

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 586/2018

Urteil vom 28. Mai 2019

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Stadelmann,
Gerichtsschreiber Seiler.

Verfahrensbeteiligte

1. A._____,
2. B._____,
Beschwerdeführer,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Peter Bolzli,
und dieser substituiert durch Rechtsanwältin Lisa Rudin,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,

Sicherheitsdirektion Kanton Zürich, Rekursabteilung.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug),

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 2. Abteilung, vom 30. Mai 2018 (VB.2018.00212).

Sachverhalt:

A.

A._____ (Jahrgang 1985) und B._____ (geborene U._____; Jahrgang 1986) heirateten am 22. Juli 2005 im gemeinsamen Heimatland Kosovo. B._____ war zu jenem Zeitpunkt im Kanton Tessin niedergelassen, verlegte ihren Wohnsitz im August 2007 aber in den Kanton Zürich. A._____ verblieb auch nach der Hochzeit im Kosovo. Am 14. Mai 2011 wurde in der Schweiz der gemeinsame Sohn C._____ geboren, welchem kurz darauf ebenfalls eine Niederlassungsbewilligung für den Kanton Zürich erteilt wurde. Er wächst seither getrennt von seinem im Kosovo verbliebenen Vater bei seiner Mutter im Kanton Zürich auf.

B.

Am 14. März 2017 ersuchte A._____ um Bewilligung seiner Einreise zum Verbleib bei seiner Ehefrau und dem gemeinsamen Sohn. Am 22. Mai 2017 wies das Migrationsamt das Nachzugsgesuch ab, da die gesetzliche Nachzugsfrist abgelaufen war und keine wichtigen familiären Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug ersichtlich gewesen seien. Die hiergegen erhobenen kantonalen Rechtsmittel wurden von der Sicherheitsdirektion am 7. März 2018 und sodann vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 30. Mai 2018 abgewiesen.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 5. Juli 2018 beantragen die Beschwerdeführer Aufhebung des Urteils der Vorinstanz und Anweisung des Migrationsamts zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung für A._____ (nachfolgend: der Beschwerdeführer).

Die Vorinstanz hat sich vernehmen lassen und beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Mit Schreiben vom 20. Juli 2018 haben die Beschwerdeführer überdies unentgeltliche Rechtspflege beantragt.

Erwägungen:

1.

1.1. Auf dem Gebiet des Ausländerrechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Zusammenhang mit Bewilligungen ausgeschlossen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumen (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG). Ob die jeweiligen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist eine Frage der materiellen Beurteilung; für das Eintreten genügt, dass ein entsprechender Anwesenheitsanspruch in vertretbarer Weise geltend gemacht wird (vgl. BGE 136 II 177 E. 1.1 S. 179).

Die Beschwerdeführer berufen sich auf Art. 43 und Art. 47 Abs. 4 AIG (SR 142.20; vormals: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, AuG) und Art. 8 EMRK. Ob dieser Anspruch zu Recht geltend gemacht wird, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (BGE 136 II 177 E. 1.1 S. 179). Vor diesem Hintergrund ist der Bewilligungsanspruch des Beschwerdeführers insgesamt in vertretbarer Weise geltend gemacht.

1.2. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) eingereicht und richtet sich gegen einen Endentscheid einer letzten, oberen kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführer sind nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht prüft zwar grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Es ist allerdings weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (BGE 139 II 404 E. 3 S. 415). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht prüft solche Rügen nur, wenn sie in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden sind (BGE 136 II 304 E. 2.5 S. 314).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116). Der Beschwerdeführer kann die Feststellung des Sachverhalts unter den gleichen Voraussetzungen beanstanden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die beschwerdeführende Partei hat deshalb substantiiert darzulegen, weswegen diese Voraussetzungen gegeben sein sollen; wird sie dieser Anforderung nicht gerecht, bleibt es beim vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Soweit Feststellungen oder Schlüsse allerdings nicht auf der beweismässigen Würdigung von vorgebrachten Umständen oder konkreten Anhaltspunkten beruhen, sondern ausschliesslich aufgrund von Erfahrungssätzen getroffen wurden, die sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergeben, und daher allgemein für gleich gelagerte Fälle Geltung beanspruchen, mithin die Funktion von Normen übernehmen, können sie vom Bundesgericht im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten frei überprüft werden (BGE 140 I 285 E. 6.2.1 S. 296 f.; 140 III 115 E. 2 S. 117; 136 III 486 E. 5 S. 489).

2.

2.1. Es ist unstrittig, dass die Frist für den Familiennachzug nach Art. 47 Abs. 1 AIG unbenutzt abgelaufen ist. Ebenso unbestritten ist, dass das Gesuch der Beschwerdeführer auf Familiennachzug - jedenfalls soweit es sich auf internes Recht der Schweiz stützt - nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 47 Abs. 4 AIG bewilligt werden kann. Danach kann ein nachträglicher Familiennachzug nur bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. Die Beschwerdeführer machen geltend, der Beschwerdeführer habe sich in seinem Herkunftsland um seine Mutter kümmern müssen, die im Januar 2006 einen Hirnschlag erlitten habe und in der Folge bis zu ihrem Versterben im Dezember 2016 stark pflegebedürftig gewesen sei. Laut der Vorinstanz handelt es sich dabei nicht um einen wichtigen familiären Grund.

2.2. Das Gesetz enthält keine Definition der wichtigen familiären Gründe. Klar ist aber, dass solche Gründe nur mit Zurückhaltung anzunehmen sind und der Begriff im Einklang mit den grundrechtlichen Vorgaben zur Achtung des Familienlebens (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) auszulegen ist. Der blosser Wunsch einer bisher getrennt lebenden Familie, fortan zusammenzuwohnen, stellt demnach keinen wichtigen familiären Grund dar, sondern ist Grundvoraussetzung eines jeden, fristgerechten Familiennachzugs (Art. 42 Abs. 1, Art. 43 Abs. 1 lit. a und Art. 44 Abs. 1 lit. a AIG; vgl. Urteile 2C 259/2018 vom 9. November 2018 E. 4.1; 2C 153/2018 vom 25. Juni 2018 E. 5.2; 2C 285/2015 vom 23. Juli 2015 E. 3.1).

2.3. Nach Art. 75 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) liegt ein wichtiger familiärer Grund vor, wenn das Wohl des Kindes nur durch seinen Nachzug in die Schweiz sachgerecht gewahrt werden kann (vgl. dazu Urteile 2C 323/2018 vom 21. September 2018 E. 8.2.1; 2C 888/2011 vom 20. Juni 2012 E. 3.1). Diese Bestimmung betrifft gemäss ihrer Marginalie indessen nur den späteren Nachzug von Kindern und nicht den Nachzug eines Ehegatten (Urteile 2C 323/2018 vom 21. September 2018 E. 8.1; 2C 887/2014 vom 11. März 2015 E. 3.2). Immerhin ist nicht zu verkennen, dass auch mit Bezug auf den Nachzug des Ehegatten bei konventionskonformer Auslegung von Art. 47 Abs. 4 AIG das Wohl der (gemeinsamen) Kinder eine Rolle spielt und deshalb im Rahmen der ohnehin platzgreifenden Gesamtschau der Umstände Berücksichtigung verdient (zur Erforderlichkeit einer Gesamtschau bei konventionskonformer Auslegung von Art. 47 AIG vgl. Urteile 2C 323/2018 vom 21. September 2018 E. 8.2.1; 2C 1172/2016 vom 26. Juli 2017 E. 4.3.1; 2C 888/2011 vom 20. Juni 2012 E. 3.1).

2.4. Ein wichtiger familiärer Grund für den Nachzug eines Ehegatten kann nach der Rechtsprechung vorliegen, wenn ein naher Verwandter verstirbt, um dessen Pflege sich der im Ausland wohnhafte Ehegatte kümmern musste, vorausgesetzt, dass die Familie ernsthaft, aber letztlich vergeblich nach einer Pflegealternative gesucht hatte (Urteile 2C 259/2018 vom 9. November 2018 E. 4.1; 2C 153/2018 vom 25. Juni 2018 E. 5.2). Existieren während der Nachzugsfrist solche Pflegealternativen und zieht es der Ehegatte vor, dennoch im Herkunftsland zu bleiben, liegt grundsätzlich kein wichtiger familiärer Grund im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AIG vor (Urteile 2C 259/2018 vom 9. November 2018 E. 4.1; 2C 323/2018 vom 21. September 2018 E. 8.4.1).

2.5. Die Vorinstanz verliess sich in ihren Feststellungen auf das Vorbringen der Beschwerdeführer, soweit diese behauptet hatten, dass die Mutter des Beschwerdeführers im Januar 2006 einen Hirnschlag erlitten hätte und fortan schwer behindert bzw. gelähmt und auf eine 24-Stunden-Betreuung angewiesen gewesen sei. Ebenso stellte sie nicht in Frage, dass der Vater des Beschwerdeführers selbst gesundheitlich angeschlagen gewesen ist und bis zu seinem Tod am 30. Oktober 2017 selbst immer mehr Pflege benötigt hat.

2.6. Die Vorinstanz stellte weiter fest, dass eine Haushälterin für die Mutter angestellt worden sei, welche zumindest zwischen den Jahren 2009 bis 2016 werktäglich während 4-5 Stunden diverse Aufgaben im Haushalt wahrgenommen habe. Laut eigener Aussage hat die Haushälterin allerdings gewisse (intime) Pflegeaufgaben nicht übernommen. Aus der zeitlich beschränkten Anwesenheit und dem inhaltlich beschränkten Pflichtenheft der Haushälterin ist zu schliessen, dass ungeachtet der Haushälterin auch von 2009 bis 2016 erheblicher Pflegebedarf seitens der Mutter des Beschwerdeführers bestand.

2.7. Die Vorinstanz äusserte sich weiter zu den Lebensumständen des Beschwerdeführers. Sie äusserte na-

mentlich Zweifel, wie der Beschwerdeführer ab Februar 2010 gleichzeitig seine Mutter rundum betreut, sein eigenes Geschäft geführt und seinen eigenen Lebensunterhalt sichergestellt haben wolle. Dabei schien die Vorinstanz implizit von der Annahme auszugehen, dass nur dann ein wichtiger familiärer Grund nach Art. 47 Abs. 4 AIG vorliegen kann, wenn der Ehegatte die Betreuung des nahen Verwandten vollständig eigenhändig besorgt hatte und folglich daneben keinen weiteren Tätigkeiten nachgehen konnte. Dies trifft nicht zu. Entscheidend ist nicht der Umfang des Beitrags an die Pflege des nahen Verwandten, sondern dass dieser Beitrag notwendig und alternativlos war. Solange die beruflichen und sonstigen Tätigkeiten des Ehegatten während der Nachzugsfrist die Notwendigkeit und Alternativlosigkeit seines Pflegebeitrags nicht in Frage stellen, tun sie nichts zur Sache.

2.8.

2.8.1. In Zweifel zog die Vorinstanz die Behauptung der Beschwerdeführer, dass die im Kosovo lebenden Schwestern des Beschwerdeführers die Pflege der Mutter nicht hätten wahrnehmen können, weil sie zu sehr mit der Betreuung ihrer eigenen Kinder beschäftigt gewesen seien. Die Kinder der drei im selben Ort wohnhaften Geschwister seien im Zeitpunkt des Ablaufs der Nachzugsfrist Ende 2012 alle zwischen 11 und 19 Jahre alt gewesen und hätten folglich keiner ständigen Betreuung mehr bedurft. Alleine die ausserhalb wohnende Schwester hätte zu diesem Zeitpunkt noch ein Kind im Vorschulalter gehabt. Die Beschwerdeführer hätten überdies selbst eingeräumt, dass auch die Schwestern des Beschwerdeführers zeitweise Betreuungsaufgaben übernommen hätten. Folglich hätten ausreichende Pflegealternativen bestanden.

2.8.2. Die Vorinstanz hat die Betreuungskapazitäten der Geschwister des Beschwerdeführers nicht anhand der konkreten Umstände festgestellt, sondern im Wesentlichen aus dem Alter von deren Kindern abgeleitet. Sie hat sich folglich auf einen Erfahrungssatz der allgemeinen Lebenserfahrung gestützt. Dessen Anwendung kann das Bundesgericht frei überprüfen (BGE 140 I 285 E. 6.2.1 S. 285; 140 III 115 E. 2 S. 117). Nicht zu widersprechen ist der Vorinstanz dabei insoweit, als sie die Kapazitäten von Personen mit Kindern im (fortgeschrittenen) Schulalter im Grundsatz höher veranschlagt als jene von Personen mit Kindern im Vorschulalter. Dieser Erfahrungssatz erlaubt jedenfalls dann einen Schluss auf bestehende Pflegealternativen, wenn die Nichten und Neffen volljährig oder nahezu volljährig sind und der Pflegebedarf nicht besonders hoch ist (Urteil 2C 323/2018 vom 21. September 2018 E. 8.3.6). Hingegen verliert er an Tauglichkeit, wenn der Pflegebedarf des nahestehenden Verwandten nachgewiesenermassen besonders hoch war und die Nichten und Neffen überwiegend minderjährig waren. Es überzeugt daher nicht, wenn die Vorinstanz alleine aus dem Alter der Nichten und Neffen schliesst, dass die Schwestern des Beschwerdeführers seinen Pflegebeitrag per Ende der Nachzugsfrist Ende 2012 nicht nur zeit- und teilweise, sondern komplett hätten übernehmen können.

2.8.3. Um festzustellen, ob sich die Geschwister per Ende 2012 alleine - d.h. ohne die Hilfe des Beschwerdeführers - um die Pflege der schwer behinderten Mutter hätten kümmern können und es den Beschwerdeführern daher zumutbar gewesen wäre, das Nachzugsgesuch fristgerecht zu stellen, wäre die Vorinstanz nach dem Untersuchungsgrundsatz - unter Mitwirkung der Beschwerdeführer (vgl. Art. 90 AIG) - nicht umhin gekommen, die Pflege- und Aufsichtsbedürfnisse der Nichten und Neffen des Beschwerdeführers sowie die übrigen Lebensumstände der Geschwister konkret abzuklären. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die ohnehin schwierige Ermittlung der damaligen Pflege- und Aufsichtsbedürfnisse der Neffen und Nichten des Beschwerdeführers infolge des Zeitablaufs seit Ende 2012 kaum mehr mit vernünftigen Aufwand möglich gewesen wäre.

2.8.4. Ähnliches gilt im Übrigen für Pflegeangebote ausserhalb der Familie. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zwar auf einen Bericht des Staatssekretariats für Migration (SEM) vom 9. März 2017 verwiesen, wonach im Kosovo Vollzeitpflege zuhause für monatlich zwischen EUR 600.– bis EUR 800.– erhältlich sei (SEM, Focus Kosovo. Medizinische Grundversorgung, 9. März 2017, S. 28 Ziff. 6.6, <<https://www.sem.admin.ch>> Internationales > Herkunftsländerinformationen, besucht am 17. April 2019). Daraus folgt aber nicht, dass dieses Angebot bereits Ende 2012 bestanden hätte. Entgegen der Vorinstanz lässt sich auch nicht sagen, das Angebot sei "relativ kostengünstig", ohne es ins Verhältnis zum Durchschnittseinkommen oder zu den konkreten finanziellen Verhältnisse der Familie des Beschwerdeführers zu setzen. Letztlich hat allerdings auch die Vorinstanz die Verfügbarkeit ausserfamiliärer Pflegeangebote im relevanten Zeitraum ausdrücklich offengelassen.

2.9.

2.9.1. Lässt sich trotz gebührender Mitwirkung der Partei nicht mit vernünftigem Aufwand feststellen, ob zumutbare familieninterne oder externe Pflegealternativen bestanden hätten, haben die Behörden aufgrund Beweislosigkeit die allgemeine Beweislastregel anzuwenden (Art. 8 ZGB analog; vgl. BGE 142 II 433 E. 3.4.1 S. 442; 140 V 290 E. 4.2 S. 299). Während die um die Bewilligung ersuchende Partei zu beweisen hat, dass sie im Ausland ein enges Familienmitglied gepflegt hat (anspruchsbegründende Tatsache), handelt es sich bei den Pflegealternativen um anspruchsausschliessende Tatsachen. Dafür trägt die Behörde die Beweislast.

2.9.2. Vorliegend blieb letztlich unbewiesen, ob zumutbare Pflegealternativen bestanden hätten, welche den Pflegebeitrag des Beschwerdeführers obsolet gemacht hätten. Den Beschwerdeführern lässt sich nicht vorwerfen, am Verfahren nicht gehörig mitgewirkt zu haben. Es ist deshalb in Anwendung der Beweislastregel zulasten der Migrationsbehörde davon auszugehen, dass keine zumutbaren Pflegealternativen bestanden haben.

2.10. Der Beschwerdeführer hat sich bis kurz (ca. drei Monate) vor seinem Gesuch auf Aufenthaltsbewilligung in seinem Herkunftsland um die Pflege seiner stark pflegebedürftigen Mutter gekümmert. Es wurden keine zumutbaren Pflegealternativen festgestellt. In der Gesamtschau der relevanten Umstände ergibt sich somit, dass ein wichtiger familiärer Grund im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AIG vorliegt. Indem die Vorinstanz diesen verneint hat, hat sie Bundesrecht verletzt.

3.

3.1. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Das Migrationsamt des Kantons Zürich ist anzuweisen, den am 14. März 2017 beantragten Familiennachzug im Rahmen von Art. 43 AIG in der Fassung, wie sie zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen, abweisenden Verfügung am 22. Mai 2017 in Kraft stand, zu gestatten.

3.2. Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG) und wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Der unterliegende Kanton Zürich muss die obsiegenden Beschwerdeführer jedoch für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG), wobei die Entschädigung direkt an ihren Rechtsvertreter auszurichten ist. Die Sache ist zur Neuverlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG e contrario).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 30. Mai 2018 wird aufgehoben. Das Migrationsamt des Kantons Zürich wird angewiesen, dem Nachzugsgesuch der Beschwerdeführer zu entsprechen und A. _____ die entsprechende Bewilligung zu erteilen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Kanton Zürich hat den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.

4.

Die Vorinstanz hat über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für die kantonalen Verfahren neu zu befinden.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung, und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Mai 2019

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

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Seiler