



Urteil vom 6. Dezember 2018

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

A._____,
vertreten durch lic. iur. Werner E. M. Ruffi, Advokat,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verweigerung der Einreise in die Schweiz und der Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug) in Bezug auf **B.**_____, **C.**_____ und **D.**_____.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1975, mazedonischer Staatsangehöriger) heiratete am 1. April 1999 in Mazedonien B._____ (geb. 1981). Bereits vorher, am 21. Januar 1999, kam das gemeinsame C._____ zur Welt. Am 25. Juli 2001 wurde diese Ehe geschieden.

B.

Am 5. September 2001 heiratete der Beschwerdeführer in Mazedonien die Schweizer Bürgerin E._____ und gelangte am 18. November 2001 im Rahmen des Familiennachzuges in die Schweiz. Am 19. September 2005 kam in Mazedonien D._____ (gemeinsames Kind des Beschwerdeführers und der mazedonischen Ex-Ehefrau) zur Welt. Seit Ende 2006 ist der Beschwerdeführer im Besitze einer Niederlassungsbewilligung.

Im Sommer 2008 trennte sich der Beschwerdeführer von seiner Schweizer Ehefrau. Die Ehe, die kinderlos geblieben war, wurde schliesslich am 29. Januar 2010 in Mazedonien geschieden.

Am 22. April 2011 heiratete der Beschwerdeführer in Mazedonien erneut B._____, die in der Folge seinen Familiennamen annahm.

C.

Am 8. Dezember 2011 reichte die Ehefrau des Beschwerdeführers für sich und ihre Kinder ein Gesuch um Familiennachzug ein. Nachdem die zuständige kantonale Migrationsbehörde (Service de la population du canton du Jura, SPOP) den Beschwerdeführer diesbezüglich am 21. August 2012 befragt hatte, erklärte sich die SPOP am 26. September 2012 – unter Vorbehalt der Zustimmung durch das Bundesamt für Migration (BFM; seit 1. Januar 2015 SEM) – gestützt auf Art. 43 AuG bereit, der Ehefrau und den Kindern eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

In der Folge nahm das BFM im Juli 2012 zusätzliche Abklärungen über die Schweizer Vertretungen in Skopje und Pristina vor (in Bezug auf die vorgelegten Zivilstandsurkunden) und informierte den Vertreter der interessierten Beteiligten über die laufenden Instruktionsmassnahmen. Am 24. September 2013 reichte der Vertreter ein Bestätigungsschreiben der Schweizer Ex-Ehefrau vom 15. August 2013 zu den Akten. Danach habe es sich nicht um eine Gefälligkeitsehe gehandelt. Aus biologischen Gründen hätten sie keine Kinder gehabt. Die Trennung sei einvernehmlich und in Freundschaft erfolgt.

D.

Am 8. Oktober 2013 teilte das BFM dem Vertreter die Absicht mit, der Ehefrau und den beiden Kindern die Einreise in die Schweiz und die Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zu verweigern und gewährte ihm dazu das rechtliche Gehör. In der Folge ersuchte der Vertreter mehrmals um Einvernahme des Beschwerdeführers und der Schweizer Ex-Ehefrau, was das BFM mit Hinweis auf die Schriftlichkeit des Verfahrens ablehnte.

Am 1. Dezember 2014 gab das BFM dem Vertreter das Resultat der über die Schweizer Vertretungen vorgenommenen Abklärungen bekannt. Am 2. und 17. Februar 2015 reichte der Vertreter verschiedene Dokumente (über die finanzielle und berufliche Situation des Beschwerdeführers) und ein Bestätigungsschreiben des Beschwerdeführers vom 14. Februar 2015 ein. Dabei betonte Letzterer u.a., dass die Trennung von der Schweizer Ehefrau, die er immer noch liebe, auf deren Wunsch hin erfolgt sei.

E.

Mit Verfügung vom 18. Mai 2015 verweigerte die Vorinstanz der Ehefrau und den beiden Kindern des Beschwerdeführers die Einreise in die Schweiz und die Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzuges. Zur Begründung wurde insbesondere ausgeführt, dass gemäss Art. 51 Abs. 2 AuG Ansprüche auf Familiennachzug nach Art. 43 AuG erlöschen, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – rechtsmissbräuchlich geltend gemacht worden seien („le regroupement familial.....se fonde sur un statut [autorisation d'établissement] qu'il a obtenu en Suisse de manière abusive“).

F.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 18. Juni 2015 beantragt der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung, die Bewilligung der Einreise seiner Ehefrau und der beiden Kinder sowie die Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzuges. Eventualiter sei der Ehefrau und den Kindern zumindest eine Einreisebewilligung für die Schweiz zu erteilen. Zur Begründung wird unter Hinweis auf die von der Schweizer Ex-Ehefrau abgegebenen Erklärungen vom 15. August 2013 und 19. Dezember 2013 im Wesentlichen geltend gemacht, dass es sich bei ihrer ehelichen Beziehung nicht um eine Scheinehe gehandelt habe. Von einer rechtsmissbräuchlichen bzw. erschlichenen Erteilung der Niederlassungsbewilligung könne daher nicht gesprochen werden. So sei auch die Kontrollfrist für die Nie-

derlassungsbewilligung nach der Scheidung von der Schweizer Ex-Ehefrau ohne weiteres verlängert worden. Ferner verfüge der Beschwerdeführer, der in der Schweiz bestens integriert sei, über ein genügendes Einkommen und eine bedarfsgerechte Wohnung, um seine Familienangehörigen aufzunehmen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte der Beschwerdeführer um persönliche Anhörung der Ehefrau und des älteren Kindes durch eine schweizerische Behörde.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 16. Juli 2015 lehnte das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf eine persönliche Anhörung der Ehefrau und des älteren Kindes ab, gab dem Beschwerdeführer jedoch die Möglichkeit, stattdessen entsprechende schriftliche Stellungnahmen einzureichen, wovon er mit Eingabe vom 17. Oktober 2015 Gebrauch machte.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 14. Dezember 2015 beantragt die Vorinstanz unter Hinweis auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung die Abweisung der Beschwerde.

I.

Mit Instruktionsverfügung vom 24. Mai 2018 gab das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer Gelegenheit, den Sachverhalt zu aktualisieren und abschliessende Bemerkungen anzubringen, wovon dieser mit Eingaben vom 25. Juni 2018, 16. August 2018 und 28. September 2018 Gebrauch machte.

J.

Auf den weiteren Akteninhalt (u.a. die zahlreichen Belege zu den Einkünften des Beschwerdeführers) wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht, unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen, Beschwerden gegen

Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Behörden erlassen wurden. Darunter fallen Verfügungen des SEM, welche die Verweigerung der Einreise in die Schweiz und die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung betreffen. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet als Vorinstanz des Bundesgerichts, soweit das Gesetz die Beschwerde an das Bundesgericht nicht ausschliesst Art. 1 Abs. 2 VGG). In Bezug auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung entscheidet es endgültig, soweit weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

1.2 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Ehemann und Vater der um Familiennachzug ersuchenden Ehefrau und Kinder besonders berührt und daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (vgl. Art. 50 und 52 VwVG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 Gemäss Art. 40 AuG sind die Kantone zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen. Vorbehalten ist u.a. die Zuständigkeit des Bundes im Zustimmungsverfahren nach Art. 99 AuG. Nach der letzten Bestimmung legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen (sowie kantonale arbeitsmarktliche Vorentscheide) dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten sind.

3.2 Gestützt auf diese Rechtsgrundlagen wurden Art. 85 f. der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) in der geltenden Fassung in Kraft gesetzt, die im Wesentlichen die Zuständigkeit zur Durchführung des Zustimmungsverfahrens in die Hände des SEM legen und die Bildung von Kategorien, in denen eine Zustimmung erforderlich ist, einer Verordnung des EJPD überlassen. Gestützt darauf erliess das EJPD die Verordnung vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (Zustimmungsverordnung; SR 142.201.1). Dieses Regelungsgefüge, das auf den 1. September 2015 in Kraft gesetzt wurde, gilt entsprechend den Grundsätzen des intertemporalen Verwaltungsverfahrensrechts auch im vorliegenden Fall (Urteil des BGer 2C_739/2016 vom 31.01.2017 E. 4.2.2 und 4.2.3).

3.3 In der vorliegenden Streitsache geht es um die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen gestützt auf Art. 43 AuG (Anspruch auf Familiennachzug zugunsten von Ehegatten und Kindern mit Niederlassungsbewilligungen), wobei in casu ein Anspruch auf Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen auch gestützt auf Artikel 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) geltend gemacht werden kann. In einem solchen Fall ist die Zustimmung des SEM einzuholen (Art. 3 Bst. f Zustimmungsverordnung). Eine Situation, die nach der neuesten Rechtsprechung die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens ausschliessen würde – positiver kantonaler Rechtsmittelentscheid, gegen den dem SEM die Behördenbeschwerde offenstand – liegt in der vorliegenden Streitsache nicht vor (vgl. dazu BGE 141 II 169 E. 4 m.H., Urteil des BVGer F-3045/2016 vom 25.07.2018 E. 3.2.1 – 3.3.5 m.H.).

3.4 Das SEM kann die Zustimmung verweigern oder mit Bedingungen verbinden (Art. 99 AuG, Art. 86 Abs. 1 VZAE). Es kann jedoch nicht über den ihm vorgelegten Entscheid hinausgehen. Das SEM verweigert die Zustimmung zur erstmaligen Bewilligungserteilung und zur Verlängerung, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind oder wenn bei einer Person Widerrufsgründe nach Artikel 62 AuG vorliegen (Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE). Der Entscheid des SEM ergeht rechtsprechungsgemäss ohne Bindung an die Beurteilung durch die kantonale Behörde.

4.

Nach Artikel 43 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten und ledige Kin-

der unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 43 Abs. 2 AuG).

Die Ansprüche nach Artikel 43 erlöschen, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um Vorschriften dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen (Art. 51 Abs. 2 Bst. a AuG), oder wenn Widerrufsründe nach Artikel 62 vorliegen (Art. 51 Abs. 2 Bst. b AuG).

Der Anspruch auf Familiennachzug muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 AuG).

5.

Die zeitlichen Voraussetzungen zur Geltendmachung des Anspruchs auf Familiennachzug gemäss Art. 47 Abs. 1 AuG sind vorliegend erfüllt (Einreichung des Gesuchs nur wenige Monate nach der Heirat des Beschwerdeführers mit Melije Alimi und innerhalb der zwölfmonatigen Frist in Bezug auf das ältere Kind). In materieller Hinsicht strittig ist, ob der Anspruch auf Familiennachzug rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wurde und daher erloschen ist.

5.1 Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer vor, seinen Aufenthalt und somit die Niederlassungsbewilligung in der Schweiz rechtsmissbräuchlich erlangt zu haben, weil es sich bei der ehelichen Beziehung mit der Schweizerin Elisabeth Peter um eine Gefälligkeits- bzw. Scheinehe gehandelt habe. Da sich der Anspruch auf Familiennachzug auf diese Niederlassungsbewilligung beziehe, sei die Geltendmachung dieses Anspruchs selbst rechtsmissbräuchlich.

5.2 Aufgrund des chronologischen Ablaufs der Ereignisse (Heirat des Beschwerdeführers mit B. _____ 1999 nach der Geburt des ersten gemeinsamen Kindes, Scheidung und anschliessende Heirat mit E. _____ 2001, Zeugung des zweiten Kindes mit B. _____ während der Ehe mit E. _____, Erteilung der Niederlassungsbewilligung Ende 2006, Trennung von der Schweizer Bürgerin im Sommer 2008 und anschliessende Scheidung anfangs 2010, erneute Heirat von B. _____ 2011) ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die Ehe des Beschwerdeführers mit

E._____ lediglich der Sicherung seines Aufenthaltes in der Schweiz gedient habe, und um nach der erneuten Heirat von B._____ seine Familienangehörigen nachkommen zu lassen, tatsächlich nicht abwegig. Dagegen spricht jedoch, dass die Ehe mit der Schweizerin mehr als acht Jahre gedauert hat und die Trennung bzw. Scheidung mehr als eineinhalb bzw. über zwei Jahre nach der Erteilung der Niederlassungsbewilligung erfolgt ist. E._____ bestätigt denn auch (vgl. die von ihr schriftlich verfassten Erklärungen vom 15. August 2013 und 19. Dezember 2013), dass die Heirat aus Liebe erfolgt sei, sie über sieben Jahre glücklich zusammengelebt hätten und der Beschwerdeführer im gegenseitigen Einvernehmen im Sommer 2008 aus der gemeinsamen Wohnung gezogen sei. Im Übrigen war den schweizerischen Behörden der oben erwähnte Ablauf der Ereignisse spätestens zum Zeitpunkt der Einreichung des Familiennachzugsge-suches (Ende 2011) bekannt. Ein Verfahren auf Widerruf der Niederlassungsbewilligung wurde aber gegen den Beschwerdeführer nie eingeleitet. Zumindest bis Ende 2016 wäre dies in Bezug auf den Tatbestand von Art. 63 Abs. 1 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a AuG (falsche Angaben oder das Verschweigen wesentlicher Tatsachen im Bewilligungsverfahren) noch möglich gewesen.

5.3 Selbst wenn man von einer damals zu Unrecht erteilten Niederlassungsbewilligung ausgeht und die zuständige Behörde lediglich auf den Widerruf der Niederlassungsbewilligung bzw. auf die Einleitung eines entsprechenden Verfahrens verzichtete, weil es den Widerruf beispielsweise wegen des langjährigen Aufenthalts des Beschwerdeführers als unverhältnismässig erachtete, ist der von einer solchen Bewilligung abgeleitete Anspruch auf Nachzug der Familienangehörigen für sich allein nicht rechtsmissbräuchlich. Denn es leuchtet nicht ein, unbescholtenen Familienangehörigen zu verwehren, bei einem Angehörigen mit nicht tadellosem Verhalten zu leben, dessen Bewilligung aber fortbesteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_847/2009 vom 21. Juli 2010 E. 3.1 f.). Zwar sieht Art. 51 Abs. 2 Bst. b AuG vor, dass der Anspruch nach Art. 43 AuG erlischt, wenn Widerrufsgünde nach Art. 62 AuG vorliegen. Diese müssen jedoch entgegen der Auffassung der Vorinstanz bei derjenigen Person gegeben sein, welche einen Anspruch auf Bewilligung geltend macht, d.h. vorliegend bei den nachzuziehenden Familienangehörigen (Ehefrau und Kinder). Dass bei den Familienangehörigen Widerrufsgünde oder sonst ein rechtsmissbräuchliches Verhalten gegeben wären, wird nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus den Akten.

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ehefrau und die beiden Kinder des Beschwerdeführers sowohl nach Art. 43 Abs. 1 AuG als auch gestützt auf Art. 8 Abs. 1 EMRK Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung haben. Daran ändert auch nichts, dass das ältere Kind inzwischen volljährig geworden ist, zumal es diesbezüglich – auch in Bezug auf den aus Art. 8 Abs. 1 EMRK abgeleiteten Anspruch – auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches ankommt (vgl. Urteil des BVGer F-3045/2016 vom 26. Juli 2018 E. 4.3 ff.). Dass der Beschwerdeführer ferner über genügendes Einkommen und eine bedarfsgerechte Wohnung für seine Familie verfügt, wurde von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt und gilt aufgrund der am 25. Juni 2018, 16. August 2018 und 28. September 2018 nachgereichten Belege (monatliche Lohnabrechnungen bezüglich seiner Anstellung als Bäcker, Aufstellung der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit in seinem Coiffeursalons in Basel) auch heute noch.

6.

Somit erweist sich die vorinstanzliche Verfügung als bundesrechtswidrig (Art. 49 VwVG). Sie ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, und der Erteilung der Aufenthaltsbewilligungen durch den Kanton Jura zugunsten der Ehefrau und der beiden Kinder des Beschwerdeführers (Familiennachzug) ist zuzustimmen. Dementsprechend ist ihnen die Einreise in die Schweiz zu bewilligen.

7.

Für dieses Verfahren sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG) und der geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Dem Beschwerdeführer ist zulasten der Vorinstanz für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Diese ist unter Berücksichtigung des aktenkundigen Aufwands und in Anwendung von Art. 7 ff des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 3'000.- festzusetzen. In diesem Betrag ist der Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE eingeschlossen.

Dispositiv Seite 10

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung vom 18. Mai 2015 wird aufgehoben.

2.

Der Erteilung der Aufenthaltsbewilligungen durch den Kanton Jura zugunsten der Ehefrau und der beiden Kinder des Beschwerdeführers (Familiennachzug) wird zugestimmt. Entsprechend wird ihnen die Einreise in die Schweiz bewilligt.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 11. August 2015 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (gegen Empfangsbestätigung; Akten Ref-Nr. [...] + [...] + [...] zurück)
- Service de la population du canton du Jura

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Rudolf Grun

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: