

5. Ausländerrecht

Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG. – Der nachträgliche Familiennachzug gemeinsamer, im Ausland zurückgelassener Kinder durch in der Schweiz niedergelassene und zusammen lebende Eltern steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Je länger mit der Ausübung des Nachzugsrechts ohne sachlichen Grund zugewartet wird und je knapper die verbleibende Zeit bis zur Volljährigkeit ist, umso eher stellt sich die Frage, ob wirklich die Herstellung der Familiengemeinschaft beabsichtigt ist oder nicht zweckwidrig bloss die Verschaffung einer Niederlassungsbewilligung.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20, in Kraft seit 1. Januar 2008) eingereicht worden sind, bleibt das bisherige Recht anwendbar. Vorliegend haben die Beschwerdeführer ihr Gesuch um den Nachzug ihres Sohnes E. am 4. Dezember 2007, d.h. wenige Tage vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingereicht. Anwendbar ist somit das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG).

3. Ledige Kinder von Ausländern, die in der Schweiz niedergelassen sind, haben Anspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung ihrer Eltern, wenn sie mit diesen zusammen wohnen und noch nicht 18 Jahre alt sind (Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG). Zweck des so genannten Familiennachzugs ist es, das Leben in der Familiengemeinschaft zu ermöglichen. Der Gesetzeswortlaut verdeutlicht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die rechtliche Absicherung des Zusammenlebens der Gesamtfamilie angestrebt wird: Verlangt ist ausdrücklich, dass die Kinder mit «ihren Eltern» zusammen wohnen werden. Die Nachzugsregelung ist mithin auf Familien zugeschnitten, in denen beide Eltern einen gemeinsamen ehelichen Haushalt führen (grundlegend BGE 118 Ib 153 E. 2b S. 159; ferner BGE 129 II 11 E. 3.1 S. 14 f.; 126 II 329 E. 2a S. 330). ...

... Der Sohn der Beschwerdeführer war im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs 17 Jahre und zwei Monate alt. Auch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung sind erfüllt: Beide Eltern leben in gemeinsamem ehelichem Haushalt, und der Sohn soll mit ihnen zusammen wohnen. Sein Miteinbezug in die Niederlassungsbewilligung darf nur verweigert werden, wenn sich das Gesuch als rechtsmissbräuchlich erweist.

4. Rechtsmissbrauch liegt beim Familiennachzug nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn nicht die Herstellung der Familiengemeinschaft in der Schweiz beabsichtigt ist, sondern Art. 17 Abs. 2 ANAG zweckwidrig für die Beschaffung einer Niederlassungsbewilligung allein im Hinblick auf eine künftige selbständige Anwesenheit als Erwachsener und eine Erwerbsaufnahme in der Schweiz, d.h. zwecks Verschaffung besserer Zukunftsaussichten angerufen wird (vgl. BGE 126 II 333 E. 3b). Rechtsmissbrauch kann auch dann angenommen werden, wenn das Leben in der Familiengemeinschaft allenfalls eine gewisse Rolle spielen könnte, jedoch als Motiv für die Gesuchseinreichung von verschwindend geringer Bedeutung ist (Urteile 2A.744/2005 vom 3. April 2006 E. 3.2 und 2A.31/2005 vom 26. Mai 2005 E. 3.1).

Von einem Rechtsmissbrauch ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. hierzu insbesondere Entscheid 2A.455/2004 vom 13. Dezember 2004) nicht leichthin auszugehen. Da ein direkter Beweis kaum je möglich ist, genügen Indizien hierfür. Erforderlich sind aber klare Hinweise für rechtsmissbräuchliches Verhalten (BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151; 127 II 49 E. 5a S. 56 f., je betreffend die rechtsmissbräuchliche Berufung auf Art. 7 ANAG). Die Frage des Rechtsmissbrauchs bei Nachzugsgesuchen für im Ausland verbliebene gemeinsame Kinder zusammenlebender Eltern kann sich dann stellen, wenn mit der Ausübung des Nachzugsrechts ohne sachlichen, einleuchtenden Grund lange zugewartet und den nachzuziehenden Kindern nur noch wenig Zeit bis zum Erreichen der Volljährigkeit bleibt. Es erscheint auch bei zusammenlebenden Eltern umso weniger glaubwürdig, dass mit dem Gesuch wirklich die Zusammenführung der Familie angestrebt wird, je näher das Alter des Kindes an der Grenze zu 18 Jahren liegt (BGE 126 II 329 E. 3b und E. 4a S. 333; Entscheid 2A.664/2004, E. 2.2). Immer im Auge zu behalten ist dabei aber, dass der Nachzug erst bei Erreichen der Altersgrenze ausgeschlossen und vorher grundsätzlich zulässig ist. Wird um die Zusammenführung sämtlicher Familienmitglieder einige Zeit vor Erreichen der Volljährigkeit der Kinder ersucht, spielt das Motiv des Zusammenlebens in der Familie angesichts verbleibender Betreuungs- und Erziehungsbedürfnisse naturgemäss regelmässig noch eine gewisse Rolle und kommt ihm entsprechend kaum bloss verschwindend geringe Bedeutung zu. An den von den Behörden zu erbringenden Nachweis eines Rechtsmissbrauchs sind in einem solchen Fall hohe Anforderungen zu stellen. Dabei kommt der Mitwirkungspflicht des Ausländers (vgl. BGE 122 II 385 E. 4c/cc S. 394) nicht die gleiche Bedeutung zu wie im Fall des Kindernachzugs von getrennt lebenden Eltern, wo triftige Gründe für die nachträgliche Einreise des Kindes aufzuzeigen sind. Bloss dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch zu sprechen scheinen, liegt es an ihm, gegen diese Vermutung sprechende Umstände aufzuzeigen bzw. glaubhaft zu machen.

Als rechtsmissbräuchlich hat das Bundesgericht das Familiennachzugsgesuch für eine über 17 Jahre alte Tochter erachtet. Diese war vorher während neun Jahren von ihrer Grossmutter in Mazedonien grossgezogen worden, und nur für ihre beiden älteren Brüder war Jahre zuvor der Nachzug zu den Eltern in der Schweiz organisiert worden (Urteil 2A.314/2001 vom 10. Dezember 2001). Ebenfalls Rechtsmissbrauch nahm das Bundesgericht im Fall eines Ehepaars an, das seine zwei Kinder während Jahren in der Heimat zurückliess; für den Sohn wurde nie ein Nachzugsgesuch gestellt, für die Tochter erst kurz bevor sie 17 Jahre alt war, ohne dass nachvollziehbare Beweggründe für dieses Zuwarten und den Verzicht auf den Nachzug für den Sohn glaubhaft aufgezeigt worden wären (Urteil 2A.273/2000 vom 25. August 2000). Als rechtsmissbräuchlich erwies sich das Nachzugsgesuch für einen 16 ¾ Jahre alten Sohn. Dieser hatte die ersten vier Jahren in der Schweiz verbracht, woraufhin ihn die Eltern zusammen mit der älteren Schwester in die Türkei zurückschickten, wo er während 12 Jahren von der Grossmutter betreut wurde. Auf den Nachzug der älteren Tochter verzichteten die Eltern (Urteil 2A.247/1998 vom 15. September 1998). Rechtsmissbrauch bejahte das Bundesgericht im Fall eines Nachzugsgesuchs für eine 16-jährige Tochter. Diese hatte Jahre zuvor, im Alter von zehn Jahren, bereits einmal zusammen mit ihren beiden Brüdern bei ihren Eltern gewohnt; dies gestützt auf ein Nachzugsgesuch, welches für sie gestellt worden war, damit den beiden knapp 18 bzw. 16 Jahre alten Söhnen die Anwesenheit im Rahmen des Gesamtfamiliennachzugs bewilligt werden konnte. Ein Jahr nach Erteilung der entsprechenden Niederlassungsbewilligungen hatten die Eltern sie allein wieder in ihr Heimatland zurückgeschickt. Angesichts der gesamten Vorgeschichte musste angenommen werden, dass mit dem Nachzug nicht das familiäre Zusammenleben ermöglicht werden sollte (BGE 119 Ib 81).

Etwas anderes gilt, wenn die Familiengemeinschaft in der Schweiz aus guten Gründen erst nach Jahren hergestellt wird; solche Umstände müssen sich aus den Umständen des Einzelfalles ergeben (vgl. BGE 129 II 253 E. 2.1; Peter Uebersax, Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, S. 18 mit Hinweisen). Verneint hat das Bundesgericht einen Rechtsmissbrauch bei folgender Konstellation: Die in der Schweiz geborene Tochter eines hier niedergelassenen Ehepaars wurde, anders als weitere Kinder des Ehepaars, ins Heimatland zu den Grosseltern geschickt, wo sie aufwuchs. Als die Tochter gut 15 ½ Jahre alt war, stellten die Eltern für sie ein Nachzugsgesuch. Es war davon auszugehen, dass ihr altersadäquate Fürsorge nunmehr eher in der Familiengemeinschaft mit ihren Eltern und zwei noch minderjährigen Geschwistern gewährleistet werden könne als bei der Grossmutter im Ausland. Berücksichtigt wurde, dass finanzielle Gründe, die (fehlenden) Betreuungsmöglichkeiten (bei Erwerbstätigkeit beider El-

tern) sowie die aufgrund konkreter Umstände bei einem Wechsel zur Unzeit zu befürchtenden schulischen Schwierigkeiten den verlängerten Auslandsaufenthalt als nachvollziehbar erscheinen liessen (BGE 126 II 329). Ebenfalls als nicht missbräuchlich gewertet hat das Bundesgericht ein Nachzugsgesuch für einen Sohn, das sieben Wochen vor Erreichen des 18. Altersjahrs gestellt worden war. Der Sohn hatte im Alter von acht bis elf Jahren bereits zusammen mit seinen Eltern in der Schweiz gewohnt; danach reiste er zusammen mit der Mutter in die Heimat zurück. Der allein in der Schweiz verbliebene Vater beantragte den Nachzug nicht nur für den Sohn, sondern auch für dessen Mutter bzw. seine Ehefrau, welche den Sohn durchwegs betreut hatte; unter solchen Umständen wurde angenommen, dass das Familienleben für die Betroffenen eine wichtige Rolle spielte und dieser Gesichtspunkt somit für das Gesuch nicht nur verschwindend geringe Bedeutung zu haben schien (Urteil 2A.221/2001 vom 30. August 2001).

5. a) Der Beschwerdeführer erhielt im Jahr 1991 eine Jahresaufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Währenddem seine Ehefrau erst 1992 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz kam und ihre Kinder so zumindest anfänglich selbst betreute, lebt er seit der Geburt seiner drei Kinder getrennt von ihnen. Er verzichtete sechzehn Jahre lang freiwillig auf die Möglichkeit, die beiden Töchter und den Sohn zu sich in die Schweiz zu holen und so die Familie zusammenzuführen. ...

(...)

6. Der Gesetzgeber bestätigt mit den Bestimmungen im neuen Ausländerrecht, dass Sinn und Zweck des Familiennachzugs das familiäre Zusammenleben im Sinne der Zusammenführung der Gesamtfamilie ist. Es ist möglichst das Zentrum des Familienlebens in die Schweiz zu verlegen. Der Nachzug soll möglichst bald erfolgen, um eine möglichst optimale und rasche Integration der Kinder in der Schweiz zu fördern. Deshalb sieht die Regelung von Art. 47 Abs. 1 AuG – in Umsetzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum späten Familiennachzug kurz vor Erreichen des Mündigkeits- bzw. Erwerbstätigkeitsalters gestützt auf das ANAG – Nachzugsfristen vor, von denen nur beim Vorliegen wichtiger familiärer Gründe (Art. 47 Abs. 4 AuG) abgesehen werden kann. Der nachträgliche Familiennachzug soll im Interesse einer guten Integration nur zurückhaltend angewendet werden (vgl. zum neuen Recht Raselli/ Hausammann/ Möckli/ Urwyler, Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Basel, 2. Aufl. 2009, Rz. 16.4, 16.7, 16.11).

In Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und des Sinns und Zwecks der alt- wie der neurechtlichen Regelung ist den Vorinstanzen zuzustimmen, dass die Beschwerdeführer bewusst in Kauf genommen haben, dass ihr

jüngster Sohn bei seinen Grosseltern aufgewachsen ist, und dass beim umstrittenen Gesuch die Zusammenführung der Familie nicht mehr als eigentliches Ziel des Familiennachzugs im Vordergrund stehen konnte. Obwohl die Fremdenpolizei des Kantons X. bereits am 3. November 1999 für alle drei Kinder die Ermächtigung zur Visumerteilung ausgestellt hatte, haben sie die zeitlich befristete Ermächtigung am 2. Februar 2000 unbenutzt erlöschen lassen, ohne dass hierfür ökonomische Schwierigkeiten nachgewiesen wären. Dass eine Integration im Ausland, d.h. in der Schweiz, mit einem Wechsel auch der schulischen Ausbildung verbunden gewesen wäre, ist so selbstverständlich, dass es jedenfalls nicht als Begründung für einen sozusagen objektiv gebotenen jahrelangen Verzicht auf die Zusammenführung der Gesamtfamilie angeführt werden kann. Stattdessen haben die Beschwerdeführer acht Jahre lang aus freien Stücken auf den Familiennachzug verzichtet, obwohl amtlich belegt war, dass diesem rechtlich nichts im Wege stand. Am 4. Dezember 2007 – mehr als acht Jahre nach dem ersten Gesuch – stellten sie erneut ein Gesuch um Familienachzug, jetzt nur noch für ihren Sohn E., der zu diesem Zeitpunkt kurz vor der Vollendung des 18. Altersjahrs stand. Dies widerspricht klar dem Ziel eines möglichst raschen Nachzuges. Im Zeitpunkt des aufgrund der Gesuchsbegründung faktisch frühestmöglichen Einreisetermins in die Schweiz, nämlich dem Abschluss von E.'s Ausbildung am 10. Juni 2008, stand er sogar schon weniger als vier Monate vor seiner Volljährigkeit. Eine Zusammenführung der Gesamtfamilie mit den beiden Töchtern und dem Sohn wäre aufgrund der Volljährigkeit der Schwestern schon rechtlich nicht mehr möglich gewesen. Die Erklärung, man habe die berufliche Ausbildung des Sohnes in der Heimat nicht abbrechen wollen, ist achtbar, nicht aber vereinbar mit dem Sinn und Zweck des vom Gesetzgeber ausgestalteten Familiennachzugs. Mit dem Entscheid, den Sohn seine ganze, erst kurz vor dem 18. Lebensjahr endende Ausbildung in der Heimat absolvieren zu lassen, haben sich die Beschwerdeführer konkludent, aber klar gegen eine Zusammenführung der Familie entschieden, und zwar in einer vom erzieherischen Standpunkt her gesehen wichtigen Zeit. Dass sie ihre Kinder und die Grosseltern mehrmals jährlich besuchten und mit ihnen die Ferien verbrachten, ändert daran nichts. Im Alter von nahezu 18 Jahren bedarf ein gemäss den Angaben der Beschwerdeführer anständiger und gut erzogener junger Mann aber nur noch einer altersgerechten, d.h. vergleichsweise geringen erzieherischen Aufmerksamkeit und entsprechender Fähigkeiten seiner engsten Betreuungspersonen. Deshalb ist auch nicht anzunehmen, dass Grosseltern im Alter von 63 (Grossmutter) bzw. 70 (Grossvater) Jahren, die ihren Enkel bereits während mehr als 15 Jahren (nach der Übersiedlung seiner Mutter in die Schweiz im Jahr 1992) erzogen haben, als Bezugspersonen überfordert sein könnten. Zudem leben immerhin zwei erwachsene Schwestern ebenfalls in der Heimat und lassen sich enge Kontakte auch über grössere Distanzen pflegen. Umgekehrt

dürfte sogar der Sohn seinen Grosseltern eine zunehmend wichtigere Stütze geworden sein. Dass der Abschluss der Lehre kurz vor Erreichen des 18. Lebensjahres eine Änderung der Betreuungsverhältnisse gebieten würde, ist nicht nachvollziehbar. Andererseits fällt ins Gewicht, dass mit erhöhten Integrationsschwierigkeiten zu rechnen ist, je älter ein Kind ist. E. wäre am faktisch frühestmöglichen Einreisedatum bereits 17 Jahre und 8 Monate alt gewesen. Dass er in der Heimat begonnen hat, die deutsche Sprache zu lernen, ändert an dieser der Rechtsprechung zu Grunde liegenden Erfahrungstatsache nichts.

Dass die Beschwerdeführer bei der Einreichung des Nachzugsgesuches am 4. Dezember 2007 zunächst kein Einreisedatum nennen wollten und erst auf Rückfrage der Amtsstelle überhaupt den Januar 2008 nannten, zeigt klar auf, dass ihr Sohn in jedem Fall die technische Schule in A. am 10. Juni 2008 abschliessen sollte und somit erst nach diesem Datum hätte in die Schweiz ziehen sollen. Dass sie gemäss ihren Ausführungen gegenüber der Vorinstanz vom 22. September 2008 mit der Angabe des Januars 2008 damit lediglich hätten zum Ausdruck bringen wollen, sie wünschten sich eine rasche Behandlung des Gesuches, ist nicht glaubhaft. Die Beschwerdeführer haben die beiden Töchter volljährig und ihren Sohn beinahe 18 Jahre alt werden lassen, ohne sie in die Schweiz nachzuziehen, obwohl dies sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich möglich gewesen wäre. Dies belegt, dass weder der Wunsch nach einem intakten Familienleben noch die Betreuungsverhältnisse durch die Grosseltern die Beschwerdeführer dazu veranlasst haben, die Gesamtfamilie in der Schweiz zusammenzuführen.

Bezüglich der weiteren Argumente der Beschwerdeführer ist festzustellen, dass die Familiengemeinschaft als hoher Wert und als erstrangige Hilfe bei der Integration bei einem Sohn, der erst als Erwachsener nachgezogen wird, ihre wichtige Funktion aus objektiven Gründen voraussichtlich kaum noch spielen kann. Die gesetzliche Altersgrenze von 18 Jahren wird ihres gesetzgeberischen Gehalts entleert, wenn sie angerufen wird in Fällen, in denen schon lange vorher ein Nachzug möglich gewesen und bewusst nicht bzw. erst kurz vor ihrem Erreichen gewählt worden ist. Der Nachzug würde im Falle des Sohns der Beschwerdeführer nicht mehr in einem Alter erfolgen, in dem Jugendliche normalerweise noch einige Zeit im Familienverband leben und die Betreuung der Eltern gerade auch im Hinblick auf die Planung und Vorbereitung des – hier bereits unmittelbar bevorstehenden – Eintritts ins Berufsleben beanspruchen (vgl. Entscheid 2A.455/2004, E. 2.3.2). Die erleichterte Integration von Kindern ist aber nicht nur der Zweck der Nachzugsfristen im neuen Recht, sondern auch der Sinn und Zweck der Praxis zum alten Recht, wobei für die Kinder eine umfassende Schulbildung in der Schweiz eine wichtige Basis für eine erfolgreiche Zukunft darstellt (vgl. Marc Spescha, Migrati-

onsrecht, Zürich, 2. Auflage 2009, Komm. zu Art. 47 N 1). Diesem gesetzgeberischen Konzept haben sich die Beschwerdeführer mit ihrer – aus persönlichen Gründen selbstverständlich achtbaren und nicht auf ihre Sachgerechtigkeit zu überprüfenden – Familienplanung ausdrücklich entzogen. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen der Schluss, es gehe den Eltern beim Nachzug ihres Sohnes E. im Wesentlichen nur noch darum, diesem eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz bzw. eine bessere Erwerbsmöglichkeit zu verschaffen, ohne dass dem Motiv des familiären Zusammenlebens noch die ernsthafte, vom Gesetz vorausgesetzte Bedeutung zukäme (vgl. in einem vergleichbaren Fall das Bundesgericht im Entscheid 2A.664/2004 vom 22. November 2004).

Somit sind die Voraussetzungen für den Familiennachzug im vorliegenden Fall nicht erfüllt und ist die Bewilligungsbehörde pflichtgemäss verfahren. Der Regierungsrat hat mit seinem Beschluss kein Recht verletzt und auch das ihm zustehende Ermessen nicht überschritten. Der angefochtene Entscheid ist von daher nicht zu beanstanden.

7. Diese Auslegung von Art. 17 Abs. 2 ANAG steht nicht im Widerspruch zu den Ansprüchen aus Art. 8 EMRK: Diese Bestimmung vermittelt kein absolutes Recht auf Einreise und eine Aufenthaltsbewilligung von Familienmitgliedern, wenn ein Ausländer selbst die Entscheidung getroffen hat, von seiner Familie getrennt in einem anderen Land zu leben, für die Änderung der bisherigen Verhältnisse keine überwiegenden familiären Interessen bestehen und die Fortführung und Pflege der bisherigen familiären Beziehungen nicht behördlich verhindert wird (vgl. hierzu Bundesgerichtsentscheid 119 Ib 90 E. 4a und b).

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Januar 2010

V 2009 / 123

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das Bundesgericht mit Urteil vom 1. Oktober 2010 ab (2C_181/2010).

6. Vormundschaftsrecht

Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB, Art. 17 Abs. 2 DSG – Akteneinsichtsanspruch der Nachkommen gegenüber einer verbeiständeten Person bzw. dem Beistand und der Vormundschaftsbehörde. Geheimhaltungspflicht der vormundschaftlichen Organe.