Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-237/2009
{T 0/2}

Urteil vom 13. Juli 2009

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richter Antonio Imoberdorf, Richter Jean-Daniel Dubey,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

1. **D**._____,
2. **V**._____,
vertreten durch D._____,
Beschwerdeführer,
Beschwerdeführer 2 vertreten durch Beschwerdeführer 1 (Vater), dieser vertreten durch lic. iur. Peter Bolzli, Rechtsanwalt, Langstrasse 4, 8004 Zürich,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug).

Sachverhalt:

A.
Der aus Mazedonien stammende D._____ (geb. 1969, nachfolgend: Beschwerdeführer 1) war von 1990 bis Oktober 2001 mit der Mutter von A._____ (geb. 1988) und V._____ (geb. 1991, nachfolgend: Beschwerdeführer 2) verheiratet. Von 1991 bis 1996 weilte er jeweils als Saisonnier zur Erwerbstätigkeit im Kanton Zürich. In der Folge blieben seine Bemühungen um Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung ohne Erfolg. Weil er sich vom 25. August bis 2. November 1997 illegal in der Schweiz aufgehalten hatte, wurde gegen ihn eine Einreisesperre gültig bis 2. November 1998 verhängt. Mit Verfügung vom 15. April 1999 lehnte das Bundesamt für Ausländerfragen (heute: BFM) ein Gesuch des Beschwerdeführers 1 um Bewilligung der Einreise in die Schweiz ab.

B.
Am 20. Oktober 2001 heiratete der Beschwerdeführer 1 in Mazedonien eine Schweizer Bürgerin. Gestützt auf diese Heirat erhielt er am 1. März 2002 eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Ehefrau im Kanton Zürich. Seine beiden Söhne (A._____ und V._____) lebten seit Geburt zusammen mit ihrer Mutter in Mazedonien. Mit dem Scheidungsurteil vom 15. Oktober 2001 wurde dieser das Sorgerecht zugesprochen und der Beschwerdeführer 1 zu Unterhaltszahlungen verpflichtet. Mit Urteil vom 27. Dezember 2002 wurde das Sorgerecht auf den Beschwerdeführer 1 übertragen. Das in der Folge (10. Juli 2003) eingereichte Familiennachzugsgesuch für seine beiden Söhne zum Verbleib bei ihm in der Schweiz wurde mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 28. August 2003 abgewiesen. Im unangefochten gebliebenen Entscheid vom 20. Oktober 2004 bestätigte der Regierungsrat des Kantons Zürich diese Verfügung (mangels vorrangiger familiärer Beziehung zwischen dem Beschwerdführer 1 und seinen beiden Söhnen).

Mit Gesuch vom 12. April bzw. 24. Mai 2007 (ergänzt durch Eingaben vom 10. Juli und 15. August 2007) gelangte der Beschwerdeführer 1, diesmal als Niedergelassener, wiederum an die kantonale Migrationsbehörde und beantragte nur noch den Nachzug des Beschwerdeführers 2, wobei eine veränderte Sachlage geltend gemacht wurde (älterer Bruder und Mutter aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen, fehlende Betreuung wirke sich negativ auf Entwicklung des Beschwer-

deführers 2 aus). Auch dieses Gesuch wies das Migrationsamt des Kantons Zürich am 5. Oktober 2007 u.a. mit dem Hinweis auf das fortgeschrittene Alter des Beschwerdeführers 2 ab. Auf ein weiteres Gesuch vom 31. Oktober 2007 trat die kantonale Migrationsbehörde am 2. November 2007 nicht ein.

C. Am 28. Januar 2008 beantragte der Beschwerdeführer 1 beim Migrationsamt des Kantons Zürich gestützt auf das am 1. Januar 2008 in Kraft getretene neue Ausländergesetz erneut die Einreise und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für den Beschwerdeführer 2. In diesem Gesuch wurde dargelegt, weshalb die neue Rechtslage einen Wiedererwägungsgrund darstelle bzw. warum unter diesen neuen (rechtlichen) Umständen die altrechtliche Argumentation keine Relevanz mehr habe. Mit Verfügung vom 2. April 2008 trat das Migrationsamt des Kantons Zürich auf das Wiedererwägungesuch ein, wies das Begehren in materieller Hinsicht mit der Begründung ab, dass die Mutter weiterhin in der Lage sei, den Beschwerdeführer 2 im Heimatland zu betreuen und der Beschwerdeführer 1 seinen Sohn weiterhin finanziell unterstützen und die Beziehung im bisherigen Rahmen pflegen könne. Der dagegen erhobene Rekurs wurde mit Beschluss des Regierunsrates des Kantons Zürich vom 24. September 2008 gutgeheissen, wobei der Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bejaht und das Familiennachzugsgesuch auch nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen wurde. Die kantonale Migrationsbehörde überwies die Angelegenheit am 20. November 2008 der Vorinstanz zur Zustimmung.

D.
Mit Verfügung vom 11. Dezember 2008 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zum Familiennachzug und zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer 2. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, einerseits lägen keine wichtigen familiären Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug vor, anderseits sei von einem rechtsmissbräuchlichen Gesuch auszugehen (Umgehung der strengen Zulassungsbestimmungen).

E.
Die Beschwerdeführer gelangten mit Rechtsmitteleingabe vom 14. Januar 2009 an das Bundesverwaltungsgericht und beantragen die Aufhebung der vorgenannten Verfügung und die Anweisung an die Vorinstanz, die Zustimmung zum Familiennachzug und zur Erteilung der

Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer 2 zu erteilen. Gleichzeitig wird darum ersucht, die zuständige Behörde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, dem Beschwerdeführer 2 die Einreise in die Schweiz zu bewilligen und ihm während der Verfahrensdauer den Aufenthalt in der Schweiz zu gestatten.

F.
Mit Zwischenverfügung vom 22. Januar 2009 wies der Instruktionsrichter den Antrag der Beschwerdeführer um Erlass einer vorsorglichen Massnahme (Bewilligung der Einreise des Beschwerdeführers 2 und des Aufenthalts in der Schweiz während der Verfahrensdauer) ab.

G.
Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 26. Februar 2009 auf Abweisung der Beschwerde.

H.
In ihrer Replik vom 23. März 2009 halten die Beschwerdeführer an ihren Rechtsbegehren fest.

I.
Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Verfügungen des BFM betr. Zustimmung zu einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nicht anderes bestimmt (vgl. auch Art. 2 Abs. 4 VwVG).

1.3 Die Beschwerdeführer sind zur Beschwerde legitimiert, und ihr Rechtsmittel wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 48 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2.
Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

3.
3.1 Am 1. Januar 2008 traten das neue Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) und seine Ausführungsverordnungen in Kraft – unter anderem die Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201). In Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt anhängig gemacht wurden, bleibt nach der übergangsrechtlichen Ordnung des AuG das alte materielle Recht anwendbar. Dabei ist grundsätzlich ohne Belang, ob das Verfahren auf Gesuch hin (Art. 126 Abs. 1 AuG) oder von Amtes wegen eröffnet wurde (per analogiam Art. 126 Abs. 1 AuG; vgl. BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Das Verfahren selbst folgt dem neuen Verfahrens- (und Organisationsrecht, vgl. Art. 126 Abs. 2 AuG).

3.2 In casu wurde das Verfahren mit dem (Wiedererwägungs-)Gesuch vom 28. Januar 2008 eingeleitet. Die früher eingeleiteten Verfahren um Familiennachzug für den Beschwerdeführer 2 sind alle noch vor dem 1. Januar 2008 abgeschlossen worden. Demnach ist vorliegend sowohl materiell als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht das neue Recht (AuG und VZAE) anwendbar.

4. Gemäss Art. 99 AuG legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen sowie

kantonale arbeitsmarktliche Vorentscheide dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Dieses kann die Zustimmung verweigern oder den kantonalen Entscheid einschränken. So bedarf es unter anderem der Zustimmung des BFM, wenn bestimmte Personen- und Gesuchskategorien zur Koordination der Praxis im Rahmen des Gesetzesvollzugs der Zustimmungspflicht unterstellt werden (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. a VZAE), oder jenes die Unterbreitung zur Zustimmung in einem Einzelfall verlangt (Art. 85 Abs. 1 Bst. b VZAE). Die kantonale Ausländerbehörde kann dem BFM zudem einen kantonalen Entscheid für die Überprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen zur Zustimmung unterbreiten (Art. 85 Abs. 3 VZAE).

5.

5.1 Nach Art. 43 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Kinder unter zwölf Jahren haben Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 43 Abs. 3 AuG). Der Anspruch auf Familiennachzug muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 AuG). Sinn und Zweck dieser Fristenregelung ist einerseits, die Integration von Kindern zu erleichtern, indem sie möglichst früh nachgezogen werden. Anderseits soll damit verhindert werden, dass Gesuche um Nachzug der Kinder rechtsmissbräuchlich erst kurz vor Erreichen des erwerbsfähigen Alters gestellt werden (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002, S. 3754 f., Ziff. 1.3.7.7).
Die Frist beginnt grundsätzlich mit der Erteilung der Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (Art. 47 Abs. 3 Bst. b AuG). Übergangsrechtlich beginnt sie jedoch mit dem Inkraftreten des AuG am 1. Januar 2008, sofern vor diesem Zeitpunkt die Einreise erfolgt oder das Familienverhältnis entstanden ist (Art. 126 Abs. 3 AuG).

5.2 Art. 8 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) und der inhaltlich gleichwertige Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantieren den Schutz des Privat- und Familienlebens. Darauf kann sich im Zusammenhang mit einer fremdenpolizeilichen Bewilligung be-

rufen, wer nahe Verwandte (Ehegatte, minderjährige Kinder) mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht (Schweizer Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung, Anspruch auf Verlängerung der befristeten Aufenthaltsbewilligung) oder selbst ein solches Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat, sofern die familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1). Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV verschaffen jedoch keine über Art. 43 Abs. 1 AuG hinausgehenden Ansprüche.

6.

Der Beschwerdeführer 2 ist ledig, noch nicht 18 Jahre alt und Sohn des Beschwerdeführers 1, der sich seit März 2002 ordnungsgemäss in der Schweiz aufhält, das Sorgerecht über den Beschwerdeführer 2 hat und seit dem 8. März 2007 über eine Niederlassungsbewilligung verfügt. Sie beabsichtigen, in der Schweiz zusammenzuwohnen. Damit hat der Beschwerdeführer 2 gemäss Art. 43 Abs. 1 AuG grundsätzlich Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Der Anspruch besteht unter der Voraussetzung, dass der Nachzug fristgerecht erfolgt. Als über zwölfjähriges Kind muss der Beschwerdeführer 2 innerhalb eines Jahres nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AuG). Gemäss Art. 126 Abs. 3 AuG ist das fristauslösende Element das Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008. Mit dem Gesuch vom 28. Januar 2008 wurde in casu der Nachzug rechtzeitig beantragt, weshalb auch nicht die speziellen Voraussetzungen ("wichtige familiäre Gründe") für einen nachträglichen Familiennachzug gemäss Art. 47 Abs. 4 AuG zur Anwendung gelangen. Denn um einen nachträglichen Familiennachzug kann es sich nur handeln, wenn die Frist nach Art. 43 Abs. 3 AuG verpasst worden ist (vgl. Niccolo Raselli/Christina Hausammann/Urs Peter Möckli/David Urwyler, Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, Rz. 16.11, S. 751).

7.

Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass die bereits beim ehemaligen Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121; vgl. zum vollständigen Quellennachweis Ziff. I des Anhangs 2 zum AuG) geltenden Kriterien für den Nachzug von Kindern durch einen Elternteil beim AuG weiterhin zur Anwendung gelangen würden und das Familiennachzugsgesuch vorliegend auch rechtsmissbräuchlich sei. Die Beschwerdeführer hingegen legen dar, dass der Anspruch auf Fami-

liennachzug nach Art. 43 Abs. 1 AuG voraussetzungslos bestehe, zumal der Wortlaut dieser Bestimmung klar von Art. 17 Abs. 2 ANAG abweiche und keinen Raum lasse für eine Auslegung, welche zwischen dem Nachzug durch zusammenlebende und getrennt lebende Ehegatten unterscheide. Ferner bestreiten die Beschwerdeführer, den Anspruch auf Familiennachzug rechtsmissbräuchlich geltend gemacht zu haben.

8.

Gemäss Art. 51 Abs. 2 Bst. a AuG erlöscht ein Anspruch nach Art. 43 AuG, wenn er rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird, namentlich um Vorschriften dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen. Damit knüpft diese Bestimmung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 17 Abs. 2 ANAG in Bezug auf den Vorbehalt des Verbots des Rechtsmissbrauchs an (vgl. BGE 126 II 329 E. 3b S. 333). Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses nicht schützen will. Das darf allerdings nicht leichthin angenommen werden. Nur der offenkundige Missbrauch darf dabei Berücksichtigung finden (vgl. BGE 133 II 6 E. 3.2 S. 12). Erforderlich sind konkrete Hinweise darauf, dass die Eltern (bzw. ein Elternteil) nicht primär die Zusammenführung der Familie anstreben, sondern die in Art. 51 Abs. 2 Bst. a AuG genannten Vorschriften umgehen wollen. Wie es sich damit verhält, entzieht sich in der Regel einem direkten Beweis und ist oft nur durch Indizien zu erstellen (vgl. BGE 127 II 49 E. 5a S. 56 f., mit Hinweisen). Grundsätzlich haben die Fremdenpolizeibehörden den Rechtsmissbrauch nachzuweisen, weshalb bei Beweislosigkeit zugunsten des Ausländers zu entscheiden ist. Rechtsmissbrauch liegt namentlich dann vor, wenn das Leben in der Familiengemeinschaft allenfalls eine gewisse Rolle spielen kann, jedoch als Motiv für die Gesuchseinreichung von verschwindend geringer Bedeutung ist (Urteile des Bundesgerichts 2A.235/2002 vom 17. Oktober 2002 E. 4.2 und 2A. 314/2001 vom 10. Dezember 2001, E. 3a und 3d). Sinn des Familiennachzuges ist – wie erwähnt – nicht, den Kindern von in der Schweiz lebenden Ausländern bzw. Angehörigen Arbeit zu verschaffen. Das wirkliche Motiv, Kinder nach Erfüllung der Schulpflicht in der Heimat in die Schweiz nachkommen zu lassen, ist oft, ihnen hier die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu ermöglichen. Dies lässt auf eine zweckwidrige Inanspruchnahme der Bestimmungen über den Familiennachzug schliessen (KASPAR TRAUB, Familiennachzug im Ausländer-

recht, Diss. Basel 1992, S. 95). 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 bei im Ausland verbliebenen Kindern die Frage, ob wirklich die Herstellung der Familiengemeinschaft beabsichtigt ist oder ob die Ansprüche aus Art. 43 Abs. 1 AuG zweckwidrig für das blosse Verschaffen einer Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung geltend gemacht werden (BGE 126 II 329 E. 3b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4769/2007 vom 8. Juni 2009 E. 5.2).

8.1 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer 2 und sein älterer Bruder seit Geburt bei ihrer Mutter lebten und sie vom Beschwerdeführer 1 von der Schweiz aus finanziell unterstützt wurden. Als dem Beschwerdeführer 1 nach vorangegangener Scheidung im Dezember 2002 das Sorgerecht zugesprochen worden war, ersuchte er im Juli 2003 erstmals um den Nachzug des damals zwölfjährigen Beschwerdeführers 2. Dieses Gesuch wurde am 20. Oktober 2004 in zweiter Instanz vom Regierungsrat des Kantons Zürich insbesondere deshalb abgewiesen, weil damals noch von einer vorrangingen familiären Beziehung des Beschwerdeführers 2 zu seiner Mutter ausgegangen wurde. In der Folge hat sich die Situation geändert. Die Kindsmutter soll definitiv zu ihren Eltern gezogen sein. Seit dem Jahre 2006 kann sich auch der ältere Bruder nicht mehr um den Beschwerdeführer 2 kümmern, da er selbständig lebt und auswärts studiert (vgl. Bescheinigung der Universität in Tetovo vom 16. Mai 2007). Dieser Umstand führte dann zum Gesuch vom 12. April 2007, welches am 5. Oktober 2007 von der kantonalen Migrationsbehörde abgewiesen wurde, wobei festgehalten wurde, dass ein Anspruch auf Familiennachzug nur in Frage kommen könne, wenn das nachziehende Kind zum hier lebenden Elternteil eine vorrangige Beziehung pflege und wenn stichhaltige Gründe eine Änderung der bisherigen Betreuungsverhältnisse notwendig machten, was verneint wurde. Einerseits sei davon auszugehen, dass seine Mutter, die am gleichen Ort wohne, nach wie vor Betreuungsaufgaben wahrnehme. Anderseits benötige der Beschwerdeführer 2 im Alter von fast 17 Jahren keine elterliche Betreuung mehr. Beim Gesuch vom 28. Januar 2008 wurde auf die geänderte Rechtslage aufmerksam gemacht (absoluter Anspruch nach Art. 43 AuG auf Nachzug des Kindes auch nur zu einem Elternteil) und auf ein (bisher nicht berücksichtigtes) wesentliches Beweismittel hingewiesen (Schreiben der Mittelschule in Struga vom 17. Oktober 2007 betreffend

Schwierigkeiten des Beschwerdeführers 2 in der Schule wegen fehlender elterlicher Betreuung).

8.2 Aus dem mehrmaligen Einreichen des Familiennachzugsgesuches kann vorliegend nicht auf rechtsmissbräuchliches Verhalten geschlossen werden, zumal sich – wie aufgezeigt – sowohl die Sach- als auch Rechtslage zwischen den einzelnen Gesuchen geändert hat. Die Rechtslage hat sich, unabhängig vom Inkraftreten des AuG per 1. Januar 2008, schon deshalb geändert, weil es – entgegen den Erwägungen des Migrationsamtes des Kantons Zürich in der Verfügung vom 5. Oktober 2007 – nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Frage der vorrangigen Beziehung nicht mehr ankommt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_99/2008 vom 23. Juli 2008 E 2.1, 2C_8/2008 vom 14. Mai 2008 E. 2.1 und 2C_290/2007 vom 9. November 2007, E. 2.1). Die neue Regelung von Art. 47 Abs. 1 AuG, wonach der Anspruch auf Familennachzug innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden muss und Kinder über zwölf Jahre innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden müssen, bezweckt (unter anderem) den möglichst raschen Nachzug von Kindern. Wenn aber Art. 126 Abs. 3 AuG die Möglichkeit eröffnet, auch über zwölfjährige Kinder innerhalb eines Jahres seit Inkraftreten des AuG nachzuziehen, kann es – wie der Regierungsrat des Kantons Zürich in seinem Entscheid vom 24. September 2008 zutreffend festhielt – von vornherein nicht als missbräuchliches Verhalten angesehen werden, wenn die Beschwerdeführer diesen neuen Rechtsanspruch geltend machen. Der mehrmalige Versuch des Beschwerdeführers 1, mit seinem Sohn zusammenzuleben, zeigt vielmehr, dass nicht absichtlich jahrelang zugewartet wurde, um diesem (mit dem hauptsächlichen Ziel der besseren Zukunftsperspektiven) erst kurz vor dem Vollenden des 18. Altersjahres den Nachzug in die Schweiz zu ermöglichen. Dass er nach dem ersten Gesuch vier Jahre verstreichen liess, bevor er sich erneut um den Nachzug bemühte, erscheint nachvollziehbar und erklärt sich mit den geänderten Umständen im Umfeld des Beschwerdeführers 2, der nun ohne Mutter und ohne älteren Bruder alleine in einem Haus lebt und seinen schulischen Verpflichtungen nicht mehr zuverlässig nachkommt. Andere Umstände bzw. Hinweise dafür, dass das Gesuch vom 28. Januar 2008 in erster Linie eingereicht wurde, um dem Beschwerdeführer in der Schweiz bessere berufliche und gesellschaftliche Chancen zu eröffnen, ergeben sich aus den Akten nicht. Das Leben in der Familiengemeinschaft als Motiv für den Familiennachzug steht hier im Vordergrund.

8.3 Im Sinne eines Zwischenergebnisses kommt das Bundesverwaltungsgericht nach dem Gesagten zum Schluss, dass nicht auf eine zweckwidrige Inanspruchnahme von Art. 43 Abs. 1 AuG geschlossen werden kann.

9.

Das Bundesgericht begründete seine bisherige, restriktive Praxis zur Zusammenführung von Teilfamilien mit dem Hinweis auf den Wortlaut des bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG, der ausdrücklich verlangte, dass die Kinder mit ihren Eltern (Plural) zusammenwohnen (BGE 133 II 6 E. 3.1.1 S. 11). Es folgerte daraus, dass die Nachzugsregelung auf Familien zugeschnitten sei, in denen die (leiblichen) Eltern einen gemeinsamen ehelichen Haushalt führen. Das AuG verwendet den Begriff "Eltern" nicht mehr und erwähnt nur noch Personen mit Niederlassungsbewilligung (Art. 43 Abs. 1 AuG). Die Beschwerdeführer schliessen daraus, dass der Anspruch sich nicht primär auf den Nachzug gemeinsamer Kinder durch beide Elternteile beziehe bzw. nicht mehr die Zusammenführung der Gesamtfamilie erforderlich sei (vgl. dazu Niccolo Raselli/Christina Hausammann/Urs Peter Möckli/David Urwyler, a.a.O., Rz. 16.6, S. 749; Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli, Migrationsrecht, Zürich 2008, S. 100, Rz. 2 zu Art. 43 AuG). Nach Ansicht der Vorinstanz hingegen gelten die für den Nachzug von Kindern durch einen Elternteil restriktiven Kriterien (Abwägung zwischen den privaten Interessen auf Zusammenleben in der Schweiz und dem öffentlichen Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik; Berücksichtigung der persönlichen und familiären Situation des Kindes, insbesondere seine Integrationsaussichten bzw. Integrationsprobleme; Intensität der Beziehung mit dem Elternteil in der Schweiz; Länge der Trennung vom Elternteil in der Schweiz bzw. Bindung zu Betreuungspersonen in der Heimat; Länge des Aufenthalts im Herkunftsland bzw. Dauer bis zur Volljährigkeit; allfällige Alternativen in der Betreuung im Heimatland).

9.1 Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. für diesen auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz Art. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Ist der Text nicht ohne weiteres klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische, teleologische, zeitgemässe Methode) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden; dabei kommt es namentlich auf

den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Im Sinne eines pragmatischen Methodenpluralismus ist es abzulehnen, einzelne Auslegungsmethoden einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 131 III 33 E. 2 S. 35 und 130 II 202 E. 5.1 S. 212 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2279/2007 vom 11. Juli 2007 E. 4.1, mit weiteren Hinweisen).

9.1.1 Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. In der deutschen Fassung des Art. 43 Abs. 1 AuG ist die Rede von "Personen mit Niederlassungsbewilligung". Selbstverständlich fallen unter diesen Begriff auch die Eltern von nachzuziehenden Kindern. Nachdem sich die bisherige Auslegung aber stark an den Wortlaut anlehnte und "Eltern" als zwingenden Ausdruck für beide Elternteile betonte, liegt es auf der Hand, dass durch das Weglassen dieses Begriffes im AuG der Anspruch auf Nachzug der Kinder in gleicher Weise gegeben ist, wenn die Familienzusammenführung lediglich zu einem Elternteil erfolgen soll. Offensichtlich wurde mit der neuen Formulierung der Tatsache Rechnung getragen, dass heute vermehrt andere Familienformen bestehen. Noch klarer ist es, wenn man auf die französischen und italienischen Gesetzestexte abstellt, die von "titulaire d'une autorisation d'établissement" bzw. "uno straniero titolare del permesso di domicilio" reden und somit keinen Mehrzahlbegriff verwenden.

9.1.2 Bei der systematischen Betrachtung wird der Sinn der Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen und logischen Zusammenhang. Art. 43 Abs. 1 AuG enthält den Grundsatz auf Anspruch auf Familiennachzug ohne irgendwelche Einschränkungen oder Vorbehalte. In Art. 47 Abs. 1 und Abs. 3 ist sodann geregelt, innerhalb welcher Fristen der Anspruch geltend gemacht werden muss und ab welchem Zeitpunkt die Fristen zu laufen beginnen. Art. 47 Abs. 4 hält schliesslich fest, dass ein nachträglicher Familiennachzug nur bewilligt wird, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass mit den wichtigen familiären Gründen die in der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich Artikel 8 EMRK und Art. 17 Abs. 2 ANAG entwickelten besonderen Bedingungen und Umstände, welche den ansonsten vorbehaltlosen Anspruch einschränken, gemeint sind (vgl. Antrag/Votum Nationalrat Philipp Müller, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 759). Indem die

wichtigen familiären Gründe erst im Zusammenhang mit dem nachträglichen Familiennachzug aufgeführt werden, ist aus Sicht der Systematik und des logischen Zusammenhangs davon auszugehen, dass der rechtzeitig geltend gemachte Anspruch auf Familiennachzug – mit Ausnahme des Rechtsmissbrauchs – vorbehaltlos gilt. Daran vermag auch die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 133 II 6) nichts zu ändern, zumal der in jenem Urteil enthaltene Verweis auf das AuG explizit den Fall des nachträglichen Familiennachzugs gemäss Art. 47 Abs. 4 AuG betrifft (BGE 133 II 6 E. 5.4 S. 20 f.), der in casu – wie bereits erwähnt – nicht zur Diskussion steht.

9.1.3 Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen – wie dem vorliegenden – muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden, wobei eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen des erst vor kurzer Zeit in Kraft getretenen AuG in casu kaum möglich ist. Es gilt somit insgesamt, die mit der Norm verbundenen Zweckvorstellungen (die sog. ratio legis) zu ermitteln. Schon vor der parlamentarischen Beratung ist man davon ausgegangen, dass Art. 43 AuG grundsätzlich dem Art. 17 Abs. 2 ANAG entspricht (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002, S. 3793), was auf den ersten Blick dafür spricht, auch beim Beschwerdeführer 2, der zudem unmittelbar vor der Volljährigkeit steht, die im Zusammenhang mit der Familienzusammenführung zu einem Elternteil aufgestellten Restriktionen anzuwenden. Allerdings wird diese Auslegung schon durch das Wort "grundsätzlich" relativiert. Anlässlich der parlamentarischen Beratungen vom 7. Mai 2004 im Nationalrat kam verschiedentlich zum Ausdruck, dass der Nachzug der Kinder wegen besserer Integrationschancen möglichst früh erfolgen sollte (vgl. u.a. Antrag/Votum Nationalrat Philipp Müller, AB 2004 N 749, und Votum Nationalrätin Doris Leuthard, AB 2004 N 756). Dies führte dann zur definitiven Fassung, wonach Kinder unter zwölf Jahren Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung haben (Art. 43 Abs. 3 AuG) und Kinder über zwölf Jahre innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden müssen (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AuG). Beim Beschwerdeführer 2, der anlässlich des Nachzugsgesuchs vom Januar 2008 schon über 16 Jahre alt war, kann von einem möglichst frühen Nachzug und einer damit verbundenen erleichterten Integration nicht die Rede sein. Offenbar wurden sol-

che Fälle mit der Übergangsregelung von Art. 126 Abs. 3 AuG aber bewusst in Kauf genommen. Im Übrigen dürften Konstellationen wie die vorliegende wegen der Übergangsregelung nur vereinzelt vorkommen.

9.2 Unter Berücksichtigung sämtlicher Auslegungsmethoden ist somit zusammenfassend festzuhalten, dass der Anspruch auf Familiennachzug von Kindern nach Art. 43 Abs. 1 AuG für Familien mit nur einem Elternteil in gleicher Weise gilt wie für den Nachzug zu Familien mit gemeinsamen Eltern. Demzufolge ist in casu nicht zu prüfen, ob der Beschwerdeführer 2 auch die Voraussetzungen für einen Familiennachzug unter Einbezug der altrechtlichen, vom Bundesgericht herausgearbeiteten Kriterien, welche beim nachträglichen Familiennachzug gemäss Art. 47 Abs. 4 AuG nach wie vor zur Anwendung gelangen ("wichtige familiäre Gründe"), erfüllt. Mit der Bejahung des Anspruchs gestützt auf Art. 43 Abs. 1 AuG erübrigt sich ferner die Prüfung der Frage, ob sich die Beschwerdeführer diesbezüglich auch auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV berufen könnten.

10.
Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und der in Aussicht gestellten Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug) für den Beschwerdeführer 2 durch den Kanton Zürich ist die Zustimmung zu erteilen.

11.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG) und der geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Ferner ist den obsiegenden Beschwerdeführern eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv Seite 15

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.
Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und die Vorinstanz wird angewiesen, der Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug) für den Beschwerdeführer 2 durch den Kanton Zürich die Zustimmung zu erteilen.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 28. Januar 2009 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.- wird innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.
Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.- zu entrichten.

5.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (gegen Empfangsbestätigung; Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (ad ZH [...])

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Marianne Teuscher	Rudolf Grun

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: