



Mutter muss trotz alleinigem Sorgerecht ihres minderjährigen Schweizer Sohnes die Schweiz verlassen

Fall 315/ 07.08.2017: Die Costa Ricanerin «Susana» lebte mit ihrem damaligen Lebenspartner, einem Schweizer, 13 Jahre in Costa Rica. Ihr gemeinsamer Sohn «Juan» ist ebenfalls Schweizer. Nach der Rückkehr in die Schweiz brach die Familie auseinander. «Juan» lebte bis zu diesem Zeitpunkt immer bei seiner Mutter, die das alleinige Sorgerecht hat, zu seinem Vater hat er keinen Kontakt mehr. «Susana» und «Juan» stellten ein Gesuch um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für «Susana» aufgrund des umgekehrten Familiennachzugs. Das Gesuch wurde vom Migrationsamt ebenso wie die Beschwerde vom kantonalen Justiz- und Sicherheitsdepartement abgelehnt. Die Behörden argumentierten, dass «Juan» seine Mutter nicht mehr täglich physisch um sich brauche, da er fast volljährig sei. Zudem sei das öffentliche Interesse an der „Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik“ höher zu gewichten als das Kindeswohl. «Susana» muss nun die Schweiz verlassen.

Schlüsselbegriffe: Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern [Art. 42 AuG](#), Recht auf Achtung des Familienlebens [Art. 13 Abs. 1 BV](#) und [Art. 8 EMRK](#), Kindeswohl [Art. 3](#) und [10 KRK](#)

Personen: «Susana» (1978), «Juan» (1999)

Heimatland: Costa Rica

Aufenthaltsstatus: «Susana»: kein Aufenthaltsstatus, «Juan»: Schweizer

Aufzuwerfende Fragen und Kritik

- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu jugendlichen SchweizerInnen mit einem ausländischen Elternteil befindet sich im Wandel. So ist in zwei Entscheiden ([BGE 135 I 153](#) und [BGE 137 I 247](#)) eine Abkehr von der restriktiven Rechtsprechung festzustellen und den Schweizer Kindern darf nicht mehr ohne weiteres zugemutet werden, dem ausländischen, sorgeberechtigten Elternteil ins Ausland zu folgen. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem neueren Leitentscheid (El Ghatet v. Switzerland, no. 56971/2010 vom 8.11.2016) die Schweiz gerügt, bei der Beurteilung des umgekehrten Familiennachzugs die Kinderrechtskonvention (KRK) nicht genügend berücksichtigt zu haben. Weshalb messen die Behörden dieser Rechtsprechung nicht mehr Bedeutung zu?
- Die Behörden sind verpflichtet, eine Interessensabwägung vorzunehmen und das Kindeswohl genügend zu berücksichtigen. So schreibt die Kinderrechtskonvention vor, dass von Kindern gestellte Anträge für die Familienzusammenführung „wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet“ werden müssen ([Art. 10 Abs. 1 KRK](#)). Kann das öffentliche Interesse an der „Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik“ wirklich «Susanas» und «Juans» Interesse an der Ausübung ihres Familienlebens überwiegen?
- Die Behörden gehen davon aus, dass «Juan» „seine Mutter nicht mehr täglich physisch um sich braucht“ und dass «Susanas» Erziehungsaufgabe praktisch beendet sei, da «Juan» fast volljährig sei. Durch «Susanas» Wegweisung wird «Juan» faktisch gezwungen, als Schweizer die Schweiz zu verlassen, wenn er weiterhin bei seiner Mutter als engste Bezugsperson leben will. Laut der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist für die Beurteilung von [Art. 8 EMRK](#) kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis unter den Beschwerdeführern notwendig. Warum berücksichtigen die Behörden dies nicht und nehmen das Bedürfnis des Schweizer «Juan» nicht ernst, mit seiner Mutter in der Schweiz zusammenzuleben?

Chronologie

- 2016 Gesuch um umgekehrten Familiennachzug (Juli), Gewährung des rechtlichen Gehörs (Sept.), Stellungnahme und rechtliches Gehör (Sept.)
- 2017 Ablehnung Gesuch um umgekehrten Familiennachzug (Jan.), Beschwerde an kant. Justiz- und Sicherheitsdepartement (Feb.), Ablehnung der Beschwerde (Juni)

Beschreibung des Falls

Die Costa Ricanerin «Susana» lebte mit ihrem damaligen Partner, einem Schweizer, während 13 Jahren in einer Partnerschaft in Costa Rica. Ihr gemeinsamer Sohn «Juan» ist ebenfalls Schweizer Bürger. 2010 reiste «Juans» Vater allein in die Schweiz ein; «Susana» und «Juan» besuchten ihn und gingen nach Costa Rica zurück. Dort kündigte «Susana» ihre Arbeit und kehrte mit «Juan» für die Vorbereitung der Heirat in die Schweiz zurück. Sie stellten aber fest, dass ihre Vorstellungen des Familienlebens nicht den Vorstellungen des Vaters bzw. Partners entsprachen, weshalb die Familie auseinanderbrach. «Susana» hat das alleinige Sorgerecht ihres Sohnes und bis zu diesem Zeitpunkt wohnte sie immer mit ihm zusammen. «Juan» besucht in der Schweiz die Schule und konnte sich gut integrieren. Zu seinem Vater hat er keinen Kontakt mehr und musste ihn wegen ausstehender Unterhaltsbeiträge verklagen. Der Vater war nie bereit, den gemeinsamen Sohn bei sich aufzunehmen und war wegen Drogendelikten und Mahnungen der Polizei bekannt.

Im Juli 2016 stellte «Susanas» und «Juans» Anwältin ein Gesuch ans kantonale Migrationsamt um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aufgrund des umgekehrten Familiennachzugs. Beim umgekehrten Familiennachzug geht es um Situationen, in denen das gefestigte Anwesenheitsrecht eines Kindes – wie im vorliegenden Fall «Juans» Schweizer Staatsangehörigkeit – einem ausländischen Elternteil ein Aufenthaltsrecht verschaffen kann. Im Gesetz ist der umgekehrte Familiennachzug nicht ausdrücklich geregelt, wird aber aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens ([Art. 8 EMRK](#) und [Art. 13 Abs. 1 BV](#)) abgeleitet. Auch gestützt auf [Art. 10 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention \(KRK\)](#) soll einem ausländischen Elternteil ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden.

Im September 2016 gewährte das kantonale Migrationsamt «Susana» das rechtliche Gehör. Das Amt hielt fest, dass die Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht erfüllt zu sein scheinen. Es hielt aber auch fest, dass [Art. 8 EMRK](#) und [Art. 13 Abs. 1 BV](#) das Recht auf Achtung des Familienlebens gewährleisten. Der Anspruch darauf sei jedoch nicht absolut und verpflichte die Behörden nicht in jedem Fall zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

«Susanas» Anwältin hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass dem Brief des Migrationsamts nicht zu entnehmen sei, weshalb die Ablehnung des Gesuchs beabsichtigt werde. [Art. 8 EMRK](#) sei verletzt, wenn eine staatliche Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahme zur Trennung von Familienmitgliedern führe. Geschützt sei v.a. die Kernfamilie, d.h. wie im vorliegenden Fall Mutter und Sohn. «Susana» verfüge über das alleinige Sorgerecht und das Familienleben zwischen Mutter und Sohn werde tatsächlich gelebt. Ein ablehnender Entscheid würde dazu führen, dass «Juan» ebenfalls gezwungen wäre, die Schweiz zu verlassen. Zudem hat sich «Susana» nichts zu schulde lassen kommen und sich stets um Integration bemüht. Es gebe deshalb keine Anhaltspunkte, weshalb die Aufenthaltsbewilligung nicht gewährt werden könne.

Im Januar 2017 lehnte das kantonale Migrationsamt das Gesuch ab. Im Entscheid hielt es fest, dass der Anspruch auf Achtung des Familienlebens nicht absolut sei, insbesondere nicht, wenn die familiäre Trennung freiwillig herbeigeführt werde. Zudem gehe es im vorliegenden Fall nicht um eine staatliche Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahme, die zur Trennung der Familienmitglieder führe; die Mutter werde nicht aus der Schweiz weggewiesen. Laut dem Migrationsamt findet die Rechtsprechung des Bundesgerichts keine Anwendung, da diese sich mit Kindern unter 12 Jahren befasse. «Juan» jedoch werde in einem Jahr volljährig und somit selbständig und es könne davon ausgegangen werden, dass er „seine Mutter nicht mehr täglich physisch um sich braucht“. Sie könnten sich gegenseitig besuchen und mittels moderner Kommunikation sei der tägliche Kontakt problemlos möglich. Zudem könne ihm eine freiwillige Rückkehr in sein Geburtsland zugemutet werden.

«Susanas» und «Juans» Anwältin reichte im Februar 2017 Beschwerde beim kantonalen Justiz- und Sicherheitsdepartement ein und argumentierte mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens: Laut der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten folgende Kriterien für die Gewährung des Familiennachzugs nach [Art. 8 EMRK](#): (a) intakte und tatsächlich gelebte, familiäre Beziehung, (b) zu nahen Verwandten, (c) gefestigtes Aufenthaltsrecht des Nachziehers in der Schweiz, (d) eine umfassende Güterabwägung, welche ergibt, dass die öffentlichen Interessen die privaten Interessen der Beschwerdeführer nicht überwiegen. Anders als vom kantonalen Migrationsamt formuliert, bedürfe es für die Beurteilung von [Art. 8 EMRK](#) kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis unter den Beschwerdeführern.

Während das Bundesgericht in seiner alten Rechtsprechung zu [Art. 8 EMRK](#) noch davon ausgegangen sei, dass es einem schweizerischen Kind zumutbar sei, das Lebensschicksal des sorgeberechtigten Elternteils zu teilen und ihm ins Ausland zu folgen ([BGE 135 I 143](#), [BGE 127 II 60](#), [BGE 122 II 289](#)), habe es in neueren Entscheiden diese Rechtsprechung bei Schweizer Kindern relativiert: So genügen die Zumutbarkeit der Ausreise und das öffentliche Interesse an einer „restriktiven Einwanderungspolitik“ nicht, um dem sorgeberechtigten, ausländischen Elternteil eines Schweizer Kindes die Anwesenheit zu verweigern.

Vielmehr seien dafür besondere Gründe notwendig. Es sei davon auszugehen, dass dem Schweizer Kind nicht zugemutet werden darf, dem Elternteil in dessen Heimat zu folgen, wenn gegen diesen nichts vorliege, was ihn als „unerwünschten Ausländer“ erscheinen lasse oder was auf ein missbräuchliches Vorgehen zum Erwerb einer Aufenthaltsbewilligung hinweise. Zudem müsse sein privates das öffentliche Interesse überwiegen ([BGE 135 I 153](#)). Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung sei ausserdem dem Kindeswohl besonderes Gewicht beizumessen.

Weiter argumentierte die Anwältin, dass aufgrund von «Juans» jungem Alter auch die Kinderrechtskonvention beachtet werden müsse. Laut [Art. 3 KRK](#) ist „bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen (...) das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist“. Zudem müssen die Vertragsstaaten nach [Art. 9](#) i.V.m. [Art. 10 KRK](#) sicherstellen, dass „ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird“. Ausserdem müssen von Kindern gestellte Anträge für die Familienzusammenführung „wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet“ werden ([Art. 10 Abs. 1 KRK](#)).

Dazu beruft sich die Anwältin auch auf einen neuen Leitentscheid des EGMR gegen die Schweiz (El Ghatet v. Switzerland, no. 56971/2010 vom 8.11.2016): Darin rügte der EGMR das Bundesgericht, dass es die KRK beim umgekehrten Familiennachzug eines 15-jährigen Sohnes nicht genügend berücksichtigt habe. Wie im vorliegenden Fall hatte auch beim vom EGMR gerügten Fall der 15-jährige Sohn fast sein gesamtes Leben im Ausland (Ägypten) verbracht und wollte den obhutsberechtigten Elternteil in die Schweiz nachziehen. Der EGMR forderte im Urteil, dass das Kindeswohl ins Zentrum gerückt und umfassend und nicht nur in allgemeiner Weise besprochen werden muss, ansonsten würden die Verpflichtungen aus EMRK und KRK verletzt. Dieses Urteil zeigt für die Anwältin, dass auch im vorliegenden Fall ein Anspruch auf umgekehrten Familiennachzug bestehe.

Im Juni 2017 lehnte das kantonale Justiz- und Sicherheitsdepartement die Beschwerde ab und wies «Susana» aus der Schweiz weg. Es folgte in der Argumentation dem Migrationsamt und sagte weiter, dass der Schutzbereich von [Art. 8 EMRK](#) nicht berührt sei, wenn es für das Familienmitglied mit Anwesenheitsberechtigung in der Schweiz möglich sei, mit dem ausländischen Familienmitglied auszureisen. Weiter schrieb das Amt, dass es anerkenne, dass nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen sei. «Susanas» Anspruch auf umgekehrten Familiennachzug bestehe aber nur bis zu «Juans» Volljährigkeit, also bis Juli 2017. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei «Juans» Alter zum Zeitpunkt der Fällung des Entscheids massgebend und nicht zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Würde man die Beschwerde gutheissen, könnte man «Susana» nur bis im Juli 2017 eine befristete Aufenthaltsbewilligung erteilen. Im vorliegenden Fall sei nicht ersichtlich, dass «Juan» in irgendeiner Weise von «Susana» abhängig wäre. Da er fast volljährig sei, sei «Susanas» Erziehungsaufgabe praktisch beendet. Das Kindeswohl überwiege somit nicht das öffentliche Interesse an der „Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik“. Der Entscheid des Migrationsamtes stehe im Einklang mit der KRK und es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Ablehnung des Gesuchs einen Eingriff in das Familienleben darstellen sollte. «Susana» ist nun verpflichtet, die Schweiz zu verlassen.

Gemeldet von: Sans-Papiers Beratungsstelle

Quellen: Aktendossier, Gespräche mit Rechtsberaterin und Betroffener