

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00492 vom 22. November 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00492](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00492)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00492 du 22 novembre 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00492 del 22 novembre 2017

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung | [Die Beschwerdeführerin reiste im Frühjahr 2014 gemeinsam mit ihrer damals knapp dreijährigen Tochter, einer schweizerisch-türkischen Doppelbürgerin, in das gemeinsame Heimatland. Nach rund sieben Monaten beantragte sie erstmals ein Rückreisevisum, im Januar 2015 eine Einreisebewilligung für langjährigen Aufenthalt.] Die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin ist erloschen (E. 2.2). Aufgrund der konkreten Umstände vermag die Beschwerdeführerin sodann auch aus der Staatsangehörigkeit ihrer Tochter keinen (mittelbaren) Anwesenheitsanspruch in der Schweiz abzuleiten; sie hat sich freiwillig für die Ausreise in die gemeinsame Heimat entschieden und lebt dort mit ihrer heute siebenjährigen Tochter bei der Mutter bzw. Grossmutter. Zum Schweizer Kindsvater unterhalten weder Mutter noch Tochter Kontakt. Die strittige Fernhaltmassnahme greift insofern nicht in das in Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ein (zum Ganzen E. 3). Anlass, um aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls oder aufgrund des Wiederzulassungstatbestands von den allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen abzuweichen, besteht nicht (E. 4.). Gutheissung UP. Abweisung. Abweichende Meinung einer Kammerminderheit.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2017.00492 Urteil vom 22. November 2017 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, vertreten durch Dr. iur. B, Beschwerdeführerin, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung, hat sich ergeben: I. A. A, eine 1979 geborene Angehörige eines Staats ausserhalb EU/EFTA, reiste Anfang November 2008 als Sängerin und Folkloretänzerin in die Schweiz ein, wo sie nach der Heirat mit dem aus ihrem Heimatland stammenden Schweizer C eine zuletzt bis 19. Februar 2014 verlängerte Aufenthaltsbewilligung für den Kanton Zürich erhielt. Im Jahr 2010 wurde den Eheleuten die Tochter D geboren, welche – neben der türkischen – auch die schweizerische Staatsbürgerschaft besitzt. Seit Ende August 2009 wurde A durch die öffentliche Fürsorge unterstützt. Das Migrationsamt des Kantons Zürich verwarnte sie deshalb mit Verfügung vom 3. Mai 2012 und stellte ihr schwerer wiegende ausländerrechtliche Massnahmen in Aussicht, falls sie oder ihre Familie weiterhin auf Sozialhilfe angewiesen sei oder ihr Verhalten zu anderen berechtigten Klagen Anlass geben sollte. Nachdem es ihr auch in der Folge nicht gelungen war, sich vollumfänglich von der Sozialhilfe zu lösen, wurde A am 24. September 2013 abermals ausländerrechtlich verwarnt und ihr der Widerruf bzw. die

Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung angedroht. Anfang Februar 2014 meldete C seine bereits seit Anfang Juli 2013 getrennt von ihm lebende Ehefrau und die gemeinsame Tochter per 31. Januar 2014 in deren Heimatland ab; die Sozialbehörden hatten die Mutter und Kind gewährten Leistungen bereits im November 2013 infolge Ausreise ins Ausland eingestellt. B. Am 14. Januar 2015 ersuchte A um eine Einreisebewilligung für langfristigen Aufenthalt. Noch während der Bearbeitung des Gesuchs wurde die Ehe A-C am 19. Februar 2016 von einem Gericht in der Heimat von A geschieden; die Tochter D wurde unter die (alleinige) elterliche Sorge der Mutter gestellt und dem Kindsvater ein Besuchsrecht eingeräumt. Mit Verfügung vom 21. April 2016 wies das Migrationsamt das Einreisegesuch von A ab. II. Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 29. Juni 2017 ab. III. A liess beim Verwaltungsgericht am 26./27. Juli 2017 Beschwerde führen und diesem sinngemäss beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid aufzuheben und ihr eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen; ferner ersuchte sie um unentgeltliche Rechtspflege. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 3./4. August 2017 auf eine Vernehmlassung; das Migrationsamt erstattete keine Beschwerdeantwort. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide einer Direktion über Anordnungen eines Amtes etwa betreffend das Aufenthaltsrecht nach § 41 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 Satz 1, 19a, 19b Abs. 2 lit. b Ziff. 1 sowie §§ 42–44 e contrario des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) zuständig. Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Zwischen der Schweiz und dem Heimatland von A besteht kein Staatsvertrag im Sinn von Art. 2 Abs. 1 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20), welcher der Beschwerdeführerin einen Bewilligungsanspruch vermittelte. 2.2 Die Beschwerdeführerin reiste eigenen Angaben zufolge am 3. Februar 2014 in ihr Heimatland aus, um dort insbesondere einen viermonatigen Kurs "für Maniküre- und Pediküretechnik" zu absolvieren. Nach sieben Monaten – die Gültigkeitsdauer ihrer Aufenthaltsbewilligung war längst abgelaufen – sprach sie erstmals bei einer schweizerischen Auslandvertretung vor, um ein Rückreisevisum zu beantragen. Selbst wenn sie ihr früherer Ehemann daher gegen ihren Willen aus der Schweiz abgemeldet haben sollte, war die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Einreichung des Einreisegesuchs bereits erloschen (Art. 61 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 Satz 1 AuG). Ein selbständiger Anspruch auf Wiedererteilung der Aufenthaltsbewilligung kommt ihr ebenfalls nicht zu; es fragt sich jedoch, ob die sorge-berechtigte Beschwerdeführerin aus der Beziehung zu ihrer Tochter ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz ableiten kann. Da diese Schweizerbürgerin ist und somit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht hierzulande verfügt, kommt ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung gestützt auf das Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) bzw. Art. 13 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) in Betracht ("umgekehrter Familiennachzug"; vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 f.). 3. 3.1 Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert grundsätzlich keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1). Weder ergibt sich daraus ein Recht auf Einreise noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts. Das in Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens kann nur angerufen werden, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme zur Trennung einer ausländischen Person von ihren in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Familienmitgliedern führt. Kann Letzteren zugemutet

werden, ihr gemeinsames (Familien-)Leben im Ausland zu führen, liegt daher regelmässig kein staatlicher Eingriff vor. Anders verhält es sich, falls die Ausreise für die Familienangehörigen einer ausländischen Person, der eine ausländerrechtliche Bewilligung verweigert worden ist, "nicht von vornherein ohne Weiteres zumutbar" erscheint. In diesem Fall ist ein Eingriff in das Rechtsgut des Familienlebens gegeben, welcher nach Art. 8 Abs. 2 EMRK nur statthaft ist, soweit er eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung und zur Verhinderung strafbarer Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Pflichten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden individuellen Interessen an der Erteilung der Bewilligung einerseits und der öffentlichen Interessen an deren Verweigerung andererseits, wobei Letztere in dem Sinn überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (vgl. zum Ganzen BGE 135 I 156 E. 2.2.1, 135 II 143 E. 2.1, 122 II 1 E. 2, 116 Ib 353 E. 3). Als zulässiges öffentliches Interesse fällt dabei grundsätzlich auch das Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik in Betracht (vgl. BGr, 19. Mai 2011, 2C\_841/2009, E. 2.2; BGE 137 I 247 E. 4.1.2). Handelt es sich bei dem von der ausländerrechtlichen Massnahme mitbetroffenen Familienmitglied allerdings um ein Kind mit Schweizerbürgerrecht, genügen die Zumutbarkeit der Ausreise und das öffentliche Interesse, eine restriktive Einwanderungspolitik betreiben zu können, nicht, um der sorgeberechtigten ausländischen Person die Anwesenheit mit ihrem Kind zu verweigern. Da diesem ein staatsbürgerrechtlicher Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz zukommt, bedarf es vielmehr besonderer Gründe, um die mit der Ausreise für das Schweizer Kind verbundenen weitreichenden Folgen zu rechtfertigen. So darf ein Schweizer Kind rechtsprechungsgemäss nur dann dazu verpflichtet werden, dem sorgeberechtigten Elternteil in dessen Heimat zu folgen, wenn nebst der Zumutbarkeit der Ausreise besondere, namentlich ordnungs- und sicherheitspolizeiliche Gründe vorliegen, welche die damit für das Schweizer Kind verbundenen weitreichenden Folgen zusätzlich zu rechtfertigen vermögen (BGE 136 I 285 E. 5.2, 135 I 153 E. 2.2.4). Bagatelldelikte oder blosser Verstösse gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften durch den sorgeberechtigten Elternteil gehören nicht dazu (BGE 137 I 247 E. 5.2.2, 136 I 285 E. 5). Nur Verfehlungen von einer gewissen Schwere überwiegen das Interesse des Schweizer Kinds, mit dem sorgeberechtigten Elternteil hier aufwachsen zu können (BGE 136 I 285 E. 5.2; BGr, 7. Juni 2010, 2C\_660/2009, E. 2.2 und 2.3). Ebenso kann eine fortgesetzte und erhebliche Sozialhilfeabhängigkeit (vgl. Art. 62 Abs. 1 lit. e und Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG) dem Verbleib des sorgeberechtigten ausländischen Elternteils eines Schweizer Kinds im umgekehrten Familiennachzug entgegenstehen, wenn keine Änderung absehbar erscheint (BGE 137 I 247 E. 5.2 mit Hinweisen; BGr, 11. Juli 2011, 2C\_234/2010, E. 2.4.3, und 16. Juni 2011, 2C\_54/2011, E. 2.2). 3.2 Der im vorigen Absatz wiedergegebenen Praxis und ebenso ähnlichen bundesgerichtlichen Urteilen lag jeweils die Fragestellung zugrunde, ob sich der sorgeberechtigte Elternteil eines Kinds mit Schweizerbürgerrecht aus der Schweiz entfernen müsse. Hier verhält es sich indes anders, wird die Beschwerdeführerin doch nicht aus der Schweiz weggewiesen, sondern ihr nach freiwilliger Ausreise in das Heimatland die Wiedereinreise verweigert. Da die Beschwerdeführerin das alleinige Sorgerecht über ihre Tochter innehat, bedeutet dies für das Kind schweizerischer Staatsangehörigkeit, dass es faktisch gezwungen ist, mit der Mutter in der gemeinsamen Heimat zu verbleiben. Die strittige Fernhaltungsmassnahme mag insofern in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der aus der Staatsbürgerschaft fliessenden Niederlassungsfreiheit

(Art. 24 BV) der Tochter der Beschwerdeführerin stehen, ihr konventionsrechtlich geschütztes Familienleben aber wird von der Massnahme nicht berührt. Die Beschwerdeführerin und ihre Tochter leben seit ihrer Ausreise aus der Schweiz vor bald vier Jahren gemeinsam bei der Mutter bzw. Grossmutter in der Heimat von A, wo die Beschwerdeführerin einer Teilzeiterwerbstätigkeit als Coiffeuse nachgeht. Zum Kindsvater unterhalten beide keinen Kontakt mehr; den Angaben der Beschwerdeführerin zufolge hat ihr früherer Ehemann inzwischen wieder geheiratet und stellt er sich einer Rückkehr von ihr und ihrer Tochter sogar vehement entgegen. Anderweitige massgebliche Bindungen privater Natur in der Schweiz werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Dass auch den Kindsinteressen (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [Kinderrechtekonvention, SR 0.107]) mit einer neuerlichen Wohnsitzverlegung in die Schweiz besser gedient wäre, lässt sich vor diesem Hintergrund daher nicht ohne Weiteres sagen. Freilich mag die inzwischen siebenjährige Tochter der Beschwerdeführerin ein offenkundiges Interesse daran haben, in der Schweiz zu leben, um von den hiesigen Ausbildungsmöglichkeiten und Lebensbedingungen profitieren zu können. Dem steht jedoch das gewichtige Interesse des Kinds an Konstanz im persönlichen und räumlichen Umfeld gegenüber. Zu berücksichtigen ist überdies, dass die heutige Wohn- bzw. Aufenthaltssituation Folge des freien Entscheids der Beschwerdeführerin ist, mit ihrer Tochter nicht nur besuchs- bzw. ferienhalber in die gemeinsame Heimat zurückzukehren, sondern dort (für längere Zeit) Wohnsitz zu nehmen. Aus den Bestimmungen der Kinderrechtekonvention bzw. aus Art. 24 BV ergibt sich sodann ohnehin kein (mittelbarer) Anwesenheitsanspruch in der Schweiz; die entsprechenden Vorgaben wären einzig bei der Interessenabwägung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK zu berücksichtigen, läge – was vorliegend nicht der Fall ist – ein Eingriff in das in Abs. 1 geschützte Rechtsgut, das heisst den Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, vor (vgl. BGE 135 I 153 E. 2.2.2 am Ende). 3.3 Die Beschwerdeführerin vermag sich demnach zur Begründung eines Anwesenheitsanspruchs in der Schweiz nicht auf die (Doppel-)Staatsbürgerschaft ihrer Tochter zu berufen.

#### **E. 4.1**

Da die Beschwerdeführerin weder aus dem Völkerrecht noch aus dem Landesrecht einen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz ableiten kann, ist die Frage der (Wieder-)Erteilung eines Anwesenheitsrechts von der kantonalen Migrationsbehörde nach Massgabe der allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen von Art. 18–29 AuG und damit im pflichtgemässen Ermessen zu prüfen. Vorliegend stellt sich die Frage, ob aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls (Art. 30 Abs. 1 lit. b) oder aufgrund des Wiederzulassungstatbestands (Art. 30 Abs. 1 lit. k AuG) allenfalls von den Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden kann. Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass das Verwaltungsgericht die Ermessensausübung der kantonalen Migrationsbehörden nur auf das Überschreiten, Unterschreiten oder den Missbrauch des Ermessens überprüfen darf, hingegen nicht auf die Angemessenheit des Entscheids (§ 50 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG; Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [VRG-Kommentar], § 50 N. 25 ff. und 66 ff.).

#### **E. 4.2**

Die (allgemeinen) Voraussetzungen für die Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung sind bei der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht gegeben. Ihre Wiederzulassung gestützt auf

Art. 30 lit. k AuG wiederum drängte sich nur auf, wenn kein Widerrufsgrund nach Art. 62 AuG gegeben wäre. Dies ist aber gerade mit Blick auf Art. 62 Abs. 1 lit. e AuG nicht der Fall, wonach die zuständige Behörde Bewilligungen widerrufen kann, wenn die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist. Die Vorinstanz ist aufgrund der langjährigen Sozialhilfeabhängigkeit der Beschwerdeführerin in der Vergangenheit davon ausgegangen, dass diese bei ihrer Rückkehr in die Schweiz mit grosser Wahrscheinlichkeit erneut in erheblichem Mass Unterstützungsleistungen in Anspruch nehmen müsste. Diese Beurteilung ist zumindest nicht qualifiziert fehlerhaft. Gleiches gilt im Übrigen hinsichtlich der vorinstanzlichen Verweigerung der Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung aufgrund der Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG). Zu Recht erwog die Vorinstanz hier, dass sich die Beschwerdeführerin gemessen am durchschnittlichen Schicksal von Ausländerinnen und Ausländern in der gleichen Situation nicht in einer persönlichen Notlage befinde, welche für sie ein Leben ausserhalb der Schweiz unzumutbar erscheinen lasse. Dies zeigt sich bereits an ihrer freiwilligen Ausreise in das Heimatland im Jahr 2014. Dass die Beschwerdeführerin sich nun zu einer Rückkehr in die Schweiz entschlossen hat, vermag daran nichts zu ändern.

## **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 6.1**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und ist dieser keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 17 Abs. 2 VRG).

### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin ersucht um unentgeltliche Rechtspflege. Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offenkundig aussichtslos erscheinen, auf Ersuchen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Offenkundig aussichtslos sind Begehren, deren Chancen auf Gutheissung um derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Kaspar Plüss, VRG-Kommentar, § 16 N. 46). Mittellos ist, wer nicht in der Lage ist, die Gerichtskosten aus seinem Einkommen – nach Abzug der Lebenshaltungskosten – innert angemessener Frist zu bezahlen (Plüss, § 16 N. 20). Die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin erscheint vorliegend ausgewiesen, und der angehobene Prozess ist nicht als offensichtlich aussichtslos zu betrachten. Somit ist der Beschwerdeführerin für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Es gilt die Beschwerdeführerin dabei auf § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 16 Abs. 4 VRG aufmerksam zu machen, wonach eine Partei, der unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, Nachzahlung leisten muss, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

## **E. 7**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zulässig (BGr, 5. September 2016, 2C\_1151/2015, E. 1). Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen.

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.