



die beobachtungstellen
FÜR ASYL- UND AUSLÄNDERRECHT

FAMILIENNACHZUG
und das
Recht auf
FAMILIENLEBEN

IMPRESSUM

Herausgeber

© 2012 Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht

Autorinnen

Claudia Dubacher und Lena Reusser

Redaktion

Annette Bossart, Mariana Duarte, Claudia Dubacher

Übersetzung

Marcel Eggler, Neuenburg

Gestaltung

Franca Hirt

Bezugsquellen:

Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht

Claudia Dubacher

Maulbeerstrasse 14, 3011 Bern

Tel: 031 381 45 40

info@beobachtungsstelle.ch

www.beobachtungsstelle.ch

Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz

Annette Bossart

Florastrasse 6, 9000 St. Gallen

Tel: 071 222 90 66

ostschweiz@beobachtungsstelle.ch

www.beobachtungsstelle-rds.ch

Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers

Mariana Duarte

Case postale 270, 1211 Genève 8

Tél: 022 310 57 30

info@odae-romand.ch

www.odae-romand.ch

VORWORT

«*Alle Bewegung der Welt läuft auf Paarung hinaus*», hatte der helllichtige Michel de Montaigne bereits im 16. Jahrhundert erkannt. Dass diese Bewegung insbesondere im Zuge einer wachsenden Globalisierung und Mobilität nicht an Staatsgrenzen Halt macht, kann nicht erstaunen. Werden mithin Ehen über Landesgrenzen hinweg geschlossen und Familien gegründet, geht es in der Sprache des Rechts um Familiennachzug, gemeint den Nachzug von Familienangehörigen in den Aufenthaltsstaat des oder der anderen Familienmitglieder.

Staatsangehörige der EU oder der EFTA-Staaten, die ein Recht auf Personenfreizügigkeit haben, können dieses Recht auch für einen grösseren Kreis ihrer Familienangehörigen weitgehend frei beanspruchen. Insofern enthält die ursprünglich wirtschaftlich motivierte Freizügigkeit eine starke soziale Komponente und reduziert den freizügigkeitsberechtigten Erwerbstätigen nicht auf seine blossе Arbeitskraft.

Menschen aus sogenannten Drittstaaten ohne familiäre Bindungen zu EU-BürgerInnen sind als Arbeitskräfte nicht freizügigkeitsberechtigt, als ArbeitsimmigrantInnen in der Schweiz nur in sehr begrenzter Zahl willkommen und höchstens dann, wenn sie über beruflich nachgefragte Sonderqualifikationen verfügen. Logischerweise gelangen Drittstaatsangehörige daher vor allem via Familiennachzug in die Schweiz, zu Familienangehörigen aus Drittstaaten oder SchweizerInnen.

Bedingt durch das restriktive Regime der Arbeitsimmigration gegenüber Drittstaatsangehörigen stehen Eheschliessung und Familiennachzug gleichsam strukturell unter Missbrauchsverdacht. Als stossend und wenig familienfreundlich erweisen sich dabei zahlreiche gesetzliche Hürden und Beschränkungen gegenüber Personen aus Drittstaaten. Mit dem geschützten Familienleben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gar unvereinbar erscheint es, die Zusammenführung der Gesamtfamilie im Namen des «Kindeswohls» zu verweigern, wie dies das Bundesgericht jüngst in einem gravierenden (Fehl-)Entscheid getan hat. Rechtsstaatlich nicht minder bedenklich ist die Tatsache, dass SchweizerInnen mit ausländischen Familienangehörigen im Vergleich zu freizügigkeitsberechtigten EU-BürgerInnen schlechter gestellt sind. Dass diese sogenannte Inländerdiskriminierung von unseren VolksvertreterInnen noch jüngst gebilligt wurde, offenbart, in welche Sackgassen der Geist der Migrationsabwehr führt. Grund- und Menschenrechte sind für sie anscheinend leere Worte, denn solche Rechte sind betroffen, wo es um das Recht geht, das Familienleben ungehindert im eigenen Land leben zu können. Höchste Zeit, dass das Bundesgericht als *Hüter der Verfassung* ein klares Machtwort spricht.

Marc Spescha, im Februar 2012

INHALTSVERZEICHNIS

1	EINLEITUNG	5
2	GESETZLICHE REGELUNG DES FAMILIENNACHZUGS	7
2.1	Familiennachzug gemäss FZA	7
2.2	Familiennachzug gemäss AuG	8
2.3	Familiennachzug gemäss AsylG	10
3	UNGLEICHBEHANDLUNG AUFGRUND DER GESETZLICHEN VORAUSSETZUNGEN	11
3.1	Nachzugsfristen und wichtige familiäre Gründe	11
3.1.1	Nachzugsfristen versus Nachzugsvoraussetzungen	13
3.1.2	Wichtige familiäre Gründe	14
3.2	Inländerdiskriminierung	18
3.2.1	Nachzug von Eltern und Schwiegereltern	19
3.2.2	Nachzug von Stiefkindern	21
3.3	Familiennachzug für Personen mit vorläufiger Aufnahme	22
3.3.1	Wartefrist für den Familiennachzug	23
3.3.2	Nachzugskriterien	24
3.3.3	Die spezielle Situation von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen	25
4	UNGLEICHE GESETZESANWENDUNG	26
4.1	Ermessensspielraum bei den materiellen Voraussetzungen für den Familiennachzug	26
4.1.1	Bedarfsgerechte Wohnung	27
4.1.2	Finanzielle Voraussetzungen	28
4.2	Zusätzliche, per Gesetz nicht vorgesehene Voraussetzungen	30
4.2.1	Zusätzliche Hürden für Niederlassungsberechtigte	31
4.2.2	Unrechtmässige Hindernisse für EU-BürgerInnen	32
5	SCHLUSSWORT	34
5.1	Zusammenfassung der Beobachtungen	34
5.2	Ausblick und Handlungsbedarf	35
6	ANHANG	38

1 EINLEITUNG

«Man hat Arbeitskräfte gerufen, und es kamen Menschen».¹ Das berühmte Zitat von Max Frisch aus dem Jahr 1965 bringt auch knapp 50 Jahre später treffend auf den Punkt, was in der aktuellen Ausländerdebatte häufig ausgeblendet wird: Hinter dem Begriff «Ausländer» stehen Menschen mit Bedürfnissen, deren Rechte nicht einfach durch staatliche Regelungen beschnitten oder umgangen werden dürfen. Der vorliegende Bericht befasst sich mit dem Institut des Familiennachzugs, das dem grund- und menschenrechtlich geschützten Recht von SchweizerInnen und MigrantInnen auf Familien- und Privatleben Rechnung trägt, indem ihnen unter gewissen Voraussetzungen erlaubt wird, ihre ausländischen Familienangehörigen in die Schweiz nachzuziehen. Wie auch in anderen ausländerrechtlichen Bereichen unterscheidet der Gesetzgeber beim Familiennachzug zwischen BürgerInnen der Europäischen Union (EU) bzw. der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), Schweizer BürgerInnen und sogenannten Drittstaatsangehörigen. Für Letztere gelten beim Familiennachzug strengere Regeln, wobei sich diese je nach Aufenthaltsstatus der nachziehenden Person nochmals unterscheiden.² Der Bericht nimmt sich dieser verschiedenen Voraussetzungen beim Familiennachzug an und fokussiert dabei auf die Nachzugsregelungen gemäss Freizügigkeitsabkommen (FZA) und Ausländergesetz (AuG).³

Der Familiennachzug ist nicht nur für die MigrantInnen, sondern auch für die Schweiz sehr bedeutend und stellt neben der unkontingentierte Arbeitsimmigration den zweitwichtigsten Einwanderungsgrund dar. Im vergangenen Jahr waren 31.6% aller Zuzüge in die Schweiz auf den Familiennachzug zurückzuführen.⁴ Aufgrund der grossen Bedeutung des Familiennachzugs im schweizerischen Migrationsrecht und der zahlreichen Hinweise von Rechtsberatungsstellen zu diesem Thema, erachten wir es als wichtig, die Praxis der Behörden hinsichtlich des Familiennachzugs näher zu beleuchten.

Der Familiennachzug ist durch ein starkes Spannungsverhältnis geprägt. Auf der einen Seite steht das Recht der Betroffenen auf ein Familien- und Privatleben, auf der anderen Seite das Interesse des Staates an einer restriktiven Einwanderungspolitik. Die gesetzliche Regulierung des Familiennachzugs zielt u.a. auf die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Schweiz, weshalb er regelmässig an finanzielle Bedingungen geknüpft wird.⁵

¹ Frisch, Max (1965), «Vorwort». In: Alexander J. Seiler (Hrsg.): Siamo Italiani. Gespräche mit italienischen Arbeitern in der Schweiz. Zürich. EVZ-Verlag.

² Wichmann et. al. 2011, 73.

³ Der Familiennachzug von Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, ist aus Platzgründen nicht Gegenstand dieses Berichts und wird daher in den Kapiteln 2.3 und 3.3.3 nur kurz erwähnt.

⁴ BFM-Ausländerstatistik per Ende 2011.

⁵ Wichmann et. al. 2011, 83.

Die drei Beobachtungsstellen wollen mit dem vorliegenden Bericht anhand dokumentierter Einzelfälle die Auswirkungen dieses Spannungsverhältnisses auf die betroffenen Personen aufzeigen.

Bevor wir auf die verschiedenen problematischen Aspekte beim Familiennachzug zu sprechen kommen, bieten wir in Kapitel 2 einen kurzen Überblick über die gesetzlichen Grundlagen. Die folgenden zwei Kapitel (3 und 4) zeigen anhand der dokumentierten Fälle auf, wo MigrantInnen auf Schwierigkeiten stossen, wenn sie ihre Familienangehörigen in die Schweiz nachziehen wollen. Kapitel 3 befasst sich mit der Ungleichbehandlung aufgrund des Aufenthaltsstatus, die sich aus dem Gesetz ergibt. Im Vordergrund stehen die Fristen für den Kindernachzug, die Inländerdiskriminierung sowie der Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen. Kapitel 4 untersucht den Familiennachzug hinsichtlich des kantonalen Beurteilungsspielraums und zeigt die Konsequenzen von Ermessensentscheiden auf. Im Schlusskapitel werden die wichtigsten Erkenntnisse zusammengefasst und der entsprechende Handlungsbedarf aufgezeigt.

Dank

Die Autorinnen bedanken sich herzlich bei den Vorständen der drei Beobachtungsstellen, welche die Ausarbeitung des Berichts begleitet haben, bei Rechtsanwalt Marc Spescha für das Vorwort und die kritische Durchsicht des Berichts, Marcel Egger für die Übersetzung ins Französische und Olivia Jost für die Grundlagen- und Recherchearbeit. Ebenso bedanken wir uns bei den Rechtsberatungsstellen sowie RechtsanwältInnen, die den Beobachtungsstellen Einzelfälle gemeldet und wichtige Informationen zum Thema Familiennachzug bereitgestellt haben. Ein herzliches Dankeschön gilt auch dem Migros-Kulturprozent und anderen Institutionen, die mit einer Finanzierung zur Realisierung dieses Berichts beigetragen haben.

2 GESETZLICHE REGELUNG DES FAMILIENNACHZUGS

Für MigrantInnen, die über den Familiennachzug in die Schweiz einreisen wollen, gibt es zwei rechtliche Grundlagen: Zum einen das Ausländergesetz (AuG) und zum andern das Freizügigkeitsabkommen (FZA). Weiter besteht für anerkannte Flüchtlinge mit einer B-Bewilligung die Möglichkeit des Familienasyls, welches in Art. 51 des Asylgesetzes (AsylG) geregelt ist. Je nach Staatsangehörigkeit derjenigen Person, die über ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt und Familienangehörige in die Schweiz nachziehen will, ist das FZA oder das AuG massgebend. Ist die nachziehende Person Staatsangehörige eines EU-/EFTA-Staates⁶, so kommen für den Familiennachzug die Bestimmungen des FZA zur Anwendung. Stammt die nachziehende Person aus einem Drittstaat oder verfügt sie über das Schweizer Bürgerrecht, so gelten die Bestimmungen des AuG.⁷

Eine zentrale Rolle spielt in diesem Zusammenhang auch das durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und unsere Bundesverfassung geschützte Privat- und Familienleben.⁸

2.1 Familiennachzug gemäss FZA

In der Schweiz anwesenheitsberechtigte EU-BürgerInnen haben einen Rechtsanspruch auf Nachzug folgender Familienangehöriger:

- > *Die Ehegatten und die Verwandten in absteigender Linie unter 21 Jahren:* Unter diese Bestimmung fallen nicht nur gemeinsame Kinder des Ehepaares, sondern auch vorehelich geborene Kinder sowie die Verwandten in absteigender Linie der nachgezogenen Ehegatten.⁹ Erfasst werden auch Stiefkinder der EU-BürgerIn.
- > *Verwandte in absteigender Linie über 21 Jahren, sofern diesen Unterhalt gewährt wird:* Dies gilt auch für die Verwandten der nachgezogenen Ehegatten.¹⁰
- > *Verwandte der nachziehenden Person und Verwandte der Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird.*

⁶ Für eine bessere Lesbarkeit sprechen wir im Folgenden bloss von EU-BürgerInnen/-Staaten. EFTA-BürgerInnen/-Staaten sind dabei mitgemeint.

⁷ Die Prüfung von Nachzugsgesuchen und deren Gutheissung oder Ablehnung liegt grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone. Geht es allerdings um Familiennachzugsgesuche, welche nach Ablauf der Nachzugsfristen gestellt werden, müssen diese dem Bundesamt für Migration (BFM) zur Zustimmung unterbreitet werden.

⁸ Zur konkreten Bedeutung von Art. 8 EMRK vgl. Kapitel 3.

⁹ BGE 136 II 65, E. 4.4.

¹⁰ Ebd.

Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA schliesst nicht aus, dass die Familienangehörigen in der Schweiz zwei getrennte Haushalte führen¹¹; der Nachzug ist somit – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – nicht an das Zusammenwohnen geknüpft. Gemäss FZA spielt bei einem Familiennachzug weder die Staatsangehörigkeit der nachziehenden Person eine Rolle, noch die Frage, ob diese Person aus einem EU- oder einem Drittstaat nachgezogen wird.¹²

2.2 Familiennachzug gemäss AuG

Im Ausländergesetz ist der Familiennachzug in den Art. 42 – 52 AuG geregelt. Diese Bestimmungen gelten für SchweizerInnen und Drittstaatsangehörige, welche ihre Familienangehörigen nachziehen wollen. Ob ein Rechtsanspruch auf Nachzug der Familienangehörigen besteht oder nicht, ist vom Aufenthaltsstatus der nachziehenden Person abhängig. Allerdings ist – unabhängig vom jeweiligen Status – der Familiennachzug auch bei Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen nicht garantiert. Die in diesem Kapitel genannten Ansprüche erlöschen, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden oder wenn Widerrufsründe gemäss Art. 62 und 63 AuG (je nach Aufenthaltsstatus) vorliegen (Art. 51 AuG).¹³

a) Familienangehörige von SchweizerInnen (Art. 42 AuG)

i) Nachzug von Drittstaatsangehörigen (Art. 42 Abs. 1 AuG)

SchweizerInnen haben einen Rechtsanspruch, ihre ausländischen Ehegatten und ledigen Kinder unter 18 Jahren in die Schweiz nachzuziehen. Voraussetzung ist, dass die Familie zusammenwohnt.¹⁴ Der Nachzug der Kinder¹⁵ muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über 12 Jahre müssen innerhalb eines Jahres nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 AuG).¹⁶ Ferner beschränkt sich der Nachzug nicht nur auf gemeinsame Kinder; in der Regel können Kinder auch bloss durch einen Elternteil nachgezogen werden.¹⁷ Stiefkinder von SchweizerInnen fallen nicht unter diese Bestimmung.

¹¹ Spescha et al. 2009, Art. 3 Anhang I FZA N 7, mit Hinweis auf Dietrich.

¹² BGE 136 II 5, E. 3.4 - 3.7. Mehr zum Hintergrund dieser Rechtsprechung in Kapitel 3.2.

¹³ Die Praxis bezüglich Rechtsmissbrauch und Widerruf von Bewilligungen ist äusserst komplex und würde den Rahmen des vorliegenden Berichts sprengen. Aus diesem Grund gehen wir nicht näher auf diese Aspekte ein.

¹⁴ Gemäss Art. 49 AuG besteht das Erfordernis des Zusammenwohnens ausnahmsweise nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiterhin besteht.

¹⁵ Obschon der Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 AuG generell von «Frist für den Familiennachzug» spricht, bezieht sich diese Frist vom Sinn und Zweck der Bestimmung nur auf den Nachzug von Kindern und Jugendlichen (vgl. Spescha et al. 2010, 166).

¹⁶ Gemäss Übergangsbestimmung von Art. 126 Abs. 3 AuG haben diese Fristen erst mit Inkrafttreten des AuG begonnen – also am 1.1.2008 – sofern vor diesem Zeitpunkt die Einreise in die Schweiz erfolgt oder das Familienverhältnis entstanden war.

¹⁷ Dasselbe gilt auch für Niedergelassene, AufenthaltlerInnen sowie vorläufig aufgenommene Personen. Zu den Voraussetzungen vgl. BGE 136 II 78, E. 4.8.

ii) Nachzug von Familienangehörigen, die in einem EU-Staat anwesenheitsberechtigt sind (Art. 42 Abs. 2 AuG)

Familienangehörige von SchweizerInnen haben einen Rechtsanspruch auf erweiterten Familiennachzug, wenn diese zuvor in einem EU-Staat über ein Aufenthaltsrecht verfügten und von diesem Staat aus in die Schweiz nachgezogen werden. Nachgezogen werden können namentlich folgende Personen:

- > *Die Ehegatten und die Verwandten in absteigender Linie unter 21 Jahren:* Unter diese Bestimmung fallen nicht nur gemeinsame Kinder des Ehepaares, sondern auch vorehelich geborene Kinder sowie Stiefkinder¹⁸ der SchweizerIn und die Verwandten in absteigender Linie der nachgezogenen Ehegatten.
- > *Verwandte in absteigender Linie über 21 Jahren, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird:* Dies gilt auch für die Verwandten der nachgezogenen Ehegatten.
- > *Verwandte der nachziehenden Person und Verwandte der Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird.*

Die Fristen, welche für den Nachzug von Drittstaatsangehörigen gelten, kommen hier nicht zur Anwendung (Art. 47 Abs. 2 AuG).¹⁹

b) Ehegatten und Kinder von Personen mit Niederlassungsbewilligung (Art. 43 AuG)

Personen mit einer Niederlassungsbewilligung (C-Bewilligung) haben ebenfalls einen Rechtsanspruch, ihre Ehegatten und ihre ledigen Kinder unter 18 Jahren in die Schweiz nachzuziehen, sofern sie mit diesen zusammenwohnen. Es gelten die Nachzugsfristen gemäss Art. 47 Abs. 1 AuG.

c) Ehegatten und Kinder von Personen mit Aufenthalts- oder Kurzaufenthaltsbewilligung

MigrantInnen, die in der Schweiz aufenthaltsberechtigt sind (B-Bewilligung) oder eine Kurzaufenthaltsbewilligung (L-Bewilligung) besitzen, haben keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug. Ob die Ehegatten und ledigen Kinder unter 18 Jahren nachgezogen werden können, liegt im Ermessen der Behörden.²⁰ Damit ein Nachzug gewährt werden kann, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

¹⁸ BGE 136 II 65, E. 4.1 - 4.6.

¹⁹ Weitere Informationen zu Art. 42 Abs. 2 AuG in Kapitel 3.2.

²⁰ Zum behördlichen Ermessen vgl. Kapitel 4.1.

- > Die Ehegatten bzw. die Familie muss zusammenwohnen
- > Es muss eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden sein
- > Es darf keine Sozialhilfeabhängigkeit bestehen
- > Der Nachzug muss innerhalb von fünf Jahren, bei Kindern über 12 Jahren innerhalb von 12 Monaten geltend gemacht werden (Art. 73 VZAE).²¹

d) Vorläufig Aufgenommene (Art. 85 Abs. 7 AuG)

Auch Personen, die vorläufig aufgenommen sind (F-Ausweis), haben keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug.²² Ob die Ehegatten und ledigen Kinder unter 18 Jahren nachgezogen werden können, liegt im Ermessen der Behörden. Vorläufig Aufgenommene können ihre Familienangehörigen jedoch frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme in die Schweiz nachziehen. Zusätzlich müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- > Die Ehegatten bzw. die Familie muss zusammenwohnen
- > Es muss eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden sein
- > Es darf keine Sozialhilfeabhängigkeit bestehen
- > Der Nachzug muss nach Ablauf der dreijährigen Wartefrist innerhalb von fünf Jahren, bei Kindern über 12 Jahren innerhalb von 12 Monaten geltend gemacht werden (Art. 74 VZAE).

2.3 Familiennachzug gemäss AsylG

Es gibt auch nach dem Asylgesetz die Möglichkeit, im Rahmen des sogenannten Familienasyls Angehörige in die Schweiz nachzuziehen.²³ Um der besonderen Situation von Flüchtlingen genügend Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber für Flüchtlinge mit Asylstatus eine Sonderbestimmung für den Familiennachzug geschaffen: Erfüllen die Familienangehörigen nicht selber die Flüchtlingseigenschaft, so haben sie das Recht, über Art. 51 AsylG ein Aufenthaltsrecht zu erhalten. Gemäss dieser Bestimmung erhalten minderjährige Kinder und Ehegatten von Flüchtlingen ebenfalls Asyl und werden dadurch in die Flüchtlingseigenschaft miteinbezogen. Befinden sich die Angehörigen noch im Ausland, so haben sie diesen Anspruch nur, wenn die Familie durch die Flucht getrennt worden ist (Art. 51 Abs. 4 AsylG).²⁴

²¹ Die Nachzugsfristen für Personen mit Aufenthaltsbewilligung sind analog zu Art. 47 AuG in Art. 73 VZAE geregelt.

²² Das BFM ordnet vorläufige Aufnahmen an, wenn der Vollzug der Wegweisung für eine ausländische Person unzumutbar, unzulässig oder unmöglich ist (vgl. Art. 83 AuG).

²³ Momentan ist die parlamentarische Initiative Philipp Müller ([10.483](#)) *Kein Flüchtlingsstatus für Familienangehörige* vom 23.9.2010 hängig. Die Initiative verlangt, dass der Familiennachzug von Flüchtlingen inskünftig über den Familiennachzug gemäss AuG abzuwickeln ist. Auf Kommissionsebene wurde der Initiative Folge gegeben.

²⁴ Stöckli 2009, N 11.35 ff.

3 UNGLEICHBEHANDLUNG AUFGRUND DER GESETZLICHEN VORAUSSETZUNGEN

Bezüglich der Nachzugsrechte von Familienangehörigen gibt es – je nach Aufenthaltsstatus der nachziehenden Person oder deren Staatsangehörigkeit – erhebliche Unterschiede bei den Nachzugsvoraussetzungen. SchweizerInnen und Niedergelassene haben beispielsweise einen Rechtsanspruch auf Nachzug ihrer Kinder und Ehegatten. Bei Personen mit einer B-Bewilligung liegt es hingegen im Ermessen der Behörden, ob diese ihre Kinder und Ehegatten in die Schweiz nachziehen dürfen. Aufgrund der gesetzlichen Grundlagen ergibt sich zudem eine Inländerdiskriminierung, die bis heute vom Parlament geduldet wird.²⁵

Der Aufenthaltsstatus der nachziehenden Person spielt auch bezüglich des grund- und menschenrechtlich geschützten Familien- und Privatlebens eine grosse Rolle (Art. 8 EMRK und Art. 13 BV). Diese Bestimmungen verleihen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung für Familienangehörige, da das Familienleben auch ausserhalb der Schweiz gelebt werden könne. Auf das von diesen Artikeln geschützte Familienleben können sich gemäss Bundesgericht aber nur MigrantInnen berufen, die über ein sogenannt «gefestigtes Anwesenheitsrecht» in der Schweiz verfügen. Dies ist der Fall, wenn die nachziehende Person das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt. Weiter können sich Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung auf das grundrechtlich geschützte Familienleben berufen, sofern ihre Bewilligung auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht.²⁶ Allerdings gilt der Schutz des Familienlebens nicht uneingeschränkt, da die Behörden stets eine Interessenabwägung zwischen dem Recht auf Familienleben und öffentlichen (z.B. migrationspolitischen) Interessen der Schweiz vornehmen.

3.1 Nachzugsfristen und wichtige familiäre Gründe

Gemäss Art. 47 Abs. 1 AuG und Art. 73 Abs. 1 VZAE muss der Nachzug von Kindern grundsätzlich innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Bei Kindern über 12 Jahren gilt eine verkürzte Nachzugsfrist von bloss 12 Monaten. Für EU-BürgerInnen und SchweizerInnen, welche Kinder mit Voraufenthalt in einem EU-Staat nachziehen, gelten keine solchen Nachzugsfristen.

²⁵ Vgl. Kapitel 3.2.

²⁶ BGE 130 II 281, E. 3.1. Letztgenannte sind u.a. MigrantInnen, die mit einer SchweizerIn oder einer hier niedergelassenen AusländerIn verheiratet sind. Unter den Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK) können auch eheähnliche Beziehungen von homosexuellen PartnerInnen fallen (vgl. BGE 126 II 425, E.4).

Gemäss bundesrätlicher Botschaft zum AuG besteht der Sinn und Zweck dieser Nachzugsfristen in einer erleichterten Integration der nachgezogenen Kinder, für die eine umfassende Schulbildung in der Schweiz inklusive dem Erwerb einer Landessprache für eine erfolgreiche Zukunft zentral sei.²⁷ Sind diese Fristen verwirkt, so sollen die Migrationsämter gemäss der Weisung des BFM einen nachträglichen Familiennachzug aus integrationspolitischen Überlegungen nur sehr zurückhaltend bewilligen.²⁸ Der Gesetzgeber sieht jedoch vor, dass ein nachträglicher Nachzug beim Vorliegen «wichtiger familiärer Gründe» bewilligt werden kann.²⁹ Wie die nachfolgend aufgeführten Fälle zeigen, führen die Nachzugsfristen für die betroffenen Familien regelmässig zu schwierigen Situationen.

Fall 160³⁰: «Maria» wartete mit dem Nachzug ihrer zwei in Ecuador verbliebenen Kinder, bis sie die gesetzlich geforderten Voraussetzungen für einen Familiennachzug erfüllte. Dies wurde ihr und ihrem Schweizer Lebenspartner jedoch zum Verhängnis. Da in der Zwischenzeit die Nachzugsfrist für die 15-jährige «Carolina» abgelaufen war, weigerten sich die Behörden, ihrem Nachzug zuzustimmen. Sie bewilligten lediglich jenen ihres jüngeren Bruders «Marco». Obwohl dieser Entscheid eine Trennung des Geschwisterpaares zur Folge gehabt und die weitere Betreuung von «Carolina» nicht hätte gewährleistet werden können, wurde dieser folgenschwere Entscheid erst vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich korrigiert.

Fall 148³¹: «Alim» wuchs bei seinen Grosseltern väterlicherseits in der Türkei auf. Sein Vater «Onur» lebt seit der Heirat mit einer Schweizerin in der Schweiz. Als «Onur» sah, dass sich seine Eltern aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr um «Alim» kümmern konnten, beschloss er im Sommer 2009, seinen inzwischen 15-jährigen Sohn in die Schweiz nachzuziehen. Das Nachzugsgesuch wurde von der Migrationsbehörde des Kantons Waadt mit Hinweis auf die abgelaufene Nachzugsfrist abgelehnt. Obschon dieser Entscheid von der kantonalen Rekursinstanz korrigiert wurde, verweigerte das Bundesamt für Migration seine Zustimmung, da in seinen Augen keine wichtigen familiären Gründe für einen Nachzug «Alims» sprachen.³²

²⁷ Botschaft AuG BBl 2002, 3754; vgl. Spescha et al. 2009, Art. 47 AuG N 1.

²⁸ Weisung BFM-Ausländerbereich Ziff. 6.9.4 – Version 30.9.2011.

²⁹ Art. 47 Abs. 4 AuG.

³⁰ [Fall 160](#) vom 28.10.2011 (SBAA), gemeldet von der Rechtsvertreterin.

³¹ [Fall 148](#) vom 19.4.2011 (ODAE romand), gemeldet von La Fraternité du Centre social protestant Vaud.

³² Gegen den Entscheid des BFM ist zurzeit ein Rekurs beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

Fall 143³³: Nachdem die Russin «Alesja» einen Schweizer geheiratet hatte, kündigte sie beim thurgauischen Migrationsamt an, ihre 11-jährige, leicht behinderte Tochter «Irina» aus erster Ehe nachzuziehen. Das Amt nahm «Alesjas» Vorhaben zur Kenntnis, ohne diese jedoch über die strikten Nachzugsfristen zu informieren. Als der Nachzug nach einer Risikoschwangerschaft «Alesjas» endlich in die Wege geleitet werden konnte, war es schon zu spät: Das Gesuch wurde aufgrund der um drei Monate abgelaufenen einjährigen Nachzugsfrist der inzwischen 13-jährigen «Alesja» abgelehnt. Wichtige familiäre Gründe, die für einen Nachzug der gesundheitlich angeschlagenen Tochter hätten sprechen müssen, wurden verneint. Die Familie rekurrierte beim Departement für Justiz und Sicherheit, das ihr schliesslich Recht gab und dem nachträglichen Nachzug «Irinas» zustimmte.

3.1.1 Nachzugsfristen versus Nachzugsvoraussetzungen

Sowohl «Alesja» als auch «Maria» - beide im Besitz einer B-Bewilligung - warteten mit dem Nachzug ihrer in der Heimat verbliebenen Kinder, bis sie den in Art. 44 AuG genannten Kriterien (u.a. bedarfsgerechte Wohnung und finanzielle Eigenständigkeit) gerecht werden konnten. «Maria» verdiente als einfache Küchenhilfe zu wenig, als dass sie die finanziellen Voraussetzungen für einen Nachzug ihrer Kinder hätte erfüllen können. Es dauerte drei Jahre, bis sie sich innerhalb des Betriebes zur Küchenchefin hocharbeiten und ein genügend hohes Einkommen erzielen konnte. Auch für «Alesja» und ihren Mann stellte die Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit eine grosse Hürde dar. Sie benötigten ebenfalls mehrere Monate, bis sie genügend finanzielle Mittel vorweisen und in eine grössere Wohnung umziehen konnten. In beiden Fällen wurde die gesetzlich vorgeschriebene Frist für den Nachzug der Kinder von den Gesuchstellerinnen verpasst, weil sie die Bedingungen nach Art. 44 AuG noch nicht erfüllt hatten.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die knappen Nachzugsfristen überhaupt mit den in Art. 44 AuG genannten Voraussetzungen zu vereinbaren sind. Es ist eine migrationspolitische Realität, dass viele MigrantInnen erst eine gewisse Zeit benötigen – meist länger als ein Jahr – bis sie sich beruflich und gesellschaftlich in einem neuen Land integrieren können. Aufgrund dessen benötigen sie auch für die Erfüllung der materiellen Voraussetzungen gemäss Art. 44 AuG mehrere Monate bzw. Jahre. Insbesondere die einjährige Nachzugsfrist von Kindern über 12 Jahren trägt dieser Tatsache keine Rechnung. Gekoppelt mit den knappen Fristen werden die Nachzugskriterien für viele zu einer kaum überwindbaren Hürde.

³³ [Fall 143](#) vom 8.3.2011 (BAAO), gemeldet von der betroffenen Person.

3.1.2 Wichtige familiäre Gründe

Nach Ablauf der Fristen wird ein Nachzug nur dann bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Nachzug geltend gemacht werden können.³⁴ Solche Gründe liegen gemäss Art. 75 VZAE explizit dann vor, wenn das Kindeswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz gewahrt werden kann – dies wird allerdings nirgends näher konkretisiert. Festzustellen ist, dass das Bundesgericht in der Anerkennung wichtiger familiärer Gründe sehr restriktiv ist, da ein Nachzug nach Ablauf der Fristen die Ausnahme und nicht die Regel darstellen sollte.³⁵ Bei der Beurteilung spielen insbesondere die Intensität der Eltern-Kind-Beziehung sowie eine nicht mehr gewährleistete Betreuungssituation im Herkunftsstaat eine bedeutende Rolle.³⁶ Das Bundesgericht erwähnt jedoch auch explizit, dass Art. 47 Abs. 4 AuG «*in einer mit dem Grundrecht der Achtung des Familienlebens nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK vereinbaren Weise auszulegen*» sei.³⁷

In den erwähnten Fällen hatten die Behörden bzw. die Gerichte immer auch zu prüfen, ob ein nachträglicher Familiennachzug durch wichtige familiäre Gründe gerechtfertigt werden konnte. Dabei zeigt sich, dass je nach Behörde unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, was zum Wohl des Kindes und dessen Schutz beiträgt und was ihm abträglich ist.

3.1.2.1 Betreuungssituation

Allen drei Fällen ist gemeinsam, dass sich die Betreuungssituation der nachziehenden Kinder in der Heimat drastisch verschlechtert hatte und diese trotz der räumlichen Trennung regelmässige und intensive Kontakte mit ihren Vätern bzw. Müttern pflegten.³⁸ In «Alims» Fall konnten sich seine Grosseltern aufgrund ihres schlechten Gesundheitszustands nicht länger um ihn kümmern. Weitere nahe Verwandte kamen ebenso wenig für seine Betreuung in Frage. Hinzu kam, dass ein schweres Erdbeben das grosselterliche Haus zerstört hatte. «Alim» wurde vorübergehend in einem Internat untergebracht, wo er sich jedoch sehr isoliert fühlte und in einen depressiven Zustand verfiel. Auch bei der an einem Geburtsgebrechen leidenden «Irina» konnten ihre 73- bzw. 81-jährigen Grosseltern aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr für ihre aufwendige Fürsorge und Pflege aufkommen. Bei «Carolina» und «Marco» wurde die Betreuungssituation ebenfalls zusehend prekär, da deren Tante aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit und ihrer Gesundheitsprobleme mit der Betreuung der Kinder überfordert war. Auch ihr leiblicher Vater, der als Wanderarbeiter keinen festen Wohnsitz hatte, kam für eine altersgerechte Betreuung der beiden nicht in Frage.

³⁴ Art. 47 Abs. 4 AuG.

³⁵ Statt vieler: BGE 2C_205/2011 vom 3.10.2011, E. 4.4.

³⁶ Vgl. BGE 2C_981/2010 vom 26.1.2012, E. 4.2 mit Hinweis auf BGE 136 II 78.

³⁷ U.a.2C_709/2010 vom 25.2.2011 E. 5.1.1. Dies wird auch von der Lehre mit Nachdruck postuliert.

³⁸ Hinzuweisen ist an dieser Stelle auch auf [Fall 168](#) vom 3.1.2012 (BAAO), gemeldet vom Rechtsvertreter.

Trotz der prekären bzw. nicht mehr vorhandenen Betreuung der Kinder haben die Behörden in sämtlichen Fällen wichtige familiäre Gründe ausgeschlossen und damit implizit bekräftigt, dass derart unzulängliche Betreuungssituationen mit dem Kindeswohl (Art. 3 KRK) vereinbar seien. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass eine nicht gewährleistete Betreuungssituation durch Familienangehörige dem Kindeswohl nicht entgegensteht. So hat es in einem Entscheid gar festgehalten, dass das im Heimatland zurückbleibende Kind ja ins Internat gehen könne, wenn es ohne Eltern im Herkunftsland zurückbleibe.³⁹ Im Falle von «Alim» hielt das BFM fest, dass es trotz unzureichender Betreuung durchaus in seinem Interesse sei, in der Türkei bleiben zu können und er die Beziehung zu seinem Vater mit regelmässigen Besuchen aufrechterhalten könne. Zudem würde er ja vom Vater finanziell unterstützt.⁴⁰ Selbst bei der auf intensive Betreuung angewiesenen «Irina» kam das Migrationsamt zum Schluss, dass es ihr zugemutet werden könne, weiterhin bei ihren Grosseltern zu bleiben. Folgendes Zitat zeigt zudem, dass «Irinas» körperliche Behinderung bei der Gesuchsbeurteilung völlig ausser Acht gelassen wurde: *«Mit zunehmendem Alter der Kinder sinkt die Notwendigkeit einer Betreuung durch ihre Eltern oder Grosseltern»*.⁴¹ Einem knapp 13-jährigen, behinderten Kind eine adäquate Betreuung vorzuenthalten, lässt sich nicht mit den Garantien der Kinderrechtskonvention in Einklang bringen. Dies sah auch die Rekursinstanz so: *«Unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände gebietet es das Kindeswohl, dass [«Irina»] trotz verpasster Frist (...) zu ihrer Mutter (...) in die Schweiz nachgezogen werden kann»*.⁴²

Häufig wird von den Behörden auch angeführt, dass die Eltern selbst schuld seien, wenn sie ihre Kinder freiwillig in der Heimat zurückliessen.⁴³ Diese Argumentation lässt allerdings vermuten, dass es den Behörden nicht wirklich um das Kindeswohl geht, sondern vielmehr um eine «Belehrung» oder «Bestrafung» der Eltern. Immer, wenn Kinder betroffen sind, sollte das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt werden (Art. 3 KRK). Auch Art. 75 VZAE hebt hervor, dass bei der Beurteilung von wichtigen familiären Gründen das Kindeswohl massgebend ist. Die erwähnte Begründung zeigt eine Kurzsichtigkeit der Migrationsbehörden, welche gerade in diesem Bereich verheerende Folgen haben kann. Die Gründe, weshalb Menschen ihr Heimatland verlassen, sind zahlreich. Das Weggehen ist oft mit grossen Schwierigkeiten und finanziellen Opfern verbunden. In diesem Kontext von einem «freiwilligen Zurücklassen» zu sprechen, ist meist eine zu einfache Erklärung und trägt der Situation der Einzelnen keine Rechnung.

³⁹ 2C_205/2011 vom 3.10.2011, E. 4.7.

⁴⁰ Sinngemäss aus der Verfügung des BFM (Februar 2011).

⁴¹ Verfügung des Migrationsamts Thurgau (Februar 2010).

⁴² Rekursentscheid des Departements für Justiz und Sicherheit Thurgau (August 2010).

⁴³ So haben die Behörden auch in [Fall 162](#) (Kapitel 4.2) argumentiert: *«Im Übrigen ist festzuhalten, dass «Cazim» und «Amela» die Trennung von ihrem Sohn freiwillig herbeigeführt haben»* (Verfügung Migrationsamt Zürich, November 2010).

3.1.2.2 Integrationschancen

Ein weiteres Element bei der Beurteilung wichtiger familiärer Gründe stellen die potentiellen Integrationschancen der nachziehenden Kinder in der Schweiz dar. Im Falle von «Alim», dem 15-jährigen türkischen Jungen, begründete das BFM seinen negativen Entscheid u.a. damit, dass «Alim» in der Türkei geboren sei, stets dort gelebt habe und auch kein Französisch spreche. Aus diesen Gründen sei ihm ein weiterer Verbleib in der Türkei – auch ohne die Betreuung durch nahe Verwandte – durchaus zuzumuten. Ausserdem sei er aufgrund seines Alters ohnehin nicht auf die väterliche Betreuung angewiesen. Die Behörden stimmten im Jahre 2002 jedoch dem Nachzug seines damals ebenfalls 15-jährigen Bruders zu,⁴⁴ der sich in der Zwischenzeit sehr gut integriert hat und über eine C-Bewilligung verfügt. Bei der ebenfalls 15-jährigen «Carolina» argumentierte die Rekursinstanz in ähnlicher Weise, obschon das Mädchen direkt in eine Oberstufenklasse eingeschult worden wäre und sie zusätzlich intensiven Deutschunterricht hätte besuchen können: *«[Sie] spricht nicht Deutsch und müsste bei einer Übersiedlung in die Schweiz mit erheblichen sprachlichen und sozialen Schwierigkeiten rechnen»*.⁴⁵

Auffallend ist, dass in den dokumentierten Fällen meist grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass sich Kinder über 12 Jahre kaum in die hiesigen Strukturen integrieren können. Eine neue Studie, welche die Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen in Auftrag gegeben hat, bestätigt, dass Kinder über 12 Jahre von den Kantonen tendenziell als «integrationsunfähig» eingestuft werden.⁴⁶ Gemäss dieser Studie setzen aus diesem Grund auch zehn der 25 befragten Kantone beim Familiennachzug von Personen mit einer B-Bewilligung tiefere Altersfristen fest, als sie gesetzlich vorgesehen sind. Ein Kanton setzt die Altergrenze bei 16 Jahren, zwei Kantone bei 14 Jahren und sieben Kantone bewilligen den Kindernachzug in der Regel nur bis 12 Jahre.⁴⁷ Diese, von den Kantonen festgelegte Praxis ist äusserst bedenklich.

Da Personen mit einer B-Bewilligung keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug haben, liegt es im Ermessen der Behörden, die Altersfristen herabzusetzen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Kantone mit diesen tiefen Altersgrenzen nicht ihren Ermessensspielraum überschreiten und willkürlich handeln. Zudem widerspricht diese Praxis sichtlich der Intention des Gesetzgebers, der seiner Auffassung, dass eine erfolgreiche Integration bei fortgeschrittenem Alter schwieriger sei, bereits bei der Festlegung der gesetzlichen Nachzugsfristen Rechnung getra-

⁴⁴ 2002 war noch das alte Ausländergesetz ANAG in Kraft. Gemäss den damals geltenden Nachzugsregelungen war der Nachzug von Kindern an keine Fristen gebunden. Allerdings galten viel höhere Anforderungen für einen Nachzug durch nur einen Elternteil.

⁴⁵ Rekursentscheid der Sicherheitsdirektion Zürich (Februar 2011).

⁴⁶ Wichmann et. al. 2011, 80.

⁴⁷ Ebd. Um welche Kantone es sich hierbei konkret handelt, wird aus der Studie nicht ersichtlich, da die Resultate anonym dargestellt wurden.

gen hat.⁴⁸ Es ist deshalb äusserst fraglich, ob dieses Kriterium von den Kantonen «doppelt» berücksichtigt werden darf. Kinder über 12 Jahre erhalten zudem nur eine Aufenthaltsbewilligung und keine Niederlassungsbewilligung – womit bereits mit der Bewilligungskategorie deren Integrationschancen vermindert eingestuft werden. Die Praxis, allenfalls mögliche Integrationsschwierigkeiten von Kindern bereits bei der Frage, ob ein Nachzug legitim ist oder nicht, zu erwägen, scheint nicht zulässig zu sein.

3.1.2.3 Trennung von Geschwistern und Kindesanhörungen

Bei «Carolina» und «Marco» ist auch sehr problematisch, dass die Ablehnung von «Carolinas» Nachzugsgesuch zu einer Trennung von ihrem Bruder geführt hätte. Da sich «Carolina» lange Zeit alleine um «Marco» kümmerte, verbindet die beiden ein enges Verhältnis. Das Geschwisterpaar würde sehr stark unter einer Trennung leiden, was in höchstem Masse dem vorrangig zu berücksichtigenden Kindeswohl widerspräche. Die Rekursinstanz sah dies jedoch nicht so: *«Trotz der Trennung von ihrem mehr als sechs Jahre jüngeren Bruder bei dessen Übersiedlung in die Schweiz wird ihr Kindeswohl auch bei einem Verbleib [in Ecuador] gewahrt. Die Beziehung zu «Marco» (...) kann mit den Mitteln der Telekommunikation und gegenseitigen Besuchen aufrecht erhalten werden».*⁴⁹

Diese Auffassung wird auch vom Bundesgericht geteilt. Im Entscheid 2C_205/2011 vom 3.10.2011 ging es um einen in der Schweiz niedergelassenen Vater, der ein Nachzugsgesuch für seine Ehefrau und seine drei Kinder gestellt hatte. Die Nachzugsfrist der beiden älteren Söhne war abgelaufen, weshalb nur das Gesuch der Mutter und des jüngsten Kindes gutgeheissen wurde. Die mögliche Trennung des jüngsten Kindes von seinen zwei älteren Geschwistern würde dabei gemäss Bundesgericht dem Kindeswohl nicht entgegenstehen. Das Bundesgericht prüfte unter diesem Aspekt allerdings nur die Situation des einreiseberechtigten Kindes – die Situation der im Heimatland verbleibenden Geschwister wurde unter dem Aspekt der Geschwistertrennung gar nicht erst angeschaut. Weiter zog das Gericht in Erwägung, dass die Mutter zusammen mit ihren drei Kindern in der Heimat verbleiben und den Kontakt zum Ehemann und Vater der Kinder weiterhin aus der Ferne pflegen könne. Diese Argumentation ist allerdings sehr problematisch und widerspricht dem vom Bundesgericht entwickelten Grundsatz, dass Art. 47 Abs. 4 AuG in einer mit dem Grundrecht auf Achtung des Familienlebens vereinbarten Weise auszulegen sei. Mit dieser Rechtsprechung wird die Ausübung des Familienlebens nämlich verunmöglicht. Eine Trennung von Geschwistern dürfte für die betroffenen Kinder in den meisten Fällen traumatisierend sein. Weshalb das Bundesgericht so leichthin annimmt, dass eine Trennung dem Kindeswohl nicht entgegensteht, ist nicht nachvollziehbar. Die schweizerische Rechtsprechung vermeidet in der Regel eine Trennung von Geschwistern bei

⁴⁸ Vgl. dazu auch Spescha 2009 et. al., Art. 47 AuG N 1.

⁴⁹ Rekursentscheid der Sicherheitsdirektion Zürich (Februar 2011).

der Scheidung oder Trennung ihrer Eltern. Sie stützt sich dabei auf die kinderpsychiatrische Erkenntnis, dass sich die geschwisterliche Bindung in dem Masse intensiviert, in dem sich die Familienstrukturen auflösen. Kinder, deren Eltern im Ausland weilen, befinden sich in einer ähnlichen Situation. Abweichende Lösungen bedürfen also einer qualifizierten Begründung. Für die Trennung von Geschwistern in ausländerrechtlichen Kontexten gibt es offensichtlich keine genügende Rechtfertigung.

Weiter fällt auf, dass die nachziehenden Kinder selten persönlich angehört werden. Auch in «Carolinas» Fall entschied die Rekursinstanz, ohne ihr die Gelegenheit zu geben, sich zu einer Trennung von ihrem Bruder zu äussern. Art. 47 Abs. 4 AuG sieht jedoch vor, dass Kinder über 14 Jahre zum Familiennachzug angehört werden, sofern dies erforderlich ist. Im familienrechtlichen Kontext hat das Bundesgericht anerkannt, dass die Anhörung von Kindern als deren Persönlichkeitsrecht anzusehen ist.⁵⁰ Bei Scheidungen wird beispielsweise davon ausgegangen, dass eine Anhörung bereits ab sechs Jahren möglich ist.⁵¹ Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb im migrationsrechtlichen Kontext etwas anderes gilt. Soll das Kindeswohl tatsächlich vorrangig Beachtung finden, so ist es unumgänglich, die Meinung der Kinder zumindest anzuhören und sie in die Entscheidung miteinzubeziehen. Es ist daher sehr bedenklich, dass das Bundesgericht die pauschale Aussage macht, *«dass eine Übersiedlung in ein anderes Land vor allem für Kinder bzw. Jugendliche, die mindestens schon ihren 13. Geburtstag hatten (...), einen bedeutenden Eingriff darstellt. (...) Das Kindeswohl kann also auch für die Beibehaltung des bisherigen Zustandes sprechen»*.⁵² Man weiss, dass eine Übersiedlung in ein fremdes Land für Kinder schwierig sein kann. Es ist aber in höchstem Mass befremdlich, wenn die Verwaltungsbehörden und Gerichte, ohne die Meinung der betroffenen Kinder zu kennen, darüber bestimmen, dass das Kindeswohl besser gewahrt ist, wenn sie im Heimatland verbleiben, als wenn sie ihren Eltern und Geschwistern in die Schweiz folgen.

3.2 Inländerdiskriminierung⁵³

SchweizerInnen, die ihre ausländischen Familienangehörigen in die Schweiz nachziehen wollen, sind gegenüber EU-BürgerInnen regelmässig schlechter gestellt. So können EU-BürgerInnen unter anderem einen weiteren Kreis von Familienangehörigen nachziehen und müssen keine Nachzugsfristen einhalten. Sie können auch ihre Stiefkinder sowie Eltern bzw. Schwiegereltern nachziehen und müssen nicht zwingend mit diesen zusammenwohnen. SchweizerInnen können von diesen erleichterten Voraussetzungen nur dann Gebrauch machen, sofern die

⁵⁰ BGE 131 III 553, E. 1.1. Detaillierte Ausführungen zum Thema Kindesanhörungen im Zivilrecht und Migrationsrecht siehe Rumo-Jungo und Spescha 2009, 1103 ff.

⁵¹ BGE 131 III 553, E. 1.2.3.

⁵² BGE 2C_205/2011, E. 4.4.

⁵³ Dieses Kapitel befasst sich nur mit ein paar wenigen Aspekten der Inländerdiskriminierung. Ein Überblick über sämtliche Problembereiche findet sich in: Trippel 2011, 1 - 12.

nachzuziehenden Angehörigen zuvor in einem EU-Staat anwesenheitsberechtigt waren. Werden sie hingegen direkt aus einem Drittstaat nachgezogen, unterliegen sie den strengeren Voraussetzungen nach Art. 42 Abs. 1 AuG (Kindernachzug nur bis 18 Jahre, kein Nachzug von Eltern, Zusammenwohnen etc.). Die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen führen demnach zu einer sogenannten Inländerdiskriminierung.

Diese Diskriminierung ist Folge der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH). Im Fall «Akrich» hatte der EuGH entschieden, dass Angehörige von EU-BürgerInnen nur von den erweiterten europäischen Nachzugsrechten Gebrauch machen können, sofern die Angehörigen zuvor über ein Anwesenheitsrecht in einem EU-Staat verfügten.⁵⁴ Diese Praxis wurde vom Bundesgericht für das FZA übernommen.⁵⁵ Um SchweizerInnen in Bezug auf den Familiennachzug nicht schlechter zu stellen, wurde eine analoge Regelung ins AuG aufgenommen – der heutige Art. 42 Abs. 2 AuG. Mittlerweile hat der EuGH jedoch im Urteil «Metock»⁵⁶ seine Rechtsprechung bezüglich Nachzugsrechten geändert und entschieden, dass BürgerInnen der EU vom erweiterten Familiennachzug auch dann Gebrauch machen können, wenn die Familienangehörigen direkt aus Drittstaaten nachgezogen werden. Im Sinne einer Parallellität der Rechtslage hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung für Art. 3 Anhang I FZA übernommen.⁵⁷ Art. 42 Abs. 2 AuG wurde dieser Entwicklung jedoch bis heute nicht angepasst, womit SchweizerInnen vom erweiterten Nachzugsrecht weiterhin nur profitieren können, wenn ihre Angehörigen zuvor in einem EU-Staat aufenthaltsberechtigt waren. Die folgenden Fälle illustrieren diese Ungleichbehandlung und beleuchten die Problematik insbesondere bezüglich des Kreises der nachzugsberechtigten Personen.

3.2.1 Nachzug von Eltern und Schwiegereltern

*Fall 156⁵⁸: Die 67-jährige «Iljana» ist Witwe und lebt in Bosnien-Herzegowina. Sowohl ihre Kinder als auch Grosskinder wohnen in der Schweiz und sind hier eingebürgert oder verfügen über eine Niederlassungsbewilligung. Nachdem sich der Gesundheitszustand von «Iljana» drastisch verschlechtert hatte, reichte ihr Sohn «Janko», der seine Mutter finanziell unterstützt, ein Nachzugsge-
such für sie ein. Da «Iljana» aber über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht in einem EU-Staat verfügt, wurde ihr Gesuch abgelehnt. Ein Rekurs ist zurzeit vor dem Bundesgericht hängig.*

⁵⁴ EuGH Urteil vom 23.9.2003 i.S. Akrich (C-109/01).

⁵⁵ BGE 130 II 1, E. 3.6.4.

⁵⁶ EuGH Urteil vom 25.7.2008 i.S. Metock (C-127/08).

⁵⁷ BGE 136 II 5.

⁵⁸ [Fall 156](#) vom 29.8.2011 (ODAE romand), gemeldet vom Centre social protestant Vaud.

Fall 152⁵⁹: «Jahara» lebt nach ihrer Flucht aus Somalia unter prekären Verhältnissen in einem kenianischen Flüchtlingslager. Sie wird von ihren beiden Töchtern finanziell unterstützt, die seit 1994 in der Schweiz leben und hier eingebürgert sind. Da «Jahara» keine nahen Verwandten in Somalia oder Kenia hat und täglich riskiert, Opfer milizischer Übergriffe zu werden, beantragen die beiden Töchter einen Nachzug ihrer Mutter in die Schweiz. Das Gesuch wird jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass «Jahara» über keine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung in einem EU-Staat verfüge, die für einen Familiennachzug in dieser Konstellation gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG vorliegen müsste.⁶⁰

In beiden Fällen sähe die Situation gänzlich anders aus, wenn «Janko» bzw. «Jaharas» Töchter nicht über das Schweizer Bürgerrecht verfügen würden, sondern Angehörige der Europäischen Union wären. Als EU-BürgerInnen hätten sie sich auf Art. 3 Anhang I FZA berufen können, welcher Angehörigen in aufsteigender Linie (also Eltern oder Schwiegereltern) einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug verleiht; unabhängig davon, ob sie aus einem EU- oder einem Drittstaat nachgezogen werden. Schweizer BürgerInnen sind im Hinblick auf den Nachzug von Familienangehörigen gegenüber EU-BürgerInnen demnach deutlich schlechter gestellt. Diese Ungleichbehandlung stellt eine Diskriminierung dar (Art. 8 BV und Art. 14 EMRK), was in «Jankos» Fall auch vom Verwaltungsgericht des Kantons Waadt bestätigt wurde. Zuvor hatte in einem anderen Fall bereits das Bundesgericht festgehalten (BGE 136 II 20), dass diese Ungleichbehandlung einer Diskriminierung gleichkomme. Allerdings hat es darauf verzichtet, die Diskriminierung aufzuheben. Vielmehr vertrat das Gericht den Standpunkt, dass es aus Gründen der Gewaltenteilung Aufgabe des Gesetzgebers sei, diese gesetzliche Diskriminierung zu beseitigen und das Ausländergesetz entsprechend zu ändern. Nationalrat Andy Tschümperlin hatte mit seiner parlamentarischen Initiative⁶¹ genau diese Änderung beabsichtigt. Das Parlament hat seinen Vorstoss jedoch am 28. September 2011 definitiv abgelehnt, womit die Inländerdiskriminierung bis auf Weiters bestehen bleibt. Im Sinne des bundesgerichtlichen Appells hat das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen diese Inländerdiskriminierung durch seine Rechtsprechung beseitigt und erklärt, dass Art. 42 Abs. 2 AuG, und damit das erweiterte Nachzugsrecht, auch in den Fällen anwendbar sei, in denen die nachzuziehende Person kein Anwesenheitsrecht in einem EU-Staat besitze.⁶²

Der Fall von «Iljana» und «Janko» zeigt besonders gut auf, welche absurden Auswirkungen die gesetzliche Regelung von Art. 42. Abs. 2 AuG hat: «Janko» ist mit einer Französin verlobt. So-

⁵⁹ [Fall 152](#) vom 22.6.2011 (ODAE romand), vom Centre social protestant Genève.

⁶⁰ Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Zudem wurde darin auch die negative Beurteilung des gleichzeitig eingereichten Härtefallgesuchs durch das BFM angefochten. Das Urteil steht noch aus.

⁶¹ Parlamentarische Initiative Andy Tschümperlin ([10.427](#)) *Beseitigung und Verhinderung von Inländerdiskriminierung* vom 19.3.2010.

⁶² Urteil Verwaltungsgericht St. Gallen vom 6.7.2011.

bald die beiden verheiratet sind, könnte «Iljana» doch noch in die Schweiz nachgezogen werden, da sich «Jankos» zukünftige Gattin als Französin auf das Freizügigkeitsabkommen berufen kann. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA können Angehörige eines EU-Staates die eigenen Verwandten sowie die Verwandten des Ehegatten nachziehen. «Janko» wird «Iljana» also, mit Zustimmung seiner Ehefrau, gestützt auf diese Bestimmung in die Schweiz holen können.

3.2.2 Nachzug von Stiefkindern

Schweizer BürgerInnen sind gegenüber EU-BürgerInnen nicht nur beim Nachzug ihrer Eltern bzw. Schwiegereltern schlechter gestellt, sondern auch, wenn sie die leiblichen Kinder ihrer Ehegatten nachziehen möchten.

Fall 136⁶³: «Ratana» verliess 2005 ihre Heimat Thailand, um den Schweizer Bürger «Philippe» zu heiraten. Da «Saraï», ihre Tochter aus erster Ehe, in Thailand bleiben wollte, liess «Ratana» sie in der Obhut der Grosseltern zurück. Vier Jahre später ersuchte sie um «Saraï» Nachzug, da einerseits die Grosseltern aus gesundheitlichen Gründen kaum mehr im Stande waren, sich um sie zu kümmern und «Saraï» andererseits wiederholt Opfer sexueller Belästigungen geworden war. Das Gesuch wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die 12-monatige Nachzugsfrist für die 14-jährige «Saraï» abgelaufen sei und keine wichtigen familiären Gründe für einen nachträglichen Nachzug sprechen würden.

Wie in Kapitel 2 erwähnt, richtet sich der Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen und Schweizer BürgerInnen nach den Bestimmungen des AuG. Da «Ratana» aus Thailand stammt und ihr Ehemann «Philippe» Schweizer Bürger ist, kann nur «Ratana» ihre Tochter – gestützt auf Art. 44 AuG – in die Schweiz nachziehen. Das Bundesgericht hat in Beachtung des Urteils «Baumbast» des EuGH⁶⁴ entschieden, dass in der Schweiz anwesenheitsberechtigte EU-Staatsangehörige auch die Verwandten in auf- und absteigender Linie ihrer Ehegatten (d.h. Stiefkinder und Schwiegereltern) in die Schweiz nachziehen können.⁶⁵ Die Übernahme dieser Rechtsprechung hat auch hier zur Folge, dass SchweizerInnen gegenüber EU-BürgerInnen diskriminiert werden: Da «Ratana» mit einem Schweizer verheiratet ist, konnte bloss sie als leibliche Mutter das Nachzugsgesuch für «Saraï» stellen. Für «Philippe» bestand indessen keine Möglichkeit, ein Nachzugsgesuch für seine Stieftochter einzureichen. Wäre «Philippe» nicht Schweizer, sondern EU-Staatsangehöriger, hätte nicht nur «Ratana» nach Art. 44 AuG das Nachzugsgesuch stellen können, sondern auch «Philippe». In diesem Fall hätte die Nachzugs-

⁶³ [Fall 136](#) vom 6.1.2011 (ODAE romand), gemeldet von La Fraternité du Centre social protestant Vaud.

⁶⁴ EuGH Urteil vom 17.9.2002 i.S. Baumbast (C-413/1999).

⁶⁵ BGE 136 II 65, E. 4.4.

frist keine Rolle gespielt, da EU-BürgerInnen, welche ihre Familienangehörigen nachziehen, dies nicht unter Beachtung einer Frist tun müssen – egal ob die Kinder aus einem EU-Staat oder einem Drittstaat nachgezogen werden. Dem Nachzug von «Sarai» hätte also nichts im Wege gestanden.

3.3 Familiennachzug für Personen mit vorläufiger Aufnahme

Nebst den ausländerrechtlichen Bewilligungen (C, B, L) kennt das AuG auch den Status der vorläufigen Aufnahme (F-Ausweis). Es handelt sich hierbei um MigrantInnen, welche etwa wegen der Situation in ihrem Herkunftsland (z.B. Bürgerkrieg), aus gesundheitlichen oder weiteren Gründen nicht dorthin zurückkehren können.⁶⁶ Zu den vorläufig Aufgenommenen gehören auch Flüchtlinge, welche jedoch aufgrund eines Asylausschlussgrundes⁶⁷ kein Asyl erhalten haben.⁶⁸ Auch vorläufig Aufgenommene können ihre Familienangehörigen unter gewissen Voraussetzungen in die Schweiz nachziehen, ein rechtlicher Anspruch besteht jedoch nicht. Die Nachzugskriterien sind identisch mit jenen von AufenthaltlerInnen (B-Bewilligung); allerdings kommt hinzu, dass vorläufig Aufgenommene frühestens nach Ablauf einer dreijährigen Wartefrist ein Gesuch um Familiennachzug stellen können. Wird ein Nachzugsgesuch gutgeheissen, so werden auch die Familienangehörigen vorläufig aufgenommen.

Fall 164⁶⁹: Der syrische Kurde «Delal» verfügt seit 2006 über eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz. Nach Ablauf der dreijährigen Wartefrist reichte er im April 2009 ein Nachzugsgesuch für seine Frau «Sema» ein. Das BFM wies daraufhin die Schweizer Botschaft in Damaskus an, Abklärungen zu seiner Identität und zur Gültigkeit der Eheschliessung durchzuführen. Diese Abklärungen brachten jedoch falsche Informationen zu Tage, die das BFM dazu veranlasseten, einen Widerruf von «Delals» vorläufiger Aufnahme in Erwägung zu ziehen. Auf Intervention seines Anwalts konnte dies verhindert werden. Erneut wurde «Delal» gebeten, alle Unterlagen für den Nachzug seiner Frau einzureichen. Aufgrund eines knappen Fehlbetrags erwog das BFM, «Semas» Nachzug zu verweigern. Obwohl sich die Sicherheitslage in Syrien von Tag zu Tag verschlechterte, stimmte das BFM einem Nachzug erst zu, als «Delal» einen zusätzlichen Nebenerwerb gefunden hatte. Im Juni 2011 - zwei Jahre und zwei Monate nach Gesuchseinreichung - konnte das Ehepaar endlich vereint werden.

⁶⁶ Das BFM ordnet vorläufige Aufnahmen an, wenn der Vollzug der Wegweisung für eine ausländische Person unzumutbar, unzulässig oder unmöglich ist (vgl. Art. 83 AuG).

⁶⁷ Z.B. aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe (Art. 54 AsylG).

⁶⁸ Von 23'310 vorläufig aufgenommenen Personen waren im 2011 3'902 Personen vorläufig als Flüchtlinge aufgenommen (BFM Asylstatistik (unkommentiert), 1).

⁶⁹ [Fall 164](#) vom 3.11.2011 (SBAA), gemeldet vom Rechtsvertreter.

Fall 157⁷⁰: «Abiel» musste bei seiner Flucht aus Eritrea seine Frau «Delina» und seine vier Kinder zurücklassen. Er wurde 2008 in der Schweiz vorläufig als Flüchtling aufgenommen. Aufgrund massiver Drohungen der eritreischen Behörden flüchtete «Delina» mit den Kindern in den Sudan, wo sie unter schwierigsten Bedingungen in einem Flüchtlingslager im Osten des Landes lebten und stets riskierten, nach Eritrea abgeschoben zu werden. Da «Abiel» vor Ablauf der Dreijahresfrist seine Familie nicht in die Schweiz holen konnte, reichte «Delina» 2009 für sich und die Kinder gestützt auf Art. 20 AsylG ein Asylgesuch auf der Schweizer Botschaft in Karthum ein. Das BFM wies das Gesuch jedoch ab, da «Delina» und den Kindern zugemutet werden könne, getrennt vom Ehemann bzw. Vater in einem sudanesischen Flüchtlingslager zu leben. Die daraufhin erhobene Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht vermochte diesen Entscheid allerdings umzustossen. «Delina» und ihren vier Kindern wurde im November 2011 die Einreise in die Schweiz gestattet.

3.3.1 Wartefrist für den Familiennachzug

Vorläufig Aufgenommene dürfen per Gesetz hier leben und arbeiten, aber wie der Name bereits suggeriert, ist diese «Duldung» zeitlich beschränkt. Sobald eine Rückkehr ins Heimatland als möglich, zulässig oder zumutbar eingestuft wird, verfügt das BFM über die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme.⁷¹ Aufgrund dieser unsicheren Rechtsstellung wurde beim Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen eine zusätzliche Wartefrist von drei Jahren eingeführt und damit eine gewisse Dauerhaftigkeit der Anwesenheit vorausgesetzt, bevor ein Nachzugsgesuch eingereicht werden kann.⁷² Viele vorläufig Aufgenommene verbleiben jedoch entgegen der gesetzgeberischen Annahme häufig dauerhaft in der Schweiz, da ihre Wegweihungshindernisse nie wegfallen.⁷³

Dies bestätigen einerseits verschiedene Fälle aus der Praxis⁷⁴, andererseits auch die Zahlen der aktuellen Asylstatistik: per Ende 2011 lebten 23'310 Personen mit einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz. 84.8% davon sind bereits länger als drei Jahre hier; 43.7% sogar länger als sieben Jahre.⁷⁵ Somit ist bei einer Mehrheit der vorläufig Aufgenommenen von einem dauerhaften Aufenthalt in der Schweiz auszugehen⁷⁶, womit auch die dreijährige Wartefrist beim Familien-

⁷⁰ [Fall 157](#) vom 2.9.2011 (SBAA), gemeldet von der Freiplatzaktion Zürich. Ein Fall-Update findet sich im [SBAA-Newseintrag](#) vom 24.11.2011.

⁷¹ Art. 84 AuG. Dies gilt auch für nachgezogene Familienangehörige, die in die vorläufige Aufnahme einer Person einbezogen sind.

⁷² Spescha et. al. 2009, Art. 85 AuG N 12.

⁷³ Grund hierfür kann beispielsweise eine anhaltende Verfolgung im Heimatstaat sein.

⁷⁴ Vgl. oben zitierte Fälle sowie die Fälle [119](#) (SBAA) und [58](#) (BAAO).

⁷⁵ BFM, Kommentierte Asylstatistik 2011, 5; 9.

⁷⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Vernehmlassung zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 23.11.2011, 47 ff.

nachzug nicht gerechtfertigt erscheint. Da vorläufig aufgenommene Personen zudem nicht in ihr Heimatland zurückkehren können, stellt die Familienzusammenführung in der Schweiz die einzige Möglichkeit dar, überhaupt ein Familienleben führen zu können.⁷⁷ Unter diesen Aspekten erscheint eine Motion der SVP-Fraktion vom September 2011⁷⁸, welche die Möglichkeit des Familiennachzugs für vorläufig Aufgenommene ganz unterbinden will, als äusserst realitätsfern und mit Art. 8 EMRK nicht vereinbar.

3.3.2 Nachzugskriterien

Es ist offensichtlich, dass die Nachzugskriterien für Personen mit einer vorläufigen Aufnahme noch schwieriger zu erfüllen sind, als für Personen mit einer B-Bewilligung. Insbesondere die Anforderungen an die finanziellen Mittel und die bedarfsgerechte Wohnung sind für vorläufig Aufgenommene unverhältnismässig hoch, zumal diese Gruppe lange Zeit weder sprachlich noch beruflich gefördert wurde. Die grosse Mehrheit der Kantone hat erst in den vergangenen zwei Jahren spezifische Massnahmen ergriffen, um die Integration von vorläufig Aufgenommenen zu unterstützen.⁷⁹ Kommt hinzu, dass es für viele ArbeitgeberInnen unattraktiv ist, vorläufig Aufgenommene anzustellen, da diese über einen unsicheren Aufenthaltsstatus verfügen. Auch hier ist ein Blick in die Asylstatistik aufschlussreich: 15'342 der insgesamt 23'310 Personen mit vorläufiger Aufnahme sind erwerbsfähig. Davon sind aber lediglich 5'746 Personen tatsächlich erwerbstätig.⁸⁰ «Delal» zählt zu den Erwerbstätigen und somit zu jenen Personen, denen es trotz unsicherem Aufenthaltsstatus gelungen ist, eine Festanstellung in einem Catering-Betrieb zu finden. Obwohl ihm diese Anstellung ermöglichte, wirtschaftlich auf eigenen Füüssen zu stehen, wurde seinem Nachzugsbegehren aufgrund eines minimalen Fehlbetrags von 195.55 Franken nicht stattgegeben. Die Berechnung des aargauischen Migrationsamtes berücksichtigte jedoch weder die ihm zustehende Prämienverbilligung noch seinen 13. Monatslohn. Gesagt wurde zudem, dass «Delals» 1.5-Zimmerwohnung für das Paar zu klein sei.⁸¹ In Anbetracht der schwierigen Situation, in welcher sich «Delal» als vorläufig Aufgenommener befindet und der Leistungen, welche er trotz allem erbracht hat, ist es unverständlich, dass ihm die Behörden während mehr als zwei Jahren den Nachzug seiner Ehefrau verweigerten.

⁷⁷ Spescha et. al. 2009, Art. 85 AuG N 12.

⁷⁸ Motion SVP-Fraktion ([11.3920](#)) *Kein Familiennachzug für vorläufig Aufgenommene* vom 29.9.2011.

⁷⁹ Vgl. Wichmann et. al. 2011, 88 ff.

⁸⁰ BFM, Asylstatistik 2011 (unkommentiert), 7.

⁸¹ Vgl. Kapitel 4.1.

3.3.3 Die spezielle Situation von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen

Bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen erscheint die dreijährige Wartefrist für den Familiennachzug in Anbetracht ihrer Situation noch viel verfehlt.⁸² Bei Flüchtlingen mit Asylstatus hat der Gesetzgeber der besonderen Situation von Flüchtlingen Rechnung getragen. Wie in Kapitel 2 gezeigt, werden deren Familienangehörige in das Familienasyl eingeschlossen, wenn sie nicht selber Asyl erhalten. Damit anerkennt der Gesetzgeber, dass Flüchtlinge ihr Heimatland nicht freiwillig, sondern aus einer Notlage heraus verlassen haben. Auch vorläufig aufgenommene Flüchtlinge werden in ihrem Heimatland verfolgt – daran ändert die Tatsache nichts, dass sie wegen eines Asylausschlussgrundes kein Asyl erhalten haben. Angesichts dessen ist auch klar, dass diese Personen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht so rasch wieder in ihr Heimatland zurückkehren können. Kommt hinzu, dass es Flüchtlingen grundsätzlich nicht möglich ist, in ihre Heimat zurückzukehren, ohne dass sie ihre Flüchtlingseigenschaft verlieren (Art. 63 Abs. 1 b AsylG).

Im Falle von «Abiel» und seiner Familie ist jedenfalls nicht zu erkennen, dass die Behörden die prekäre Situation von «Delina» und der Kinder speziell gewürdigt hätten. Aus diesem Beispiel geht vielmehr eindrücklich hervor, auf welche Alternativen vorläufig aufgenommene Flüchtlinge zurückgreifen, um ihre Angehörigen vor Ablauf der dreijährigen Wartefrist in die Schweiz holen und damit aus gefährlichen Lebenslagen befreien zu können. Da die Sicherheitslage im Sudan für «Delina» und ihre vier Kinder sehr prekär war⁸³ und sie keine Möglichkeit sah, auf sicherem Weg in die Schweiz zu ihrem Ehemann zu gelangen, reichte sie auf der Schweizer Botschaft in Karthum für sich und die Kinder ein Asylgesuch gemäss Art. 20 AsylG ein.⁸⁴ Das BFM verweigerte jedoch die Einreise in die Schweiz, da ihnen der Aufenthalt in einem Flüchtlingslager zuzumuten sei und der Sudan eritreischen Flüchtlingen zudem genügend Schutz bieten würde. Erst das Bundesverwaltungsgericht gab «Delina» in einem richtungsweisenden Urteil⁸⁵ Recht und ordnete eine Einreise in die Schweiz an. Hier wartet sie nun zusammen mit ihren Kindern den Ausgang des Asylverfahrens ab. Begründet wurde dieser Entscheid mit Hinweis auf die verheerende Sicherheitslage für Flüchtlinge im Sudan sowie der offensichtlichen Beziehungsnähe zur Schweiz, wo der Ehemann bzw. Vater der Kinder als Flüchtling vorläufig aufgenommen wurde.

⁸² Kommt hinzu, dass vorläufig aufgenommene Personen inskünftig stark in ihrer Reisefreiheit (betrifft alle Auslandsreisen und nicht nur jene ins Heimatland) eingeschränkt werden sollen. Mitte März 2012 lief die Vernehmlassungsfrist für die Totalrevision der entsprechenden Verordnung über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen ab. Diese Verschärfungen gehen u.a. auf die Motion Flückiger-Bäni ([11.3383](#)) *Keine Ferienreisen für Flüchtlinge mit F-Status* vom 14.4.2011 zurück, die von beiden Räten deutlich gutgeheissen worden ist.

⁸³ Vgl. Geiser 2011 (SFH) zur Situation eritreischer Flüchtlinge im Sudan.

⁸⁴ Im Zuge der aktuellen Asylgesetzrevision steht zur Diskussion, das sogenannte Botschaftsverfahren gemäss Art. 20 AsylG abzuschaffen. Folge davon wäre, dass vielen Flüchtlingen die Möglichkeit genommen würde, auf sicherem Weg ein Asylgesuch zu stellen. Vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes BBl 4467 ff.

⁸⁵ BVGE E-8213/2010 vom 2.11.2011.

4 UNGLEICHE GESETZESANWENDUNG

Den Kantonen kommt bei der Gestaltung und Umsetzung der Migrationspolitik eine zentrale Rolle zu. Im schweizerischen Vollzugsföderalismus beansprucht der Bund die Gesetzgebungskompetenz und belässt den Kantonen im Gegenzug die Umsetzung von Erlassen. Dabei haben die Kantone einen beachtlichen Beurteilungsspielraum, der grundsätzlich davon abhängt, ob ein Rechtsanspruch besteht oder ob die Behörden eine Frage im Rahmen ihres Ermessens beurteilen können.⁸⁶ Ist Ersteres der Fall, sind die gesetzlichen Vorgaben so verbindlich, dass kaum ein Beurteilungsspielraum besteht. Entscheiden Kantone hingegen im Rahmen ihres Ermessens⁸⁷, weitet sich dieser Spielraum aus.⁸⁸ Dies führt regelmässig zu Divergenzen in der Praxis, so dass je nach Kanton unterschiedliche Beurteilungsstandards verwendet werden.⁸⁹ Wie aus unseren Falldokumentationen hervorgeht, können gerade unbestimmte Rechtsbegriffe wie eine «bedarfsgerechte Wohnung» oder «das Wohl des Kindes» sehr verschieden ausgelegt werden.

4.1 Ermessensspielraum bei den materiellen Voraussetzungen für den Familiennachzug

Wollen Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung oder einer vorläufigen Aufnahme ihre Familienangehörigen in die Schweiz nachziehen, so müssen sie verschiedene materielle Voraussetzungen erfüllen. Ob einem Nachzugsgesuch stattgegeben wird oder nicht, liegt aufgrund des Gesetzeswortlauts⁹⁰ im Ermessen der jeweiligen Migrationsbehörden. Im Folgenden besprechen wir basierend auf unseren Fällen insbesondere zwei der drei im Gesetz genannten Voraussetzungen. Auch wenn die Voraussetzung des *Zusammenwohnens* (Art. 44 lit. a AuG) in der Praxis regelmässig zu Problemen führt⁹¹, gehen wir an dieser Stelle nicht näher darauf ein.

⁸⁶ Wichmann et. al. 2011, 11 ff.

⁸⁷ Dies ist regelmässig bei sogenannten gesetzlichen «Kann-Bestimmungen» der Fall.

⁸⁸ Wichmann et. al. 2011, 11 ff. Auch wenn das Ermessen den Behörden eine erhebliche Machtfülle verleiht, muss es stets pflichtgemäss gehandhabt werden und mit Grundsätzen wie dem Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung oder dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein (vgl. Spescha et. al. 2010, 76 ff).

⁸⁹ Wichmann et. al. 2011, 105 ff.

⁹⁰ Art. 44 AuG: «*Ausländischen Ehegatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung kann eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden*». Eine Kann-Bestimmung findet sich analog auch beim Familiennachzug für vorläufig Aufgenommene (Art. 85 Abs. 7 AuG).

⁹¹ Das Bundesgericht geht davon aus, dass die nachgezogene Person das Aufenthaltsrecht verliert, wenn der gemeinsame Wohnsitz aufgelöst wird und keine wichtigen Gründe gemäss Art. 49 AuG (Bestimmung hat lediglich Ausnahmecharakter) für getrennte Wohnorte bestehen (BGE 2C_635/2009 vom 26.3.2010; vgl. Spescha et. al. 2010, 172 ff.).

Fall 161⁹²: «Adem» erhielt 2008 als eritreischer Wehrdienstverweigerer in der Schweiz Asyl und wurde als Flüchtling aufgenommen. 2010 heiratete er seine Jugendfreundin «Elda», die in der Zwischenzeit in einem ostsudanesischen Flüchtlingslager Zuflucht gefunden hatte. Das eingereichte Nachzugsgesuch⁹³ ans Migrationsamt Aargau wurde sechs Monate später aufgrund seiner potentiellen Sozialhilfeabhängigkeit abgelehnt. Dies, obschon «Adem» über eine Vollzeitstelle verfügte und dem Migrationsamt bei der Berechnung der finanziellen Grundlagen nachweislich grobe Fehler unterlaufen sind. Um seine Chancen für eine besser bezahlte Arbeitsstelle zu steigern, meldete sich «Adem» daraufhin für einen zusätzlichen Deutschkurs an. Auch erhielt er von seinem Arbeitgeber einen neuen Arbeitsvertrag mit fixem 13. Monatslohn. Sein zweites Nachzugsgesuch wurde dennoch abgelehnt. «Adem» und «Elda» konnten bis zum heutigen Tag nicht vereint werden.

4.1.1 Bedarfsgerechte Wohnung

Bevor sich «Adem» mit einem Nachzugsgesuch für seine Frau an die aargauischen Migrationsbehörden wandte, zog er 2010 in eine grössere Wohnung, um die gesetzliche Forderung nach einer «bedarfsgerechten Wohnung» (Art. 44 lit. b AuG) zu erfüllen. Dieser Umzug ist bis heute mit erheblichen Mehrkosten verbunden. Mehrkosten, die sich für «Adem» noch immer nicht ausbezahlt haben, da die Behörden den Nachzug seiner Gattin «Elda» nach wie vor ablehnen. Grund für die Nachzugsverweigerung sind zwar nicht «Adems» Wohnverhältnisse, sondern seine finanzielle Situation, die aufgrund der Mehrausgaben für die grössere Wohnung noch prekärer ist. Auch «Delal»⁹⁴ sah sich beim Nachzug seiner Ehefrau mit Schwierigkeiten hinsichtlich seiner Wohnverhältnisse konfrontiert. In den Augen derselben Behörde war seine 1.5-Zimmerwohnung für einen Zweipersonenhaushalt zu klein, obschon der Vermieter bestätigt hatte, dass die Wohnung von den Platzverhältnissen her für ein Paar geeignet sei.

Wann eine Wohnung in den Augen der Behörden als «bedarfsgerecht» gilt, ist nicht immer klar. Dies bestätigt auch eine Umfrage bei 25 kantonalen Migrationsämtern, welche im Rahmen der neuen EKM-Studie durchgeführt worden ist.⁹⁵ 16 Kantone verwenden die vom BFM definierte Formel «Anzahl Familienmitglieder minus 1 = Anzahl Zimmer».⁹⁶ Neun Kantone weichen von dieser Standardformel ab, wenn das Einverständnis des Vermieters vorliegt oder wenn die Wohnbedingungen mit denjenigen für SchweizerInnen in der gleichen Gegend vergleichbar

⁹² [Fall 161](#) vom 11.11.2012 (SBAA), gemeldet vom Verein Netzwerk Asyl Aargau.

⁹³ Da «Adem» erst nach seiner Anerkennung als Flüchtling geheiratet hatte, konnte er «Elda» nicht im Rahmen des Familienasyls in die Schweiz nachziehen (Art. 51 AsylG).

⁹⁴ Vgl. Fall 164, Kapitel 3.3.

⁹⁵ Wichmann et. al. 2011, 78. Die befragten Kantone konnten mehr als nur ein Kriterium nennen. Auch hier wurden die Resultate in anonymisierter Form veröffentlicht.

⁹⁶ Weisung BFM-Ausländerbereich Ziff. 6.1.4 – Version 30.9.2011.

sind. Drei Kantone verlangen pro Kind nur ein halbes Zimmer und drei Kantone stützen sich auf andere Berechnungsformeln.⁹⁷ Anhand des Kriteriums der «bedarfsgerechten Wohnung» sieht man deutlich die Spannweite des kantonalen Ermessens. In der Praxis hat dies zur Folge, dass ein Familiennachzug in einem Kanton aufgrund der Wohnverhältnisse abgelehnt und in einem anderen unter denselben Bedingungen gutgeheissen wird. Demnach wäre «Delals» 1.5-Zimmerwohnung in einem anderen Kanton von vornherein als genügend gross erachtet worden, da er die Zustimmung seines Vermieters vorweisen konnte.

4.1.2 Finanzielle Voraussetzungen

«Adems» Nachzugsgesuch für «Elda» wurde vom Migrationsamt insbesondere mit der Begründung abgelehnt, dass sein Einkommen zu wenig hoch sei und damit eine Abhängigkeit von der Sozialhilfe nicht gänzlich ausgeschlossen werden könne. Der finanzielle Bedarf für zwei Personen wurde vom Amt bei 3'500 Franken pro Monat festgesetzt. Im Verhältnis zu seinem Nettoeinkommen resultierte ein Fehlbetrag von rund 1'000 Franken. «Adem» legte gegen diesen Entscheid Rekurs ein und konnte mit Hilfe seiner Rechtsvertreterin beweisen, dass dem Migrationsamt bei der Einkommensberechnung verschiedene Fehler unterlaufen waren. So wurden weder die Prämienverbilligung für die Krankenkasse noch sein Naturallohn über 350 Franken in Form von Lebensmitteln berücksichtigt. Zusätzlich wurde eine Pauschale von 250 Franken für den öffentlichen Verkehr budgetiert, obschon sein Arbeitsweg verkehrstechnisch nicht erschlossen ist und «Adem» täglich mit dem Fahrrad zur Arbeit fährt. Das Migrationsamt akzeptierte das korrigierte Budget, erachtete aber den geringen Fehlbetrag von etwas mehr als 400 Franken weiterhin als erheblich und lehnte das Nachzugsgesuch ab. Selbst ein neuer Arbeitsvertrag mit integriertem 13. Monatslohn sowie sehr gute Referenzen seines Arbeitgebers vermochten die Behörden bei «Adems» zweitem Nachzugsgesuch nicht umzustimmen.

Auch «Marias»⁹⁸ Nachzugsgesuch wurde erstinstanzlich unter anderem aufgrund einer falschen Berechnungsgrundlage abgelehnt. Wie die Rekursinstanz richtig feststellte, hatte sich das Migrationsamt Zürich um mehr als 1'400 Franken «verrechnet».⁹⁹ Hinzu kommt, dass das Einkommen von «Marias» Schweizer Lebenspartner nicht mitberücksichtigt worden ist, obschon dem Migrationsamt bekannt war, dass das Paar bald heiraten wollte.

⁹⁷ Wichmann et. al. 2011, 78.

⁹⁸ [Fall 160](#) aus Kapitel 3.1.

⁹⁹ Rekursentscheid der Sicherheitsdirektion Zürich (Februar 2011).

Die Beispiele zeigen, dass der Ermessensspielraum der Kantone auch bei der Auslegung der finanziellen Voraussetzungen sehr gross ist. Gemäss bundesrätlicher Botschaft zum Ausländergesetz sollen bei der Beurteilung der notwendigen finanziellen Mittel die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS)¹⁰⁰ massgebend sein.¹⁰¹ In der Praxis stützen sich aber nur 14 von 25 Kantonen auf die Richtlinien der SKOS. Sieben Kantone greifen auf die strengere Richtlinie der Vereinigung der Fremdenpolizeichefs Ostschweiz und Fürstentum Liechtenstein (VOF)¹⁰² zurück und vier Kantone verfügen über gänzlich andere Berechnungsformeln.¹⁰³ Keine Einigkeit besteht auch hinsichtlich der Frage, ob das zukünftige Einkommen der nachziehenden Person oder allfälliges Vermögen in die Berechnung des monatlichen Einkommens einbezogen werden soll.¹⁰⁴ Im Entscheid BGE 135 II 265 hat das Bundesgericht festgehalten, dass es bezüglich des Kriteriums der ausreichenden finanziellen Mittel keine Rolle spiele, woher diese stammen. Einziger Zweck der finanziellen Voraussetzungen sei, dass die in die Schweiz eingereiste Person nicht den öffentlichen Finanzen zur Last falle.¹⁰⁵ Diese Rechtsprechung betraf allerdings einen EU-Bürger, der nicht im Rahmen eines Familiennachzugs eingereist war (Art. 24 Anhang I FZA). Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb diese Praxis nicht auch im Bereich des Ausländergesetzes gelten sollte. Das Gesetz verlangt lediglich, dass keine Abhängigkeit von der Sozialhilfe besteht – wie die Betroffenen diese Abhängigkeit vermeiden, darf keine Rolle spielen.

Grundsätzlich spielt im Zusammenhang mit den finanziellen Voraussetzungen bzw. dem potentiellen Sozialhilferisiko auch die Tatsache der *working poor*¹⁰⁶ eine wichtige Rolle. Das Beispiel von «Adem» zeigt, dass für gewisse Personen in der Schweiz das Einkommen trotz voller Erwerbstätigkeit nicht zur Existenzsicherung ausreicht. Gerade AusländerInnen aus Drittstaaten – die beim Familiennachzug die materiellen Voraussetzungen nach Art. 44 AuG erfüllen müssen – sind überproportional von Erwerbsarmut betroffen.¹⁰⁷ Wie bereits in Kapitel 3.1 ausgeführt, stellen diese Voraussetzungen verbunden mit den strengen Nachzugsfristen für viele MigrantInnen, die ihre Familienangehörigen in die Schweiz holen möchten, unüberwindbare Hürden dar.

¹⁰⁰ www.skos.ch

¹⁰¹ Botschaft AuG BBI 2002, 3793.

¹⁰² www.vof.ch - Gemäss Bundesgerichtsentscheid vom 30.5.2011 (2C_685/2010) sind Richtlinien wie jene der VOF, die ein über die SKOS-Richtlinien hinausgehendes Einkommen verlangen, nicht gesetzeskonform.

¹⁰³ Wichmann et. al. 2011, 79.

¹⁰⁴ Ebd.

¹⁰⁵ BGE 135 II 265, E. 3.3.

¹⁰⁶ Vgl. Crettaz und Farine 2008, 17 ff.

¹⁰⁷ Ebd., 26 ff.

4.2 Zusätzliche, per Gesetz nicht vorgesehene Voraussetzungen

In der Lehre herrscht Einigkeit darüber, dass der Familiennachzug bei einem Nachzugsanspruch nicht von zusätzlichen Bedingungen abhängig gemacht werden darf.¹⁰⁸ Wie die folgenden Fälle zeigen, kommt es in der Praxis dennoch vor, dass Familiennachzüge trotz Rechtsanspruch aufgrund von Zusatzkriterien erheblich verzögert oder gar verhindert werden.

Fall 162¹⁰⁹: «Cazim» und «Amela», beide im Besitz einer C-Bewilligung, wollten ihre beiden Söhne, die sie aufgrund einer schweren Erkrankung «Cazims» vorübergehend bei ihren Grosseltern in Kroatien platzieren mussten, in die Schweiz zurückholen. Obwohl sie per Gesetz Anspruch auf den Nachzug ihrer Söhne hatten und das Nachzugsgesuch fristgerecht einreichten, händigte ihnen das Migrationsamt Zürich einen mehrseitigen, komplizierten Fragebogen aus. Aus Überforderung und aufgrund eines weiteren Krankheitsschubes von «Cazim» blieb das Paar vorläufig untätig. Eineinhalb Jahre später ersuchten sie erneut um den Nachzug ihrer Söhne. Die Behörden bewilligten die Einreise des jüngeren Sohnes «Elvedin», sprachen sich wegen der abgelaufenen Nachzugsfrist jedoch gegen jene des 14-jährigen «Meris» aus. Die kantonale Rekursinstanz korrigierte diesen Entscheid und hielt fest, dass die zusätzlichen Fragen des Migrationsamtes unverhältnismässig waren.

Fall 118¹¹⁰: Der 20-jährige «João» aus Brasilien lebte mit seiner Mutter in Spanien, wo die beiden aufgrund der gleichgeschlechtlichen Ehe der Mutter mit einer Spanierin über eine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung verfügten. Das Ehepaar verlegte seinen Wohnsitz in die Schweiz, was aufgrund des Freizügigkeitsabkommens ohne Probleme möglich war. Auch einem Nachzug «Joãos» hätte grundsätzlich nichts im Wege gestanden, denn das FZA erlaubt explizit den Stiefkindernachzug bis 21 Jahre (Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA). Das für ihn im September 2008 eingereichte Gesuch wurde jedoch erst 21 Monate später, im Sommer 2010, bewilligt. Das Verfahren um «Joãos» Nachzug wies viele Ungereimtheiten auf und konnte erst durch mehrmaliges Insistieren der Rechtsvertreterin abgeschlossen werden.

¹⁰⁸ Spescha et al. 2010, 158 ff.

¹⁰⁹ [Fall 162](#) vom 16.11.2011 (SBAA), gemeldet von der Rechtsvertreterin.

¹¹⁰ [Fall 118](#) vom 29.7.2010 (ODAE romand), gemeldet vom Centre de Contact Suisses-Immigrés Genève.

4.2.1 Zusätzliche Hürden für Niederlassungsberechtigte

Im Gegensatz zu Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung, die beim Nachzug ihrer Angehörigen die materiellen Voraussetzungen gemäss Art. 44 AuG erfüllen müssen¹¹¹, sieht das Gesetz bei AusländerInnen mit Niederlassungsbewilligung lediglich vor, dass diese mit den nachziehenden Personen zusammenwohnen (Art. 43 AuG). «Cazim» und «Amela» hätten demnach vom Zürcher Migrationsamt nur aufgefordert werden dürfen, den Mietvertrag für die gemeinsame Familienwohnung einzureichen. Stattdessen wurde ihnen ein mehrseitiger Fragebogen zugestellt, den es ausführlich zu begründen galt. So mussten sie etwa erklären, aus welchen Gründen sie überhaupt einen Familiennachzug beantragten, weshalb sie nicht bereits früher ein Nachzugsgesuch eingereicht hatten und warum die beiden Kinder nicht weiterhin im Heimatland leben konnten. Ausserdem mussten sie die Betreuungssituation der Kinder seit ihrer Geburt lückenlos ausweisen und ihre finanzielle Situation darlegen. Wie die Rekursinstanz später richtig feststellte, waren diese zusätzlichen Fragen zu den Betreuungs-, Einkommens- und Erwerbsverhältnissen nicht zulässig, da «Cazim» und «Amela» aufgrund ihrer C-Bewilligung über einen Rechtsanspruch auf Nachzug ihrer beiden Kinder verfügten. Die kantonalen Migrationsbehörden haben in diesem Fall offensichtlich gesetzeswidrig gehandelt, da sie über den Gesetzeswortlaut hinaus zusätzliche Kriterien geschaffen hatten.

Diese Praxis ist kein Einzelfall. Auch die VOF¹¹² sieht in einem Bericht¹¹³ zuhanden der angeschlossenen Migrationsämter vor, dass bei Nachzugsgesuchen von Niedergelassenen weitere Kriterien als in Art. 43 AuG vorgesehen, geprüft werden sollen. So wird insbesondere ein genaues Augenmerk auf die finanziellen Mittel der Antragsstellenden geworfen. Eine Verweigerung des Familiennachzugs ist gemäss VOF rechtmässig, *«wenn die begründete Vermutung nahe liegt, das Einkommen sei für den Unterhalt einer Familie nicht ausreichend»*.¹¹⁴ Diese Passage scheint sich auf Art. 51 Abs. 2 AuG zu stützen, wonach der Anspruch auf Familiennachzug bei Niedergelassenen erlischt, wenn sie selber oder Personen, für die sie sorgen, auf Sozialhilfe angewiesen sind.

Obwohl der besagte Artikel die Möglichkeit der Verweigerung des Familiennachzugs bei Sozialhilfeabhängigkeit vorsieht, ist dies nicht mit einer systematischen Prüfung der finanziellen Verhältnisse gleichzusetzen. Insofern scheint die besagte VOF-Praxis fehl zu gehen. Hätte der Gesetzgeber eine systematische Prüfung der finanziellen Situation von Niedergelassenen gewollt, hätte er das Kriterium der fehlenden Sozialhilfeabhängigkeit auch bei diesen Personen

¹¹¹ Vgl. Kapitel 4.1.

¹¹² Folgende acht Kantone sind der VOF angeschlossen: Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Glarus, Graubünden, Schaffhausen, St. Gallen, Thurgau und Zürich.

¹¹³ VOF, [Bericht zur Praxisharmonisierung](#) (17.11.2011).

¹¹⁴ Ebd., 18.

explizit im Gesetz festgeschrieben. Eine systematische Prüfung der finanziellen Lage ist demnach bei anspruchsberechtigten Personen gesetzeswidrig. Es ist zudem nicht klar, wann die Behörden gestützt auf eine rein hypothetische Sozialhilfeabhängigkeit den Familiennachzug tatsächlich verweigern dürfen. An eine solche Verweigerung müssten hohe Ansprüche gestellt werden, da die Bewilligungsverweigerung stets verhältnismässig zu sein hat. Unter Berücksichtigung des Schutzes des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) scheint es aber unverhältnismässig, einer niederlassungsberechtigten Person den Familiennachzug aufgrund einer geringfügigen Sozialhilfeabhängigkeit zu verweigern.¹¹⁵ Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid denn auch festgehalten, dass für die Beurteilung des Sozialhilferisikos die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung auf längere Sicht abzuwägen sei und blosser finanzielle Bedenken nicht genügen, um ein Familiennachzugsgesuch abzulehnen.¹¹⁶

Die Bestrebungen, die Nachzugsrechte von Niederlassungsberechtigten einzuschränken, bestehen nicht nur auf kantonaler, sondern auch auf nationaler Ebene. Eine parlamentarische Initiative von FDP-Nationalrat Philipp Müller verlangt, dass neu auch Personen mit einer Niederlassungsbewilligung beim Familiennachzug die Voraussetzungen gemäss Art. 44 AuG zu erfüllen haben.¹¹⁷

4.2.2 Unrechtmässige Hindernisse für EU-BürgerInnen

Wie bereits gezeigt, verfügen in der Schweiz anwesenheitsberechtigte EU-BürgerInnen über erweiterte Nachzugsrechte, die nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden können.¹¹⁸ In Art. 3 Abs. 3 Anhang I FZA wird abschliessend aufgezählt, welche Unterlagen für die Prüfung eines Nachzugsgesuchs verlangt werden dürfen.¹¹⁹ Kantonalen Migrationsbehörden steht es folglich nicht zu, den Familiennachzug von EU-BürgerInnen an weitere Bedingungen zu knüpfen.¹²⁰

Dennoch scheint in den Kantonen Genf und Waadt die Praxis vorzuherrschen, von EU-BürgerInnen trotz eindeutigem Nachzugsanspruch zusätzliche Dokumente (z.B. Nachweise ihrer finanziellen Mittel) einzufordern oder den Nachgezogenen kürzere Aufenthaltsbewilligungen

¹¹⁵ Spescha et. al. 2009, Art. 51 AuG N 9.

¹¹⁶ BGE 2C_285/2010 vom 30.5.2011 E. 2.3.1; vgl. Spescha 2011, 864.

¹¹⁷ Parlamentarische Initiative Philipp Müller ([10.485](#)) *Vereinheitlichung beim Familiennachzug* vom 23.9.2010. Der Initiative wurde auf Kommissionsebene zugestimmt. Die Räte haben sich noch nicht dazu geäussert.

¹¹⁸ Art. 5 Anhang I FZA; vgl. Spescha et. al. 2010, 226. ff.

¹¹⁹ Es handelt sich um folgende Unterlagen: Ausweispapiere, die zur Einreise verwendet wurden, eine Bescheinigung, welche das Verwandtschaftsverhältnis bestätigt sowie eine Bescheinigung des Herkunftsstaates hinsichtlich der Unterhaltsgewährung.

¹²⁰ Spescha et. al. 2009, Art. 3 Abs. 3 Anhang I FZA N 16.

auszustellen, als ihnen per Gesetz zustehen würden.¹²¹ Im Fall des Brasilianers «João», wurden Verfahren auch durch zusätzliche, nicht vorgesehene Verfahrensschritte in die Länge gezogen. So hatte die zuständige Migrationsbehörde «Joãos» Nachzugsgesuch dem Bundesamt für Migration zur Zustimmung weitergeleitet, obschon Kantone selbstständig über den Familiennachzug von EU-BürgerInnen befinden können. «Joãos» Nachzugsverfahren dauerte insgesamt knapp zwei Jahre; eine unangemessen lange Zeit, während der er weder mit seiner Familie zusammenleben noch seine Berufslehre in der Schweiz beginnen konnte. Nachzugsgesuche ohne ersichtlichen Grund so lange hinauszuzögern, widerspricht einerseits der Forderung, Verfahren innert angemessener Frist zu beurteilen (Art. 29 Art. Abs. 1 BV) und ist andererseits nicht mit dem integrationspolitischen Anspruch, der im Rahmen des Familiennachzugs immer wieder hochgehalten wird, zu vereinbaren.¹²²

¹²¹ Gemäss Aussagen des Centre de Contact Suisses-Immigrés Genève und dem Centre social protestant Vaud. Ob auch andere Kantone auf diese Weise den Nachzug von EU-BürgerInnen zu beschränken versuchen, konnte im Rahmen dieses Berichts nicht in Erfahrung gebracht werden.

¹²² Vgl. Kapitel 3.1.2.2.

5 SCHLUSSWORT

5.1 Zusammenfassung der Beobachtungen

Die von den drei Beobachtungsstellen für Asyl- und Ausländerrecht dokumentierten Fälle zeigen, dass es beim Familiennachzug sowohl aufgrund der gesetzlichen Grundlagen als auch der Gesetzesanwendung regelmässig zu schwierigen Situationen kommt. Grund- und menschenrechtliche Garantien stehen dabei dem öffentlichen Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik gegenüber. Die Praxis zeigt, dass sich Politik und Behörden schwer tun, in dieser Güterabwägung ein Gleichgewicht zu finden.

Zwischen SchweizerInnen, Niedergelassenen (C-Bewilligung) und EU-BürgerInnen bestehen trotz *rechtlichem Anspruch auf Familiennachzug* beträchtliche gesetzliche Unterschiede, wenn sie ihre Familienangehörigen in die Schweiz nachziehen wollen. Diese Unterschiede (z.B. Kreis der nachzugsberechtigten Personen und Nachzugsfristen) lassen sich nicht rechtfertigen und geraten mit internationalen und verfassungsrechtlichen Garantien in Konflikt. So war es den beiden Töchtern von «Jahara»¹²³ als Schweizer Bürgerinnen nicht gestattet, ihre kranke Mutter zu sich in die Schweiz zu holen. Ein Nachzug wäre jedoch ohne Weiters möglich gewesen, wenn die Töchter über einen europäischen Pass verfügt hätten oder mit einem Unionsbürger verheiratet wären.

Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung (Bewilligung B oder L) oder einer vorläufigen Aufnahme (F-Ausweis) haben *keinen rechtlichen Anspruch auf Familiennachzug*. Ein Nachzug liegt im Ermessen der Behörden und ist zudem nur möglich, wenn die Antragstellenden bestimmte gesetzliche Anforderungen erfüllen. Wie auch bei SchweizerInnen und Personen mit C-Bewilligung müssen Aufenthaltsberechtigte ihre Nachzugsgesuche binnen einer bestimmten Frist einreichen (bei Kindern unter 12 Jahren innerhalb von fünf Jahren und bei Kindern über 12 Jahren innerhalb von einem Jahr). Wie der Fall von «Alesja»¹²⁴ zeigt, sind für MigrantInnen, die sich erst kurze Zeit in der Schweiz aufhalten, die materiellen Voraussetzungen (z.B. «bedarfsgerechte» Wohnung und finanzielle Eigenständigkeit) unter Einhaltung der Nachzugsfristen nur sehr schwierig zu erfüllen.

Nachzugsgesuche, die ausserhalb der gesetzlichen Frist aufgrund *wichtiger familiärer Gründe* eingereicht werden, heissen die Behörden nur selten gut. So wird ein Nachzug auch schon einmal aus Gründen des vermeintlich «alles überragenden Kindesinteresses» verweigert, obschon dadurch das betroffene Kind vom leiblichen Vater getrennt bleibt («Alim»¹²⁵), oder wenn

¹²³ Vgl. Kapitel 3.2.1, Fall 152.

¹²⁴ Vgl. Kapitel 3.1, Fall 143.

¹²⁵ Vgl. Kapitel 3.1, Fall 148.

mit einem solchen Entscheid die Trennung eines Geschwisterpaares in Kauf genommen wird («Carolina» et «Marco»¹²⁶).

Vorläufig aufgenommene Personen wie «Delal»¹²⁷ sind bezüglich Familiennachzug zusätzlich mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass sie erst drei Jahre warten müssen, bis sie ihre Angehörigen in die Schweiz nachziehen können. Angesichts der Tatsache, dass ein grosser Teil der vorläufig Aufgenommenen dauerhaft oder während vieler Jahre in der Schweiz bleibt, lässt sich diese Frist nicht rechtfertigen, zumal damit das Recht der Betroffenen auf ein Familienleben unverhältnismässig stark eingeschränkt wird.

Schliesslich zeigt der Bericht der Beobachtungsstellen auch missbräuchliche Praktiken der kantonalen Behörden auf. Problematisch sind hier massive Ermessensüberschreitungen und gesetzeswidrige Zusatzvoraussetzungen, die an Personen herangetragen werden, die unbestritten einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug haben.

5.2 Ausblick und Handlungsbedarf

Wie in vielen anderen Bereichen des Migrationsrechts stehen sich beim Familiennachzug Menschenrechte und migrationspolitische Ziele gegenüber. In einem zunehmend aggressiven Klima gerät diese Interessenabwägung immer mehr in Schieflage. Stimmen werden laut, die zur Begrenzung der Einwanderung aus Drittstaaten den «Familiennachzug auf das völkerrechtlich erforderliche Minimum senken»¹²⁸ und die Nachzugsmöglichkeit für gewisse Personengruppen gar ganz abschaffen wollen.¹²⁹

VertreterInnen solcher Forderungen übersehen, dass sich der Familiennachzug und das familiäre Zusammenleben positiv auf die Integration von MigrantInnen auswirken.¹³⁰ Dieser Tatsache sollte auch in der bevorstehenden Revision des Ausländergesetzes¹³¹ Rechnung getragen werden, zielen die vorgesehenen Änderungen gemäss Botschaft doch allesamt auf eine bessere Integration der ausländischen Bevölkerung ab. Paradoxerweise soll in diesem Zusammenhang aber auch eine weitere Hürde für den Nachzug von Familienmitgliedern eingeführt werden. Die Art. 42 - 44 AuG sollen allesamt mit dem Zusatz versehen werden, dass sich nachziehende Ehegatten zwingend in einer Landessprache verständigen oder sich zu diesem Zweck zu einem Sprachförderungskurs in der Schweiz anmelden müssen. Sprachkurse und Sprachförderung sind wünschenswert, aber diese mit dem Grundrecht auf Privat- und Familienleben zu verknüpfen, würde die bereits bestehende Inländerdiskriminierung um einen weiteren Aspekt

¹²⁶ Vgl. Kapitel 3.1, Fall 160.

¹²⁷ Vgl. Kapitel 3.3, Fall 164.

¹²⁸ Motion Philipp Müller ([10.3175](#)) *Reduktion der Einwanderung aus Drittstaaten* vom 17.3.2010.

¹²⁹ Motion SVP-Fraktion ([11.3920](#)) *Kein Familiennachzug für vorläufig Aufgenommene* vom 29.9.2011.

¹³⁰ Internationale Arbeitsorganisation (ILO) 1999, Rapport III (Partie 1B, Section II A): *Le regroupement familial*, N 470.

¹³¹ Diese Revision geht mit einer Umbenennung des AuG in Ausländer und Integrationsgesetz (AuIG) einher. Vgl. [Vorentwurf des Bundesrates](#) vom 23.11.2011.

ergänzen. Denn im Vergleich zu SchweizerInnen, deren Familienangehörigen neu auf Kenntnisse einer Landessprache geprüft würden, wären EU-BürgerInnen davon nicht betroffen. Unsere Fallanalysen zeigen, dass das geltende Ausländergesetz bereits ohne die zahlreich angekündigten Verschärfungen in Sachen Familiennachzug viele Unklarheiten und Probleme schafft. Die Beobachtungsstellen erkennen insbesondere in den folgenden Bereichen Handlungsbedarf:

> *Beseitigung der Inländerdiskriminierung:*

Wie bereits von verschiedenen gerichtlichen Instanzen gefordert, ist es nötig, das Ausländergesetz so bald als möglich dahingehend anzupassen, dass inskünftig Schweizer BürgerInnen gegenüber jenen der Europäischen Union beim Familiennachzug nicht weiter diskriminiert werden. Die heutige Regelung von Art. 42 AuG steht in klarem Widerspruch zum Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK sowie Art. 8 BV). Es liegt nun am Parlament, diese verfassungswidrige Situation zu beheben und zu garantieren, dass Schweizer BürgerInnen nicht länger diskriminiert werden.

> *Stärkere Gewichtung des Kindeswohls:*

Immer wieder lehnen die Behörden im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums bei der Auslegung sogenannt wichtiger familiärer Gründe Nachzugsgesuche von Kindern ab. Sie tun dies meist ohne die Interessen der betroffenen Kinder genügend zu gewichten oder deren Meinung einzuholen. Gemäss Art. 3 KRK ist das Kindeswohl aber bei allen kindesrechtlich relevanten Entscheiden oder Massnahmen vorrangig zu berücksichtigen. Eine stärkere Gewichtung des Wohls der betroffenen Kinder beim Familiennachzug ist dringend nötig. Hierfür bedarf es auch eines vermehrten Einbezugs der Kinder in die Nachzugsverfahren. Ihr Anspruch auf Anhörung gemäss Art. 12 KRK muss dabei beachtet werden. Schliesslich ist davon auszugehen, dass betroffene Kinder bzw. deren Eltern besser als die Behörden einschätzen können, was dem Wohl des Kindes entgegenkommt und was ihm abträglich ist.

> *Besserstellung von vorläufig aufgenommenen Personen:*

Wie aus Statistiken und der Erfahrung der letzten Jahrzehnte hervorgeht, bleibt die grosse Mehrheit der vorläufig aufgenommenen Personen dauerhaft oder zumindest während vieler Jahre in der Schweiz. Auch der Gesetzgeber hat dieser Tatsache Rechnung getragen, indem er die Gruppe der vorläufig Aufgenommenen hinsichtlich beruflicher und sozialer Integration bewusst fördern will. Die dreijährige Wartefrist für den Familiennachzug führt jedoch zu einer Entfremdung innerhalb der Familien und steht damit auch den Integrationsbemühungen entgegen.

> *Keine unzulässigen Zusatzforderungen an den Familiennachzug:*

Aufgrund der aktuellen Rechtsgrundlage sind die Voraussetzungen für den Familiennachzug bereits zum heutigen Zeitpunkt streng und für viele Personen schwierig zu erfüllen. Dies betrifft insbesondere die wirtschaftlichen Anforderungen sowie die Hürden für zu spät eingereichte Nachzugsgesuche von Kindern. Es ist daher wichtig, dass die Behörden und Gerichte den Familiennachzug nicht zusätzlich behindern, indem sie Anforderungen stellen, die gesetzlich gar nicht vorgesehen sind. Exemplarisch lässt sich hier die im Bericht erwähnte Praxis verschiedener Kantone anführen, eigenmächtig die Altersfristen für den Kindernachzug herabzusetzen, um so den Nachzug von Jugendlichen faktisch zu verhindern.¹³²

¹³² Vgl. Kapitel 3.1.2.2.

6 ANHANG

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998
AuG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer
BAAO	Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht Ostschweiz
BBI	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BFM	Bundesamt für Migration
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
bzw.	beziehungsweise
E.	Erwägung
Ebd.	Ebenda
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EKM	Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EU	Europäische Union
et. al.	und weitere
etc.	et cetera
ff.	folgende Seiten
FZA	Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	in Sachen
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes
lit.	Litera, Buchstabe
N	Nummer
ODAE	Observatoire romand du droit d'asile et des étrangers
SBAA	Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
vgl.	vergleiche
VOF	Vereinigung der Fremdenpolizeichefs Ostschweiz und Fürstentum Liechtenstein
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit
z.B.	Zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Quellenverzeichnis

Crettaz, Eric und Farine, André (2008):

Tieflöhne und Working Poor in der Schweiz. Ausmass und Risikogruppen auf der Basis der Lohnstrukturerhebung 2006 und der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung 2006. Neuchâtel. Bundesamt für Statistik.

Geiser, Alexandra (2011):

Eritrea: Familiennachzug über den Sudan in die Schweiz. Auskunft der SFH-Länderanalyse. Bern. Schweizerische Flüchtlingshilfe.

Rumo-Jungo, Alexandra und Spescha, Marc (2009):

Kindeswohl, Kindsanhörung und Kindeswillen in ausländerrechtlichen Kontexten. In: AJP/PJA 9/2009, 1103 ff.

Spescha, Marc (2011):

Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab September 2010 bis Ende August 2011. In: FamPra 4/2011, S. 851 ff.

Spescha, Marc; Kerland, Antonia und Bolzli, Peter (2010):

Handbuch zum Migrationsrecht. Zürich.

Spescha, Marc; Thür, Hanspeter; Zünd, Andreas und Bolzli, Peter (2009):

Kommentar Migrationsrecht, 2. Auflage, Zürich.

Stöckli, Walter (2009):

Asyl. In: Übersax, Peter, Rudin, Beat, Hugli Yar, Thomas und Geiser, Thomas [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. VIII, 2. Auflage, Basel, 2009, S. 521 ff.

Trippel, Hanna (2011):

Inländerdiskriminierung im schweizerischen Ausländergesetz. Erscheinungsformen und Möglichkeiten zu deren Beseitigung de lege lata und de lege ferenda. In: AJP/PJA 12/2011, S. 1 – 12.

Wichmann, Nicole; Hermann, Michael; D'Amato Gianni; Efionayi-Mäder, Denise; Fibbi, Rosita; Menet, Joanna und Ruedin, Didier (2011):

Gestaltungsspielräume im Föderalismus: Die Migrationspolitik in den Kantonen. Bern: Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen.

Die Beobachtungsstellen für Asyl- und Ausländerrecht

Die drei Beobachtungsstellen zeigen seit fünf Jahren anhand konkreter Einzelfalldokumentationen auf, wie sich die verschärften Asyl- und Ausländergesetze auf die Situation der Betroffenen auswirken und wo diese Gesetze mit grund- und menschenrechtlichen Garantien oder rechtsstaatlichen Prinzipien in Konflikt stehen.

Observatoire romand du droit d'asile
et des étrangers
www.oda-romand.ch

Beobachtungsstelle für Asyl- und
Ausländerrecht Ostschweiz
www.beobachtungsstelle-rds.ch

Schweizerische Beobachtungsstelle für
Asyl- und Ausländerrecht
www.beobachtungsstelle.ch