

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00294 vom 29. Januar 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-01-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00294

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00294 du 29 janvier 2003

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00294 del 29 gennaio 2003

Regeste

Aufenthaltsbewilligung (Familiennachzug) | Anwendbarkeit des Personenfreizügigkeitsabkommens auf Schweizer beim Nachzug ihrer drittstaatsangehörigen Kinder aus einem Nicht-EU-Staat Der Nachzug dreier Kinder aus erster Ehe durch den eingebürgerten Schweizer Vater wird mangels vorrangiger familiärer Beziehung verweigert (E. 2). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder der Garantien der UNO-Kinderrechtskonvention liegen nicht vor (E. 3 und 4). Auf sesshafte Inländer findet das Freizügigkeitsabkommen keine Anwendung. Eine unzulässige rechtsungleiche Behandlung gegenüber EU-Staatsangehörigen liegt nicht vor (E. 5 und 6). Die Frage der ordre public-Widrigkeit einer Regelung, die nur ungenügend auf das Kindeswohl eingeht, wurde offen gelassen (E. 7).

Erwägungen

E. 2

a) Zweck des Familiennachzugs gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG ist es, das familiäre Zusammenleben zu ermöglichen. Sind die Eltern voneinander getrennt oder geschieden und hält sich der eine Elternteil in der Schweiz, der andere aber im Ausland auf, kann es nicht um eine Zusammenführung der Gesamtfamilie gehen. In solchen Fällen entspricht es nicht dem Gesetzestext, einen bedingungslosen Anspruch auf Nachzug der Kinder anzunehmen. Ein Nachzugsrecht setzt vielmehr voraus, dass das Kind zu dem in der Schweiz lebenden Elternteil die vorrangige familiäre Beziehung unterhält. Das gesetzgeberische Ziel wird im Übrigen dann nicht erreicht, wenn Elternteile jahrelang getrennt von ihren Kindern gelebt haben und diese kurz vor dem Erreichen der Volljährigkeit zu sich holen. Werden Kinder eines in der Schweiz lebenden Elternteils in deren Heimat nicht oder nicht hauptsächlich vom anderen Elternteil, sondern von Angehörigen der Verwandtschaft betreut und erzogen, stellt sich die Frage nach der vorrangigen Beziehung nicht nur hinsichtlich des in der Schweiz lebenden und des im Ausland verbliebenen Elternteils. Vielmehr sind auch die Beziehungen des Kindes zu denjenigen Personen, die im Ausland die Elternrolle ganz oder teilweise übernommen haben, in die Abwägung einzubeziehen. Der Kindernachzug ist nur dann zu bewilligen, wenn die Würdigung der gesamten Umstände zum Schluss führt, dass das nachziehende Kind zum hier lebenden Elternteil in näherer Beziehung steht (BGE 124 II 361). b) Dieser Auslegung stehen auch die Bestimmungen von Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV nicht im Wege. Zum einen sind die beiden Normen in diesem Zusammenhang deckungsgleich (BGE 126 II 377 E. 2c S. 386). Zum anderen vermitteln sie keinen Anspruch auf Nachzug, wenn das Kind, welches nach dem freien Willen der Eltern einer Drittperson zur Erziehung und Betreuung überlassen worden ist, unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der bestehenden und künftigen

Betreuungsverhältnisse, in seiner Heimat integriert ist und beim Nachzug in die Schweiz mit Schwierigkeiten zu rechnen sein würde. Vorbehalten bleiben plötzliche Änderungen in der Betreuungssituation, wie das Wegfallen der betreuenden Personen. Für die massgeblichen Kriterien bei der Rechtsanwendung kann auf die zutreffenden Ausführungen des Regierungsrats verwiesen werden. c) Der Regierungsrat hat ferner festgehalten, der Beschwerdeführer habe die Kinder nach seiner Scheidung seinen Eltern anvertraut und damit ihre bisherige Betreuung durch die Mutter aufgehoben. Der Beschwerdeführer selbst habe unmittelbar nach der Scheidung eine Schweizerin geheiratet und damit zum Ausdruck gebracht, dass die väterliche Beziehung zu seinen Kindern für ihn nicht im Vordergrund gestanden, er sich vielmehr auf einen länger dauernden Aufenthalt im Ausland eingerichtet habe. Die Grosseltern hätten den Enkeln seit über einem Jahrzehnt stabile Betreuungsverhältnisse geboten, und während dieser Zeit sei für ihren Vater ein Kindernachzug kein Thema gewesen. Auch wenn der Beschwerdeführer sie finanziell unterstützt, mit ihnen regelmässig telefoniert und sie während der Ferien in der X besucht habe, seien die Grosseltern die engsten Bezugspersonen für die Kinder gewesen. Die vom Beschwerdeführer im Rekurs angeführten Veränderungen in der Betreuungssituation haben den Regierungsrat nicht überzeugt. Der Nachweis, die über 60-jährigen Grosseltern seien aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, den Kindern eine altersgerechte Betreuung zu gewähren, sei mit den eingereichten ärztlichen Berichten nicht erbracht worden. Die Arztberichte, welche die Eltern des Beschwerdeführers betreffen, seien teilweise unverständlich, teilweise würden sie sich nicht dazu äussern, ob eine altersgerechte Betreuung der damals zwölf bis 16-Jährigen nicht mehr möglich sei. Dies umso mehr, als die Jugendlichen keiner physischen Betreuung mehr bedürften. Abgesehen von der nicht vorrangigen Beziehung zum Vater wären die Probleme der Jugendlichen durch das Entfernen aus einer vertrauten in eine kulturell und sprachlich fremde Umgebung voraussehbar und aus der Sicht des Kindeswohls problematisch. Die Abwägung der Rechtsgüter spräche gegen einen konkreten Anspruch auf Familiennachzug.

E. 3

a) Der Beschwerdeführer sieht in der Tatsachenwürdigung des Regierungsrats eine aktenwidrige Annahme und rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil er im Rekursverfahren vor unmöglich zu erbringende Auflagen im Rahmen der Mitwirkungspflicht gestellt worden sei. Als aktenwidrig betrachtet er sodann die Feststellung der Vorinstanz, die Grosseltern der Kinder seien deren wichtigste Bezugspersonen. Tatsächlich hätten diese immer nur Elternersatz dargestellt, wogegen erstrangige Bezugsperson für die Kinder immer der Beschwerdeführer selbst gewesen sei. Mit dieser – erneuten – Behauptung vermag er indessen die sorgfältige Abwägung des Regierungsrats nicht zu widerlegen. Auch wenn nicht zu bestreiten ist, dass dem Beschwerdeführer als leiblicher Vater und Träger der elterlichen Sorge für die Kinder zivilrechtlich die hauptsächliche Verantwortung für die Erziehung zukommt, ändert dies nichts daran, dass er seit nunmehr über zwölf Jahren getrennt von seinen Kindern lebt und diese aus freiem Willen der Obhut von anderen Personen anvertraut hat. In einem die Kinder prägenden Lebensabschnitt musste er damit rechnen, dass er mit seinem Wegzug von der Familie seine Position als wichtigste Bezugsperson aufgab. An diesem Schluss des Regierungsrats ist nichts zu beanstanden. Nicht ersichtlich ist sodann, in welcher Form der Regierungsrat die Anforderungen an die Mitwirkungspflicht überspannt haben sollte, hat er sich doch genau und lediglich an den entsprechenden Vorgaben orientiert (RB 1999 Nr. 6).

b) Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs will der Beschwerdeführer im

Zusammenhang damit erblicken, dass er im Rekursverfahren mittels Arztzeugnissen belegt habe, dass seine Eltern nicht mehr in der Lage seien, seine Kinder zu betreuen. Der Regierungsrat habe auf diese Behauptung nicht abgestellt, "ohne dem Beschwerdeführer Möglichkeit zur Stellungnahme und zur Bezeichnung und Einreichung von Beweismitteln zu geben (...) Da die Vorinstanz und die Fremdenpolizei der Frage der Betreuungsfähigkeit der Grosseltern entscheiderelevanten Charakter zumass, hätte dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt werden müssen." Aus diesem Verfahrensablauf ergibt sich indessen, dass der Regierungsrat das rechtliche Gehör nicht verweigert hat. Die eingereichten ärztlichen Bescheinigungen dienten nach eigener Darstellung des Beschwerdeführers dem Beweis über die Frage, ob die Grosseltern auf Grund ihres gesundheitlichen Zustandes in der Lage seien, die Enkelkinder altersgerecht zu betreuen. Der Regierungsrat hat das Beweismittel gewürdigt und befunden, der Beweis sei nicht erbracht. Der Beschwerdeführer, der mit dieser Beweiswürdigung nicht einverstanden ist, begehrt offenbar eine zusätzliche Beweismöglichkeit, um das negative Beweisergebnis zu seinen Gunsten zu korrigieren. Ein Anspruch auf einen weiteren Schriftenwechsel bestand indessen nicht (§ 26 Abs. 4 VRG), zumal die Rekursinstanz davon ausgehen durfte, das Verfahren sei spruchreif. c) Im Beschwerdeverfahren sind zwei neue Arztzeugnisse eingereicht worden, die aufgrund des Novenrechts (Art. 52 Abs. 1 VRG) zu berücksichtigen sind, an der Sachlage, wie sie der Regierungsrat seinem Entscheid zu Grunde gelegt hatte, jedoch nichts zu ändern vermögen. In den erwähnten Beilagen wird festgestellt, dass der Vater des Beschwerdeführers an Schmerzen in den Kniegelenken leide (Osteo Arthritis und Rheumatoide Arthritis), dass der Patient behandelt und für Schmerzstillung gesorgt worden sei, dass indessen eine chronische Gehbehinderung und Pflegebedürftigkeit vorliege. Bei der Mutter des Beschwerdeführers lautet der Befund auf Knochen- und Gelenkschmerzen, Atemnot, Husten und Kopfschmerzen. Die Diagnose habe eine chronische Osteoporose und chronische obstruktive Lungenerkrankung ergeben. Die Behandlung sei eingeleitet worden und die Patientin könne nur mit Mühe gehen, habe Lendenschmerzen und leide an Atemnot. Daraus lassen sich indessen keine Schlüsse zu den Möglichkeiten der Eltern des Beschwerdeführers ziehen, die alltäglichen Obliegenheiten zu erledigen. Ebensowenig ergeben sich Folgerungen daraus zum Umfang allfälliger andauernder Einschränkungen, drei Jugendliche im Alter zwischen zwölf und 16 Jahren zu betreuen, wobei diese freilich in der Lage sind ihren Grosseltern bei körperlichen Arbeiten beizustehen. Der Beschwerdeführer scheint das Gewicht denn auch auf die allgemeine Überforderung der Grosseltern zu legen, generationsbedingt den Anforderungen an die Erziehung und schulische Betreuung der Enkel zu genügen. Damit ist aber nichts über die vorrangige Beziehung der Kinder zu ihren Grosseltern gesagt. Dass diese Beziehung nach einem Zusammenleben während rund zwölf Jahren durch eine gewisse Pflegebedürftigkeit und Bedarf an Rücksichtnahme ihrer Betreuer weggefallen wäre, wird nicht behauptet und entspräche auch nicht der Lebenserfahrung. Umgekehrt wären die Schwierigkeiten, denen die Kinder in einer fremden kulturellen und sprachlichen Umgebung und im Haushalt mit der ihnen fremden Stiefmutter, welcher nach Darstellung des Beschwerdeführers die Erziehungs- und Betreuungsarbeit zufiele, begegnen würden, in keiner Weise geringer. Von einer vorrangigen Beziehung zum Beschwerdeführer kann somit nicht ausgegangen werden.

E. 4

Der Beschwerdeführer sieht im Beschluss des Regierungsrats eine Verletzung der Grundsätze gemäss Art. 10 und 18 des Übereinkommens über die Rechte der Kinder vom

20. November 1989 (UNO-Kinderrechtskonvention; KRK). Die Garantien der UNO-Kinderrechtskonvention sind mit Art. 11 BV in die nachgeführte Verfassung aufgenommen worden. Die Gebote der Chancengleichheit der Kinder und Jugendlichen, die Verpflichtung des Staates und jedes Einzelnen, Kinder vor jeglicher Form von Gewalt und erniedrigender Behandlung zu schützen, richten sich in erster Linie an den Gesetzgeber und schaffen keinen Anspruch auf fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligungen ausserhalb der gesetzlichen und völkerrechtlichen Anspruchstatbestände (BGE 126 II 377 E. 5). Dem Beschwerdeführer ist im Übrigen entgegenzuhalten, dass er seine Familie freiwillig verlassen hat, dass er vom Staat nicht daran gehindert wird, mit seinen Kindern zusammen zu leben und dass die von ihm kritisierte Berücksichtigung der vorrangigen familiären Beziehung nichts anderes als ein Ausfluss der Wahrung des Kindeswohls ist, indem verhindert werden soll, dass Kinder ihre angestammte kulturelle, soziale und menschliche Umgebung zu Gunsten einer ungewissen Zukunft aufgeben müssen.

E. 5

a) Der Beschwerdeführer rügt sodann eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots gemäss Art. 8 BV gegenüber Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft aufgrund des Personenfreizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits (FZA; SR 0.142.112.681). Gemäss Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 lit. a Anhang I FZA haben Familienangehörige von Personen, die Staatsangehörige einer Vertragspartei sind und über ein Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat verfügen, das Recht, bei dieser Person zu wohnen. Voraussetzung dazu ist der Nachweis, dass die einen Familienangehörigen aufnehmende Person über eine ausreichende Wohnung verfügt und in der Lage ist, für deren Unterhalt aufzukommen. Als Familienangehörige gelten – unter anderen –, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird. Der Beschwerdeführer schliesst daraus, dass mit der Anforderung der vorrangigen familiären Beziehung ein nicht vom FZA vorgesehenes Kriterium eingeführt werde, und dessen Erfüllung von den in der Schweiz auf der Grundlage des FZA aufenthaltsberechtigten Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft nicht verlangt werde. Darin liege eine Benachteiligung für ihn als Schweizer, für welche kein sachlicher Grund ersichtlich sei, welche auch nicht vom FZA beabsichtigt sei, womit ein Verstoss gegen das (schweizerische) verfassungsrechtliche Gebot der rechtsgleichen Behandlung geschaffen sei. b) Es ist nachfolgend als erstes zu prüfen, ob die Bestimmungen über den Familiennachzug im FZA direkt auch für in der Schweiz lebende Schweizer und damit den Beschwerdeführer gelten, was bedeuten würde, dass der Nachweis der vorrangigen familiären Beziehung nicht erbracht werden müsste. Ergibt die Prüfung, dass das Begehren nach inländischem Recht zu beurteilen ist, stellte sich die Frage, ob durch die Anwendung der massgeblichen inländischen Normen eine verfassungsmässig verpönte Ungleichbehandlung gegenüber der Regelung im FZA resultierte und dieser dann die Anwendung zu versagen wäre. c) Mit dem FZA hat die Schweiz im Rahmen der bilateralen Verträge mit der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten (nachfolgend: EU-Staaten) eines von sieben sogenannten sektoriellen Abkommen geschlossen, wobei das FZA sich mit der Einreise, dem Aufenthalt, dem Zugang zu einer Erwerbstätigkeit, der Beschäftigung und Arbeit von schweizerischen Staatsangehörigen in einem EU-Staat einerseits und von EU-Staatsangehörigen in der Schweiz andererseits befasst (vgl. Art. 1 FZA). Der Bundesrat beschrieb in der Botschaft zur

Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999 (BBl 1999 VI 6128) das Verhältnis von schweizerischem Recht zum Gemeinschaftsrecht wie folgt: Mit den sieben (sektoriellen) Verträgen hätten die Vertragsparteien ihre Entscheidungsautonomie behalten. Eine Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen an eine supranationale Instanz sei nicht erfolgt. Die Mehrheit der sektoriellen Verträge (im Bereich des Personenverkehrs, der Landwirtschaftsprodukte, der technischen Handelshemmnisse, des öffentlichen Beschaffungswesens und des Landverkehrs) gründe auf der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung der Parteien. Mit Ausnahme des Luftverkehrsabkommens, welches sich dadurch charakterisiere, dass es "die Gesamtheit der anwendbaren Bestimmungen der EU in diesem Bereich in gemeinsame Regeln der Vertragsparteien überführt" habe, sei bei den anderen Abkommen der "acquis communautaire" nicht unverändert global übernommen worden (BBl 1999 VI 6158 f.). Mit Bezug auf das FZA erläuterte der Bundesrat, dass es sich beim freien Personenverkehr um einen innenpolitisch sensiblen Bereich handle, was zum Bestreben geführt habe, bei den Verhandlungen ein Ergebnis zu erzielen, "das quantitativ und qualitativ unter dem im Rahmen des EWR verhandelten 'Acquis communautaire' liege" (BBl 1999 VI 6309). Entsprechend sei es bei den bilateralen Verhandlungen – anders noch als bei den Verhandlungen über den EWR – nicht darum gegangen, das Regelungsnetz der EU-Staaten insgesamt zu übernehmen. Vielmehr habe der Bundesrat das Verhandlungsmandat auf die Regelung von Freizügigkeitstatbeständen beschränkt, die im wirtschaftlichen Interesse und jenem einer gemeinsamen Migrationspolitik stünden. In einer zweiten Stufe habe sich eine Ausweitung des Verhandlungsmandats als notwendig erwiesen, darin bestehend, einen Teil des "acquis communautaire" im Bereich des Personenverkehrs in das schweizerische Recht zu überführen (BBl 1999 VI 6309 f.). Mit der bloss teilweisen Übernahme werde das Bestreben der Schweiz, die Aufenthaltsregelungen des EU-Standards nicht vollumfänglich, sondern in reduziertem Umfang zu übernehmen, beibehalten. Folgerichtig ist mit der Inkraftsetzung des FZA das innerstaatliche Recht nur geringfügig angepasst worden; dessen Weiterbestand hat nicht in Frage gestanden. Im wichtigsten Ausländererlass ist mit dem neuen Art. 1 ANAG der Geltungsbereich des Landesrechts von demjenigen des FZA abgegrenzt worden. Der erwähnte neue Artikel führt dazu aus, dass das ANAG für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft und ihre Familienangehörigen sowie für entsandte Arbeitnehmer nur so weit gilt, als das FZA keine abweichende Bestimmung enthält oder dieses Gesetz eine vorteilhaftere Rechtsstellung vorsieht. Mit dieser Bestimmung wird sichergestellt, dass die Rechtsstellung der Angehörigen der EU-Staaten nie schlechter sein kann als diejenige der übrigen Ausländerinnen und Ausländer (Meistbegünstigungsklausel). Dieser Grundsatz ist auch in Art. 12 FZA niedergelegt, wonach vorteilhaftere Bestimmungen des Landesrechts weiterhin gelten sollen (BBl 1999 VI 6357). d) Dieser Grundsatz, dass neben dem Landesrecht das FZA direkt anwendbar ist, hat seinen Niederschlag etwa in folgenden Bestimmungen des FZA gefunden: aa) Art. 2 FZA verbietet die Diskriminierung von Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei befinden, auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit und mit Bezug auf die Regelungen, die Inhalt der Anhänge I bis III des FZA bilden. Eine Schlechterstellung von EU-Staatsangehörigen ausserhalb des Regelungskatalogs des FZA wird vom Diskriminierungsverbot nicht berührt; ebensowenig eine solche aus anderen Gründen als der Staatsangehörigkeit. bb) Gemäss Art. 12 FZA steht das Abkommen "günstigeren innerstaatlichen Bestimmungen, die den Staatsangehörigen der Vertragsparteien bzw. ihren Familienangehörigen

eingerräumt werden, nicht entgegen." Mit dieser Formulierung ist deutlich zum Ausdruck gebracht, dass eine sogenannte Meistbegünstigungsklausel im Sinne einer Gleichstellung der EU-Staatsangehörigen, die sich in der Schweiz aufhalten oder einzureisen gedenken, mit schweizerischen Staatsangehörigen – und umgekehrt – nicht beabsichtigt wurde. Dies illustriert den Charakter des FZA als für den freien Personenverkehr geschaffenes Abkommen, das eine Regelung für nicht grenzüberschreitende, in ihren Heimatstaaten residierende Personen, weitgehend vermeidet und diese unter dem Landesrecht belassen will. Ebenfalls demonstriert diese Regelung den Charakter des FZA als Vertragswerk mit abschliessend sachlichem Geltungsbereich (im Sinne der Kataloge der geregelten Bereiche im Abkommen und den Anhängen) im Gegensatz zur globalen Übernahme des Gemeinschaftsrechts (*acquis communautaire*) durch die Schweiz. cc) Einen sinngemäss gleichen Schluss lässt Art. 13 FZA unter dem Titel "stand still" zu: Mit der gegenseitigen Verpflichtung der Vertragsparteien, in den unter das Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen, wird – aus der Sicht der Schweiz – die als Grundsatz zu vermutende Autonomie und Vorherrschaft des Landesrechts im Bereich der residierenden Bevölkerung einerseits und die sachlich enumerativ begrenzte Regelungswirkung des FZA "in den unter das Abkommen fallenden Bereichen" auf der anderen Seite zum Ausdruck gebracht. Mit der "Stillstandsverpflichtung" im Sinne des Verbots einer Verschlechterung der Rechtslage für EU-Staatsangehörige ist gleichzeitig vorbehalten, dass für nicht vom FZA erfasste Personen, nämlich in der Schweiz residierende Nicht-EU-Angehörige, mithin Schweizerinnen und Schweizer und Angehörige von Drittstaaten, das schweizerische Landesrecht weiterhin zur autonomen Regelung befugt ist, was nicht nur Verbesserungen in deren Rechtsstellung im Vergleich zu den EU-Staatsangehörigen (vgl. Erwägung 5d/bb), sondern auch Verschlechterungen mit umfassen muss. e) Aus dieser Systematik folgt, dass der Beschwerdeführer als nicht aus einem EU-Mitgliedstaat einreisender, sondern in der Schweiz residierender Schweizer, der seine Kinder, welche weder die schweizerische noch die Staatsangehörigkeit eines EU-Staats besitzen, nachzuziehen beabsichtigt, nicht unter das FZA fällt. Er untersteht den Regeln des Landesrechts, mithin Art. 17 Abs. 2 ANAG. Die Rechtsprechung zur Auslegung dieser Vorschrift verlangt den Nachweis einer vorrangigen familiären Beziehung zwischen ihm und seinen Kindern, welche Voraussetzung beim Beschwerdeführer, wie ausgeführt wurde, nicht gegeben ist.

E. 6

a) Dieses Ergebnis bemängelt der Beschwerdeführer als rechtsungleich. Eine unterschiedliche rechtliche Behandlung ergibt sich damit zwischen EU-Staatsangehörigen, welche in die Schweiz einreisen dürfen oder sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten auf der einen Seite und schweizerischen und Staatsangehörigen aus sogenannten Drittstaaten, welche sich in der Schweiz aufhalten; Letztere auf Grund einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung. Gemeinsam ist dem gesamten zum Vergleich anstehenden Personenkreis, dass sich die Ungleichbehandlung für einzelne Elternteile mit Bezug auf die Möglichkeit eines Nachzugs von Kindern aus dem Ausland stellen kann. Während die EU-Staatsangehörigen lediglich die Voraussetzungen nach dem Wortlaut von Art. 3 FZA in Verbindung mit Art. 3 Anhang I FZA (Nachweis der Unterhaltsleistung und von ausreichendem Wohnraum zur Aufnahme der Familienmitglieder) erfüllen müssen, bedarf es bei schweizerischen und nach Art. 17 Abs. 2 ANAG niederlassungsberechtigten ausländischen Personen des Nachweises der vorrangigen familiären Beziehung. b) Bei ausländischen Elternteilen mit einer Aufenthaltsbewilligung, welche aus Nicht-EU-Staaten

(sog. Drittstaaten) stammen, ergibt sich im schweizerischen Landesrecht eine zusätzliche unterschiedliche Behandlung gegenüber den niedergelassenen Elternteilen, besteht doch für die ersteren kein Anspruch auf Familiennachzug, sondern wird eine Bewilligung in das Ermessen der Behörde gestellt (Art. 17 Abs. 2 ANAG in Verbindung mit Art. 4 ANAG und Art. 38 der Begrenzungsverordnung vom 6. Oktober 1986).

c) Das verfassungsmässige Gleichheitsgebot gilt grundsätzlich für schweizerische und ausländische Personen. Ein Unterschied in der rechtlichen Behandlung zwischen schweizerischen und ausländischen Staatsangehörigen setzt voraus, dass dafür die Staatsangehörigkeit ein sachliches, vernünftiges und sich aufdrängendes Kriterium liefert, mit anderen Worten, wenn "das betreffende Lebensverhältnis durch die schweizerische Staatsangehörigkeit entscheidend mitgeprägt wird, darf der Ausländer ausgeschlossen oder ungünstiger oder einfach anders behandelt werden" (vgl. Hans Huber, Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre Rechtsquellen, Lausanne 1977, zitiert in: Arthur Haefliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich, Bern 1985, S. 51). Im – hier massgeblichen – Bereich der sogenannten relativen Gleichheit bedarf es eines "vernünftigen Grundes", um rechtliche Unterscheidungen in mehreren zu regelnden Tatbeständen vor dem Gleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV zu rechtfertigen (vgl. BGE 126 II 377 E. 6 mit Hinweisen; Rainer Schweizer in: St. Galler Kommentar zu Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 8 N. 24). Die Gleichbehandlung ist gefordert, wenn erhebliche tatsächliche Verhältnisse gleich sind; ob ein Tatbestandselement erheblich ist, entscheidet sich unter anderem nach dem Rechtsgebiet, welches die Ordnung beschlägt (Haefliger, S. 63). Im Bereich des Ausländerrechts ist die Schaffung unterschiedlicher Aufenthaltskriterien unter dem Gleichheitsgebot nicht zu beanstanden und ebensowenig die Folge, dass an die verschiedenen Kriterien ungleiche Rechtsstellungen geknüpft werden. Aus der unterschiedlichen Behandlung der nur aufenthaltsberechtigten ausländischen Personen gegenüber den Niedergelassenen mit Bezug auf die Möglichkeit des Familiennachzugs (vgl. Erwägung 6b) kann somit verfassungsrechtlich nichts eingewendet werden.

d) Ziel und Zweck des FZA liegt in der Erleichterung der Personenmobilität innerhalb der EU-Staaten, also im freien grenzüberschreitenden "Zug". Im Gegensatz dazu steht die Residenzbevölkerung, welche, sowohl in der Schweiz wie auch in den EU-Vertragsstaaten, nicht unter das FZA fällt, sondern unter das massgebliche Landesrecht des Residenzstaats. Der mit dem Abkommen verfolgte Zweck, in einem gewachsenen Rechts- und Wirtschaftsraum den Grenzübertritt und Aufenthalt zu erleichtern, kann mit einer gewissen Vereinfachung und Schematisierung der Regeln für die Wanderbevölkerung verbunden sein. Allfällige unterschiedliche Regelungen gegenüber der "sesshaften" Bevölkerung können sich auf einen sachlichen Unterschied abstützen. Wie die Aufenthaltsnahme dürfte der Nachzug von Familienangehörigen nicht im Hinblick auf eine dauernde Niederlassung, sondern in der Regel für die Dauer einer Erwerbstätigkeit des Familienhaupts erfolgen. Dies rechtfertigt es, an den Nachzug von Familienangehörigen vereinfachte Voraussetzungen zu stellen.

e) Ein weiterer Unterschied liegt in den gegenüber der einheimischen schweizerischen Bevölkerung erschwerten Voraussetzungen für EU-Staatsangehörige, in der Schweiz eine Aufenthaltsbewilligung zu erlangen. Hauptsächliches Anwendungsgebiet des FZA bildet der grenzüberschreitende Verkehr zum Zweck der unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit. Das Aufenthaltsrecht ist an die Bedingung geknüpft, dass die einreisende Person eine Erwerbstätigkeit ausübt beziehungsweise eine Stelle sucht. Diese Auflagen und Risiken treffen die einheimische und niedergelassene Bevölkerung, welche in der Schweiz residiert, nicht. Bei nicht

erwerbstätigen Personen ist das Aufenthaltsrecht unter anderem vom Nachweis der erforderlichen finanziellen Mittel für den Unterhalt und von einem alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutz abhängig (Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA). Entfallen diese Voraussetzungen oder droht eine Fürsorgeabhängigkeit, ist die Aufenthaltsberechtigung für die ausländische Person und ihre Angehörigen gefährdet (Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA). Diese Regelungen zeigen, dass die EU-Staatsangehörigen wesentlichen Einschränkungen und Erschwernissen gegenüber der in der Schweiz sesshaften schweizerischen und niedergelassenen ausländischen Bevölkerung unterworfen sind und damit in wesentlichen Bereichen keine Gleichstellung besteht. f) Mit den Übergangsbestimmungen des Art. 10 FZA wurde eine schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit ausgehandelt, welche es der Schweiz im Wesentlichen ermöglicht, während zwei Jahren ab Inkraftsetzung des Abkommens den Inländervorrang aufrecht zu erhalten und während fünf Jahren an der Kontingentierung der ausländischen erwerbstätigen Bevölkerung festzuhalten. Die volle Freizügigkeit ist erst nach zwölf Jahren vorgesehen, wobei die Schweiz zusätzlich die Möglichkeit hat, nach sieben Jahren die Weiterführung des Abkommens einem Referendum zu unterstellen (BBl 1999 VI 6312 ff.). Ist somit während einer geraumen Zeit der Aufenthalt von EU-Staatsangehörigen von den erschwerten Bedingungen der Kontingentsregelung abhängig, ergibt sich daraus eine zusätzliche Erschwernis gegenüber der in der Schweiz residierenden einheimischen und niedergelassenen Bevölkerung. Diese Erschwernisse treffen den Beschwerdeführer nicht, aus welchem Grund sich eine zwingende Gleichstellung mit EU-Staatsangehörigen nicht aufdrängt. g) Gemäss dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA haben die Familienangehörigen einer Person, welche Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht in einem Vertragsstaat hat, das Recht, bei dieser Person zu wohnen. Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA definiert den Begriff der Familienangehörigen und präzisiert, dass die verbrieften Rechte ungeachtet der Staatsangehörigkeit der Familienangehörigen gelten. Im Rahmen des FZA sind als Familienangehörige in erster Linie jene ins Auge gefasst, welche über die gleiche Staatsangehörigkeit verfügen wie das Familienhaupt, welches das freie Zugsrecht beansprucht. In zweiter Linie dürften – in zahlenmässiger Hinsicht – jene über eine Drittstaatsangehörigkeit verfügenden Familienangehörigen eines EU-Staatsangehörigen ins Gewicht fallen, welche bereits im Zeitpunkt der Einreise in die Schweiz über die Aufenthaltsberechtigung eines EU-Mitgliedstaats verfügen und die Einreise somit im Rahmen der Familiengemeinschaft erfolgt. In dritter Linie dürfte der Sachverhalt eine Rolle spielen, in welchem die in die Schweiz einreisenden gemeinsamen Eltern den (erstmaligen) Nachzug ihrer Kinder aus einem Drittstaat in die Schweiz beantragen. Dieser Personenkreis erfährt keine Schlechterstellung gegenüber den Eltern mit Niederlassungsbewilligung oder schweizerischer Staatsangehörigkeit und Wohnsitz in der Schweiz. Wird doch sowohl in Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA als auch in Art. 17 Abs. 2 ANAG für den Nachzug die Wohnsitznahme der Familienangehörigen bei ihren gemeinsamen Eltern vorausgesetzt und ist im Fall von gemeinsamen Eltern im Landesrecht kein weiterer Nachweis, insbesondere nicht derjenige der vorrangigen familiären Beziehung, zu erbringen (BGE 126 II 329). Erst in vierter Linie ist der vom Beschwerdeführer zum Vergleich angerufene Sachverhalt von Bedeutung: Das Nachzugsgesuch eines einzelnen Elternteils nach dessen Einreise in die Schweiz mit Bezug auf die im Ausland ausserhalb der Vertragsstaaten lebenden Familienangehörigen, welche sog. Drittstaatsangehörige sind. Nur bei dieser Minderheit resultiert nach dem Wortlaut des FZA eine bevorzugte Behandlung gegenüber dem Beschwerdeführer. Ob dieser – im Rahmen der übrigen Regelungstatbestände von Art. 3

Anhang I FZA als Ausnahme erscheinende – Sachverhalt von den Vertragsparteien in diesem Sinn geregelt werden wollte, dass die vorrangige familiäre Beziehung der Kinder gegenüber dem ihren Nachzug beanspruchenden Elternteil keine Rolle spielen soll, lässt sich der Botschaft des Bundesrats nicht entnehmen. Jedenfalls beruft sich der Beschwerdeführer auf einen Vergleichstatbestand, welcher im Rahmen der von der massgeblichen Vorschrift zu regelnden Sachverhalte eine zahlenmässige Ausnahme darstellt, während bezüglich des Hauptteils der geregelten Tatbestände keine Schlechterbehandlung durch das schweizerische Landesrecht ersichtlich ist. h) Das FZA steht, wie jeder völkerrechtliche Vertrag, unter dem Vorbehalt des *ordre public* (vgl. Monica Mächler-Erne in: Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1996, Art. 17 N. 1). Nach Ansicht des Bundesrats ist dieser Vorbehalt ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA erwähnt worden (BBl 1999 VI 6312). Die von der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 17 Abs. 2 ANAG gefüllte Gesetzeslücke für nachzugswillige Einzeleltern in der Form des Nachweises der vorrangigen familiären Beziehung hat ihren Ursprung nicht in einer Abwehrhaltung, sondern in einer wohlverstandenen Berücksichtigung des Kindeswohls sowie gewisser rechtsstaatlicher Grundsätze. aa) Die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen während mehreren Jahren mit der Kindererziehung nicht befassten, weil sich im Ausland aufhaltenden, Elternteil widerspricht massgeblichen Grundsätzen des schweizerischen Familien- und Verfassungsrechts. Dies mindestens so lange nicht auf Grund einer Notlage die jahrelangen, von einem oder beiden Elternteilen frei gewählten Betreuungsverhältnisse dahin gefallen sind. Die von einem während Jahren im Ausland lebenden Elternteil beanspruchten Elternrechte erfolgen in der Regel ohne Abklärung und Berücksichtigung des Kindeswohls, insbesondere des Umstands, dass diese Kinder in kultureller und gesellschaftlicher Hinsicht verankert sind und die Folgen einer Verbringung in ein fremdes Land, oft mit fremder Sprache und Kultur und zu einem betreuungsungewohnten Elternteil, nicht in den Entscheid einbezogen werden. Laut Art. 3 KRK ist das Kindeswohl bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, vorrangig zu berücksichtigen. Sind nicht die Eltern mit der Erziehung betraut, verpflichten sich die Vertragsstaaten gemäss Art. 3 Abs. 2 KRK zu gewährleisten, dass die mit der Fürsorge betrauten Institutionen und Personen für die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit, Sicherheit und der fachlichen Eignung des Erziehungspersonals besorgt sein müssen. Soll ein Kind gegen den Willen der Eltern von diesen getrennt werden, muss sich diese Massnahme im Interesse des Kindeswohls aufdrängen und ist der entsprechende Entscheid einer gerichtlichen Überprüfung zu unterstellen (Art. 9 Abs. 1 KRK). Gemäss Art. 10 Abs. 1 KRK sind Verfahren über den Familiennachzug von den Vertragsstaaten beschleunigt, wohlwollend und human zu bearbeiten, wobei ausdrücklich die Zusammenführung mit der Elterngemeinschaft angesprochen ist; leben die Elternteile in verschiedenen Staaten, ist das regelmässige Einreise- und Besuchsrecht sicherzustellen (Art. 10 Abs. 2 KRK). In allen es betreffenden Angelegenheiten ist die Meinung des Kindes einzuholen und angemessen zu berücksichtigen, sofern dieses dazu in der Lage ist (Art. 12 Abs. 1 und 2 KRK). bb) Im Fall des Beschwerdeführers erläutert das Urteil des x-ischen Bezirksgerichts vom 20. Oktober 1994, dass die Zuteilung der Kinder an den Beschwerdeführer allein auf Grund der übereinstimmenden Anträge der Eltern erfolgte und weitere Abklärungen des Gerichts dazu nicht ergingen. Dies führte zur unbefriedigenden Regelung, wonach der Beschwerdeführer seiner Ehefrau zwar eine persönliche Unterhaltsrente schuldete, jedoch keine Unterhaltsbeiträge an die Kinder gesprochen wurden, obwohl die Beteiligten und das

Gericht davon ausgehen durften, dass der Beschwerdeführer zumindest im damaligen Zeitpunkt seine Kinder nicht zu sich nehmen würde. Wenn auf Grund dieser unbefriedigenden Verfahrenslage am Erfordernis der vorrangigen familiären Beziehung festgehalten wird, erfolgt dies in Beachtung grundsätzlicher schweizerischer Verfahrensprinzipien, wonach die Zuteilung von Kindern geschiedener Eltern nicht ohne eine unabhängige Abklärung der massgeblichen Kinderinteressen erfolgen darf. Es ergibt sich daraus, dass ein Kindernachzug bei getrennt lebenden oder geschiedenen Eltern ohne die Berücksichtigung des Kindeswohls allenfalls dem schweizerischen ordre public (vgl. Monica Mächler-Erne, Art. 17 N. 22) widersprechen könnte, womit eine diesen Umstand nicht berücksichtigende Massnahme auch auf dem Weg der Gleichbehandlung nicht geschützt werden würde. i) Ob die Vertragsstaaten aus Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA bei einzelnen Elternteilen, die den Kindernachzug verlangen, allein die in dieser Vorschrift genannten Nachweise der Unterstützungs- und Wohnmöglichkeiten verlangen oder ob eine umfassendere Abklärung der Familiensituation im Sinne des Kindeswohls erfolgt, kann offen bleiben. Eine Berufung auf rechtsungleiche Behandlung durch die Schweizer Behörden wäre jedenfalls auch nur dann möglich, wenn die EU-Mitgliedstaaten Art. 3 Anhang I FZA ohne weitere Bedingungen und ohne den Nachweis der vorrangigen familiären Beziehung anwendeten. Die Beantwortung der Frage kann unterbleiben, weil der Antrag des Beschwerdeführers bereits aus den angeführten Gründen abzuweisen ist.

E. 7

Zusammengefasst ergibt sich kein direkter Anspruch auf Familiennachzug aus dem FZA, weil der Beschwerdeführer als in der Schweiz residierender schweizerischer Staatsangehöriger nicht zu dem vom Freizügigkeitsabkommen erfassten Personenkreis gehört. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den dem FZA unterstehenden Personen, die in die Schweiz einreisen, ist nicht gegeben, weil wesentliche Unterschiede zwischen aus EU-Mitgliedstaaten einreisenden und in der Schweiz residierenden Personen bestehen, die eine rechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen. Zudem beruft sich der Beschwerdeführer auf die Gleichbehandlung mit einem dem FZA unterstellten Personenkreis (Einzeleltern mit Drittstaatskindern, die nach der Einreise in die Schweiz erstmals einen Kindernachzug beantragen), der eine Minderheit darstellt. Darüber hinaus wäre fraglich, ob dies nicht zu einem Ergebnis führen würde, das in verfahrens- und materiellrechtlicher Hinsicht angesichts des schweizerischen ordre public von den schweizerischen Behörden nicht allenfalls von einer Anwendung zu dispensieren wäre. Aus diesem Grund ist die Beschwerde abzuweisen. ... Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. ...

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