Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.455/2004 /kil

Urteil vom 13. Dezember 2004
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Bundesrichter Müller, Bundesrichterin Yersin, Bundesrichter Merkli,
Gerichtsschreiber Feller.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Ettisberger,

gegen

Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,
Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, Spisergasse 41, 9001 St. Gallen.

Gegenstand
Familiennachzug,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom
10. Juni 2004.

Sachverhalt:
A.
Die aus der Union Serbien und Montenegro stammenden Eheleute A. und B._____ verfügen seit September 1992 in der Schweiz über die Niederlassungsbewilligung. Zuvor hatten sie eine Aufenthaltsbewilligung, und zeitweise wohnten auch ihre Kinder C._____ (geb. 17.06.1989) und D._____ (geb. 16.06.1987) bei ihnen in der Schweiz. Die Kinder reisten indessen im Mai/Juni 1992 in ihre Heimat zurück, wo sie bei ihren Grosseltern lebten und die Schule besuchten.

Am 3. März 2003 stellte A._____ beim Ausländeramt des Kantons St. Gallen das Gesuch um Familiennachzug für den Sohn D._____. Nachdem ihm eine Abweisung des Gesuchs in Aussicht gestellt worden war, weil nicht das Zusammenleben der Gesamtfamilie im Vordergrund stehe, ersuchte A._____ am 30. Mai 2003 auch um Nachzug der Tochter C._____. Das Ausländeramt lehnte die Gesuche am 6. Juni 2003 (für D._____) und am 18. November 2003 (für C._____) ab, weil damit in erster Linie die Umgehung der Kontingentierungsvorschriften und nicht die Zusammenführung der Gesamtfamilie angestrebt werde. Gegen diese Verfügungen erhobene Rekurse an das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen blieben erfolglos. Mit Urteil vom 10. Juni 2004 wies das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen die gegen den Rekursentscheid des Departements erhobene Beschwerde ab.
B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. August 2004 beantragt A._____ dem Bundesgericht, das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und das Gesuch um Familiennachzug für den Sohn und die Tochter gutzuheissen, eventuell die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Justiz- und Polizeidepartement und das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen beantragen Abweisung der Beschwerde. Denselben Antrag stellt das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung.
C.
Mit Verfügung vom 13. September 2004 hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung das in der Beschwerdeschrift enthaltene Gesuch, das bundesgerichtliche Verfahren bis zum Entscheid des Ausländeramtes des Kantons St. Gallen über das bei diesem erneuerte Nachzugsgesuch zu sistieren, abgewiesen; dies unter Hinweis auf den diesbezüglichen Nichteintretensentscheid des Ausländeramtes vom 31. August 2004.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 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, dass die rechtliche Absicherung des Zusammenlebens der Gesamtfamilie angestrebt wird: Verlangt ist ausdrücklich, dass die Kinder mit "ihren Eltern" (Plural, also mit Vater und Mutter) 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). Im Unterschied zum nachträglichen Nachzug von Kindern geschiedener oder getrennt lebender Eltern, wo es nicht um die Zusammenführung der Gesamtfamilie geht und sich ein bedingungsloser Anspruch auf Nachzug von Kindern nicht rechtfertigen lässt (neuestens BGE 129 II 11 E. 3.1.3 S. 14 f., mit Hinweisen), bedarf es bei Kindern, deren Eltern in der Schweiz zusammen wohnen, keiner besonderen stichhaltigen Gründe (z.B. die
Änderung der Betreuungsmöglichkeiten), welche die verzögerte Geltendmachung des Nachzugsrechts rechtfertigen. Innerhalb der allgemeinen Schranken von Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG ist der Nachzug von gemeinsamen Kindern durch beide Elternteile jederzeit zulässig; vorbehalten bleibt das Rechtsmissbrauchsverbot (BGE 126 II 329 E. 3b S. 332 f.).
1.2 Die Bedingung, dass ein Kind noch nicht 18 Jahre alt sein darf, damit es gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG nachgezogen werden kann, muss zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung erfüllt sein (BGE 118 Ib 153 E. 1b S. 156 f.) Im Frühjahr 2003, als der Beschwerdeführer die Nachzugsgesuche für die beiden Kinder stellte, waren diese knapp 16 bzw. knapp 14 Jahre alt. Auch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung sind erfüllt: Beide Eltern leben in gemeinsamem ehelichem Haushalt, und die Kinder sollen mit ihnen zusammen wohnen. Deren Miteinbezug in die Niederlassungsbewilligung darf nur verweigert werden, wenn sich die Gesuche als rechtsmissbräuchlich erweisen.
2.
2.1 Rechtsmissbrauch liegt 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 329 E. 3b S. 333). 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.314/2001 vom 10. Dezember 2001 E. 3d und 2A.273/2000 vom 25. August 2000 E. 3c).

Von einem Rechtsmissbrauch ist nicht leichthin auszugehen. Wohl ist der direkte Beweis kaum je möglich, weshalb, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, Indizien genügen. 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 einleuchtenden Grund lange zugewartet und den nachzuziehenden Kindern nur noch wenig Zeit bis zum Erreichen der Volljährigkeit bleibt. Es erscheint 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). 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.
2.2 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 16jährige 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 Jahren 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).

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 Eltern) sowie die aufgrund konkreter Umstände bei einem Wechsel zu Unzeit zu befürchtenden schulischen Schwierigkeiten den verlängerten Auslandaufenthalt 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 Bertroffenen 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).
2.3
2.3.1 Das Verwaltungsgericht nennt im vorliegenden Fall mehrere Indizien, die auf Rechtsmissbrauch schliessen liessen. Gewicht legt es zuerst auf den Umstand, dass die beiden Kinder früher bereits einmal für einige Zeit über eine Bewilligung zum Verbleiben bei ihren Eltern verfügt haben und anschliessend zu den Grosseltern ins Ausland zurückgeschickt worden sind. Als wichtig erachtet es sodann, dass um erneute Einreise der Kinder erst nach elf Jahren ersucht worden ist, wobei vorerst nur der Nachzug für den Sohn, der in seiner Heimat die Schule

abgeschlossen hatte, beantragt wurde, nicht aber für die Tochter, welche vorerst die obligatorische Schulzeit in Serbien beenden sollte. Dass schliesslich auch für die Tochter ein Nachzugsgesuch gestellt worden ist, ist für das Verwaltungsgericht einzig auf den Umstand zurückzuführen, dass die Eltern eine Abweisung des Gesuchs für den Sohn befürchteten. Es hält dafür, dass die Eltern eine jahrelange Trennung in Kauf genommen hätten, ohne dass hiefür einleuchtende Gründe genannt werden könnten; es sei nicht glaubwürdig, dass die Voraussetzungen für eine Familienzusammenführung, wie das Mieten einer genügend grossen Wohnung, während über zehn Jahren nicht hätten geschaffen werden können. Nach
Auffassung des Verwaltungsgerichts sprechen diese Umstände dafür, dass es dem Beschwerdeführer kein Anliegen gewesen sei, seine Kinder möglichst frühzeitig bei sich und seiner Ehefrau aufzunehmen, damit sie bei ihren Eltern aufwachsen und sich hier sprachlich, kulturell und sozial integrieren könnten; vielmehr sei es ihm um die wirtschaftliche Integration in der Schweiz gegangen. Es hält zusammenfassend fest, dass der Beschwerdeführer nicht nachzuweisen vermöge, dass er und seine Ehefrau gute Gründe hatten, mit dem Nachzug der Kinder derart lange zuzuwarten. Es ist zu prüfen, ob diese Indizien unter den vorliegenden Umständen und in Berücksichtigung der vorstehend wiedergegebenen Präjudizien die Annahme von Rechtsmissbrauch rechtfertigten.
2.3.2 Als die Nachzugsgesuche gestellt wurden, waren der Sohn 15 ¾ Jahre und die Tochter 14 Jahre alt. Selbst wenn die Tochter, wie zunächst geplant, erst im Herbst 2004 nachgezogen worden wäre, wäre sie damals gerade gut 15 Jahre alt gewesen und hätte in der Familiengemeinschaft mit den Eltern und auch ihrem Bruder, der auch dannzumal erst 17 ¼ Jahre alt gewesen wäre, leben können. Der Nachzug wurde damit für beide Kinder auf einen Zeitpunkt geplant, da sie in einem Alter waren, 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 Eintritts ins Berufsleben beanspruchen. Wenn die Eltern bei der Bestimmung des Zeitpunktes des Nachzugs auch Überlegungen bezüglich die Ausbildung und das berufliche Fortkommen der Kinder anstellen und diese in der Begründung ihres Gesuchs zum Ausdruck bringen oder sogar in den Vordergrund stellen, spricht dies daher noch nicht ohne weiteres für einen Rechtsmissbrauch, solange der Nachzug nach den objektiven Umständen voraussichtlich für einen nicht unerheblichen Zeitraum zugleich das Zusammenleben der Familie zur Folge hat.

Die Tatsache, dass beide Kinder bereits einmal in der Schweiz lebten, spricht im vorliegenden Fall nicht gegen den Beschwerdeführer. Der Aufenthalt in der Schweiz war nur von kurzer Dauer und betrifft einen Zeitraum, da die Eltern noch keinen gefestigten Anwesenheitsstatus erworben hatten; die Kinder wurden offensichtlich unter dem Eindruck der im Jahr 1992 eingetretenen beruflichen und wirtschaftlichen Schwierigkeiten und insofern nicht freiwillig in die Heimat zu den Grosseltern zurückgeschickt (vgl. zu diesem Aspekt BGE 126 II 329 E. 4c S. 334). Schon im kantonalen Verfahren sind langjährige Schwierigkeiten der Eltern in beruflicher und finanzieller Hinsicht plausibel behauptet worden, wozu das Verwaltungsgericht denn auch keine konkreten abweichenden Sachverhaltsfeststellungen getroffen hat, die für das Bundesgericht verbindlich wären (Art. 105 Abs. 2 OG). Es leuchtet jedenfalls ein, dass während längerer Zeit an eine Wiedereinreise der Kinder in die Schweiz nicht gedacht werden konnte bzw. ein Fortkommen der Gesamtfamilie in der Schweiz nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich gewesen wäre. Dabei ist nach der Aktenlage zu vermuten, dass die Bestreitung des Familienunterhalts längerfristig nur durch eine Erwerbstätigkeit
auch der Ehefrau des Beschwerdeführers möglich gewesen sein dürfte, womit sich zusätzlich auch hinsichtlich der Betreuung der Kinder (in organisatorischer und finanzieller Hinsicht) Probleme ergeben hätten, sofern sie in jüngerem Alter in die Schweiz gezogen wären (s. auch hiezu BGE 126 II 329 E. 4c S. 334 f.). Ab wann genau die Zusammenführung der Familie frühestens ohne gewichtige Probleme hätte herbeigeführt werden können, was nicht allein von der sowohl vom Beschwerdeführer als auch vom Verwaltungsgericht übermässig ins Zentrum gerückten Frage des Wohnungsmarktes abhängt, lässt sich nicht abschliessend feststellen. Jedenfalls konnte ab einem gewissen Zeitpunkt und bei zunehmendem Alter der Kinder ein weiterer Aufschub des Nachzugs zusätzlich aus schulischen Gründen plausibel erscheinen und sich ein Zuwarten bis zum Abschluss der obligatorischen Schulzeit als sinnvoll erweisen, da auch dannzumal noch mit einem längeren Zusammenleben im Familienverband und einer altersadäquateren Betreuung nunmehr durch die Eltern zu rechnen war (vgl. BGE 126 II 329 E. 3a und b S. 333 f.).

Da es für den nachträglichen Familiennachzug bei zusammenlebenden Eltern keiner triftigen Gründe bedarf und plausible Gründe für die Wahl des Nachzugszeitpunkts glaubhaft vorgebracht worden sind, hat das Ver-

waltungsgericht zu Unrecht Rechtsmissbrauch angenommen.
2.4 Sind die Voraussetzungen gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG für die Gewährung des Familiennachzugs sowohl für den Sohn wie für die Tochter des Beschwerdeführers erfüllt und liegt kein Rechtsmissbrauch vor, erweist sich das angefochtene Urteil, welches die Bewilligungsverweigerungen bestätigt, als bundesrechtswidrig. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist begründet. Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist aufzuheben. Da es keiner weiteren Abklärungen bedarf, ist das Ausländeramt des Kantons St. Gallen anzuweisen, in Gutheissung des Gesuchs um Familiennachzug den beiden Kindern des Beschwerdeführers die Niederlassungsbewilligung zu erteilen.
3.
Entsprechend dem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Der Kanton St. Gallen hat dem durch einen Anwalt vertretenen Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2004 wird aufgehoben und das Ausländeramt des Kantons St. Gallen angewiesen, D._____ und C._____ die Niederlassungsbewilligung zu erteilen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Der Kanton St. Gallen hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Justiz- und Polizeidepartement und dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen sowie dem Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 13. Dezember 2004
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: