

SO_GERICHTE VWBES.2020.64 vom 14. Februar 2020

SO Obergericht, 2020-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2020.64

FR: SO_GERICHTE VWBES.2020.64 du 14 février 2020

IT: SO_GERICHTE VWBES.2020.64 del 14 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1

Mit Verfügung vom 14. Februar 2020 wies das Migrationsamt, namens des Departements des Innern, das Gesuch von C.____ um Erteilung einer Niederlassungsbewilligung für seine beiden Kinder, A.____ und B.____ (beide geb. 2014), ab. Begründet wurde der Entscheid damit, dass die Kinder in den ausländerrechtlichen Status der Mutter eingebunden seien, welche das alleinige Obhutsrecht ausübe. Diese habe einen F-Ausweis als vorläufig aufgenommene Ausländerin. Die Kinder seien in der Schweiz geboren. Der Beschwerdeführer, der über eine Niederlassungsbewilligung verfüge, habe die Kinder zuerst nicht anerkennen wollen. Es habe deshalb eine Anerkennungsklage vor Gericht eingereicht werden müssen.

E. 2

Gegen diesen Entscheid erhoben die beiden Kinder, vertreten durch ihren Vater, dieser wiederum vertreten durch Rechtsanwalt Bernhard Jüsi, am 27. Februar 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und ersuchten um Erteilung der Niederlassungsbewilligung und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, nach dem klaren Wortlaut von Art. 43 Abs. 6 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) hätten Kinder unter 12 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Sinn dieser Bestimmung sei es, die Integration zu erleichtern und einen Anreiz für den Nachzug unter dem Grenzalter zu setzen. Vorliegend gehe es gar nicht um den Nachzug, sondern seien die Kinder schon hier. Sie hätten nach dem Gesetzeswortlaut klaren Anspruch auf die Bewilligung des Elternteils. Zwar sähen die Weisungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) etwas anderes vor, doch seien Weisungen nicht geeignet, eine vom Gesetz abweichende Rechtsgrundlage zu bilden, wenn das Gesetz einen klaren Rechtsanspruch vorsehe. Die Auslegung müsse gestützt auf Art. 3 der Kinderrechtskonvention im Kindesinteresse erfolgen, was für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung spreche.

E. 2.1

Nach Art. 43 Abs. 1 AIG haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (lit. a); eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (lit. b); sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (lit. c); sie sich in der am Wohnort gesprochenen Landessprache verständigen können (lit. d); und die nachziehende Person keine jährlichen Ergänzungsleistungen bezieht oder wegen des Familiennachzugs beziehen könnte (lit. e). Die Voraussetzung nach Abs. 1 lit. d findet bei ledigen Kindern unter 18 Jahren keine Anwendung (Abs. 3). Kinder unter zwölf Jahren

haben Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Abs. 6).

E. 2.2

Die durch die Vorinstanz hinzugezogenen Weisungen und Erläuterungen zum Ausländerbereich des SEM vom Oktober 2013 (aktualisiert am 1. November 2019) enthalten dazu unter Ziffer 6.1.2 folgende Ausführungen:

«Das Kind unverheirateter Eltern, das mit beiden zusammenwohnt, erhält mit der Geburt die gleiche Bewilligung wie die Mutter, wenn diese über das alleinige Sorgerecht verfügt. Die Niederlassungsbewilligung wird ihm zum gleichen Zeitpunkt wie der Mutter erteilt. Sofern die Eltern nicht in einem gemeinsamen Haushalt leben, erhält das Kind grundsätzlich den Status desjenigen Elternteils, mit dem es zusammenlebt und welcher das Sorgerecht innehat.

Besteht ein gemeinsames Sorgerecht, dem ein Entscheid der zuständigen Kinderschutzbehörde zugrunde liegt, und lebt das Kind mit beiden Elternteilen in einem gemeinsamen Haushalt, erhält das Kind den Status desjenigen Elternteils, der günstiger für das Kind ausfällt. Sofern die Eltern nicht in einem gemeinsamen Haushalt leben, aber über ein gemeinsames Sorgerecht verfügen und auch die elterliche (faktische) Obhut alternierend ausüben, erhält das Kind ebenfalls den Status desjenigen Elternteils, der günstiger für ihn ausfällt.

Dagegen erhält das Kind den Status desjenigen Elternteils, mit dem es zusammenlebt, wenn die nicht im gleichen Haushalt lebenden Eltern zwar über ein gemeinsames Sorgerecht verfügen, aber die elterliche Obhut lediglich dem Elternteil übertragen wurde, mit dem das Kind zusammenlebt.»

Nach dieser Weisung leitet sich die Bewilligung der Kinder im vorliegenden Fall somit klar von derjenigen der obhutsberechtigten Mutter, mit der sie zusammenwohnen, ab, und nicht von derjenigen des niederlassungsberechtigten Vaters.

E. 2.3

Bei dieser Weisung handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung bzw. um eine generelle Dienstanweisung. Die Hauptfunktion einer Verwaltungsverordnung oder generellen Dienstanweisung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Nach herrschender Ansicht sind Verwaltungsverordnungen jedoch keine Rechtsquellen, enthalten also keine Rechtsnormen. Obwohl sie für die Behörden verbindlich sind, werden sie normalerweise nicht in den offiziellen Gesetzessammlungen publiziert (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N. 81 ff.). Das Verwaltungsgericht ist an Verwaltungsverordnungen nicht gebunden, es prüft frei, ob die angefochtene Verfügung mit dem Gesetz übereinstimmt. Es wird aber die Verwaltungsverordnung in seine Entscheidung mit einbeziehen, soweit sie eine dem Einzelfall gerecht werdende Auslegung der massgebenden Bestimmung zulässt, da es nicht ohne Grund von einer einheitlichen rechtmässigen Praxis der Verwaltungsbehörde abweichen wird (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 87).

E. 2.4

Es ist somit frei zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung mit Art. 43 AIG übereinstimmt. Bei einer isolierten Auslegung von Art. 43 Abs. 6 AIG nach dem reinen Wortlaut liesse sich schliessen, dass die Kinder Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung haben müssten.

Stellt man hingegen einen historischen und gesetzssystematischen Zusammenhang her, ergibt sich ein anderes Bild.

Das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), welches bis zum 31. Dezember 2007 galt, war das Vorgängergesetz des heutigen AIG. Art. 17 Abs. 2 Satz 3 aANAG lautete folgendermassen: «Ledige Kinder unter 18 Jahren haben Anspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung, wenn sie mit ihren Eltern zusammen wohnen» Das alte Recht setzte somit das Zusammenwohnen klar voraus.

Die Botschaft vom 8. März 2002 zum neuen Recht, welches ab 1. Januar 2008 in Kraft trat, führte zur Änderung (welche für Kinder von Schweizerinnen und Schweizern und von Niedergelassenen eine identische Regelung enthält) lediglich das Folgende aus:

«Ausländische Kinder von Schweizerinnen und Schweizern haben neu nur noch bis zum Alter von 14 Jahren Anspruch auf sofortige Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Danach besitzen sie bis zum Alter von 18 Jahren einen Anspruch auf Erteilung der befristeten Aufenthaltsbewilligung. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass bei einer Einreise im Alter von mehr als 14 Jahren die Integration mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sein kann. In diesen Fällen müssen die Behörden die Möglichkeit erhalten, den weiteren Aufenthalt in der Schweiz unter erleichterten Bedingungen zu verweigern.» (BBl 2002 3709 S. 3792f.)

Der Gesetzgeber beabsichtigte somit mit der neuen Regelung lediglich die Änderung, einen Anreiz zu schaffen, um Kinder in möglichst jungem Alter bereits nachzuziehen, um deren Integration zu erleichtern. Der Botschaft kann hingegen kein Hinweis entnommen werden, dass neuerdings vom Erfordernis des Zusammenwohnens sollte abgesehen werden können.

Entsprechendes ergibt sich auch aus der Systematik des Gesetzes. Abs. 6 von Art. 43 AIG darf nicht losgelöst von den vorgehenden Absätzen dieses Artikels betrachtet werden. Absatz 1 nennt nämlich diverse Voraussetzungen, die für den Familiennachzug erfüllt sein müssen, darunter als erstes das Zusammenwohnen. Dieses bildet somit eine klare Voraussetzung, um daraus ein Recht auf eine Niederlassungsbewilligung für die Kinder abzuleiten. Abs. 6 privilegiert jüngere Kinder lediglich in Bezug auf den Aufenthaltstitel. Die Voraussetzungen nach Abs. 1 (unter Berücksichtigung von Abs. 3) müssen trotzdem erfüllt sein.

Die durch die Beschwerdeführer vertretene Auslegung würde dem Sinn und Zweck des Familiennachzugs, welcher die Zusammenführung der Familie bezwecken will, sowie der Gesetzssystematik klar widersprechen. Würde sich die Bewilligung der im Kanton Solothurn wohnhaften Kinder plötzlich von der Bewilligung des im Kanton Zürich wohnhaften Vaters ableiten, ergäben sich zudem auch weitere Fragen bezüglich der Zuständigkeit.

Auch unter der Betrachtung von Art. 3 der Kinderrechtskonvention (SR 0.107) und entsprechendem Einbezug des Kindeswohls kann sich keine andere Auslegung ergeben.

E. 2.5

Da A.____ und B.____ nicht mit ihrem niederlassungsberechtigten Vater zusammenwohnen, und ihre Mutter lediglich einen Ausweis F für vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer besitzt, haben sie keinen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gestützt auf die Niederlassung des Vaters.

3. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat der handelnde Vertreter der unmündigen Beschwerdeführer, C.____, die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1'000.00 festzusetzen sind. Zuzugewährtung der unentgeltlichen Rechtspflege sind die Kosten durch den Kanton Solothurn zu tragen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch gegen C.____ während zehn Jahren, sobald dieser zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands, Rechtsanwalt Bernhard Jüsi, ist entsprechend der eingereichten Kostennote vom 11. Mai 2020, jedoch nach dem im Kanton Solothurn geltenden Stundenansatz für unentgeltliche Rechtsbeistände von CHF 180.00 pro Stunde (vgl. § 161 i.V.m. § 160 Abs. 3 Gebührentarif, GT, BGS 615.11) auf CHF 1'168.20 (Honorar: CHF 1'017.00, Auslagen: CHF 67.70, 7,7 % MwSt.: CHF 83.50) festzusetzen und durch den Kanton Solothurn zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Kantons Solothurn während zehn Jahren, sobald C.____ zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. C.____ hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'000.00 zu bezahlen. Zuzugewährtung der unentgeltlichen Rechtspflege trägt sie der Kanton Solothurn; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staats während 10 Jahren, sobald C.____ zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

3. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands von C.____, Rechtsanwalt Bernhard Jüsi, wird auf CHF 1'168.20 (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt und ist zuzugewährtung der unentgeltlichen Rechtspflege vom Staat Solothurn zu bezahlen; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Kantons während 10 Jahren, sobald C.____ zur Rückzahlung in der Lage ist. (vgl. Art. 123 ZPO).

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Kaufmann

E. 3

Mit Verfügung vom 28. Februar 2020 wurde den Beschwerdeführern die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt Bernhard Jüsi als ihr unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt.

E. 4

Mit Vernehmlassung vom 20. April 2020 beantragte das Migrationsamt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Gemäss den Weisungen sei nicht nur die Niederlassungsbewilligung, sondern auch das Zusammenleben mit diesem Elternteil Voraussetzung für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung an die Kinder. Die in der Beschwerde vertretene Auslegung widerspreche der Systematik des Familiennachzugs.

E. 5

Mit abschliessender Stellungnahme vom 11. Mai 2020 hielten die Beschwerdeführer an ihren Ausführungen fest.

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Kinder sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert. Die 6-jährigen Zwillinge A.____ und B.____ sind bezüglich des vorliegenden Verfahrens nicht urteilsfähig und damit nicht selber prozessfähig, weshalb an ihrer Stelle ihr Vater, C.____, handelt (vgl. Art. 67 Abs. 2 Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272). Ob dieser sorgeberechtigt ist und die Kinder vorliegend als gesetzlicher Vertreter alleine vertreten kann, ist nicht bekannt, kann aber offengelassen werden, da die Beschwerde ohnehin abzuweisen ist, wie nachfolgend zu zeigen ist.

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