

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.181 vom 29. Juni 2022

BS Appellationsgericht, 2022-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.181

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.181 du 29 juin 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.181 del 29 giugno 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der beiden Rekurse ergibt sich aus den beiden Überweisungsbeschlüssen des Regierungsrats vom 12. bzw. 18. August 2021 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 in Verbindung mit § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Die Rekurrierenden sind als Adressaten der sie betreffenden, angefochtenen Teile des Entscheides von diesem unmittelbar berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Sie sind deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert.

1.2 Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Verwaltungsgericht, ob die Vorinstanz öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- bzw. Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (statt vieler VGE VD.2016.90 vom 8. Juni 2016 E. 1.1, VD.2010.62 vom 16. November 2010 E. 1.3 und VD.2010.160 vom 11. Oktober 2010 E. 1.1). Die Frage der Rechtmässigkeit der Wegweisung einer Person aus der Schweiz beurteilt sich aufgrund von Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) nach den Umständen im Zeitpunkt des Entscheids des Verwaltungsgerichts. Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (VGE VD.2016.90 vom 8. Juni 2016 E. 1.1 mit Hinweis).

1.3 Das Ausländergesetz (AuG, SR 142.20) wurde am 16. Dezember 2016 revidiert und in das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG, SR 142.20) umbenannt. Einige geänderte Bestimmungen traten bereits am 1. Januar und am 1. Juli 2018 in Kraft, die übrigen geänderten Bestimmungen einschliesslich des geänderten Titels hingegen erst am 1. Januar 2019. Nach der Rechtsprechung ist das bisherige materielle Recht gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG über den zu engen Wortlaut dieser Bestimmung hinaus auf alle Verfahren anwendbar, die erstinstanzlich vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet worden sind, unabhängig davon, ob sie von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eröffnet worden sind. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt, in dem die betroffene Person von der Eröffnung des Verfahrens in Kenntnis gesetzt worden ist. Diese Praxis beansprucht auch für die Revision vom 16. Dezember 2016 Geltung (VGE VD.2020.113 vom 4. November 2020 E. 1.4 mit Nachweisen). Das Verfahrensrecht richtet sich demgegenüber nach den allgemeinen Übergangsbestimmungen des AuG bzw. AIG (Art. 126 Abs. 2) nach dem neuen Recht (VGE VD.2019.64 vom 19. August 2019 E. 1.4, VD.2019.18 vom 22. Juli 2019 E. 2.1 und

VD.2019.75 vom 26. Juni 2019 E. 1.4). Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (angefochtener Entscheid, E. 2), ist das vorliegende Verfahren mit dem Gesuch des Rekurrenten um Familiennachzug vom 26. März 2016 vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet worden, weshalb das bisherige Recht zu Anwendung kommt. Bei der materiellen Beurteilung des vorliegenden Rekurses wird deshalb im Folgenden die Bezeichnung AuG verwendet.

E. 2

Strittig ist zunächst, ob die Rekurrentin Anspruch auf einen Familiennachzug des Rekurrenten hat.

2.1 Gemäss Art. 44 AuG kann ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt oder verlängert werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind. Die Bestimmung gewährt dabei keinen Anspruch auf Familiennachzug (BGer 2C_35/2019 vom 15. September 2020 E. 1.1 mit Hinweis auf BGE 146 I 185 E. 6.2 S. 190 f., 139 I 330 E. 1.2 S. 332 und 137 I 284 E. 1.2 S. 286).

2.1.1 Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (angefochtener Entscheid, E. 5), müssen Familiennachzugsgesuche gemäss Art. 47 AuG resp. Art. 73 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) innerhalb von fünf Jahren eingereicht werden. Gesuche für den Nachzug von Kindern über zwölf Jahren müssen innerhalb von zwölf Monaten eingereicht werden. Diese Fristen beginnen mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung oder mit der Entstehung des Familienverhältnisses zu laufen (BGE 137 II 393 E. 3.3 S. 395 f.; BGer 2C_888/2011 vom 20. Juni 2012 E. 2.4). Ein nachträglicher Familiennachzug kann nur bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. Kinder über 14 Jahren werden zum Familiennachzug angehört, sofern dies erforderlich ist. Die Anhörung findet in der Regel bei der Schweizerischen Vertretung am Aufenthaltsort statt (Art. 74 Abs. 4 VZAE). Diese Regelung entspricht Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 (KRR, SR 0.107). Das Kind ist jedoch nicht in jedem Fall persönlich anzuhören. Dies gilt insbesondere für Konstellationen, in denen ein Kind ■ wie vorliegend ■ die gleichen Interessen wie seine Eltern hat, durch diese vertreten wird und der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne die persönliche Anhörung rechtsgenügend festgestellt werden kann. Unter diesen Umständen kann die Ansicht des Kindes durch seine Eltern eingebracht werden (VGE VD.2020.125 vom 17. Dezember 2020 E. 2.2 mit Hinweis auf BVerf F-3448/2018 vom 19. September 2019 E. 4.1 sowie auf BGer 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 5.1 und BGE 124 II 361 E. 3c).

2.1.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die Frist für die Ausübung des Familiennachzugs mit dem Erhalt der Aufenthaltsbewilligung der Rekurrentin zum Verbleib bei ihrem Ehemann am 7. Februar 2012 begonnen hat. Ab diesem Zeitpunkt verfügte sie über einen einjährigen Rechtsanspruch, den Rekurrenten als vorehelichen Sohn in die Schweiz nachzuziehen, da dieser damals bereits über 12 Jahre alt war. Die Nachzugsfrist für den Rekurrenten ist am 6. Februar 2013 ungenutzt abgelaufen.

2.2 Die Vorinstanzen haben daher das Vorliegen von wichtigen familiären Gründen für einen nachträglichen Familiennachzug geprüft, wichtige Gründe jedoch verneint.

2.2.1 Wichtige familiäre Gründe nach Art. 47 Abs. 4 AuG und Art. 73 Abs. 3 VZAE liegen vor, wenn das Kindeswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz gewahrt werden kann

(Art. 75 VZAE). Hat eine nachzugswillige Person die Einhaltung von Fristen, die ihr die Zusammenführung der Familie ermöglicht hätte, versäumt, so bedarf es somit gewichtiger Gründe, um erst später einen derartigen Nachzug bewilligen zu können. Namentlich dort, wo die Familie selber die Trennung freiwillig herbeigeführt hat, bedarf es stichhaltiger Gründe, die zum Wohle der Familie eine andere Lösung erforderlich machen (BGer 2C_634/2017 vom 14. August 2018 E. 3.4.4 und 2C_914/2014 vom 18. Mai 2015 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen hat nach dem Willen des Gesetzgebers deshalb die Ausnahme zu bleiben (BGer 2C_634/2017 vom 14. August 2018 E. 3.4.3). Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AuG bzw. Art. 73 Abs. 3 VZAE sind aber dennoch so zu handhaben, dass die Ansprüche auf Schutz des Familienlebens nach Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) bzw. Art. 13 der Bundesverfassung (BV, SR 101) nicht verletzt werden (BGer 2C_767/2015 vom 19. Februar 2016 E. 5.1.1 und 2C_485/2013 vom 6. Januar 2014 E. 2.3). Dabei verschaffen Art. 8 EMRK und Art. 13 BV praxisgemäss keinen vorbehaltlosen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt bzw. auf Wahl des von den Betroffenen gewünschten Wohnorts für die Familie. So kann ein nachträglicher Nachzug verweigert werden, wenn ein Elternteil und Kinder bisher bereits im Ausland getrennt vom anderen Elternteil gelebt haben und weiterhin dort leben können (vgl. BGer 2C_38/2017 vom 23. Juni 2017 E. 4.3, 2C_1/2017 vom 22. Mai 2017 E. 4.1.5 und 2C_205/2011 vom 3. Oktober 2011 E. 4.2). In einer solchen Konstellation überwiegt regelmässig das der ratio legis von Art. 47 Abs. 4 AuG zugrundeliegende legitime Interesse an der Einwanderungsbeschränkung, solange nicht objektive, nachvollziehbare Gründe, welche von den Betroffenen zu bezeichnen und zu rechtfertigen sind, etwas anderes nahelegen (BGer 2C_323/2018 vom 21. September 2018 E. 8.2.2). Demnach setzt die Anerkennung eines Rechts auf nachträglichen Familiennachzug voraus, dass sich die Umstände erheblich verändert haben (BGer 2C_1198/2012 vom 26. März 2013 E. 4.2 und 2C_709/2010 vom 25. Februar 2011 E. 5.1.1; SEM, Weisungen AuG, Ziff. 6.10.4 S. 250 ff.). Nicht erforderlich ist aber der Eintritt eines unvorhersehbaren Ereignisses (BGer 2C_323/2018 vom 21. September 2018 E. 8.2.2; VGE VD.2020.125 vom 17. Dezember 2020 E. 2.3).

2.2.2 Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt hat die Vorinstanz erwogen, wichtige familiäre Gründe lägen praxisgemäss dann vor, wenn die notwendige Betreuung des Kindes im Herkunftsland, vorliegend in Bolivien, nicht mehr gewährleistet sei (dazu und zum Folgenden angefochtener Entscheid, E. 13). Der Rekurrent sei im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung bereits sechzehneinhalb Jahre alt und damit nicht mehr auf eine Betreuung in erhöhtem Masse angewiesen gewesen. Vielmehr soll er bereits mehrere Jahre lang alleine mit seinem älteren Bruder zusammengelebt haben und von seiner Mutter lediglich von der Ferne aus unterstützt worden sein. Die Rekurrentin habe sich bei ihrer Ausreise aus Bolivien im Jahr 2003 bewusst dazu entschlossen, ihren damals knapp vier Jahre alten Sohn zu verlassen und ihre Mutter-Sohn-Beziehung über die Grenzen hinweg und besuchsweise zu leben. Diesen Zustand habe sie während den darauffolgenden Kindheits- und Jugendjahren des Rekurrenten aufrechterhalten. Es bräuchte daher nach dieser freiwillig herbeigeführten Trennung der Familie besonders stichhaltige Gründe für einen verspäteten Nachzug. Zudem stelle das Bundesgericht an den Nachweis der fehlenden Betreuungsmöglichkeit im Heimatland umso höhere Anforderungen, je älter das nachziehende Kind sei.

Die Rekurrierenden hätten ihre Behauptung, dass es in Bolivien niemanden mehr gebe, der die persönlichen und finanziellen Möglichkeiten habe, für den Rekurrenten zu sorgen, nicht rechtsgenügend belegt (dazu und zum Folgenden angefochtener Entscheid, E. 14 ff.). Es lägen zwar zwei Schreiben vor, welche eine distanzierte Beziehung des Rekurrenten zu seinen Grosseltern mütterlicherseits und die Auswanderung des Bruders des Rekurrenten nach Argentinien bestätigten. Für das angeblich unkooperative Verhalten des in Bolivien lebenden Vaters des Rekurrenten sowie dessen Beziehung zum Rekurrenten fehlten aber Unterlagen, welche die Parteiaussagen hinreichend stützten. Es sei daher nicht erstellt, dass sich der Vater seiner Verantwortungsrolle tatsächlich entzogen haben soll. Vielmehr erscheine es widersprüchlich, dass dieser jahrelang um das Sorgerecht seines Sohnes hätte kämpfen sollen, wenn er nicht dazu bereit gewesen wäre, Betreuungsaufgaben wahrzunehmen. Auch sei das Gesuch erst anderthalb Jahre nach der geltend gemachten definitiven Regelung des Sorgerechts und über ein Jahr nach der Einreise des Rekurrenten in die Schweiz gestellt worden. Es sei daher davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der Gesuchstellung eine alternative Pflegemöglichkeit des Rekurrenten durch seinen Vater in Bolivien bestanden habe und seine notwendige Betreuung gewährleistet gewesen sei. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass das Gesuch im Hinblick auf den erleichterten Zugang des Rekurrenten zum Arbeitsmarkt und nicht zur Bildung einer echten Familiengemeinschaft gestellt worden sei.

Schliesslich prüfte die Vorinstanz den Grad der Integration des Rekurrenten in seinem Heimatland und dessen Integrationsmöglichkeiten in der Schweiz (dazu und zum Folgenden angefochtener Entscheid, E. 17 ff.). Er scheine schnell Deutsch gelernt zu haben und stehe kurz vor dem Abschluss seiner Lehre zum Elektroinstallateur EFZ. Er habe aber bereits kurz nach seiner Einreise in die Schweiz durch die Jugendanwaltschaft Basel-Stadt strafrechtlich verwiesen werden müssen. Gleichzeitig sei festzustellen, dass der Rekurrent vor seiner Einreise in die Schweiz ununterbrochen in Bolivien gelebt und seine gesamte Kindheit und weitläufige Teile der Jugend- und Schulzeit dort verbracht habe. Er sei der Landessprache mächtig und mit den dortigen kulturellen Gegebenheiten vertraut. Zudem lebten mehrere seiner Verwandten in Bolivien. Obwohl die drohenden Integrationsschwierigkeiten des Rekurrenten in der Schweiz nicht als sonderlich gross zu bezeichnen seien, vermöge dieser Umstand für sich alleine gesamthaft betrachtet keine Ausnahme zu begründen, die vorliegend einen nachträglichen Familiennachzug rechtfertigen würde. Rein wirtschaftliche Aspekte wie bessere Berufs- und Lebenschancen in der Schweiz stellten im Übrigen noch keinen wichtigen familiären Grund für einen nachträglichen Familiennachzug dar.

2.3 Mit ihrer Rekursbegründung machen die Rekurrierenden weiterhin wichtige Gründe für das nachträgliche Gesuch geltend und bestreiten den Bestand alternativer Betreuungsmöglichkeiten für den Rekurrenten in Bolivien (dazu und zum Folgenden Rekursbegründung, Ziff. 12.1 f.). Sie verweisen auf den Vergleich der Rekurrentin mit dem Vater des Rekurrenten vom 14. November 2014, mit welchem die alleinige Sorge auf die Mutter übertragen worden sei. Andere Dokumente fehlten. Der Vater habe die Verantwortung nicht mehr übernehmen können und wollen. Es habe kaum noch Kontakt zu ihm gegeben. Der Rekurrent habe zuletzt seit vier Jahren mit seinem sieben Jahre älteren, erwachsenen Bruder zusammengewohnt, der aufgrund seiner Ausbildung und Arbeit kaum zu Hause gewesen sei. In Bolivien sei ein geregeltes Umfeld nicht mehr vorhanden gewesen. Es habe nur noch die Möglichkeit bestanden, dass er in der Schweiz bleiben

könne. Ausser zu seinem Bruder habe der Rekurrent nur noch Kontakt mit seiner Mutter und Schwester in der Schweiz gehabt. Andere Kontaktpersonen habe er nicht mehr gehabt. Es sei daher eine für die Rekurrentin «zusehends unhaltbarere Situation» entstanden. Es gäbe keinen Anhalt dafür, dass beim Vater eine alternative Betreuungssituation vorhanden gewesen wäre. Damit seien wichtige Gründe belegt worden.

Weiter bestreiten die Rekurrierenden eine freiwillige Trennung der Familie (dazu und zum Folgenden Rekursbegründung, Ziff. 13.1 ff.). Die Rekurrentin habe unverheiratet mit ihrem damaligen Partner und ihren vier Kindern zusammengelebt. Sie habe Bolivien «ca. im Jahr 2007» verlassen. Entsprechend der damals mit dem Kindsvater ausgehandelten und durch ein Familiengericht abgesegneten Regelung, für welche keine schriftlichen Dokumente bestünden, habe die Rekurrentin nur ihre Tochter D____ und ihren behinderten Sohn G____ mitnehmen dürfen. Sie habe sich dann als sog. «Sans-Papier» in der Schweiz aufgehalten, wo sie in der Raumpflege gearbeitet und sich um ihre Kinder gekümmert habe. 2008 sei ihr nachgezogener Sohn gestorben. Nach der Heirat im Jahr 2010 sei infolge der bestehenden Sorgerechtsregelung nicht geplant gewesen, den Rekurrenten in die Schweiz zu holen. Zunächst habe sie eine sichere und legale Existenz für sich und ihre Tochter aufbauen wollen. Nach erfolgter Stabilisierung ihrer Situation in der Schweiz hätten sich die Umstände in Bolivien so verändert, dass die Rekurrentin für ihren jüngsten Sohn nur noch die Möglichkeit des Familiennachzugs gesehen habe. Sie habe zunächst zum Schutz der beiden schwächeren Kinder nur den Ausweg gesehen, vorderhand auf das Sorgerecht für sie zu verzichten. Es könne daher nicht von einer Freiwilligkeit der Trennung gesprochen werden.

2.4 Vergleicht man diese Darstellung der Vorgeschichte der Einreise des Rekurrenten mit den vorliegenden Akten wie auch mit den heutigen Aussagen der Rekurrentin, so fallen einige Unstimmigkeiten und Widersprüche auf. Die Rekurrentin hat zusammen mit H____ vier Kinder (I____ [geb. [...] 1992], D____ [geb. [...] 1994], B____ [geb. [...] 1999] und G____ [geb. [...] 2001, gest. [...] 2008]). Aufgrund der Akten ist erstellt, dass die Rekurrentin den Rekurrenten und dessen Bruder I____ 2003 verlassen hat und nach Europa gereist ist. Der Rekurrent war damals unter 4 Jahren alt, sein Bruder 11 Jahre alt. Im bolivianischen Reisepass der Rekurrentin findet sich ein Eintrag über ihre Ausreise aus Bolivien am 6. Juni 2003 (act. 5/5). Bei mehreren Befragungen bestätigte sie, seither nicht mehr in Bolivien gewesen zu sein (Einvernahmeprotokoll Bereich Bevölkerungsdienste und Migration [BdM] vom 16. Januar 2007, S. 3 f. [act. 5/5]; Einvernahmeprotokoll BdM vom 11. Mai 2010, S. 5 [act. 6.5/5]; Befragungsprotokoll BdM vom 1. Juni 2010, S. 8 [act. 6.5/5]).

Bereits bei einer Einvernahme vom 17. Juli 2007 nach ihrer Rückschaffung nach Bolivien und (illegaler) Wiedereinreise in die Schweiz hatte die Rekurrentin als Grund für ihre Rückkehr nach Europa angegeben, «grosse Probleme mit dem Vater (meiner) Kinder» gehabt zu haben (Einvernahmeprotokoll BdM vom 17. Juli 2007, S. 2 [act. 6.5/5]). Später bezog sie sich auf die notwendige Behandlung ihres inzwischen verstorbenen Sohns G____ (Befragungsprotokoll BdM vom 1. Juni 2010, S. 3 und 8 [act. 6.5/5]). Bei einer Kurzeinvernahme zu ihrer Person durch die Kantonspolizei Aargau am 2. Mai 2010 (Protokoll, S. 1 f. [act. 5/5]) gab sie an, dass ihre beiden Söhne I____ und B____ bei ihrem Vater lebten. Bei ihrer Befragung durch den Bereich BdM am 1. Juni 2010 gab sie dann aber an, dass diese bei einer Tante väterlicherseits, J____, lebten (Befragungsprotokoll BdM vom 1. Juni 2010, S. 3). Der Rekurrent lebe gerne dort, sein älterer Bruder könne

aufgrund seines Alters selber für sich aufpassen. Ihre Söhne hätten bei ihrer Emigration in die Schweiz nicht mitkommen, sondern beim Vater bleiben wollen (ebenda, S. 8). Der Vater habe sie mit ihnen verlassen. Dieser habe sie dann bei seinem Bruder und ihrer Schwägerin gelassen. Sie habe keinen Kontakt mit dem Vater (ebenda, S. 9). Mit ihren getrenntlebenden Eltern habe sie nur an Festtagen Kontakt (ebenda, S. 4). Mit Schreiben vom 6. September 2011 (act. 6.4/5) gab der heutige Ehemann der Rekurrentin an, dass ein Nachzug der beiden in Bolivien lebenden Söhne nicht geplant sei.

Mit dem Familiennachzugsgesuch vom 25. März 2016 (act. 3/5) gab die Rekurrentin sodann an, dass der Vater des Rekurrenten für diesen «Unterhalt und Verantwortung nicht übernehmen könne». Trotz ihrer stetigen finanziellen Unterstützung habe der Vater «die Verantwortung nicht mehr übernehmen können/wollen». Zuletzt habe der Rekurrent mit seinem erwachsenen Bruder zusammengewohnt. Mit Schreiben vom 13. Mai 2016 (act. 6.3/5) gab die Rekurrentin an, dass die Situation in Bolivien für den Rekurrenten und sie «nicht mehr erträglich gewesen» sei. «Das wichtige geregelte Umfeld» sei «nicht mehr vorhanden» gewesen. Der Rekurrent sei zuletzt nur noch von seinem Bruder betreut worden, der aufgrund seiner Ausbildung und Arbeit kaum zu Hause gewesen sei. Zu seinem Vater habe er «praktisch keinen Kontakt» gehabt. Mit Schreiben vom 28. Juni 2016 (act. 6.3/5) gab die Rekurrentin an, dass der Rekurrent «schon seit mehr als vier Jahren nicht mehr beim Vater gelebt» habe. Sein älterer Bruder könne sich auch nicht mehr um ihn kümmern. Mit Schreiben vom 22. Juni 2017 (act. 6.3/5) liess die Rekurrentin dann in Widerspruch zu den Angaben im Jahr 2011 im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs geltend machen, dass es von Anfang an ihre Absicht gewesen sei, ihren Sohn nachzuziehen. Zur Umsetzung dieser Absicht habe sie aber zuerst das alleinige Sorgerecht erkämpfen müssen. Der Kindsvater habe aufgrund der von ihr erhaltenen Unterhaltszahlungen kein Interesse daran, dass sie das Sorgerecht erhalte. Der Kindsvater sei zudem gar nicht mehr auffindbar. Zudem habe ihr ältester Sohn Bolivien mittlerweile verlassen. Angefügt war eine Bestätigung von I____ vom 15. Juni 2017, wonach er sich in jenem Jahr entschieden habe, nach Argentinien auszuwandern sowie einen auf drei Monate vom 13. Juni bis zum 12. September 2017 terminierten «Leihvertrag» bezüglich einer Liegenschaft in Argentinien. Auch mit der Rekursbegründung vom 21. September 2017 im Verfahren VD.2017.218 (Ziff. 15.2) machte die Rekurrentin geltend, sich mehrere Jahre in einem Sorgerechtsstreit über die verbliebenen Söhne befunden zu haben. Dieser sei mit einem Vergleich vom 14. November 2014 abgeschlossen worden, mit dem das Sorgerecht über den Rekurrenten auf sie übertragen worden sei (ebenda, Ziff. 5). Gleichzeitig wurde geltend gemacht, dass sich der Vater seit dem Jahr 2011 nicht mehr um seine beiden Söhne gekümmert habe (ebenda, Ziff. 16.1). Weiter führte sie aus, dass ihr ältester Sohn weiterhin in Argentinien lebe (ebenda, Ziff. 17). Dieser bestätigte mit Stellungnahme vom 20. September 2017 (Beilage 9 zur Rekursbegründung vom 21. September 2017 im Verfahren VD.2017.218), dass er schon «Monate vorher hier gelebt» habe und weiterhin in seinem Zimmer in Argentinien leben werde.

Aus dem Gesagten folgt, dass sich der Kindsvater mindestens seit 2012 nicht mehr um seine beiden Söhne I____ und B____ gekümmert hat, nachdem diese bereits zuvor nicht bei ihm, sondern bei dessen Schwägerin gelebt hatten. Nicht erklärt wird, warum diese vom Rekurrenten angeblich geschätzte Bezugsperson plötzlich keine Erwähnung mehr findet. Die beiden Söhne sollen schon ab 2012 auf sich allein gestellt gewesen sein. Völlig unklar bleibt auch, wie lange die Rekurrentin dem Kindsvater Unterhaltszahlungen geleistet hat.

Ihre früheren Aussagen hinterlassen ■ zumindest teilweise ■ den Eindruck, dass sie ihm bis 2012 noch Geld für ihre beiden Söhne hat zukommen lassen. Gemäss ihren heutigen Angaben will sie jedoch ab dem Zeitpunkt, als sie mit ihrer Tochter D_____ und ihrem inzwischen verstorbenen Sohn G_____ in die Schweiz gekommen war, d.h. ab dem Jahre 2007, keine Unterhaltsbeiträge mehr an den Kindsvater bezahlt haben (Verhandlungsprotokoll, S. 7 f.). Des Weiteren und insbesondere folgt aus den Unterlagen, dass der ältere Bruder des Rekurrenten Bolivien erst 2017 und damit deutlich nach dem Rekurrenten, der bereits anfangs 2015 in die Schweiz gekommen war, verlassen und sich in Argentinien niedergelassen hat. Der ältere Bruder hatte Bolivien somit erst kurz vor der Mündigkeit des Rekurrenten verlassen. Insgesamt ist daher nicht ersichtlich, inwiefern sich die Verhältnisse nach dem Ablauf der Nachzugsfrist dergestalt geändert hätten, dass daraus ein wichtiger familiärer Grund für einen nachträglichen Nachzug im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG und Art. 73 Abs. 3 VZAE folgen könnte (oben E. 2.2.1). Auch mit dem eingereichten Vergleich vom 14. November 2014 mit dem Kindsvater können die Rekurrierenden nicht belegen, dass ein Nachzug erst später möglich gewesen ist. Dem Vergleich können die Gründe für den Abschluss nicht entnommen werden. Insbesondere fehlen darin Hinweise auf einen zuvor bestehenden Konflikt der Eltern über den Ort der Betreuung des Rekurrenten. Hat die Rekurrentin dem Kindsvater aber keine Unterhaltszahlungen für den Rekurrenten erbracht, so fehlt auch der Behauptung, dass sich der Kindsvater bis dahin dieser Leistungen wegen gegen die Übertragung des Sorgerechts für das Kind gewehrt haben soll, die Grundlage. Weiter macht die Rekurrentin nicht einmal geltend, sich trotz der unhaltbaren Zustände bei der Betreuung ihrer Kinder in Bolivien mit Bezug auf einen angeblichen Konflikt mit dem Kindsvater an die Behörden oder ein Familiengericht gewandt zu haben. Dem entspricht auch die Aussage der Rekurrentin und ihres heutigen Ehemanns im Formular vom 30. November 2011 betreffend Familiennachzugsgesuch für die Tochter D_____, dass es keine Sorgerechtsentscheid in schriftlicher Form gebe (act. 6.4/5), welcher hätte abgeändert werden müssen. Daraus folgt, dass bis zum Erreichen des Mündigkeitsalters durch den Rekurrenten kein wichtiger Grund für einen nachträglichen Familiennachzug bestanden hat bzw. nachgewiesen worden ist, welcher es erlaubt hätte, nach Ablauf der Nachzugsfrist auf den Entscheid der Rekurrentin, den Rekurrenten in seiner Heimat aufziehen zu lassen, zurückzukommen. Der Rekurrent hatte jedenfalls über schon viele Jahre hinweg zusammen mit seinem älteren Bruder selbständig gelebt.

E. 3

Mit der Vorinstanz ist weiter festzustellen, dass sich die Rekurrierenden im Verhältnis zueinander nicht auf eine gemäss Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützte Familienbeziehung berufen können (vgl. angefochtener Entscheid, E. 21 f.). Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (BGE 145 I 227 E. 3.1 S. 230 f. und 136 II 497 E. 3.2). Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn über die Volljährigkeit hinaus ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Elternteil und Kind besteht (vgl. BGE 145 I 227 E. 6.4 S. 236 und 137 I 154 E. 3.4.2 S. 159). Während bei der Beurteilung des Familiennachzugs im Anwendungsbereich des AuG bzw. des AIG auf das Alter des Kindes im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abgestellt wird und ein hängiges Gesuch mithin auch gutgeheissen werden kann, wenn das Kind zwischenzeitlich volljährig geworden ist, ist für die Frage eines Anspruchs aus Art. 8 EMRK nach ständiger Rechtsprechung das Alter des Kindes im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils massgebend (BGE 145 I 227 E. 3.1 S. 230 f.

sowie E.

E. 5

5.1 Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Rekurs gegen die Abweisung des Gesuchs der Rekurrentin für den nachträglichen Nachzug des Rekurrenten abzuweisen ist. Die Rekurrierenden können nicht darlegen, dass sich die Verhältnisse nach dem Ablauf der Nachzugsfrist am 6. Februar 2013 (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 AuG) bis zur Einreichung des Nachzugesuchts am 25. März 2016 dergestalt verändert hätten, dass daraus ein wichtiger familiärer Grund für einen nachträglichen Nachzug des Rekurrenten anfangs im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG und Art. 73 Abs. 3 VZAR folgen könnte. Demgegenüber steht dem Rekurrenten gestützt auf sein Recht nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK auf Schutz seines Familienlebens im Sinne eines umgekehrten Nachzugs ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu, nachdem nun auch rechtlich das Kindschaftsverhältnis zu seinem Sohn E_____ besteht. Unter diesen Umständen erübrigt es sich zu prüfen, ob die Beziehung des Rekurrenten zu F_____ ein stabiles Konkubinat darstellt, welches ihm nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 1 EMRK ebenfalls einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verschaffen würde (vgl. BGer 2C_396/2021 vom 27. Mai 2021 E. 3.2 und 2C_867/2016 vom 30. März 2017, je mit weiteren Hinweisen).

5.2 Nach dem Gesagten sind die beiden Rekurse im Ergebnis gutzuheissen und sind der angefochtene Entscheid des JSD wie auch die Verfügung des Migrationsamts aufzuheben, soweit sie dem Rekurrenten die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigert und ihn aus der Schweiz weggewiesen haben. Gemäss Art. 99 Abs. 1 AIG sind gewisse, vom Bundesrat zu bezeichnende ausländerrechtliche Bewilligungen dem Staatssekretariat für Migration (SEM) zur Zustimmung zu unterbreiten. Nach Art. 85 Abs. 2 VZAE legt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) in einer Verordnung fest, in welchen Fällen die Aufenthaltsbewilligung dem Zustimmungsverfahren unterliegt. Gemäss Art. 3 lit. f der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (SR 142.201.1) ist die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten. Gemäss Art. 99 Abs. 2 AIG kann das SEM die Zustimmung zum Entscheid einer kantonalen Verwaltungsbehörde oder einer kantonalen Beschwerdeinstanz verweigern oder diesen Entscheid befristen oder an Bedingungen und Auflagen knüpfen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass Entscheide über die Erteilung oder die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung in einem dem Zustimmungsverfahren unterliegenden Fall auch dann dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten sind, wenn sie von einem kantonalen Gericht angeordnet worden sind (vgl. Botschaft zur Revision des Ausländergesetzes [AuG] [Verfahrensnormen und Informationssysteme] vom 2. März 2018, in: BBl 2018 S. 1685 ff., 1702 f. und 1739). Das Migrationsamt wird entsprechend angewiesen, dem SEM Antrag auf Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Rekurrentin zu stellen.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Kosten zu erheben. Zudem ist das Justiz- und Sicherheitsdepartement zu verpflichten, der Rekurrentin eine Parteientschädigung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren auszurichten. Die Rekurrierenden haben mit Honorarnote vom 16. Dezember 2021 und mit heute eingereichtem Leistungsjournal einen Aufwand von 24 Std. 45 Min. bzw. 2 Std. 55

Min. sowie Auslagen von CHF 182.60 bzw. CHF 25.40 geltend gemacht. Zuzüglich des Aufwands für die Teilnahme an der heutigen Hauptverhandlung von 2 Std. 45 Min. ergibt sich ein Total von 30 Std. 25 Min., was nach dem Überwälzungstarif von CHF 250.■/h ein Gesamthonorar von CHF 7'604.15 zuzüglich Auslagen von total CHF 208.■ und 7,7 % MWST von CHF 601.55 ergibt.

Der vorinstanzliche Kostenentscheid bleibt von der vorliegenden Gutheissung der beiden Rekurse unberührt. Der Rekurrent hat erst am 25. März 2022 mit der formellen Anerkennung seiner Vaterschaft die Voraussetzungen für das rechtliche Vorliegen eines Kindschaftsverhältnisses geschaffen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.