



Fall-Nr.: B 2012/80
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 15.10.2012
Entscheiddatum: 15.10.2012

Urteil Verwaltungsgericht, 15.10.2012

Ausländerrecht, Familiennachzug, Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA (SR 0.142.112.681). Insbesondere aufgrund der rechtlichen Vorkehrungen (Anerkennung unehelicher 13, 14 und 17 Jahre alter Kinder und Übertragung des Sorgerechts) erweist sich das Gesuch um Familiennachzug der Kinder als rechtsmissbräuchlich. Von einer tatsächlich gelebten familiären Beziehung ist nicht auszugehen (Verwaltungsgericht, B 2012/80). Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde mit Urteil vom 13. Mai 2013 gutgeheissen (Verfahren 2C_1144/2012).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder,
Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiberin lic. iur.
R. Haltinner-Schillig

In Sachen

X. Y.,

Beschwerdeführer 1,

und

Z., W. und V. Y., Türkei,

Beschwerdeführer 2 - 4,



St.Galler Gerichte

alle vertreten durch Rechtsanwältin A. B.

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Moosbruggstrasse 11,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

betreffend

Familiennachzug von Z., W. und V. Y.

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ X. Y., geboren am 5. Mai 1973, türkischer Staatsangehöriger, heiratete am 29. Juni 2001 in C. die Schweizer Staatsangehörige U. T. Im Rahmen des Familiennachzugs zu seiner Schweizer Ehefrau wurde ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt.

Am 6. Juli 2006 verlängerte das Ausländeramt (heute: Migrationsamt) die Aufenthaltsbewilligung von X. Y. nicht mehr und lehnte es ab, ihm die Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Er wurde aufgefordert, den Kanton St. Gallen bis spätestens 15. September 2006 zu verlassen. Zur Begründung wurde ausgeführt, X. Y. berufe sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf seine Ehe mit U. T. Das Justiz- und Polizeidepartement (heute: Sicherheits- und Justizdepartement) trat am 12. September 2006 auf einen Rekurs X. Y.s gegen diese Anordnungen nicht ein. Am 8. November 2006 verfügte das Bundesamt für Migration (BFM) die Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf die ganze Schweiz sowie auf das Fürstentum Liechtenstein. Ein Gesuch X. Y.s um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der gegen diese



St.Galler Gerichte

Verfügung erhobenen Beschwerde wies das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement am 18. Dezember 2006 ab.

B./ Am 18. Dezember 2006 beantragte X. Y. beim Migrationsamt des Kantons Zürich, es sei ihm eine Aufenthaltsbewilligung von sechs Monaten zwecks Vorbereitung der Heirat mit einer im Kanton Zürich niedergelassenen Frau zu erteilen und der Aufenthalt sei ihm vorsorglich bis zum Entscheid zu erlauben. Das Migrationsamt des Kantons Zürich lehnte es am 16. Februar 2007 ab, diesen Begehren zu entsprechen. Am 18. April 2007 hielt der Regierungsrat des Kantons Zürich fest, eine Beschwerde X. Y.s betreffend Rechtsverweigerung sei unbegründet und er trat auf einen Rekurs betreffend Aufenthalt im Kanton Zürich nicht ein.

C./ Am 2. März 2007 wurde die Ehe von U. T. und X. Y. geschieden und am 11. April 2007 heiratete X. Y. in Zürich die hier niedergelassene portugiesische Staatsangehörige R. Y., geboren am 19. Dezember 1963. In der Folge reichte diese beim Ausländeramt des Kantons St. Gallen ein Gesuch um Familiennachzug ihres Ehemannes ein. Nachdem X. Y. beim Justiz- und Polizeidepartement gegen das Ausländeramt eine Rechtsverweigerungsbeschwerde anhängig gemacht hatte, wurde ihm am 17. August 2007 eine provisorische Aufenthaltsbewilligung für die Dauer des Gesuchsverfahrens erteilt. Am 24. August 2007 erteilte das Ausländeramt X. Y. im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA.

D./ Am 29. November 2010 stellten X. und R. Y., vertreten durch Rechtsanwältin A. B., das Gesuch um Familiennachzug der in der Türkei lebenden unehelichen Kinder X. Y.s, Z., geboren am 10. Dezember 1993, W., geboren am 23. Januar 1996 und V., geboren am 4. Mai 1997. Am 23. September 2011 wies das Migrationsamt das Gesuch mit der Begründung ab, es erweise sich als rechtsmissbräuchlich.

E./ Am 10. Oktober 2011 erhoben X. Y. sowie Z., W. und V. Y., wiederum vertreten durch Rechtsanwältin A. B., gegen die Verfügung des Migrationsamtes vom 23. September 2011 Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement. Sie stellten die Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei den Rekurrenten eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Vater und bei der Stiefmutter zu erteilen. Am 20. März 2012 wies das Sicherheits- und Justizdepartement



den Rekurs mit der Begründung ab, es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse, dass ein rechtsmissbräuchliches Familiennachzugsgesuch nicht zu Aufenthaltsberechtigungen in der Schweiz führe.

F./ Am 18. April 2012 erhoben X. Y. sowie Z., W. und V. Y., wiederum vertreten durch Rechtsanwältin A. B., gegen den Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements vom 20. März 2012 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie stellten die Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid und die Verfügung des Migrationsamtes vom 23. September 2011 seien aufzuheben und es sei den Beschwerdeführern eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Vater und bei der Stiefmutter zu erteilen. Am 30. April 2012 stellte das Sicherheits- und Justizdepartement den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen. Auf eine Stellungnahme wurde verzichtet.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. (...).

2. Nach Art. 7 lit. d des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681, abgekürzt FZA) regeln die Vertragsstaaten das Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen der Staatsangehörigen der Vertragsstaaten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit. Der Beschwerdeführer 1, dessen Ehefrau portugiesische Staatsangehörige ist, hat demzufolge nur ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, das das Schicksal der originären Bewilligung teilt (M. Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Kommentar zum Migrationsrecht, 3. Aufl., Zürich 2012, N 17 in Nr. 22 Art. 3 Anhang I FZA).

Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA bestimmen, dass die Familienangehörigen einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens ist, das Recht haben, bei ihr Wohnung zu nehmen. Als Familienangehörige gelten ungeachtet der Staatsangehörigkeit der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird (Art. 3 Abs. 2 lit. a FZA).



2.1. Mit Urteil vom 5. Januar 2010 (2C_269/2009, BGE 136 II 65 ff.) entschied das Bundesgericht, das Nachzugsrecht erstrecke sich auch auf Stiefkinder mit Drittstaatenangehörigkeit. Sodann hängt das Recht auf Familiennachzug in Anwendung des FZA nicht mehr von einem vorherigen rechtmässigen Aufenthalt in einem Signatarstaat des FZA ab (BGE 136 II 183 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 136 II 11 E. 3).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Familiennachzug nach Freizügigkeitsrecht aber nicht vorbehaltlos zulässig. Auch die staatsvertragliche Regelung will die Führung des Familienlebens in der Schweiz ermöglichen und absichern (BGE 130 II 134 E. 9.5, Pra 12/2004 980 ff.). Familienrechtliche Scheinbeziehungen sind ausgeschlossen, und es wird verlangt, dass bereits vor der Familienvereinigung ein (soziales) Familienleben tatsächlich bestanden hat, wobei die Familienangehörigen freilich nicht zusammengewohnt, wohl aber ihre Beziehung mit minimaler Intensität gelebt haben müssen. Sodann ist erforderlich, dass der EU-Angehörige, um dessen Personenfreizügigkeit es letztlich geht, mit dem Nachzug der Stiefkinder einverstanden ist, da dieser sonst gar nicht der Gewährleistung der Freizügigkeit dient. Bei Minderjährigen hat der nachziehende Ehegatte des EU-Bürgers sodann die zivilrechtliche Verantwortung für das Kind zu tragen. Weiter muss eine Wohnung vorhanden zu sein, die den für Inländer geltenden normalen Anforderungen entspricht. Zu beachten ist weiter der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gemäss Art. 5 Anhang I FZA sowie das Kindeswohl (BGE 136 II 186 E. 3.2.3, 136 II 76 E. 5.2).

Vorbehalten bleibt auch das Rechtsmissbrauchsverbot, wie es in Art. 35 der Richtlinie 2004/38/EG vorbehalten wird. Danach können die Mitgliedstaaten die Massnahmen erlassen, die notwendig sind, um die durch die Richtlinie verliehenen Rechte im Fall von Rechtsmissbrauch oder Betrug - wie z.B. durch Eingehung von Scheinehen - zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen, soweit diese Vorkehrungen verhältnismässig sind und die Verfahrensgarantien gewahrt bleiben (BGE 136 II 186 E. 3.2.3 mit Hinweis auf BGE 136 II 76 E. 5.2 und BGE 130 II 113 E. 9 und 10). Das Rechtsmissbrauchsverbot, das auch für Private gilt, ist Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben. Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses



Rechtsinstitut nicht schützen will (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 715 ff. mit Hinweisen).

2.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, die Weisungen des BFM, II. Freizügigkeitsabkommen, Weisungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs, Version 01.05.11, Ziff. 10.7 (abrufbar unter www.bfm.admin.ch), auf die im angefochtenen Entscheid Bezug genommen werde, würden das im FZA vorgesehene grosszügige Nachzugsrecht für Kinder bis zum 21. Altersjahr untergraben, weshalb sie als Entscheidungsgrundlage nicht herangezogen werden dürfen.

Nach den genannten Weisungen können folgende Umstände für sich allein oder zusammen mit anderen Gegebenheiten auf rechtsmissbräuchliche Gesuche hindeuten: Gesuche für volljährige oder kurz vor der Volljährigkeit stehende Kinder aus erster Ehe, wenn der aus einem Drittstaat stammende und in der Schweiz lebende Elternteil kurz nach der Einbürgerung ohne triftige familiäre Gründe den Familiennachzug beantragt; Gesuche für Kinder, die erst nach Abschluss der obligatorischen Schulausbildung im Heimatland gestellt werden, obschon rechtlich ein Gesuch schon zu einem früheren Zeitpunkt möglich gewesen wäre und aufgrund der Umstände davon auszugehen ist, dass das Gesuch in erster Linie dazu dient, dem Kind bessere Berufs- und Lebenschancen in der Schweiz zu ermöglichen; Gesuche für Kinder, zu denen die gesuchstellende Person aufgrund langjähriger Trennung keine näheren Beziehungen mehr hat und die durch das Gesuch offensichtlich aus ihrer vertrauten Umgebung herausgerissen werden.

Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführer trifft es nicht zu, dass nach den genannten Weisungen davon auszugehen ist, Gesuche um Familiennachzug von Kindern nach FZA, die nicht sofort gestellt würden, seien in jedem Fall als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Vielmehr ist es so, dass in den Weisungen von Umständen die Rede ist, die auf rechtsmissbräuchliche Gesuche hindeuten können. Damit wird das Familiennachzugsrecht nach FZA nicht untergraben, zumal auch die staatsvertragliche Regelung die Führung des Familienlebens in der Schweiz ermöglichen bzw. klarstellen will, dass im Fall von familienrechtlichen Scheinbeziehungen kein Anspruch auf Familiennachzug besteht.



2.3. Die Beschwerdeführer berufen sich darauf, die Vorinstanz verkenne, dass es gemäss FZA keiner wichtigen Gründe für einen späten Familiennachzug bedürfe. Im Gegensatz zum innerstaatlichen Recht sei keine Nachzugsfrist vorgesehen. Nirgendwo werde festgehalten, dass Kinder schnellstmöglich oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums in die Schweiz nachgezogen werden müssten. Daher könne dem Beschwerdeführer 1 nicht vorgeworfen werden, er verhalte sich rechtsmissbräuchlich, weil er seine Kinder erst viele Jahre nach seiner Einreise in die Schweiz nachziehen möchte. Auch könne ihm nicht vorgeworfen werden, er verhalte sich rechtsmissbräuchlich, weil er die Kinder im Hinblick auf den Nachzug in die Schweiz erst im Jahr 2010 formellrechtlich anerkannt und sich das Sorgerecht habe übertragen lassen. Vielmehr sei dieses Vorgehen Ausdruck seines Wunsches und des Wunsches der Kinder, in der Schweiz zusammen leben zu können. Zuvor habe keine Veranlassung bestanden, die Kinder anzuerkennen und sich das Sorgerecht übertragen zu lassen, weil er seine Vaterrechte und -pflichten auch ohne rechtliche Verpflichtung wahrgenommen habe.

Die Beschwerdeführer berufen sich mit Recht darauf, im Gegensatz zum innerstaatlichen Recht (Art. 47 des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20) seien nach Freizügigkeitsrecht für die Geltendmachung des Anspruchs auf Nachzug von Familienangehörigen in absteigender Linie keine Fristen zu beachten. Dennoch ist nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass sich ein Gesuch um Nachzug von Kindern unter diesem Gesichtspunkt als rechtsmissbräuchlich erweisen kann (VerwGE B 2009/138 vom 18. März 2010 i.S. K. und R. M; vgl. auch die genannten Weisungen des BFM). Wie die Vorinstanz ausführt, stellt sich die Frage, ob das Gesuch nicht zur Herstellung der Familiengemeinschaft, sondern in rechtsmissbräuchlicher Weise nur zur Erwirkung eines Aufenthaltsrechts in der Schweiz gestellt wird, umso eher, je länger ohne sachlichen Grund mit dem Nachzug zugewartet wird. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer 1 die Beschwerdeführer 2-4 erst im Jahr 2010 formell anerkannte und sich das Sorgerecht übertragen liess, zu einem Zeitpunkt, als die Kinder rund 17, 14 und 13 Jahre alt waren. Der Beschwerdeführer führt einerseits aus, es handle sich um Kinder aus einer früheren Ehe (Ziff. 2 Satz 1 der Beschwerdeschrift), andererseits macht er geltend, es handle sich um uneheliche Kinder bzw. er sei (in der Türkei) nie verheiratet gewesen, weil "dies nicht notwendig erschien" (Ziff. 2 Satz 3 der Beschwerdeschrift vom 18. April 2012, Ziff. 2 der



Rekursschrift vom 10. Oktober 2011). In Betracht fällt weiter, dass sich aus den umfangreichen Akten bezüglich des Beschwerdeführers 1 bis zum 29. November 2010, als er zusammen mit seiner Ehefrau das Familiennachzugsgesuch stellte, soweit ersichtlich keine Anhaltspunkte ergeben, wonach er Kinder haben könnte. Im Jahr 2003 wurde dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung "zum Verbleib bei der Ehefrau" erteilt (act. 71 Vorakten Beschwerdeführer). Es gibt aber keine Hinweise darauf, und es wird auch nicht geltend gemacht, er habe sich in der Folge darum bemüht, die Vaterschaft der Beschwerdeführer 2-4 anzuerkennen und sich die elterliche Sorge übertragen zu lassen, um die Kinder in die Schweiz nachziehen zu können. Aktenkundig ist sodann, dass der Beschwerdeführer 1 am 23. Dezember 2005 wegen des Verdachts auf Scheinehe polizeilich befragt worden ist (act.123 -132 Vorakten Beschwerdeführer). Damals gab er zu Protokoll, er habe vier Brüder und vier Schwestern und seine Mutter lebe in der Türkei. Von eigenen Kindern war keine Rede, obschon diese gemäss Stellungnahme zuhanden des Migrationsamtes vom 4. Mai 2011 in dieser Zeit bei einem Bruder des Beschwerdeführers 1 in der Türkei gelebt haben sollen, nachdem vorerst behauptet worden war, sie seien damals bei der Kindesmutter aufgewachsen (act. 674 Vorakten Beschwerdeführer). Auch wurde im Gesuch um Familiennachzug vom 29. November 2010 vorerst ausgeführt, die nachzuziehenden Kinder würden seit zwei Jahren bei der Mutter des Beschwerdeführers 1 (der Grossmutter) leben (act. 544 Vorakten Beschwerdeführer), wogegen dies gemäss Stellungnahme vom 4. Mai 2011 seit dem 24. Juli 2006 der Fall ist (act. 674 Vorakten Beschwerdeführer). Auch nachdem dem Beschwerdeführer 1 nach seiner neuerlichen Eheschliessung vom 11. April 2007 am 24. August 2007 eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA im Rahmen des Familiennachzugs zu seiner Ehefrau erteilt worden war, hat er darauf verzichtet, die Vaterschaft der Beschwerdeführer 2-4 anzuerkennen. Es wird zwar geltend gemacht, der Beschwerdeführer 1 besuche die Beschwerdeführer 2-4 regelmässig in der Türkei und gemäss "in den Akten befindlichen Nachweisen" komme er seit seiner Einreise in die Schweiz für deren Lebensunterhalt auf. Die Beschwerdeführer verzichten aber darauf, diese Behauptungen näher zu begründen und, soweit ersichtlich, ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte, die auf regelmässige familiäre Besuche in der Türkei und auf Zahlungsüberweisungen schliessen lassen könnten. Aktenkundig ist demgegenüber, dass der Beschwerdeführer 1 die Vaterschaft der Beschwerdeführer 2-4 erst im Februar



2010 im Hinblick auf den Familiennachzug formell anerkannt hat (vgl. Ziff. 2 der Rekurseingabe vom 10. Oktober 2011, act. 530-531), weil dazu aus seiner Sicht vorher keine Veranlassung bestanden hatte. Die Übertragung des Sorgerechts von der Kindesmutter auf den Beschwerdeführer fand gemäss übersetzter Urkunde am 24. Juni 2010 statt (act. 604-605 Vorakten Beschwerdeführer), worauf das Familiennachzugsgesuch am 29. November 2010 anhängig gemacht wurde. Die gesamten Umstände lassen nicht darauf schliessen, dass zwischen dem Beschwerdeführer 1 und den Beschwerdeführern 2-4 eine tatsächlich gelebte familiäre Beziehung besteht und dass der Beschwerdeführer 1 zusammen mit seiner Ehefrau ein Familiennachzugsgesuch gestellt hat, um mit den Beschwerdeführern 2-4 nach Jahren der selbst herbeigeführten Trennung und erst vor kurzem erfolgten Anerkennung der Vaterschaft in der Schweiz ein (intensiveres) Familienleben führen zu können. Es erscheint nicht glaubhaft, dass es dem Beschwerdeführer 1 erst jetzt ein familiär begründetes echtes Anliegen sein soll, mit den Beschwerdeführern 2-4 in der Schweiz zusammenzuleben, obschon sich deren Betreuungssituation offenbar bereits im Jahr 2006 verändert hatte und er zudem seit August 2007 die Möglichkeit gehabt hätte, gestützt auf das FZA ein Gesuch um Familiennachzug zu stellen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Nachzug der Beschwerdeführer 2-4 dazu dienen soll, ihnen in der Schweiz zu besseren Berufs- und Lebenschancen zu verhelfen. Hinzu kommt, dass offen ist, ob die Ehefrau des Beschwerdeführers 1, die am Rekurs- und demzufolge am Beschwerdeverfahren nicht teilgenommen hat, mit dem Nachzug der Beschwerdeführer 2-4 nach wie vor einverstanden ist. Bei den Akten liegt einzig eine undatierte Erklärung von R. Y., die im Rahmen des Gesuchsverfahrens eingereicht worden ist (act. 603 Vorakten Beschwerdeführer). An der Beurteilung, wonach ein rechtsmissbräuchliches Familiennachzugsgesuch zur Diskussion steht, ändert nichts, dass sich die Beschwerdeführer auf BGer 2C_606/2009 vom 17. März 2010 E. 2.4.1 berufen, wonach es zufolge der detaillierten Fassung der Missbrauchssituationen im AuG naheliegend ist, das Rechtsmissbrauchsverbot heute wieder stärker auf seinen Kernbereich zu beschränken, d.h. auf eigentliche Machenschaften, um die Behörden zu täuschen bzw. eine Bewilligung zu erschleichen. Auch wenn für den Familiennachzug von Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind, nach den Vorgaben des FZA keine Fristen einzuhalten sind, ist im vorliegenden Fall aufgrund der konkreten Umstände, nicht zuletzt aufgrund der rechtlichen Vorkehrungen, die der



Beschwerdeführer 1 im Hinblick auf ein Gesuch um Familiennachzug getroffen hat, anzunehmen, das Verfahren betreffend Familiennachzug sei in rechtsmissbräuchlicher Weise im Hinblick darauf eingeleitet worden, den Beschwerdeführern 2-4 ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu verschaffen.

3. (...).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- bezahlen die Beschwerdeführer unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführer (durch Rechtsanwältin A. B.)



- die Vorinstanz

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.