Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 607/2008

Urteil vom 24. März 2009

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Müller, Präsident,
Bundesrichter Merkli, Karlen, Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Gerichtsschreiber Moser.

Parteien
X._____, c/o Z._____ und B._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Marc Spescha,

gegen

Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich,
Postfach, 8090 Zürich,
Regierungsrat des Kantons Zürich,
Kaspar Escher-Haus, 8090 Zürich.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 4. Abteilung, vom 11. Juni 2008.

Sachverhalt:

A.
X._____, geboren 1. Oktober 1954, türkische Staatsangehörige, war von 1976 bis 1988 mit dem Landsmann Y._____ verheiratet. Aus der Ehe gingen vier Kinder hervor, nämlich die Töchter A._____, geboren 1977, B._____, geboren 1979, C._____, geboren 1983, und der Sohn D._____, geboren 1987. Bei der Scheidung wurden sämtliche Kinder unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt.
Der geschiedene Ehemann reiste anfangs März 1989 in die Schweiz ein und heiratete Mitte April 1989 eine hier niedergelassene Ungarin. Aufgrund dessen erhielt er am 26. April 1994 die Niederlassungsbewilligung. Die kinderlos gebliebene Ehe wurde im Februar 1995 geschieden. Am 15. September 1997 heirateten Y._____ und X._____ ein zweites Mal.
Mitte Mai 2002 ersuchte Y._____ um Erteilung einer Einreisebewilligung für den Sohn D._____ zum dauernden Verbleib beim Vater. Mitte Oktober 2003 stellte er ein Gesuch auch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung für die Ehefrau, obwohl er seit dem Jahr 2000 in der Schweiz in Wohngemeinschaft mit einer Freundin lebte. X._____ wurde in der Folge die Aufenthalts-, dem Sohn die Niederlassungsbewilligung erteilt.
Am 6. März 2004 wurde die Tochter A._____ in der Türkei von ihrer Schwiegermutter getötet. Um im

Prozess auszusagen, kehrte X._____ am 10. April 2004 in die Türkei zurück, worauf ihr Ehemann sie und den Sohn bei der Einwohnerkontrolle Geroldswil abmeldete, mit dem Hinweis, er habe sich von ihr getrennt. Am 26. Juni 2004 reiste indessen X._____ wieder in die Schweiz ein, ebenso - etwas später - der Sohn. Nach einem ehelichen Streit suchte sie am 13. Juli 2004 ein Heim der Heilsarmee auf. Am 8. Oktober 2004 erliess das Bezirksgericht Zürich Eheschutzmassnahmen. Am 11. Dezember 2007 wurde die Ehe schliesslich geschieden und Y._____ zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an seine Frau von monatlich Fr. 1'400.– für die Dauer von fünf Jahren verpflichtet.
Die Tochter B._____ ist seit dem 12. Dezember 2006 mit dem italienisch-schweizerischen Doppelbürger Z._____ verheiratet. In der Wohnung von Schwiegersohn und Tochter lebt X._____ seit dem 15. Januar 2006.

B.
Mit Verfügung vom 7. April 2005 verweigerte das Migrationsamt des Kantons Zürich X._____ die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Dagegen erhob sie Rekurs an den Regierungsrat des Kantons Zürich, der diesen mit Beschluss vom 30. Januar 2008 abwies.
Auf eine dagegen gerichtete Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich trat dieses mit Urteil vom 11. Juni 2008 nicht ein.

C.
Am 25. August 2008 hat X._____ Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht erhoben. Sie beantragt, den Entscheid des Verwaltungsgerichts aufzuheben und ihr die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Zudem stellt sie Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.
Der Regierungsrat des Kantons Zürich beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Das Verwaltungsgericht verzichtet auf Vernehmlassung. Das Bundesamt für Migration stellt Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

D.
Dem von der Beschwerdeführerin gestellten Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde mit Verfügung des Abteilungspräsidenten vom 1. September 2008 im Sinne der Erwägungen entsprochen.

Erwägungen:

1.
Nach Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auf dem Gebiet des Ausländerrechts ausgeschlossen gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt.
Die Beschwerdeführerin ist türkische Staatsangehörige. Sie lebt bei ihrer Tochter in der Schweiz, welche mit einem italienisch-schweizerischen Doppelbürger verheiratet ist. In Betracht fällt, dass sich die Beschwerdeführerin nach Massgabe von Art. 7 lit. d des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) und Art. 3 des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommen darauf berufen könnte, dass sie als Familienangehörige einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist, das Recht hat bei ihr Wohnung zu nehmen. Wie es sich damit verhält, ist im Folgenden zu prüfen.

2.
Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche auf das Urteil Akrich des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (C-109/01 vom 23. September 2003, Slg. 2003 S. I-9607) zurückgeht, muss sich ein Drittstaatsangehöriger bereits rechtmässig mit einem nicht nur vorübergehenden Aufenthaltstitel in der Schweiz oder einem anderen Vertragsstaat aufgehalten haben, damit aus Art. 3 Anhang I FZA ein Aufenthaltsrecht für seine Angehörigen abgeleitet werden kann (BGE 134 II 10 E. 3; 130 II 1 E. 3.6.4). Der Gerichtshof hat sich allerdings in der Zwischenzeit von seiner Rechtsauffassung in der Sache Akrich distanziert; das Recht auf Familiennachzug hängt nach einem neuen Urteil nicht mehr von einem vorherigen rechtmässigen Aufenthalt

in einem Mitgliedstaat ab (Urteil C-127/08 vom 25. Juli 2008 Metock, Randnr. 58). Inwieweit diese nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens und ausserdem vor dem Hintergrund zwischenzeitlich geänderter gemeinschaftsrechtlicher Parallelnormen (Änderung der Verordnung Nr. 1612/68/EWG vom 15. Oktober 1968 durch die Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 [ABl. L 158 S. 77]) ergangene Praxisänderung für die Auslegung dieses Abkommens einschlägig ist und künftig zu berücksichtigen sein wird
(vgl. Art. 16 Abs. 2 FZA und dazu BGE 130 II 1 E. 3.6.1 S. 10 f.; 113 E. 5.2 S. 119 f.), bedarf vorliegend keiner näheren Betrachtung. Da die Beschwerdeführerin über eine Aufenthaltsbewilligung für den Kanton Zürich verfügte, sich somit rechtmässig in der Schweiz aufhielt und ihr Aufenthalt im Rahmen des Verfahrens über die Verlängerung dieser Bewilligung auch rechtmässig blieb (vgl. Art. 1 Abs. 1 der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV]), kann sie sich - auch nach bisheriger Rechtsprechung - auf die Familiennachzugsbestimmungen des Freizügigkeitsabkommens berufen (BGE 134 II 10 E. 3.1 in fine; Urteil 2A.94/2004 vom 6. August 2004, in Pra 2005 Nr. 15 S. 102, E. 2).
Dass der Schwiegersohn der Beschwerdeführerin nebst der italienischen auch über die schweizerische Staatsangehörigkeit verfügt, ändert nichts an der Anwendbarkeit der Familiennachzugsbestimmungen des Freizügigkeitsabkommens. Die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaates ist ausreichend. Es ist nicht Sache der Vertragsstaaten, die Wirkungen der Verleihung der Staatsangehörigkeit durch einen anderen Staat zu beschränken, indem ein zusätzliches Erfordernis (Fehlen der Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaates) eingeführt wird (in anderem Zusammenhang Urteil des EuGH C-148/02 vom 2. Oktober 2003 i.S. Garcia Avello, Slg. 2003 S. I-11613, Randnr. 28); ein die Geltung des Abkommens ausschliessender rein landesinterner Sachverhalt (vgl. BGE 129 II 249 E. 4.2) liegt jedenfalls nicht vor.

3.

3.1. Zu den Familienangehörigen, die nach Art. 3 Anhang I FZA das Recht haben, bei einer Person Wohnung zu nehmen, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, gehören ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit Verwandte und Verwandte des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird (Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA). Die Eigenschaft eines Familienangehörigen, dem Unterhalt gewährt wird, ergibt sich aus einer tatsächlichen Situation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der erforderliche Unterhalt des Familienangehörigen vom Aufenthaltsberechtigten materiell sichergestellt wird (Urteil des EuGH C-316/85 vom 18. Juni 1987 i.S. Lebon, Slg. 1987 S. 2811, Randnr. 22; Urteil C-200/02 vom 19. Oktober 2004 i.S. Zhu und Chen, Slg. 2004 Seite I-9925, Randnr. 43; Urteil C-1/05 vom 9. Januar 2007 i.S. Jia, Slg. 2007 Seite I-1, Randnr. 35). Es kommt dabei darauf an, ob der nachzuziehende Verwandte in Anbetracht seiner wirtschaftlichen und sozialen Situation in der Lage ist, seine Grundbedürfnisse selbst zu decken, oder ob er auf zusätzliche Mittel angewiesen ist, die vom Aufenthaltsberechtigten aufgebracht werden (Urteil Jia, Randnr. 37). Das ist vorliegend der Fall. Das Verwaltungsgericht trifft
zur Höhe der Unterhaltsleistungen, welche der Beschwerdeführerin durch ihren Schwiegersohn gewährt werden, zwar keine Feststellungen. Doch steht aufgrund der Vorbringen und der Belege, welche die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren beigebracht hat, klarerweise fest, dass sie bei ihrer Tochter und dem Schwiegersohn wohnt, welche ihr Kost und Logis gewähren; zudem liegen Belege für die Bezahlung von Prämien für Krankenkasse sowie Selbstbehalte/Franchisen von Fr. 6'990.– für das Jahr 2006 und von Fr. 4'234.– für das Jahr 2007 vor, welche vom Schwiegersohn getragen worden sind. Es ist denn auch offenkundig, dass der Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 1'400.–, welcher der Beschwerdeführerin gegenüber ihrem geschiedenen Mann zusteht, für die Deckung ihres Existenzbedarfs nicht ausreicht. In Ergänzung (Art. 105 Abs. 2 BGG) des insoweit unvollständig und damit bundesrechtswidrig festgestellten Sachverhalts (BGE 133 IV 293 E. 3.4.2) ist mithin davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin von ihrem in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Schwiegersohn in erheblicher Weise unterstützt wird.

3.2. Der Regierungsrat des Kantons Zürich verneint indessen einen Anspruch auf Familiennachzug mit der Begründung, das Freizügigkeitsabkommen setze eine Unterhaltsgewährung vor dem beanspruchten Familiennachzug im Heimatland des Familienangehörigen voraus. Das Verwaltungsgericht seinerseits verlangt, dass die Unterstützungsbedürftigkeit in dem Zeitpunkt vorliege, in dem beantragt werde, dem Gemeinschaftsangehörigen zu folgen. Die Berufung auf das Urteil des EuGH in der Sache Jia ist indessen nicht schlüssig. In

jenem Fall hat das Gericht zwar festgehalten, der Unterhaltsbedarf des nachzuziehenden Familienangehörigen müsse im Herkunftsland in dem Zeitpunkt bestehen, in welchem beantragt werde, dem Gemeinschaftsangehörigen zu folgen (Urteil Jia, Randnrn. 37 und 43). Doch sind diese Ausführungen vor dem Hintergrund des konkreten Falles zu sehen, der dadurch gekennzeichnet war, dass sich das nachzuziehende Familienmitglied vor Geltendmachung des Nachzugsanspruchs im Heimatstaat aufhielt, wo es vom Gemeinschaftsangehörigen Unterstützung erhielt. Vorliegend lebt die Beschwerdeführerin bereits mehrere Jahre rechtmässig in der Schweiz, weshalb sich Unterhaltsbedarf des Familienangehörigen und Unterstützung durch den aufenthaltsberechtigten Gemeinschaftsangehörigen zwangsläufig nach den aktuellen Verhältnissen in der Schweiz richten. Es widerspräche dem Sinn der Familienzusammenführung, wenn diese durch Ausreise zunächst rückgängig gemacht werden müsste, um den Anspruch auf Familiennachzug zu begründen.

3.3. In zeitlicher Hinsicht hängt die Berücksichtigung der Unterhaltsgewährung vom anwendbaren Verfahrensrecht ab. Das Bundesgerichtsgesetz schreibt den Kantonen vor, dass die richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts oder ein vorgängig zuständiges Gericht den Sachverhalt frei prüft und das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 110 BGG). Daraus folgt, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu erstellen ist, weshalb diesem auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden können (ALFRED KÖLZ/JÜRG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 11 zu § 52; RUTH HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, S. 372; HEINER WOHLFART, Anforderungen der Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 98a OG an die kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze, in: AJP 1995 S. 1431). Das Verwaltungsgericht hätte somit die Tatsache der Unterhaltsgewährung von Bundesrechts wegen berücksichtigen müssen, auch wenn diese nicht schon beim Amt für Migration zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung geltend gemacht wurde, sondern erst im regierungsrätlichen Verfahren.
Steht somit in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Beschwerdeführerin durch ihren Schwiegersohn Unterhalt gewährt wird, verstösst die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung gegen die Regelung von Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA.

4.
Demnach ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gutzuheissen, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich aufzuheben und das Migrationsamt des Kantons Zürich anzuweisen, der Beschwerdeführerin die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.
Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen hat der Kanton Zürich die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 BGG). Damit wird das Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos. Für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens sind die Akten an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 2008 aufgehoben und das Migrationsamt des Kantons Zürich angewiesen, der Beschwerdeführerin die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

2.
Zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens geht die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zurück.

3.
Für das bundesgerichtliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.

4.
Der Kanton Zürich hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu ent-

schädigen.

5.
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung wird als gegenstandslos abgeschrieben.

6.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Sicherheitsdirektion, dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. März 2009

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

Der Präsident: Müller

Der Gerichtsschreiber: Moser