

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00729 vom 1. Februar 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00729](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00729)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00729 du 1 février 2023

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00729 del 1 febbraio 2023

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung | [Die Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid betreffend ein erneutes Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung der 1991 in Sri Lanka geborenen Beschwerdeführerin wurde mangels entscheidwesentlicher Änderung des Sachverhalts oder der Rechtslage sowie aufgrund früherer prozessualer Versäumnisse abgewiesen.] Der Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an die Beschwerdeführerin war bereits Verfahrensgegenstand einer früheren Verfügung des Migrationsamts, wurde jedoch verneint. Im nachfolgenden Rekursentscheid wurde ein Aufenthaltsanspruch bejaht, allerdings unter Vorbehalt der Zustimmung des SEM, welches seine Zustimmung nicht erteilte (E. 3.3). Gegen den Rekursentscheid stand den Beschwerdeführenden die Beschwerde an das Verwaltungsgericht und anschliessend an das Bundesgericht offen. Sollte ein allfälliger, von der Zustimmung des SEM losgelöster Aufenthaltsanspruch der Beschwerdeführerin zu Unrecht nicht geprüft worden sein, hätten die Beschwerdeführenden hiergegen ein Rechtsmittel erheben müssen. Die rechtskundig vertretenen Beschwerdeführenden haben von dieser Möglichkeit jedoch keinen Gebrauch gemacht. Eine Neu Beurteilung der Sache aufgrund ihres prozessualen Versäumnisses ist ausgeschlossen (E. 3.3). Abweisung der Beschwerde.

## Erwägungen

### E. 2

Abteilung VB.2022.00729 Urteil der 2. Kammer vom 1. Februar 2023 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Verwaltungsrichterin Viviane Sobotich, Gerichtsschreiberin Lara von Arx. In Sachen 1. A, 2. B, 3. C, Nr. 1 gesetzlich vertreten durch Nr. 2 + Nr. 3, diese vertreten durch RA D und E Beschwerdeführende, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung, hat sich ergeben: I. A. Die 1991 geborene B heiratete am 23. Mai 2012 in ihrer Heimat Sri Lanka ihren in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Landsmann C. Sie reiste am 27. Juli 2016 illegal in die Schweiz ein. 2017 kam der gemeinsame Sohn A zur Welt, der am 4. Januar 2018 eine Aufenthaltsbewilligung erhielt. B stellte am 3. November 2017 ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Verbleib bei ihrem Ehemann. Das Migrationsamt wies dieses mit Verfügung vom 20. Februar 2019 ab. Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 30. Juni 2020 ab. Das Verwaltungsgericht hiess eine dagegen erhobene Beschwerde am 21. Oktober 2020 jedoch teilweise gut und wies die Sache zur weiteren Untersuchung und Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurück, welche ihrerseits eine Rückweisung an das Migrationsamt zwecks weiterer Sachverhaltsabklärungen verfügte. Das Migrationsamt wies das Gesuch von B mit Verfügung vom 26. Februar 2021 erneut ab.

Die Sicherheitsdirektion hiess den hiergegen erhobenen Rekurs mit Entscheid vom 1. Juni 2021 gut und wies das Migrationsamt an, B eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, unter Vorbehalt der Zustimmung des Staatssekretariats für Migration (SEM). Mit Verfügung vom 13. August 2021 verweigerte das SEM die Zustimmung. Das Bundesverwaltungsgericht wies eine dagegen erhobene Beschwerde am 31. Mai 2022 ab. B. Am 17. Juni 2022 stellte B erneut ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Mit Verfügung vom 22. Juni 2022 trat das Migrationsamt nicht darauf ein und wies B wiederum aus der Schweiz weg. II. Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion am 7. Oktober 2022 ab. III. Mit Beschwerde vom 29. November 2022 liessen B und A sowie C dem Verwaltungsgericht beantragen, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur materiellen Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sei B der Aufenthalt während der Dauer des Verfahrens zu bewilligen und von jeglichen Vollzugshandlungen abzusehen. Die Kostentragung und die Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren seien neu zu regeln oder zur Neuregelung zurückzuweisen. Eventualiter seien Ziff. II bis IV des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und es sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu gewähren. Mit Präsidialverfügung vom 2. Dezember 2022 ordnete das Verwaltungsgericht an, dass alle Vollziehungsvorkehrungen bis zum Entscheid über das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu unterbleiben haben. Sowohl die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion wie auch das Migrationsamt verzichteten auf eine Vernehmlassung bzw. auf die Einreichung der Beschwerdeantwort. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüber- und -unterschreitung sowie 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]). 1.2 Der Beschwerde an das Verwaltungsgericht kommt von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu, es sei denn, es wurde aus besonderen Gründen eine gegenteilige Anordnung getroffen (§ 55 in Verbindung mit § 25 Abs. 1 und 3 VRG). Der Antrag, im Sinn einer vorsorglichen Massnahme von jeglichen Vollzugsmassnahmen Abstand zu nehmen, wird mit dem heutigen Urteil gegenstandslos.

## **E. 2.1**

Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den aufgrund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Nicht zum Streitgegenstand zählt die rechtliche Begründung. Sofern der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen Anwendung findet, ist das auf den rechtserheblichen Sachverhalt anwendbare Recht von Amtes wegen anzuwenden und fehlt eine Bindung an die von den Parteien vorgetragene rechtliche Begründung. Bei der Frage, ob die materielle Rechtskraft eines Urteils einem erneuten Verfahren entgegensteht, ist die rechtliche Begründung des betreffenden Urteils in diesem Sinn zu berücksichtigen, als eine abgeurteilte Sache (res iudicata) vorliegt, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Eine solche Identität ist zu bejahen, wenn der Anspruch dem Gericht aus demselben Entstehungsgrund, d. h. denselben rechtlichen Umständen und Tatsachen, erneut zur Beurteilung unterbreitet wird und sich wiederum die gleichen Parteien gegenüberstehen (vgl. BGr, 4. November 2019, 2C\_69/2019, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen).

## **E. 2.2**

Ändern sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids wesentlich – was insbesondere bei Dauerverfügungen vorkommen kann –, so geht die Kompetenz zur Neuregelung wieder an die Verwaltung über, deren neuer Entscheid wiederum gerichtlich anfechtbar ist (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 66 N. 9 ; BGr, 29. Januar 2020, 1C\_63/2019, E. 5 mit Hinweisen). Der Anspruch auf Neuurteilung dient aber nicht dazu, prozessuale Versäumnisse nachzuholen, ansonsten eine materielle Neuurteilung allein schon durch eine nachlässige Prozessführung provoziert werden könnte (vgl. BGr, 27. Juli 2021, 2D\_22/2021, E. 3.2.4; VGr, 6. Juli 2022, VB.2022.00304 E. 2.3).

## **E. 3.1**

Die Beschwerdeführenden bringen vor, für die Frage, ob ein Verfahren wiederholt werden könne, sei nicht die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung entscheidend, sondern der damit verbundene Aufenthaltswert als Rechtsgrund. Der Anspruch der Beschwerdeführerin 2 auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sei bisher bloss hinsichtlich des verspäteten nachträglichen Familiennachzugs des Beschwerdeführers 3 geprüft worden, nicht aber hinsichtlich des umgekehrten Familiennachzugs durch den Beschwerdeführer 1. Auf ihr neues Gesuch sei somit einzutreten gewesen. Der umgekehrte Familiennachzug sei weder im Rahmen des Rekursentscheids vom 1. Juni 2021 noch in den Rechtsmittelverfahren vor dem SEM und dem Bundesverwaltungsgericht thematisiert worden. Vor dem SEM habe der umgekehrte Familiennachzug auch gar nicht Thema des Verfahrens sein können, da eine Zustimmung in solchen Fällen nicht vorgesehen sei.

## **E. 3.2**

Gegenstand des Gesuchs der Beschwerdeführerin 2 vom 17. Juni 2022 ist die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an sie. Dieser Anspruch war bereits Verfahrensgegenstand der Verfügung des Migrationsamts vom 26. Februar 2021, wurde jedoch verneint. In der Entscheidbegründung wurde auch der umgekehrte Familiennachzug thematisiert, ein daraus abgeleiteter Anspruch der Beschwerdeführerin 2 auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung jedoch ausdrücklich abgelehnt. Im nachfolgenden Rekursentscheid vom 1. Juni 2021 wurde der umgekehrte Familiennachzug nicht erneut thematisiert, sondern es wurde für die Beschwerdeführerin 2 ein Aufenthaltsanspruch gestützt auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bejaht, allerdings unter Vorbehalt der Zustimmung des SEM. Das SEM erteilte seine Zustimmung nicht und eine dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Mai 2022 abgewiesen. Eine seither eingetretene wesentliche Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse wird durch die Beschwerdeführenden nicht geltend gemacht und ist mit Blick auf die relativ kurze seither vergangene Zeitspanne weder zu vermuten noch in den Akten ersichtlich, weshalb eine Neuurteilung der Sache ausgeschlossen ist.

## **E. 3.3**

Die Beschwerdeführenden wenden hiergegen ein, der umgekehrte Familiennachzug sei im Rekursentscheid vom 1. Juni 2021 nicht geprüft bzw. beurteilt worden, weshalb ein darauf gestützter Anspruch der Beschwerdeführerin 2 im Rahmen ihres neuen Gesuchs geprüft werden müsse. Mit dieser Argumentation lassen die Beschwerdeführenden allerdings ausser Acht, dass ihnen gegen den Rekursentscheid vom 1. Juni 2021 die Beschwerde an das

Verwaltungsgericht und anschliessend an das Bundesgericht offenstand. Sollte ein allfälliger, von der Zustimmung des SEM losgelöster Aufenthaltsanspruch der Beschwerdeführerin 2 im Rekursentscheid vom 1. Juni 2021 zu Unrecht nicht geprüft worden sein, hätten die Beschwerdeführenden hiergegen ein Rechtsmittel erheben und gegen den Zustimmungsvorbehalt opponieren müssen. Die rechtskundig vertretenen Beschwerdeführenden haben von dieser Möglichkeit jedoch keinen Gebrauch gemacht. Eine Neuurteilung der Sache aufgrund ihres prozessualen Versäumnisses ist ausgeschlossen (vgl. E. 2.2), weshalb das Migrationsamt zu Recht nicht auf das erneute Gesuch der Beschwerdeführerin 2 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eingetreten ist. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführenden ersuchen um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverteidigung. 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.

#### **E. 4.2**

Das Gesuch der Beschwerdeführenden um unentgeltliche Prozessführung bzw. Rechtsverteidigung ist vorliegend zufolge offensichtlicher Aussichtslosigkeit abzuweisen; vormalige prozessuale Versäumnisse ihrerseits führten dazu, dass die Beschwerde wie bereits vor der Vorinstanz keine Aussichten auf Erfolg hatte. Die Voraussetzungen für eine Neuurteilung des Aufenthaltsanspruchs der Beschwerdeführerin 2 waren klar nicht erfüllt. Ziff. II bis IV des vorinstanzlichen Entscheids sind unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, womit auch der Eventualantrag der Beschwerdeführenden betreffend eine Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen vor der Vorinstanz abzuweisen ist.

#### **E. 4.3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten den Beschwerdeführenden 2 und 3 je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a VRG), unter solidarischer Haftung für die gesamten Kosten. Den Beschwerdeführenden steht keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 5**

Der vorliegende Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) angefochten werden, soweit ein Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung geltend gemacht wird. Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach 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.