

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00332 vom 14. Januar 2004

ZH Verwaltungsgericht, 2004-01-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00332

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00332 du 14 janvier 2004

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00332 del 14 gennaio 2004

Regeste

Niederlassungsbewilligung (Familiennachzug) | Inländerdiskriminierung Es besteht kein Anspruch auf analoge Anwendung der FZA-Regelung für den Familiennachzug eines ausländischen (drittstaatsangehörigen) Kinds zum schweizerischen Elternteil. Diesbezüglich liegt keine von der Rechtsprechung zu füllende Gesetzeslücke vor.

Erwägungen

E. 2

Abteilung/2. Kammer Weiterzug: Das Bundesgericht hat eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen diesen Entscheid am 13.07.2004 abgewiesen. Rechtsgebiet: Ausländerrecht Betreff: Niederlassungsbewilligung (Familiennachzug) Inländerdiskriminierung Es besteht kein Anspruch auf analoge Anwendung der FZA-Regelung für den Familiennachzug eines ausländischen (drittstaatsangehörigen) Kinds zum schweizerischen Elternteil. Diesbezüglich liegt keine von der Rechtsprechung zu füllende Gesetzeslücke vor. Stichworte: ANTIZIPIERTE BEWEISWÜRDIGUNG ANWENDUNGSGEBOT DRITTSTAATSBÜRGER ELTERNTEIL FAMILIENNACHZUG GESETZSLÜCKE GLEICHHEITSGEBOT INLÄNDERDISKRIMINIERUNG LÜCKENFÜLLUNG SCHLECHTERSTELLUNG SCHWEIZERBÜRGERRECHT UNGLEICHBEHANDLUNG VORRANGIGE FAMILIÄRE BEZIEHUNG ZEUGENEINVERNAHME Rechtsnormen: Art. 1 ANAG Art. 17 Abs. II ANAG Art. 8 Abs. I BV Art. 13 Abs. I BV Art. 191 BV Art. 8 Abs. I EMRK Art. 3 Abs. I Anhang I FZA Art. 1 Abs. II ZGB Publikationen: - keine - Gewichtung: (1 von hoher / 5 von geringer Bedeutung) Gewichtung: 3 I. Der 1985 geborene ausländische Staatsangehörige A ist der jüngere von zwei Söhnen der 1961 geborenen früheren ausländischen Staatsangehörigen B aus einer ersten Ehe mit einem Landsmann. Diese Ehe wurde 1989 geschieden. Im Jahr 1991 reiste die Mutter allein in die Schweiz, wo sie den Schweizer E heiratete und in der Folge das Schweizer Bürgerrecht erhielt. Die zweite Ehe wurde am 12. November 1998 geschieden. Am 22. März 2002 reiste A mit einem Besuchervisum in die Schweiz zu seiner Mutter. Am 30. Mai 2002 stellte diese bei der Direktion für Soziales und Sicherheit (Migrationsamt) das Gesuch um Erteilung der Niederlassungsbewilligung für ihren Sohn zum Verbleib bei ihr. Das Migrationsamt wies das Gesuch am 30. September 2002 ab, im Wesentlichen mit der Begründung, der Sohn habe keine vorrangige familiäre Beziehung zu seiner Mutter. II. Am 9. Juli 2003 wies der Regierungsrat einen Rekurs von A und seiner Mutter B ab. III. Mit Eingabe vom 19. September 2003 liess B in ihrem und dem Namen ihres Sohns Beschwerde beim Verwaltungsgericht einreichen. Die Beschwerdeführenden beantragten, der Beschluss des Regierungsrats sei aufzuheben, und die Behörden seien anzuweisen, A (Beschwerdeführer

Nr. 1) die Niederlassungsbewilligung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Direktion für Soziales und Sicherheit. A sei vom Gericht persönlich anzuhören und die in der Schweiz lebende Schwester der beschwerdeführenden Mutter (Beschwerdeführerin Nr. 2) als Zeugin zu befragen. Während sich die Direktion für Soziales und Sicherheit nicht vernehmen liess, beantragte die Staatskanzlei im Auftrag des Regierungsrats die Abweisung der Beschwerde. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. In Angelegenheiten der Fremdenpolizei ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht nur zulässig, wenn eine Anordnung zu beurteilen ist, die sich auf einen Anspruch des Gesetzes-, Verfassungs- oder Staatsvertragsrechts stützen kann (§ 43 Abs. 1 lit. h in Verbindung mit Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG] und Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943). Die Beschwerdeführerin Nr. 2 ist Schweizerin und beantragt den Nachzug ihres minderjährigen und unverheirateten Sohns. Gemäss Art. 17 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 29. März 1931 (ANAG) haben Kinder von ausländischen Eltern, die eine Niederlassungsbewilligung besitzen, ebenfalls einen Anspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung, wenn sie mit ihren Eltern zusammenwohnen. Diese Regelung gilt nach der Rechtsprechung auch für schweizerische Eltern, die ihre ausländischen Kinder zu sich nehmen wollen (BGE 118 Ib 156). Die Beschwerdeführenden können sich somit auf einen gesetzlichen Anspruch stützen, weshalb das Gericht auf die Beschwerde einzutreten hat. Weitere Ansprüche können sich aus der in Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und – inhaltlich deckungsgleich – Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) garantierten Achtung des Familienlebens ergeben. Ob sich die grundsätzlich möglichen Rechtsansprüche aufgrund der konkreten Umstände durchsetzen lassen, ist im Rahmen der nachstehenden materiellen Erwägungen zu prüfen.

E. 2.1

Der Regierungsrat beurteilte die Anordnung des Migrationsamts aufgrund von Art. 17 Abs. 2 ANAG und Art. 8 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV und gelangte zum Schluss, die Verweigerung des Gesuchs sei rechtmässig. Mit der vorliegenden Beschwerde beantragen die Beschwerdeführenden nicht nur die Überprüfung aufgrund der genannten Anspruchsgrundlagen, sondern stellen sich neu auf den Standpunkt, das Gesuch sei, gestützt auf das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA) sowie gestützt auf das verfassungsmässige Gleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV, gutzuheissen. Die für in der Schweiz lebenden ausländischen Personen aus EG- oder EFTA-Mitgliedstaaten anzuwendenden Bestimmungen des FZA führten mit Bezug auf den Familiennachzug zu einer rechtlichen Besserstellung gegenüber den – einschränkenderen – Regelungen des ANAG, der EMRK oder BV. Diese Schlechterstellung sei im Hinblick auf das verfassungsmässige Rechtsgleichheitsgebot nicht zulässig, weshalb einem sich aus der Anwendung der letztgenannten Rechtsgrundlagen ergebenden negativen Ergebnis die Anwendung zu verweigern sei.

E. 2.2

Das Gericht wendet die zur Beurteilung erforderlichen Rechtsnormen von Amtes wegen an. Mit dem FZA sind völkerrechtliche Normen neben das bisher gültige Landesrecht und das Recht der EMRK getreten, die als jüngere Rechtsnormen dem Letzteren vorgehen.

Entsprechend ist mit dem In-Kraft-Treten des FZA (sowie der in diesem Zusammenhang inhaltsgleichen Änderung des EFTA-Übereinkommens vom 21. Juni 2001) Art. 1 ANAG als Rechtsanwendungsnorm neu eingefügt worden, welcher das ANAG als dann anwendbar erklärt, wenn das FZA keine abweichende Regelung enthält oder die Regelung gemäss ANAG der betroffenen Person eine vorteilhaftere Rechtsstellung vermittelt. Demzufolge ist zuerst zu klären, ob das FZA auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Sollte dies nicht der Fall sein, wären die Vorschriften des ANAG bzw. der EMRK/BV beizuziehen; dies ebenfalls, wenn sich aus der Anwendbarkeit des FZA ein für die Beschwerdeführenden negatives Resultat ergäbe.

E. 3.1

Die Frage, ob die Familiennachzugsregeln des FZA analog, d.h. aufgrund des verfassungsmässigen Gebots der rechtsgleichen Behandlung, auf in der Schweiz lebende Schweizer Eltern mit Bezug auf den Nachzug ihrer ausländischen Kinder anwendbar seien, war Gegenstand eines Urteils des Bundesgerichts vom 17. Januar 2003 (BGE 129 II 249). Dabei ging es, gleich wie im vorliegenden Fall der Beschwerdeführenden, nicht um die unmittelbare Anwendbarkeit der Familiennachzugsregelung des FZA, weil es an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt fehlte. Auch die Beschwerdeführerin Nr. 2 behauptet nicht, aus einem europäischen Vertragspartnerland in die Schweiz eingereist zu sein. Vielmehr beansprucht sie eine Gleichbehandlung, weil die durch die Anwendung der Normen des ANAG bzw. der EMRK/BV resultierende Schlechterstellung gegen Verfassungsrecht, insbesondere das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV verstosse.

E. 3.2

Die Nachzugsregelung des FZA ist bezüglich der Rechtsansprüche tatsächlich grosszügiger geregelt als diejenige des Landesrechts (ANAG, unter Einschluss von EMRK und BV); dies sowohl mit Bezug auf den Kreis der nachzugsberechtigten Personen, die Nachzugsvoraussetzungen von Einzelleitern als auch die (grundsätzliche) Altersgrenze von 21 Jahren beim Kindernachzug.

E. 3.3

Zur Frage, ob damit eine Verletzung der Verfassungsgarantie der rechtsgleichen Behandlung vorliege, hat das Bundesgericht ausgeführt, die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten könne zwar von den Gerichten grundsätzlich überprüft werden, allerdings sei der Rahmen von Art. 191 BV zu beachten, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Mit dem In-Kraft-Treten des FZA bzw. der Änderung des EFTA-Übereinkommens habe der Gesetzgeber indessen keine Erweiterung der Rechtsansprüche für Familienangehörige von Schweizern (oder Drittstaatsangehörigen) im Sinn einer Angleichung an die FZA/EFTA-Regelung vorgenommen. Die für diesen Personenkreis massgeblichen Rechtsansprüche des ANAG (Art. 7 und Art. 17 Abs. 2) seien unverändert belassen worden; dies im Hinblick auf eine in Aussicht stehende Totalrevision des Ausländergesetzes. Dabei liege kein Versehen des Gesetzgebers vor. Der Gesetzgeber bzw. der Nationalrat sei einer Motion Hubmann, mit welcher im Wesentlichen die mit dem In-Kraft-Treten des FZA entstandene (relative) Schlechterstellung von schweizerischen Staatsangehörigen im Zusammenhang mit dem Nachzug von Familienangehörigen hätte beseitigt werden sollen, auf Empfehlung des Bundesrats hin nicht gefolgt. Mit der Ablehnung der Motion am 20. März 2002 habe sich der Gesetzgeber somit bewusst dafür

entschieden, Schweizern, welche nicht unter das FZA fallen, zumindest vorläufig nicht die gleichen Rechtsansprüche beim Familiennachzug zu gewähren, sondern diese Frage im Rahmen der Totalrevision der Ausländergesetzgebung zu entscheiden. An diesen klaren Willen des Gesetzgebers sei das Bundesgericht auf Grund von Art. 191 BV gebunden. Verfassungsrechtlich bestehe damit kein Raum, die Rechtsansprüche für Schweizer über den Rahmen von Art. 7 sowie 17 Abs. 2 ANAG bzw. Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV hinaus auf dem Weg der Rechtsprechung auszudehnen (BGE 129 II 249 E. 5.4 f.). Dies im Unterschied zu einer richterlichen Lückenfüllung, wie sie in BGE 118 Ib 153 erfolgt sei: Während dort in analoger Anwendung von Art. 17 Abs. 2 ANAG eine Lücke im Nachzugsrecht des Ausländerrechts – mit Bezug auf ausländische Kinder von Schweizer Staatsbürgern – zu füllen war, sei in der gleichen wie heute zu beurteilenden Situation die streitige Frage durch den Gesetzgeber selbst beantwortet worden, nämlich in der Weise, dass eine Ungleichbehandlung bis zur Revision des Ausländergesetzes in Kauf genommen werden soll.

E. 3.4

Die Beschwerdeführenden berufen sich auf die an diesem Urteil von verschiedener Seite geäußerte Kritik. Im Besonderen stützten sie sich auf ein diese Kritik aufnehmendes und den Akten beigegebenes Urteil des Rekursgerichts im Ausländerrecht des Kantons Aargau vom 15. August 2003 (BE.2003.00031). Das aargauische Rekursgericht gelangte zum Ergebnis, dass auf Grund der Umstände der (zum Urteil des Bundesgerichts gegenteilige) Schluss gezogen werden müsse, dass der Gesetzgeber nicht den Willen geäußert habe, Schweizer Bürger gegenüber Angehörigen von EG- und EFTA-Staaten zu benachteiligen, sondern im Gegenteil darauf vertraut habe, dass die Behörden im Rahmen ihres Ermessens das verfassungsmässige Gebot der Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot beachten würden. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts liege kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, sondern eine Lücke im Nachzugsrecht des ANAG vor. Dieser Lückenfüllung stehe Art. 191 BV nicht im Weg. Aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung sei einem schweizerischen Elternteil das Nachzugsrecht mit Bezug auf dessen Kinder aus einem Drittstaat analog der Regelung des FZA zu gewähren. Im Einzelnen führte das aargauische Rekursgericht, dessen Erwägungen sich die Beschwerdeführenden zu Eigen machen, Folgendes aus (act. 6/3):

E. 3.4.1

Anlässlich der Genehmigung des FZA und des gleichzeitig geänderten Art. 1 ANAG im Jahr 1999 sei die Ungleichheit der Familiennachzugsregelungen in den Räten nicht thematisiert worden. Die am 8. Mai 2001 von Nationalrätin Hubmann eingereichte Motion habe eine Revision von Art. 7 und 17 Abs. 2 ANAG im Sinn der Nachzugsregelung des FZA verlangt. Der Bundesrat habe am 17. Oktober 2001 dazu ablehnend Stellung genommen. Die Ungleichbehandlung sei ihm beim Abschluss des FZA bekannt gewesen. Er befürworte grundsätzlich eine Gleichbehandlung des Familiennachzugsrechts von Schweizer Eltern mit EU-Staatsangehörigen in der Schweiz. Indessen lehne er die Anwendung dieser weitergehenden Regelung bei niedergelassenen Ausländern aus Drittstaaten ab. Eine generelle Neuregelung sei mit dem neuen Ausländergesetz geplant; im Hinblick darauf sei auf eine vorgezogene Teilrevision des ANAG zu verzichten. Gleichzeitig mit dem FZA trete die vom Bundesrat beschlossene Anpassung der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO) in Kraft. Nach dieser Änderung würden die in der Motion Hubmann genannten Familienangehörigen von Schweizern von den Begren-

zungsvorschriften ausgenommen. Dies erlaube es den kantonalen Fremdenpolizeibehörden, Schweizer mit ausländischen Kindern gleich zu behandeln wie Angehörige der EG-Mitgliedstaaten. Für eine Teilrevision des ANAG bestehe somit keine Notwendigkeit. Anlässlich der Behandlung der Motion im Nationalrat am 20. März 2002 habe Bundesrätin Metzler diesen Standpunkt des Bundesrats noch einmal mündlich vertreten und – unter Hinweis auf die geänderte BVO, auf das künftige Ausländergesetz und die nicht erwünschte Erweiterung der Nachzugsregelung auf Niedergelassene – die Abweisung der Motion empfohlen, welcher Empfehlung der Nationalrat mehrheitlich gefolgt sei.

E. 3.4.2

Die Ungleichbehandlung habe auch bei der Genehmigung des EFTA-Abkommens im Sinn der Anpassung an das FZA am 27. November/4. Dezember 2001 in den Räten keinen Anlass zu Diskussionen gegeben. Als am 17. Januar 2003 durch das Urteil des Bundesgerichts bekannt geworden sei, dass eine Gleichbehandlung von schweizerischen nachzugswilligen Eltern mit EU-Angehörigen in der Schweiz auf gerichtlichem Weg nicht durchsetzbar sei, habe sich die staatspolitische Kommission des Nationalrats (SPK) am 31. Januar 2003 mit einer Medienmitteilung zu Wort gemeldet. Sie teilte mit, dass die SPK einen in ihren Reihen gestellten Antrag auf vorgezogene Revision des Familiennachzugs zu Gunsten einer Regelung im Rahmen der laufenden Totalrevision des Ausländergesetzes abgelehnt habe. Die Kommission beurteile es jedoch als fragwürdig, wenn Schweizer Bürger im Vergleich zu Bürgern der EU- und EFTA-Mitglieder benachteiligt seien. Sie erwarte, dass während der Übergangszeit die kantonalen Vollzugsbehörden im Rahmen ihres Ermessens und der geänderten Möglichkeiten der BVO für eine Gleichbehandlung besorgt seien.

E. 3.4.3

Die genannten Vorgänge würdigt das aargauische Rekursgericht und mit ihm die Beschwerdeführenden dahingehend, dass kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliege mit dem Inhalt, eine Schlechterstellung von schweizerischen gegenüber EU-/EFTA-Staatsangehörigen sei bewusst in Kauf genommen worden. Vielmehr habe der Nationalrat im Wissen um die unbefriedigende Rechtslage eine sofortige Gesetzesänderung abgelehnt, weil er der Meinung gewesen sei, gestützt auf die BVO und die Möglichkeiten der Rechtsprechung könne die Gleichbehandlung bis zum Erlass des (neuen) Ausländergesetzes garantiert werden.

E. 3.4.4

Ginge man – so das aargauische Gericht und die Beschwerdeführenden – mit dem Bundesgericht (BGE 129 II 249) davon aus, der Gesetzgeber habe bei In-Kraft-Treten des FZA und der damit verbundenen Anpassung des ANAG bewusst und mit dem Willen, Schweizer Bürger gegenüber EU- und EFTA-Staatsangehörigen schlechter zu stellen, auf eine gesetzliche Regelung verzichtet, bedeutete dies, dass sich Schweizer Eltern im heutigen Zeitpunkt auch nicht mehr auf die analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 ANAG (Nachzugsrecht für niedergelassene ausländische Eltern) berufen könnten. Denn damit erschiene die in BGE 118 Ib 153 geschaffene Lückenfüllung ebenfalls als unzulässig. Vielmehr müsste bei dieser Argumentation die fehlende Reaktion des Gesetzgebers konsequenterweise ebenfalls als qualifiziertes Schweigen verstanden werden, was keinen Raum für eine richterliche Lückenfüllung zuliesse.

E. 4.1

Auch wenn die Lückenhaftigkeit gesetzlicher Regelungen nur im Zivilrecht ausdrücklich anerkannt ist (Art. 1 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches), ist unbestritten, dass auch das Verwaltungsrecht lückenhaft ist und der Richter jeder Stufe in diesem Fall zur Lückenfüllung verpflichtet ist, um sich nicht dem Vorwurf der Rechtsverweigerung auszusetzen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz. 191 f. und 198). Eine Lücke ist von vornherein nicht gegeben, wenn ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, was bedeutet, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern im negativen Sinn mitentschieden hat. Ebenfalls keinen Raum für die Lückenfüllung bieten so genannte unechte Lücken. Im Gegensatz zu den echten Lücken, die eine planwidrige Unvollständigkeit des geschriebenen Rechts darstellen (vgl. Theo Mayer-Maly, Basler Kommentar, 2. A., 2002, Art. 1 ZGB N. 24), gibt die gesetzliche Regelung bei der unechten Lücke zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil diese aber zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden (Häfelin/Müller, Rz. 195; zum Begriff der rechtspolitischen Lücken: Mayer-Maly, Art. 1 ZGB N. 30 f.). Sowohl in Fällen eines qualifizierten Schweigens als auch einer unechten Lücke hat eine Lückenfüllung durch den Richter zu unterbleiben, würde diese doch die politische Entscheidung unterlaufen (Mayer-Maly, Art. 1 ZGB N. 33 f.; Häfelin/Müller, Rz. 198). Wurde eine bestimmte Regelung vom Gesetzgeber erwogen, dann aber nicht getroffen, hat eine Lückenfüllung deshalb ebenso zu unterbleiben, wie in Fällen, in denen "der Gesetzgeber zwar sah, aber nicht regeln wollte" (Mayer-Maly, Art. 1 ZGB N. 33 und 35).

E. 4.2

Die Beschwerdeführenden stellen sich auf den Standpunkt, mit Bezug auf schweizerische Elternteile, die nicht unter das FZ-/EFTA-Abkommen fallen und die ihre ausländischen Kinder aus Drittstaaten nachziehen möchten, liege eine echte Lücke vor, die vom (Verwaltungs-)Gericht gefüllt werden müsse. Inhaltlich habe dabei die Lückenfüllung im Sinn der Regeln des FZ-/EFTA-Abkommens zu erfolgen. Dieser Inhalt dränge sich aus zwei Gründen auf, nämlich aufgrund des verfassungsmässigen Gebots der Gleichbehandlung sowie aufgrund einer herrschenden Meinung des Nationalrats bzw. dessen staatspolitischer Kommission.

E. 4.3

Dass für Schweizer Eltern, die ihre ausländischen Kinder nachziehen möchten, ein regelungsfreier Rechtsraum bestünde, trifft zweifellos seit dem Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juli 1992 (BGE 118 Ib 153) nicht zu. Das Bundesgericht hat anlässlich dieses Urteils eine vorbestandene Lücke im Gesetz gefüllt, indem es die für niedergelassene ausländische Eltern geltende Regelung von Art. 17 Abs. 2 ANAG als auch für schweizerische Eltern anwendbar erklärte. Die behauptete Lücke sehen die Beschwerdeführenden denn auch erst mit der vom Gesetzgeber genehmigten abweichenden Regelung von Anhang I Art. 3 Abs. 1 FZA, weil erst mit deren In-Kraft-Treten eine Schlechterstellung von in der Schweiz residierenden Schweizer Eltern gegenüber denjenigen, die unter das FZA fallen, entstanden sei. Diese Ungleichbehandlung habe der Gesetzgeber anlässlich der Beratungen im Zusammenhang mit der Genehmigung des FZA im Jahr 1999 nicht realisiert. Erst anlässlich der späteren Debatte im Nationalrat über die Motion Hubmann sei die Schlechterstellung von Schweizer Eltern als Thema offenkundig geworden. Auf Empfehlung der Vertreterin des Bundesrats verzichtete der Nationalrat auf eine die Ungleichbehandlung beseitigende gesetzliche Regelung, um dem Inhalt des sich in

Vorbereitung befindenden Ausländergesetzes nicht vorzugreifen. Auch mag die Erwartung eine Rolle gespielt haben, dass mit der zwischenzeitlich erfolgten Änderung der BVO die kantonalen Bewilligungsbehörden im Rahmen ihres freien Ermessens die verpönte Ungleichbehandlung im Einzelfall zu verhindern wüssten. Damit hat aber der Gesetzgeber (bzw. der Nationalrat als Erstrat) das Problem der Ungleichbehandlung gesehen und im Wissen darum auf eine Regelung verzichtet, womit er die bisherige gesetzliche Grundlage weiterhin in Kraft belies, was gegen eine Regelungslücke spricht. Es kann offen bleiben, ob es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers oder um eine unechte Lücke handelt, weil dieser sich bewusst war, dass – zumindest während einer Übergangszeit – die bisherige Gesetzesgrundlage weiter gelten werde. Die Frage sollte bei der Diskussion des neuen Ausländergesetzes geregelt werden. Mithin liegt keine (echte) Lücke vor, sondern eine Regelung, die – möglicherweise nach der Ansicht einer Mehrheit des Nationalrats – zu sachlich unbefriedigenden Ergebnissen führt. Dem Gericht ist es in dieser Situation verwehrt, Lücken füllend tätig zu werden, würde es damit doch die verfassungsmässige Gewaltentrennung von der gesetzgebenden Behörde verletzen (vgl. BGE 83 III 152). Im Übrigen kann angefügt werden, dass keineswegs fest stünde, wie die Lückenfüllung inhaltlich erfolgen müsste. Zwar ist durchaus möglich, dass ein Nachzugsrecht von schweizerischen Eltern mit Bezug auf ihre drittstaatsangehörigen Kinder unter den vorteilhafteren Voraussetzungen des FZA einem allgemeinen Konsens entspräche. Fraglich erscheint bereits, ob die Anhebung des Höchstalters entsprechend der FZA-Regelung auf 21 Jahre oder die Erweiterung des Personenkreises auf weitere Angehörige aus Drittstaatsländern im Sinn der FZA-Regelung politisch erwünscht wäre.

E. 4.4

Ist kein Raum für eine Lückenfüllung, gilt die gesetzliche Regelung im Sinn von Art. 17 Abs. 2 ANAG. Für eine Nichtanwendung dieser Vorschrift aus Verfassungsgründen ist gemäss Art. 191 BV kein Raum. Es kann auf die Ausführungen in BGE 129 II 249 E. 5.5 verwiesen werden. An dieser Stelle hat das Bundesgericht auch den Unterschied zur Situation in BGE 118 Ib 153 erläutert: Während dort eine Lücke (hinsichtlich ausländischer Kinder von Schweizern) zu füllen war, wurde die streitige Frage vorliegend durch den Gesetzgeber selbst beantwortet.

E. 5.1

Die massgebenden Kriterien, die aufgrund des Landesrechts (Art. 17 Abs. 2 ANAG; Art. 8 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV) abzuwägen sind, hat der Regierungsrat zutreffend dargelegt, weshalb darauf verwiesen werden kann (§ 28 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 VRG).

E. 5.2

Die zentrale Frage nach der vorrangigen familiären Beziehung des Sohns zu seinen getrennt lebenden Elternteilen beantwortete der Regierungsrat dahingehend, dass die Beschwerdeführerin Nr. 2 seit mehr als einem Jahrzehnt die Möglichkeit gehabt hätte, ein Nachzugsgesuch für ihren Sohn zu stellen. Sie habe im Jahr 1991 freiwillig ihre Heimat verlassen, unter Zurücklassung ihrer beiden Söhne in der Obhut des Vaters. Das Nachzugsgesuch habe sie indessen erst am 30. Mai 2002 gestellt, als der Beschwerdeführer Nr. 1 16 ½-jährig war. Die wichtigste Bezugsperson für ihn sei sein Vater, bei dem er zusammen mit seinem älteren Bruder praktisch seine ganze Jugend und Kindheit verbracht habe. Darüber hinaus habe ein weiteres Umfeld von Verwandten bestanden. Allein dadurch, dass

die Beschwerdeführerin Nr. 2 ihre Söhne aus der Schweiz finanziell unterstützt, mit diesen in regelmässigem telefonischen Kontakt gestanden und diese in den Ferien besucht habe, sei keine vorrangige Beziehung zu ihr entstanden. Letztlich habe sie die eigenen Interessen in der Schweiz und diejenigen ihres (zweiten) Ehemanns und ihres heutigen Lebenspartners über ein Zusammenleben im familiären Rahmen mit ihren Söhnen gestellt. Selbst wenn erwiesen wäre, dass ihr schweizerischer Ehemann sich gegen einen Nachzug ausgesprochen hätte, wäre ihr ein solcher spätestens mit der Scheidung im Jahr 1998 möglich gewesen. Doch auch dann wartete sie noch weitere vier Jahre zu, um den Nachzug des einzigen noch minderjährigen Sohns in die Wege zu leiten. Eine Verschlechterung der Betreuungssituation des im Zeitpunkt der Beurteilung durch den Regierungsrat im 18. Lebensjahr stehenden Beschwerdeführers Nr. 1 vermöge, wenn sie erstellt wäre, keine Änderung in der Beurteilung zu bewirken. Neben dem Vater lebten noch weitere Verwandte sowie der ältere Bruder im gleichen Haushalt. Sollte der Vater seine Betreuungsaufgaben vernachlässigen oder gar den Beschwerdeführer Nr. 1 verstossen wollen, verbliebe immer noch ein Betreuungsumfeld, das für den bald volljährigen Jugendlichen ausreichend sei. Insgesamt gehe es der Beschwerdeführerin Nr. 2 weniger um ein Zusammenleben im Familienrahmen, als darum, ihrem Sohn als jungem Erwachsenen ein besseres wirtschaftliches Umfeld zu bieten. Eine solche Absicht sei vom Familiennachzugsanspruch nicht gedeckt und die Berufung darauf müsse als rechtsmissbräuchlich erscheinen.

E. 5.3

Die Beschwerdeführenden bemängeln, dass der Regierungsrat die Schwierigkeiten zwischen Vater und Sohn als nicht ungewöhnliche Konflikte im Zusammenhang mit der Pubertät des Beschwerdeführers Nr. 1 bagatellisiert habe. Indessen seien die Verhältnisse als äusserst schwer zu gewichten. Der Beschwerdeführer Nr. 1 sei von seinem gewalttätigen und alkoholkranken Vater praktisch des Hauses verstossen worden. Die Grosseltern hätten keine Ersatzfamilie dargestellt, weil sie sich auf die Seite des Vaters geschlagen hätten. Der Beschwerdeführer Nr. 1 habe kein richtiges Zuhause mehr gehabt und sich oft gefürchtet, zu seinem Vater und dessen neuen Familie zurückzukehren. Die beschwerliche Kindheit habe dazu geführt, dass er heute in seiner Entwicklung zurückgeblieben sei. Wie es sich im Einzelnen verhält, ist nicht geklärt. Während der frühere Ehemann der Beschwerdeführerin Nr. 2 am 15. Oktober 2002 äusserte, es sei ihm bekannt, dass der Beschwerdeführer Nr. 1 von seinem Vater zunehmend vernachlässigt werde und es vereinzelt zu Schlägen gekommen sei (act. 9/29/3), schilderte die ebenfalls in der Schweiz lebende Schwester der Beschwerdeführerin Nr. 2 in ihrer Notiz (act. 9/29/4) die Verhältnisse wesentlich dramatischer. Der Sohn habe vor den Gewalttätigkeiten seines Vaters fliehen müssen, an eine Rückkehr sei nicht zu denken gewesen; er habe sich bei einem Freund versteckt, bis ihn seine Mutter, die eigens auf seinen Notruf hin nach Thailand gereist sei, ihn in die Schweiz mitgenommen habe. Fest steht einzig, dass beide Schilderungen nicht von Augenzeugen stammen und im Hinblick auf das Rekursverfahren verfasst worden sind, dass Vorfälle beschrieben sind, die damals schon mindestens ein Jahr zurückgelegen sein mussten und für welche die einzigen Augenzeugen die Beschwerdeführenden selbst sind. Von einer Befragung des Beschwerdeführers Nr. 1 und der Schwester der Beschwerdeführerin Nr. 2, wie in der Beschwerde beantragt, kann sich das Gericht keine endgültige Klärung der Vorfälle erhoffen: Der Beschwerdeführer Nr. 1 ist selbst Partei im Verfahren, wo er rechtlich vertreten ist und seinen Standpunkt ausreichend darlegen konnte, wogegen die Schwester der Beschwerdeführerin Nr. 2 nicht Augenzeugin ist und nicht ersichtlich ist, inwiefern sie von ihrem schriftlichen Bericht, den sie offenbar vom Hörensagen verfasst hat,

abweichen würde. Tatsächlich kann nur das Verhalten der Beschwerdeführerin Nr. 2 einen Hinweis auf die Verhältnisse geben. Dass sie ihren Sohn als Folge des genannten Vorfalls zu sich geholt habe, behauptet sie nicht. Vielmehr sei der Zeitpunkt des Nachzugsgesuchs (und der Einreise des Sohns) von ihren verbesserten finanziellen Verhältnissen bestimmt worden. Ihr Lebenspartner habe erst im Jahr 2002 ein genügendes Einkommen erzielt, während ihr früherer (zweiter) Ehemann sich aus finanziellen Gründen gegen den Nachzug des Sohns gestellt habe. Dieses Verhalten drängt aber den Schluss auf, dass sie die Situation ihres Sohns nicht als unzumutbar einschätzte, andernfalls sie sich – ohne Rücksicht auf die finanzielle Situation – um einen früheren Nachzug bemüht hätte. Die Beschwerdeführerin Nr. 2 war seit Jahren Schweizerin und bezog zeitweise Fürsorgeleistungen; sie hätte damit rechnen können, dass sie diese auch für ihren Sohn erhalten hätte. Tatsächlich hat sie, obwohl sich die unzumutbaren Zustände im Haushalt des früheren Ehemanns angeblich seit Jahren angebahnt hätten, ihren Sohn nicht früher zu sich geholt, als noch ein Familienleben von einiger Dauer möglich gewesen wäre. Dass sie diesen Schritt erst tat, als der Sohn bereits im 17. Altersjahr stand, muss darauf hindeuten, dass ihr in den früheren Jahren das gemeinsame Familienleben nicht vordringlich war.

E. 5.4

Wenn in der Beschwerde darauf hingewiesen wird, dass sich der Beschwerdeführer Nr. 1 seit der Einreise im Frühjahr 2002 in der Schweiz gut eingelebt habe, können diese Argumente nicht gehört werden. Er wäre verpflichtet gewesen, am 21. Juni 2002 auszureisen, da er sich verbotenerweise in der Schweiz aufhielt. Es ist einzig dem Wohlwollen der mit dem Gesuch und dem anschliessenden Rechtsmittelverfahren betrauten Behörden und des Verwaltungsgerichts zu verdanken, dass der Vollzug der Wegweisung während des hängigen Verfahrens ausgesetzt wurde. Würden die Umstände seit seiner Einreise zu seinen Gunsten berücksichtigt, führte dies zu einer nicht zu rechtfertigenden Besserstellung gegenüber denjenigen Personen, die ihr Gesuch im Ausland stellen oder sich einem Wegweisungsbefehl nicht widersetzen.

E. 5.5

Im Rahmen der beschränkten gerichtlichen Überprüfung des Entscheids der Vorinstanz auf dessen Rechtmässigkeit (vgl. § 50 Abs. 2 lit. c VRG) lässt sich keine Rechtsverletzung durch den Regierungsrat feststellen. Dieser hat, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung, festgehalten, dass die Abwägung das gesamte erzieherische und betreuende Umfeld in der Heimat des Beschwerdeführers Nr. 1 umfassen muss. Der Schluss, angesichts des Alters des Beschwerdeführers Nr. 1 und des unabhängig von dessen Vater bestehenden Beziehungsumfelds müsse die vorrangige familiäre Beziehung zu seinen Verwandten in Thailand gesehen werden, ist nicht zu beanstanden. Die beschwerdeführende Mutter hatte ihre Söhne als fünf- bzw. siebenjährige Kinder bei deren Vater und Verwandten zurückgelassen, ohne zur Ausreise verpflichtet gewesen zu sein. Das Nachzugsgesuch für den Beschwerdeführer Nr. 1 stellte sie erst nach rund elf Jahren, als dieser im 17. Altersjahr war. Der Regierungsrat schloss daraus, dass sie in den für die Betreuung und Erziehung des Kinds wichtigen Jahren einem gemeinsamen Familienleben kein vorrangiges Gewicht beigemessen habe, obwohl ihr dies aus rechtlichen Gründen möglich gewesen wäre, nämlich bereits bei der Erlangung der schweizerischen Staatsangehörigkeit im Jahr 1992, spätestens jedoch nach ihrer Scheidung im Jahr 1998. Das Gericht hat keinen Anlass, diese Folgerung als willkürlich anzusehen. Dass die Betreuungssituation für ihren Sohn durch das angeblich abweisende und grobe Verhalten

des Vaters gleichsam auf einen Schlag unzumutbar geworden sei – womit das Kriterium der vorrangigen familiären Beziehung in den Hintergrund gerückt wäre –, erscheint wegen des eigenen Verhaltens der Beschwerdeführerin Nr. 2 als wenig überzeugend, wählte sie doch den Zeitpunkt des Nachzugsgesuchs nicht aufgrund dieser Umstände, sondern nach ihren finanziellen Möglichkeiten. Zusammengefasst erweist sich der Entscheid des Regierungsrats als rechtmässig, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

E. 6

Das Gericht hat – wie bereits erwähnt (E. 5.3) – keinen Anlass, die Schwester der Beschwerdeführerin Nr. 2 als Zeugin zu befragen, da diese ihre Kenntnisse ausschliesslich über die Beschwerdeführenden beziehen musste und diese Schilderungen bekannt sind. Wie ebenfalls erwähnt, konnte der Beschwerdeführer Nr. 1 als Verfahrenspartei, vertreten durch seine Mutter und einen Rechtsbeistand, seinen Standpunkt in diesem Verfahren ausreichend darlegen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine persönliche Befragung die Beweislage gegenüber der jetzt feststehenden verändern könnte. Der Verfahrensantrag auf persönliche Befragung ist deshalb abzulehnen.

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 70 VRG) und steht ihnen keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 60.-- Zustellungskosten, Fr. 2'060.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden den Beschwerdeführenden je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung für die gesamten Kosten. 4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen. 5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben werden. 6. ...

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