

SO_GERICHTE VWBES.2023.259 vom 7. November 2023

SO Obergericht, 2023-11-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2023.259_d20231107

FR: SO_GERICHTE VWBES.2023.259 du 7 novembre 2023

IT: SO_GERICHTE VWBES.2023.259 del 7 novembre 2023

Regeste

Familiennachzug

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 27. April 2023 (Posteingang) ersuchte A.____ (geb. am [...] 1950 in [...], Schweizer Staatsangehöriger) um Familiennachzug seiner Ehefrau B.____ (geb. [...] 1968, Staatsangehörige der Demokratischen Republik Kongo), mit der er seit [...] 2015 verheiratet ist und die in Frankreich lebt (AS 29 ff.). Das Gesuch wurde damit begründet, sie möchten nach der Heirat zusammenleben.

Am 3. Mai 2023 bat das Migrationsamt (MISA) A.____ um Beantwortung mehrerer Fragen und um Zusendung zusätzlicher Unterlagen (AS 47 f.). Mit Eingabe vom 24. Juni 2023 nahm A.____ Stellung (AS 68 f.). Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs wies das MISA namens des Departements des Innern (DdI) das Gesuch um Familiennachzug zugunsten von B.____ mit Verfügung vom 26. Juli 2023 ab (AS 75 ff.).

E. 2

Gegen diese Verfügung erhob A.____ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 4. August 2023 resp. ergänzend durch seine Vertreterin am 24. August 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen auf deren Aufhebung und Bewilligung des Gesuchs um Familiennachzug.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer bezieht eine AHV-Rente und Ergänzungsleistungen dazu. Zudem erhält er eine Prämienvergütung für die Krankenversicherung (AS 67). In Beantwortung der Fragen des MISA führte er am 24. Juni 2023 aus, er habe das Familiennachzugsgesuch erst jetzt eingereicht, weil er das Ziel gehabt habe, nach seiner Pensionierung in Frankreich mit seiner Ehefrau zu leben. Die Lebensbedingungen in Frankreich seien jedoch nicht so, wie er sich das wünsche. In seinem Alter möchte er in Zukunft nicht mehr so oft so weit (nicht mehr bis Frankreich) mit dem Auto fahren müssen. Er habe bis jetzt mit seiner Ehefrau zusammengelebt, in [...], aber nur am Wochenende und in den Ferien. Er sei immer mit seiner Ehefrau in Kontakt gestanden. Seine Frau sei noch nie als Besucherin oder unter einem anderen Aufenthaltstitel in der Schweiz gewesen und sie habe keine Verwandten hier. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs betreffend Abweisung des Familiennachzugsgesuchs führte er aus, er könne aus alters- und gesundheitlichen Gründen nicht mehr nach Frankreich reisen. Dies belege er mit einem Arztzeugnis (Zeugnis von Dr. med. C.____ vom 14. Juli 2023). Er sei auf die tägliche Präsenz seiner Ehefrau, inklusive ihrer teilweisen pflegerischen Betreuung angewiesen.

Aus dem Arztzeugnis von Dr. C.____ zu Handen des MISA geht hervor, dass der Beschwerdeführer wiederholt seit Jahren als auch neu seit vier Monaten an mehreren chronischen, z.T. invalidisierenden Erkrankungen leide. Der Allgemeinzustand habe sich seit der neurologischen Erkrankung im Februar 2023 deutlich verschlechtert. Es zeigten sich klare körperliche als auch kognitive- sowie Gedächtniseinbussen, weshalb das soziale Leben massiv zurückgegangen sei. Die Medikamenteneinnahme sei entscheidend wichtig, habe jedoch nicht mit Sicherheit gewährleistet werden können. Er könne nicht mehr bis nach Frankreich zu seiner Ehefrau reisen. Aus diesen Gründen sei «es zu empfehlen / notwendig, dass er in der Präsenz seiner Frau weiterhin begleitet und gepflegt werden sollte».

E. 2.2

Die Ehefrau des Beschwerdeführers lebt in Frankreich, gemäss Angaben des Beschwerdeführers in [...], wo er sie jeweils auch besucht habe. Als Adresse wurde auf dem Familiennachzugsgesuch indessen angegeben: chez [...]; diese Ortschaft liegt in der Nähe von Paris. In den Akten findet sich bezüglich der Ehefrau eine Kopie einer «récépissé de demande de carte de séjour», gültig bis 9. Juni 2023. Gemäss dieser Bestätigung ist die Ehefrau am 14. September 2014 in Frankreich eingereist (AS 46). Bei ihrer Einreise in Frankreich hatte sie offenbar zunächst ein Asylgesuch gestellt (vgl. AS 7 ff.).

Das MISA hat sich bezüglich der «récépissé de demande de carte de séjour» am 6. Juni 2023 an die Schweizer Botschaft in Paris gewandt und gefragt, ob sie zu Recht davon ausgingen, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers mit diesem Dokument nicht visumsfrei in die Schweiz einreisen dürfe und sie bei der Schweizer Botschaft einen D-Visumsantrag für den Familiennachzug einreichen müsse. Oder ob sie sogar bei der Schweizer Vertretung in Kongo einen Visumsantrag einreichen müsse (AS 49). Die Schweizer Botschaft in Paris hat am 8. Juni 2023 bestätigt, eine «récépissé de demande de carte de séjour» sei kein ausreichendes Dokument, um in die Schweiz zu reisen. Das Dokument laufe am 9. Juni 2023 ab. Dies bedeute, dass Frau B.____ auch auf die Erneuerung des genannten Dokuments warten müsse, um bei dieser Botschaft einen Visumsantrag stellen zu können, denn nach Ablauf einer gültigen französischen Aufenthaltsgenehmigung sei diese Botschaft nicht mehr für die Antragstellung zuständig, da Frau B.____ ab dem 10. Juni 2023 keinen legalen Status in Frankreich mehr habe. Ausser Frau B.____ habe in der Zwischenzeit eine Verlängerung ihres Antrags auf einen Aufenthaltstitel in Frankreich erhalten (AS 51).

E. 3

Mit Eingabe vom 7. September 2023 beantragte das Migrationsamt die Abweisung der Beschwerde. Auf eine Vernehmlassung wurde verzichtet.

E. 3.1

Das MISA begründete die angefochtene Verfügung im Wesentlichen damit, die Familiennachzugsfrist sei abgelaufen. Ein nachträglicher Familiennachzug könne bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe vorlägen, was nicht der Fall sei. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau hätten sich freiwillig dazu entschieden, getrennt voneinander zu leben. Erst nachdem das rechtliche Gehör gewährt worden sei, habe er ein Arztzeugnis eingereicht. Darin stehe sowohl, es sei empfohlen wie auch es sei notwendig, dass er von seiner Ehefrau begleitet und gepflegt werde. Dies sei widersprüchlich. Der Beschwerdeführer leide seit Jahren an chronischen Erkrankungen. Dennoch habe er bis anhin nie ein Familiennachzugsgesuch für seine Ehefrau gestellt. Erst jetzt, wo es ihm

schlechter gehe, wolle er seine Ehefrau in die Schweiz nachziehen, damit sie ihn pflegen könne. Den Beschwerdeführer zu pflegen sei indessen nicht Sinn und Zweck des Familiennachzugs. Die Betreuung müsse nicht unbedingt durch seine Ehefrau erfolgen. Die Abweisung des Familiennachzugsgesuchs erweise sich auch als verhältnismässig und halte vor Art. 8 EMRK stand. Seine Ehefrau habe die Möglichkeit, ihn mittels Touristenvisums für max. 90 Tage innerhalb von 180 Tagen zu besuchen. Es stehe ihm auch frei, mit seiner Ehefrau in Frankreich zu leben, sollte er in Erwägung ziehen, das Familienleben inskünftig gemeinsam zu leben.

E. 3.2

Dagegen liess der Beschwerdeführer im Wesentlichen vorbringen, er habe trotz seines fortgeschrittenen Alters bis vor kurzem noch gearbeitet, sodass die bisherige Trennung aus beruflichen Gründen erfolgt sei. Ein definitiver Umzug nach Frankreich früher und damit vor der Pensionierung sei deshalb nicht in Frage gekommen. Gesundheitlich sei er zwar schon etwas angeschlagen gewesen, aber nicht so, dass ihm Reisen nach Frankreich verunmöglicht gewesen wären. Deshalb hätten die Ehegatten bisher eine Wochenend- und Ferienbeziehung geführt und der Beschwerdeführer sei regelmässig nach Frankreich gefahren. Heute sei ihm dies aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr möglich. Das Vorliegen wichtiger Gründe sei daher zu bejahen. Zudem könne einem Ehepaar nicht faktisch durch die Verweigerung des Familiennachzugs ein Wohnsitz in einem anderen Land als der Schweiz aufgezwungen werden. Das private Interesse eines Familiennachzugs sei daher höher zu gewichten als das öffentliche Interesse einer Beschränkung der Einreise von Ausländern in die Schweiz. Auch das Alter des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau sei zu berücksichtigen. Bei beiden handle es sich um Rentner. Beide würden keinesfalls der Sozialhilfe zur Last fallen, da bereits ein Anspruch auf eine AHV-Rente bestehe.

Die Vorinstanz verkenne aber insbesondere die Tatsache, dass die Ehefrau über einen gültigen Aufenthaltsstatus in einem EU / EFTA Land (Frankreich) verfüge und seit 2014 in Frankreich Wohnsitz habe. Für diese Fälle sei das Freizügigkeitsabkommen ergänzend anwendbar. Die Nachzugsfristen von Art. 47 AIG fänden für Drittstaatenangehörige mit einem Aufenthaltsrecht in einem EU / EFTA Staat nämlich keine Anwendung. Somit gelte diese Nachzugsfrist für die Ehefrau des Beschwerdeführers nicht.

E. 4

Am 18. September 2023 ging die Honorarnote der Vertreterin des Beschwerdeführers ein.

E. 4.1

Gemäss Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, BGS 142.20) haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Ausländische Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern haben Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Staates sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde. Als Familienangehörige gelten u.a. der Ehegatte (Art. 42 Abs. 2 lit. a AIG).

Der Anspruch auf Familiennachzug muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen

werden (Art. 47 Abs. 1 AIG). Diese Fristen gelten nicht für den Familiennachzug nach Art. 42 Abs. 2 AIG (Art. 47 Abs. 2 AIG).

E. 4.2

Das MISA stellt sich auf den Standpunkt, das Familiennachzugsgesuch sei verspätet eingereicht worden, weshalb nur mehr zu prüfen sei, ob wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug gegeben seien. Diese Auffassung kann nur zutreffen, wenn kein Anwendungsfall von Art. 47 Abs. 2 AIG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 AIG gegeben ist. Liegt ein solcher Anwendungsfall vor, wäre nicht von einem verspäteten Gesuch auszugehen und das Familiennachzugsgesuch wäre nicht nur unter dem Gesichtspunkt der wichtigen familiären Gründe zu prüfen gewesen. Dieser Frage ist daher vorgängig nachzugehen.

E. 4.3

Art. 42 Abs. 2 AIG gilt für Angehörige von Schweizerinnen und Schweizern, die in einem Staat wohnhaft sind, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen (FZA) abgeschlossen wurde. Aktuell sind dies namentlich 28 EU- und drei EFTA-Staaten (Island, Norwegen, Fürstentum Liechtenstein) (Marc Spescha in: Spescha/Zünd/Bolz-li/Hruschka/de Weck [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, 2019, Art. 42 N. 6). Gemäss eingereichtem Familiennachzugsgesuch wohnt die Ehefrau des Beschwerdeführers in Frankreich, also in einem EU-Staat. Fraglich ist ■ wie Art. 42 Abs. 2 AIG voraussetzt ■, ob sie im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung von Frankreich ist.

Der Wortlaut «Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung» ist zu eng, wie eine teleologische Auslegung der Bestimmung ergibt. Selbst gemäss der vor der Metock-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuGH (C-127/2008 vom 25. Juli 2008), geltenden Rechtspraxis im Geltungsbereich des EU-Gemeinschaftsrechts und damit auch des FZA gebot die angestrebte Gleichbehandlung von Familienangehörigen von Schweizern und Schweizerinnen mit denjenigen von EU- und EFTA-Staatsbürgern einen bloss rechtmässigen Aufenthalt im Vertragsstaat genügen zu lassen. Ob mit Blick auf das vor der Metock-Rechtsprechung geltende EU-Gemeinschaftsrecht ein solcher Aufenthalt im Falle eines bloss befristeten Besuchsaufenthalts im Vertragsstaat verneint werden konnte, ist gemäss Spescha (Marc Spescha, a.a.O., Art. 42 N 7) fraglich. Besitzt der Familienangehörige in einem EU- oder EFTA-Staat aber eine grundsätzlich verlängerbare Kurzaufenthaltsbewilligung, liegt jedenfalls ein rechtmässiger Aufenthalt im Sinne des EU-Gemeinschaftsrechts (entsprechend der damaligen Akrich-Rechtsprechung) vor, der zur freien Mobilität innerhalb des EU-Raums und auch gemäss FZA berechtigt. Folglich muss das Kriterium der «dauerhaften Aufenthaltsbewilligung» als erfüllt betrachtet werden, sobald der Familienangehörige in einem EU- oder EFTA-Staat über einen blossen Besuchsaufenthalt hinaus grundsätzlich aufenthaltsberechtigt ist. Andernfalls würden Schweizerinnen und Schweizer hinsichtlich des Familiennachzugs gegenüber EU-Bürgerinnen und Bürgern noch weiter benachteiligt, als dies mit der Metock-Rechtsprechung bereits der Fall ist (Spescha, a.a.O., mit Hinweisen zur Rechtsprechung; zur sog. Metock-Rechtsprechung eingehend BGE 136 II 5).

E. 4.4

Gemäss Aktenlage verfügte die Ehefrau des Beschwerdeführers bis 9. Juni 2023 über eine «récépissé de demande de carte de séjour», d.h. eine Bescheinigung hinsichtlich des Antrags auf eine Aufenthaltsbewilligung. Gemäss dieser Bescheinigung ist sie am 14. September 2014 in Frankreich eingereist. Dies deutet darauf hin, dass ihr eine solche

Bescheinigung, welche wohl alle drei Monate zu erneuern ist (Ausstellungsdatum / Ablaufdatum), bisher als rechtliche Grundlage für einen legalen Aufenthalt in Frankreich gedient hatte, hätte sie sich doch ansonsten kaum über mehrere Jahre in Frankreich aufhalten können. Auch aus der Antwort der Schweizer Botschaft kann entnommen werden, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers bisher einen legalen Status in Frankreich inne hatte. Ob dies tatsächlich so ist, kann aber vorliegend offenbleiben, da ein Entscheid hinsichtlich der Frage, ob die Ehefrau des Beschwerdeführers zum aktuellen Zeitpunkt über einen legalen Status in Frankreich verfügt, aufgrund der Akten nicht getroffen werden kann.

Der Beschwerdeführer lässt zwar vorbringen, seine Ehefrau verfüge in Frankreich über ein seit 2014 bestehendes Aufenthaltsrecht, ein entsprechender Ausweis wurde aber nicht eingereicht. Wie erwähnt, findet sich in den Akten lediglich eine «*récépissé de demande de carte de séjour*», welche aber nur bis zum 9. Juni 2023 gültig war. Ob sich die Ehefrau des Beschwerdeführers inzwischen um eine Verlängerung bemüht resp. eine neu gültige Bescheinigung erhalten hat, geht aus den Akten nicht hervor. Das MISA hat diesbezüglich vor Erlass der angefochtenen Verfügung keine weiteren Abklärungen getroffen. Ebenso wenig finden sich Ausführungen dazu in der Eingabe vom 7. September 2023, obwohl der Beschwerdeführer in der Beschwerde diesen Punkt aufgegriffen hatte.

Es lässt sich daher nicht beurteilen, ob die Ehefrau des Beschwerdeführers in Frankreich zumindest über eine (erneut) verlängerbare Kurzaufenthaltsbewilligung verfügt, die über einen blossen Besuchsaufenthalt hinausgeht. Diese Frage muss indessen vorgängig geklärt werden, da nur dann von einem verspäteten Gesuch ausgegangen werden kann, wenn die Ehefrau des Beschwerdeführers nicht im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung resp. zumindest einer verlängerbaren Kurzaufenthaltsbewilligung in Frankreich ist.

E. 4.5

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Verfügung daher aufzuheben und die Angelegenheit an das MISA zurückzuweisen, damit es prüfe, ob und wenn ja über welche Art einer Bewilligung die Ehefrau des Beschwerdeführers in Frankreich verfügt. Anschliessend hat es über das Familiennachzugsgesuch des Beschwerdeführers erneut zu entscheiden.

Ergänzend ist der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf seine Mitwirkungspflicht hinzuweisen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (Urteil 2C_280/2023 vom 29. September 2023 E. 4.2.2 mit Hinweisen) wird in ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz durch die spezialgesetzlich statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. Art. 90 Abs. 1 AIG) relativiert. Diese kommt naturgemäss bei Tatsachen zum Tragen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand erhoben werden können. Hinsichtlich der Mitwirkungspflicht trifft die Behörde eine Aufklärungspflicht, d.h. sie muss die Verfahrensbeteiligten geeignet auf die zu beweisenden Tatsachen hinweisen. Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht ändern hingegen an der objektiven Beweislast nichts, wonach grundsätzlich diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit eines Sachumstands zu tragen hat, die daraus Vorteile ableitet. Es wird daher die Aufgabe des Beschwerdeführers sein, dem MISA die nötigen Unterlagen hinsichtlich der Aufenthaltsberechtigung seiner Ehefrau in Frankreich vorzulegen, sodass es anschliessend einen neuen Entscheid über das Familiennachzugsgesuch fällen kann.

E. 5

Beim vorliegenden Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten von CHF 1'500.00 dem Beschwerdeführer und dem Staat je zur Hälfte aufzuerlegen. Der Beschwerdeführer ersucht indessen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Dieses Gesuch ist zu bewilligen. Die Kosten des Verfahrens sind daher vom Kanton zu tragen, unter dem Vorbehalt des Rückforderungsanspruchs des Staates während zehn Jahren im Umfang von CHF 750.00, sobald der Beschwerdeführer zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

Rechtsanwältin Anita Hug macht mit Kostennote vom 15. September 2023 einen Aufwand von 8,5 Stunden geltend, was angemessen erscheint. Die Stunde ist indessen bei unentgeltlicher Rechtspflege mit CHF 190.00 zu entschädigen und nicht mit CHF 260.00 (vgl. § 161 i.V.m. § 160 Abs. 3 Gebührentarif, GT, BGS 615.11). Zuzufolge Obsiegens im Umfang von einer Hälfte ist dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von CHF 1'238.15 (Ansatz: CHF 260.00/h, inkl. hälftige Auslagen von CHF 44.65 und der Mehrwertsteuer von 7,7 %) auszurichten. Für den restlichen Aufwand ist eine Entschädigung aus unentgeltlicher Rechtspflege auszurichten, welche auf CHF 917.75 (Ansatz: CHF 190.00/h, inkl. hälftige Auslagen von CHF 44.65 und der Mehrwertsteuer von 7,7 %) festzusetzen ist. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch der unentgeltlichen Rechtsbeiständin von CHF 320.40 (Differenz zum vollem Honorar von CHF 260.00/h, inkl. MwSt.), sobald der Beschwerdeführer zur Nachzahlung in der Lage ist.

Demnach wird erkannt:

2. Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'500.00 zur Hälfte zu tragen. Zuzufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gehen diese Kosten zu Lasten des Kantons Solothurn; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren im Umfang von CHF 750.00, sobald der Beschwerdeführer zur Nachzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

3. Der Kanton Solothurn hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von CHF 1'238.15 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.

4. Der Kanton Solothurn hat der unentgeltlichen Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin Anita Hug, zuzufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege eine Entschädigung von CHF 917.75 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen. Vorbehalten bleiben der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch der unentgeltlichen Rechtsbeiständin, Anita Hug, im Umfang von CHF 320.40 (Differenz zum vollen Honorar von CHF 260.00/Std., inkl. MwSt.), sobald der Beschwerdeführer zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlichrechtlichen 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

Der Präsident

Thomann

Die Gerichtsschreiberin

Ramseier

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