

2.

Das wiedererwägungsweise gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist unter Verweis auf die Begründung des Beschlusses vom 12. Juli 2017 abzulehnen.

(Hinweis: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig. Verfahrensnummer des Bundesgerichts: 2C\_504/2018)

**12 Nachzug eines Familienangehörigen gemäss Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA**

- **Auslegung des Begriffs des "Begünstigten" gemäss Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA (Erw. 2.4.1 und 2.4.2)**
- **Direkte Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA mangels Präzisierung der Bestimmung im nationalen Recht (Erw. 2.4.3)**
- **Voraussetzungen für den Nachzug eines Familienangehörigen gemäss Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA (Erw. 2.5)**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 22. Mai 2018, in Sachen A. A. gegen Amt für Migration und Integration (WBE.2017.65).

*Sachverhalt*

A.

Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger von Grossbritannien, reiste am 4. Dezember 2011 in die Schweiz ein und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung als Erwerbstätiger (MI-act. 52). Am 1. April 2016 zog er vom Kanton X. in den Kanton Aargau, wo ihm am 4. Mai 2016 ebenfalls eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA als Erwerbstätiger erteilt wurde (Akten des Amts für Migration und Integration betreffend den Beschwerdeführer, act. 1 ff.).

Am 25. April 2016 beantragte der Beschwerdeführer den Familiennachzug für B. B., Staatsangehörige von Sri Lanka, bei der

es sich um seine Tante handeln soll (Akten des Amts für Migration und Integration betreffend B. B. [MI-act.] 46 ff.).

Mit Schreiben vom 16. Juni 2016 teilte das MIKA dem Beschwerdeführer mit, dass wegen der unterbliebenen Bescheinigung der Verwandtschaft durch den Heimat- oder Herkunftsstaat der Familiennachzug nach dem FZA nicht bewilligt werden könne und eine Aufenthaltsbewilligung auch nach dem AuG ausser Betracht falle (MI-act. 53 f.).

Der Beschwerdeführer ersuchte das MIKA mit Eingabe vom 4. Juli 2016, den Entscheid vom 16. Juni 2016 in Wiedererwägung zu ziehen oder ihm andernfalls eine einsprachefähige Verfügung zuzustellen (MI-act. 57 ff.).

Mit Verfügung vom 7. September 2016 lehnte das MIKA das Familiennachzugsgesuch des Beschwerdeführers und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an B. B. zur erwerbslosen Wohnsitznahme ab (MI-act. 62 ff.).

B.

Gegen die Verfügung des MIKA vom 7. September 2016 erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 6. Oktober 2016 beim Rechtsdienst des MIKA (Vorinstanz) Einsprache (MI-act. 87 ff.).

Am 11. Januar 2017 fällte die Vorinstanz folgenden Einspracheentscheid (act. 1 ff.):

1.

Die Einsprache wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gebühren erhoben.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

C.

Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 2. Februar 2017 reichte der Beschwerdeführer beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau (Verwaltungsgericht) Beschwerde ein und stellte folgende Begehren (act. 9 ff.):

1.

Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz sei aufzugeben [richtig: aufzuheben];

2.

Frau [B. B.], geb. 1953, Sri Lanka, sei im Kanton Aargau eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen;

3.

eventualiter sei die Angelegenheit zur Vervollständigung der Sachverhaltsfeststellung und zur neuen Entscheidung an die Sektion Aufenthalt des Amts für Migration und Integration Kanton Aargau zurückzuweisen;

4.

es sei dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung auszurichten;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

Die Begründung ergibt sich, soweit erforderlich, aus den nachstehenden Erwägungen.

D.

Mit Instruktionsverfügung vom 3. Februar 2017 wurde der Beschwerdeführer zur Zahlung eines Kostenvorschusses aufgefordert (act. 18 f.), welchen er fristgerecht leistete (act. 20 f.). Am 13. Februar 2017 wurde die Beschwerde der Vorinstanz zur Vernehmlassung und Einreichung aller migrationsamtlichen Akten zugestellt (act. 22 f.). Die Vorinstanz reichte ihre Akten am 16. Februar 2017 ein, hielt an ihren Ausführungen im Einspracheentscheid fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde (act. 24). Mit Verfügung vom 17. Februar 2017 wurde die Vernehmlassung dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt. Ein weiterer Schriftenwechsel wurde nicht angeordnet (act. 25 f.).

Mit Verfügung vom 21. Februar 2018 wurde dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben, allfällige Sachverhaltsveränderungen darzulegen und entsprechende Unterlagen einzureichen. Insbeson-

dere wurde er aufgefordert, seinen aktuellen Lohnausweis sowie Belege über die von Februar 2016 bis Januar 2018 an B. B. geleisteten Unterstützungszahlungen einzureichen (act. 28 f.). Der Beschwerdeführer äusserte sich mit Eingabe vom 13. März 2018 und reichte diverse Unterlagen ein (act. 30 ff.), welche am 19. März 2018 der Vorinstanz zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (act. 60 f.). Die Vorinstanz reichte darauf am 22. März 2018 eine Stellungnahme ein (act. 62), welche am 26. März 2018 dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 63 f.).

E.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 22. Mai 2018 beraten und entschieden.

### *Erwägungen*

I.

1.

Einspracheentscheide des MIKA können innert 30 Tagen seit Zustellung mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (§ 9 Abs. 1 EGAR). Beschwerden sind schriftlich einzureichen und müssen einen Antrag sowie eine Begründung enthalten; der angefochtene Entscheid ist anzugeben, allfällige Beweismittel sind zu bezeichnen und soweit möglich beizufügen (§ 2 Abs. 1 EGAR i.V.m. § 43 VRPG).

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 11. Januar 2017. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist somit gegeben. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Unter Vorbehalt abweichender bundesrechtlicher Vorschriften oder Bestimmungen des EGAR können mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht einzig Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens und unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes

gerügt werden. Die Ermessensüberprüfung steht dem Verwaltungsgericht jedoch grundsätzlich nicht zu (§ 9 Abs. 2 EGAR).

II.

1.

1.1.

Die Vorinstanz hält in ihrem Einspracheentscheid (act. 4 ff.) im Wesentlichen fest, dass zwischen dem Beschwerdeführer und B. B. - unabhängig davon, ob es sich bei dieser um die Tante im Rechtssinne handle - keine Verwandtschaft in aufsteigender Linie bestehe. Eine Tante falle unter die übrigen Verwandten i.S.v. Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA. Gemäss den Weisungen des SEM könnten sich nur Verwandte in aufsteigender Linie auf das FZA berufen, nicht aber andere Verwandte wie Geschwister, Onkel, Nefte, Tante oder Nichte. Allein die Leistung von Unterhalt könne daher für eine Aufenthaltsbewilligung für B. B. nicht ausreichen. Von einem Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft sei zu Recht nicht die Rede, lebten der Beschwerdeführer und B. B. doch spätestens seit 1998 getrennt. Beim Nachzug verwandter Personen, die sich nicht auf die Bestimmungen des FZA über den Familiennachzug berufen könnten, seien Art. 20 VEP und Art. 31 VZAE anwendbar. Die ermessensweise Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 28 AuG falle mangels besonderer persönlicher Beziehungen zur Schweiz jedoch ausser Betracht. Auch ein schwerwiegender persönlicher Härtefall gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG liege nicht vor. Damit sei eine Aufenthaltsbewilligung für B. B. auch im Rahmen von Art. 20 VEP nicht begründet. Schliesslich seien die Voraussetzungen für eine Berufung auf Art. 8 EMRK vorliegend ebenfalls nicht erfüllt.

1.2.

Der Beschwerdeführer bringt in der Beschwerde (act. 14 ff.) im Wesentlichen vor, seiner Tante sei direkt gestützt auf Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, da er ihr Unterhalt gewährt habe und weiterhin gewähre. Falls ein solcher direkter Anspruch verneint würde, sei seiner Tante der Aufenthalt gestützt auf Art. 20 VEP zu bewilligen, nachdem die Vorinstanz keine Gründe gegen den Nachzug vorgebracht habe und

seine Tante für ihn wie seine Mutter sei, da er nach dem Tod seiner leiblichen Mutter bei ihr gelebt und sie ihn aufgezogen habe. Schliesslich wäre ihr auch gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, weil sie aus gesundheitlichen Gründen auf seine Pflege und Unterstützung angewiesen sei und weder im Herkunftsstaat noch in einem anderen Staat weitere nahe Verwandte diese Aufgabe übernehmen könnten.

2.

2.1.

Bestimmungen über den Familiennachzug finden sich sowohl im AuG als auch im FZA. Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger von Grossbritannien und kann sich deswegen als Bürger eines EU-Mitgliedstaats auf das FZA berufen.

Da das AuG für EU-Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen nur so weit gilt, als das FZA keine abweichenden Regelungen enthält oder das AuG günstigere Bestimmungen vorsieht (Art. 2 Abs. 2 AuG), ist nachfolgend in einem ersten Schritt zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer gestützt auf die Bestimmungen des FZA ein Anspruch auf Familiennachzug von B. B. zusteht.

2.2.

2.2.1.

Gemäss Art. 7 lit. d FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA haben die Familienangehörigen einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen.

Familienangehörige einer Person gemäss Art. 7 lit. d FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA sind ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird (Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA), die Verwandten und die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird (Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA) sowie im Fall von Studierenden der Ehegatte und die unterhaltsberechtigten Kinder (Art. 3 Abs. 2 lit. c Anhang I FZA).

Darüber hinaus müssen die Vertragsparteien die Aufnahme aller nicht unter Art. 3 Abs. 2 lit. a - c Anhang I FZA genannten Familien-

angehörigen begünstigen, denen der Staatsangehörige einer Vertragspartei Unterhalt gewährt oder mit denen er im Herkunftsland in einer häuslichen Gemeinschaft lebt (Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA). Unter Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA fallen nicht in Art. 3 Abs. 2 lit. a - c Anhang I FZA erwähnte Familienangehörige wie uneheliche Lebenspartner, nicht eingetragene gleichgeschlechtliche Paare, aber auch Verwandte in der Seitenlinie wie Brüder und Schwestern, Onkel und Tanten, Neffen und Nichten (MARC SPESCHA, in: MARC SPESA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2015, Art. 3 Anhang I FZA N 15).

#### 2.2.2.

Im Folgenden ist zuerst zu untersuchen, ob B. B. die Tante des Beschwerdeführers ist. Wenn dies der Fall ist, ist weiter zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA - allenfalls in Verbindung mit präzisierenden nationalen Rechtsnormen - der Familiennachzug zu bewilligen und B. B. eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen ist, oder ob dafür allenfalls eine andere Rechtsgrundlage im nationalen Recht besteht.

#### 2.3.

##### 2.3.1.

Auf den Geburtsscheinen (MI-act. 72 ff.) und den Taufscheinen (MI-act. 76 f.) der beiden Schwestern von B. B., C. B. und D. B., sind die gleichen Namen von Mutter und Vater aufgeführt wie auf dem Taufschein von B. B. (MI-act. 78). Die Daten von B. B. auf dem Taufschein stimmen mit jenen auf ihrem Reisepass überein (MI-act. 3, 5). Der Beschwerdeführer wiederum ist in Sri Lanka geboren (MI-act. 8, 35). Seine Mutter hatte den gleichen Vater wie B. B. und deren Schwestern (MI-act. 35, 37, 38). Dies bedeutet, dass sie die (Halb-)Schwester von B. B. war. Demzufolge ist als erwiesen anzusehen, dass es sich bei B. B. um die Tante des Beschwerdeführers handelt.

##### 2.3.2.

Gemäss Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA ist der Familiennachzug der Tante des Beschwerdeführers zu begünstigen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer aufgrund dieser

Bestimmung der Familiennachzug seiner Tante zu bewilligen ist. Dafür ist zu ermitteln, was unter dem Begriff des "Begünstigten" zu verstehen ist.

#### 2.4.

##### 2.4.1.

Das FZA ist gestützt auf die völkerrechtliche Methodik nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Ziels und Zwecks auszulegen (vgl. Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111]). Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des FZA - soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden - die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Da es Ziel des Abkommens ist, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Union geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (Präambel), und die Vertragsstaaten übereingekommen sind, in den vom Abkommen erfassten Bereichen alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit in ihren Beziehungen eine möglichst parallele Rechtslage besteht (Art. 16 Abs. 1 FZA), hat das Bundesgericht in inzwischen ständiger Rechtsprechung entschieden, von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum nur bei Vorliegen "triftiger" Gründe abzuweichen. Bezüglich "neuer" Entwicklungen besteht gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA keine Befolgungspflicht, sondern höchstens ein Beachtungsgebot in dem Sinn, dass diese nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen. Für eine solche sind die Verfahren nach Art. 17 FZA (Entwicklung des Rechts) und Art. 18 FZA (Revision) vorgesehen. Der Schweizer Richter muss die Tragweite der neuen Rechtsprechung des EuGH jeweils auf dem Stand des 1999 übernommenen "Acquis communautaire" würdigen und auslegungsweise klären, ob deren Gehalt (noch) dem Regelungsgegenstand des an sich statisch ausgestalteten FZA entspricht oder ausschliesslich Teil der dynami-



schen Weiterbildung des Unionsrechts seit dem 21. Juni 1999 bildet und jenen damit sprengt (BGE 139 II 393, Erw. 4.1.1; Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2017 [2C\_301/2016], Erw. 2.2 mit Hinweisen).

#### 2.4.2.

Die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (Richtlinie 2004/38/EG) enthält in Art. 3 Abs. 2 eine parallele Bestimmung zu Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG erleichtert der Aufnahmemitgliedstaat nach Massgabe seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften die Einreise und den Aufenthalt jedes nicht unter die Definition in Art. 2 Ziff. 2 der Richtlinie 2004/38/EG fallenden Familienangehörigen ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit, dem der primär aufenthaltsberechtigte Unionsbürger im Herkunftsland Unterhalt gewährt oder der mit ihm im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, oder wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen (lit. a), sowie des Lebenspartners, mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäss bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist (lit. b). Der Aufnahmemitgliedstaat führt eine eingehende Untersuchung der persönlichen Umstände durch und begründet eine etwaige Verweigerung der Einreise oder des Aufenthalts dieser Personen (Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG).

Der EuGH hat entschieden, dass die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie 2004/38/EG nicht verpflichtet seien, Anträgen auf Einreise oder Aufenthalt von Personen, die nachweisen, dass sie Familienangehörige i.S.v. Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG seien, denen ein Unionsbürger Unterhalt gewähre, in allen Fällen stattzugeben. Somit verpflichte Art. 3 Abs. 2 der Richtli-

nie 2004/38/EG die Mitgliedstaaten zwar nicht dazu, Familienangehörigen im weiteren Sinne, denen von einem Unionsbürger Unterhalt gewährt werde, ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zuzuerkennen, wohl aber - wie sich aus der Verwendung des Ausdrucks "erleichtert" in dieser Bestimmung ergebe - dazu, Anträge auf Einreise und Aufenthalt von Personen, die zu einem Unionsbürger in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stünden, gegenüber den Anträgen anderer Drittstaatsangehöriger in gewisser Weise bevorzugt zu behandeln. Um diese Verpflichtung zu erfüllen, müssten die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG vorsehen, dass Personen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG eine Entscheidung über ihren Antrag erhalten könnten, die auf einer eingehenden Untersuchung ihrer persönlichen Umstände beruhe und im Fall der Ablehnung begründet werde. Im Rahmen dieser Untersuchung der persönlichen Umstände des Antragstellers habe die zuständige Behörde verschiedene Faktoren zu berücksichtigen, die je nach Fall massgeblich sein könnten, z.B. den Grad der finanziellen oder physischen Abhängigkeit und den Grad der Verwandtschaft. Hinsichtlich der Wahl der zu berücksichtigenden Faktoren hätten die Mitgliedstaaten einen grossen Ermessensspielraum; die Kriterien müssten sich aber mit der gewöhnlichen Bedeutung des Ausdrucks "erleichtert" und der in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG in Bezug auf die Abhängigkeit verwendeten Begriffe vereinbaren lassen und dürften dieser Bestimmung nicht ihre praktische Wirksamkeit nehmen. Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG sei aber nicht so bestimmt, dass sich derjenige, der einen Antrag auf Einreise und Aufenthalt stelle, unmittelbar auf diese Bestimmung berufen könne, um Beurteilungskriterien geltend zu machen, die seiner Auffassung nach auf seinen Antrag anzuwenden seien (Urteil des EuGH vom 5. September 2012, C-83/11 *Rahman*, Randnr. 19 ff.).

Dieser Entscheid erging nach Unterzeichnung des FZA und bezieht sich auf die am 29. April 2004 und damit ebenfalls nach Unterzeichnung des FZA erlassene Richtlinie 2004/38/EG. Der EuGH führte darin nicht bloss die vorbestehende Rechtsprechung präzisierend weiter, weshalb nach der zitierten bundesgerichtlichen Recht-

sprechung bezüglich des erwähnten Urteils des EuGH somit keine Befolgungspflicht besteht, sondern lediglich ein Beachtungsgebot in dem Sinn, dass dieses nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben soll, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen darf.

#### 2.4.3.

##### 2.4.3.1.

Im vorliegenden Fall sind keine triftigen Gründe ersichtlich, welche gegen eine Beachtung des Urteils des EuGH vom 5. September 2012, C-83/11 *Rahman*, bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA sprechen würden. Dies gilt insbesondere für die Auslegung des Begriffs "begünstigen", da insoweit eine parallele Rechtslage vorliegt.

Im Weiteren stellt sich die Frage, ob Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA mangels innerstaatlicher Regelung unmittelbar anwendbar ist. EU-Richtlinien enthalten lediglich ein zu erreichendes Ziel und verpflichten die Mitgliedstaaten zu deren Umsetzung im nationalen Recht. Sie sind daher grundsätzlich nicht direkt anwendbar (MATTHIAS OESCH, *Europarecht*, Band I, Bern 2015, § 17 Rz. 426 ff.; STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, *Europarecht*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 254 ff.). Demgegenüber sind die Bestimmungen des FZA und seines Anhangs I direkt anwendbar, d.h. sie regeln direkt die Rechtsstellung von Einzelpersonen und enthalten ausreichend klare und genaue Vorschriften, auf die sich eine einzelne Person vor Gericht direkt berufen kann (DIETER W. GROSSEN/CLAIRE DE COULON, *Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU*, Zürich 2007, Rz. 21, S. 142; MONIKA PUSTUL, *Freizügigkeit der Unionsbürger und das Recht auf Sozialleistungen in der EU und unter dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU*, Zürich 2014, S. 102 ff.). Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA ist somit direkt anwendbar, soweit diese Bestimmung keine Präzisierung im schweizerischen Recht erfahren hat, ansonsten sie keine Wirkung entfalten könnte.

## 2.4.3.2.

Das AuG enthält keine Bestimmung, welche explizit in Präzisierung von Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA Familienangehörige einer Person, die Staatsangehörige eines EU- oder EFTA-Mitgliedstaates ist und in der Schweiz ein Aufenthaltsrecht hat, gegenüber Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen privilegieren würde.

Art. 20 VEP sieht vor, dass eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt werden kann, wenn wichtige Gründe es gebieten, obwohl die Voraussetzungen zu einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit nach dem FZA nicht erfüllt sind. Das letztgenannte Erfordernis schliesst eine Anwendung von Art. 20 VEP in den in Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA genannten Fällen aus, da in den Fällen, die unter Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA zu subsumieren sind, die Voraussetzungen des FZA für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit gerade erfüllt sind.

Art. 27 ff. AuG, welche die Zulassung zu einem Aufenthalt in der Schweiz ohne Erwerbstätigkeit regeln, und Art. 30 AuG, welcher Abweichungen von den gesetzlichen Zulassungskriterien vorsieht, gelten gleichermassen für alle Ausländerinnen und Ausländer, soweit das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder sie günstigere Bestimmungen vorsehen (Art. 2 Abs. 2 und 3 AuG). Sie erlauben es nicht, wie es Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA verlangt, Familienangehörige einer Person, die Staatsangehörige eines EU- oder EFTA-Mitgliedstaates ist und in der Schweiz ein Aufenthaltsrecht hat, gegenüber Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen bevorzugt zu behandeln. Mit Blick auf den vorliegenden Fall gilt dies insbesondere für Art. 28 AuG, der lediglich Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen für Rentnerinnen und Rentner enthält. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das von der Vorinstanz in der Stellungnahme vom 22. März 2018 angeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Januar 2018 (F-5102/2016) für den vorliegenden Fall nicht einschlägig ist, da es einen kosovarischen Staatsangehörigen in der Schweiz betrifft, der um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 28 AuG für seine im Kosovo lebende Mutter ersuchte, womit das FZA nicht

anwendbar war. Eine Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG schliesslich setzt einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall oder wichtige öffentliche Interessen voraus. Der Ausnahmecharakter dieser Bestimmung steht dem von Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA angestrebten Ziel der "Begünstigung" der Aufnahme aller nicht unter lit. a - c dieser Bestimmung fallenden Familienangehörigen von Staatsangehörigen einer Vertragspartei entgegen.

Andere Bestimmungen des schweizerischen Rechts kommen vorliegend als Ausführungsbestimmungen von Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA ebenfalls nicht in Betracht. Somit ist im Folgenden zu prüfen, ob der Tante des Beschwerdeführers allein aufgrund von Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA der Aufenthalt in der Schweiz zu bewilligen ist.

## 2.5.

### 2.5.1.

Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA will sicherstellen, dass tatsächlich bestehende enge Bindungen zwischen Staatsangehörigen von EU- oder EFTA-Mitgliedstaaten, die in der Schweiz ein Aufenthaltsrecht haben, und ihren unter diese Bestimmung fallenden Familienangehörigen freizügigkeitsrechtlich nicht behindert werden. Er vermittelt den Familienangehörigen zwar keinen Rechtsanspruch auf Einreise und Aufenthalt. Die vorbestehende häusliche Gemeinschaft oder die Unterhaltsgewährung sind aber Indizien für eine Intensität der Beziehung, welche es rechtfertigt, dass sie durch die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung künftig wieder in räumlicher Nähe gelebt werden kann. Sind die Voraussetzungen der Unterhaltsgewährung oder der vorbestehenden häuslichen Gemeinschaft erfüllt, bedarf angesichts des Begünstigungsanspruchs gemäss Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA die Verweigerung des Nachzugs einer qualifizierten Rechtfertigung. Das heisst, dass in diesen Fällen der Nachzug zu bewilligen ist, wenn keine triftigen Gründe dagegen sprechen (SPESCHA, a.a.O., Art. 3 Anhang I FZA N 15; MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 215 f.).

## 2.5.2.

Die Eigenschaft eines Familienangehörigen, dem Unterhalt gewährt wird, ergibt sich aus einer tatsächlichen Situation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der erforderliche Unterhalt des Familienangehörigen vom Aufenthaltsberechtigten materiell sichergestellt wird. Dabei kommt es darauf an, ob der nachzuziehende Verwandte in Anbetracht seiner wirtschaftlichen und sozialen Situation in der Lage ist, seine Grundbedürfnisse selbst zu decken, oder ob er auf zusätzliche Mittel angewiesen ist, die vom Aufenthaltsberechtigten aufgebracht werden (BGE 135 II 369, Erw. 3.1 zu Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 9. Januar 2007, C-1/05 *Jia*, Slg. 2007 I-1 Randnr. 37). Entscheidend ist auch, ob die Unterhaltsgewährung künftig erbracht werden kann, so dass nachzugsbedingt keine (erhebliche) Belastung des Staates durch zusätzliche Ausgaben befürchtet werden muss. Von einer Unterhaltsgewährung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA ist regelmässig dann auszugehen, wenn sie bei bestehender Leistungsfähigkeit verbindlich zugesichert wird oder aufgrund bisheriger Unterstützungsleistungen glaubhaft erscheint (SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, a.a.O., S. 215 zu Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA). Dies muss - in maiore minus - auch unter Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA gelten. Zudem ist kein Grund ersichtlich, den Begriff der Unterhaltsgewährung anders auszulegen. Im Urteil vom 9. Januar 2007 (C-1/05 *Jia*, Slg. 2007 I-1 Randnr. 43) hielt der EuGH fest, der Nachweis des Unterhaltsbedarfs könne mit jedem geeigneten Mittel geführt werden; es sei aber zulässig, die blossе Verpflichtungserklärung des Gemeinschaftsangehörigen oder seines Ehegatten, diesem Familienmitglied Unterhalt zu gewähren, nicht als Nachweis dafür anzusehen, dass dieses tatsächlich unterhaltsbedürftig sei.

Das Gewähren von Unterhalt muss überdies bei objektiver Betrachtung notwendig erscheinen. Dies ist dann der Fall, wenn die unterstützte Person in Anbetracht ihrer wirtschaftlichen und sozialen Lage nicht in der Lage ist, ihre Grundbedürfnisse selbst zu decken. Der Unterhaltsbedarf muss im Herkunftsland des Familienangehörigen in dem Zeitpunkt bestehen, in dem sie beantragen, dem Gemein-

schaftsangehörigen zu folgen (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2017 [2C\_301/2016], Erw. 3.4.4).

#### 2.5.3.

Gemäss Art. 3 Abs. 3 Anhang I FZA dürfen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Familienangehörige eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei nur folgende Unterlagen verlangt werden: die Ausweise, mit denen sie in ihr Hoheitsgebiet eingereist sind (lit. a), eine von der zuständigen Behörde des Heimat- oder Herkunftsstaats ausgestellte Bescheinigung, in der das Verwandtschaftsverhältnis bestätigt wird (lit. b), und für Personen, denen Unterhalt gewährt wird, eine von der zuständigen Behörde des Heimat- oder Herkunftsstaats ausgestellte Bescheinigung, in der bestätigt wird, dass die in Abs. 1 genannte Person ihnen Unterhalt gewährt oder sie in diesem Staat mit ihr in einer häuslichen Gemeinschaft leben (lit. c).

Der Nachweis des Unterhalts kann in der Praxis allerdings kaum je durch eine Bescheinigung der heimatlichen Behörden erbracht werden, zumal diese von der tatsächlichen Unterhaltsgewährung in der Regel keine Kenntnis haben. Beweistauglich sind hingegen objektivierbare Geldüberweisungen oder z.B. die Bezahlung von Mietkosten, Reisekosten, Krankenkassenprämien etc. Da die Unterstützungsleistungen oft auch durch Geldübergaben in bar erfolgen, kann der Unterhaltsnachweis diesbezüglich auch durch glaubhafte übereinstimmende Erklärungen der beteiligten Personen erbracht werden (SPESCHA, a.a.O., Art. 3 Anhang I FZA N 16).

#### 2.5.4.

Weitere Voraussetzung für den Familiennachzug ist eine angemessene Wohnung. Angemessen ist eine Wohnung dann, wenn sie den ortsüblichen Verhältnissen entspricht, die für inländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am Wohnort gelten. Je nach Familiengrösse gelten hier andere Anforderungen. Als Faustregel kann gelten, dass eine Wohnung hinreichend gross ist, wenn die Personenzahl die Zahl der Zimmer um nicht mehr als eins übersteigt, wobei diese Faustregel bei grossen Wohnungen gegebenenfalls anzupassen ist. Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA schliesst jedoch nicht aus, dass Fami-

lienangehörige in der Schweiz zwei getrennte Haushalte führen (vgl. SPESCHA, a.a.O., N 6 f. Art. 3 Anhang I FZA N 6 f.).

#### 2.5.5.

In zeitlicher Hinsicht hängt die Berücksichtigung der Unterhaltsgewährung vom anwendbaren Verfahrensrecht ab. Das BGG schreibt den Kantonen vor, dass die richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts oder ein vorgängig zuständiges Gericht den Sachverhalt frei prüft und das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 110 BGG). Daraus folgt, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu erstellen ist, weshalb diesem Gericht auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden können. Das Verwaltungsgericht hat somit die Tatsache der Unterhaltsgewährung von Bundesrechts wegen zu berücksichtigen, auch wenn diese beim MIKA im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch nicht geltend gemacht wurde, sondern erst im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren (BGE 135 II 369, Erw. 3.3). Gleiches gilt für die Frage, ob eine angemessene Wohnung vorhanden ist.

#### 2.5.6.

Zusammenfassend hat das Verwaltungsgericht aufgrund der aktuellen Situation zu prüfen,

- ob der nachzuziehende Familienangehörige bedürftig ist;
- ob der nachziehende Aufenthaltsberechtigte leistungsfähig, d.h. in der Lage ist, den notwendigen Unterhalt zu decken;
- ob eine längerfristige Sicherheit der Leistungsfähigkeit besteht;
- ob der nachziehende Aufenthaltsberechtigte dem nachziehenden Familienangehörigen Unterhalt gewährt oder in häuslicher Gemeinschaft mit ihm lebte und
- ob eine angemessene Wohnung vorhanden ist.

#### 2.6.

In der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide vom 13. August 2015 (SR 142.201.1) ist nicht geregelt, ob die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA gestützt auf Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Bundes steht. Aus den Weisungen und Erläuterun-



gen des SEM zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (Weisungen VEP), Stand November 2017, Ziff. 8.2.7, ergibt sich weiter kein entsprechender Hinweis.

Der Entscheid, ob der vorliegende Fall dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten ist, obliegt nicht dem Verwaltungsgericht. Vielmehr hat das MIKA in Absprache mit der zuständigen Stelle diesen Entscheid zu fällen und das Familiennachzugsgesuch des Beschwerdeführers gegebenenfalls dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten.

3.

3.1.

Die Tante des Beschwerdeführers ist Staatsangehörige von Sri Lanka; der Beschwerdeführer selbst ist Staatsangehöriger von Grossbritannien und verfügt in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Als nicht unter Art. 3 Abs. 2 lit. a - c Anhang I FZA fallende Familienangehörige des Beschwerdeführers ist ihr daher gestützt auf Art. 7 lit. d FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA zu bewilligen, beim Beschwerdeführer in der Schweiz Wohnung zu nehmen, sofern ihr der Beschwerdeführer Unterhalt gewährt. Ob Letzteres zutrifft, ist nachfolgend zu prüfen.

3.2.

3.2.1.

3.2.1.1.

Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers im Familiennachzugsgesuch vom 25. April 2016 ging seine Tante in Sri Lanka nie einer Erwerbstätigkeit nach. Während der Zeit nach dem Tod seiner Mutter, als sie sich wie eine Mutter um ihn gekümmert habe, seien ihre Brüder, d.h. die Onkel des Beschwerdeführers, für den Unterhalt des Beschwerdeführers und seiner Tante aufgekommen. Danach sei der Beschwerdeführer für den Unterhalt der Tante aufgekommen (MI-act. 48).

3.2.1.2.

Die Lebenshaltungskosten einer Einzelperson (ohne Miete) in der Hauptstadt Colombo werden auf LKR 61'463.36 pro Monat veranschlagt (vgl. [www.numbeo.com/cost-of-living/in/Colombo](http://www.numbeo.com/cost-of-living/in/Colombo)). Beim am 22. Mai 2018 gültigen Wechselkurs von LKR 1 =

CHF 0.00630 (www.oanda.com) entspricht dieser Betrag CHF 387.15.

### 3.2.1.3.

Da die Tante des Beschwerdeführers kein eigenes Erwerbs- oder Renteneinkommen erzielt, verfügt sie selber nicht über die erforderlichen Mittel, um nur schon ihre gewöhnlichen Lebensunterhaltskosten (ohne Arztkosten und Kosten der Reisen in die Schweiz) zu decken.

### 3.2.2.

Der Beschwerdeführer hat zwar keine Bestätigung der sri-lankischen Behörden vorgelegt, in welcher diese bescheinigen würden, dass er seiner Tante Unterhalt gewährt. Jedoch hat er ihr in der Zeit von Ende Februar 2010 bis Ende Januar 2016 total LKR 9'375'353.00 (= CHF 59'052.10) überwiesen (MI-act. 30 f.). Dies entspricht durchschnittlich CHF 831.70 pro Monat. Davon entfielen LKR 8'380'612.00 (= CHF 52'786.50) auf die Zeit von März 2014 bis Januar 2016, was in diesen 23 Monaten durchschnittlich CHF 2'295.05 pro Monat ausmachte. Überdies erklärte der Beschwerdeführer, dass er seiner Tante das Geld für zwei Augenoperationen, denen sie sich im Oktober 2015 und im Februar 2018 in Sri Lanka unterziehen musste (act. 56 ff.), anlässlich von Besuchen in der Schweiz in bar mitgegeben habe (act. 31 f.). Ebenso liegt es nahe, dass der Beschwerdeführer für den Lebensunterhalt seiner Tante während ihrer Besuche in der Schweiz finanziell aufkommt (act. 31).

Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seiner Tante finanzielle Beiträge an deren notwendigen Lebensunterhalt gewährt hat. Dies ist als Indiz dafür zu werten, dass er seiner Tante auch künftig Unterhalt gewähren wird.

### 3.2.3.

Gemäss dem Lohnausweis für das Jahr 2017 erzielt der Beschwerdeführer ein jährliches fixes Bruttoeinkommen von CHF 154'800.00 (act. 33). Dieser Betrag genügt, um den Beschwerdeführer und seine Tante zu unterhalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Januar 2016 [2C\_296/2015], Erw. 4.3.2, wo ein jähr-

liches Bruttoeinkommen von CHF 103'000.00 als ausreichend für drei Erwachsene und drei Kinder angesehen wurde).

3.3.

Der Beschwerdeführer lebt allein in einer 4 ½-Zimmerwohnung mit ca. 105.3 m<sup>2</sup> Wohnfläche (MI-act. 29) und verfügt daher über genügend Wohnraum, um auch seine Tante angemessen zu beherbergen.

3.4.

Triftige Gründe, welche gegen den Familiennachzug sprechen würden, sind aus den Akten nicht ersichtlich und wurden von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren auch nicht geltend gemacht.

3.5.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Tante des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 7 lit. d FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 2 letzter Satz Anhang I FZA eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen ist. In Gutheissung der Beschwerde ist der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 11. Januar 2017 aufzuheben und das MIKA anzuweisen, das Familiennachzugsgesuch des Beschwerdeführers zu bewilligen und gegebenenfalls vorgängig dem SEM mit dem Antrag auf Zustimmung zu unterbreiten.

III.

1.

Gemäss § 31 Abs. 2 VRPG werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Gleiches gilt gemäss § 32 Abs. 2 VRPG für die Parteikosten.

2.

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer. Nachdem das MIKA weder schwerwiegende Verfahrensmängel begangen noch willkürlich entschieden hat, sind die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen (§ 31 Abs. 2 VRPG).

3.

3.1.

Als unterliegende Partei hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zu ersetzen (§ 32 Abs. 2 VRPG).

## 3.2.

Die Höhe der Parteikosten bestimmt sich nach dem Anwaltstarif. In Anwendung von § 8a Abs. 3 und § 8c AnwT erscheint eine Entschädigung von CHF 3'000.00 (inkl. Auslagen und MWSt) angemessen.

**13 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Familiengemeinschaft**

- **Hat eine ausländische Person im Familiennachzugsverfahren wesentliche Tatsachen verschwiegen, ist dies zu ihren Lasten zu berücksichtigen, wenn nach Auflösung der Familiengemeinschaft die erfolgreiche Integration im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG beurteilt wird (Erw. 3.3.3.3).**
- **Dabei kann offen bleiben, ob ihr Verhalten den Widerrufsgrund von Art. 62 Abs. 1 lit. a AuG erfüllt (Erw. 3.3.3.3).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 24. Oktober 2018, in Sachen A. gegen Amt für Migration und Integration (WBE.2018.172).

*Sachverhalt*

## A.

Der Beschwerdeführer heiratete am 14. Februar 2011 in der Türkei eine in der Schweiz niedergelassene Landsfrau, die am 28. März 2011 seinen Familiennachzug beantragte (Akten des Amts für Migration und Integration [MI-act.] 2, 31 ff.). Das MIKA klärte aufgrund des Altersunterschieds von 19 Jahren die persönlichen und familiären Verhältnisse ab und bewilligte am 1. September 2011 den Familiennachzug (MI-act. 43 ff.). Der Beschwerdeführer zog am 26. Oktober 2011 bei seiner Ehefrau in X. ein und meldete sich am Folgetag bei der Gemeinde X. an (MI-act. 65 f.). Am 22. November 2011 wurde ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt (MI-act. 74),