insbesondere die Fragen, aus welchen Gründen der Vater – trotz geteiltem Sorgerecht – seine Betreuungsaufgaben nicht wahrnehmen will oder kann, wie oft er sich in I, wo er auch ein Haus besitzt, aufhält, und ob es F allenfalls zuzumuten wäre, sich auch am jeweiligen Arbeitsort des Vaters aufzuhalten. Der Sachverhalt erweist sich nach dem Gesagten betreffend der Betreuungssituation des Sohnes in Brasilien als nicht hinreichend abgeklärt. Das Verwaltungsgericht enthält sich bei dieser Rechts- und Sachlage, auch zur Wahrung des Instanzenzugs, einer selbständigen Prüfung (§ 64 Abs. 1 VRG). Die Vorinstanz wird das Gesuch auf nachträglichen Familiennachzug unter Berücksichtigung der von den Beschwerdeführenden erst vor Verwaltungsgericht eingebrachten Beweismittel in Bezug auf die Betreuungsverhältnisse des Sohnes im

Heimatland sowie dem Verzicht des Vaters auf sein Sorgerecht erneut zu prüfen haben. Im Weiteren hat sie den Sohn zum Familiennachzug anzuhören, insbesondere mit Bezug auf sein Verhältnis zu seinem Vater und den beiden Brüdern (Art. 47 Abs. 4 AuG; BGE 137 I 284 E. 2.3.1 S. 290 f). Den Nachzugswilligen obliegt aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht sodann, die wichtigen familiären Gründe nachzuweisen, da sie die Beweislast für diejenigen Tatsachen tragen, aus denen sie Rechte ableiten könnten (vgl. § 7 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit § 70 VRG und Art. 90 AuG). Die Sache ist deshalb zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde.

#### **E. 5**

Eine Rückweisung zu neuem Entscheid bei offenem Ausgang ist in Bezug auf die Nebenfolgen als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei zu behandeln, wenn die Rechtsmittelinstanz reformatorisch oder kassatorisch entscheiden kann (BGr, 28. April 2014, 2C\_846/2013, E. 3.2 f. mit Hinweisen; Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 64 N. 5). Entsprechend gilt es, die Kosten des vorliegenden Verfahrens dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen und den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG sowie § 17 Abs. 2 lit. a VRG).

#### **E. 6**

Beim vorliegenden Rückweisungsentscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid gemäss Art. 93 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG). Die Beschwerde an das Bundesgericht kann deshalb nur erhoben werden, wenn der Zwischenentscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde.

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