



Fall-Nr.: B 2012/98
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 04.04.2013
Entscheiddatum: 04.04.2013

Urteil Verwaltungsgericht, 04.04.2013

Ausländerrecht Art. 62 Ingress und lit. e AuG. Der 1953 geborene Beschwerdeführer ist Niederländer. Er lebt seit 1977 in der Schweiz und ist Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens. Am 26. November 2010 heiratete er in den Niederlanden eine brasilianische Staatsangehörige, welche seit Ende Dezember 2010 mit ihm zusammen in seinem Einfamilienhaus lebt. Zwar musste der Beschwerdeführer mehrfach betrieben werden, jedoch beanspruchte er bis anhin keine finanzielle Sozialhilfe. Die Ehefrau weist konkrete Beschäftigungsmöglichkeiten nach. Unter diesen Umständen ist der Anspruch auf Familiennachzug nicht erloschen. Ob die Regeln des Freizügigkeitsabkommens strenger wären, kann deshalb offen bleiben (Verwaltungsgericht, B 2012/98).

Urteil vom 4. April 2013

Anwesend: Präsident lic. iur. B. Eugster; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. Th. Scherrer

In Sachen

X.Y.,

Beschwerdeführer,

gegen



St.Galler Gerichte

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

betreffend

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA im Familiennachzug

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ X.Y. (geb. ... 1953) stammt aus den Niederlanden und hält sich nach seinen eigenen Angaben seit 1977 - zunächst zu Studienzwecken - in der Schweiz auf. Er ist Inhaber des seit März 1992 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "X." und verfügt seit April 1992 über eine Niederlassungsbewilligung EG/EFTA. Am 26. November 2010 heiratete er in den Niederlanden die brasilianische Staatsbürgerin J.O. (geb. ... 1962), die am 30. Dezember 2010 in die Schweiz einreiste und seither mit ihm in seinem Einfamilienhaus in A. in der Politischen Gemeinde G. lebt. Das kantonale Migrationsamt lehnte es am 7. Oktober 2011 ab, ihr eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

B./ Das Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen (nachfolgend Vorinstanz) wies den gegen die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung am 23. Oktober 2011 erhobenen Rekurs am 25. April 2012 ab. Es erwog im Wesentlichen, X.Y. habe zwar keine Sozialhilfe bezogen, verfüge aber weder über steuerbares Einkommen noch Vermögen, sei mit Betreibungen in der Höhe von über 700'000 Franken verzeichnet und weise nicht nach, dass er tatsächlich einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe. Er sei als Person zu betrachten, die keine Erwerbstätigkeit ausübe und müsse deshalb dartun, dass er über ausreichende finanzielle Mittel für sich und seine Ehefrau verfüge. Für sich selbst weise er keine Einkünfte nach. Die zahlreichen von Personen in der Region Zürich der Ehefrau erteilten Zusicherungen für Aufträge als Haushalthilfe im Umfang von monatlich rund 120 Stunden seien formularmässig eingeholt worden. Die Umsetzung der Tätigkeiten erscheine angesichts der langen Arbeitswege als höchst fraglich, und der damit erwirtschaftete Betrag von rund Fr. 3'000.- liege unter dem sozialhilferechtlichen Existenzminimum des Ehepaars.



Ohne das Einkommen der Ehefrau verbleibe bei einem Bedarf von Fr. 3'700.-, darin enthalten Wohnkosten von Fr. 882.-, und einem angenommenen Einkommen aus der selbständigen Tätigkeit von X.Y. von Fr. 2'337.- ein Fehlbetrag von Fr. 1'360.- und damit die konkrete Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit. Da X.Y. seinen wirtschaftlichen Verpflichtungen nicht nachzukommen vermöge, könne bei der noch grösseren finanziellen Belastung durch den Nachzug auch nicht mehr mit einem Schuldenabbau gerechnet werden. Dass die Anwesenheit der Ehefrau aus gesundheitlichen Gründen erforderlich sei, sei eine Annahme. Seine psychischen Probleme beständen seit längerer Zeit und schienen mit seinen wirtschaftlichen Problemen zusammenzuhängen. Inwiefern die Härtefallkriterien in der Person der Ehefrau erfüllt seien, werde nicht dargelegt.

C. Gegen den Rekursentscheid vom 25. April 2012 erhob X.Y. (nachfolgend Beschwerdeführer) durch seinen damaligen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 9. Mai 2012 und Ergänzung vom 31. Mai 2012 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Er beantragt, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, eventualiter unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und –verbeiständung, sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Migrationsamt anzuweisen, die Familiennachzugsbewilligung für seine Ehefrau zu erteilen.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 21. Juni 2012, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Der seit 28. Juni 2012 nicht mehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführer reichte zusammen mit zusätzlichen Eingaben vom 8. und 9. Juli 2012 weitere Beweismittel, darunter 14 von ihm ausgestellte Arbeitsrapporte aus der Zeit zwischen 3. April und 6. Juli 2012 mit einem Rechnungsbetrag ohne Mehrwertsteuer über insgesamt Fr. 4'695.- ein. Der Präsident des Verwaltungsgerichts wies das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung am 16. Juli 2012 mangels – nachgewiesener – Bedürftigkeit ab. Daraufhin wandte sich der Beschwerdeführer mit weiteren Eingaben vom 18. und 30. September 2012 an das Gericht und leistete einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-. Die zusätzlichen Unterlagen wurden der Vorinstanz am 27. Februar 2013 zur Kenntnis gebracht.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.



Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Da Anfechtungsobjekt gemäss dieser Bestimmung der Rekursentscheid des Departements ist, kann auf den Antrag, es sei die – ihm zugrunde liegende – Verfügung des kantonalen Migrationsamtes aufzuheben, nicht eingetreten werden. Entsprechend dem Devolutiveffekt des Rekurses gilt die Verfügung als mit angefochten. Im Übrigen sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt. Der Beschwerdeführer ist Adressat des angefochtenen Entscheides und kann seinen eigenen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für seine Ehefrau im Rahmen des Familiennachzugs geltend machen (vgl. BGer 2C_685/2010 vom 30. Mai 2011 E. 1.3). Er ist dementsprechend zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert. Die Beschwerdeeingabe vom 9. Mai 2012 wurde rechtzeitig eingereicht und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 31. Mai 2012 in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und Abs. 2 VRP). Auf die Beschwerde ist – mit dem genannten Vorbehalt - einzutreten.

Da das Verwaltungsgericht entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Ausländerrecht auf den Sachverhalt im Zeitpunkt seines Entscheides abzustellen hat (vgl. BGE 128 II 149), sind die im Beschwerdeverfahren neu belegten Tatsachen, namentlich die Einkünfte des Beschwerdeführers aus der selbständigen Erwerbstätigkeit im Jahr 2008 gemäss Veranlagungsberechnung vom 7. Juli 2010 (act. 8/1) und die im Jahr 2012 ausgestellten Arbeitsrapporte samt Rechnungen (act. 17/11) zu berücksichtigen, selbst wenn es sich dabei – teilweise - um "echte", d.h. nach dem Rekursentscheid vom 25. April 2012 eingetretene Noven handelt.

2. Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger der Niederlande, die Mitglied der Europäischen Gemeinschaft (nachfolgend EG) sind, und in der Schweiz seit über 15 Jahren niederlassungsberechtigt und erwerbstätig. Sein Anwesenheitsrecht ist deshalb trotz seiner beengten wirtschaftlichen Verhältnisse (vgl. Art. 63 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer; Ausländergesetz; SR 142.20, abgekürzt AuG) und selbst unter der vorinstanzlichen Annahme, er sei als Person ohne Erwerbstätigkeit zu behandeln (vgl. Art. 4 Abs. 1 Anhang I des Abkommens vom



21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der EG und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit; Freizügigkeitsabkommen; SR 0.142.112.681, abgekürzt FZA), gefestigt (vgl. dazu auch BGer 2C_847/2009 vom 21. Juli 2010 E. 3.1 und 3.2). Als Drittstaatsangehöriger räumt das Freizügigkeitsabkommen der aus Brasilien stammenden Ehefrau des Beschwerdeführers keinen originären Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz zu Erwerbszwecken ein. Umstritten ist deshalb ihr – aus dem Anwesenheitsrecht des Beschwerdeführers abgeleiteter – Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz.

Für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EG gilt das Ausländergesetz nur so weit, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das Gesetz günstigere Bestimmungen vorsieht (vgl. Art. 2 Abs. 2 AuG). Der Ehegatte einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, hat gemäss Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen. Art. 5 Anhang I FZA regelt die Voraussetzungen für die Beschränkungen. Sie dürfen entsprechend dem in Art. 2 FZA verankerten Grundsatz der Nichtdiskriminierung nicht über die vom schweizerischen Recht vorgesehenen hinausgehen. Fehlt im Landesrecht eine Rechtsgrundlage, auf welche sich die Verweigerung eines weiteren Verbleibs der Ehefrau des Beschwerdeführers in der Schweiz stützen lässt (vgl. dazu nachfolgend E. 3), ist nicht mehr zu prüfen, ob das Freizügigkeitsabkommen den Behörden zusätzliche Schranken auferlegt (vgl. dazu nachfolgend E. 4; zum Prüfungsprogramm vgl. BGE 130 II 176 E. 3.2).

3. Bei der Anwendung des Landesrechts ist zu prüfen, ob der Anspruch des Beschwerdeführers auf Familiennachzug erloschen (vgl. dazu nachfolgend E. 3.1.) und die Massnahme verhältnismässig ist (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.).

3.1. Der von Art. 43 Abs. 1 AuG eingeräumte Anspruch des ausländischen Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erlischt gemäss Art. 51 Abs. 2 Ingress und lit. b AuG, wenn Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen. Nach Art. 62 Ingress und lit. e AuG kann die zuständige Behörde Bewilligungen, ausgenommen die Niederlassungsbewilligung, widerrufen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist. Bringt der Nachzug eines



Familienangehörigen die Gefahr von Sozialhilfeabhängigkeit der Beteiligten mit sich, kann es sich rechtfertigen, von der Erteilung einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung abzusehen. Soweit finanzielle Gründe einem Familiennachzug entgegenstehen sollen, ist deshalb vorauszusetzen, dass für die Beteiligten konkret die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit besteht; blosser finanzielle Bedenken genügen nicht. Für die Beurteilung der Gefahr einer solchen Abhängigkeit ist von den aktuellen Voraussetzungen auszugehen und es sind - dem Gesetzeszweck der Vereinigung der Gesamtfamilie entsprechend - die finanziellen Möglichkeiten aller Familienmitglieder über eine längere Sicht abzuwägen (vgl. BGer 2A.616/2002 vom 22. August 2003 E. 4.1 mit Hinweisen auf BGE 119 Ib 81 E. 2d und 122 II 1 E. 3c). Eine hohe Verschuldung kann sich negativ auf die Prognose auswirken (vgl. S. Hunziker, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, N 49 zu Art. 62 AuG).

Der Beschwerdeführer hat nach seinen – unbestrittenen – Angaben an der Universität St. Gallen Marketing studiert, war in diesem Bereich in verschiedenen Unternehmungen angestellt und übte auch Lehrtätigkeiten aus (vgl. [www.ch](http://www...ch)). Seit 1992 betreibt er die "X." als Einzelunternehmen. Den Akten ist nicht schlüssig zu entnehmen, aus welchen Mitteln er seinen Lebensunterhalt und seit 2011 auch jenen seiner bei ihm lebenden Ehefrau bestreitet. Geschäftsabschlüsse seines Unternehmens liegen nicht vor. Gemäss Veranlagungsverfügung und Schlussrechnung vom 23. März 2011 für die Staats- und Gemeindesteuern 2009 (vgl. act. 11/Akten Migrationsamt 48) verfügte er weder über steuerbares Einkommen noch über steuerbares Vermögen. Anhaltspunkt für die Höhe seiner Einkünfte bietet einzig die im Beschwerdeverfahren zur Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege eingereichte Veranlagungsberechnung für das Steuerjahr 2008, in welcher neben dem Eigenmietwert seines Einfamilienhauses lediglich Einkünfte aus selbständigem Haupterwerb von 2'268 Franken ausgewiesen werden (vgl. act. 8/1), sowie die im Beschwerdeverfahren eingereichten Arbeitsrapporte aus den Monaten April bis Juli 2012, nach denen er für die C. GmbH bei verschiedenen Kunden Support leistete und dafür knapp 4'700 Franken (ohne Mehrwertsteuer) in Rechnung stellte. Mit Ausnahme der Leistung eines einmaligen Betrags von 10'000 Euro bestreitet er eine finanzielle Unterstützung durch seinen Vater. Abgesehen von seinem Einfamilienhaus mit einem geschätzten Verkehrswert von 487'000 Franken und einer hypothekarischen Belastung von 430'000 Franken (vgl. act. 11/Akten



Migrationsamt 52) weist der Beschwerdeführer auch keine Vermögenswerte nach. Er ist vielmehr verschuldet und wurde mehrfach betrieben (vgl. act. 11/Akten Migrationsamt 44/45). Dabei betreffen die Ausstände auch Gesundheitskosten sowie Radio- und Fernsehgebühren und die Wasserversorgung, welche – bei entsprechendem Ansuchen – möglicherweise durch die Sozialhilfe getragen worden wären.

Indessen hat der Beschwerdeführer während seiner 35 Jahre dauernden Anwesenheit und insbesondere auch, seit seine Ehefrau bei ihm lebt, unbestrittenermassen keine Sozialhilfe bezogen. Die für die Zeit vom 30. März 2006 bis 5. Juli 2011 verzeichneten Betreibungen in der Höhe von knapp 704'000 Franken betreffen die Hypothek auf dem Einfamilienhaus des Beschwerdeführers (597'500 Franken), die Krankenversicherung (13'000 Franken), die Eidgenössische Steuerverwaltung (11'700 Franken), die Finanzverwaltung R. (Wohnsitz der früheren Ehefrau, 68'700 Franken), die Gemeinde G. und die Wasserversorgung A.-A. (8'100 Franken), die Sozialversicherungsanstalt St. Gallen (1'000 Franken), die Billag (800 Franken) sowie private Gläubiger (3'200 Franken). Einige Betreibungen führten zu erfolglosen Pfändungen und Verlustscheinen (30'000 Franken). Mehrere Fortsetzungsbegehren wurden zurückgezogen (9'200 Franken). Weitere Betreibungen wurden nach Zustellung des Zahlungsbefehls (606'000 Franken, darunter die Hypothek) oder Erhebung eines Rechtsvorschlages (50'000 Franken) nicht weiter verfolgt. Für zwei Forderungen (500 Franken) war das vom Beschwerdeführer als variabel bezeichnete Einkommen vom 11. Mai 2011 während eines Jahres gepfändet, soweit die monatlichen Roheinnahmen aus selbständiger sowie aus jeder anderweitigen Tätigkeit den Geschäftsaufwand und das Existenzminimum (rund 2'300 Franken) überstiegen (vgl. act. 11/Akten Migrationsamt 51-53). Im Zusammenhang mit anderen Forderungen (8'200 Franken) wurde dem Beschwerdeführer der Konkurs angedroht. Die Verfügung vom ...2012, mit welcher der Konkursrichter des Kreisgerichts St. Gallen über den Beschwerdeführer als Inhaber seines Einzelunternehmens den Konkurs eröffnet hatte, wurde indessen vom Kantonsgericht auf Beschwerde hin am ...2012 aufgehoben. Der Beschwerdeführer war offenbar in der Lage, den Konkurs abzuwenden. Zudem leistete er nach Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und – verbeiständung mangels – nachgewiesener – Bedürftigkeit einen Kostenvorschuss von 2'000 Franken.



Der Beschwerdeführer legt Zeugnisse seines Hausarztes vom 1. September und 23. November 2011 vor, nach denen er in seiner Arbeitsfähigkeit aufgrund psychischer Schwierigkeiten beeinträchtigt und in psychiatrischer Behandlung ist (vgl. act. 11/Akten Migrationsamt 74 und Rekursakten 10/2). In diesem Zusammenhang äusserte der Beschwerdeführer, er habe sich "bei der IV-Stelle gemeldet" (vgl. act. 11/Akten des Migrationsamts 52). Allerdings liegen weder Bestätigungen des behandelnden Facharztes noch Angaben zum Stand des Verfahrens bei der Invalidenversicherung vor. Die offenbar seit längerer Zeit krankheitsbedingt reduzierte Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers, der seit zwanzig Jahren ein Einzelunternehmen in der Schweiz betreibt, würde vorab zu Sozialversicherungsleistungen und erst subsidiär zu Leistungen aus Sozialhilfe führen.

Die Vorinstanz zweifelt an den Erwerbsmöglichkeiten der Ehefrau des Beschwerdeführers, schliesst aber nicht aus, dass sie als Haushalthilfe Einkünfte erzielen und zur Deckung der eigenen Lebenshaltungskosten und allenfalls auch jener des Beschwerdeführers beitragen wird. Daraus, dass die Zusagen formularmässig bestätigt wurden (vgl. act. 11/Akten Migrationsamt 21-34), kann nicht auf Gefälligkeit geschlossen werden. Die Bezeichnung "Beschäftigungsbestätigung" und einzelne handschriftliche Ergänzungen (Nachfrage für zwei weitere Wohnungen, Bitte um Bestätigung der Anmeldung bei den Sozialversicherungen; act. 11/Akten Migrationsamt 25 und 33) liessen vielmehr auch den Schluss zu, die Ehefrau des Beschwerdeführers habe bereits Arbeitsleistungen erbracht. Insgesamt erscheinen die Erwerbsmöglichkeit der Ehefrau des Beschwerdeführers und ein damit verbundenes Einkommen als mit genügender Wahrscheinlichkeit auf mehr als nur kurze Frist erhärtet (vgl. BGer 2C_685/2010 vom 30. Mai 2011 E. 2.3.1 mit Hinweis unter anderem auf BGE 122 II 1 E. 3).

Die persönliche und wirtschaftliche Lebenssituation des Beschwerdeführers weckt hinsichtlich seiner Fähigkeit zur Deckung der Lebenshaltungskosten zwar Bedenken und schliesst die Gefahr einer Sozialhilfeabhängigkeit nicht aus. Dass der Beschwerdeführer, der an einer Universität studiert und im Marketing- und Bildungsbereich erwerbstätig war, trotz geringer Erwerbseinkünfte bisher der Sozialhilfe nicht unmittelbar zur Last gefallen ist, bei der geltend gemachten krankheitsbedingten Einschränkung seiner Arbeitsfähigkeit vorab einen Anspruch auf



Sozialversicherungsleistungen hätte und die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen ist, dass seine Ehefrau mit eigenen Einkünften an den Lebensunterhalt beizutragen vermag, spricht gegen das Risiko einer fortgesetzten und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit.

Schliesslich macht auch die Vorinstanz nicht geltend, der Beschwerdeführer habe sich mutwillig in bedeutendem Umfang verschuldet und dadurch erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Ordnung im Sinn von Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG verstossen oder diese gefährdet (vgl. BGer 2C_818/2010 vom 4. Juli 2011 E. 2.2; BGE 122 II 385 E. 3b; vgl. Art. 80 Abs. 1 lit. b der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit; SR 142.201, abgekürzt VZAE).

3.2. Selbst wenn aber der Anspruch auf Familiennachzug erloschen wäre, erweise sich dessen Verweigerung als unverhältnismässig. Gemäss Art. 96 Abs. 1 AuG berücksichtigt die zuständige Behörde bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländer. Dabei sind namentlich die Schwere des Verschuldens bei Straftaten, die Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen. Die Notwendigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung ergibt sich auch aus Art. 8 Ziff. 2 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, abgekürzt EMRK). Danach ist ein Eingriff in das von Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Familienleben statthaft, soweit er gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen am Familiennachzug und öffentlichen Interessen an deren Verweigerung müssen die öffentlichen in dem Sinn überwiegen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (vgl. BGE 122 II 1 E. 2). Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch eine allfällig lange Anwesenheit des in der Schweiz lebenden Ausländers zu berücksichtigen; für den nachziehenden Angehörigen ist dies allerdings nur mittelbar von Belang (vgl. BGE 119 Ib 81 E. 2d).



Das öffentliche Interesse an der Verweigerung des Aufenthaltsrechts der Ehefrau des Beschwerdeführers besteht darin, die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen finanziellen Belastung der öffentlichen Hand zu vermeiden. Das private Interesse des Beschwerdeführers liegt in der in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK sowie Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) fallenden Führung des Familienlebens mit seiner Ehefrau an seinem langjährigen Wohnsitz in der Schweiz. Eine Rückkehr in die Niederlande wäre dem Beschwerdeführer zwar grundsätzlich nicht unzumutbar. Seine Ehefrau stammt aus Brasilien. Dass ihre Bindungen an die Schweiz enger sind als an die Niederlande lässt sich den Akten nicht entnehmen. Es wäre ihr deshalb grundsätzlich zuzumuten, mit ihrem Mann in die Niederlande zu ziehen. Indessen lebt der aus den Niederlanden stammende Beschwerdeführer unbestrittenermassen seit 1977, mithin seit rund 35 Jahren in der Schweiz. Hier studierte er an einer Universität und war – wenn auch, zumindest in den vergangenen Jahren, nur mit geringen Einkünften – erwerbstätig. Er ist zudem Eigentümer eines Einfamilienhauses. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er privat und beruflich in der Schweiz gut integriert ist. Seine finanziellen Schwierigkeiten stehen offenbar im wechselseitigen Zusammenhang mit einer Depressionserkrankung. Insoweit ist fraglich, ob eine – zurzeit nicht bestehende - Sozialhilfeabhängigkeit als verschuldet bezeichnet werden müsste. Unter diesen Umständen überwiegt das private Interesse des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau, ihre Ehe in der Schweiz zu leben, das entgegen stehende öffentliche Interesse an der – jedenfalls nicht als hoch einzustufenden - Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit.

4. Selbst wenn schliesslich die Verweigerung des Familiennachzugs als verhältnismässig im Sinn des Landesrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention zu beurteilen wäre, müsste dieses Ergebnis vor dem Freizügigkeitsabkommen Stand halten.

4.1. Gemäss Art. 7 Ingress und lit. d FZA regeln die Vertragsparteien das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit. Nach Art. 3 Anhang I FZA darf der Ehegatte einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, bei ihr Wohnung nehmen, wobei die bereits aufenthaltsberechtigte Person über eine Wohnung verfügen muss, die den für Inländer geltenden normalen Anforderungen entspricht (Abs. 1 und Abs. 2 lit. a). Das



St.Galler Gerichte

Einfamilienhaus des Beschwerdeführers in A., in welchem er mit seiner Ehefrau lebt, entspricht zweifelsohne diesen Anforderungen.

Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA verlangt den Nachweis genügender finanzieller Mittel einzig für den Aufenthalt von Nichterwerbstätigen (vgl. dazu auch die Konkretisierung in Art. 16 der Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation; Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, SR 142.203, abgekürzt VEP). Die Ehefrau des selbständig erwerbenden Beschwerdeführers – er hat den über ihn als Inhaber des Einzelunternehmens eröffneten Konkurs abgewendet und weist für die Monate April bis Juli 2012 Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit nach - ist dementsprechend in der Schweiz grundsätzlich anwesenheitsberechtigt.

4.2. Das Anwesenheitsrecht darf gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Weitere Präzisierungen finden sich vor allem in der Richtlinie 64/221 EWG des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (kurz RL 64/221/EWG, in: ABl. Nr. 56 S. 850), auf welche in Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verwiesen wird (vgl. BGer 2C_221/2012 vom 19. Juni 2012). Für die Anwendung des Abkommens ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens kann auch dessen spätere Rechtsprechung herangezogen werden (vgl. BGE 130 II 1 E. 3.6.1).

Nach der Verwaltungspraxis (vgl. Weisungen des Bundesamtes für Migration vom 1. Mai 2011 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs; www.bfm.admin.ch, Dokumentation/ rechtliche Grundlagen/Weisungen und Kreisschreiben) geht der Anspruch auf Familiennachzug auch dann nicht unter, wenn es sich beim EU-/EFTA-Angehörigen um einen Arbeitnehmer handelt und der Nachzug



zu einer fortgesetzten und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit führt. Arbeitslose Personen, die bereits Sozialhilfe empfangen, können sich allerdings nicht ohne Weiteres auf die Freizügigkeit berufen. Gesuche um Familiennachzug von Verwandten in aufsteigender Linie und von Kindern über 21 Jahren können abgewiesen werden, wenn sie von EU-/EFTA-Angehörigen gestellt werden, die in der Schweiz bereits vollumfänglich von der Sozialhilfe abhängig sind. Eine Abweisung wegen fehlender finanzieller Mittel ist zudem bei Personen ohne Erwerbstätigkeit in der Schweiz oder aber auch bei selbständig Erwerbstätigen ohne Weiteres möglich. Entscheidend ist jedoch, dass keine Sozialhilfe beantragt oder bezogen wird (Ziff. II.10.5 mit Hinweis auf Ziff. II.4.3.2 und 12.2.3.2). Die schweizerische Praxis wendet die für Nichterwerbstätige geltende Regel also auch auf den Familiennachzug bei selbständig Erwerbstätigen an, ohne dass das Freizügigkeitsabkommen dafür eine rechtliche Grundlage vorsähe (vgl. M. Caroni, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Bern 2010, N 17 der Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG; Bundesamt für Migration vom 17. Juli 2007; www.aufenthalter.ch/downloads/familiennachzug_ejpd.pdf).

Ob diese Praxis sich auf die für die Schweiz massgebenden Regeln des Freizügigkeitsabkommens, insbesondere Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, stützen lässt, kann offen bleiben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es, dass die Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt, über ausreichende finanzielle Mittel – sei es aus eigenen oder fremden Quellen, beispielsweise von Familienangehörigen oder anderen Dritten - verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen muss und die öffentlichen Finanzen des Aufenthaltsstaates nicht über Gebühr belastet (vgl. BGE 135 II 265 E. 3.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes). Wie bereits bei der Anwendung des Landesrechts festgestellt wurde, hat der Beschwerdeführer bisher weder Sozialhilfe beantragt noch bezogen.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass mangels absehbaren Risikos einer fortgesetzten und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau deren Anspruch auf Familiennachzug nicht erloschen ist. Ob das Freizügigkeitsabkommen hinsichtlich des Nachweises der notwendigen Mittel strengere Anforderungen stellt, kann unter diesen Umständen offen bleiben. Die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen. Der angefochtene Rekursentscheid



vom 25. April 2012 wird aufgehoben. Das Migrationsamt wird angewiesen, J.O. zufolge Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA zu erteilen.

6. Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten des Staates (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung der Kosten wird verzichtet (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- wird mit der Forderung des Verwaltungsgerichts gemäss Betreibungs-Nr. 000 (Betreibungsamt G.) in der Höhe von Fr. 500.— zuzüglich Fr. 18.75 Zins (5% seit 16. August 2012) und Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 33.— verrechnet. Der darüber hinausgehende Betrag von Fr. 1'448.25 ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

Soweit der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren anwaltlich vertreten war, hat er Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Sein Rechtsvertreter hat am 28. Juni 2012 eine Honorarnote über Fr. 1'314.10 (Honorar Fr. 1'200.-, Barauslagen Fr. 16.80, Mehrwertsteuer Fr. 97.30) eingereicht. Unter Berücksichtigung des Aufwands für die beiden Eingaben im Beschwerdeverfahren erscheint dieser Kostenersatz angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. a und b in Verbindung mit Art. 6 und Art. 19 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Im Rekursverfahren ging die Vorinstanz bei der Ermittlung des Anspruchs aus unentgeltlicher Rechtsverbeiständung von einer angemessenen Entschädigung von Fr. 2'500.- (inkl. Barauslagen; zuzüglich Mehrwertsteuer) aus, welche sie um einen Fünftel auf Fr. 2'000.- kürzte. Damit verbleibt ein Anspruch des Beschwerdeführers auf ausseramtliche Entschädigung für seinen Rechtsbeistand im Rekursverfahren von Fr. 500.- (zuzüglich Mehrwertsteuer).

Der frühere Rechtsvertreter zeigte dem Gericht am 28. Juni 2012 die Abtretung der Honoraransprüche vom Beschwerdeführer an ihn in der am 28. März 2011 unterzeichneten Vollmacht (act. 11/ Akten Migrationsamt 8) an. Eine solche Abtretung künftiger Forderungen wird erst mit der Entstehung der Forderung wirksam. Im Sinn der Durchgangstheorie entsteht die Forderung – für eine logische Sekunde – beim Abtretenden (vgl. BGE 111 III 73 E. 3; Reetz/Burri, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2012, N 10 zu Art. 164 OR). Gemäss Art. 98 Abs. 1 und 98ter VRP in Verbindung mit Art. 105 der



Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272, abgekürzt ZPO) steht die Parteientschädigung – vorbehältlich der Entschädigung aus unentgeltlicher Rechtsverbeiständung - der Partei und nicht ihrem Anwalt zu. Dies gilt selbst dann, wenn gemäss einer externen Vereinbarung Dritte, wie beispielsweise eine Rechtsschutzversicherung, die Kosten decken (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 173 f.). Die Abtretung gemäss Vollmacht führt dazu, dass der Rechtsvertreter die Entschädigung in eigenem Namen von der Gegenpartei einfordern kann (vgl. H. Schmid, in: Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, N 6 zu Art. 105 ZPO). Dementsprechend ist die Parteientschädigung – unbesehen der im Übrigen im anwaltlichen Vertretungsverhältnis regelmässig vorliegenden Abtretung – dem Beschwerdeführer zuzusprechen. Der Abtretung kann bei beendeten Mandatsverhältnissen, in welchen Entscheide nicht dem Rechtsvertreter eröffnet werden, im Übrigen im Zahlungsverfahren Rechnung getragen werden.

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der Rekursentscheid vom 25. April 2012 wird aufgehoben.
- 2./ Das Migrationsamt wird angewiesen, J.O. eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA im Familiennachzug zu erteilen.
- 3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.- trägt der Staat. Auf die Erhebung wird verzichtet. Vom geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- werden dem Beschwerdeführer Fr. 1'448.25 zurückerstattet.
- 4./ Der Staat entschädigt den Beschwerdeführer ausseramtlich für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'216.80 und für das Rekursverfahren mit Fr. 2'500.- je zuzüglich Mehrwertsteuer. Unter Berücksichtigung der seinem Rechtsvertreter zugesprochenen Leistung von Fr. 2'000.- (zuzüglich Mehrwertsteuer) beträgt der Anspruch des Beschwerdeführers für seine Vertretung im Rekursverfahren noch Fr. 500.- zuzüglich Mehrwertsteuer.

V. R. W.



St.Galler Gerichte

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Beda Eugster

Dr. Thomas Scherrer

Versand dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer
- die Vorinstanz
- Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabern

Versand des Dispositivs mit Erwägung 6. an:

- den früheren Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Rechtsanwalt lic.iur. B.W.)

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.