



Fall-Nr.: B 2011/74
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 06.07.2011
Entscheiddatum: 06.07.2011

Urteil Verwaltungsgericht, 06.07.2011

Ausländerrecht, Familiennachzug, Inländerdiskriminierung, Art. 8 und Art. 14 EMRK (SR 0.101), Art. 8 und Art. 9 BV (SR 101), Art. 42 AuG (SR 142.20). Es ist geboten, Art. 42 Abs. 2 lit. a AuG entsprechend seinem Sinn und Zweck dahingehend auszulegen, dass die Nachzugsrechte von Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern nicht davon abhängig gemacht werden dürfen, dass sie im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Staates sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen geschlossen wurde. Es sind nicht nur gemeinsame Kinder nachzugsberechtigt, sondern auch Kinder des nachziehenden Ehegatten, somit Stiefkinder des Ehegatten mit schweizerischer Nationalität. Der Familiennachzug ist aber nicht vorbehaltlos zulässig (Verwaltungsgericht, B 2011/74).

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

A. W., K-strasse 6, 0000 L.,

B. W., K-strasse 6, 0000 L.,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführer,

beide vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. P. M., L-strasse 4, Postfach 0000,
8021 Zürich 1,

gegen

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

Vorinstanz,

betreffend

Familiennachzugsgesuch für C. R.

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ A. W., russische Staatsangehörige, geboren am 10. März 1972, reiste am 28. Dezember 2001 zur Vorbereitung der Ehe in die Schweiz ein und heiratete am 13. September 2002 den in der Schweiz niedergelassenen türkischen Staatsangehörigen Z. G., geboren am 14. März 1946. In der Folge wurde ihr am 1. Oktober 2002 eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Ehemann erteilt. Seit dem 13. Dezember 2007 verfügt A. W. über die Niederlassungsbewilligung.

Nachdem die Ehe zwischen A. W. und Z. G. am 25. November 2008 geschieden worden war, heiratete sie am 8. Januar 2010 den Schweizer Bürger B. W., geboren am 17. Juni 1951.



St.Galler Gerichte

A. W. hat einen Sohn aus erster Ehe mit dem russischen Staatsangehörigen N., von dem sie seit dem 7. Dezember 2001 geschieden ist. C. R., russischer Staatsangehöriger, geboren am 15. Mai 1995, reiste gemäss Auszug aus dem Zentralen Migrationssystem ZEMIS vom 21. März 2011 am 28. Mai 2005 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein und erhielt eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Mutter. Per 31. August 2006 wurde er nach Russland abgemeldet, um sich dort wegen einer Krankheit behandeln zu lassen.

B./ Am 25. Mai 2010 stellte A. W. das Gesuch um Familiennachzug ihres Sohnes C. R.. Das Ausländeramt (heute: Migrationsamt) wies das Gesuch am 5. Januar 2011 ab. Der Entscheid wird im wesentlichen damit begründet, das Gesuch sei verspätet eingereicht worden und wichtige familiäre Gründe, die den Familiennachzug ausnahmsweise zu rechtfertigen vermöchten, seien nicht nachgewiesen.

Am 19. Januar 2011 erhoben A. und B. W., vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. P. M., Zürich, gegen die Verfügung des Ausländeramtes Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement. Sie stellten die Rechtsbegehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das Ausländeramt sei anzuweisen, C. R. eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs zu erteilen. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den Rekurs am 28. März 2011 ab. Die Rekursinstanz kam ebenfalls zum Ergebnis, das Gesuch um Familiennachzug von C. R. sei nicht innert Frist eingereicht worden und ein Härtefall, der diesen dennoch rechtfertigen könnte, liege nicht vor.

C./ Am 8. April 2011 erhoben A. und B. W., wiederum vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. P. M., Zürich, gegen den Rekursentscheid vom 28. März 2011 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie stellten das Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Migrationsamt sei anzuweisen, C. R. eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs zu erteilen. Das Sicherheits- und Justizdepartement verzichtete am 9. Mai 2011 auf eine Stellungnahme und beantragte, der Beschwerde sei keine Folge zu geben.

Darüber wird in Erwägung gezogen:



1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Sodann sind A. W. und B. W. zur Beschwerde legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Im weiteren erfüllt die Beschwerdeeingabe vom 8. April 2011 die gesetzlichen Anforderungen in zeitlicher, sachlicher und inhaltlicher Hinsicht (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP).

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Die Beschwerdeführer machen geltend, dem Gesuch um Familiennachzug von C. R. hätte in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 lit. a des Ausländergesetzes (SR 142.20, abgekürzt AuG) entsprochen werden müssen. Sie begründen dies damit, das Bundesgericht habe mit dem Urteil 2C_135/2009 vom 22. Januar 2010 (BGE 136 II 120 ff.) offen gelassen und damit nicht verneint, dass Art. 42 Abs. 2 AuG in einer Weise teleologisch ausgelegt werden könne, die eine Inländerdiskriminierung beim Familiennachzug verhindere. Eine solche Auslegung sei im vorliegenden Fall zweifellos begründet. Weil die Vorinstanz den Familiennachzug des Sohnes der Beschwerdeführerin verweigert und damit ein Familienleben in der Schweiz verunmöglicht habe, liege zudem ein Verstoss gegen Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, abgekürzt EMRK) und Art. 13 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) vor. Sodann sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, weil er gegen Art. 14 EMRK verstosse, indem er den Beschwerdeführer mit Schweizer Bürgerrecht gegenüber EU- bzw. EFTA-Angehörigen ohne sachlichen Grund diskriminiere.

Demgegenüber vertritt die Vorinstanz den Standpunkt, es möge zwar zutreffen, dass das Recht auf Familiennachzug nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr von einem vorherigen rechtmässigen Aufenthalt der nachziehenden Person in einem Signatarstaat des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681, abgekürzt FZA) abhängt und der Familiennachzug auch für Stiefkinder gelte. Diese Änderung der Rechtsprechung beziehe sich indessen nur auf das FZA und nicht auf das innerstaatliche Recht. Es sei Sache des Bundesgesetzgebers, gegebenenfalls Änderungen des AuG zu beschliessen. Die



Vorinstanz führt aus, nach dem Wortlaut von Art. 42 Abs. 2 lit. a AuG gelte der Sohn der Beschwerdeführerin weder als Familienangehöriger des Beschwerdeführers noch verfüge C. R. als russischer Staatsangehöriger über eine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung eines Signatarstaates des FZA. Demzufolge sei Art. 42 Abs. 2 lit. a AuG auf den zu beurteilenden Sachverhalt nicht anwendbar.

2.1. Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 BV gewährleisten das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und haben dieselbe Tragweite (Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Kommentar zum Migrationsrecht, Zürich 2009, N 12 in Nr. 18 mit Hinweisen). Die Garantien verschaffen kein Recht auf Anwesenheit, können aber verletzt sein, wenn einer Ausländerin oder einem Ausländer mit Familienangehörigen in der Schweiz die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird (BGE 130 II 285 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen). Der sich hier aufhaltende Angehörige muss über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies trifft zu, wenn die verwandte Person das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht. Sodann ist der Anspruch auf Achtung des Familienlebens nicht absolut. Er verpflichtet die Behörde nicht in jedem Fall, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (BGE 126 II 342 E. 3a). Der Schutz des Familienlebens kann weiter nur angerufen werden, wenn die Beziehung tatsächlich gelebt wird (VerwGE vom 25. Januar 2005 i.S. D.H., in: www.gerichte.sg.ch).

2.2. Das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK verbietet Unterscheidungen aufgrund bestimmter Merkmale bei der Umsetzung von in der EMRK garantierten Rechten und Freiheiten. Nicht jede unterschiedliche Behandlung bildet indessen bereits eine Diskriminierung. Eine solche liegt nur vor, wenn aufgrund eines verpönten Kriteriums vergleichbare Situationen unterschiedlich behandelt werden, ohne dass sich dies objektiv und sachlich rechtfertigen lässt. Die umstrittene Massnahme muss mit Blick auf den verfolgten Zweck zulässig erscheinen und die zu dessen Realisierung eingesetzten Mittel müssen verhältnismässig sein. Ungleichbehandlungen nach der Staatsangehörigkeit sind nicht ausgeschlossen, bedürfen aufgrund der Rechtsprechung des EuGH indessen regelmässig besonders gewichtiger Unterscheidungsgründe (BGE 136 II 128 E. 3.3.3 mit Hinweisen).



2.3. Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA bestimmt, dass die Familienangehörigen einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens ist und ein Aufenthaltsrecht hat, 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 (lit. a) und die Verwandten und die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird (lit. b).

2.4. Das innerstaatliche Recht sah demgegenüber eine restriktivere Regelung vor. Gemäss Art. 17 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (abgekürzt ANAG), das mit Anhang 2 I des AuG aufgehoben worden ist, hatten ledige Kinder unter 18 Jahren nur dann Anspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung ihrer Eltern, wenn sie mit diesen zusammenwohnten. Diese Regelung galt auch für ausländische Kinder eines schweizerischen Staatsangehörigen, enthielt – im Gegensatz zu Art. 3 Anhang I FZA – aber keinen bedingungslosen Anspruch auf Nachzug der Kinder. Das Nachzugsrecht gestützt auf Art. 17 ANAG setzte vielmehr voraus, dass besondere familiäre Gründe für die Familienvereinigung in der Schweiz sprachen. Dies war in der Regel nicht der Fall, wenn in der Heimat alternative Pflege-möglichkeiten bestanden, die dem Kindeswohl besser entsprachen, weil dadurch vermieden werden konnte, dass die Kinder aus ihrer bisherigen Umgebung und dem ihnen vertrauten Beziehungsnetz gerissen wurden (BGE 136 II 123 E. 2.1 mit Hinweis u.a. auf BGE 133 II 6 ff. E. 3.1.2 S. 11 f. und 125 II 585 E. 2c S. 588 ff.; vgl. auch M. Oesch, Inländerdiskriminierung, in: ZBJV 2009 S. 789 f.). Damit war die Nachzugsregelung des FZA deutlich grosszügiger ausgestaltet als das vormalige innerstaatliche Recht (vgl. auch Oesch, a.a.O., S. 790 mit Hinweisen).

2.5. Das AuG, welches am 1. Januar 2008 in Vollzug getreten ist (AS 2007 5489), will den Familiennachzug für Schweizer Bürger möglichst gleich regeln wie das FZA (vgl. dazu BGE 136 II 126 E. 3.3.1). In der Botschaft zum AuG vom 8. März 2002 wird festgehalten, das FZA enthalte für Angehörige der EU- und der EFTA-Mitgliedstaaten weitergehende Rechte beim Familiennachzug, die auch Schweizerinnen und Schweizern gewährt werden sollen (BBI 2002 III 3752 (Ziff. 1.3.7.2) und 3792 (Ziff. 2.6)). Dement-sprechend sah Art. 41 des Gesetzesentwurfs vor, dass ausländische Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und



Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung haben, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Als Familienangehörige wurden u.a. der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie bezeichnet, die unter 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird (Art. 41 Abs. 2 lit a des Gesetzesentwurfs). Nach Art. 42 Abs. 2 lit. a AuG haben ausländische Familienangehörige von Schweizern nun aber nur Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Staates sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde. Als Familienangehörige gelten der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die unter 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird.

2.6. Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des FZA die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Das Bundesgericht kann aber, ohne dazu verpflichtet zu sein, zum Zweck der Auslegung des FZA auch später ergangene Urteile des EuGH heranziehen. Ziel ist, dass in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden (Art. 16 Abs. 1 FZA). Das bedeutet, dass für die vom Abkommen erfassten Bereiche insoweit eine parallele Rechtslage verwirklicht werden soll. Da der EuGH nicht berufen ist, für die Schweiz über die Auslegung des Abkommens verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun (BGE 136 II 70 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 136 II 12 E. 3.4).

2.6.1. Am 4. November 2003 hat das Bundesgericht im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 23. September 2003 C-109/01 i.S. Akrich die Frage erörtert, ob das FZA auch für den Familiennachzug gelte, wenn sich der nachzuziehende Familienangehörige nicht in einem Mitgliedstaat der EU aufhalte bzw. wenn er von ausserhalb des Gebiets der Mitgliedstaaten der EU in die Schweiz nachgezogen werden solle. Es hat entschieden, die Berufung auf den in Art. 3 Anhang I FZA vorgesehenen Familiennachzug entfalle, wenn sich der nachzuziehende Familienangehörige, der nicht Staatsangehöriger eines Vertragsstaates sei, nicht



bereits rechtmässig in einem Vertragsstaat aufhalte (Urteil des Bundesgerichts 2A. 91/2003, BGE 130 II 1 ff. bestätigt mit Urteil vom 30. November 2007 2C_42/2007, BGE 134 II 10 ff.). In der Folge, am 24. März 2009 (Urteil 2C_607/2008, BGE 135 II 369 ff.), hat das Bundesgericht offen gelassen, ob die zwischenzeitlich vor dem Hintergrund geänderter gemeinschaftsrechtlicher Parallelnormen erfolgte Praxisänderung des EuGH (Urteil vom 25. Juli 2008 C-127/08 i.S. Metock, Randnr. 58) für die Anwendung des Abkommens einschlägig und künftig zu berücksichtigen sei. Am 29. September 2009 hat es seine Rechtsprechung in Angleichung an das Urteil des EuGH i.S. Metock indessen geändert (Urteil des Bundesgerichts vom 29. September 2009 2C_196/2009, BGE 136 II 5 ff. bestätigt mit Urteil vom 5. Januar 2010 2C_269/2009, BGE 136 II 65 ff.; vgl. dazu auch M. Spescha, Erweiterte Familiennachzugsrechte für EU-BürgerInnen, in: AJP 1/2010 S. 102 ff.). Der Nachzug eines Familienangehörigen mit Drittstaatsangehörigkeit setzt demnach nicht mehr voraus, dass sich dieser bereits rechtmässig mit einem nicht nur vorübergehenden Aufenthaltstitel in der Schweiz oder in einem anderen Vertragsstaat aufgehalten hat. Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, dass bei der Anwendung des FZA zur Gewährleistung der parallelen Rechtslage in Angleichung an das Urteil Metock an der Geltung der Rechtsprechung gemäss dem Urteil Akrich nicht mehr festgehalten werden könne. Im Zusammenhang mit der Frage der Inländerdiskriminierung hat das Bundesgericht erwogen, mit Art. 42 Abs. 2 AuG, der die Vermeidung der Inländerdiskriminierung bezwecke, sei eine Anpassung der Nachzugsregelung für Schweizerinnen und Schweizer an diejenige des Freizügigkeitsrechts vorgenommen worden, wobei in Anlehnung an das Urteil Akrich als zusätzliche Voraussetzung eine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung in einem Staat verlangt werde, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen worden sei. Es treffe zwar zu, dass mit der Aufgabe der Akrich-Praxis für die Nachzugsrechte der Angehörigen der Europäischen Union erneut eine Benachteiligung der Schweizerinnen und Schweizer drohe. Ob sich diese auf dem Weg der Rechtsprechung oder lediglich durch eine Gesetzesanpassung vermeiden lasse, brauche aber nicht entschieden zu werden. So oder so bleibe die gesamte Ordnung der Familienvereinigung in sich wenig konsistent. Nach Art. 42 Abs. 1 AuG hänge der Nachzug nicht von einem rechtmässigen Aufenthalt in einem bestimmten Staat ab. Dafür sei – im Vergleich mit Art. 3 Anhang I FZA und Art. 42 Abs. 2 AuG – nur ein beschränkter Kreis der Familienangehörigen nachzugsberechtigt, es sei erforderlich, dass die Familie



zusammenwohne und es würden Nachzugsfristen gelten. Insgesamt lasse sich der schweizerischen Gesetzesordnung daher keine deutliche Leitlinie für das Verständnis der Regeln über den Familiennachzug entnehmen (BGE 136 II 15 E. 3.6.1).

2.6.2. Mit Urteil vom 22. Januar 2010 (2C_135/2009, BGE 136 II 120 ff.) hat das Bundesgericht die Praxis zum Familiennachzug von Schweizer Bürgern nach Art. 17 Abs. 2 ANAG zusammengefasst. Sodann hat es sich mit der Frage der Inländerdiskriminierung unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 BV (Rechtsgleichheitsgebot), Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK (akkzessorisches Diskriminierungsverbot) unter Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 AuG auseinandergesetzt. Das Gericht hat ausgeführt, es erscheine zweifelhaft, inwiefern heute ein sachlicher Grund bestehen solle, Schweizer Bürger bezüglich des Nachzugs ihrer ausländischen Familienangehörigen schlechter zu behandeln als EU- bzw. EFTA-Angehörige (E. 3.4.1). Insbesondere weil der Sachverhalt auf der Grundlage des ANAG und der dazu ergangenen Rechtsprechung zu beurteilen sei, könne aber dahingestellt bleiben, ob Art. 42 Abs. 2 AuG künftig allenfalls in teleologischer Auslegung wortlautwidrig im Sinn der FZA-Regelung verstanden werden müsste, wie es u.a. von Spescha (AJP 11/2008 S. 1436 f.) befürwortet werde (E. 3.5.2 und 3.5.3). Das Bundesgericht hat ausgeführt, der Gesetzgeber habe das Problem der Inländerdiskriminierung aber erkannt, auch wenn der parlamentarischen Initiative Tschümperlin keine Folge gegeben worden ist. Es sehe deshalb bis auf weiteres davon ab, Konventionswidrigkeiten im Einzelfall zu korrigieren und wolle in dieser Hinsicht allenfalls gestützt auf Art. 14 EMRK und den Vorrang des Völkerrechts erst dann tätig werden, wenn sich der Gesetzgeber des Problems in absehbarer Zeit nicht annehme. Es ist ein "Appellentscheid" ergangen, den Familiennachzug von Schweizer Bürgern den neuen Verhältnissen im Bereich des FZA anzupassen (E. 3.5.3).

2.6.3. Mit Urteil vom 5. Januar 2010 (2C_269/2009, BGE 136 II 65 ff.) entschied das Bundesgericht weiter, zur Gewährleistung einer parallelen Rechtslage zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und zwischen derselben und der Schweiz, insbesondere in Analogie zur Rechtsprechung des EuGH (Urteil Baumbast vom 17. September 2002 C-413/1999) und aufgrund der systematischen Zusammenhänge, erstrecke sich das Nachzugsrecht auch auf die Stiefkinder mit Drittstaatenangehörigkeit. Es hat erwogen, es sei aber erforderlich, dass der EU-



Angehörige, um dessen Personenfreizügigkeit es letztlich gehe, mit dem Nachzug der Stief-kinder einverstanden sei, da dieser sonst gar nicht der Gewährleistung der Freizügigkeit diene. Weiter seien analog zum Gemeinschaftsrecht und gemäss denselben Grundsätzen familienrechtliche Scheinbeziehungen vom Nachzugsrecht ausgeschlossen. In diesem Sinn sei zu verlangen, dass bereits vor der Familienvereinigung ein (soziales) Familienleben tatsächlich bestanden habe, wobei die Familienangehörigen freilich nicht zusammengewohnt, wohl aber ihre Beziehung mit minimaler Intensität gelebt haben müssen. Bei Minderjährigen habe der nachziehende Ehegatte sodann die zivilrechtliche Verantwortung für das Kind zu tragen. Er müsse entweder über das Sorgerecht oder bei geteiltem Sorgerecht über das Einverständnis des anderen Elternteils verfügen. Sodann habe eine Wohnung vorhanden zu sein, die den für Inländer geltenden normalen Anforderungen entspreche. Zu beachten sei weiter der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gemäss Art. 5 Anhang I FZA sowie das Kindeswohl (BGE 136 II 76 f. E. 5.2).

2.7. Die Inländerdiskriminierung ist in erster Linie ein Problem der rechtsgleichen Behandlung von Personen in gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen (vgl. U. Cavelti, Besteuerung nach dem Aufwand, in: IFF Forum für Steuerrecht 2010/2 S. 149). In der Schweiz hat bisher aber keine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik stattgefunden, und das schweizerische Recht kennt eine Vielzahl von Konstellationen, in denen inländische Personen oder Produkte schlechter behandelt werden als aus-ländische, obwohl sie sich in einer vergleichbaren Situation be-finden (vgl. Oesch, a.a.O., S. 788).

2.7.1. Ein Erlass verstösst gegen das in Art. 9 BV verankerte Willkürverbot, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist. Er verletzt das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Das Rechtsgleichheitsgebot ist insbesondere verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (BGE 136 II 127 E. 3.3.2 mit Hinweis auf BGE 127 I 192 E. 5; vgl. auch R. J. Schweizer, in: St. Galler Kommentar zu



Art. 8 BV Rz. 35 mit zahlreichen Hinweisen). Eine Regelung, die Gleiches ungleich und oder Ungleiches gleich behandelt, kann aber zulässig sein, wenn die Gleich- oder Ungleichbehandlung notwendig ist, um das Ziel der Regelung zu erreichen, und die Bedeutung des Ziels die Gleich- oder Ungleichbehandlung rechtfertigt (BGE 136 II 127 E. 3.3.2). Die Ungleichbehandlung selbst kann nie Regelungszweck sein (Schweizer, a.a.O., Art. 8 Rz. 37 mit Hinweis). In diesem Fall muss abgewogen werden zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung (BGE 136 II 127 f. E. 3.3.2; vgl. auch BGE 136 I 8 E. 4.3.2 mit zahlreichen Hinweisen).

2.7.2. Völkerrechtliche Verpflichtungen sind verbindlich, solange sie für den betreffenden Staat in Kraft stehen. Insbesondere ist es nicht möglich, sich auf innerstaatliches Recht zu berufen, um die Nichterfüllung einer völkerrechtlichen Verpflichtung zu rechtfertigen. Es kann somit keine automatische Aufhebung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch den Erlass widersprechenden nationalen Rechts geben (*Maxime pacta sunt servanda*, vgl. BGE 125 II 424 E. 4 c und d [PKK-Urteil] mit Hinweisen, bestätigt mit BGE 128 IV 122 E. 3b, BGE 128 IV 205 E. 1.3; vgl. auch Zusatzbericht des Bundesrats vom 30. März 2011 zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2011 III 3623 und 3656). Nach dem PKK-Urteil sind diese völkerrechtlichen Prinzipien in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar und binden nicht nur den Gesetzgeber, sondern sämtliche Staatsorgane. Daraus ergibt sich, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht. Dies hat zur Folge, dass eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden kann. Diese Konfliktregelung drängt sich umso mehr auf, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient (BGE 125 II 425 E. 4 d). Mit dem PKK-Urteil ist die sog. Schubert-Praxis (BGE 99 Ib 39 ff.), wonach das Völkerrecht in den Hintergrund tritt, wenn sich der Gesetzgeber bewusst darüber hinweggesetzt hat, in Bezug auf internationale Menschenrechtsgarantien relativiert worden, jedenfalls soweit sie in der EMRK verankert sind (vgl. dazu Zusatzbericht des Bundesrats vom 30. März 2011 zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, a.a.O., ABI 2011 III 3656). Auch hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 9. Mai 2007 (BGE 133 V 367 ff., Pra. 97 [2008] Nr. 71) dem älteren Vertrag (FZA) den Vorrang vor der jüngeren Gesetzgebung



(Arbeitslosenversicherungsgesetz) mit der Begründung eingeräumt, der Vertrag schütze das grundrechtliche Diskriminierungsverbot (vgl. dazu Zusatzbericht des Bundesrats vom 30. März 2011 zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2011 III 3656).

2.7.3. Die völkerrechtskonforme Auslegung von Landesrecht hat das Ziel, Völkerrecht und Landesrecht miteinander in Einklang zu bringen. Analog zur verfassungskonformen Auslegung des Landesrechts hat sie die Funktion, die völkerrechtlichen und die landesrechtlichen Normen zu harmonisieren (Bericht des Bundesrats zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates [BBI 2010 II 2306 E. 8.5 mit Hinweis auf Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 163 mit Hinweis auf BGE 117 Ib 367, 373], vgl. auch Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 562 f. mit Hinweisen). Die Pflicht, das Landesrecht völkerrechtskonform auszu-legen, wird aus Art. 5 Abs. 3 und 4 BV abgeleitet, wonach staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben handeln und Bund und Kantone das Völkerrecht beachten. Es handelt sich dabei um das landesrechtliche Gegenstück zu den in den Art. 26 und 27 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (SR 0.111) verankerten völkerrechtlichen Pflichten, wonach die Vertragsparteien einen Vertrag nach Treu und Glauben zu erfüllen haben und sich nicht auf innerstaatliches Recht berufen dürfen, um die Nichterfüllung des Vertrags zu rechtfertigen. Wie der Bundesrat festgehalten hat, sind die Behörden verpflichtet, bereits im Gesetzgebungsverfahren auf mögliche Unvereinbarkeiten zwischen dem Landesrecht und dem Völkerrecht zu achten. Unstatthaft ist eine völkerrechtskonforme Auslegung dann, wenn der Sinngehalt einer landesrechtlichen Norm eindeutig gegen Völkerrecht verstösst. Dann liegt ein Normkonflikt vor, der nach den für das Verhältnis von Landesrecht zu Völkerrecht geltenden Kollisionsregeln zu lösen ist (Rhinow/Schefer, a.a.O., Rz. 565 mit Hinweis auf BGE 125 II 424).

2.8. Fest steht, dass die Absicht bestand, den Familiennachzug zu Schweizern gestützt auf innerstaatliches Recht möglichst gleich zu regeln, wie denjenigen zu in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Staatsangehörigen einer Vertragspartei des FZA. Daran ändert



nichts, dass die Staatspolitische Kommission des Nationalrats im Bericht zur Parlamentarischen Initiative Tschümperlin am 18. November 2010 erwogen hat, im AuG sei bewusst eine Unterscheidung zwischen dem Familiennachzug von Angehörigen aus Drittstaaten und dem Nachzug von Angehörigen aus denjenigen Staaten vorgenommen worden, mit denen die Schweiz ein FZA abgeschlossen habe. Der Gesetzgeber wollte mit Art. 42 Abs. 2 AuG jedenfalls nicht gegen das Freizügigkeitsrecht verstossen, weshalb diese Norm einer völkerrechtskonformen Auslegung zugänglich ist. Offensichtlich ist aber, dass in der Schweiz aufenthaltsberechtigte Angehörige von Mitgliedstaaten des FZA bezüglich des Familiennachzugs in die Schweiz heute weitergehende Rechte haben als Schweizerinnen und Schweizer. Weil Schweizer Bürgerinnen und Bürger, die ihrerseits von der Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht haben, aus dem FZA keine Familiennachzugsrechte ableiten können und das innerstaatliche Recht zur Anwendung kommt (vgl. BGE 136 II 129 E. 3.4.1), werden sie auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit gegenüber in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Angehörigen von Mitgliedstaaten des FZA diskriminiert (vgl. dazu Spescha, in: AJP 11/2008 S. 1432 ff.). Dieser Umstand, der vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, ist darauf zurückzuführen, dass das Bundesgericht für die Anwendung des FZA seine Rechtsprechung seit Vollzugsbeginn des AuG am 1. Januar 2008 (AS 2007 5489) in Anlehnung an Praxisänderungen des EuGH geändert hat. Es hat die Akrich-Praxis aufgegeben und die Metock-Praxis für massgeblich erklärt, abgesehen davon, dass sich das Nachzugsrecht nach FZA nun auch auf Stiefkinder mit Drittstaatenangehörigkeit bezieht. In Betracht fällt weiter, dass nicht ersichtlich ist, inwieweit die Tatsache, dass Schweizer Bürgerinnen und Bürger bezüglich des Nachzugsrechts von Familienangehörigen nach dem Wortlaut von Art. 42 Abs. 2 AuG, der mit der Metock-Praxis nicht vereinbar ist, nun gegenüber Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten bzw. gegenüber dem freizügigkeitsrechtlichen Nachzugsanspruch benachteiligt werden, durch objektive und sachliche Gründe gerechtfertigt sein könnte. Im Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 18. November 2010 wird in diesem Zusammenhang zwar ausgeführt, die Ausdehnung des Familiennachzugs würde Scheinehen zwischen Schweizerinnen und Schweizern mit Personen aus Drittstaaten begünstigen und der quantitativ bedeutende Familiennachzug aus Drittstaaten solle nicht auf Angehörige ausgedehnt werden, die auf Unterhalt angewiesen seien. Diese Argumente sind aber



nicht geeignet, eine Schlechterstellung von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern gegenüber aufenthaltsberechtigten Angehörigen von FZA-Mitgliedstaaten zu rechtfertigen, zumal auch bei dieser Personengruppe nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie Scheinehen mit Angehörigen aus Drittstaaten eingeht und dass sie Familienangehörige in die Schweiz nachzieht, die unterhaltsbedürftig sind. Die Tatsache, dass die Zahl der Scheinehen mit Personen aus Drittstaaten und die Zahl unterhaltsbedürftiger Personen zunehmen könnte, schliesst eine völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 42 Abs. 2 AuG jedenfalls nicht aus, auch wenn die Attraktivität der Schweiz als Einwanderungsland ungebrochen ist. Hinzu kommt, dass der Familiennachzug in jedem Fall nicht vorbehaltlos zulässig ist (vgl. dazu BGE 136 II 76 E. 5.2) und dass ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Schweizerinnen und Schweizern gestützt auf Art. 42 Abs. 1 AuG ohnehin unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung haben, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Zu berücksichtigen ist weiter, dass nicht davon ausgegangen werden kann, der Gesetzgeber werde sich des Problems der Inländerdiskriminierung im Bereich des Familiennachzugs in absehbarer Zeit annehmen und es beheben. Er hat einer ersten parlamentarischen Initiative Tschümperlin zur Beseitigung und Verhinderung der Inländerdiskriminierung (08.494) keine Folge gegeben (vgl. AB 2009 N 1748), allerdings bevor das Bundesgericht die Rechtsprechung i.S. Metock übernommen hatte (vgl. BGE 136 II 131 E. 3.5.3). Sodann beantragen die Staatspolitischen Kommissionen des Nationalrats und des Ständerats, der am 19. März 2010 eingereichten zweiten parlamentarischen Initiative Tschümperlin (10.427) sei keine Folge zu geben. Gemäss Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 18. November 2010 sieht die Kommission keine Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber die vom Bundesgericht festgestellte Ungleichbehandlung umgehend beseitigt und das AuG im Sinn der Initiative revidiert. Sie vertritt den Standpunkt, bevor eine Diskussion über neue Rechtsansprüche geführt werde, gelte es, die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten. Sodann hält sie fest, ein Teil der Kommission bestreite, dass eine Diskriminierung im Rechtssinn vorliege und verweise auf das politische Recht des Gesetzgebers, sich einem Urteil des Bundesgerichts nicht zu beugen.

Unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 und Art. 14 EMRK sowie von Art. 13, Art. 8 und Art. 9 BV ist es geboten, Art. 42 Abs. 2 AuG entsprechend seinem Sinn und Zweck



dahingehend auszulegen, dass die Nachzugsrechte von Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern nicht davon abhängig gemacht werden dürfen, dass sie im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Staates sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen geschlossen wurde. Sodann sind nicht nur gemeinsame Kinder nachzugsberechtigt, sondern auch Kinder des nachziehenden Ehegatten, somit Stiefkinder des Ehegatten mit schweizerischer Nationalität. Dies hat zur Folge, dass Art. 42 Abs. 1 AuG, wonach ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung haben, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, gegenstandslos wird (vgl. dazu Spescha, in: AJP 11/2008 S. 1437). Dies bedeutet aber nicht, dass der Familiennachzug vorbehaltlos zulässig ist. Wie nach dem Freizügigkeitsrecht ist erforderlich, dass der Ehegatte, der schweizerischer Staatsangehöriger ist, mit dem Nachzug der Stiefkinder einverstanden ist. Weiter sind familienrechtliche Scheinbeziehungen vom Nachzugsrecht ausgeschlossen. In diesem Sinn ist zu verlangen, dass bereits vor der Familienvereinigung ein soziales Familienleben tatsächlich stattgefunden hat, wobei die Familienangehörigen nicht zusammengewohnt, wohl aber ihre Beziehung mit minimaler Intensität gelebt haben müssen. Bei Minderjährigen hat der nachziehende Ehegatte sodann die zivilrechtliche Verantwortung für das Kind zu tragen, d.h. er muss entweder über das Sorgerecht oder bei geteiltem Sorgerecht über das Einverständnis des anderen Elternteils verfügen. Weiter muss eine Wohnung vorhanden sein, die den für In-länder geltenden normalen Anforderungen entspricht. Zu beachten sind schliesslich der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sowie die Anforderungen des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107). Der Nachzugsentscheid darf nicht in Widerspruch zum Kindeswohl stehen (vgl. BGE 136 II 76 f. E. 5.2).

2.9. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Art. 42 Abs. 2 lit. a AuG ist im vorliegenden Fall anwendbar. Der Sohn der Beschwerdeführerin bzw. der Stiefsohn des Beschwerdeführers ist ein Familienangehöriger im Sinn dieser Vorschrift und der Anspruch auf Familiennachzug des russischen Staatsangehörigen C. R. ist erfüllt, auch wenn er nicht im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Staates ist, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde. Dementsprechend sind der



St.Galler Gerichte

angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 28. März 2011 und die Verfügung des Migrationsamtes vom 5. Januar 2011 aufzuheben und die Streitsache ist im Sinn der Erwägungen zur Neubeurteilung an das Migrationsamt zurückzuweisen.

2.9.1. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Staat aufzuerlegen (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. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- ist den Beschwerdeführern zurückzuerstatten.

Bei Gutheissung eines Rechtsmittels ist zugleich von Amtes wegen über die amtlichen Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden. In der Regel wird die Kostenverlegung in Bezug auf die Beteiligten und ihre Anteile analog dem Rechtsmittelentscheid vorgenommen (R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 103). Dementsprechend sind dem Staat die Kosten des Rekursentscheids von Fr. 1'000.-- aufzuerlegen. Auf die Erhebung dieser Kosten wird ebenfalls verzichtet.

2.9.2. Die Beschwerdeführer haben Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren (Art. 98 Abs. 1 und Abs. 2 VRP). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Das Gericht erachtet eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. Barauslagen, zuzüglich MWSt) für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren für angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. a und b HonO).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:



St.Galler Gerichte

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid vom 28. März 2011 und die Verfügung des Migrationsamtes vom 5. Januar 2011 werden aufgehoben und die Streitsache wird im Sinn der Erwägungen zur Neubeurteilung an das Migrationsamt zurückgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- werden dem Staat auferlegt. Auf die Erhebung der Kosten wird verzichtet. Den Beschwerdeführern wird der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- zurückerstattet.

3./ Die amtlichen Kosten des Rekursverfahrens von Fr. 1'000.-- werden dem Staat auferlegt. Auf die Erhebung der Kosten wird verzichtet. Den Beschwerdeführern wird der Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- zurückerstattet.

4./ Der Staat hat die Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren mit Fr. 4'000.-- (zuzüglich MWSt) ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt lic. iur. P. M., 8021 Zürich)
- die Vorinstanz
- Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabern

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.