Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 1071/2014

Urteil vom 28. Mai 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Stadelmann,
Gerichtsschreiber Mösching.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Fürsprecher Thomas Zbinden,

gegen

Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Freiburg.

Gegenstand
Familiennachzug,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantons-
gerichts Freiburg, I. Verwaltungsgerichtshof,
vom 11. November 2014.

Sachverhalt:

A.

A.A._____ (geb. 1967) stammt aus dem Kosovo. 1991 heiratete er dort seine Landsfrau B.A._____. Aus der Ehe gingen vier Kinder hervor: C.A._____, geboren 1997, D.A._____, geboren 1995, E.A._____, geboren 1993 und F.A._____, geboren 1991. Die Ehe wurde am 22. August 2002 geschieden und die elterliche Sorge über die Kinder dem Vater zugesprochen. Danach reiste A.A._____ mehrmals in die Schweiz ein, ohne im Besitz der erforderlichen Bewilligungen zu sein. Er wurde jeweils ausgeschafft und die Behörden erliessen Einreisesperren gegen ihn.

Am 22. Dezember 2006 heiratete A.A._____ die Schweizerin G._____ (geb. 1961). Er erhielt im Anschluss daran eine Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug, welche regelmässig verlängert und schliesslich am 14. Dezember 2011 in eine Niederlassungsbewilligung umgewandelt wurde. Am 10. Juli 2007 ersuchte er um Familiennachzug für seine vier Kinder, die im Kosovo bei seinem Bruder lebten. Das Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Freiburg (BMA) lehnte das Begehren mit Verfügung vom 19. Mai 2009 ab. Die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Kantonsgericht ab und die Beschwerde an das Bundesgericht blieb ebenfalls erfolglos (Urteil 2C 160/2010 vom 29. Juni 2010).

B.

Am 30. April 2013 stellte die Tochter C.A._____ bei der Schweizerischen Vertretung in Pristina ein Gesuch um Einreise in die Schweiz, um bei ihrem Vater zu leben. Das BMA wies den Antrag am 10. April 2014 ab. Es begründete den Entscheid damit, dass das Gesuch nicht innert der fünfjährigen Nachzugsfrist eingereicht worden ist und keine wichtigen familiären Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug vorliegen. Das dagegen erhobene kantonale Rechtsmittel wies das Kantonsgericht Freiburg mit Urteil vom 11. November 2015 ab.

C.

A.A._____ gelangt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht. Er beantragt, das Urteil des Kantonsgericht aufzuheben und C.A._____ eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

Das Bundesgericht hat die Akten eingeholt und auf die Anordnung weiterer Instruktionsmassnahmen verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 137 II 417 E. 1 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer hat Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiär Verfassungsbeschwerde erhoben. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid ist grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG). Sie ist jedoch ausgeschlossen gegen Entscheide auf dem Gebiet des Ausländerrechts betreffend Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt (Art. 83 lit. c Ziff. 2 AuG [SR 142.20]). Um den Weg der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu eröffnen, muss ein solcher Anspruch in vertretbarer Weise geltend gemacht werden (BGE 136 II 177 E. 1.1 S. 179). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, sodass auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten ist. Ob die geltend gemachten Ansprüche tatsächlich bestehen, ist alsdann Sache der materiellen Beurteilung. Da die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist, kann hingegen auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht eingetreten
werden (Art. 113 BGG).

1.2. Das Bundesgericht prüft frei und von Amtes wegen die richtige Anwendung von Bundes- und Völkerrecht (Art. 95 lit. a und b, Art. 106 Abs. 1 BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt bzw. vom Bundesgericht von Amtes wegen berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG). Eine entsprechende Rüge, welche rechtsgenüglich substantiiert vorzubringen ist (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 II 304 E. 2.5 S. 314 mit Hinweisen), setzt zudem voraus, dass die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG).

1.3. Der Beschwerdeführer bringt im bundesgerichtlichen Verfahren erstmals vor, dass seine Tochter seit dem 29. August 2014 einen Integrationskurs besucht, welcher voraussichtlich bis zum 15. Juli 2015 dauert. Zusätzlich reicht er einen ärztlichen Bericht der Augenklinik des Kantonsspitals Freiburg datierend vom 22. September 2014 ein, wonach seine Tochter am 24. Juni 2014 wegen eines Augenleidens notfallmässig behandelt werden musste. Er ist der Ansicht, dass es sich dabei um "echte" Noven handelt, weil die Beweismittel zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde bei der Vorinstanz am 23. April 2014 noch nicht existiert hätten. Erst der Entscheid der Vorinstanz, welcher sich gemäss der Ansicht des Beschwerdeführers zu Unrecht auf Art. 47 AuG abstütze, habe Anlass dazu gegeben, einen neuen Beschwerdegrund mit zusätzlichen Beweismitteln

geltend zu machen. Während des bundesgerichtlichen Verfahrens reichte der Beschwerdeführer darüber hinaus einen Arztbericht datierend vom 12. Januar 2015 ein, der gesundheitliche Probleme der Tochter aufgrund einer angeblich in der Heimat erlittenen Vergewaltigung betrifft. Gemäss diesem hege sie auch Suizidgedanken.

1.4. Aufgrund von Art. 99 Abs. 1 BGG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden, als der angefochtene Entscheid hierzu Anlass gibt. Echte Noven, d.h. Tatsachen, die erst nach dem angefochtenen Urteil eingetreten sind, bleiben im bundesgerichtlichen Verfahren in jedem Fall unberücksichtigt (vgl. BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f.; je mit Hinweisen). Der Arztbericht vom 12. Januar 2015 stellt ein solches echtes Novum dar und muss deshalb unbeachtet bleiben. Über die beiden anderen Beweismittel verfügte der Beschwerdeführer bereits im Zeitpunkt des Urteils der Vorinstanz vom 11. November 2014 und er hätte sie ohne Weiteres bei der Vorinstanz einreichen können. Es handelt sich somit nicht um echte Noven, die ohnehin keine Berücksichtigung gefunden hätten. Aber auch die Voraussetzungen zur Berücksichtigung unechter Noven liegen nicht vor. Nur weil die Vorinstanz nicht der rechtlichen Ansicht des Beschwerdeführers folgte, gibt ihr Entscheid nicht Anlass zum Vorbringen neuer Beweismittel. Dazu müsste das kantonale Gericht materielles Recht in einer Weise sprechen, dass bestimmte Sachumstände neu und erstmals - durch den angefochtenen Entscheid - Rechtserheblichkeit gewinnen (MEYER/
DORMANN in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011 N. 47 zu Art. 99 BGG). Dies ist hier nicht der Fall, wies doch bereits das BMA das Gesuch des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 47 AuG ab. Die neuen Beweismittel sind somit unbeachtlich.

2.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 42 Abs. 2 AuG. Zwischen der Schweiz und Kosovo besteht unbestritten kein Freizügigkeitsabkommen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 AuG. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, Art. 42 Abs. 2 AuG sei verfassungswidrig. Es liege eine unzulässige Inländerdiskriminierung vor. Wäre seine Frau nicht Bürgerin der Schweiz sondern eines EU/EFTA-Staates, könnte er seine Tochter im Rahmen des FZA nachziehen. Diese Benachteiligung verstosse auch gegen Art. 8 und 9 BV sowie Art. 14 EMRK.

2.1. Mit Art. 42 Abs. 2 AuG wollte der Gesetzgeber den Familiennachzug für Schweizer Bürger gleich regeln wie denjenigen für EU-Angehörige gemäss dem ursprünglichen Verständnis des FZA (vgl. BGE 136 II 120 E. 3.3.1 S. 126 f.). Weil aber das Bundesgericht in BGE 136 II 5 im Rahmen des FZA die im Jahre 2008 ergangene Metock-Rechtsprechung des EuGH übernommen hatte, wurde die Familiennachzugsregelung für EU-Angehörige grosszügiger als diejenige für Schweizer Bürger. In der Folge wurde deshalb postuliert, Art. 42 Abs. 2 AuG sei ebenfalls entsprechend der Metock-Praxis anzupassen (vgl. BGE 136 II 120 E. 3.3 S. 126 ff.). Der Bundesgesetzgeber lehnte dies jedoch ausdrücklich ab, indem er einer entsprechenden parlamentarischen Initiative keine Folge gab (AB 2011 N 1765 ff.). An diesen gesetzgeberischen Entscheid hielt sich in der Folge auch das Bundesgericht (Art. 190 BV; Urteil 2C 354/2011 vom 13. Juli 2012 E. 2.6/7). Nach diesem ausdrücklichen Entscheid des Gesetzgebers kann nicht gesagt werden, Art. 42 Abs. 2 AuG stelle eine vom Gesetzgeber nicht gewünschte Inländerdiskriminierung dar. Es steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 14 EMRK, wenn ein Staat für Angehörige verschiedener Länder unterschiedliche Einwanderungsbestimmungen
vorsieht (eingehend Urteil 2C 354/2012 vom 13. Juli 2012 E. 2.7.2 mit zahlreichen Hinweisen). Das zitierte Urteil wurde wiederholt bestätigt (zuletzt 2C 303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2.3).

2.2. Der Beschwerdeführer vertritt hingegen die Ansicht, dass die Diskriminierung welche der Gesetzgeber hingenommen hat, mittlerweile nicht mehr aufrecht erhalten werden könne. Sie müsse in "naher Zukunft" beseitigt werden, welche nun erreicht sei. Aufgrund der Untätigkeit des Gesetzgebers sei das Bundesgericht gehalten, die Benachteiligung zu eliminieren. Der Beschwerdeführer stützt sich dabei auf die im Urteil 2C 354/2011 vom 13. Juli 2012 E. 2.5 f. wiedergegebene Argumentation von BGE 136 II 120 sowie die dort zitierte Stellungnahme der staatspolitischen Kommission des Nationalrats. Der Beschwerdeführer gibt den Sachverhalt allerdings nur verkürzt wieder. Die von ihm zitierten Äusserungen des Gesetzgebers sind so zu verstehen, dass dieser allenfalls auf seine Entscheidung zur Inländerdiskriminierung zurückkommen könnte, wenn er dies für angebracht erachtet. Den Zeitpunkt dazu möchte der Gesetzgeber aber selbst bestimmen und dabei die Entwicklung in der

Rechtsprechung berücksichtigen (Votum Müller AB 2011 N 1766). Es besteht momentan kein Anlass dazu, diesen erst kürzlich geäusserten, ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zu übergehen und von der aktuellen Praxis zu Art. 42 Abs. 2 AuG abzuweichen.

2.3. Eine Auslegung von Art. 42 Abs. 2 AuG entgegen dem klaren Wortlaut ist nicht geboten und der Beschwerdeführer kann somit keinen Rechtsanspruch auf diese Bestimmung abstützen.

3.

Ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung haben Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 43 Abs. 1 AuG). Nach Art. 47 Abs. 1 AuG muss der Anspruch auf Familiennachzug innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden (Satz 1). Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Satz 2). Der gesuchstellende Elternteil muss der alleinige Inhaber der elterlichen Sorge sein; bei gemeinsamer elterlicher Sorge muss sich sich der im Ausland lebende Elternteil mit dem Nachzug einverstanden erklären (BGE 136 II 78 E. 4.8 S. 86 f.). Die Fristen beginnen bei Familienangehörigen von Ausländerinnen und Ausländern mit der Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG), frühestens jedoch mit dem Inkrafttreten des Ausländergesetzes am 1. Januar 2008 (Art. 126 Abs. 3 AuG). Dabei bleibt die Fünfjahresfrist nach Art. 47 Abs. 1 Satz 1 AuG bis zum zwölften Geburtstag massgebend, unabhängig davon ob die Frist nach Art. 47 Abs. 3 AuG oder nach Art. 126 Abs. 3 AuG zu laufen begann. Erst ab dem zwölften Geburtstag
verkürzt sich die Nachzugsfrist gemäss Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AuG auf - maximal noch - ein Jahr (Urteile 2C 981/2010 vom 26. Januar 2012 E. 3.2; 2C 205/2011 vom 31. Oktober 2011, E. 3.5). Ein nachträglicher Familiennachzug wird nur bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden (Art. 47 Abs. 4 AuG).

4.

Die Tochter des Beschwerdeführers ist am xxx. Juli 2009 zwölf Jahre alt geworden. Die fünfjährige Frist, welche am 1. Januar 2008 begonnen hat, verkürzte sich damit auf ein Jahr und endete an ihrem 13. Geburtstag am xxx. Juli 2010. Das am 30. April 2013 gestellte Gesuch ist unbestritten zu spät eingereicht worden. Streitig bleibt nur, ob wichtige familiäre Gründe im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG vorhanden sind.

4.1. Wichtige familiäre Gründe im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG liegen vor, wenn das Kindeswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz sachgerecht gewahrt werden kann (Art. 75 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]). Entgegen dem Wortlaut dieser Verordnungsbestimmung ist dabei nach der Rechtsprechung jedoch nicht ausschliesslich auf das Kindeswohl abzustellen; es bedarf vielmehr einer Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente im Einzelfall (Urteil 2C 888/2011 vom 20. Juni 2012 E. 3.1). Dabei ist dem Sinn und Zweck der Fristenregelung Rechnung zu tragen, welche die Integration der Kinder erleichtern will, indem diese durch einen frühzeitigen Nachzug unter anderem auch eine möglichst umfassende Schulbildung in der Schweiz geniessen sollen. Zudem geht es darum, Nachzugsgesuchen entgegenzuwirken, die rechtsmissbräuchlich erst kurz vor Erreichen des erwerbstätigen Alters gestellt werden und bei denen die erleichterte Zulassung zur Erwerbstätigkeit und nicht (mehr) die Bildung einer echten Familiengemeinschaft im Vordergrund steht (Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3754 f. Ziff. 1.3.7.7). Die
Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen hat nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme zu bleiben; dabei ist Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AuG bzw. Art. 73 Abs. 3 VZAE jeweils aber dennoch so zu handhaben, dass der Anspruch auf Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV nicht verletzt wird (Urteil 2C 303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.1 mit Hinweisen).

4.2. Nach Angaben des Beschwerdeführers wohnt seine Tochter seit 2007 bei ihrem Onkel und ihrer Tante. Mittlerweile sei sie dort alleine, weil ihre Brüder ein Internat besuchten und sie unterstehe keiner elterlichen Aufsicht mehr. Die Schwester lebe inzwischen in der Schweiz. Gemäss Vorinstanz hat sich die Betreuungssituation seit der Ausreise des Beschwerdeführers aber nicht in einem Ausmass verändert, welche einen nachträgli-

chen Familiennachzug rechtfertigen würde.

4.3. Der Beschwerdeführer bestreitet die Ausführungen der Vorinstanz nicht. Er verweist jedoch darauf, dass seine Tochter mittlerweile in der Schweiz einen Integrationskurs besuche und zudem wegen eines Augenleidens hier in Behandlung sei. Es sei nicht erstellt, dass dieses in ihrem Heimatland gleichwertig behandelt werden könne. Insgesamt könne das Kindswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz gewährleistet werden und es bestünden deshalb wichtige Gründe für einen Familiennachzug. Der Arztbericht vom 12. Januar 2015 über die gesundheitlichen Probleme seiner Tochter verstärke diesen Eindruck noch zusätzlich.

4.4. Wie bereits erwähnt (E. 1.4) handelt es sich bei den neuen Tatsachen, die der Beschwerdeführer nennt, um unzulässige Noven, welche nicht zu berücksichtigen sind. Gemäss Vorinstanz verfügt die Tochter des Beschwerdeführers weder über eine nähere Beziehung zur Schweiz noch hat sie eine Landessprache erlernt. Ihr Leben hat sie bis anhin bei Verwandten in ihrer Heimat verbracht. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, inwiefern der angefochtene Entscheid zu beanstanden wäre. Die Tochter des Beschwerdeführers ist im Kosovo sozialisiert worden und verfügt dort weiterhin über familiäre Beziehungen. Ausser der Beziehung zum Vater und der Schwester bestehen keine Berührungspunkte zur Schweiz. Aufgrund ihres Alters (mittlerweile fast 18 Jahre) dürfte die Integration nicht ohne Probleme sein und es steht nicht mehr die Zusammenführung der (Teil-) Familie im Vordergrund sondern der Zugang zum Arbeitsmarkt. Es sind somit keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, weshalb der Familiennachzug gewährt werden könnte. Zum selben Schluss gelangte das Bundesgericht bereits bei der Beurteilung des ersten Gesuchs des Beschwerdeführers um Familiennachzug, welches noch nach früherem Recht zu beurteilen war (Urteil 2C 160/2010 vom 29. Juni 2010 E.
5.2).

5.

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.

2.
Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Kantonsgericht Freiburg, I. Verwaltungsgerichtshof, und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Mai 2015

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Mösching