

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00410 vom 20. April 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-04-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00410](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00410)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00410 du 20 avril 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00410 del 20 aprile 2020

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung (Wiedererwägung) | [Der Beschwerdeführer hält sich seit bald 25 Jahren in der Schweiz auf; seit seiner rechtskräftigen Wegweisung im Jahr 2003 ist sein Aufenthalt unrechtmässig. Mit Schreiben vom 20. April 2020 wies er den Beschwerdegegner darauf hin, "dass es nun an der Zeit sei (wiedererwägungsweise) die Härtefallkonstellation zu prüfen.] Es ist gerade das Ziel von Härtefallgesuchen wie dem verfahrensauslösenden, den illegalen Aufenthalt einer ausländischen Person zu legalisieren, weshalb einer Ausländerin bzw. einem Ausländer, deren bzw. dessen Härtefallgesuch rechtskräftig abgewiesen wurde, möglich sein muss, nach Ablauf einer angemessenen Zeitdauer erneut eine materielle Prüfung der Frage zu verlangen, ob bei ihr bzw. ihm ein Härtefall gegeben ist. Hier wurde die betreffende Frage zuletzt im Jahr 2011 vertieft geprüft, weshalb sich eine erneute materielle Prüfung des beschwerdeführerischen Härtefallgesuchs aufdrängt (zum Ganzen E. 2.3). Gutheissung bzw. Gegenstandslosigkeit des UP-Gesuchs. Gutheissung der Beschwerde und Rückweisung an den Beschwerdegegner zum materiellen Entscheid.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2021.00410 Urteil der 4. Kammer vom 30. September 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssele (Vorsitz), Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, vertreten durch RA Dr. B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung (Wiedererwägung), hat sich ergeben: I. A. A, ein 1968 geborener Staatsangehöriger von Sierra Leone, reiste im Juli 1997 in die Schweiz und ersuchte um Asyl. Nach zwei erfolglos durchlaufenen Asylverfahren heiratete er im März 2001 eine hier niedergelassene jamaikanische Staatsangehörige, worauf ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Infolge Fehlens einer tatsächlich gelebten Ehegemeinschaft wurde die Bewilligung jedoch Anfang Oktober 2003 nicht mehr verlängert und A aus dem Kanton Zürich weggewiesen. Den dagegen erhobenen kantonalen Rechtsmitteln war kein Erfolg beschieden (vgl. VGr, 28. April 2004, VB.2004.00156 [nicht publiziert]); stattdessen wurde die Wegweisung von A im März 2004 auf die ganze Schweiz ausgedehnt und dieser mit einer Einreisesperre belegt. Im Februar 2005 wurde die Ehe geschieden. Seiner Ausreiseverpflichtung nicht nachkommend, ersuchte A in der Folge im Mai 2007 und Februar 2011 jeweils um eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen bzw. eine sogenannte Härtefallbewilligung, welche Gesuche das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Verfügungen vom 19. Juni 2007 und vom 12. August 2011 abwies bzw. darauf

(sinngemäss) nicht eintrat. Die gegen die Verfügung vom 12. August 2011 erhobenen Rechtsmittel wiesen die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 22. September 2011 und das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 1. Februar 2012 (VB.2011.00626 [nicht publiziert]) ab. Gleich verfahren das Bundesamt für Migration (heute: Staatssekretariat für Migration [SEM]) im April 2012 mit einem Gesuch von A um Wiedererwägung des ablehnenden Asylgesuchs und das Migrationsamt des Kantons Zürich im August 2013 mit einem solchen um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Eheschliessung mit einer im Kanton Glarus wohnhaften Staatsangehörigen Liberias; die Abteilung Migration des Kantons Glarus verweigerte A ausserdem am 14. Februar 2014 den Kantonswechsel. B. Mit Verfügung vom 28. Oktober 2014 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich ein Gesuch von A um Aufenthaltsbewilligung zwecks Verbleibs bei seiner neuen Verlobten, einer Staatsangehörigen Kenias, und ihrem 2014 geborenen Kind ab sowie mit Verfügung vom 6. Mai 2015 ein solches um eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Eheschliessung mit einer Staatsangehörigen Nigerias. Einen gegen die letztgenannte Verfügung erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 3. Juli 2015 in der Hauptsache ab; auf die hiergegen geführten Beschwerden traten das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 14. September 2015 (VB.2015.00516 [nicht publiziert]) und das Bundesgericht mit Urteil vom 8. November 2015 (2D\_64/2015) nicht ein. C. Am 25. Juli 2017 ersuchte A das Migrationsamt darum, dem SEM seine vorläufige Aufnahme zu beantragen, da er sich seit bald 20 Jahren in der Schweiz aufhalte. Das angeschriebene Amt erklärte A hierauf am 31. Juli 2017, dass seinem Ersuchen nicht stattgegeben werde, weil der Vollzug seiner Wegweisung technisch möglich und bislang einzig aufgrund seines persönlichen Verhaltens gescheitert sei. Auf das ein knappes Jahr später von A gestellte Gesuch um Aufenthaltsbewilligung trat das Migrationsamt mit Verfügung vom 16. August 2018 nicht ein. D. Mit Schreiben vom 20. April 2020 wies A das Migrationsamt darauf hin, "dass es nun an der Zeit ist (wiedererwägungsweise) die Härtefallkonstellation zu prüfen", und beantragte erneut, ihm "gestützt auf humanitäre Gründe" eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Mit Verfügung vom 3. Juni 2020 trat das Migrationsamt auch auf dieses Gesuch nicht ein. II. Mit Entscheid vom 30. April 2021 wies die Sicherheitsdirektion einen dagegen erhobenen Rekurs ab, soweit sie darauf eintrat, verweigerte A Armenrecht sowie Parteientschädigung und auferlegte ihm die Rekurskosten von Fr. 790.-. III. Am 2. Juni 2021 liess A Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid aufzuheben und die Angelegenheit an das Migrationsamt zurückzuweisen zur materiellen Beurteilung des gestellten Wiedererwägungsgesuchs; darüber hinaus ersuchte er um unentgeltliche Rechtspflege. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 10. Juni 2021 auf Vernehmlassung; das Migrationsamt erstattete keine Beschwerdeantwort. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen Rekursentscheide der Vorinstanz betreffend das Aufenthaltsrecht nach §§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) zuständig. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Der Beschwerdeführer hielt sich lediglich von März 2001 bis Dezember 2003 mit einer gültigen Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz auf und wurde seither wiederholt zur (unverzüglichen) Ausreise verpflichtet. Die Frage, ob ihm nach der im Oktober 2003 erfolgten (rechtskräftigen) Verweigerung der Verlängerung seiner ersten und einzigen Aufenthaltsbewilligung eine neue Aufenthaltsbewilligung zu erteilen sei, wurde zuletzt von der Vorinstanz mit Entscheid vom 3. Juli 2015 materiell beurteilt (vgl. auch die die Auslieferungs- bzw. Durchsetzungshaft betreffenden Verfahren VGr, 22. April 2016,

VB.2016.00091 [nicht publiziert], und 10. März 2020, VB.2020.00084). So erwog jene damals in diesem Zusammenhang, dass dem Beschwerdeführer "in Bezug auf die Tochter" mangels einer intakten und gelebten Beziehung kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zukomme und der Beschwerdeführer zudem ohnehin den Widerrufsgrund von Art. 62 Abs. 1 lit. c des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG, SR 142.20) gesetzt habe. Auf die gegen diesen Entscheid erhobenen Rechtsmittel traten das Verwaltungs- (VGr, 14. September 2015, VB.2015.00516 [nicht publiziert]) und das Bundesgericht (BGr, 8. November 2015, 2D\_64/2015) nicht ein. Mit dem verfahrensauslösenden Gesuch vom 20. April 2020 ersuchte der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner erneut um eine Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG (Härtefallbewilligung).

2.2 Eine ausländische Person kann grundsätzlich jederzeit ein neues Bewilligungsgesuch bei der ersten Instanz einreichen, ausser dies erweise sich als trölerisch. Wird das Gesuch bewilligt, so lebt damit nicht die frühere, rechtskräftig aufgehobene Bewilligung wieder auf, sondern es handelt sich um eine neue Bewilligung, für deren Erteilung die im betreffenden Zeitpunkt geltenden Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Es wird daher auch als Gesuch um Wiedererwägung im weiteren Sinn bzw. um "Quasi-Anpassung" bezeichnet, weil beantragt wird, auf eine negative, in die Zukunft wirkende Verfügung zurückzukommen, und die Regeln über die Anpassung formell rechtskräftiger Dauerverfügungen oder anderer in die Zukunft wirkender Verfügungen zur Anwendung gelangen. Unabhängig von der Bezeichnung dürfen neue Gesuche nicht dazu dienen, rechtskräftige Entscheide immer wieder infrage zu stellen; die Verwaltungsbehörde ist deshalb nur verpflichtet, auf ein neues Gesuch einzutreten, wenn sich die Rechtslage oder die tatsächlichen Umstände seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben. Ob eine massgebliche Änderung der Verhältnisse vorliegt, ist dabei – vor der ersten Instanz – eine Eintretensfrage. Entscheidend ist eine Gesamtbetrachtung. Wesentlich ist eine Veränderung der Sachlage dann, wenn sich im rechtserheblichen Sachverhalt die Gewichte seit dem letzten Entscheid derart verschoben haben, dass im konkreten Fall ein anderer Ausgang realistisch in Betracht kommt (zum Ganzen VGr, 3. März 2021, VB.2020.00768, E. 2.2 Abs. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGr, 8. Mai 2020, 2C\_13/2020, E. 5.2.1, und 18. September 2019, 2C\_393/2019, E. 3 [jeweils mit Hinweisen]). Vermag die ausländische Person erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft zu machen, die ihr im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für sie rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand, kann sie zudem gemäss §§ 86a ff. VRG bei derjenigen Instanz, welche die Sache zuletzt materiell beurteilt hat, eine Revision des rechtskräftigen Entscheids über ihr früheres Anwesenheitsrecht verlangen (vgl. § 86a Abs. 1 lit. b VRG; Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 86b N. 8 ff.). Die Gutheissung dieses Gesuchs führte dazu, dass ihre frühere Bewilligung wiederauflebte (vgl. BGr, 6. Juni 2018, 2C\_977/2017, E. 2.1 ff.; zum Ganzen auch VGr, 3. März 2021, VB.2020.00768, E. 2.2 Abs. 2, und 24. September 2020, VB.2020.00332, E. 4.2).

2.3 Der Beschwerdeführer begründet sein Gesuch um "Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Wiedererwägungsgesuch)" einzig mit seinem über 20-jährigen hiesigen Aufenthalt. Zwar ist in einem illegalen Aufenthalt (allein) grundsätzlich kein neues entscheidewichtiges Element zu erblicken, welches zugunsten einer rechtskräftig weggeewiesenen Person eine Neubeurteilung im Rahmen eines Gesuchs um Wiedererwägung bzw. Quasi-Anpassung rechtfertigen würde (vgl. BGr, 6. Juni 2018, 2C\_977/2017, E. 4.4; ferner BGE 137 II 1

E. 4.3, wonach der Dauer des illegalen Aufenthalts kein besonderes Gewicht beigemessen wird); es ist jedoch gerade auch das Ziel von Härtefallgesuchen wie dem verfahrensauslösenden, den illegalen Aufenthalt einer ausländischen Person zu legalisieren. Es muss einer Ausländerin bzw. einem Ausländer, deren bzw. dessen Härtefallgesuch rechtskräftig abgewiesen wurde, deshalb möglich sein, unabhängig von veränderten Umständen nach Ablauf einer angemessenen Zeitdauer erneut eine materielle Prüfung der Frage zu verlangen, ob bei ihr bzw. ihm ein Härtefall gegeben sei. Hier gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer, welcher bereits im Jahr 1997 in die Schweiz eingereist ist, zuletzt 2011 ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung als Härtefall gestellt hat und die Frage des Vorliegens eines solchen seither nicht mehr vertieft geprüft wurde. Inzwischen sind mehrere Jahre vergangen, in denen er sich zwar illegal in der Schweiz aufgehalten hat, jedoch immer bekannten Aufenthalts war. 2.4 Aufgrund dieser Umstände hätte der Beschwerdegegner auf das (erneute) Härtefallgesuch des Beschwerdeführers eintreten und dieses materiell behandeln müssen. Kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, eine Vorinstanz sei auf ein Begehren zu Unrecht nicht eingetreten, weist es die Angelegenheit in der Regel zurück (§ 64 Abs. 1 VRG; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 63 N. 18, § 64 N. 7). Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, mit einem reformatorischen Entscheid der Beurteilung durch den Beschwerdegegner vorzugreifen, zumal beide Vorinstanzen sich kaum in materieller Hinsicht äusserten. Entsprechend ist die Sache – unter Aufhebung der erstinstanzlichen Nichteintretensverfügung und des Rekursentscheids – an den Beschwerdegegner zum materiellen Entscheid zurückzuweisen (vgl. zur sogenannten Sprungrückweisung Donatsch, § 64 N. 4). 3. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache antragsgemäss zum materiellen Entscheid an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.

#### **E. 4.1**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen ([§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit] § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Dieser ist zudem zu verpflichten, dem Beschwerdeführer bzw. dessen Vertretung für beide Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren. 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).

#### **E. 4.3**

Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ist zu bejahen; sein Begehren kann angesichts des Verfahrensausgangs zudem nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden, und der Beizug einer Rechtsvertretung ist gerechtfertigt. Folglich sind die Gesuche des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege insofern gutzuheissen, als ihm in der Person von Rechtsanwältin B für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen ist. Im Übrigen werden die Gesuche mit Blick auf die angeordnete Kosten- und Entschädigungsfolge als gegenstandslos geworden beschrieben.

## E. 5

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch des Beschwerdeführers 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, 19. Juni 2020, 2C\_221/2020, E. 1.2). 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). Nach der Regelung in Art. 90 ff. BGG sind letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 BGG zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2). Die Rückweisung ist daher vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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