



Fall-Nr.: B 2021/181
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 28.12.2021
Entscheiddatum: 17.11.2021

Entscheid Verwaltungsgericht, 17.11.2021

Ausländerrecht, Art. 47 Abs. 1 AIG. Da der Beschwerdeführer nach der Scheidung von seiner polnischen Ehefrau am 6. Juli 2015 das Gesuch um Nachzug seiner beiden Söhne lediglich noch auf Art. 44 AIG stützen und deshalb keinen Rechtsanspruch mehr geltend machen konnte, führte die Erteilung der Niederlassungsbewilligung am 1. Oktober 2019 zwar zu einer Statusverbesserung. Allerdings hatte der Beschwerdeführer bereits in der Zeit von Oktober 2009 bis Juli 2015 einen Anspruch auf Nachzug seiner beiden Söhne, der über die gesetzlichen Fristen gemäss Art. 47 Abs. 1 AIG hinausging. Die Nachzugsfrist von einem Jahr gemäss Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AIG für den im April 2002 geborenen Sohn wäre im April 2015, jene von fünf Jahren gemäss Art. 47 Abs. 1 Satz 1 AIG im Oktober 2014 abgelaufen (Verwaltungsgericht, B 2021/181).

Entscheid vom 17. November 2021

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

M.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Urs Bertschinger, Rhyner Lippuner Bertschinger,
St. Gallerstrasse 46, Postfach 745, 9471 Buchs SG 1,



gegen

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

Vorinstanz,

Gegenstand

Familiennachzug für A.____

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

M.____, geboren 1972, stammt aus der Türkei. Er ist Vater zweier Söhne – B.____, geboren im März 1992; A.____, geboren im April 2002 – aus einer in der Türkei am 30. Oktober 1990 geschlossenen und am 27. Oktober 2005 wieder geschiedenen Ehe. Am 14. Januar 2009 heiratete er in G.____/A – wo er seit 2003 gelebt hatte – die in der Schweiz aufenthaltsberechtigte polnische Staatsangehörige R.____, geboren 1972. Am 1. Oktober 2009 zog er zur Ehefrau in die Schweiz und erhielt eine bis 30. September 2014 gültige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Ein Gesuch vom 9. Februar 2010 um Nachzug der beiden Söhne, die mit "Klarlegungsurteil" vom 22. September 2010 unter die elterliche Sorge des Vaters gestellt worden waren, zogen M.____ und seine Ehefrau am 24. Mai 2011 mit dem Hinweis auf ihre ungenügende finanzielle Leistungsfähigkeit zurück. Die kinderlos gebliebene Ehe wurde am 6. Juli 2015 geschieden. Die Ausländerbehörde des Kantons Bern widerrief am 16. März 2016 die – verlängerte – Aufenthaltsbewilligung von M.____ und beantragte gleichzeitig beim Staatssekretariat für Migration die Erteilung einer nahehelichen Härtefallbewilligung. Das Staatssekretariat stimmte am 10. Juni 2016 dem Antrag zu. Am 24. Januar 2017 zog M.____ nach X.____ in den Kanton St. Gallen.

Am 5. Dezember 2017 ersuchte M.____ für seinen Sohn A.____ um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug. Das Migrationsamt stellte am 7. Dezember 2017 die kostenpflichtige Abweisung des Gesuchs in Aussicht und gab M.____ die Möglichkeit, das Gesuch zurückzuziehen. Nachdem M.____ sich nicht äusserte, betrachtete das Migrationsamt das Gesuch am 22. Januar 2018 als hinfällig.



B.

Seit 1. Oktober 2019 ist M.___ in der Schweiz niederlassungsberechtigt. In der Folge ersuchte er am 27. November 2019 erneut um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für seinen Sohn A.___. Das Migrationsamt wies das Gesuch am 29. Mai 2020 ab, im Wesentlichen mit der Begründung, M.___ habe aufgrund der ihm im Oktober 2009 erteilten Bewilligung einen Anspruch auf Nachzug seiner Kinder gehabt. Mit der Erteilung der Niederlassungsbewilligung habe die Frist für den Familiennachzug nicht neu zu laufen begonnen. Ein wichtiger Grund für einen Nachzug ausserhalb der gesetzlichen Fristen sei nicht zu erkennen. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den von M.___ dagegen erhobenen Rekurs am 30. Juli 2021 ab.

C.

M.___ (Beschwerdeführer) erhob gegen den am 2. August 2021 versandten Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements (Vorinstanz) durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 16. August 2021 und Ergänzung vom 1. September 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Familiennachzugsgesuch für A.___ gutzuheissen, eventualiter die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz verwies mit Vernehmlassung vom 20. September 2021 auf die Erwägungen in ihrem Entscheid und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Begründung seiner Anträge wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Eintreten

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Als Adressat des angefochtenen Entscheids ist der im Rekursverfahren unterlegene Beschwerdeführer zur Ergreifung der Beschwerde berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde gegen den am 2. August 2021 versandten Entscheid der Vorinstanz wurde mit Eingabe vom 16. August 2021 rechtzeitig erhoben und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 1. September 2019 in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 VRP sowie Art. 145 Abs. 1 Ingress und lit. b der Schweizerischen



Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO, und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Völkerrechtlicher Anspruch

Der im April 2002 geborene Sohn des Beschwerdeführers, für den er um die Bewilligung des Familiennachzugs ersucht, ist mittlerweile volljährig geworden. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass der Sohn infolge einer Beeinträchtigung oder schweren Krankheit zukünftig in besonderem Mass von ihm abhängig wäre. Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist damit mit Eintritt der Volljährigkeit ein Anspruch aus Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) dahingefallen (vgl. BGE 145 I 227 = Pra 109/2020 Nr. 11 E. 3). Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer einen gesetzlichen Anspruch auf Nachzug seines Sohnes hat.

3. Gesetzlicher Anspruch

3.1. Grundsatz

Ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung haben gemäss Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG, SR 142.20) bei Erfüllung der Voraussetzungen gemäss lit. a-e Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Der Anspruch muss gemäss Art. 47 AIG innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden und Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Abs. 1); bei Familienangehörigen von Ausländerinnen und Ausländern beginnt die Frist mit der Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung (Abs. 3 Ingress und lit. b). Die Nachzugsfrist von Art. 47 Abs. 1 AIG gilt unabhängig davon, ob die ausländische Person über die Niederlassungs- oder die Aufenthaltsbewilligung verfügt und ob ein Anspruch auf Familiennachzug besteht oder nicht (BGer 2C_555/2019 vom 12. November 2019 E. 5.1). Der Beschwerdeführer ist seit 1. Oktober 2009 in der Schweiz anwesenheitsberechtigt. Der Sohn, für den er um Bewilligung des Familiennachzugs ersucht, wurde im April 2014 zwölfjährig. Das Nachzugsgesuch vom 27. November 2019 erscheint deshalb als verspätet.



3.2. Statuswechsel

Zu prüfen ist, ob die Fristen von Art. 47 Abs. 1 AIG mit der Erteilung der Niederlassungsbewilligung im Oktober 2019 neu zu laufen begannen.

3.2.1. Vorbringen

Nach Auffassung der Vorinstanz kann das erste Gesuch vom 9. Februar 2010 nicht als fristgerechtes erstes Gesuch bei Statusänderung betrachtet werden, weil der Beschwerdeführer bereits damals einen Anspruch auf Familiennachzug gehabt habe. Es fehle an der Voraussetzung, dass erst aus dem Statuswechsel ein Anspruch geltend gemacht werden können und bessere Nachzugsvoraussetzungen bestanden. Er habe einen Anspruch auf Familiennachzug gehabt und hätte diesen für den älteren Sohn innert fünf Jahren vornehmen können und müssen. Sodann habe er mit dem Rückzug des Gesuchs sein Desinteresse gezeigt, und es fehle an der für einen erneuten Fristenlauf bei Statusänderung erforderlichen Ablehnung des ersten Gesuchs. Das zweite Gesuch, welches der Beschwerdeführer als Besitzer einer Aufenthaltsbewilligung wegen eines nahehelichen Härtefalls ab 10. Juni 2016 für den damals bereits mehr als zwölfjährigen Sohn gestellt habe, sei am 5. Dezember 2017 und damit nicht innert der einjährigen Nachzugsfrist eingereicht worden. Im Übrigen sei auch hier keine formelle Ablehnung ergangen.

Der Beschwerdeführer macht geltend, Personen, die über eine Aufenthaltsbewilligung verfügten, seien in einer paradoxen wie unsicheren Situation. Sie müssten die strengen Fristen gemäss Art. 47 AIG einhalten, ohne einen entsprechenden Anspruch zu haben. Weise die Behörde das Gesuch ab, sei ihr Rechtsschutz eingeschränkt. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht sei ihnen verwehrt. Sie liefen Gefahr, kein erneutes Gesuch stellen zu können, falls sich ihre persönliche Situation nachträglich insofern ändere, als sie tatsächlich einen Anspruch auf Familiennachzug geltend machen könnten. Um die Härte dieses Systems zu mildern, sei es zuzulassen, dass Ausländerinnen und Ausländer, die vorerst keinen Anspruch auf Familiennachzug und erfolglos ein erstes Gesuch gestellt hatten, auch nach Ablauf der Fristen gemäss Art. 47 AIG erneut ein formelles Gesuch stellen könnten, wenn sie erst später in die Lage gekommen seien, einen Anspruch auf Familiennachzug geltend zu machen. Voraussetzung sei allerdings, dass beide Gesuche innerhalb der entsprechenden Frist gestellt worden seien. Der Beschwerdeführer verfüge seit Oktober 2009 über eine Aufenthalts- und seit Oktober 2019 über eine Niederlassungsbewilligung. Die Gesuche um Familiennachzug vom



9. Februar 2010 und vom 27. November 2019 seien jeweils fristgerecht eingereicht worden. Massgebend seien das erste Gesuch und die spätere Statusänderung.

3.2.2. Rechtliches

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung löst ein Statuswechsel von einer Aufenthalts- zur Niederlassungsbewilligung nur eine neue Nachzugsfrist aus, wenn vor dem Statuswechsel ein fristgerechtes Gesuch gestellt und dieses abgelehnt worden ist. Diesfalls ist den Betroffenen nicht verwehrt, erneut um Nachzug zu ersuchen, sobald sich ihr ausländerrechtlicher Status ändert und damit auch die Nachzugsvoraussetzungen bessere sind, namentlich, wenn mit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung oder gar der Einbürgerung ein Rechtsanspruch auf Nachzug entsteht (Art. 42 und Art. 43 AIG). Allerdings muss sowohl das erste Gesuch wie auch das spätere innerhalb der gesetzlichen Frist eingereicht worden sein (BGer 2C_1154/2016 vom 25. August 2017 E. 2.2.1 mit Hinweis auf BGE 137 II 393 E. 3.3 und weitere Rechtsprechung). Ist allerdings die Frist für den Nachzug in einer früheren Anspruchssituation bereits abgelaufen, beginnt aufgrund der Statusverbesserung nach dem zwischenzeitlichen Verlust des Nachzugsanspruchs keine neue Frist zu laufen, weil sich die massgeblichen Umstände aufgrund des zweiten Statuswechsels in einem solchen Fall nicht wesentlich geändert haben. Ein neuerliches Familiennachzugsgesuch, das einzig mit der Statusverbesserung begründet wird, zieht entsprechend einen Nichteintretensentscheid nach sich (vgl. BGer 2C_856/2018 vom 8. Juli 2019 E. 4.4.1 mit Hinweisen).

3.2.3. Würdigung

Der Beschwerdeführer besass seit 1. Oktober 2009 aufgrund seines Zuzugs zu seiner in der Schweiz wohnhaften polnischen Ehefrau eine Aufenthaltsberechtigung EU/EFTA. Er ersuchte am 9. Februar 2010 – und damit unbestrittenermassen rechtzeitig – um Bewilligung des Nachzugs seiner beiden Söhne (geb. 1992 und 2002). Der Beschwerdeführer konnte sich in diesem Zeitpunkt und bis zur Auflösung der Ehe am 6. Juli 2015 auf einen Anspruch auf Nachzug seiner beiden Söhne aus Art. 3 Abs. 2 Anhang I des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) stützen (vgl. BGE 136 II 65 E. 3 und 4). Der Beschwerdeführer hat das Gesuch zusammen mit seiner damaligen Ehefrau gestellt. Dass ein erneutes Gesuch unterblieb, weil – was für die Zulässigkeit des Familiennachzugs nach dem Freizügigkeitsrecht erforderlich ist – seine polnische Ehefrau, um deren Personenfreizügigkeit es letztlich geht, mit dem Nachzug der Stiefkinder nicht – mehr – einverstanden gewesen wäre, bringt der



Beschwerdeführer nicht vor. Es ist unter den dargelegten Umständen davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer während der Dauer, in welcher sich sein Anwesenheitsrecht in der Schweiz auf die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA stützte, Anspruch auf den Nachzug seiner beiden Söhne gehabt hätte. Da im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens keine Nachzugsfristen gelten, war dieser Anspruch auch nicht durch die gesetzlichen Fristen gemäss Art. 47 Abs. 1 AIG beschränkt.

Da der Beschwerdeführer nach der Scheidung von seiner polnischen Ehefrau am 6. Juli 2015 das Gesuch um Nachzug seiner beiden Söhne lediglich noch auf Art. 44 AIG stützen und deshalb keinen Rechtsanspruch mehr geltend machen konnte, führte die Erteilung der Niederlassungsbewilligung am 1. Oktober 2019 zwar zu einer Statusverbesserung. Allerdings hatte der Beschwerdeführer – wie dargelegt – bereits in der Zeit von Oktober 2009 bis Juli 2015 einen Anspruch auf Nachzug seiner beiden Söhne, der über die gesetzlichen Fristen gemäss Art. 47 Abs. 1 AIG hinausging. Die Nachzugsfrist von einem Jahr gemäss Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AIG für den im April 2002 geborenen Sohn wäre im April 2015, jene von fünf Jahren gemäss Art. 47 Abs. 1 Satz 1 AIG im Oktober 2014 abgelaufen.

3.3. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, das Gesuch des Beschwerdeführers vom 27. November 2019 um Nachzug seines im April 2002 geborenen Sohnes sei nach Ablauf der gesetzlichen Nachzugsfristen gemäss Art. 47 Abs. 1 AIG gestellt worden.

4. Nachträglicher Familiennachzug

Ein nachträglicher Familiennachzug wird gemäss Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AIG nur bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. Die Bestimmung ist so zu handhaben, dass der Anspruch auf Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK nicht verletzt wird (vgl. BGer 2C_979/2019 vom 7. Mai 2020 E. 4.2). Der Sohn des Beschwerdeführers, für den das Nachzugsgesuch gestellt wird, ist im April 2002 in der Türkei geboren und ist dort bei den Eltern des Beschwerdeführers aufgewachsen. Im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs am 27. November 2019 war er 17 Jahre und sieben Monate alt. Wichtige, einer Abweisung des Nachzugsgesuchs mit Blick auf den verfassungs- und völkerrechtlichen Anspruch auf Schutz des Familienlebens macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich.

5. Ergebnis

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen.



6. *Kosten*

(...).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführer bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'000 unter Verrechnung mit dem von ihm in der gleichen Höhe geleisteten Kostenvorschuss.

3.

Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.