

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00580 vom 3. März 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-03-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00580

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00580 du 3 mars 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00580 del 3 marzo 2022

Regeste

Aufenthaltsbewilligung (Wiedererwägung) | [Die Beschwerdeführerin hält sich seit über 15 Jahren illegal, aber mit stets bekanntem Aufenthalt in der Schweiz auf und hat zwei (2008 und 2012 geborene) Söhne, welche heute beim Vater leben und beide über die Niederlassungsbewilligung verfügen. Im Jahr 2010 wurde ein Härtefallgesuch der Beschwerdeführerin rechtskräftig abgewiesen; auf alle seither eingereichten Gesuche trat der Beschwerdegegner jeweils ohne Begründung (sinngemäss) nicht ein.] Eine ausländische Person kann grundsätzlich jederzeit ein neues Bewilligungsgesuch bei der ersten Instanz einreichen, ausser dies erweise sich als trölerisch. So ist eine Verwaltungsbehörde nur verpflichtet, auf ein neues Gesuch einzutreten, wenn sich die tatsächlichen Umstände seit dem letzten Entscheid wesentlich geändert haben (E. 2.2). Neuen Sachumständen, die sich nur dadurch ergeben haben, dass die bzw. der Betroffene einer rechtskräftigen Wegweisung nicht Folge geleistet hat, kommt dabei praxisgemäss nur ein im Vergleich mit neuen anspruchsbegründenden Tatsachen reduziertes Gewicht zu. Über die ausländerrechtliche Situation der Beschwerdeführerin wurde jedoch zuletzt vor bald zwölf Jahren materiell im Rahmen eines Verfahrens um Erteilung einer Härtefallbewilligung entschieden, sodass sich ungeachtet neuer anspruchsbegründender Tatsachen eine Neuurteilung aufdrängt. So ist es gerade auch das Ziel von Gesuchen wie dem verfahrensauslösenden, den langjährigen illegalen Aufenthalt einer ausländischen Person zu legalisieren. Hier kommt hinzu, dass sich der Sachverhalt in den letzten zehn Jahren nicht nur infolge des Zeitablaufs erheblich geändert hat (zum Ganzen E. 2.3). Gutheissung bzw. Gegenstandslosigkeit URB/UP. Gutheissung und Rückweisung zur materiellen Prüfung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2021.00580 Urteil der 4. Kammer vom 3. März 2022 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer, Verwaltungsrichter Martin Bertschi, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung (Wiedererwägung), hat sich ergeben: I. A. A, eine 1980 geborene Staatsangehörige Burkina Fasos, reiste im Dezember 2006 illegal in die Schweiz ein und ersuchte knapp zwei Jahre später erstmals um Erteilung einer "Aufenthaltsbewilligung [...] aufgrund eines Härtefalls". Das Migrationsamt des Kantons Zürich unterbreitete das Gesuch in der Folge dem Bundesamt für Migration (heute: Staatssekretariat für Migration), welches einer Bewilligungserteilung mit Verfügung vom 2. März 2010 die Zustimmung verweigerte. Auf ein dagegen erhobenes Rechtsmittel trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. Juli 2010 nicht ein, sodass A verpflichtet

gewesen wäre, die Schweiz bis am 23. November 2010 zu verlassen. Ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachkommend, lebt A seither in verschiedenen Durchgangszentren oder Notunterkünften; eine zwangsweise Rückführung nach Burkina Faso war jedenfalls bislang nicht möglich. B. A hat zwei Söhne, C (geboren 2008) und D (geboren 2012), mit einem Staatsangehörigen Österreichs, welcher über die Niederlassungsbewilligung verfügt. Die beiden Knaben wurden im September 2013 nach mehreren Gefährdungsmeldungen vorübergehend fremdplatziert und A das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen. Mit Beschlüssen vom 25. Juni 2015 wurden die Kinder unter die Obhut des Vaters gestellt und diesem das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht eingeräumt; die elterliche Sorge verblieb bei beiden Elternteilen. Seit Juli 2015 leben C und D beim Vater, dessen Ehefrau und der Halbschwester im Kanton Aargau. Sie verfügen ebenfalls über die Niederlassungsbewilligung. Unter Hinweis auf ihre familiäre Situation ersuchte A über die Jahre hinweg wiederholt um eine Aufenthaltsbewilligung. Auf die entsprechenden Gesuche vom 9. Februar und 7. März 2011, 2. Juli 2014 und 2. März 2015 trat das Migrationsamt mit Schreiben vom 14. Februar und 7. März 2011, 20. Oktober 2014 und 9. Juni 2015 jeweils (sinngemäss) nicht ein und machte A stattdessen darauf aufmerksam, dass sie die Schweiz verlassen müsse, ansonsten sie mit "Zwangs- und Fernhaltungsmassnahmen zu rechnen" habe. C. Am 11. Dezember 2020 liess A beim Migrationsamt erneut um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen, da ihre "Ausschaffung [...] ohne ihre Kinder eine inakzeptable Zerstörung des Mutter-Kinderverhältnisses bewirken" würde. Auf dieses Gesuch trat das Migrationsamt mit Verfügung vom 16. Dezember 2020 nicht ein und hielt A zum umgehenden Verlassen des schweizerischen Staatsgebiets an. II. Mit Entscheid vom 22. Juni 2021 wies die Sicherheitsdirektion einen dagegen erhobenen Rekurs ab (Dispositiv-Ziff. I), verweigerte A eine Parteientschädigung (Dispositiv-Ziff. III) und auferlegte ihr in Dispositiv-Ziff. II die Kosten des Rekursverfahrens, die sie jedoch wegen "offensichtlicher Uneinbringlichkeit bei der Staatskasse sofort" abschrieb unter Vorbehalt einer späteren Einforderung. III. A liess am 25. August 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid vom 22. Juni 2021 aufzuheben und ihr Gesuch um Aufenthaltsbewilligung gutzuheissen, eventualiter die Sache zur Neu beurteilung an die Sicherheitsdirektion zurückzuweisen. Mit Präsidialverfügung vom 30. August 2021 wurde A eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um die sie allenfalls treffenden Kosten des Beschwerdeverfahrens durch einen Vorschuss sicherzustellen. Darauf ersuchte sie am 25. Oktober 2021 – innert erstreckter Frist – um unentgeltliche Rechtspflege, welchem Gesuch die Abteilungspräsidentin mit Verfügung vom 27. Oktober 2021 insofern entsprach, als sie A von der Kostenvorschusspflicht befreite. Die Sicherheitsdirektion hatte am 7. September 2021 auf Vernehmlassung verzichtet; das Migrationsamt erstattete keine Beschwerdeantwort. Der Rechtsvertreter von A reichte trotz Aufforderung bis zur Entscheidfällung keine Honorarnote ein. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist nach §§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) für Beschwerden gegen Rekursentscheide der Vorinstanz betreffend das Aufenthaltsrecht zuständig. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Die Beschwerdeführerin hält sich seit über 15 Jahren ohne Bewilligung, aber mit bekanntem Aufenthalt in der Schweiz auf. Ihr erstes Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat das Bundesamt für Migration mit rechtskräftiger Verfügung vom 2. März 2010 ab- und die Beschwerdeführerin aus der Schweiz weggewiesen, mit der

Begründung, dass sie sich während ihres bisherigen Aufenthalts nicht um eine Integration bemüht habe und zwischen ihrem Sohn und dem Kindsvater bzw. diesem und der Beschwerdeführerin keine schützenswerte (familiäre) Beziehung bestehe. In dem verfahrensauslösenden Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vom 11. Dezember 2020 beruft sich die Beschwerdeführerin (sinngemäss) auf Art. 8 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) und macht geltend, dass ihre Wegweisung die Beziehung zu ihren beiden Söhnen zerstören würde, welche inzwischen beim Vater lebten und über die Niederlassungsbewilligung verfügten (vgl. sogenannter umgekehrter Familiennachzug; dazu etwa BGE 144 I 91 E 4.2 ff.). Auch leide sie unter schweren psychischen Störungen, welche mangels ausreichender Mittel seitens der Asylkoordination nicht behandelt würden, und sei ihr die Ausreise nach Burkina Faso mangels eines Laissez-passer bislang gar nicht möglich gewesen. Der Beschwerdegegner nahm dieses Gesuch als ein solches um Wiedererwägung entgegen und trat darauf mit Verfügung vom 16. Dezember 2020 nicht ein. Er begründete den Entscheid damit, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem 9. Juni 2015 – als dem Zeitpunkt, zu dem er zuletzt über ein Gesuch der Beschwerdeführerin um Aufenthaltsbewilligung befunden habe – nicht derart verändert habe, dass ein anderes Ergebnis ernsthaft in Betracht falle. Dem folgte die Vorinstanz.

2.2 Eine ausländische Person kann grundsätzlich jederzeit ein neues Bewilligungsgesuch bei der ersten Instanz einreichen, ausser dies erweise sich als trölerisch. So 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 letzten (materiellen) 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 realistischerweise in Betracht kommt (zum Ganzen VGr, 30. September 2021, VB.2021.00410, E. 2.2, und 3. März 2021, VB.2020.00768, E. 2.2 Abs. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGr, 25. November 2021, 2C_826/2021, E. 4.2 – 8. Mai 2020, 2C_13/2020, E. 5.2.1 – 18. September 2019, 2C_393/2019, E. 3 [jeweils mit Hinweisen]). Es besteht allerdings nicht bereits dann ein Anspruch auf eine Neuurteilung, wenn eine wesentliche Veränderung der Sachlage nur behauptet wird. Die betroffene Person hat vielmehr glaubhaft zu machen und mit geeigneten Beweismitteln zu belegen, welche tatsächlichen Verhältnisse sich derart verändert haben, dass es sich rechtfertigt, die Situation erneut zu überprüfen (vgl. zum Ganzen BGr, 6. Dezember 2021, 2C_678/2021, E. 4.2 mit Hinweisen).

2.3 Wer einer rechtskräftigen Ausreisearrêtung – wie die Beschwerdeführerin – nicht nachkommt, sondern im Land verbleibt und einfach ein neues Gesuch stellt, kann praxisgemäss nur ausnahmsweise einen Anspruch auf Neuurteilung geltend machen. Neue Sachumstände, die sich nur dadurch ergeben haben, dass die bzw. der Betroffene einer rechtskräftigen Wegweisung nicht Folge geleistet hat, haben entsprechend reduzierteres Gewicht als neue anspruchsbegründende Tatsachen. Dies gilt namentlich auch für eine Intensivierung familiärer Beziehungen, die sich nur dadurch ergeben hat, dass die betroffene Person der rechtskräftigen Wegweisungsarrêtung nicht nachgekommen ist. Denn andernfalls würde derjenige, der sich über rechtskräftige Entscheide hinwegsetzt, bevorzugt gegenüber denjenigen, die sich daran halten, was rechtsstaatlich nicht angeht (zum Ganzen BGr,

25. November 2021, 2C_826/2021, E. 4.3 mit Hinweisen; ferner BGr, 27. Juli 2021, 2D_22/2021, E. 3.2.2). Über die ausländerrechtliche Situation der Beschwerdeführerin wurde jedoch zuletzt vor bald zwölf Jahren im Rahmen eines Verfahrens um Erteilung einer Härtefallbewilligung materiell entschieden. Die von Beschwerdegegner und Vorinstanz erwähnte (zeitlich spätere) Verfügung vom 9. Juni 2015 lässt sich bloss als (unbegründeter) Nichteintretensentscheid interpretieren. In zwei Sätzen verweist der Beschwerdegegner darin auf seine früheren Schreiben vom 14. Februar 2011, 7. März 2011 und 20. Oktober 2014 und teilt der Beschwerdeführerin mit, "dass die erneut geltend gemachten Gründe keinen anderen Entscheid zu bewirken vermögen", weshalb an den "bereits erwähnten Schreiben [...] vollumfänglich" festgehalten werde. Die Schreiben, auf welche verwiesen wird, lauten praktisch gleich wie jenes vom 9. Juni 2015; einzig das Schreiben vom 14. Februar 2011 ist etwas ausführlicher begründet, indem die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen wird, es sei bereits in der Wegweisungsverfügung vom 2. März 2010 festgestellt worden, dass kein Anspruch gemäss Art. 8 EMRK bestehe, da der Vater von C nur eine minimale persönliche Beziehung zu diesem unterhalte. Wie das Verwaltungsgericht bereits in einem Entscheid vom September 2021 festgestellt hat, ist es aber gerade auch das Ziel von Gesuchen wie dem verfahrensauslösenden, den langjährigen illegalen Aufenthalt einer ausländischen Person zu legalisieren. So muss es einer Ausländerin bzw. einem Ausländer, deren bzw. dessen Härtefallgesuch rechtskräftig abgewiesen wurde und welche bzw. welcher nicht ins Heimatland zurückgeführt wird bzw. werden kann, möglich sein, nach Ablauf einer angemessenen Zeitdauer erneut eine materielle Prüfung zumindest der Frage zu verlangen, ob bei ihr bzw. ihm ein Härtefall gegeben sei (zum Ganzen VGr, 30. September 2021, VB.2021.00410, E. 2.3). Der Umstand, dass eine rechtskräftig weggewiesene ausländische Person im Rahmen eines neuen (Härtefall-)Gesuchs lediglich Sachumstände darzutun vermag, die sich aus ihrem (weiteren) illegalen Aufenthalt in der Schweiz und somit dem Zeitablauf ergeben, schliesst in dieser Konstellation eine materielle Neuurteilung mithin nicht aus, im Gegenteil kann sich eine solche nach einer gewissen Zeit geradezu aufdrängen. Hier kommt überdies hinzu, dass sich der Sachverhalt in den letzten zehn Jahren nicht nur infolge des Zeitablaufs erheblich geändert hat, hat die Beschwerdeführerin doch inzwischen zwei Söhne, welche über die Niederlassungsbewilligung verfügen. Die beiden Knaben im Alter von 14 bzw. 9 Jahren leben zwar beim Vater; die Beschwerdeführerin bringt allerdings vor, regelmässig Kontakt zu ihnen zu unterhalten, soweit es ihre Wohnsituation zulasse. Dies soll der Kindsvater den Akten zufolge in einem Telefonat gegenüber der Beiständin der Kinder insofern bestätigt haben, als er berichtete, die Beschwerdeführerin mit seinen Söhnen mindestens sechs- bis neunmal pro Jahr sowie in den Ferien in ihrer jeweiligen Unterkunft zu besuchen, und hervorhob, wie wichtig der Kontakt für die Kinder sei. Ob bzw. inwiefern diese Betreuungsregelung darauf zurückzuführen ist, dass die Beschwerdeführerin illegal in der Schweiz lebt und seit Jahren in wechselnden Notunterkünften untergebracht ist, lässt sich dabei anhand der Akten nicht beurteilen. 2.4 Aufgrund dieser Umstände hätte der Beschwerdegegner auf das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 11. Dezember 2020 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, i n: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [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 im Sinn des Eventualantrags der Beschwerdeführerin zum materiellen Entscheid an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner hat hierfür vorab den Sachverhalt in Anwendung von § 7 VRG selbständig abzuklären und in diesem Zusammenhang namentlich die Söhne der Beschwerdeführerin, deren (aktuelle und frühere) Beiständin und den Kindsvater in geeigneter Form anzuhören (vgl. BGE 147 I 149 E. 3). Darüber hinaus ist der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin zu erheben.

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, der Beschwerdeführerin bzw. deren Vertretung für beide Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin ersuchte mit Eingabe vom 25. Oktober 2021 um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege für 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 der Beschwerdeführerin ist zu bejahen; ihr Begehren kann angesichts des Verfahrensausgangs zudem nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden, und der Beizug einer Rechtsvertretung ist gerechtfertigt. Folglich ist das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege insofern gutzuheissen, als ihr in der Person von Rechtsanwalt B für das Beschwerdeverfahren eine unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen ist. Im Übrigen wird das Gesuch mit Blick auf die angeordnete Kostenfolge als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

E. 4.4

Was die Höhe der dem unentgeltlichen Rechtsvertreter auszurichtenden Entschädigung anbelangt, ist anzumerken, dass diese grundsätzlich nur die erforderlichen Vertretungskosten ab dem Moment der Gesuchseinreichung bis zur Schlussbesprechung des Endentscheids mit der Klientschaft umfasst (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 16 N. 94). Im Zeitpunkt vor der Gesuchseinreichung sind in der Regel nur jene Leistungen zu berücksichtigen, die im Hinblick auf den Verfahrensschritt erbracht wurden, bei dessen Anlass das Gesuch gestellt wird. Mit einzubeziehen ist insbesondere der Aufwand für das Verfassen der Sacheingaben, die zusammen mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteiständung eingereicht werden (zum Ganzen Plüss, § 16 N. 95; ferner BGr, 27. Juni 2012, 5A_181/2012, E. 2.3 mit Hinweisen). Damit sowie in Anbetracht dessen, dass Rechtsanwalt B nicht vorbringt, ihm sei eine frühere Gesuchseinreichung nicht möglich gewesen, ist der Beschwerdeführerin nur der ihrem Vertreter im Zusammenhang

mit der Verfassung des Gesuchs vom 25. Oktober 2021 sowie der Schlussbesprechung entstandene Aufwand zu entschädigen. Dabei erscheint mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens ein Zeitaufwand von 1,5 Stunden als angemessen, weshalb der Anspruch von Rechtsanwalt B auf Entschädigung als unentgeltlicher Rechtsbeistand durch die Bezahlung der Parteientschädigung von Fr. 1'000.- an ihn abgegolten ist (vgl. VGr, 18. Februar 2021, VB.2020.00399, E. 4.4).

E. 5

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch der Beschwerdeführerin 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 (vgl. BGr, 25. November 2021, 2C_826/2021, E. 2.2). 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.