

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C_182/2016

Urteil vom 11. November 2016

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte
A.A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Kuhn,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,

Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich.

Gegenstand
Familiennachzug,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungs-
gerichts des Kantons Zürich, 4. Abteilung,
vom 21. Januar 2016.

Sachverhalt:

A.
A.A._____ (Jahrgang 1970) ist kosovarischer Staatsangehöriger. Aus seiner Ehe mit B.A._____ gingen drei Kinder hervor: C.A._____ (geboren 1998), D.A._____ (geboren 2001) sowie E.A._____ (geboren 2004). Die Ehe wurde im Jahr 2005 geschieden, und der Mutter das alleinige Sorgerecht übertragen. A.A._____ heiratete am 28. November 2006 die in der Schweiz niederlassungsberechtigte Serbin F._____ (Jahrgang 1951), worauf er am 10. Dezember 2006 in die Schweiz einreiste und ihm am 5. Februar 2007 zunächst die Aufenthaltsbewilligung ausgestellt und anschliessend die Niederlassungsbewilligung erteilt wurde; die Ehe wurde im Dezember 2013 geschieden.

Am 14. August 2014 stellte A.A._____, dem das Sorgerecht für seine drei Kinder im Jahr 2009 übertragen worden war, ein Gesuch um deren Nachzug in die Schweiz. Das Migrationsamt des Kantons Zürich wies das Gesuch mit Verfügung vom 9. Juni 2015 ab.

B.
Den von A.A._____ gegen die Verfügung vom 9. Juni 2015 erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich mit Entscheid vom 2. Oktober 2015 ab. Mit Urteil vom 21. Januar 2016 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich seine Beschwerde ebenfalls ab.

C.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 23. Februar 2016 beantragt A.A._____, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2016 bzw. der Rekursentscheid der kantonalen Sicherheitsdirektion vom 2. Oktober 2015 und die Verfügung des kantonalen Migrationsamtes vom 9. Juni (2015) seien

kostenfällig aufzuheben und der Familiennachzug sei zu bewilligen, d.h, den Kindern C.A. _____, D.A. _____ und E.A. _____ sei der Aufenthalt mit Verbleib bei ihm zu bewilligen. Eventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zu weiterer Sachverhaltsabklärung, insbesondere Anhörung der Kinder, und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz und die kantonale Sicherheitsdirektion haben auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Staatssekretariat für Migration schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Betroffene kann gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid betreffend nachträglichen Familiennachzug mit öffentlich-rechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht gelangen, wenn er sich in vertretbarer Weise auf einen Anspruch beruft (Art. 82 in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 89 Abs. 1, Art. 83 lit. c Abs. 2 e contrario BGG; BGE 139 I 330 E. 1.1 S. 332; 136 II 177 E. 1.1 S. 179 f.; 136 II 497 E. 3.3 S. 500 f.). Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe als Träger einer Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Familiennachzug. Seine Eingabe ist als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten entgegen zu nehmen; ob der Anspruch zu Recht geltend gemacht worden ist, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (BGE 136 II 177 E. 1.1 S. 179). Angesichts der Zulässigkeit dieses Rechtsmittels kann auf die ebenfalls eingereichte subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht eingetreten werden (Art. 113 BGG).

1.2. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten des Beschwerdeführers, der am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und mit seinen Anträgen unterlegen ist (Art. 89 Abs. 1 BGG), ist insoweit einzutreten, als damit die Aufhebung des angefochtenen Urteils, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz zur Sachverhaltsergänzung und zu neuem Entscheid, und nicht die Aufhebung der unter- oder erstinstanzlichen Entscheide oder Verfügungen beantragt wird (Urteil 2C_903/2010 vom 6. Juni 2011 E. 1, nicht publiziert in BGE 137 II 233; zum Devolutiveffekt BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; 129 II 438 E. 1 S. 441).

1.3. Das Bundesgericht wendet das Recht in seinem Verfahren grundsätzlich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (vgl. BGE 132 II 257 E. 2.5 S. 262). Das Bundesgericht ist aber nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese in seinem Verfahren nicht mehr problematisiert werden (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Deshalb prüft es, unter Berücksichtigung der Begründungspflicht des Betroffenen (Art. 42 Abs. 2 BGG), nur die vorgebrachten Rügen, es sei denn, die rechtlichen Mängel erschienen geradezu offensichtlich. Grundrechtsverletzungen prüft es nur, wenn eine detaillierte Rüge in der Beschwerdeschrift erhoben worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann von Amtes wegen oder auf Rüge hin berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG).

2.

Der Beschwerdeführer rügt, die vorinstanzliche Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung sei aktenwidrig und damit willkürlich. Er habe im vorinstanzlichen Verfahren umfassend und mit medizinischen Berichten dargelegt, dass sowohl G.A. _____ wie auch die Mutter der Kinder sich aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr um die Kinder kümmern könnten und dies auch nicht mehr wollten. Die Mutter habe - entgegen einer willkürlichen Wertung der Sachlage - seit Umteilung des Sorgerechts im Jahr 2009 auch keinen regelmässigen Kontakt zu den Kindern mehr. Die Vorinstanz habe zudem in Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV die Kinder nicht angehört. Auf Grundlage einer zutreffenden Sachverhaltsfeststellung wäre davon auszugehen, dass das Kindeswohl durch eine Betreuung durch den Beschwerdeführer in der Schweiz besser gewahrt werde.

2.1. Der Beschwerdeführer ist im November 2006 in die Schweiz eingereist und erhielt seine erste Aufenthaltsbewilligung am 5. Februar 2007 ausgestellt, reichte das Gesuch um Nachzug seiner drei Kinder (geboren 1998, 2001 und 2004) jedoch erst im August 2014 und damit ausserhalb der Fristen

gemäss Art. 47 Abs. 1 und Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG; SR 142.20) ein (vgl. dazu BGE 137 II 393 E. 3.3 S. 395 ff.). Strittig ist einzig, ob wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug vorliegen (Art. 47 Abs. 4 AuG).

2.2. Gemäss Art. 73 Abs. 3 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) kann ein nachträglicher Familiennachzug nur bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. Wichtige familiäre Gründe liegen gemäss dem Wortlaut von Art. 75 VZAE vor, wenn das Kindeswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz gewahrt werden kann. Gemäss ständiger Praxis ist ein nachträglicher Familiennachzug jedoch nicht erst zuzulassen, wenn überhaupt keine Alternativen zur Betreuung durch den in der Schweiz lebenden Familienangehörigen ersichtlich sind (Urteil 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.1). Die Voraussetzung ist erfüllt, wenn das Kindeswohl schergewichtig nur durch einen Nachzug in die Schweiz sachgerecht gewahrt werden kann (Urteil 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.1). Im Einzelfall ist vielmehr sorgfältig zu prüfen, ob dem Kindeswohl durch eine Kontinuität seiner bisherigen Betreuung oder durch einen Umzug in die (unvertraute) neue Umgebung besser entsprochen werden kann, wobei die Integrationsschwierigkeiten desto stärker zu gewichten sind, je älter das Kind ist (Urteile 2C_771/2015 vom 5. Oktober 2015 E. 2.1; 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.1).

Entgegen dem Wortlaut der Ordnungsbestimmung von Art. 75 VZAE ist bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der wichtigen Gründe gemäss Art. 47 Abs. 4 AuG nicht ausschliesslich auf das Kindeswohl abzustellen. Ausschlaggebend ist vielmehr eine Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanter Elemente im Einzelfall, wobei dem Sinn und Zweck der Nachzugsfristen, die aus Gründen einer möglichst früh einsetzenden Integration eingeführt worden sind, eine gewichtige Bedeutung zukommt (Urteile 2C_771/2015 vom 5. Oktober 2015 E. 2.1; 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.1). Von nicht schutzwürdigem Rechtsmissbrauch kann demzufolge unter Umständen ausgegangen werden, wenn das Gesuch um Nachzug eines Kindes erst kurz vor Erreichen des erwerbsfähigen Alters gestellt wird und der Bewilligungserhalt zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit und nicht eine echte Familienzusammenführung beabsichtigt ist (BGE 136 II 497 E. 4.2 S. 506; 133 II 6 E. 3.1.1 S. 11; Urteil 2C_452/2015 vom 26. Oktober 2015 E. 2.2.4). Die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der gesetzlichen Fristen hat zusammenfassend Ausnahmecharakter und soll in diesem Sinne gehandhabt werden; Art. 47 Abs. 4 AuG und Art. 73 Abs. 3 VZAE sollen jedoch in einer Weise angewandt und ausgelegt werden, dass der aus Art. 8 EMRK und Art. 13 BV fließende Anspruch auf Schutz des Familienlebens nicht ausgehöhlt wird (Urteil 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.1).

2.3.

Die Kinder des Beschwerdeführers waren im massgeblichen Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (vgl. BGE 136 II 497 E. 3.7 S. 504) im August 2014 sechzehn, dreizehn und zehn Jahre alt. Die vorinstanzlichen Erwägungen zur besseren Wahrung des Wohls der beiden jüngeren Kinder, D.A._____ und E.A._____, durch eine weitere Betreuung im Heimatstaat vermögen zum Vornherein nicht zu überzeugen. Mit der Vorinstanz ist zwar davon auszugehen, dass wirtschaftliche Gründe nicht ausschlaggebend sind (vgl. oben, E. 2.2). Die Vorinstanz ist jedoch ohne vertiefte Abklärungen davon ausgegangen, die Betreuung der Kinder könne durch die im Heimatstaat lebende Mutter erfolgen, wobei die entsprechenden Möglichkeiten im Vagen blieben. So hat die Vorinstanz nicht weiter eruiert, ob die behauptete bisherige Betreuungssituation durch eine ältere Verwandte zutrifft, und sie zog aus den im Recht liegenden Dokumenten den Schluss, gesundheitliche, einer Betreuung entgegen stehende Probleme der Mutter seien nicht als glaubwürdig erstellt zu erachten, weil diese Sachverhaltsvorbringen relativ spät in das Verfahren eingebracht worden seien. Die Vorinstanz hat sodann einzig aus dem Umstand, dass ein monatlicher Kontakt zwischen der Mutter und den Kindern besteht,

der teilweise in U._____, teilweise in V._____ stattfindet, darauf geschlossen, dass dem Kindeswohl durch eine Betreuung durch die Mutter besser gedient sei.

Aus den Vorakten geht hervor, dass die Mutter hauptsächlich in U._____ bei ihrem Bruder lebt und sich nur gelegentlich nach V._____, dem ungefähr 90 km entfernten Aufenthaltsort der Kinder, begibt. Die Mutter hat zudem erklärt, die Betreuung der Kinder nicht übernehmen zu wollen, was die Vorinstanz unberücksichtigt liess. Unter diesen Umständen ist es mehr als zweifelhaft, ob das Kindeswohl in der Tat durch eine widerwillig erfolgende Betreuung im Heimatstaat oder nicht aber durch eine Betreuung des beschwerdeführenden Vaters, welcher gemäss seinen Angaben willens und fähig ist, für sie zu sorgen, besser gewahrt wird, weshalb es als unabdingbar erscheint, die Kinder D.A._____ und E.A._____ persönlich zu ihren Lebensverhältnissen in der Heimat und in der Schweiz anzuhören. Wohl kann die von Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November

1989 (KRK; SR 01.107) und etwas weniger weitgehend von Art. 47 Abs. 4 AuG (sowie Art. 73 Abs. 3 VZAE) vorgesehene persönliche Anhörung der Kinder unterbleiben, wenn die Kinder durch ihre Eltern vertreten werden, beider Interessen gleichläufig sind und der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne diese Anhörung rechtsgenügend festgestellt werden kann (BGE 124 II 361 E. 3c; Urteil 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 5.1, mit weiteren Hinweisen). Doch gerade letzteres ist hier nicht der Fall. Unter dem für die Rechtserheblichkeit der Sachverhaltselemente ausschlaggebenden Gesichtspunkt des Kindeswohls (vgl. oben, E. 2.2) ist in sachverhaltsmässiger Hinsicht insbesondere die Erziehungsfähigkeit der Eltern abzuklären. Sollte diese bei beiden Eltern gegeben sein, ist bei jüngeren Kindern das Ausmass der persönlichen Betreuungsmöglichkeit durch den betreffenden Elternteil zu eruieren; verfügt etwa die Mutter überhaupt über die Räumlichkeiten, um die drei Kinder bei sich aufzunehmen oder wäre der Bruder fähig oder willens, der Mutter mit ihren Kindern eine solche Unterkunft anzubieten? Erfüllen beide Elternteile die Voraussetzung der persönlichen Betreuungsmöglichkeiten in etwa gleicher Weise, können die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse rechtserheblich werden (vgl. zu den einzelnen, für das Kindeswohl rechtserheblichen Sachverhaltselemente Urteil 5A_41/2016 vom 19. Mai 2016 E. 5.2.1, mit zahlreichen Hinweisen).

2.4. Erforderlich ist auch eine Anhörung der ältesten Tochter C.A._____ (vgl. Art. 47 Abs. 4 in fine AuG; Art. 12 KRK; Urteil 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 5.1). Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung stand C.A._____ zwar bereits kurz vor dem Eintritt in das Erwerbsleben, weshalb bei einer Einzelbetrachtungsweise (nur sie betreffend) Zweifel über den wahren Zweck über die Familienzusammenführung (vgl. zur Rechtsprechung oben, E. 2.2) entstehen könnten. Ausschlaggebend für die Frage, ob die Familienzusammenführung der Eingliederung in das Arbeitsleben dient und damit missbräuchlich (vgl. oben, E. 2.2) ausgeübt wird, ist jedoch eine Gesamtbetrachtung der familiären Situation. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Kinder nicht ohne Not getrennt werden, sondern wenn immer möglich unter gemeinsamer Obhut aufwachsen sollen.

3.
Auf dieser Grundlage wird sich zeigen, ob wichtige Gründe für den nachträglichen Familiennachzug (Art. 47 Abs. 4 AuG; vgl. Urteil 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.7) vorliegen oder nicht. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben, und die Sache ist zur Durchführung einer solchen Anhörung und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.
Die Rückweisung mit offenem Ausgang gilt praxisgemäss als Obsiegen des Beschwerdeführers, weshalb keine Gerichtskosten zu erheben sind (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Er hat Anspruch auf Parteientschädigung im bundesgerichtlichen Verfahren (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Januar 2016 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4.
Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- auszurichten.

5.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. November 2016

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall