



Falsche Fristberechnung und Fehlbeurteilung des Kindeswohls verunmöglicht Familienvereinigung

Fall 168 / 3.1.2012 «Sanya» heiratet 2008 einen Schweizer Bürger und erhält in der Folge die Aufenthaltsbewilligung. Am 9.11.2009 stellt sie für die beiden Kinder aus erster Ehe das Gesuch um Familiennachzug. Dieses wird auf Grund einer falschen Fristberechnung für beide Kinder als verspätet abgelehnt. Wichtige familiäre Gründe für einen späteren Nachzug werden zu Unrecht verneint.

Schlüsselworte: Schutz des Familienlebens [Art. 9 UNO-KRK](#) (Kinderrechtskonvention), [Art. 8 EMRK](#) (Menschenrechtskonvention) und [Art. 13 BV](#); Diskriminierungsverbot [Art. 14 EMRK](#), [Art. 8 BV](#); Familiennachzug [Art. 3 Anhang I FZA](#), [Art. 44 AuG](#), [Art. 42 Abs. 2 lit.a AuG](#); Frist für Familiennachzug [Art. 47 AuG](#), [Art. 75 VZAE](#) (Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit).

Person/en : «Sanya», geb. 1971; «Arun», geb. 1994; «Priya», geb. 1997

Heimatland: Thailand

Aufenthaltsstatus: Aufenthaltsbewilligung (B)

Zusammenfassung des Falls (ausführlich auf der Hinterseite)

«Sanya» reist 2008 in die Schweiz ein. Sie verheiratet sich mit einem Schweizer und erhält eine Aufenthaltsbewilligung. Die beiden Kinder aus ihrer im Jahr 2002 geschiedenen Ehe bleiben vorerst in der Obhut der Grossmutter in Thailand zurück. Nach deren Tod bemüht sich «Sanya» um den Nachzug von «Arun» und «Priya», da eine angemessene Betreuung der Kinder nicht mehr gesichert ist. Ihrem Vorhaben steht jedoch der Einspruch des Kindsvaters entgegen. Gemäss Scheidungsurteil muss «Sanya» sein Veto beachten, wenn sie nicht die elterliche Sorge für die Kinder aufs Spiel setzen will. Deshalb kann sie erst am 9.11.2011, nach dem Tod des Kindsvaters, ein formelles Gesuch um Familiennachzug stellen. Es wird mit der Begründung abgewiesen, die dafür geltende Jahresfrist sei verwirkt. Eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls, die im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG und Art. 75 VZAE einen späteren Nachzug zu rechtfertigen vermöchte, wird verneint.

Aufzuwerfende Fragen

- **Warum unterliess es das Ausländeramt neben dem Nachzugsanspruch der Mutter (Art. 44 AuG) auch denjenigen zu prüfen, der den Kindern durch den Schweizer Stiefvater zustehen würde (Art. 42 Abs. 2 lit. a AuG)?** In einem Entscheid vom 6.7.2011 stellt das St.Galler Verwaltungsgericht fest, Art. 42 Abs.2 lit.a AuG sei in Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht, insbesondere mit Art. 3 Anhang I FZA anzuwenden. D.h. das Erfordernis, dass Familienangehörige, die das Recht auf Nachzug beanspruchen, ihren bisherigen Aufenthalt in einem FZA-Vertragsstaat haben müssen, sei fallen zu lassen. Die wortgetreue Anwendung der Bestimmung hätte, wie vom Bundesgericht im Entscheid 136 II 120 ff. bestätigt worden ist, eine Diskriminierung von Schweizern gegenüber Angehörigen von FZA-Vertragsstaaten und damit eine Verletzung von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK und Art. 8 BV zur Folge (BGE 136 II 120 ff.). D.h. sie sei unhaltbar.
- **Ab welchem Zeitpunkt ist die Frist gemäss Art. 47 Abs. 1 AuG zu bemessen?** Gemäss Art. 47 Abs. 3 lit.b AuG beginnt die zwölfmonatige Frist für das Nachzugsgesuch von Kindern über 12 Jahren mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an den nachzugsberechtigten Elternteil zu laufen. Dieser Beginn kann jedoch nur für Kinder gelten, die das 12. Altersjahr vor dem massgeblichen Zeitpunkt erfüllt haben. Für Kinder, die das 12. Altersjahr erst nach diesem Zeitpunkt erreichen, hätte er eine diskriminierende Fristverkürzung zu Folge. Für sie beginnt die Frist also erst mit dem erfüllten 12. Altersjahr zu laufen.
- **Wurde das Kindeswohl bei der Anwendung von Art. 47 Abs. 4 AuG und Art. 75 VZAE angemessen berücksichtigt?** Die Bestimmungen postulieren eine Ausnahme zur Fristbestimmung gem. Art. 47 Abs.1 AuG. Die Ausnahme dient der Wahrung des Kindeswohls. D.h. dem öffentlichen Interesse an einer Stabilisierung des Familiennachzugs und an einer rechtzeitigen Integration ist das Kindeswohl in seiner umfassenden Ausprägung gegenüber zu stellen.

Ergänzende Ausführungen auf der Rückseite

Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz

Florastrasse 6, 9000 St.Gallen, Tel. 071 222 90 66

rds@beobachtungsstelle.ch

Chronologie

2008, 28.03. Einreise in die Schweiz und Heirat mit Schweizer Freund
2008, 24.04. Erteilung der Aufenthaltsbewilligung
2009, 09.11. Gesuch um Familiennachzug für Kinder aus erster Ehe
2009, 15.12. Abweisung des Gesuchs durch das Ausländeramt
2009, 29.12. Rekurs an Justiz- und Sicherheitsdepartement
2010, 24.02. Rückweisung der Streitsache an das Ausländeramt zur weiteren Abklärung
2010, 18.10. Zweite Abweisung des Nachzugsgesuchs durch das Ausländeramt

Beschreibung des Falls

«Sanya» war in erster Ehe mit einem thailändischen Staatsangehörigen verheiratet. Dieser Ehe entstammen die beiden Kinder «Arun» und «Priya». Am 23.09.2002 wird die Ehe geschieden. «Sanya» erhält das alleinige Sorgerecht zugesprochen. Dem Vater wird demgegenüber das Recht eingeräumt, gegen eine allfällige Ausreise der Kinder sein Veto einlegen zu können. Im Falle der Nichtbeachtung durch die Mutter sollte das Sorgerecht automatisch auf ihn übergehen.

Nach dem Wegzug von «Sanya» bleiben die Kinder vorerst in der Obhut ihrer Grossmutter in Thailand. Diese hat bisher schon in Abwesenheit der Mutter Betreuungsaufgaben übernommen und ist den Kindern deshalb vertraut. Seit ihrem Tod ist deren Betreuung jedoch nicht mehr optimal gewährleistet. Die Kinder leben allein in der Wohnung der verstorbenen Grossmutter und sind in ihrer Freizeit weitgehend sich selbst überlassen. Verständlicherweise kann sich «Sanya» mit dieser Lösung nicht zufrieden geben, sie bemüht sich seither um den Familiennachzug. Dafür muss sie jedoch vorerst die Zustimmung des Kindsvaters einholen. Dieser beharrt jedoch auf seinem Widerspruch. «Sanya» muss deshalb ihren Plan vorerst fallen lassen. Erst mit dem Tod des Kindsvaters im Jahre 2009 ist das rechtliche Hindernis behoben. Am 9.11.2009 stellt «Sanya» für «Arun» und «Priya» das Gesuch um Familiennachzug.

Das Ausländeramt weist das Gesuch mit der Begründung ab, die Jahresfrist gem. Art. 47 Abs. 1 AuG i.v.m. Art. 47 Abs. lit. b AuG sei nicht eingehalten. Diese Feststellung trifft auf «Arun» tatsächlich zu. Er erfüllte das zwölfte Altersjahr im Jahr 2006, also vor dem Zeitpunkt, an dem seiner Mutter die Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Für ihn begann deshalb die Zwölfmonatsfrist mit der Bewilligungserteilung zu laufen und endete am 24.4.2009. Bei Einreichung des Gesuchs im November 2009 war diese Frist verwirkt. Allerdings hätte berücksichtigt werden müssen, dass seinem Gesuch ein absolutes Hindernis, nämlich das Veto des Vaters entgegenstand. «Priya» wurde hingegen erst im Jahr 2009 zwölf Jahre alt; d.h. nachdem ihre Mutter die Aufenthaltsbewilligung erlangt hatte. Die Zwölfmonatsfrist begann also erst 2009 zu laufen und endete 2010. Für «Priya» erfolgte das Gesuch also rechtzeitig.

Einen Anlass, den Kindern den nachträglichen Nachzug zu bewilligen, kann das Ausländeramt nicht erkennen. Es verneint, dass wichtige familiäre Gründe vorliegen, die ihren Nachzug in die Schweiz dringend erforderlich machen. Dies obwohl die Befragung von «Arun» ergibt, dass er mit seiner Schwester allein in der Wohnung der verstorbenen Grossmutter lebt, und dass die Kinder allein für den Haushalt und die Erledigung der Schularbeiten verantwortlich sind. Regelmässigen Kontakt pflegen sie lediglich mit einer Schwester ihrer Mutter, die sie einmal täglich besuche. Der Vater habe sich nie um sie gekümmert, sondern sich lediglich hie und da telefonisch bei ihnen erkundigt. Aus der Befragung der Tante geht hervor, dass sie nach dem Tod der Grossmutter die Betreuung der Kinder so gut wie möglich übernommen habe. Ihr bleibe jedoch nicht viel Zeit um diese Aufgabe zu erfüllen, da sie ein volles Pensum als Schneiderin versehe und daneben noch einen eigenen Haushalt führe. Im Wesentlichen bestehe ihre Betreuung darin, dass sie den Kindern abends das Essen bringe und hie und da etwas mit ihnen unternehme. Die Betreuung ist also höchst punktuell. Zudem waren die Kinder in dem gemäss Bundesgericht für die Beurteilung ihrer Situation massgeblichen Zeitpunkt (BGE 136 II 497 ff.), nämlich bei Einreichung des Nachzugsgesuchs, erst 15, bzw. knapp 12 Jahre alt. Gleichwohl stellt das Ausländeramt fest, dass mit den gegebenen Verhältnissen eine altersgemässe Betreuung gewährleistet sei. Der Anspruch von Kindern gegenüber den Erziehungsverantwortlichen erschöpft sich jedoch nicht in einer regelmässigen Aufsicht. Vielmehr haben sie Anspruch auf geistige und seelische Förderung, auf umfassende Erziehung, auf Schutz vor Gefahren, auf Geborgenheit und konstanten liebevollen Kontakt. Das Ausländeramt hat also die Situation punktuell beurteilt und damit sein Ermessen unterschritten, d.h. willkürlich geurteilt.

Gemeldet von: Rechtsvertreter von «Sanya»

Quellen: Akten des Familiennachzugsverfahrens