

# GR\_GERICHTE U 2022 29 vom 15. November 2022

GR Gerichte, 2022-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2022\\_29](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2022_29)

FR: GR\_GERICHTE U 2022 29 du 15 novembre 2022

IT: GR\_GERICHTE U 2022 29 del 15 novembre 2022

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung und Familiennachzug | Fremdenpolizei

## Erwägungen

### E. 1

Die deutsche Staatsangehörige A.\_\_\_\_\_, geborene E.\_\_\_\_\_ (Jahrgang 1984), lebte und arbeitete in den Jahren 2009 bis 2019 mit einer Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) in der Schweiz. Im Jahr 2013 brachte A.\_\_\_\_\_ einen Sohn zur Welt und im darauffolgenden Jahr ehelichte sie C.\_\_\_\_\_, ebenfalls deutscher Staatsangehöriger. Die Familie vergrösserte sich im Jahr 2016 mit der Geburt einer Tochter. Der Antrag auf Umwandlung der Aufenthaltsbewilligung in eine Niederlassungs- bewilligung (Ausweis C) wurde im Jahr 2018 bewilligt. Ende 2019 meldete sich die Familie nach Deutschland ab, womit ihr Aufenthaltsstatus unwiderruflich erlosch.

### E. 1.1

Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die Verwaltungsrechts- pflege (VRG; BR 370.100) beurteilt das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Departemente, soweit diese nicht nach kantonalem oder eidgenössischem Recht endgültig sind oder bei einer anderen Instanz angefochten werden können. Die angefochtene Departementsverfügung vom 30. März 2022 (Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act.] 2 = Akten des Beschwerde- gegners [Bg-act.–DJSJ] 17), mit welcher der Beschwerdegegner die Beschwerde gegen die Verfügung des AFM vom 3. Februar 2021 betreffend Ablehnung der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA im Rahmen der Wohnsitznahme als Selbständigerwerbende in der Schweiz sowie den damit zusammenhängenden Familiennachzug

- 8 - abgewiesen hat, ist weder endgültig noch kann sie bei einer anderen Instanz angefochten werden. Folglich stellt sie ein taugliches Anfechtungsobjekt für ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden dar. Als formelle und materielle Adressatin der angefochtenen Departementsverfügung ist die Beschwerdeführerin direkt nachteilig von der nicht gewährten Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA inkl. Familiennachzug berührt und weist ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung auf, weshalb sie zu deren Anfechtung berechtigt ist (Art. 50 VRG). Auf die zudem frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 52 Abs. 1 und Art. 38 VRG).

### E. 1.2

Nach Art. 51 VRG erstreckt sich die Kognition des Verwaltungsgerichtes bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde auf Rechtsverletzungen einschliesslich

Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes. Das Verwaltungsgericht überprüft somit den Sachverhalt und die Rechtsfragen frei. Dagegen beurteilt es nicht, ob der angefochtene Entscheid zweckmässig oder angemessen sei (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts [VGU] U 20 95 vom 16. Juni 2021 E.1.2).

### **E. 1.3**

In Bezug auf die Ermittlung des für das Beschwerdeverfahren erheblichen Sachverhalts ist zunächst festzuhalten, dass dieser grundsätzlich von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird (vgl. Art. 11 VRG). Demnach hat die Behörde von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen, die für das Verfahren notwendigen Unterlagen zu beschaffen, die rechtlich relevanten Umstände abzuklären und ordnungsgemäss darüber Beweis zu führen. Sie kann dazu Einsicht in die öffentlichen Register nehmen (z.B. Straf- und Betreibungsregister) und auch spezifische Auskünfte von Parteien oder Dritten einholen (z.B. Lohnauszüge, Mietverträge, Kursbestätigungen etc.). Zudem sind andere Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden im Rahmen der Amtshilfe zur Bekanntgabe von bestimmten

- 9 - Daten und Informationen befugt bzw. verpflichtet. Ergänzend dazu besteht die Mitwirkungspflicht der Parteien, die bei Tatsachen zum Tragen kommt, die eine Partei besser kennt und die ohne Mitwirkung nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erhoben werden könnte, wie namentlich Auskünfte zu den familiären Verhältnissen oder zur Einkommens- und Vermögenssituation (vgl. BGE 130 II 482 E.3.2, 124 II 361 E.2b; siehe auch SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020, S. 403 f.). 2. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Ablehnung der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zur selbständigen Erwerbstätigkeit sowie die Ablehnung des Familiennachzugs für Kinder und die damit einhergehende Wegweisung aus der Schweiz mit Verfügung des AFM vom 3. Februar 2021, bestätigt durch den vorliegend angefochtenen Beschwerdeentscheid des Beschwerdegegners vom 30. März 2022, zu Recht erfolgt ist.

### **E. 2**

Im August 2020 zog A.\_\_\_\_\_ mit ihren beiden Kindern aus Deutschland herkommend nach D.\_\_\_\_\_ als Untermieterin in die Wohnung einer befreundeten Familie. Am 16. Oktober 2020 meldete sie sich auf der Gemeindeverwaltung an und kündigte an, mit ihren Kindern Wohnsitz in D.\_\_\_\_\_ zu begründen und einem selbständigen Erwerb nachzugehen. Am 2. November 2020 beantragte sie für sich die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zur selbständigen Erwerbstätigkeit mit Familiennachzug für ihre beiden Kinder. Dazu legte sie diverse Formulare und Dokumente vor. Die Gemeinde und das Amt für Migration und Zivilrecht des Kantons Graubünden (nachfolgend AFM) forderten A.\_\_\_\_\_ in der Folge auf, gewisse Dokumente zu ergänzen und noch fehlende Unterlagen nachzureichen. Mit Schreiben vom 24. November 2020 gewährte das AFM A.\_\_\_\_\_ das rechtliche Gehör zu einer möglichen Ablehnung der beiden Gesuche und forderte erneut die fehlenden Unterlagen ein, welche sodann am 9. Dezember 2020 eingereicht wurden.

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine falsche Sachverhaltsdarstellung im angefochtenen Entscheid in Ziff. 13 (Bf-act. 2 S. 5), wo eine Verurteilung wegen eines Vergehens erwähnt werde (Art. 125 Schweizerisches Strafgesetzbuch [StGB; SR 311.0]),

obschon es sich korrekterweise lediglich um eine Übertretung (Art. 126 StGB) gehandelt habe. Die Vorinstanz hat an der angegebenen Stelle tatsächlich den Straftatbestand fehlerhaft wiedergegeben. In rechtlicher Hinsicht tut dieses offensichtliche Versehen jedoch nichts zur Sache. Ebenso wenig zur Sache tragen zudem die Ausführungen zur problematischen Kommunikation zwischen der Beschwerdeführerin und der Schulleitung bei (vgl. Ziff. 17 des angefochtenen Entscheids [Bf-act. 2 S. 5]). 2.2.1. Als deutsche Staatsangehörige kann sich die Beschwerdeführerin auf das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten

- 10 - andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) berufen. Bürger aus EU/EFTA-Staaten haben Anspruch auf eine fünfjährige EU/EFTA-Bewilligung (Ausweis B), falls sie den zuständigen Behörden nachweisen, dass sie sich zum Zweck einer selbständigen Erwerbstätigkeit niedergelassen haben oder niederlassen wollen (Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA). Der Gesuchsteller muss seine selbständige Erwerbstätigkeit dartun (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_430/2020 vom 13. Juli 2020 E.4.1, 2C\_451/2019 vom 6. Februar 2020 E.3.1). Weder das FZA noch die Verordnung über den freien Personenverkehr (VFP; SR 142.203) enthalten nähere Angaben darüber, in welcher Form der Nachweis über die ausgeübte oder beabsichtigte selbständige Erwerbstätigkeit zu erbringen ist und welchen Anforderungen dieser zu genügen hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen die Kantone für den Nachweis einer selbständigen Erwerbstätigkeit keine prohibitiven Hürden aufstellen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_430/2020 vom 13. Juli 2020 E.4.1); das Bundesgericht geht davon aus, dass keine allzu hohen Anforderungen bzw. eine übermässige Anzahl von Unterlagen einverlangt werden dürfen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_451/2019 vom 6. Februar 2020 E.5.1 und E.5.3.1 mit Hinweisen). Für die Erteilung der Bewilligung ist nebst der Errichtung eines Unternehmens in der Schweiz und einer aktiven Geschäftstätigkeit entscheidend, dass selbständig Erwerbende genügend finanzielle Mittel haben, um für ihren Lebensunterhalt aufzukommen bzw. ein regelmässiges Einkommen erzielt wird und die betreffenden Personen nicht sozialhilfeabhängig werden. Wird die selbständig erwerbende Person von der Sozialhilfe abhängig, verliert sie laut SEM ihr Aufenthaltsrecht, wenn ein Entzug der Bewilligung nicht unverhältnismässig ist. Bei ernsthaften Zweifeln an der tatsächlichen und nachhaltigen Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz sowie an der Erzielung eines regelmässigen und existenzsichernden Einkommens können die zuständigen Kantonsbehörden während der Gültigkeitsdauer der

- 11 - Bewilligung jederzeit neue Beweismittel für die Selbständigkeit verlangen oder die Bewilligung widerrufen, falls die Bedingungen für deren Erlass nicht mehr erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 2C\_451/2019 vom 6. Februar 2020 E.3.4). Als Nachweis kommt beispielsweise die Bestätigung durch die AHV in Frage (siehe zum Ganzen Ziff. 4.3.1 f der Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über den freien Personenverkehr des Staatssekretariats für Migration [SEM] [nachfolgend Weisungen VFP-10/2022]; vgl. dazu auch SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, a.a.O., S. 190; OTT, in: CARONI/GÄCHTER/THURNHERR [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, Art. 19 Rz. 3 ff.). 2.2.2. Im Kanton Graubünden haben die Gesuchsteller dem Gesuchsformular A1 zum Nachweis der Selbständigkeit u.a. folgende Unterlagen oder Dokumente beizulegen: • Kopie des gültigen Reisepasses oder gültige Identitätskarte • Businessplan • Nachweis der selbständigen

existenzsichernden Erwerbstätigkeit (z.B. Auftrags- volumen, Auszüge aus der Buchhaltung, etc.) • Handelsregisterauszug, sofern die Firma im Handelsregister eingetragen ist • Versicherungsnachweis (Krankheit und Unfall) • Mietvertrag der Geschäftslokalität • Entscheid der Sozialversicherungsanstalt (siehe dazu das Merkblatt "selbständig erwerbende Aufenthalter/innen und selbständig erwerbende Grenzgänger/innen (EU/EFTA)" des AFM, V 2021; abrufbar unter: <https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/djsg/afm/dokumente/Fremdenpolizei/Seiten/Merkblätter.aspx>, letztmals besucht am

### **E. 2.5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde vom 19. April 2022 gutzuheissen, der angefochtene Departementsentscheid vom 30. März 2022 aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen zur weiteren Abklärung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse und neuem Entscheid.

### **E. 3**

Am 11. Dezember 2020 lehnte das AFM das Gesuch von A.\_\_\_\_\_ für eine Aufenthaltsbewilligung zur selbständigen Erwerbstätigkeit sowie den

- 3 - beantragten Familiennachzug für ihre beiden Kinder formlos ab und verfügte eine Ausreisefrist bis zum 31. Januar 2021.

#### **E. 3.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten in Anwendung von Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten des unterliegenden Beschwerdegegners. Die Staatsgebühr wird vorliegend in Anbetracht des Umfangs und der Schwierigkeit der Sache gestützt auf Art. 75 Abs. 2 VRG auf CHF 1'500.00 festgesetzt und zusammen mit den Kanzleiauslagen dem Beschwerdegegner auferlegt.

- 19 -

#### **E. 3.2**

Gestützt auf Art. 78 Abs. 1 VRG ist der obsiegenden Beschwerdeführerin dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend eine aussergerichtliche Parteientschädigung zuzusprechen. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechts- anwältinnen und Rechtsanwälte (HV; BR 310.250) setzt die urteilende Instanz die Parteientschädigung der obsiegenden Partei nach Ermessen fest. Dabei geht sie gemäss Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 HV vom Betrag aus, welcher der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird, soweit der vereinbarte Stunden- ansatz zuzüglich allfällig vereinbartem Interessenwertszuschlag üblich ist und keine Erfolgsszuschläge enthält. Als üblich gilt gemäss Art. 3 Abs. 1 HV ein Stundenansatz von CHF 210.00 bis CHF 270.00. Reichen die Parteien zu Beginn des Verfahrens nicht eine vollständige, unterschriebene Honorarvereinbarung ein, kann die urteilende Instanz davon absehen, für die Festsetzung der Parteientschädigung die Anwalts- rechnung heranzuziehen (Art. 4 Abs. 1 HV). Der Rechtsvertreter reichte dem Gericht eine nicht nachvollziehbare Honorarrechnung ein, zudem findet sich eine Honorarvereinbarung weder in den Gerichtsakten noch in den Akten der Vorinstanz. Die Entschädigung ist daher nach Auffassung des Gerichts für das Verfahren vor Verwaltungsgericht bei einem einfachen Schriftenwechsel und einer Beschwerde im Umfang von elf Seiten pauschal auf CHF 1'500.00 (inkl. MWST und Spesen) festzulegen. Für das vorinstanzliche Verfahren ist der

Beschwerdeführerin eine solche von ebenfalls CHF 1'500.00 (inkl. MWST und Spesen) zuzusprechen.

- 20 - III. Demnach erkennt das Gericht:

#### **E. 4**

Nachdem der inzwischen beigezogene Rechtsvertreter von A.\_\_\_\_\_ am 16. Dezember 2020 eine beschwerdefähige Verfügung verlangt und dem AFM u.a. belegt hatte, dass die SVA Graubünden A.\_\_\_\_\_ als Selbständigerwerbende anerkannt habe, wies das AFM deren Gesuch mit Verfügung vom 3. Februar 2021 abermals ab unter Auflage einer Gebühr von CHF 462.00. Es begründete diesen Entscheid im Wesentlichen damit, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zur selbständigen Erwerbstätigkeit nicht erfüllt seien. Die Gesuchstellerin habe eine existenzsichernde, lebensunterhaltsdeckende selbständige Erwerbstätigkeit mit den eingereichten Belegen nicht glaubhaft darzulegen vermocht und stelle ein begründetes, erhebliches Fürsorgetisiko dar; ausserdem sei der Nachweis einer angemessenen Wohnung nicht erbracht worden, so dass auch der Familiennachzug für die beiden Kinder nicht bewilligt werden könne.

#### **E. 5**

In der dagegen erhobenen Verwaltungsbeschwerde vom 3. März 2021 an das Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit des Kantons Graubünden (nachfolgend DJSG) weist A.\_\_\_\_\_ den Vorwurf, sie stelle mit ihren Kindern ein erhebliches Sozialhilferisiko dar, von sich mit Verweis auf ein genügendes monatliches Einkommen aus verschiedenen Quellen, insbesondere aus selbständiger Erwerbstätigkeit und dem bis anhin perfekten migrationstechnischen Leumund durch ihren Aufenthalt in der Schweiz im Zeitraum von 2009 bis 2019, letztlich sogar mit Niederlassungsbewilligung. Weiter führt sie an, betreffend die Frage der Angemessenheit der Wohnung für den Familiennachzug sei rechtsprechungsgemäss nicht auf den Umstand abzustellen, ob die Wohnung von einer oder mehreren Familien bewohnt werde, sondern darauf, ob sie überbelegt sei oder nicht. Für die Gebührenerhebung durch das AFM über CHF 95.00 bestehe zudem keine gesetzliche Grundlage.

- 4 -

#### **E. 6**

Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren vor dem DJSG legte A.\_\_\_\_\_ einen im Mai 2021 unterzeichneten Mietvertrag betreffend eine 4.5-Zimmer- Wohnung in D.\_\_\_\_\_ vor; ausserdem liess sie mitteilen, dass sie neu über ein Geschäftskonto verfüge, über welches sie nun auch Zahlungen auf Rechnung entgegennehme.

#### **E. 7**

Mit Strafbefehl vom 16., mitgeteilt am 21. Juni 2021, wurde A.\_\_\_\_\_ von der Staatsanwaltschaft Graubünden wegen einer Tötlichkeit zum Nachteil einer anderen Frau zur Bezahlung einer Busse in der Höhe von CHF 300.00 verurteilt; Anlass zur Tat war eine verbale Auseinandersetzung zwischen den beiden Frauen, in deren Verlauf A.\_\_\_\_\_ die andere Frau an eine Hauswand gestossen hatte.

#### **E. 8**

Im Zeitraum von Juli 2021 bis Januar 2022 blieb das Verwaltungs- beschwerdeverfahren aufgrund der Abklärung von Kinderbelangen sistiert. Mit Schreiben vom 24. März 2022 orientierte die Gemeinde- verwaltung D.\_\_\_\_\_ das AFM über eine erschwerte Zusammenarbeit zwischen A.\_\_\_\_\_ und der Schule bzw. dem Kindergarten. So sei A.\_\_\_\_\_ wichtigen neuropädiatrischen Abklärungen zum Wohle des Kindes nicht nachgekommen; ausserdem würden organisatorische und disziplinarische Schwierigkeiten den Schulbetrieb erschweren. Auch das Verhalten der Tochter auf dem Schulweg sei problematisch und es sei bereits mehrfach zu Sachbeschädigungen gekommen. Die Schulleitung habe A.\_\_\_\_\_ und ihrem Ehemann mitgeteilt, dass eine Meldung an die zuständige KESB erfolgen werde, sollten sich die dargestellten Schwierigkeiten nicht umgehend verbessern.

#### **E. 9**

Mit Entscheid vom 30. März 2022 wies das DJSG die Verwaltungs- beschwerde vom 3. März 2021 als unbegründet ab unter Auflage einer Staatsgebühr von CHF 1'080.00 sowie Gebühren von CHF 316.00. Es begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Vorinstanz zu Recht nicht von einer nachhaltigen, tatsächlichen und existenzsichernden

- 5 - selbständigen Tätigkeit von A.\_\_\_\_\_ ausgegangen sei, so dass die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung nach FZA nicht zu beanstanden sei. Daraus folge, dass den Kindern im Rahmen des Familiennachzugs auch kein abgeleiteter Aufenthaltsanspruch zustehe. Zudem sei auch im Verwaltungsbeschwerdeverfahren der Nachweis einer angemessenen Wohnung immer noch nicht erbracht worden, liege doch bezüglich der 4.5-Zimmerwohnung ab 1. Juni 2021 mangels Unterzeichnung durch den Vermieter kein rechtsgültiger Mietvertrag vor. Schliesslich mangle es vorliegend für den Nachzug von Kindern zu einem Elternteil am erforder- lichen formellen Sorgerechtstitel (gerichtlicher oder behördlicher Sorgerechtsnachweis), sei doch bei einem gemeinsamen Sorgerecht zusätzlich die schriftliche Erklärung des im Ausland lebenden Elternteils erforderlich, wonach er gegen eine definitive Übersiedlung der Kinder in die Schweiz nichts einzuwenden habe. Aus den Akten bleibe aber ungeklärt, wie die Eltern die Kinderbelange einvernehmlich regelten bzw. ob der Ehemann mit der definitiven Übersiedlung der Kinder in die Schweiz einverstanden sei. Weiter erwiesen sich auch die vom AFM erhobenen Verfahrenskosten ohne weiteres als verhältnismässig und gesetzlich vorgesehen.

#### **E. 10**

Dagegen erhob A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 19. April 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA mitsamt Familiennachzug; even- tualiter die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Angelegenheit zu erneuter Abklärung und Neuentscheid, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge in diesem sowie im Verfahren vor der Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin rügt eine falsche bzw. teilweise willkürliche Feststellung des Sachverhalts; weiter wirft sie der Vorinstanz vor, treuwidrig gehandelt zu haben, indem sie ihre Aufklärungspflicht verletzt und keine Belege für die von ihr in Zweifel gezogenen

- 6 - Sachverhalte eingefordert habe. Begründend führt die Beschwerde- führerin im Wesentlichen an, die Vorinstanz habe zu Recht die selbständige Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin akzeptiert, indessen das Erwirtschaften genügender Mittel mit dieser Tätigkeit zu Unrecht verneint. Ebenso habe die Vorinstanz zu Unrecht das Vorliegen einer

angemessenen Wohnung für den Familiennachzug verneint und es dabei unterlassen, den Sachverhalt genügend abzuklären. Der von der Vorinstanz ermittelte aktuelle Grundbedarf von CHF 3'341.00 für die Beschwerdeführerin und ihre beiden Kinder werde nicht beanstandet. Für das Jahr 2021 ergebe sich betreffend die – durch die Vorinstanz anerkannten – Einnahmen und das Kindergeld ein Nettoeinkommen von CHF 3'470.50, welches klar über dem durch die Vorinstanz ermittelten Grundbedarf liege, so dass sie im Jahr 2021 genügend finanzielle Mittel erwirtschaftet habe. Auch im Jahr 2022 weise die Beschwerdeführerin aus selbständiger Erwerbstätigkeit ein monatliches Einkommen von fast CHF 4'000.00 auf, ohne Einbezug des Kindergeldes oder weiteren Leistungen des Ehemannes. Die Beschwerdeführerin sei unter erschwerten Bedingungen während der COVID-19 Pandemie erfolgreich in die Selbständigkeit gestartet, so beschäftige sie heute sogar zwei Mitarbeiterinnen in Teilzeit. Bezüglich das Einverständnis des Ehemannes mit der definitiven Übersiedlung der Kinder in die Schweiz obliege der Behörde eine Aufklärungspflicht. Diese habe insbesondere darüber zu informieren, welche Beweismittel vorzulegen seien. Die entsprechende Bestätigung des Ehemannes vom 11. April 2022 betreffend den Familien- nachzug der beiden gemeinsamen Kinder werde beiliegend eingebracht. Schliesslich verfüge die Familie mit der 4.5-Zimmerwohnung in D.\_\_\_\_\_ auch über eine angemessene Wohnung. Indes sei auch bereits die bisherige Wohnsituation angemessen gewesen.

#### **E. 11**

Das DJSG (nachfolgend Beschwerdegegner) schloss in seiner Vernehm- lassung vom 13. Mai 2022 auf Abweisung der Beschwerde, unter Kosten-

- 7 - folge zulasten der Beschwerdeführerin. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin wurden ausdrücklich bestritten, soweit sie nicht mit den Akten und den Erwägungen im angefochtenen Entscheid überein- stimmten. Der Beschwerdegegner verwies auf die angefochtene Verfügung, da keine wesentlichen neuen Vorbringen geltend gemacht worden seien.

#### **E. 12**

Die Beschwerdeführerin reichte am 18. Mai 2022 ihre Replik und Honorarnoten ein, wobei sie sich in der Replik darauf beschränkte, an ihren Ausführungen in der Beschwerde festzuhalten, nachdem in der Vernehmlassung keinerlei substantiierten Ausführungen zur Sache gemacht wurden. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften, auf den angefochtenen Departementsentscheid sowie auf die weiteren im Recht liegenden Beweismittel wird, soweit erforderlich und rechts- erheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

#### **E. 15**

November 2022; vgl. auch SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, a.a.O., S. 191).

- 12 - 2.2.3. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, sie erfülle sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA im Rahmen einer Wohnsitznahme als Selbständigerwerbende in der Schweiz inkl. Familiennachzug für ihre beiden Kinder. Insbesondere erwirtschaftete sie in genügendem Masse Einkommen, um das Sozialhilferisiko klein zu halten. So würden ihre monatlichen Einnahmen den von den Behörden ermittelten Grundbedarf von CHF 3'341.00 übersteigen. Die Beschwerdeführerin legte zudem im vorinstanzlichen Verfahren im Zusammenhang mit den Kinderalimen-

eine Erklärung des Ehemannes ins Recht, wonach er mit der Beschwerdeführerin seit dem 24. Oktober 2021 wieder eine gemeinsame Ehe führe (vgl. Bg-act.–DJSJ 14) sowie aktualisierte Auszüge des Geschäftskontos (Bg-act.–DJSJ 15). 2.2.4. Die Vorinstanz sieht die Behauptung der Beschwerdeführerin als nicht ausreichend belegt. So bemängelt sie Abweichungen zwischen dem Kassabuch und dem Geschäftskonto sowie den Umstand, dass der Saldo des Geschäftskontos Ende 2021 tiefer sei als bei der Eröffnung des Kontos am 7. März 2021. Weiter seien die Selbsteinzahlungen auf das Geschäftskonto nicht ausreichend dokumentiert, um die Bareinnahmen gemäss Kassabuch nachvollziehen zu können. Ausserdem sei nicht ersichtlich, weshalb bei gewissen Massagedienstleistungen für Bareinnahmen Quittungen vorlägen und für andere nicht; ausserdem würden auch rein private Ausgaben über das Geschäftskonto getätigt. Insgesamt liessen es deshalb die eingereichten Unterlagen nicht zu, die Geschäftsgänge der Beschwerdeführerin in genügendem Masse nachvollziehen zu können. Vor diesem Hintergrund sei von einer für sie und ihre Kinder nicht existenzsichernden selbständigen Tätigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen. Daran änderten auch die geltend gemachten Unterstützungsleistungen des Ehemannes für die beiden gemeinsamen Kinder in der Höhe von derzeit insgesamt monatlich EUR 408.00 nichts, weil im gesamten Zeitraum von Herbst 2020 bis

- 13 - Herbst 2021 bloss zwei Gutschriften nachgewiesen seien (CHF 429.76 am

#### **E. 16**

September 2021 und CHF 425.48 am 20. Oktober 2022 [recte: 2021]). 2.2.5. Im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht legte die Beschwerdeführerin Bankbelege betreffend getätigte monatliche Unterhaltszahlungen im Zeitraum von Januar 2021 bis März 2022 ein (jeweils EUR 438.00; Bf-act. 3 f.). Weiter legte die Beschwerdeführerin Belege ihres Kassabuches sowie des Geschäftskontos von Januar bis März 2022 ein (Bf-act. 5 f.). Die Vorinstanz hat sich dazu in ihrer Vernehmlassung nicht geäussert und auf den angefochtenen Entscheid verwiesen. 2.2.6. Als Nachweis für die selbständige Erwerbstätigkeit genügt etwa die Errichtung eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte mit einer effektiven und möglichst existenzsichernden Geschäftstätigkeit, was gegebenenfalls durch Businesspläne, Geschäftsbücher, Aufträge, Kundenverzeichnisse etc. zu belegen ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_430/2020 vom 13. Juli 2020 E.4.1, 2C\_451/2019 vom 6. Februar 2020 E.3.1 mit Hinweis). Die gesuchstellende Person soll ein Einkommen erzielen, das für ihren Lebensunterhalt und denjenigen ihrer Familie ausreicht und nicht sozialhilfeabhängig werden (siehe SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, a.a.O., S. 192). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf aber kein bestimmtes Mindesteinkommen vorausgesetzt werden (Urteile des Bundesgerichts 2C\_430/2020 vom 13. Juli 2020 E.4.2.4, E.4.12C\_451/2019 vom 6. Februar 2020 E.3.3 mit Hinweis auf das Urteil 2C\_243/2015 vom 2. November 2015 E.3.3.1). Die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin erweist sich nach Auffassung des Gerichts als nicht liquide. Auf der einen Seite reichte die Beschwerdeführerin diverse Unterlagen ein, welche ein unvollständiges Bild abgeben; immerhin sind aber aus den Unterlagen einigermassen regelmässige Einnahmen aus Massagetätigkeiten und Hauswirtschaft (Reinigungsdienst) zu erkennen. Weiter steht der Beschwerdeführerin

- 14 - zumindest seit Januar 2021 auch tatsächlich das Kindergeld zur Verfügung; so ergeben sich diese Zahlungen aus den dem Gericht eingereichten Auszügen des Girokontos bei der ING Bank (vgl. Bf-act. 3). Aus den vorliegenden Akten ergibt sich der Eindruck, als

dass die Beschwerdeführerin immer nur häppchenweise Einblick in ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse bringt. So stellt sich in diesem Zusammenhang tatsächlich die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihrer Mitwirkungspflicht rechtsgenügend nachgekommen ist oder ob sie die Folgen ihrer Nachlässigkeit oder allenfalls Unzulänglichkeit selber zu tragen hat. Umgekehrt gibt die Vorinstanz aber auch kein gutes Bild ab, so forderte sie auf für sie unklare Unterlagen hin nichts von der Beschwerdeführerin nach, sondern zog sogleich ihre (negativen) Schlüsse daraus. Vollends unbefriedigend erweist sich sodann der Umstand, dass die Vorinstanz auf die im vorliegenden Beschwerdeverfahren eingelegten neuen Dokumente gar nicht mehr reagierte, sondern lediglich auf den angefochtenen Entscheid verwies. So oder anders ergibt sich aus den vorliegenden Akten keine ausreichende Antwort auf die Frage, ob die Beschwerdeführerin mit ihren Tätigkeiten eine genügend solide Existenz für sich und ihre Kinder aufbauen kann, und sich damit für einen Aufenthaltstitel qualifiziert. Aufschlussreich und zielführend wären nach Auffassung des Gerichts z.B. der Beizug der Auszüge der Ausgleichskasse bezüglich der von der Beschwerdeführerin dort deklarierten und einbezahlten AHV-Beiträge oder der Beizug der Steuererklärung 2021 gewesen. 2.2.7. Nach dem Gesagten erweist sich der Sachverhalt als durch die Vorinstanz ungenügend abgeklärt und gewürdigt. Das Verwaltungsgericht ist nicht dazu berufen, den unvollständig festgestellten Sachverhalt an Stelle der Vorinstanz zu ermitteln, weshalb diese – nach Rückweisung der Sache zu weiteren Abklärungen – nach entsprechender Gewährung des rechtlichen Gehörs neu zu entscheiden hat. Insoweit trifft die Beschwerdeführerin

- 15 - auch eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 90 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und die Integration AIG [AIG; SR 142.20]; BGE 137 I 284 E.2.8). 2.3.1. Aus verfahrensökonomischen Gründen ist noch auf die weiteren Rügen bzw. Vorbringen einzugehen. Der Beschwerdegegner verneinte weiter auch das Vorliegen einer angemessenen Wohnung für den ersuchten Familiennachzug. Sinn und Zweck des Familiennachzugs ist die Ermöglichung des Zusammenlebens der Familie. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts zum partiellen Familiennachzug ist ein Zusammenleben der Kinder mit ihren beiden Eltern nicht mehr unabdingbar, so kann ein Elternteil nun alleine eine Aufenthaltsbewilligung für sich und seine Kinder erhalten. Die Familienangehörigen müssen in der Schweiz zusammenwohnen, wobei die Familienwohnung die Gesamtfamilie tatsächlich beherbergen können muss. So setzt das AIG beim Familiennachzug von Personen mit Aufenthaltsbewilligung ausdrücklich eine 'angemessene Wohnung' voraus (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3709, 3784 und 3792). Gemäss Rechtsprechung kann eine Wohnung auch dann angemessen sein, wenn sie von einem Ehepaar zusammen mit den Schwiegereltern bewohnt wird, massgebend ist dabei, dass die Wohnung in diesem Fall nicht überbelegt ist (Urteile des Bundesgerichts 2C\_304/2021 vom 29. Juli 2021 E.4.1, 6B\_497/2010 vom 25. Oktober 2010 E.1.2; vgl. Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration SEM, I. Ausländerbereich [nachfolgend Weisungen AIG], Stand 1. Oktober 2022, S. 114 und 123). 2.3.2. Zur Zeit des Verfahrens vor dem AFM lebte die Beschwerdeführerin mit ihren zwei Kindern in einer Familien-Wohngemeinschaft, was nach Auffassung des Gerichts allenfalls keine ausreichende Wohnung darstellte. Dieser Frage muss indessen nicht weiter nachgegangen werden, da die Beschwerdeführerin seit dem 1. Juni 2021 über eine

- 16 - eigene 4.5-Zimmer-Mietwohnung in D.\_\_\_\_\_ zu einem monatlichen Mietzins von CHF 1'390.00 verfügt. Die Vorinstanz bewertete dieses Novum indessen negativ, da der

eingebraachte Mietvertrag vom Mai 2021 (siehe Bg-act.–DJSG 7) lediglich eine Unterschrift der Beschwerdeführerin als Mieterin sowie eine Unterschrift unter der Zeile 'Ehegatte' enthalte, die Unterschriftenzeile 'Vermieter' aber leer geblieben sei und unter diesen Umständen das Zustandekommen eines rechtsgültigen Mietvertrags nicht nachgewiesen sei.

2.3.3. Nach Auffassung des Gerichts hätte es hier aber an der Vorinstanz gelegen, bei der Beschwerdeführerin nachzufragen, weshalb die Unterschrift des Vermieters fehle. Sie hätte zur Antwort erhalten, dass der Vermieter versehentlich auf der falschen Unterschriftenzeile unterzeichnet habe (bei 'Ehegatte' anstatt bei 'Vermieter'). Die Vorinstanz hätte dies aber auch selber überprüfen und das offensichtliche Versehen erkennen können, liegt im selben Verfahren doch ein Dokument mit der Unterschrift des Ehegatten vor (vgl. Bg-act.–DJSG 14), welche sich sehr deutlich von derjenigen des Vermieters unterscheidet. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren klärte die Beschwerdeführerin das Missgeschick mit der Unterschrift auf der falschen Zeile auf und legte mit ihrer Beschwerde auch einen Auszug aus dem Geschäftskonto mit drei Mietzinszahlungen über je CHF 1'390.00 von Ende Juni, Juli und Ende September 2021 ein. Die Vorinstanz geht in ihrer Vernehmlassung indessen gar nicht auf diese Vorbringen ein, sondern verweist einzig auf den angefochtenen Entscheid, was nicht nachvollziehbar ist.

2.4.1. Ein weiterer Punkt betrifft die Frage des Aufenthaltsrechts der Kinder bzw. das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Ehegatten. Der Beschwerdegegner erachtet die Kriterien für die Bewilligung des Familiennachzugs im Übrigen auch nicht als erfüllt, da eine schriftliche Einverständniserklärung des Ehegatten über die definitive Übersiedlung der Kinder in die Schweiz fehle und sich diese notwendige Erklärung auch nicht aus den Akten ergebe.

- 17 - 2.4.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben die Ausländerbehörden beim partiellen Familiennachzug zum einen sicherzustellen, dass das Recht auf Familienzusammenführung nicht missbräuchlich geltend gemacht wird. Erforderlich ist zudem, dass der Elternteil, der eine Aufenthaltsgenehmigung für sein Kind im Rahmen der Familienzusammenführung beantragt, (allein) über die elterliche Sorge verfügt oder, im Falle einer gemeinsamen elterlichen Sorge, dass der andere im Ausland lebende Elternteil seine ausdrückliche Zustimmung gegeben hat. Schliesslich muss das Wohl des Kindes berücksichtigt werden. Da es jedoch in erster Linie Sache der Eltern ist, unter Berücksichtigung des Kindeswohls über den Aufenthaltsort ihres Kindes zu entscheiden, haben die zuständigen Behörden in dieser Hinsicht nur eine begrenzte Prüfungsbefugnis. Sie können und dürfen die Familienzusammenführung nur dann verweigern, wenn sie dem Kindeswohl offensichtlich widerspricht (siehe Urteil des Bundesgerichts 2C\_764/2009 vom 31. März 2010 E.4).

2.4.3. Aus den vorliegenden Akten ergibt sich zwar eine Einverständniserklärung des Ehemannes der Beschwerdeführerin betreffend die definitive Übersiedlung der gemeinsamen Kinder zur Beschwerdeführerin, datiert und unterzeichnet am 11. April 2022 (vgl. Bf-act. 7), doch ist nicht klar, ob diese Erklärung formell ausreicht oder allenfalls der Einbezug der Kinderschutzbehörde notwendig sein wird. So stellt sich weiter die Frage, ob diesbezüglich Schweizer Recht – aufgrund des Aufenthalts der Kinder – oder allenfalls deutsches Recht – aufgrund der Staatsangehörigkeit der Kinder und dem Wohnsitz des 'abgebenden' Elternteils – anwendbar ist. Nach Ansicht des Gerichts obliegt es ebenfalls der Vorinstanz, auch diese offenen Fragen noch zu klären. Die Migrationsbehörden haben demnach zu prüfen, ob der gesuchstellende Elternteil der alleinige Inhaber der elterlichen Sorge ist. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge muss der im Ausland lebende Elternteil sich ausdrücklich mit dem Nachzug einverstanden erklärt haben (siehe BGE 125 II 585 E.2a). Der Elternteil,

- 18 - der die Auffassung vertritt, dass es im Interesse des Kindes sei, zu ihm in die Schweiz nachzuziehen, muss grundsätzlich gemäss den zivilrechtlichen Bestimmungen berechtigt sein, mit seinem Kind zusammenzuleben. So muss aus familienrechtlichen Gründen der nachziehende Elternteil immerhin über das Sorge- bzw. Obhutsrecht verfügen (vgl. BGE 137 I 284 E.2.3.1; vgl. dazu auch das Urteile des Bundesgerichts 2C\_550/2018 vom

## **E. 21**

Dezember 2018 E.2.1, 2C\_132/2011 vom 28. Juli 2011 E.6.2.3 bei fehlendem gemeinsamen Sorgerecht). Eine einfache Erklärung des im Ausland verbliebenen Elternteils, womit dem Kind der Nachzug in die Schweiz erlaubt wird, reicht nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 2C\_132/2011 vom 28. Juli 2011 E.6.2.3; siehe dazu auch die Weisungen AIG, S. 127). Auch reicht die Erklärung, die elterliche Sorge gemeinsam ausüben zu wollen nicht, wenn nicht zusätzlich dargelegt wird, inwiefern sich die Eltern über die Obhut und den persönlichen Verkehr bzw. die Betreuungsanteile sowie den Unterhalt geeinigt haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_27/2016 vom 17. November 2016 E.2.3.3).

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