



Kanton Zug

**Buch GVP 2012**



Kanton Zug

## **Buch GVP 2012**

**Inhalt**

## **Art. 9 BV, Art. 44, 47 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b, Art. 56 Abs. 1 AuG**

### **Regeste:**

Art. 9 BV, Art. 44, 47 Abs. 1 und Abs. 3 lit. b, Art. 56 Abs. 1 AuG, - Der Anspruch auf Familiennachzug muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden. Verfassungsmässiger Grundsatz von Treu und Glauben und Aufklärungspflicht der Behörde. Kommt diese ihren Verpflichtungen nicht nach, hat sie für ihre Unterlassungen und ein Missverständnis einzustehen. Sie trägt auch die Beweislast für die Erfüllung ihrer Amtspflichten.

### **Aus dem Sachverhalt:**

X., Staatsangehöriger der Schweiz, wohnhaft im Kanton Zug, heiratete 2008 in Kenia die kenianische Staatsangehörige Y., die eine Tochter Z. hat. Das Amt für Migration (AFM) erteilte Y. in der Folge eine Aufenthaltsbewilligung B mit dem Aufenthaltszweck «Familiennachzug mit Erwerbstätigkeit». Am 4. Juli 2009 reichten X. und Y. beim AFM ein «Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung» für Z. ein. Im Begleitschreiben schrieben sie von einem «Gesuch zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung infolge Familiennachzugs» und wiesen darauf hin, dass in der Beilage die Unterlagen zum Gesuch infolge Familiennachzugs der Stieftochter zu finden seien. Sie gaben an, sie möchten, dass Z. ihre Sommerferien bei ihnen verbringen könne. Am 7. September 2009 beginne ihre Schule in Kenia wieder und sie werde am 2. September 2009 wieder zurück nach Kenia reisen. In der Folge besuchte Z. ihre Mutter und ihren Stiefvater im August 2009 in der Schweiz und reiste danach wieder zurück nach Kenia.

Am 28. März 2011 reichten X. und Y. beim AFM ein «Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für Kinder unter 18 bzw. 21 Jahren» ein. Im Begleitschreiben führten sie aus, dass die (Stief-)Tochter Z. sie bereits im August 2009 besucht habe und nun nach vier Jahren per Ende Januar 2011 die Highschool abgeschlossen bzw. Mitte März 2011 die Resultate des Highschool-Abschlusses erhalten habe. Zum Zeitpunkt der Eheschliessung habe Z. die Highschool in Kenia bereits begonnen gehabt, weswegen sie sich damals entschlossen hätten, dass Z. die Schule in Kenia abschliessen und nachher zu ihnen in die Schweiz ziehen solle. Weiter beabsichtige X., Z. zu adoptieren. Mit Schreiben vom 3. Mai 2011 empfahl das AFM X. und Y. den Rückzug des Gesuches, weil gestützt auf die geltenden gesetzlichen Bestimmungen Kinder über zwölf Jahre innerhalb von zwölf Monaten nach Einreise der Eltern nachgezogen werden müssten. Diese Frist habe mit der Einreise von Y. 2008 begonnen und sei mittlerweile abgelaufen. Im Schreiben vom 9. Mai 2011 teilten X. und Y. mit, dass sie mit dem Rückzug des Gesuches nicht einverstanden seien und dass sie bereits im Juli 2009 fristgerecht ein Gesuch um Familiennachzug eingereicht und es in der Folge nie zurückgezogen hätten. Der Familiennachzug sei zum damaligen Zeitpunkt wegen des Besuchs der Internats-Mittelschule von Z. nicht möglich gewesen. Mit Verfügung vom 6. Juli 2011 wies das AFM das Gesuch von X. und Y. vom 28. März 2011 um Familiennachzug von Z. formell ab. Begründend führte es im Wesentlichen aus, X. und Y. hätten sich freiwillig gegen den Familiennachzug entschieden, indem sie Z. nicht innerhalb der gesetzlichen Nachzugsfrist von zwölf Monaten nachgezogen hätten und der Tochter dadurch vielmehr den Abschluss ihrer Schulausbildung in Kenia hätten ermöglichen wollen. Schwerwiegende Gründe, die einen Familiennachzug trotz der bereits abgelaufenen zwölfmonatigen Frist erlauben würden, lägen keine vor. Beim Gesuch vom 4. Juli 2009 habe es sich um ein Gesuch um die Bewilligung eines Ferienaufenthaltes und nicht um ein Familiennachzugsgesuch gehandelt. Die von X. und Y. dagegen erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat mit Beschluss vom 3. April 2012 ab. Am 10. Mai 2012 liessen X. und Y. Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben.

### **Aus den Erwägungen:**

2. (...)

Ausländischen ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung kann eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (Art. 44 AuG). Der Anspruch auf Familiennachzug muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 AuG). Diese Frist beginnt bei Familienangehörigen von Ausländerinnen und Ausländern mit der Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG). Ein nachträglicher Familiennachzug wird nur bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden (Art. 47 Abs. 4 AuG). (...)

3. (...)

Vorerst ist festzustellen, dass das beschwerdeführerische Gesuch um Familiennachzug am 4. Juli 2009 fristgerecht gemäss Art. 47 Abs. 3 lit. b AuG erfolgt ist, da Y. die Aufenthaltsbewilligung per 5. Oktober 2008 erteilt wurde und die zwölfmonatige Frist mithin erst am 4. Oktober 2009 abgelaufen wäre.

4. a) Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz nach der telefonischen Rückfrage und der Aktennotiz vom 16. Juli 2009 zu Recht davon ausgehen konnte, dass die Beschwerdeführer bloss irrtümlicherweise ein Gesuch um Familiennachzug gestellt hatten und dass das Gesuch vom 4. Juli 2009 somit nicht behandelt werden musste.

Diesbezüglich führte der Beschwerdegegner aus, dass auf den materiellen Inhalt des Gesuches abzustellen und dieses somit nur als Gesuch um einen Ferienaufenthalt zu behandeln sei. Er berief sich damit auf das Willensprinzip gemäss Art. 18 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR, SR 220), welches besage, dass eine falsche Bezeichnung nicht schade. Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden, ist in casu doch das Erklärungs- und nicht das Willensprinzip anwendbar. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre es überspitzt formalistisch, wenn man dieses Gesuch nur buchstabengetreu auslegen würde, ohne sich zu fragen, welcher Sinn ihm vernünftigerweise beizumessen sei (vgl. Urteil vom 3. September 2003, 1P.424/2003 Erw. 2.5; VPB 65.73 Erw. 3b/bb). Nach Treu und Glauben musste die Behörde das Gesuch um Familiennachzug also eindeutig auch als solches verstehen, selbst wenn die Beschwerdeführer im Gesuch auch noch einen Ferienaufenthalt erwähnten. Dies insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass es für die Bewilligung eines Ferienaufenthaltes gar keiner schriftlichen Verfügung bedurft hätte (§ 20 Abs. 2 VRG).

b) Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in unrichtige Zusicherungen, Auskünfte, Mitteilungen oder Empfehlungen einer Behörde, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war, der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen konnte, er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 II 627 Erw. 6.1; Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juni 2008, 1C\_242/2007 Erw. 3.3.1).

c) Bund, Kantone und Gemeinden sorgen für eine angemessene Information der Ausländerinnen und Ausländer über die Lebens- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz, insbesondere über ihre Rechte und Pflichten (Art. 56 Abs. 1 AuG). Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt. Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten (vgl. Tamara Nüssle, Tragweite der Informationspflicht der Behörden gemäss Art. 56 AuG am Beispiel der Frist zum Familiennachzug, in: AJP 2010, S. 890).

c/aa) Kommt die zuständige Behörde ihren Verpflichtungen nicht nach, hat sie für ihre Unterlassungen einzustehen. Sie trägt auch die Beweislast für die Erfüllung ihrer Amtspflichten (vgl. BGE 121 V 28 Erw. 2). Vorliegend vermag die Vorinstanz die genügende Aufklärung der Beschwerdeführer nicht zu beweisen. Diese durften nach dem Telefongespräch vom 16. Juli 2009 davon ausgehen, dass der Familiennachzug auch später noch möglich sein würde, da sie ein frist- und formgerechtes Gesuch gestellt hatten und die Behörde ihnen – obwohl diesbezüglich eine Aufklärung geboten gewesen wäre – nichts Gegenteiliges mitgeteilt hat. Weil die in Art. 56 Abs. 1 AuG statuierte Informationspflicht ein Recht auf passive Informierung beinhaltet, sind die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Beschwerdeführer ohnehin tief anzusetzen (vgl. Tamara Nüssle, a.a.O., S. 893). Insofern ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz ihre gesetzliche Informationspflicht verkennt, wenn sie ausführt, es sei nicht ihre Aufgabe, Ausländerinnen und Ausländer auf mögliche Wege oder Hinderungsgründe für den Familiennachzug aufmerksam zu machen. Vielmehr hat die Behörde aufgrund der vorhergehenden Ausführungen ganz klar die Pflicht, Ausländerinnen und Ausländer auf etwaige Probleme hinzuweisen und sie diesbezüglich aufzuklären. Insbesondere hat sie dies dann zu tun, wenn – wie im vorliegenden Fall – offensichtlich ist, dass sich ein Gesuchsteller der Konsequenzen seines Handelns nicht bewusst ist. Letztlich hätte ein Rückzug des Gesuches vom 4. Juli 2009 auch nur erfolgen können, wenn das AFM die Beschwerdeführer ausreichend über dessen Konsequenzen, d.h. die Verwirkungsfahr, aufgeklärt hätte. Dies ist mit der kurzen Aktennotiz vom 16. Juli 2009 aber in keiner Weise rechtsgenügend nachgewiesen.

c/bb) Konkret hätte das AFM die Beschwerdeführer darauf hinweisen müssen, dass der Familiennachzug grundsätzlich sofort stattfinden müsse und dass Z. somit nicht noch mehrere Jahre in Kenia zur Schule gehen könne. Nur durch eine derartige Aufklärung hätte das AFM seiner Informationspflicht nachkommen können. Es ist überwiegend wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführer Z. in diesem Fall sofort nachgezogen und nicht auf den weiteren Schulbesuch in Kenia bestanden hätten, denn einen Ausbildungsplatz hätten sie wohl auch in der Schweiz organisieren können. Die Annahme, die Beschwerdeführer hätten im Wissen der Unmöglichkeit eines späteren Nachzuges auf ihr Gesuch verzichtet, würde keinen Sinn ergeben. Eine solche Annahme wäre willkürlich und widerspräche gänzlich der objektiven Interessenlage der Beschwerdeführer.

d) Weiter ist anzunehmen, dass es sich bei der Aktennotiz vom 16. Juli 2009 um ein Missverständnis zwischen den Parteien gehandelt hat. Dieses Missverständnis hätte einschneidende Folgen für das Familienleben der Beschwerdeführer, weswegen schon deshalb nicht auf die Aktennotiz abgestellt werden kann. Darüber hinaus ist den Beschwerdeführern zuzustimmen, wenn sie sagen, dass dieser kurzen Aktennotiz kein Rückzug des Gesuches entnommen werden könne. Im ersten Satz «Missverständnis, es handelt sich nur um einen Ferienaufenthalt» liesse sich höchstens das Wort «nur» so auslegen, dass damit ein Rückzug gemeint sein könnte. Legt man jedoch den zweiten Satz «Sie besucht noch etwa 1 1/2 Jahre die Schule in Kenia» auf die gleiche Art und Weise aus, so deutet das Wort «noch» darauf hin, dass Z. danach in die Schweiz kommen solle. Folglich ist selbst diese kurze Aktennotiz in sich selbst widersprüchlich, sodass es willkürlich wäre, wenn man darauf abstellen würde. Im Übrigen ist sie auch aus rechtlicher Sicht ungenügend, da sie nicht von den Beschwerdeführern gegengelesen und bestätigt werden konnte. Wenn seitens des AFM nach dem Gesuch vom 4. Juli 2009 noch Klärungsbedarf bestand, so hätte die entsprechende Rückfrage unbedingt aktenförmig unter Mitteilung an die Gesuchstellerin erfolgen müssen. Nur auf diese Weise hätte die Behörde nachweisen können, dass sie das an sie gerichtete Gesuch gesetzeskonform erledigt hat. Mithin ist es auch in erster Linie die Behörde, die dafür verantwortlich ist, keine verfahrensmässige Unsicherheit entstehen zu lassen.

5. Der Beschwerdegegner begründet seinen ablehnenden Entscheid sinngemäss auch damit, dass die Beschwerdeführer aufgrund ihrer Passivität selbst nicht auf das Weiterbestehen des Gesuches vertraut hätten. So hätten sie erst nach fast zwei Jahren wieder ein Gesuch um Familiennachzug gestellt, ohne dabei auf das erste Gesuch vom 4. Juli 2009 zu verweisen. Zudem hätten sie auch sämtliche Dokumente neu eingereicht, was die These des Beschwerdegegners bestätige.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, da die Beschwerdeführer nach ihrem Gesuch vom 4. Juli

2009 – mangels ablehnenden Entscheids bzw. genügender Aufklärung – davon ausgehen konnten, dass Z. die Schule in Kenia beenden und erst hernach in die Schweiz kommen könne. Es war daher nicht zu erwarten, dass sie sich in der Zwischenzeit nochmals beim AFM melden würden, da dazu für die Beschwerdeführer schlicht kein Anlass bestand. Auch aus der Tatsache, dass sie in ihrer zweiten Eingabe vom 28. März 2011 sämtliche Dokumente erneut einreichten und nicht auf das erste Gesuch verwiesen, kann der Beschwerdegegner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Beschwerdeführer reichten im zweiten Gesuch schliesslich nicht dieselben Dokumente wie beim ersten Gesuch ein; es handelte sich um neue, aktuelle Unterlagen. Weiter kann juristischen Laien nicht vorgeworfen werden, sie hätten nicht auf das erste Gesuch Bezug genommen, da sie mutmasslich einfach davon ausgingen, dass sie mit ihrem ersten Gesuch die Frist gewahrt haben und nun den Familiennachzug mit einem neuerlichen Gesuch definitiv geltend machen konnten. Letztlich liegt der Fehler bei der Behörde, denn sie hat das erste Gesuch weder behandelt noch formell korrekt abgeschrieben. Gerade weil es an der genannten Abschreibungsverfügung fehlte, kann den Beschwerdeführern hieraus kein Nachteil erwachsen. Nur wenn sie eine solche erhalten hätten, hätten sie sich überhaupt gegen das Handeln der Behörde zur Wehr setzen können.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführer am 4. Juli 2009 ein frist- und formgerechtes Gesuch um Familiennachzug gestellt haben, dieses vom AFM jedoch weder behandelt noch formell korrekt abgeschrieben worden ist. Ein Rückzug dieses Gesuches wurde vom Beschwerdegegner weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht, sodass den Beschwerdeführern daraus kein Schaden erwachsen darf. Da das AFM im Übrigen auch seiner Informationspflicht gemäss Art. 56 Abs. 1 AuG nicht nachgekommen ist, konnten die Beschwerdeführer nicht wissen, dass sie Z. sofort hätten nachziehen müssen. Mithin ist der Entscheid des Regierungsrates vom 3. April 2012 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung des damals fristgerecht gestellten Gesuches vom 4. Juli 2009 an das Amt für Migration zurückzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2012 V 2012 68