



Migrationsamt verweigert Mutter von Schweizer Kindern die Aufenthaltsbewilligung

Fall 372/19.10.2020

Die Brasilianerin «Anita» war mit einem Schweizer verheiratet. Sie haben gemeinsame Kinder, «Anita» hat einen weiteren Sohn («Antonio»). Alle Kinder haben das Schweizer Bürgerrecht. Bei der Scheidung wurde das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder dem Vater und das Sorgerecht für «Antonio» der Mutter zugeteilt. Mutter und Sohn blieben in Brasilien, der Vater kehrte mit den gemeinsamen Kindern in die Schweiz zurück. «Anita» zog 2015 mit «Antonio» in die Schweiz und stellte anfangs 2016 ein Gesuch um umgekehrten Familiennachzug. Ende 2018 lehnte das Migrationsamt das Gesuch ab. Durch die Wegweisung seiner Mutter wäre «Antonio» ebenfalls gezwungen, die Schweiz zu verlassen, was einer faktischen Wegweisung eines Schweizer Bürgers entsprechen würde. Nach dem Rekurs durch einen Anwalt erhielt «Anita» eine Aufenthaltsbewilligung.

Personen	Jg.	M/W	Land	Status	Aufenthalt
Anita	1970	W	Brasilien	B	Aufenthaltsbewilligung für Drittstaatsangehörige
Antonio	2007	M	Schweiz	CH	SchweizerInnen

Aufzuwerfende Fragen und Kritik

- Schweizer*innen haben das Recht auf Niederlassungsfreiheit ([Art. 24 BV](#)) und dürfen nicht aus der Schweiz ausgewiesen werden ([Art. 25 Abs. 1 BV](#)). Die SBAA kritisiert den Entscheid der Migrationsbehörden, da dieser zur Folge hat, dass «Antonio» faktisch ausgewiesen wird, denn seine Mutter hat das alleinige Sorgerecht und ist seine nächste Bezugsperson. Nach bundesgerichtlicher Praxis kann es Schweizer Bürger*innen nicht zugemutet werden, das Familienleben entgegen ihrem Wunsch im Ausland zu leben. Gemäss der Kinderrechtskonvention müssen die Staaten zudem sicherstellen, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird ([Art. 9 Abs. 1 KRK](#)).
- Die Kinderrechtskonvention verlangt, dass das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt wird ([Art. 3 Abs. 1 KRK](#)). «Antonio» und seine Geschwister wünschen, dass ihre Mutter in der Schweiz bleiben kann und ein psychologisches Gutachten bestätigt, dass der Verbleib der Mutter im Interesse des Kindeswohls ist. Für die SBAA ist die Rechtfertigung des Migrationsamtes, dass «Antonio» ohne seine Mutter in der Schweiz bleiben könne, deshalb unverständlich. Der Entscheid ist umso stossender, da die Schweiz bereits vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Leitentscheid [El Ghatet vs. Switzerland](#) (nr. 56971/10 vom 8.11.2016) gerügt worden war, beim Familiennachzug das Kindeswohl ungenügend berücksichtigt zu haben.
- Vom Gesuch um umgekehrten Familiennachzug bis zur Gutheissung des Rekurses vergingen fast vier Jahre. Für «Antonio», der in psychiatrischer Behandlung war, wären ein stabiles Umfeld und eine sichere Situation bzgl. des Aufenthaltsstatus seiner Mutter von zentraler Bedeutung gewesen. Diese jahrelange Unsicherheit entspricht nicht [Art. 11 BV](#), laut dem Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben.
- [Art. 8 EMRK](#) garantiert die Achtung des Privat- und Familienlebens, woraus der umgekehrte Familiennachzug abgeleitet werden kann. Um dieses Recht abzuerkennen, reichen laut dem Bundesgericht die Kriterien der „restriktiven Einwanderungspolitik“ und der „Zumutbarkeit“ der Wegweisung nicht mehr aus ([BGE 137 I 247](#)). Vielmehr müsste der Elternteil gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Die SBAA kritisiert deshalb, dass die Migrationsbehörden «Anitas» Sozialhilfebezug derart stark gewichtet haben. Dies ist insbesondere fragwürdig, da der Sozialhilfebezug nicht einmal selbstverschuldet ist. Wie soll «Anita» für sich und ihren Sohn aufkommen, wenn der Staat ihr keine Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung erteilt? Die SBAA begrüsst deshalb den Rekursentscheid, die Interessen des Schweizer Kindes bzw. der Familie höher zu gewichten als das öffentliche Interesse betreffend Sozialhilfe.

Chronologie

2016 Gesuch um umgekehrten Familiennachzug und Gesuch um Aufenthaltsbewilligung für Dauer des Verfahrens an Migrationsamt (Jan.), Gewährung des rechtlichen Gehörs (Mai), Stellungnahme «Anita» (Juni)
2017 Ablehnung Gesuch um Aufenthaltsbewilligung für Dauer des Verfahrens durch Migrationsamt (April)
2018 Ablehnung Gesuch um umgekehrten Familiennachzug durch Migrationsamt (Nov.), Rekurs beim zuständigen Departement des Kantons (Dez.)
2019 Gutheissung Rekurs (Nov.)

Verfahrensstatus:

Datum	Bemerkungen	Status	+-
Dez 2018 - Nov 2019	<i>Beschwerde</i> Kantonale Behörde	CH SchweizerInnen	✓
Jan 2016 - Nov 2018	Umgekehrter Familiennachzug <i>Gesuch um Familiennachzug</i> Kantonale Behörde	CH SchweizerInnen	✗
Jan 2016 - Apr 2017	<i>Gesuch Aufenthaltsbew. B</i> Kantonale Behörde	CH SchweizerInnen	✗

Gesetzliche Grundlagen:

AIG	<i>ab 1.1.2019 AIG Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration. Vormals AuG Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer</i>
Art. 17	Regelung des Aufenthalts bis zum Bewilligungsentscheid
Art. 62	Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen
Art. 90	Mitwirkungspflicht
BV	<i>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft</i>
Art. 13	Schutz der Privatsphäre
Art. 25	Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung
Art. 24	Niederlassungsfreiheit
Art. 11	Schutz der Kinder und Jugendlichen
EMRK	<i>Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten</i>
Art. 8	Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens
KRK	<i>Übereinkommen über die Rechte des Kindes</i>
Art. 3	Kindwohl
Art. 9	Trennung von den Eltern
Art. 10	Übereinkommen über die Rechte des Kindes
VZAE	<i>Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit</i>
Art. 6	Bewilligungsverfahren

Stichworte:

Familie, Familiennachzug
Familie, Kindsrecht
Familie, Recht auf Familienleben

Beschreibung des Falls

Die Brasilianerin «Anita» und der Schweizer «Thomas» waren rund zehn Jahre verheiratet und haben gemeinsame Kinder. «Thomas» anerkannte einen weiteren Sohn («Antonio») von «Anita», im Wissen, dass er nicht der leibliche Vater ist. Alle Kinder verfügen über das schweizerische Bürgerrecht. Im Jahr 2009 liessen sich die Eltern scheiden. Das Sorgerecht der gemeinsamen Kinder wurde dem Vater und das Sorgerecht für «Antonio» der Mutter zugeteilt. Mutter und Sohn blieben daraufhin in Brasilien, der Vater zog mit den anderen Kindern in die Schweiz. «Antonio» litt in den folgenden Jahren immer wieder an psychischen Störungen und äusserte mehrmals den Wunsch, bei seinen Geschwistern in der Schweiz zu leben.

Im Jahr 2015 entschied sich «Anita» deshalb, mit ihrem Sohn «Antonio» in die Schweiz zu ziehen. Die beiden wurden von der Sozialhilfe unterstützt, «Antonio» psychologisch betreut. Anfangs 2016 reichten sie ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für «Anita» aufgrund des umgekehrten Familiennachzugs ein (gestützt auf [Art. 8 EMRK](#)). Sie begründeten dies damit, dass «Antonio» über das Schweizer Bürgerrecht und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfüge ([Art. 24 BV](#)). Durch die Wegweisung seiner Mutter wäre «Antonio» ebenfalls gezwungen, die Schweiz zu verlassen. Dies würde einer faktischen Wegweisung eines Schweizer Bürgers entsprechen und gegen die Bundesverfassung verstossen ([Art. 25 Abs. 1 BV](#)). Das Kindeswohl müsse gemäss der Kinderrechtskonvention (KRK) bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, vorrangig berücksichtigt werden ([Art. 3 Abs. 1 KRK](#)). Gesuche zwecks Familienzusammenführung seien wohlwollend, human und beschleunigt zu bearbeiten ([Art. 10 Abs. 1 KRK](#)). Zudem haben Kinder und Jugendliche gemäss [Art. 11 BV](#) Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Gleichzeitig wurde eine provisorische Aufenthaltsbewilligung für die Zeit des laufenden Verfahrens beantragt, da das Verfahren sonst im Ausland abgewartet werden muss ([Art. 17 AuG](#), heute AIG). Die Abweisung des Antrags hätte faktisch zur Folge, dass «Antonio» ebenfalls nach Brasilien zurückkehren müsste. Falls «Anita» allein ausreisen würde, würde dies ein Eingriff in [Art. 8 EMRK](#) (Recht auf Achtung des Familienlebens) und [Art. 9 Abs. 1 KRK](#) (Kind soll nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt werden) darstellen.

Im Mai 2016 teilte das zuständige Migrationsamt «Anita» mit, dass es beabsichtige, die beiden Gesuche abzulehnen. Das Gesuch um umgekehrten Familiennachzug sei nicht zu bewilligen, da «Antonio» und seine Mutter in Brasilien verwurzelt seien. Dies mache eine Rückkehr zumutbar. Gemäss dem Bundesgericht habe auch ein anwesenheitsberechtigtes Kind grundsätzlich das Lebensschicksal des sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteils zu teilen und ihm allenfalls ins Ausland zu folgen. Dies gelte umso mehr, wenn das Kind keinen Bezug zur Schweiz habe und es gelte nichts anderes, wenn das Kind über das Schweizer Bürgerrecht verfüge ([BGE 2C 372/2008](#)).

Bezüglich des Gesuchs um eine vorläufige Aufenthaltsbewilligung hielt das Migrationsamt fest, dass eine Ausnahme nur möglich sei, wenn die Zulassungsvoraussetzungen der gewünschten Aufenthaltsbewilligung wirklich erfüllt seien. Dies ist nach [Art. 6 VZAE](#) dann der Fall, wenn ein gesetzlicher oder völkerrechtlicher Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung durch das eingereichte Gesuch belegt werden kann, keine Widerrufsgründe nach [Art. 62 AuG](#) (heute AIG) vorliegen und die Antragstellerin ihrer Mitwirkungspflicht nachkommt ([Art. 90 AuG](#) (heute AIG)). Da laut Migrationsamt kein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung bestehe und «Anita» Sozialhilfe beziehe, wurde das Gesuch abgelehnt.

In der Stellungnahme ans Migrationsamt im Rahmen des rechtlichen Gehörs machte «Anitas» Rechtsberatung im Juni 2016 geltend, dass gemäss der Praxis des Bundesgerichts bereits seit 2011 der KRK und den aus dem Schweizer Bürgerrecht abgeleiteten Kinderrechte mehr Gewicht zukommt. Die Zumutbarkeit der Ausreise und das öffentliche Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik genüge nicht mehr, damit dem sorgeberechtigten Elternteil der Verbleib beim Kind in der Schweiz verweigert werden könne. Vielmehr muss von der Antragstellerin eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgehen. Der Bezug von Sozialhilfe genüge nicht. Zudem wies die Rechtsberatung auf «Antonios» Recht auf Niederlassungsfreiheit hin. Hinzu komme, dass es zum Wohl all ihrer Kinder sei, wenn «Anita» in der Schweiz leben könnte.

Da «Antonio» in psychiatrischer Behandlung war, ersuchte «Anitas» Rechtsberatung das Migrationsamt erneut, seiner Mutter für die Dauer des Verfahrens den Aufenthalt zu erlauben und eine Arbeitsbewilligung zu erteilen. Das Migrationsamt wies den Antrag im April 2017 jedoch ab. Die psychiatrischen Abklärungen ergaben, dass «Antonio»

u.a. an einer posttraumatischen Belastungsstörung (PTBS) leidet. Im November 2018 lehnten die Migrationsbehörden auch das Gesuch um umgekehrten Familiennachzug ab. «Anita» wurde aus der Schweiz und dem Schengenraum weggewiesen.

Gegen diesen Entscheid reichte ein Anwalt im Dezember 2018 Rekurs beim zuständigen Departement des Kantons ein. Er rügte darin, dass die Abweisung des Gesuchs um umgekehrten Familiennachzug [Art. 8 EMRK](#) und [Art. 13 Abs. 1 BV](#) verletze. Es sei zu Unrecht von einem gerechtfertigten und verhältnismässigen Eingriff in [Art. 8 EMRK](#) ausgegangen worden.

Das Departement hiess den Rekurs im November 2019 gut. Der Schutz des Familienlebens begründe keinen absoluten Anspruch auf Einreise und Aufenthalt. Es müsse aber eine Abwägung der Interessen vorgenommen werden. Das Departement stellte eine tatsächlich gelebte und intakte Mutter-Kind-Beziehung fest. Die Mutter sei die einzige verantwortliche und verlässliche Bezugsperson von «Antonios» familiärer Umgebung und habe das alleinige Sorgerecht. Aufgrund der Umstände sei eine Rückkehr von «Antonio» nach Brasilien nicht ohne weiteres zumutbar. Das Departement hielt mit Verweis auf das Bundesgericht fest, dass bei der Interessenabwägung dem Kindeswohl als einem wesentlichen Element unter anderen Rechnung zu tragen ist ([BGE 143 I 21 E. 5.5.1](#)). Liege gegen den ausländischen, sorgeberechtigten Elternteil eines Schweizer Kindes nichts vor, was ihn als „unerwünschten“ Ausländer erscheinen lasse oder auf ein missbräuchliches Vorgehen hinweise, sei davon auszugehen, dass dem hier lebenden Schweizer Kind nicht zugemutet werden soll, dem sorgeberechtigten ausländischen Elternteil in dessen Heimat folgen zu müssen ([BGE 137 I 247 E. 4.4.2](#)). Nur Beeinträchtigungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung von einer gewissen Schwere könnten ins Gewicht fallen ([BGE 136 I 285 E. 5.2](#)). Das Departement hielt fest, dass «Anita» zwar von der Sozialhilfe unterstützt werde. Dem Sozialhilfebezug stehe jedoch «Antonios» Kindeswohl gegenüber und ihm könne eine Rückkehr nicht ohne weiteres zugemutet werden. «Anita» begründete ihren Sozialhilfebezug damit, dass sie aufgrund der fehlenden Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung keine Arbeitszusagen erhalten habe. Das Departement entschied deshalb, «Anita» eine Aufenthaltsbewilligung B zu erteilen, mit der Bedingung, innerhalb von einem Jahr eine Arbeitsstelle gefunden zu haben und von der Sozialhilfe abgelöst zu sein.

Gemeldet von:

Rechtsberatungsstelle

Quellen:

Aktendossier