

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00172 vom 18. August 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-08-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00172](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00172)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00172 du 18 août 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00172 del 18 agosto 2020

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA | [Nichteintreten aufgrund verpasster Rekursfrist] Ein Rekurs kann vorsorglich bei der Rekursinstanz erhoben werden, bedingt für den Fall, dass die erstinstanzliche Behörde ein parallel dazu eingereichtes Wiedererwägungsgesuch abweist. Hingegen reicht es für die Wahrung der Rekursfrist grundsätzlich nicht, bei der verfügbaren Behörde ein Wiedererwägungsgesuch einzureichen, verbunden mit dem Eventualantrag, die Eingabe bei abschlägigem Entscheid der Rekursinstanz zu überweisen (E. 2.1). Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden sind jedoch genauso vorgegangen. Der Rechtsanwalt muss sich ausserdem vorhalten lassen, dass er sich erst nach Ablauf der Rekursfrist beim Beschwerdegegner über den Verfahrensstand des Wiedererwägungsgesuchs erkundigte (E. 2.2). Abweisung UP/URB. Abweisung.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2020.00172 Urteil der 4. Kammer vom 18. August 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer, Gerichtsschreiber David Henseler. In Sachen 1. A, 2. B, 3. C, 4. D, 5. E, alle vertreten durch RA F, Beschwerdeführende, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, hat sich ergeben: I. A. A ist ein 1971 geborener Staatsangehöriger Nigerias. Er reiste erstmals im Jahr 2003 in die Schweiz ein und ersuchte um Asyl; auf das Gesuch trat das Bundesamt für Flüchtlinge (heute Staatssekretariat für Migration [SEM]) mit Verfügung vom 11. Februar 2003 nicht ein. Am 16. März 2005 heiratete A in Adliswil die Schweizerin G, worauf ihm – nach entsprechendem Beschluss des Regierungsrats – eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Am 22. April 2010 wurde ihm sodann die Niederlassungsbewilligung erteilt, zuletzt kontrollbefristet bis 15. Mai 2020. Mit Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 17. März 2011 wurde die Ehe von A und G geschieden. B. Bereits am 30. September 2009 kam C (spanische Staatsangehörige) als Kind von A und B, einer 1979 geborenen nigerianischen Staatsangehörigen, zur Welt. Aus dieser Beziehung gingen ausserdem 2011 D (spanischer Staatsangehöriger) sowie 2014 E (nigerianische Staatsangehörige) hervor. B reiste am 13. Mai 2016 mit den drei Kindern in die Schweiz ein; am

### E. 4.1

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden 1 und 2 unter solidarischer Haftung füreinander aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 und § 14 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG; Plüss, § 14 N. 6, 9, 13 f. und 16) und steht den Beschwerdeführenden

keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Zu prüfen bleibt das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und -verbeiständung.

#### **E. 4.2**

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. Ein Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung besteht, wenn sie zusätzlich nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (§ 16 Abs. 2 VRG). Offenkundig aussichtslos sind Begehren, deren Chancen auf Gutheissung derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 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 (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 16 N. 20).

#### **E. 4.3**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist nach dem Gesagten aufgrund der offensichtlichen Aussichtslosigkeit der gestellten Begehren abzuweisen. Es erübrigt sich deshalb zu prüfen, ob die Beschwerdeführenden mittellos im Sinn von § 16 Abs. 1 VRG sind. 5. Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu erheben. Ansonsten steht bloss die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. c Ziff. 2 und 4 e contrario BGG). Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

#### **E. 9**

Mai 2017 schlossen A und B die Ehe. Letztere reichte am 18. Mai 2017 ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für sich und die drei Kinder ein. C. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs widerrief das Migrationsamt mit Verfügung vom 6. Juli 2017 die Niederlassungsbewilligung von A wegen Scheinehe und wies die Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von B und der drei Kinder ab. Einen dagegen erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 8. Juni 2018 teilweise gut; der Widerruf der Niederlassungsbewilligung wurde bestätigt und das Migrationsamt angewiesen zu prüfen, ob ein Aufenthaltsanspruch gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen besteht. Mit Verfügung vom 26. Juni 2019 wies das Migrationsamt die Gesuche ab. D. Mit Schreiben vom 8. Juli 2019 gelangten A, B und die drei Kinder, alle vertreten durch Rechtsanwalt H, an das Migrationsamt und ersuchten um Wiedererwägung der Verfügung vom 26. Juni 2019; "[s]ollte für das Migrationsamt eine Wiedererwägung nicht in Frage kommen, wäre die vorliegende Eingabe als Rekurs an die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion weiterzuleiten (...)". Am 26. August 2019 erkundigte sich Rechtsanwalt H bei der zuständigen Sachbearbeiterin des Migrationsamts, "ob Sie das Wiedererwägungsgesuch behandeln oder es als Rekurs an die Oberbehörde weiterleiten". Mit Schreiben vom 28. August 2019 gab das Migrationsamt dem Wiedererwägungsgesuch keine Folge. Die Eingabe vom 8. Juli 2019 leitete das Migrationsamt gleichentags "im Sinne eines Rekurses" an die Sicherheitsdirektion weiter.

II. Mit Entscheid vom 12. Februar 2020 trat die Sicherheitsdirektion auf den Rekurs nicht ein. III. Am 13. März 2020 liessen A, B und die drei Kinder Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und diese anzuweisen, auf den Rekurs einzutreten; eventualiter sei der Beschwerdegegner anzuweisen, den Beschwerdeführern eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen. In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um unentgeltliche Prozessführung und -verbeiständung. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 14. April 2020 auf eine Vernehmlassung; das Migrationsamt reichte keine Beschwerdeantwort ein. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide der Sicherheitsdirektion über Anordnungen des Migrationsamts betreffend das Aufenthaltsrecht nach §§ 41 ff. 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 Der Rekurs ist innert 30 Tagen bei der Rekursinstanz schriftlich einzureichen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 VRG). Demgegenüber sind Wiedererwägungsgesuche bei jener Behörde einzureichen, die verfügt hat (VGr, 27. März 2008, VB.2008.00070, E. 2.1, auch zum Folgenden). Die Einreichung eines Wiedererwägungsgesuchs vor Eintritt der formellen Rechtskraft schiebt den Fristenlauf für das ordentliche Rechtsmittel nicht hinaus. Wenn sowohl eine Wiedererwägung bei der verfügenden Instanz als auch subsidiär ein Rechtsmittel an die obere Instanz erhoben werden soll, so sind beide Rechtsinstitute einzeln zu ergreifen. Das (ordentliche) Rechtsmittel darf dabei bedingt erhoben werden für den Fall, dass auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten wird (Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 86a–86d N. 22 mit Hinweisen; Alain Griffel, Kommentar VRG, § 22 N. 23 und § 23 N. 10; vgl. BGE 134 III 332 E. 2.3). Reicht der Betroffene, ohne um Wiedererwägung ersuchen zu wollen, die Rekurschrift irrtümlich bei einer unrichtigen Stelle – wie etwa der verfügenden Behörde – ein, so hat diese gestützt auf § 5 Abs. 2 VRG die Eingabe an die zuständige Rekursinstanz weiterzuleiten; mit dieser Überweisung wird die Rekursfrist gewahrt, sofern die Eingabe binnen dieser Frist bei der falschen Stelle eingereicht wurde (zum Ganzen Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 5 N. 40 ff.). Hieraus ergibt sich, dass es für die Wahrung der Rekursfrist grundsätzlich nicht genügt, bei der verfügenden Behörde ein Wiedererwägungsgesuch – verbunden mit dem Eventualantrag, die Eingabe bei abschlägigem Bescheid der Rekursinstanz zu überweisen – einzureichen (VGr, 4. Januar 2018, VB.2017.00789, E. 3.2 – 27. März 2008, VB.2008.00070, E. 2.1 – 13. September 2007, VB.2007.00233, E. 2.1; BGr, 19. November 2007, 2C\_631/2007, E. 4).

2.2 2.2.1 Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden sind jedoch so vorgegangen: Mit Schreiben vom 9. Juli 2019 gelangten sie an den Beschwerdegegner und ersuchten um Wiedererwägung der Verfügung vom 26. Juni 2019 und – "[s]ollte für das Migrationsamt eine Wiedererwägung nicht in Frage kommen" – um Weiterleitung der Eingabe als Rekurs an die Sicherheitsdirektion. Wie aufgezeigt, stellt ein solches Begehren an die erste Instanz keinen rechtsgültigen Rekurs dar. 2.2.2 Sodann bestand kein Anlass für den Beschwerdegegner, die Eingabe vom 9. Juli 2019 in Anwendung von § 5 Abs. 2 VRG an die Rekursinstanz weiterzuleiten, sind doch keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden die Eingabe irrtümlicherweise an die erste Instanz gerichtet hätten. Vielmehr haben Letztere mit Schreiben vom 2. August 2019 dem Beschwerdegegner weitere Dokumente eingereicht und darin explizit auf die Eingabe vom

9. Juli 2019 Bezug genommen (zum Ganzen BGr, 19. November 2007, 2C\_631/2007, E. 4; VGr, 4. Januar 2018, VB.2017.00789, E. 3.2.2; vgl. auch Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 5 N. 51). 2.2.3 Ausserdem ist festzuhalten, dass der Beschwerdegegner nicht verpflichtet war, die Eingabe – entgegen dem klaren Antrag auf Wiedererwägung – "umgehend" und ohne vorgängige Beurteilung des Gesuchs an die Sicherheitsdirektion weiterzuleiten. Denn zum einen kann es nicht die Aufgabe des Beschwerdegegners sein sicherzustellen, dass ein allfälliger Rekurs fristgerecht erhoben wird; dafür sind die Beschwerdeführenden bzw. ist ihr Rechtsvertreter verantwortlich (vgl. BGr, 19. November 2007, 2C\_631/2007, E. 4.2 in fine). Dass sich der anwaltliche Vertreter erst am 26. August 2019, das heisst nach Ablauf der Rekursfrist, beim Beschwerdegegner über den Verfahrensstand informierte, gereicht den Beschwerdeführenden deshalb zum Nachteil. Zum anderen hatten die Beschwerdeführenden mit ihrem Wiedererwägungsgesuch sowie mit ihrem Schreiben vom 2. August 2019 Dokumente eingereicht, die der Beschwerdegegner zunächst zu prüfen hatte, bevor ein Entscheid bezüglich Eintretens auf das Wiedererwägungsgesuch gefällt werden konnte. 2.2.4 Des Weiteren konnten die Beschwerdeführenden aus dem Umstand, dass der Beschwerdegegner die Eingabe vom 9. Juli 2019 am 28. August 2019 an die Vorinstanz weiterleitete, nicht ableiten, dass "die Sache nun von der Rekursabteilung überprüft würde". Denn zu diesem Zeitpunkt war die Rekursfrist bereits abgelaufen, was auch nicht bestritten wird. Den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden hätte bewusst sein müssen, dass ihr Vorgehen zumindest ungewöhnlich ist und deshalb prozessuale Risiken mit sich bringt (vgl. BGr, 19. November 2007, 2C\_631/2007, E. 4.2). Demnach können sie aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) vorliegend nichts zu ihren Gunsten ableiten. 2.2.5 Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz gegen das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) verstossen haben soll. Zur Fristwahrung hätten die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden mit ihrer Eingabe vom 9. Juli 2019 (auch) an die Rekursinstanz gelangen müssen, was in der Praxis denn auch regelmässig so gehandhabt wird (vgl. Bertschi, Vorbemerkungen zu §§ 86a–86d N. 22). 2.3 Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass – da kein formeller Mangel der bedingten Rekurschrift vorlag – das Ansetzen einer (kurzen) Nachfrist nicht in Betracht kam (Griffel, § 22 N. 9 und § 23 N. 29 ff.). Desgleichen wäre eine Fristwiederherstellung gemäss § 12 Abs. 2 VRG vorliegend nicht infrage gekommen, da sich der anwaltliche Vertreter der Beschwerdeführenden einerseits grobe Nachlässigkeit vorwerfen lassen muss und er es andererseits unterlassen hat, (rechtzeitig) ein entsprechendes Gesuch einzureichen (vgl. zum Ganzen Plüss, § 12 N. 83 ff.). 2.4 Somit ist der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Demnach erübrigen sich weitere Ausführungen zum geltend gemachten Aufenthaltsanspruch gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen. 3. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. 4.

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