

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 72/2018

Urteil vom 15. Juni 2018

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd, Stadelmann,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte

1. A.E. _____,
2. B.E. _____,
3. C.E. _____, vertreten durch seine Eltern,
Beschwerdeführer,
alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Häusermann,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,
Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich.

Gegenstand

Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug); aufschiebende Wirkung,

Beschwerde gegen die Verfügung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, Abteilungspräsident,
vom 14. Dezember 2017 (VB.2017.00825).

Erwägungen:

1.

A.E. _____ (Jahrgang 1979) reiste am 17. März 1995 im Rahmen des Familiennachzuges in die Schweiz ein und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seinen Eltern. Die am 5. August 2004 und am 16. Mai 2007 gestellten Gesuche um Nachzug seiner am 10. Januar 2003 in Serbien geheirateten Ehefrau B.E. _____ (Jahrgang 1980) wurden mangels genügender finanzieller Mittel bzw. wegen fehlender Mitwirkung als gegenstandslos abgeschrieben. Aus dieser Ehe gingen die Kinder C.E. _____ (geboren am 25. August 2008) und D.E. _____ (geboren am 24. August 2011) hervor. Nachdem A.E. _____ am 19. Mai 2014 die Niederlassungsbewilligung erteilt worden war, ersuchte B.E. _____ am 7. Oktober 2014 für sich und ihre Kinder um ein Visum für den langfristigen Aufenthalt D, welches im Sinne eines Vorentscheides abgewiesen und mangels Beantragens eines rekursfähigen Entscheids als gegenstandslos abgeschrieben wurde. Am 1. April 2016 reiste B.E. _____ mit ihren Kindern in die Schweiz ein. Am 2. Mai 2016 wurde A.E. _____ eingebürgert. Am 17. Juni 2016 stellte B.E. _____ für sich und den Sohn C.E. _____ ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligungen, welches das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Verfügung vom 24. August 2016 abwies. Zudem entzog das kantonale Migrationsamt einem allfälligen, gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs die aufschiebende Wirkung. Mit (berichtigtem) Rekursentscheid vom 8. November 2017 wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich den von A.E. _____, B.E. _____ und C.E. _____ gegen die Verfügung vom 24. August 2016 geführten Rekurs ab, soweit er nicht gegenstandslos geworden war, und setzte B.E. _____ und C.E. _____ eine Ausreisefrist an. Gegen diesen Entscheid der kantonalen Sicherheitsdirektion gelangten A.E. _____, B.E. _____ und C.E. _____ mit Beschwerde vom 11. Dezember 2017 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. In prozessualer Hinsicht beantragten sie, es sei ihrer Beschwerde hinsichtlich der von der Vorinstanz angesetzten Ausreisefrist die aufschiebende Wirkung zu erteilen und B.E. _____ sowie C.E. _____ zu erlauben, während der Dauer des Verfahrens in der Schweiz zu verweilen. Mit Verfügung vom 14. Dezember 2017 wies der Abteilungspräsident am Verwaltungsgericht des Kantons

Zürich das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab und ordnete unter Ansetzung einer Ausreisefrist an, B.E. _____ und C.E. _____ hätten den Ausgang des Beschwerdeverfahrens im Ausland abzuwarten. Gegen diese Präsidialverfügung vom 14. Dezember 2017 gelangten A.E. _____, B.E. _____ und C.E. _____ (vertreten durch seine Eltern) mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 26. Januar 2018 an das Bundesgericht. Die Beschwerdeführer beantragen, Dispositivziffer 1 der Präsidialverfügung des Abteilungspräsidenten am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 14. Dezember 2017 sei aufzuheben und der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Ebenso sei Dispositivziffer 2 der Präsidialverfügung des Abteilungspräsidenten am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin B.E. _____ und dem Beschwerdeführer C.E. _____ zu erlauben, in der Schweiz zu bleiben, solange in der Schweiz noch kein rechtskräftiger Entscheid ergangen sei. Des Weiteren ersuchen die Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung im bundesgerichtlichen Verfahren.

2.

2.1. Das Rechtsmittel gegen den angefochtenen, selbstständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG folgt demjenigen in der Hauptsache, weshalb die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig ist, weil die Beschwerdeführerin 2 als Ehefrau und der Beschwerdeführer 3 als minderjähriger Sohn des Beschwerdeführers 1, eines Schweizer Bürgers, in vertretbarer Weise einen Rechtsanspruch auf einen Aufenthalt in der Schweiz geltend machen (Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG; SR 142.20]; Urteil 2C 253/2017 vom 30. Mai 2017 E. 1). Die gleichzeitig erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist daher unzulässig (Art. 113 BGG). Da es sich bei der angefochtenen Präsidialverfügung des Abteilungspräsidenten am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich um einen kantonalen Zwischenentscheid über eine vorsorgliche Massnahme mit materiellrechtlichen Vorgaben im Bundesrecht handelt (vgl. Urteile 2C 532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 1.2; 2C 1130/2013 vom 23. Januar 2015 E. 2.2 und 2.3), der bei einem Eingriff in das Familienleben einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben kann (vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; Urteile 2C 532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 1.2; 2C 483/2009 vom 18. September 2009 E. 2.2), prüft das Bundesgericht diesen nur darauf hin, ob er verfassungsmässige Rechte verletzt (vgl. Art. 98 BGG), wofür eine qualifizierte Rügepflicht besteht (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 137 II 305 E. 3.3 S. 311); nicht zu prüfen sind sämtliche Vorbringen, die sich auf die Sache selber beziehen und in keinem unmittelbaren Zusammenhang zur Frage der Verfassungsmässigkeit des verweigerten prozeduralen Aufenthalts stehen und deshalb ausserhalb des Streitgegenstands liegen (BGE 136 II 457 E. 4.2 S. 463; 133 II 35 E. 2 S. 38; Urteil 2C 532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 1.7). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der Beschwerdeführer ist zwar zulässig, aber die erhobenen Rügen der Verletzung der verfassungs- bzw. konventionsrechtlich garantierten Rechte des Willkürverbots (Art. 9 BV), des Schutzes des Privat- und Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV; Art. 8 EMRK bzw. Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [UN-Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107], vgl. dazu BGE 143 I 21 E. 5.5.2 S. 30 in fine) oder des Rechts auf Ehe- und Familie (Art. 14 BV) sind offensichtlich unbegründet, weshalb ihre Beschwerde mit summarischer Begründung abzuweisen ist (Art. 109 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 BGG).

2.2. Von den maximal dreimonatigen Aufenthalten ohne Erwerbstätigkeit abgesehen bedarf der Aufenthalt in der Schweiz grundsätzlich einer Bewilligung (Art. 10 und Art. 11 AuG). Ein Bewilligungsgesuch berechtigt noch nicht zum Aufenthalt, ebenso wenig ein Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Bewilligungsentscheid, und zwar selbst dann nicht, wenn dieses grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat; die aufschiebende Wirkung vermag ihre Wirkung nur bei positiven Verfügungen zu entfalten. Die Verweigerung einer Bewilligung ist eine negative Verfügung; aufschiebende Wirkung des dagegen erhobenen Rechtsmittels kann nicht zur Folge haben, dass die bewilligungspflichtige Handlung bereits vor Vorliegen der Bewilligung ausgeübt werden kann (Urteile 2C 253/2017 vom 30. Mai 2017 E. 4.1, mit zahlreichen Hinweisen; 2C 1130/2013 vom 23. Januar 2015 E. 2.1). Dies ist nur aufgrund ausdrücklicher vorsorglicher Massnahmen zulässig, wobei Anordnungen, die praktisch auf eine Vorwegnahme des Endentscheides hinauslaufen, vorbehältlich ausserordentlicher Verhältnisse nicht angeordnet werden sollen (Urteile 2C 253/2017 vom 30. Mai 2017 E. 4.1; 2C 720/2016 vom 18. Januar 2017 E. 2.1; 2A.397/2005 vom 3. Januar 2006 E. 2.2). Art. 17 AuG konkretisiert diese Grundsätze für den Fall, dass eine Person, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig

eingereist ist, nachträglich ein Bewilligungsgesuch stellt: Der Bewilligungsentscheid ist grundsätzlich im Ausland abzuwarten (Abs. 1). Nur wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind, kann die zuständige Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten (Abs. 2), wobei sich das verfassungskonform auszuübende Ermessen je nach den Umständen zu einem Anspruch verdichten kann (BGE 139 I 37 E. 2 S. 40 f.; Urteile 2C 253/2017 vom 30. Mai 2017 E. 4.2; 2C 532/2015 E. 2.1). Ziel des prozeduralen Aufenthalts ist es, die grundsätzliche Ausreisepflicht nach Art. 17 Abs. 1 AuG dann zu mildern, wenn sie keinen Sinn macht, weil vermutlich die Bewilligung zu erteilen sein wird (BGE 139 I 37 E. 3.4.4 S. 46). Ob diese offensichtlich gewährt werden kann, ist in einer summarischen Würdigung der Erfolgsaussichten (sog. "Hauptsachenprognose") zu beurteilen, wie dies bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen regelmässig der Fall ist (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 40). Die Pflicht, nach Art. 17 AuG den Bewilligungsentscheid im Ausland abwarten zu müssen, ist dabei grundrechtskonform zu handhaben (BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 41). Wenn Art. 17

Abs. 2 AuG verlangt, dass die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sein müssen, ist der betroffenen Person die Anwesenheit im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK bereits dann zu gestatten, wenn die Chancen, dass die Bewilligung zu gewähren sein wird, bedeutend höher einzustufen sind als jene, sie verweigern zu müssen (BGE 139 I 37 E. 4.1 S. 49; Urteile 2C 532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2; 2C 76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.3.2). Die Bewilligungsbehörde ist dabei nicht verpflichtet, bereits vertiefte Abklärungen vorzunehmen; umgekehrt darf sie aber auch nicht schematisch entscheiden und im Rahmen von Art. 96 AuG die ihr bekannten Umstände des Einzelfalls übergehen. Bei Bewilligungen, auf deren Erteilung ein Anspruch besteht, bedarf es hinreichender konkreter Indizien für das Vorliegen von Verweigerungsgründen, um das Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AuG verneinen zu können; vage, nicht konkretisierte Annahmen genügen hierfür nicht (BGE 139 I 37 E. 4.2 S. 49 f.; Urteile 2C 532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.2; 2C 76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.3.2).

2.3. In der angefochtenen Präsidialverfügung hat der Abteilungspräsident am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erwoogen, der Beschwerdeführer 1 habe für seine Ehefrau, welche er vor Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 geehelicht habe, innert der Frist von fünf Jahren ab Inkrafttreten dieses Gesetzes kein Nachzugsgesuch gestellt (Art. 126 Abs. 3 AuG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Abs. 3 AuG). Ebensowenig habe der Beschwerdeführer 1 für seinen am 25. August 2008 geborenen Sohn, den Beschwerdeführer 3, ein im Sinne von Art. 47 Abs. 1 AuG fristgerechtes Nachzugsgesuch eingereicht. Aus diesem Grund löse der mit der Erteilung der Niederlassungsbewilligung bzw. (allenfalls) der mit der Einbürgerung verbundene Statuswechsel des Beschwerdeführers 1 keine neue Frist für die Einreichung eines solchen Nachzugsgesuches aus, setze doch die bundesgerichtliche Rechtsprechung dafür ein fristgerecht gestelltes, erstes Nachzugsgesuch voraus (BGE 137 II 393 E. 3.3 S. 397 in fine). Ein Familiennachzug komme somit nur in Frage, wenn wichtige familiäre Gründe im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG geltend gemacht würden; die seit Februar 2014 verbesserte finanzielle Situation des Beschwerdeführers 1 stelle jedoch prima facie keinen wichtigen Grund im Sinne dieser Bestimmung dar. Die Vorinstanz hat damit die Chancen für eine Bewilligungserteilung nicht als bedeutend höher eingestuft als jene für eine Bewilligungsverweigerung. Inwiefern diese Beurteilung unter verfassungs- und konventionsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 98 BGG) zu beanstanden sein sollte, ist nicht ersichtlich. Anhaltspunkte dafür, dass die angefochtene Verfügung sinn- und zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden müssen, sind in der Beschwerdeschrift nicht ansatzweise erkennbar, weshalb eine Verletzung von Art. 9 BV nicht bejaht werden kann. Aus Art. 8 EMRK bzw. aus Art. 13 BV lässt sich kein Anspruch darauf ableiten, den Ausgang eines ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens in der Schweiz abwarten zu dürfen; ein negativer Zwischenentscheid kann jedoch allenfalls gegen das Verhältnismässigkeitsgebot verstossen (Urteil 2C 532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.3). Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführer 3 am 1. April 2016 eigenmächtig in die Schweiz eingereist, den Schulbesuch des Beschwerdeführers 3 selbst veranlasst und die Behörden vor vollendete Tatsachen gestellt haben, verstösst eine Ausreisepflichtung während laufenden Schulbesuchs des Beschwerdeführers 3 auch nicht gegen Treu und Glauben (Art. 9 BV) oder gegen das Verhältnismässigkeitsgebot, welches im Rahmen der von Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 3 BV geforderten, unter Einbezug des Kindeswohl (Art. 3 KRK) vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (Urteil 2C 532/2015 vom 23. Dezember 2015 E. 2.3), zumal sich der (im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung) knapp zehnjährige Beschwerdeführer seit erst rund eineinhalb Jahren in der Schweiz aufhält. Inwiefern die angefochtene Präsidialverfügung des Weiteren gegen das verfassungsmässig garantierte Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV) verstossen soll, ist weder dargelegt noch ersichtlich, weshalb auf diese Rüge nicht näher einzugehen ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).

3.

Das für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung durch den unterzeichneten Anwalt kann wegen Aussichtslosigkeit nicht gutgeheissen werden (Art. 64 BGG). Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführern 1 und 2 zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG), wobei dem geringen Aufwand Rechnung getragen wird (Art. 66 Abs. 1 Satz 2 BGG). Parteienschädigungen werden nicht gesprochen (Art. 68 Abs. 1 BGG). Mit dem vorliegenden instanzabschliessenden Urteil wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der im bundesgerichtlichen Verfahren eingereichten Beschwerde gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.

2.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden den Beschwerdeführern 1 und 2 zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.

5.

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

Lausanne, 15. Juni 2018

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

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall