

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00465 vom 7. April 2004

ZH Verwaltungsgericht, 2004-04-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00465

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00465 du 7 avril 2004

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00465 del 7 aprile 2004

Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen durch schweizerische Staatsangehörige nach dem Freizügigkeitsabkommen (FZA). In Frage steht der Nachzug einer türkischen Staatsangehörigen durch ihren Sohn, einen Schweizerbürger. Diesem ist während eines Erwerbsaufenthalts in Grossbritannien von den dortigen Behörden gestützt auf Ausführungsrecht zum FZA der Nachzug seiner Mutter bewilligt worden, der ihm zuvor in der Schweiz nach schweizerischem Ausländerrecht verweigert worden war. Schweizerinnen und Schweizer, die von ihrem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht haben, können sich weder direkt noch analog auf das FZA stützen (E. 2.1). Da der Beschwerdeführer von der Personenverkehrsfreiheit Gebrauch gemacht hat, liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, weshalb das FZA anwendbar ist (E. 2.3.2). Der Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen setzt voraus, dass diese sich bereits rechtmässig in einem Vertragsstaat aufhalten. Andernfalls löst die Ausübung des Freizügigkeitsrechts als solche keinen Nachzugsanspruch nach dem FZA aus (E. 2.3.3-6). Wurde aber der Aufenthalt im andern Vertragsstaat im Rahmen des Familiennachzugs bewilligt, so ist seine Rechtsgrundlage nicht massgebend. Insbesondere ist nicht entscheidend, ob der Familiennachzug nach nationalem Recht oder gestützt auf das FZA bewilligt wurde. Vorliegend besteht deshalb ein Nachzugsanspruch nach dem FZA (E. 2.4). Die Anforderungen der genügend grossen Wohnung und der Unterhaltsleistung sind vorliegend ebenfalls erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist (E. 2.6-7). Dem Familiennachzug steht weder der Schutz von Ordnung, Sicherheit und Gesundheit entgegen noch liegt ein Rechtsmissbrauch vor (E. 3). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1.1

§ 43 Abs. 1 lit. h in Verbindung mit Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) gestattet die Beschwerde beim Verwaltungsgericht auf dem Gebiet der Fremdenpolizei, soweit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen steht. Das trifft zu für Entscheide über Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen, auf deren Erteilung der oder die ausländische Staatsangehörige einen bundes- oder völkerrechtlichen Anspruch hat (Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 [SR 173.110]; BGE 128 II 145 E. 1.1.1).

E. 1.2

Der Beschwerdeantrag lautet, es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Beschwerdegegnerin anzuweisen, C die Einreise in die Schweiz zusammen mit dem hierher

zurückkehrenden Beschwerdeführer zu bewilligen. Aus der Beschwerdebeurteilung ergibt sich, dass die Einreise mit dem Ziel des dauerhaften Verbleibs beim Beschwerdeführer angestrebt wird. Verlangt wird demnach die Erteilung der hierfür notwendigen Aufenthalts-erlaubnis (vgl. zum Heranziehen der Begründung bei der Auslegung der Rechtsbegehren Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 54 N. 3 am Ende; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998, Rz. 406).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer leitet den behaupteten Aufenthaltsanspruch für seine Mutter aus Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b Anhang I FZA ab. Dabei wendet er sich nicht mehr grundsätz-lich gegen die Praxis des Bundesgerichts, wonach der Residenzbevölkerung zuzuord-nende Schweizerbürgerinnen und ■bürger, deren Rechtsstellung nach Landesrecht schlech-ter ist als jene der Angehörigen von EG- und EFTA-Mitgliedstaaten nach den Freizügig-keitsbestimmungen, sich weder direkt noch analog auf die Regelung des Familiennachzugs im Freizügigkeitsabkommen bzw. in Anhang K Anlage 1 des EFTA-Übereinkommens vom 4. Januar 1960 in der Fassung vom 21. Juni 2001 (SR 0.632.31) stützen können (BGr, 5. Februar 2004, 2A.435/2003, E. 1.2.2; 16. Januar 2004, 2A.457/2003, E. 4 mit weitem Hinweisen [beide Entscheide unter www.bger.ch]; BGE 129 II 249 E. 4 f.; ablehnend Marc Spescha, Bemerkungen [zu BGE 129 II 249], AJP 2003, S. 693 ff.; derselbe, Bemerkungen [zum Urteil BE.2003.00031 vom 15. August 2003 des Rekursgerichts im Ausländerrecht des Kantons Aargau], AJP 2003, S. 1227 ff.).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer macht vielmehr einzig geltend, das Freizügigkeitsabkommen sei auf ihn anwendbar, da aufgrund seines Erwerbsaufenthalts in London und des Nachzugs seiner Mutter dorthin ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben sei. Der Beschwerdeführer hielt sich vom 1. Oktober 2003 bis zum 31. März 2004 erwerbshalber in London auf. Seine Mutter erhielt hierauf von der zuständigen Behörde, dem britischen Home Office, Immigration and Nationality Directorate, gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen (bzw. die zu dessen Umsetzung erlassene britische Gesetzgebung) eine Anwesenheitsbewill-igung. C befand sich in der Folge zusammen mit dem Beschwerdeführer in London.

E. 2.2.1

Diese Tatsachen können berücksichtigt werden, obwohl sie erst vor dem Verwaltungs-gericht und nicht bereits vor der Vorinstanz vorgebracht wurden: Ist auch grundsätzlich für den Rechtsmittelentscheid die Sachlage im Zeitpunkt des Erlasses der erstinstanzlichen Verfügung massgebend, so können doch seither eingetretene Tatsachen beachtet werden (Kölz/Bosshart/Röhl, § 52 N. 17). Sodann sind in allen Beschwerdeverfahren ohne eigentliche gerichtliche Vorinstanz neue Tatsachenbehauptungen – soweit sie Begehren stützen sollen, die sich im Rahmen des Streitgegenstands halten – zulässig (§ 52 Abs. 2 VRG e contrario; Kölz/Bosshart/Röhl, § 52 N. 12). Dies gilt selbst dann, wenn sie bereits vor der Vorinstanz hätten vorgebracht werden können (Kölz/Bosshart/Röhl, § 52 N. 7). Die neu geltend gemachte Tatsache kann deshalb vom Verwaltungsgericht beachtet werden (VGr, 30. Juli 2003, VB.2003.00104, E. 4a, www.vgrzh.ch).

E. 2.2.2

Einzugehen ist insbesondere auch auf die Eingabe vom 23. Februar 2004 samt Beilagen. Zwar wurde sie nach Ablauf der Beschwerdefrist der Post übergeben. Doch ergibt sich aus dem Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör, dass dieser sich zu den neuen Tatsachenbehauptungen in der Vernehmlassung der Vorinstanz äussern kann (vgl. sinngemäss Kölz/Bosshart/Röhl, § 58 N. 10 ff.). Im Übrigen handelt es sich bei den Beilagen zur Eingabe vom 23. Februar 2004 zumindest teilweise um neu entstandene Beweismittel, die vorher nicht beigebracht werden konnten.

E. 2.3.1

Nach Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA haben die Familienangehörigen einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht, bei dieser Wohnung zu nehmen, sofern die Wohnung nach ortsüblichen Kriterien genügend gross ist. Zu den Familienangehörigen gehören laut Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA unter anderm "die Verwandten ... in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird". Der Begriff der Familienangehörigen bestimmt sich nach Art. 3 Abs. 2 Ingress Anhang I FZA "ungeachtet [von deren] Staatsangehörigkeit".

E. 2.3.2

Die Freizügigkeitsbestimmungen finden Anwendung, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, nämlich, wenn eine Bürgerin oder ein Bürger eines Vertragsstaats eine Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet eines andern Vertragsstaats ausgeübt hat. Der Beschwerdeführer als Schweizer kann sich deshalb auch der Schweiz gegenüber auf die aus dem Freizügigkeitsabkommen fliessenden Rechte berufen, weil er von der Personenfreizügigkeit Gebrauch gemacht hat und damit kein reiner Inlandsachverhalt vorliegt (BGE 129 II 249 E. 4, und Marcel Dietrich, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union, Zürich 1995, S. 238 ff., jeweils mit Hinweisen auf die gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA relevante Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften; daraus namentlich EuGH, 7. Juli 1992, Singh, C-370/90, Ziff. 19 ff., <http://curia.eu.int>; vgl. auch das Rundschreiben des Bundesamts für Zuwanderung, Integration und Auswanderung [IMES] vom 16. Januar 2004 betreffend "Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens im Bereich des Familiennachzugs", Ziff. 2, www.auslaender.ch/personenverkehr/umsetzung/rundschreiben_160104_d.asp; VGr, 29. Januar 2003, VB.2002.00294, E. 5e, www.vgrzh.ch; Kay Heilbronner, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, S. 48 ff., 49 f.). Dass der Beschwerdeführer sich nur vorübergehend in Grossbritannien aufhielt und wohl seinen Wohnsitz im Kanton Zürich während dieser Zeit beibehalten hat, ist unwesentlich; massgebend ist einzig, dass er von der Personenverkehrsfreiheit Gebrauch gemacht hat (vgl. auch EuGH, 23. September 2003, Akrich, C-109/01, Ziff. 35+52 ff., <http://curia.eu.int> = EuGRZ 2003 S. 607).

E. 2.3.3

In einem neuen Leitentscheid hielt das Bundesgericht fest, Art. 3 Anhang I FZA bezwecke nur die Freizügigkeit innerhalb des Gebiets der Vertragsstaaten, beziehe sich jedoch nicht auf den Zugang dazu. Die Freizügigkeit innerhalb des Gebiets der Vertragsstaaten werde nicht eingeschränkt, wenn der Familiennachzug von Angehörigen aus Drittstaaten, die sich bis anhin nicht rechtmässig in einem Vertragsstaat aufgehalten hätten, sich weiterhin nach dem nationalen Recht des jeweiligen Aufenthaltsstaats richte. Erst wenn ein solcher Familiennachzug nach dem nationalen Recht des Herkunfts- oder eines Aufenthaltsstaates

geschehen sei, müsse bei einem Umzug in einen andern Vertragsstaat Art. 3 Anhang I FZA angewendet werden (BGr, 4. November 2003, 2A.91/2003, E. 3.6.4; bestätigt in BGr, 5. März 2004, 2A.425/2003, E. 3.5 [beide Entscheide unter www.bger.ch]). Das Bundesgericht folgte dabei weitgehend einem entsprechenden Entscheid des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu Art. 10 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rats (der Europäischen Gemeinschaften) vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (VO EWG Nr. 1612/68; ABI L 257, 19. Oktober 1968, S. 2). Der Gerichtshof hatte erkannt, dass sich aus dem Gemeinschaftsrecht kein Anspruch auf den Nachzug eines Angehörigen aus einem Drittstaat ergebe, wenn dieser nicht über ein Recht zum Aufenthalt in einem andern Mitgliedstaat verfüge. Er verneinte daher, dass aufgrund des temporären Erwerbsaufenthalts einer britischen Staatsbürgerin in Irland ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 10 VO EWG Nr. 1612/68 für deren marokkanischen Ehemann in Grossbritannien angenommen werden müsse (EuGH, 23. September 2003, Akkrich, C-109/01, Ziff. 49 ff. und Dispositiv-Ziffer 1, <http://curia.eu.int> = EuGRZ 2003 S. 607).

E. 2.3.4

Verwaltung, Rechtsprechung und Lehre gingen vor diesem Entscheid des Bundesgerichts anscheinend davon aus, dass Bürgerinnen und Bürger von EU- und EFTA-Staaten auch Familienangehörige aus Drittstaaten, die sich nicht rechtmässig in einem Vertragsstaat aufhielten, gemäss Art. 3 Anhang I FZA bzw. Art. 3 Anhang K Anlage 1 EFTA-Übereinkommen nachziehen könnten. Dies wurde zwar nur selten ausdrücklich erwähnt, doch ergibt sich gerade aus diesem Stillschweigen, dass es vorausgesetzt wurde (vgl. Art. 3 Abs. 1 bis lit. b BVO in der Fassung vom 23. Mai 2001; sodann das mittlerweile ersetzte Rundschreiben des IMES vom 5. Juni 2003 betreffend "Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens, Auswirkungen beim Familiennachzug", www.auslaender.ch/personenverkehr/umsetzung/rundschreiben_050603_d.pdf, und hierzu das Rundschreiben des IMES vom 16. Januar 2004, Einleitung; Integrationsbüro EDA/EVD et al. [Hrsg.], EU-Bürgerinnen und ■Bürger in der Schweiz, Was ändert sich mit dem bilateralen Abkommen zur Personalfreizügigkeit?, Bern 2002, S. 8+19, www.europa.admin.ch/pub/best/d/eu_in_ch.pdf; Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999, 6128, 6311; Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBl 1992 IV 1, 215; Botschaft I vom 27. Mai 1992 über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht, BBl 1992 V 1, 336 ff.; BGr, 12. Mai 2003, 2A.607/2002, E. 3.3, www.bger.ch; BGE 129 II 249 E. 4.1; Philip Grant, La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers, Basel etc. 2000, S. 250; Dieter Grossen in: Peter Ueber-sax/Peter Münch/Thomas Geiser/Martin Arnold [Hrsg.], Ausländerrecht, Basel etc. 2002, Rz. 4.50 ff.; Dieter Grossen/Claire de Palézieux, Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thürer/Rolf Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Bilaterale Verträge Schweiz – EG, Zürich 2002, S. 87 ff., 129; Walter Kälin, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch [Hrsg.], Die sektoriellen Abkommen Schweiz–EG, BTJP 2002, Bern 2002, S. 11 ff., 27; Petra Klaus, Familiennachzug im Ausländerrecht, in: Patricia Schiess Rütimann [Hrsg.], Schweizerisches Ausländerrecht in Bewegung?, Zürich etc. 2003, S. 67 ff., 69 f.; Minh Son Nguyen, Droit public des étrangers, Bern 2003, S. 395 ff.; Martin Nyffenegger, Das Freizügigkeitsabkommen – Rechtliche Herausforderungen bei der Umsetzung und erste Erfahrungen aus der Sicht der Bundesbehörden, in: Bernhard Ehrenzeller [Hrsg.], Das schweizerische Ausländerrecht, St. Gallen

2003, S. 31 ff., 39; Marc Spescha/Peter Sträuli, *Ausländerrecht*, Zürich 2001, S. 312 [ausdrücklich]; Andreas Zünd, *Familiennachzug*, in: Ehrenzeller, S. 109 ff., 125).

E. 2.3.5

Wenn auch die Sichtweise des Bundesgerichts keine Stütze im Wortlaut von Art. 3 Anhang I FZA und in den Materialien findet, so ergibt sie sich doch aus dem Zweck der Bestimmung, die garantieren soll, dass die Personenfreizügigkeit innerhalb des Gebiets der Vertragsstaaten durch die Regelung des Familiennachzugs nicht behindert wird (vgl. Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999, 6310). Gemäss diesem Zweck regelt die Norm den Zugang zu diesem Binnenraum von aussen nicht. Dies wird sogar in einer grundsätzlich kritischen Stellungnahme zur Bundesgerichtspraxis eingeräumt (Marc Spescha, *Bemerkungen* [zu BGr, 4. November 2003, 2A.91/2003, www.bger.ch], AJP 2004, S. 93 ff., 97). Demnach ist dem Bundesgericht zuzustimmen, dass der Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen sich nur dann auf Art. 3 Anhang I FZA stützen kann, wenn sich diese Angehörigen bereits rechtmässig in einem andern Vertragsstaat aufhalten, sei es aufgrund einer eigenständigen Bewilligung oder im Rahmen des Familiennachzugs.

E. 2.3.6

Dem Beschwerdeführer wurde der Nachzug seiner Mutter in Anwendung des schweizerischen Rechts verwehrt (vgl. Art. 7 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG], Art. 34, 36 und 37 BVO). Der Anspruch von Schweizerinnen und Schweizern auf Freizügigkeit wird nicht berührt, wenn bei einer Übersiedlung in einen andern Vertragsstaat und der Rückkehr in die Schweiz kein Anspruch auf Familiennachzug direkt aus Art. 3 Anhang I FZA entsteht, weil sie auch in diesem Fall nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie von der Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hätten. Deshalb folgt allein aus dem zeitweiligen Erwerbsaufenthalt des Beschwerdeführers in Grossbritannien kein Anspruch auf den Nachzug seiner Mutter gemäss Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b Anhang I FZA.

E. 2.4

Allerdings unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von denjenigen, die den Bundesgerichtsentscheiden vom 4. November 2003 und vom 5. März 2004 (2A.91/2003 bzw. 2A.425/2003, www.bger.ch) zugrunde lagen: Dort ging es je um den Nachzug eines Stiefkinds, das sich in einem Drittstaat befand. Auch der marokkanische Ehegatte der zeitweilig in Irland ansässig gewesenen Britin, dessen Aufenthaltsrecht in Grossbritannien der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu prüfen hatte, hatte nie über eine Anwesenheitsberechtigung in Irland verfügt (vgl. EuGH, 23. September 2003, Akrich, C-109/01, Ziff. 32 ff., <http://curia.eu.int> = EuGRZ 2003 S. 607; Schlussanträge des Generalanwalts vom 27. Februar 2003 in Sachen Akrich, Ziff. 7, <http://europa.eu.int>). C erlangte demgegenüber eine Anwesenheitsberechtigung in Grossbritannien und hielt sich dort bei ihrem Sohn auf. Allerdings wurde diese Anwesenheitsberechtigung aufgrund britischen Rechts erteilt, das sich seinerseits auf Art. 3 Anhang I FZA stützt; laut Bundesgericht kann sich auf Art. 3 Anhang I FZA nur berufen, wer den Familiennachzug im andern Vertragsstaat gestützt auf dessen nationales Recht erreichen konnte (BGr, 4. November 2003, 2A.91/2003, E. 3.6.4; bestätigt in BGr, 5. März 2004, 2A.425/2003, E. 3.5 [beide Entscheide unter www.bger.ch]). Diese Bemerkung erfolgte jedoch obiter dictum. Ohnehin bedarf dieser Punkt näherer Abklärung.

E. 2.4.1

Entgegen dem soeben erwähnten obiter dictum des Bundesgerichts, ein Anlass zur Anwendung von Art. 3 Anhang I FZA bestehe nur, wenn die Familienangehörigen "zwischenzeitlich rechtmässig (nach nationalem Recht) in den Aufenthaltsstaat" nachgezogen werden konnten, ergibt sich aus dem Zweck der Bestimmung, dass nicht massgebend sein kann, auf welcher Rechtsgrundlage der Familiennachzug erfolgte. Würde die Berufung auf Art. 3 Anhang I FZA verweigert, sofern der Familiennachzug nicht nach nationalem Recht erfolgte, so könnte dadurch die Rückkehr des bzw. der Vertragsstaatsangehörigen in den Herkunftsstaat – bzw. der Aufenthalt in einem weiteren Vertragsstaat – erschwert werden. Es widerspräche daher dem Zweck des Freizügigkeitsabkommens, wenn der von einem Vertragsstaat gewährte Familiennachzug von einem späteren Aufenthaltsstaat mit der Begründung verweigert werden könnte, die Rechtsgrundlage des Familiennachzugs werde nicht anerkannt. Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften sieht einen solchen Vorbehalt nicht vor (vgl. EuGH, 23. September 2003, Akrich, C-109/01, Ziff. 54 und Dispositiv-Ziffer 1, EuGRZ 2003 S. 607; 7. Juli 1992, Singh, C-370/90, Ziff. 19 ff. [beide Entscheide unter <http://curia.eu.int>]).

E. 2.4.2

Das Kriterium des "nationalen Rechts" würde zudem im vorliegenden Kontext Probleme auf, die kaum befriedigend gelöst werden könnten. Die Berufung auf die Kategorie des "nationalen Rechts" beruht gedanklich auf dem System des völkerrechtlichen Monismus, wonach Bestimmungen des Völkerrechts, die self-executing sind, als direkt anwendbar und damit unmittelbar anspruchsbegründend gelten. Diesem System folgt die Schweiz (vgl. etwa Helen Keller, Rezeption des Völkerrechts, Berlin etc. 2003, S. 344 ff.; Nicolas Michel in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 4 Rz. 15; im Besondern zum Freizügigkeitsabkommen: Kälin, S. 18 f.; Daniel Thürer/Carolin Hillemanns, Allgemeine Prinzipien, in: Thürer/Weber/Zäch, S. 17 ff., 20). Wendet jedoch ein Staat das dualistische System an, laut dem die völkerrechtlichen Bestimmungen auf dem Weg der Gesetzgebung ins Landesrecht überführt werden müssen (vgl. Kälin, S. 18; Michel, § 4 Rz. 10 f.), ist eine Gegenüberstellung von "nationalem Recht" und Völkerrecht dogmatisch fragwürdig. Eben dem dualistischen System folgt jedoch Grossbritannien (Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 6. A., Oxford 2003, S. 44 f.). Anzuführen ist, dass die in der Praxis anzutreffenden Lösungen die gesamte Bandbreite zwischen reinem Monismus und reinem Dualismus einnehmen dürften (vgl. Georges Perrin, Droit international public, Zürich 1999, S. 840 f.). Um die Kategorie des "nationalen Rechts" als Anspruchsgrundlage des Familiennachzugs überhaupt aufrecht erhalten zu können, müsste zwischen selbständigem nationalem Recht einerseits sowie dem Freizügigkeitsabkommen und darauf gestütztem (unselbständigem) nationalem Ausführungsrecht andererseits unterschieden werden. Diese Lösung wäre weder praktikabel noch dogmatisch überzeugend. Zwar wird in der schweizerischen Praxis die vergleichbare Unterscheidung zwischen selbständigem sowie auf Bundesrecht gestütztem kantonalem Recht getroffen – aber nur im Prozessrecht zur Bestimmung des zulässigen Rechtsmittelwegs und nicht im Hinblick auf die Behandlung materieller Ansprüche. Die Zuordnung innerstaatlichen Rechts anderer Staaten zum selbständigen nationalen Recht oder aber zum unselbständigen Ausführungsrecht des Freizügigkeitsabkommens dürfte auch kaum zu befriedigenden Ergebnissen führen: Die Verankerung einer grosszügigeren Nachzugsregelung im innerstaatlichen Recht könnte

jeweils sowohl als Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens wie auch als Ausfluss staatlicher Souveränität betrachtet werden. Redlicherweise müsste sodann geprüft werden, ob der (direkt oder indirekt) aufgrund des Freizügigkeitsabkommens gewährte Familiennachzug auch nach dem jeweiligen selbständigen staatlichen Recht hätte bewilligt werden müssen oder dürfen – unabhängig davon, ob dieses überhaupt subsidiär anwendbar gewesen wäre. Schliesslich stellte sich die Frage, wie über den Familiennachzug in die Schweiz zu entscheiden wäre, wenn die ausländischen Behörden den gemäss dem Freizügigkeitsabkommen gestatteten Familiennachzug zwar in pflichtgemässer Ausfüllung eines Ermessensspielraums gemäss dem (selbständigen) nationalen Recht hätten gewähren können – was, dessen Anwendbarkeit vorausgesetzt, häufig der Fall sein dürfte –, hierzu aber nach dem (selbständigen) innerstaatlichen Recht nicht verpflichtet gewesen wären. Weil die jeweilige staatliche Rechtsordnung die für die schweizerische Praxis zu entwickelnden Kriterien womöglich gar nicht kannte, könnten diese Fragen nur behandelt werden, indem das Ausländerrecht jedes Vertragsstaats gemäss einer schweizerischen – aber eigens für ausländisches Recht zu erstellenden – Systematik neu erfasst würde. Die Überprüfung würde sich also nur scheinbar auf das ausländische Recht abstützen, und es bestünde deshalb die Gefahr, dass die vom Vertragsstaat erteilte Aufenthaltserlaubnis von den schweizerischen Behörden im Ergebnis auf ihre Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Landesrecht überprüft würde, was dem Zweck des Freizügigkeitsabkommens gerade widerspräche. Daraus folgt als Fazit ebenfalls, dass der von einem andern Vertragsstaat gewährte und infolgedessen vollzogene Familiennachzug zu einem Anspruch nach Art. 3 Anhang I FZA führt, unabhängig davon, auf welche Rechtsgrundlage sich die ausländischen Behörden bei ihrer Entscheidung stützten. Vorliegend wurde der Familiennachzug von der zuständigen britischen Behörde auf der Grundlage der Immigration (Swiss Free Movements of Persons) Regulations 2002 in Verbindung mit den Immigration (European Economic Area) Regulations 2000 bewilligt; diese Vorschriften dienen der Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens bzw. des EWR-Abkommens vom 2. Mai 1992 (vgl. www.ind.homeoffice.gov.uk). Ob sie als "nationales" britisches Recht gelten können, ist ebenso wenig relevant wie die Tatsache, dass das Freizügigkeitsabkommen als solches die britischen Behörden nicht zur Gewährung des Familiennachzugs verpflichtet hätte (vgl. EuGH, 23. September 2003, Akrich, C-109/01, Ziff. 50 und Dispositiv-Ziffer 1, <http://curia.eu.int> = EuGRZ 2003 S. 607).

E. 2.4.3

Zwar anerkennt die – nach Art. 16 Abs. 2 FZA relevante – Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, es könne nicht Folge der Freizügigkeitsbestimmungen sein, dass sich die Begünstigten den nationalen Rechtsvorschriften missbräuchlich entziehen dürften (EuGH, 7. Juli 1992, Singh, C-370/90, Ziff. 24, <http://curia.eu.int>). Den Präjudizien ist jedoch zu entnehmen, dass die Wahrnehmung eines durch den Gebrauch des Freizügigkeitsrechts entstehenden Vorteils – und darum handelt es sich vorliegend – als solche noch keinen Missbrauch darstellt (im Ergebnis gleicher Ansicht: Rundschreiben des IMES vom 16. Januar 2004, Ziff. 1). Hingegen ist gemäss dem Gerichtshof der Herkunftsstaat zum Beispiel nicht verpflichtet, die Ausübung einer Tätigkeit, für die er eine medizinische Ausbildung verlangt, gestützt auf ein in einem andern Mitgliedstaat erworbenes Diplom zuzulassen, wenn jenes Diplom "nicht als eine nach dem Gemeinschaftsrecht anerkannte berufliche Qualifikation anzusehen" sei (EuGH, 3. Oktober 1990, Bouchoucha, C-61/89, Ziff. 14; vgl. auch EuGH, 7. Februar 1979, Knoors, C-115/78, Ziff. 24 ff. [beide Entscheide unter <http://curia.eu.int>]). Ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor.

E. 2.4.4

Demnach ist als Ergebnis festzuhalten: Wurde dem oder der Angehörigen eines Vertragsstaats der Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen, die sich nicht bereits rechtmässig in einem Vertragsstaat aufhielten, nach nationalem Recht verwehrt, ergibt sich ein Nachzugsrecht nach Art. 3 Anhang I FZA (bzw. andern gleichbedeutenden Freizügigkeitsbestimmungen) nicht bereits dadurch, dass der oder die Betreffende vom Freizügigkeitsrecht Gebrauch macht und in einen andern Vertragsstaat zieht. Ebenso wenig hindert dies den neuen Aufenthaltsstaat daran, den Familiennachzug seinerseits nach (selbständigem) nationalem Recht zu prüfen und gegebenenfalls zu verneinen. Die Rückkehr in den Ursprungsstaat lässt als solche ebenfalls keinen Anspruch aus Art. 3 Anhang I FZA (bzw. den gleichbedeutenden Bestimmungen) entstehen. Hat der zeitweilige Aufenthaltsstaat jedoch den Familiennachzug bewilligt und wurde dieser auch vollzogen, so ergibt sich bei einem weiteren Wechsel des Aufenthaltsstaats oder einer Rückkehr in den Herkunftsstaat ein Anspruch aus den Freizügigkeitsbestimmungen auf weiteren Aufenthalt der Drittstaatsangehörigen mit der primär berechtigten Person – unabhängig von der Rechtsgrundlage des Familiennachzugs in den bisherigen Aufenthaltsstaat. Der Aufenthalt als Familienmitglied eines Schweizers oder einer Schweizerin im Gebiet eines Vertragsstaats gilt also auch dann als rechtmässig und somit als Anspruchsgrundlage nach Art. 3 Anhang I FZA bei der Übersiedlung in die Schweiz, wenn er im Rahmen eines Familiennachzugs gestützt auf denselben Art. 3 Anhang I FZA bewilligt wurde. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Bewilligung des Familiennachzugs durch einen Vertragsstaat von den schweizerischen Behörden unbesehen akzeptiert werden müsste. Zwar kann der Aufenthalt der Familienangehörigen in der Schweiz nicht von der Rechtsgrundlage des ausländischen Entscheids abhängig gemacht werden. Doch müssen jedenfalls Fälle eigentlichen Rechtsmissbrauchs vorbehalten bleiben, wie etwa ein bloss vorgetäuschter Aufenthalt im Staat, der den Familiennachzug gestattet hat.

E. 2.5

Die Annahme der Vorinstanz, dass C nur einen Besuchsaufenthalt in Grossbritannien verbrachte, trifft nicht zu; vielmehr wurde ihr gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen die Aufenthaltserlaubnis im Rahmen des Familiennachzugs erteilt. Es handelt sich auch nicht um einen "vorübergehenden Aufenthalt" im Sinn von Ziff. 1 des Rundschreibens des IMES vom 16. Januar 2004: Zwar hatte der Beschwerdeführer von vornherein die Absicht, sich nur befristet in Grossbritannien aufzuhalten; dies ändert jedoch nichts daran, dass er und seine Mutter grundsätzlich berechtigt sind, dauerhaft dort zu verbleiben. Demnach handelt es sich bei C um eine rechtmässig in einem andern Vertragsstaat sich aufhaltende Familienangehörige eines Arbeitnehmers, dem die aus dem Freizügigkeitsabkommen fliessenden Rechte zustehen.

E. 2.6

Der Anspruch auf Familiennachzug gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA setzt weiter voraus, dass die primär aufenthaltsberechtigte Person über eine nach ortsüblichen Kriterien genügend grosse Wohnung verfügt und dass sie den nachzuziehenden Familienangehörigen Unterstützung gewährt. Diese beiden Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

E. 2.6.1

Der Beschwerdeführer ist verheiratet und hat ein Kind. Er verfügt nach eigenen, unbestritten gebliebenen und glaubhaften Angaben an seinem bisherigen schweizerischen

Wohnort über eine Viereinhalbzimmerwohnung, die ihm nach der Rückkehr aus London wieder zur Verfügung steht. Diese Wohnung ist genügend gross für vier Personen.

E. 2.6.2

Nach der gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachtenden Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Begriff der Unterhaltsgewährung kommt es auf die tatsächliche Unterhaltsleistung an. Nebst finanziellen Leistungen fallen auch Naturalleistungen einschliesslich der Gewährung von Kost und Logis darunter. Unbeachtlich sind die Gründe für die Unterhaltsleistung. In der Literatur wird angenommen, es müsse eine gewisse Erheblichkeit der Unterhaltsleistung vorausgesetzt werden. Beim Bestehen einer Familienwohnung dürfte wohl immer eine Unterhaltsgewährung vorliegen (Dietrich, S. 325 ff.; Grant, S. 253 f. [je mit Hinweisen]). C verfügt nach der Aussage des Beschwerdeführers über eine Rente von monatlich rund 450.- Franken; der Beschwerdeführer unterstützte sie nach beider Angaben mit jährlich 5'000.- bis 8'000.- Franken. Aufgrund des Zusammenlebens in London kann ebenfalls von einer Unterhaltsgewährung im Sinn von Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA ausgegangen werden.

E. 2.7

Da demnach die Voraussetzungen eines Aufenthaltsanspruchs vorliegen und auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3.1

Nach Art. 5 Anhang I FZA dürfen die aufgrund des Freizügigkeitsabkommens eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen eingeschränkt werden, die zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Ein derartiger Grund liegt hier nicht vor (vgl. Bundesamt für Ausländerfragen [heute: IMES], Freizügigkeitsabkommen EU und EFTA, Erläuterungen zu den Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit [ordre public; Richtlinie 64/221/EWG], Oktober 2002, www.auslaender.ch/personenverkehr/umsetzung/ordre_public/index_d.asp; Dietrich, S. 485 ff., besonders 497 ff.; Richtlinie des Rats [der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft] vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind [64/221/EWG; ABl P 56, 4. April 1964, S. 850, mit seitherigen Änderungen; Ersetzung beschlossen], <http://europa.eu.int>, besonders Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 f., Art. 4 Abs. 1 und Anhang).

E. 3.2

Ebenso wenig liegen Anzeichen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vor, das den Familiennachzug gegebenenfalls in Frage stellen könnte. Hat ein Arbeitnehmer in einem andern Vertragsstaat tatsächlich eine Arbeit ausgeübt, ist es ohne Belang, aus welchen Gründen er sich in diesem andern Staat aufgehalten hat (EuGH, 23. September 2003, Ak- rich, C-109/01, Ziff. 55 f., <http://curia.eu.int> = EuGRZ 2003 S. 607). Der Beschwerdeführer hat sich in Grossbritannien aufgehalten, ist dort einer Erwerbstätigkeit nachgegangen und hat dort das Zusammenleben mit seiner Mutter aufgenommen. Im Übrigen wäre ohnehin nicht davon auszugehen, dass der Auslandsaufenthalt gerade zum Zweck des Familiennachzugs erfolgte: Zum einen sind derartige Auslandsaufenthalte bei Angestellten von Grossbanken durchaus üblich, zum andern stellte der Erwerbsaufenthalt in London anscheinend einen Ersatz für einen geplanten Aufenthalt in Singapur dar, den der Beschwerdeführer wegen der SARS-Gefahr nicht verwirklichte und der ihm nicht zum erwünschten

Familiennachzug verholphen hätte.

E. 3.3

Die Unterlagen, die gemäss Art. 3 Abs. 3 Anhang I FZA für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verlangt werden können, wurden vorliegend beigebracht. C verfügt über einen gültigen Ausweis, mit dem sie ins Vertragsgebiet eingereist ist (Art. 3 Abs. 3 lit. a Anhang I FZA; eine schweizerische eidesstattliche Erklärung zur Bescheinigung der Verwandtschaftsverhältnisse liegt vor; die Dokumente, welche die Einreise zur Wohnsitznahme beim Beschwerdeführer in Grossbritannien belegen, können im konkreten Fall als genügende Bescheinigung einer häuslichen Gemeinschaft betrachtet werden.

E. 3.4

Da die Voraussetzungen des Familiennachzugs gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA demnach erfüllt sind, ist die Beschwerde gutzuheissen. Es braucht hier nicht entschieden zu werden, welcher Kategorie die zu erteilende Aufenthaltserlaubnis zuzuordnen ist – ob also eine "Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA" nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP, SR 142.203) oder eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 5 ANAG zu erteilen ist (vgl. dazu auch: Rundschreiben des IMES vom 16. Januar 2004, Ziff. 7 und Anhang; Bundesamt für Ausländerfragen [heute: IMES], Weisungen und Erläuterungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs [Weisungen VEP], Februar 2002, Ziff. 2.2.4, www.auslaender.ch/personenverkehr/weisung/weisung_vep_d.pdf; vgl. auch BGr, 4. November 2003, 2A.91/2003, E. 3.2, www.bger.ch). Die Prüfung weiterer denkbarer, wenn auch nicht angerufener Anspruchsgrundlagen – namentlich der Garantie des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV sowie des Vertrauensschutzprinzips – erübrigt sich.

E. 4.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Da der Entscheid gestützt auf Noven erfolgte, die erst dem Verwaltungsgericht vorgelegt wurden, und die Vorinstanz den von ihr zu beurteilenden Sachverhalt im Ergebnis jedenfalls haltbar gewürdigt hat (was der Beschwerdeführer übrigens nicht bestreitet), ist jedoch die Belastung des Beschwerdeführers mit den Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens aufrecht zu erhalten.

E. 4.2

Aus dem genannten Grund könnte dem Beschwerdeführer auch keine Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zugesprochen werden. Eine solche beantragt er jedoch zu Recht bereits darum nicht, weil der entsprechende Antrag seinerzeit verspätet gestellt wurde. Dem Beschwerdeführer ist hingegen antragsgemäss – und unter Berücksichtigung der von seinem Rechtsvertreter eingereichten Kostennote – eine angemessene Entschädigung für das Beschwerdeverfahren zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 30. April 2003 und Dispositiv-Ziffer I im Beschluss des Regierungsrats vom 19. November 2003 werden aufgehoben. Die Beschwerdegegnerin wird eingeladen, C eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 100.-- Zustellungskosten, Fr. 2'100.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. 4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor Verwaltungsgericht eine Parteientschädigung von

insgesamt Fr. 1'200.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen. 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.