

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00250 vom 25. August 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-08-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00250](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00250)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00250 du 25 août 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00250 del 25 agosto 2021

## Regeste

Familiennachzug | [Der Beschwerdeführer ist ein anerkannter Flüchtling, dem in der Schweiz Asyl gewährt wurde. Er hat erfolglos um Familienasyl ersucht und beantragt den Familiennachzug seiner Ehefrau. Umstritten ist, ob das von ihm gestellte Familiennachzugsgesuch fristgerecht erfolgt ist.] Die Fristen nach Art. 47 AIG sind eingehalten, wenn das erste erfolglose Gesuch gestützt auf das Asylgesetz innert dieser Fristen gestellt wurde und das zweite ebenfalls innerhalb dieser Fristen. Das für das zweite Gesuch massgebende Element, das die Fristen wiederaufleben lässt, ist das Inkrafttreten der abweisenden Entscheidung des Familienasyls nach dem Asylgesetz. Für den Fristbeginn des Familiennachzugsgesuchs ist der Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung und nicht der positive Asylentscheid massgebend. Beide Gesuche wurden fristgerecht eingereicht (E. 2.2.). Teilweise Gutheissung und Rückweisung an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung.

## Erwägungen

### E. 2

Abteilung VB.2021.00250 Urteil der 2. Kammer vom 25. August 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Verwaltungsrichterin Viviane Sobotich, Gerichtsschreiberin Linda Rindlisbacher. In Sachen 1. A, 2. B, beide vertreten durch RA C, Beschwerdeführende, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Familiennachzug, hat sich ergeben: I. A, geboren 1994, Staatsangehöriger von Eritrea, heiratete am 6. Januar 2013 die ebenfalls aus Eritrea stammende B, geboren 1995, in Eritrea. A reiste am 14. Mai 2014 in die Schweiz ein und ersuchte um Asyl. Mit Verfügung vom 25. Februar 2015 anerkannte ihn das Staatssekretariat für Migration (SEM) als Flüchtling und gewährte ihm in der Schweiz Asyl. Mit Eingabe vom 27. Februar 2020 ersuchte A um Bewilligung der Einreise von B zwecks Familienvereinigung. Mit Verfügung vom 9. März 2020 lehnte das SEM das Gesuch ab. Die hiergegen beim Bundesverwaltungsgericht erhobene Beschwerde wies dieses mit Urteil vom 19. Mai 2020 ab. Am 13. Juli 2020 reichte A ein Gesuch um Familiennachzug von B ein. Mit Schreiben vom 11. August 2020 teilte das Migrationsamt ihm mit, dass die Nachzugsfrist verpasst worden sei und keine wichtigen Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug vorlägen. A hielt mit Schreiben vom 25. September 2020 an seinem Gesuch fest und verlangte eine rekursfähige Verfügung. Mit Verfügung vom 13. November 2020 wies das Migrationsamt das Familiennachzugsgesuch ab. II. Den gegen die Verfügung des Migrationsamts vom 13. November 2020 erhobenen Rekurs wies die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 11. März 2021 ab. III. A und B erhoben am 12. April 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragten die

Aufhebung des Entscheids der Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion vom 11. März 2021 und die Gutheissung des Gesuchs um Familiennachzug von B sowie die Bewilligung der Einreise von B. In prozessrechtlicher Hinsicht beantragten sie, es sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Weiter sei RA MLaw C als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Während die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion auf eine Vernehmlassung verzichtete, reichte das Migrationsamt keine Beschwerdeantwort ein. Die Kammer erwägt: 1. Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüber- und Ermessensunterschreitung und die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, nicht aber die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (§ 50 in Verbindung mit § 20 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

### **E. 2.1.1**

Der Beschwerdeführer ist ein anerkannter eritreischer Flüchtling, dem in der Schweiz Asyl gewährt wurde (Person i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Asylgesetz vom 26. Juni 1998 [AsylG]). Er hat Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung in dem Kanton, in dem er sich rechtmässig aufhält sowie nach fünfjähriger rechtmässiger Anwesenheit – längerfristige Freiheitsstrafen bzw. erhebliche Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorbehalten – auf die Niederlassungsbewilligung (Art. 60 AsylG). Zwar kann der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Familiennachzug in direkter Anwendung von Art. 44 Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005 (AIG; Familiennachzug von Personen mit Aufenthaltsbewilligung) geltend machen (BGE 139 I 330 E. 1.2 mit Hinweisen). Er verfügt wegen seiner flüchtlings- und asylrechtlichen Situation indessen über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht, welches ihm erlaubt, sich auf den konventions- bzw. verfassungsrechtlich garantierten Schutz seines Familienlebens zu berufen (Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 [EMRK] und Art. 13 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV]; BGE 139 I 330; BGr, 18. April 2018, 2C\_502/2017, E. 1.2).

### **E. 2.1.2**

Der Gesetzgeber hat den ausländerrechtlichen Familiennachzug in den Art. 42 ff. AIG geregelt. Bezüglich eines solchen von ausländischen Personen, deren Aufenthaltsbewilligung auf einem gefestigtem Anwesenheitsrecht beruht, ist trotz Fehlens eines gesetzlichen Bewilligungsanspruchs (Art. 44 AIG) das behördliche Ermessen beschränkt (vgl. Art. 96 AIG). Der Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser möglich bzw. zumutbar wäre, das entsprechende Familienleben andernorts zu pflegen (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.3). Mit Blick auf den Schutz des Privat- und Familienlebens der betroffenen Personen sind in diesem Fall gute Gründe erforderlich, um den Nachzug ihrer Familienangehörigen zu verweigern (BGE 139 I 330 E. 2.4.1). Solche liegen vor, wenn die Betroffenen die Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 44 AIG i.V.m. Art. 73 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE) nicht erfüllen oder Erlöschensgründe im Sinne von Art. 51 Abs. 2 AIG bestehen. Die meisten europäischen Staaten gewähren 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).

### **E. 2.1.3**

Der Nachzugsanspruch bei einer gefestigten Aufenthaltsbewilligung eines der Ehepartner besteht im Rahmen des Schutzes des Privat- und Familienlebens unter Berücksichtigung des gesetzlichen Systems, wenn der ausländische Ehegatte mit der hier gefestigt anwesenden Person zusammenwohnt (Art. 44 lit. a AIG), die Eheleute über eine bedarfsgerechte Wohnung verfügen (Art. 44 lit. b AIG) und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind. Zudem müssen die jeweiligen Nachzugsfristen eingehalten sein. Der Nachzug von Ehegatten von Personen mit Aufenthaltsbewilligung muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden (vgl. Art. 47 Abs. 1 AIG Art. 73 Abs. 1 VZAE). Die Nachzugsfristen beginnen gemäss Art. 47 Abs. 3 lit. b AIG und Art. 73 Abs. 2 VZAE mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses zu laufen.

### **E. 2.2**

Umstritten ist vorliegend, ob der Beschwerdeführer rechtzeitig um den Nachzug der Beschwerdeführerin ersucht hat.

#### **E. 2.2.1**

Die Vorinstanz gelangte im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass das vorliegend zu beurteilende Familiennachzugsgesuch vom 13. Juli 2020 verspätet erfolgt sei. Zur Begründung führte sie aus, dass gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Feststellung, ob ein Familiennachzugsgesuch rechtzeitig eingereicht wurde, das im Rahmen des AsylG gestellte Gesuch beizuziehen sei. Es bestehe eine Analogie zu ausländischen Personen, die über keinen Anspruch auf Familiennachzug verfügten und erfolglos um Familiennachzug ersucht hätten. Die Rechtsprechung habe hier anerkannt, dass diese auch nach Ablauf der Fristen gemäss Art. 47 AIG erneut ein Gesuch stellen könnten, wenn sie erst nachher in die Lage gekommen seien, einen Anspruch auf Familiennachzug geltend zu machen. Vorausgesetzt werde, dass sowohl das erste, erfolglose, als auch das zweite Gesuch innerhalb der entsprechenden Fristen gestellt worden sei. Das auf das AsylG beruhende Gesuch sei als ein erstes Familiennachzugsgesuch zu behandeln. Analog seien die Fristen gemäss Art. 47 AIG gewahrt, wenn das erste erfolglose Gesuch gemäss AsylG fristgerecht gestellt worden sei und das zweite ebenfalls binnen dieser Frist eingereicht werde (vgl. BGE 145 II 105 E. 3.9 ff.). Das Bundesgericht erachte dabei die auf die Asylgewährung erfolgende Erteilung der Aufenthaltsbewilligung als fristauslösend (vgl. BGE 145 II 105 E. 3.1). Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall seien jedoch die Gutheissung des Asylgesuchs und die Bewilligungserteilung durch die kantonale Behörde am gleichen Tag erfolgt. Beim Beschwerdeführer seien demgegenüber nach dem gutheissenden Asylentscheid des SEM vom 25. Februar 2015 bis zu Ausstellung der Aufenthaltsbewilligung am 6. März 2015 einige Tage vergangen. Auf welchen Zeitpunkt in einer solchen Konstellation abzustellen sei, sei soweit ersichtlich noch nicht höchstrichterlich entschieden worden. Die Vorinstanz vertritt die Rechtsauffassung, wonach auf den Zeitpunkt der Asylerteilung abzustellen sei. Solches ergebe sich insbesondere aus der bundesgerichtlichen Praxis zur Möglichkeit eines erneuten Nachzugsgesuches im Anwendungsbereich von Art. 47 AIG. Relevant für die Wiederherstellung der Nachzugsfrist sei dort gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts der Statuswechsel (BGr, 27. April 2020, 2C\_948/2019, E. 2.3.2). Dies müsse auch für den

Beginn der vom Bundesgericht in Analogie geforderten Nachzugsfrist für das Gesuch um Familienasyl gemäss Art. 51 AsylG gelten. Die Asylgewährung sei eine Bundeskompetenz. Die darauffolgende Bewilligungserteilung durch den Kanton gestützt auf Art. 60 Abs. 1 AsylG sei insofern nicht konstitutiv für das Aufenthaltsrecht der Person, der Asyl gewährt wurde. Dies ergebe sich direkt aus dem positiven Asylentscheid, welcher von dem für die ausländische Person zuständigen Kanton lediglich noch vollzogen werde. Bei der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 60 Abs. 1 AsylG habe der Kanton denn auch kein Ermessen. Weiter sei zu beachten, dass der Ausländerausweis im Sinne von Art. 41 AIG als solcher keine Bewilligung darstelle und keine Auswirkungen auf den Bestand derselbigen zeitige. Er sei rein deklaratorischer Natur (BGr, 25. September 2020, 2C\_499/2020, E. 3.5.1). Es könne deshalb nicht auf den Zeitpunkt der Ausstellung des Ausländerausweises abgestellt werden. Dem Beschwerdeführer sei am 25. Februar 2015 in der Schweiz Asyl gewährt worden. Die Nachzugsfrist habe somit am 25. Februar 2015 zu laufen begonnen und am 25. Februar 2020 geendet. Das vom Beschwerdeführer am 27. Februar 2020 eingereichte Gesuch um Familienasyl sei damit verspätet erfolgt. Da somit das asylrechtliche Nachzugsgesuch nicht innert fünf Jahren eingereicht worden sei, habe die Frist für das Familiennachzugsgesuch nicht neu zu laufen begonnen.

#### **E. 2.2.2**

Mit dem positiven Asylentscheid kommt der ausländischen Person gestützt auf Art. 60 Abs. 1 AsylG ein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zu. Die Bewilligungserteilung erfolgt durch den Kanton, in dem sich die Person, welcher Asyl gewährt wurde, rechtmässig aufhält (Art. 60 Abs. 1 AsylG). Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, sind die Fristen nach Art. 47 AIG eingehalten, wenn das erste erfolglose Gesuch gestützt auf das Asylgesetz innert dieser Fristen gestellt wurde und das zweite ebenfalls innerhalb dieser Fristen. Das für das zweite Gesuch massgebende Element, das die Fristen wiederaufleben lässt, ist das Inkrafttreten der abweisenden Entscheidung des Familienasyls nach dem Asylgesetz (BGE 145 II 105 E. 3). Nach Art. 47 Abs. 1 AIG beginnt die Nachzugsfrist mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung. Wie die Beschwerdeführenden zu Recht einwenden, lässt der klare Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 AIG darauf schliessen, dass für den Fristbeginn der Zeitpunkt der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und nicht der positive Asylentscheid massgebend ist. Zwar trifft es zu, dass mit dem positiven Asylentscheid den Kantonen insofern kein Ermessen mehr zusteht, eine Aufenthaltsbewilligung auszustellen. Jedoch kann entgegen der Meinung der Vorinstanz für die Fristauslösung nicht ausschlaggebend sein, dass der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung insofern nur deklaratorische Wirkung zukommt. Es muss zwischen der Entstehung des Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und der effektiven Erteilung unterschieden werden. Solches ergibt sich wie bereits erwähnt aus dem klaren Wortlaut von Art. 47 Abs. 3 AIG, aber auch aus dem Vergleich zum Statuswechsel von einer Aufenthalts- zu der Niederlassungsbewilligung. In diesem Fall beginnt der Anspruch auf den Wechsel, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Erteilung der Niederlassungsbewilligung muss indes nicht mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs zusammenfallen. Gleiches muss für anerkannte Flüchtlinge, welchen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde, gelten. Der Beschwerdeführer kann gestützt auf seine Flüchtlingseigenschaft einen Anspruch geltend machen, dass sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz anerkannt und ihm die damit verbundene Aufenthaltsbewilligung ausgestellt wird. Auch wenn deren Erteilung wie erwähnt letztlich rein deklaratorischer Natur ist, muss eine ausländische Person dennoch über eine gültige

Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verfügen, um einen Familiennachzug nach Art. 44 AIG geltend machen zu können. Die Beschwerdeführenden wenden sodann zu Recht ein, dass die Flüchtlingseigenschaft bereits mit der Erfüllung der Kriterien von Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (FK) beginnt und mit dem positiven Asylentscheid die Flüchtlingseigenschaft lediglich anerkannt wird. Es handelt sich insofern nicht um einen Statuswechsel. Es ist somit der Rechtsauffassung der Beschwerdeführenden zu folgen und für den Beginn der Nachzugfrist auf die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung abzustellen. Es stellt sich folglich die Frage, wann dem Beschwerdeführer die Aufenthaltsbewilligung erteilt worden ist. Wie den Akten zu entnehmen ist, wurde dem Beschwerdeführer der Ausländerausweis am 6. März 2015 ausgestellt. Wie das Migrationsamt in seiner Verfügung vom 13. November 2020 zutreffend festgestellt hat, hält das Ausstellungsdatum der Aufenthaltsbewilligung lediglich fest, an welchem Tag die aktuell gültige Aufenthaltsbewilligung ausgestellt worden sei. Dieses Datum ändert sich mit jeder Verlängerung. Auch trifft zu, dass der Ausweis keine Bewilligung darstellt und daher keine Auswirkungen auf den Bestand der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zeitigt, er somit rein deklaratorischer Natur ist (vgl. BGr, 25. September 2020, 2C\_499/2020, E. 3.5.1). Jedoch wurde dem Beschwerdeführer am 6. März 2015 nicht nur der Ausländerausweis ausgestellt. Vielmehr hat ihm das Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau mit Schreiben vom 6. März 2015 ausdrücklich mitgeteilt, er sei "seit 6. März 2015 im Besitz der Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B)". Nach dem Gesagten ist deshalb für den Beginn des Fristenlaufs auf dieses Datum (den 6. März 2015) abzustellen.

### **E. 2.2.3**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass für den Beginn des Fristenlaufs auf den Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung abzustellen ist. Diese wurde am 6. März 2015 erteilt. Das vom Beschwerdeführer am 27. Februar 2020 gestellte Gesuch um Familienasyl ist deshalb innert der Frist von fünf Jahren eingereicht worden, weshalb die Frist für das zweite Gesuch um Familiennachzug neu zu laufen begonnen hat. Das Gesuch vom 14. Juli 2020 erweist sich damit entgegen der Ansicht der Vorinstanz als rechtzeitig. Ob die Beschwerdeführenden auch die weiteren Voraussetzungen für einen Familiennachzug erfüllen, wurde von den Vorinstanzen nicht geprüft. Das Verwaltungsgericht enthält sich bei dieser Sach- und Rechtslage, auch zur Wahrung des Instanzenzugs, einer selbständigen Prüfung. Vielmehr ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 64 Abs. 1 VRG). Das Vorliegen dieser weiteren Bewilligungsvoraussetzungen hat die Vorinstanz in einem zweiten Rechtsgang ergänzend zu untersuchen. Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde.

### **E. 3.1**

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 (BGE 137 V 2010 E. 7.1; BGr, 28. April 2014, 2C\_846/2013).

### **E. 3.2**

Damit sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a VRG) und er hat den Beschwerdeführenden für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten (§ 17 Abs. 2

VRG), welche auf insgesamt Fr. 1'500.- (Mehrwertsteuer inklusive) festzusetzen ist.

### **E. 3.3**

Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren beantragen die Beschwerdeführenden die unentgeltliche Prozessführung sowie Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands gestützt auf § 16 Abs. 1 und 2 VRG.

#### **E. 3.3.1**

Da den Beschwerdeführenden aus dem Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten erwachsen, wird das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegenstandslos.

#### **E. 3.3.2**

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. 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], Zürich etc. 2014, § 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).

##### **E. 3.3.2.1**

Der Beschwerdeführer macht einen monatlichen Grundbedarf von Fr. 3'140.- geltend und stellt diesem ein Einkommen von Fr. 3'550.- gegenüber. Damit verbleibt ihm ein Überschuss von Fr. 410.-, der es ihm ermöglicht, die Kosten des Verfahrens und der Rechtsvertretung innert nützlicher Frist zu bezahlen. Der Beschwerdeführer ist demnach nicht mittellos, weshalb sein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung abzuweisen ist.

### **E. 4**

Beim vorliegenden Rückweisungsentscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid gemäss Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes 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.