



## **Urteil vom 7. Dezember 2011**

---

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),  
Richterin Ruth Beutler,  
Richterin Elena Avenati-Carpani,  
Gerichtsschreiberin Giulia Santangelo.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_**,  
vertreten durch Fürsprecher Daniel Weber,  
Hirschengraben 8, Postfach 8813, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Migration (BFM)**,  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführerin (geb. 1975), serbische Staatsangehörige, ist in der Bundesrepublik Deutschland geboren, wo sie als Aufenthaltsberechtigte zunächst lebte. Am 11. September 1999 reiste sie in die Schweiz ein und heiratete gleichentags einen niederlassungsberechtigten Landsmann, worauf sie im Kanton Bern im Rahmen des Familiennachzugs die Aufenthaltsbewilligung erhielt. Am 1. Dezember 2001 wurde der gemeinsame Haushalt nach zwei Jahren und zweieinhalb Monaten Ehe definitiv aufgehoben. Ungeachtet dessen verlängerte der Migrationsdienst des Kantons Bern (nachfolgend MIDI) weiterhin die Aufenthaltsbewilligung in eigener Kompetenz.

**B.**

Am 7. Juli 2004 stellte die Beschwerdeführerin ihr jährliches Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und beantragte die Prüfung der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung. Mit Schreiben vom 20. Juli 2004 hielt der MIDI zunächst fest, die Beschwerdeführerin lebe seit dem 1. Dezember 2001 von ihrem Ehemann getrennt, was zum Erlöschen ihres Anspruchs auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung geführt habe. In ihrem Fall bestehe jedoch die Bereitschaft, die Aufenthaltsbewilligung ein weiteres Jahr zu bewilligen. Die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung könne frühestens ab September 2009 geprüft werden. Entsprechend verlängerte der MIDI die Aufenthaltsbewilligung in den nachfolgenden Jahren, letztmals bis zum 24. Juli 2007.

**C.**

Mit rechtskräftigem Urteil vom 24. April 2007 des Amtsgerichts Kragujevac (Serbien) wurde die Ehe zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann einvernehmlich geschieden. Aus der Ehe gingen keine Kinder hervor.

**D.**

Veranlasst durch das Verlängerungsgesuch verbunden mit dem Antrag auf Namensänderung infolge Ehescheidung der Beschwerdeführerin vom 14. Juni 2007 unterbreitete der MIDI am 29. Juni 2007 die erneute Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erstmals der Vorinstanz. Diese ersuchte den MIDI zunächst mit Schreiben vom 5. Juli 2007 um eine ausführliche Begründung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung trotz Auflösung der ehelichen Gemeinschaft. Mit Antwortschreiben vom

29. August 2007 wurde mitgeteilt, aus den Akten sei der Grund, weshalb die Aufenthaltsbewilligung trotz Trennung vom Ehemann im Dezember 2001 weiter verlängert worden sei, nicht mehr ersichtlich.

#### **E.**

Die Vorinstanz gelangte mit Schreiben vom 5. September 2007 an die Beschwerdeführerin und teilte ihr mit, sie erwäge die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu verweigern. Unter Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde ihr Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme eingeräumt. Mit Eingabe vom 19. September 2007 hielt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen fest, die Zuständigkeit der Vorinstanz werde bestritten, die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung wäre geradezu abwegig und willkürlich. Weiter habe die Beschwerdeführerin nie im Land gelebt, deren Staatsangehörigkeit sie besitze. Sie sei in Deutschland geboren und habe dort bis zu ihrer Übersiedlung in die Schweiz gelebt. Nach ihrer Heirat und dem Wegzug habe sie das Aufenthaltsrecht in Deutschland verloren. Seit Februar 2000 arbeite sie für den gleichen Arbeitgeber und sei in jeder Hinsicht - sprachlich, sozial und beruflich - integriert. Am 11. Oktober 2007 gelangte die Vorinstanz mit ergänzenden Fragen an die Beschwerdeführerin. Zu diesen führte sie mit Eingabe vom 19. Oktober 2007 aus, sie habe keine Verwandte in ihrem Heimatstaat. Die Grosseltern väterlicherseits und mütterlicherseits seien gestorben und alle Onkel und Tanten befänden sich im Ausland. Die Eltern und ihre Geschwister lebten in Deutschland. Das gegen sie laufende Strafverfahren sei noch nicht abgeschlossen, weshalb die Unschuldsvermutung zu gelten habe.

#### **F.**

Mit Urteil des Bezirksgerichts (als Strafgericht) Uster vom 15. November 2007 wurde die Beschwerdeführerin der Gehilfenschaft zu mehrfachem versuchtem Raub (begangen im April 2004) im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 und 25 StGB schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt, unter Aufschub bei einer Probezeit von 2 Jahren. Das Gericht erachtete die mehrfache Tatbeteiligung als strafschärfende, die Tatsache, dass die Delikte nicht vollendet wurden als strafmildernde Komponente. Das Verschulden wurde als nicht mehr leicht gewertet. In Bezug auf ihre Person habe sich das Geständnis zu Beginn der Strafuntersuchung, ihre

diesbezügliche Kooperation sowie die gezeigte Einsicht strafmindernd ausgewirkt.

#### **G.**

Mit Verfügung vom 22. Januar 2008 verweigerte die Vorinstanz ihre Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und wies die Beschwerdeführerin weg. Diesen Entscheid begründete sie im Wesentlichen damit, der Beschwerdeführerin sei eine Bewilligung zwecks Verbleib beim Ehegatten erteilt worden. Das eheliche Zusammenleben sei nach zwei Jahren und zweieinhalb Monaten aufgegeben worden. Damit sei der Anspruch auf Verlängerung dahingefallen. Eine weitere Bewilligung unterliege nun ihrer Zustimmungspflicht und stütze sich auf gesetzliche Bestimmungen. Eine Bindung an die kantonale Beurteilung bestehe nicht. Eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Ehe diene in erster Linie der Vermeidung von Härtefällen. Im vorliegenden Fall sei trotz des nunmehr fast achtjährigen Aufenthalts in der Schweiz aufgrund der kurzen Dauer des Zusammenlebens (gut zwei Jahre) ein strenger Massstab anzuwenden. Die Beschwerdeführerin sei praktisch immer erwerbstätig gewesen und habe nie Sozialleistungen bezogen. Integrationsbemühungen, die über das Normale hinaus gingen, seien nicht ersichtlich, Kinder seien keine aus der Ehe hervorgegangen und Verwandte lebten nicht in der Schweiz. Somit sei keine besonders enge Beziehung zur Schweiz erkennbar. Zudem sei die Beschwerdeführerin strafrechtlich verurteilt worden. Die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sei folglich zu verweigern. In Bezug auf den Wegweisungsvollzug in die Republik Serbien wird festgehalten, dieser sei aus völkerrechtlicher Sicht zulässig. Ausserdem weise nichts auf die Unmöglichkeit des Vollzugs hin. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Lage in der Republik Serbien sei dieser auch zumutbar. Zwar sei die Beschwerdeführerin in Deutschland aufgewachsen und verfüge im Heimatland über kein Beziehungsnetz. Sie sei jedoch jung, gesund und ohne familiäre Verpflichtungen. Ihre Berufserfahrung sowie die Sprachkenntnisse dürften den Aufbau einer selbständigen wirtschaftlichen Existenz im Heimatland erleichtern.

#### **H.**

Mit Rechtsmitteleingabe vom 27. Februar 2008 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Verfügung. Die Vorinstanz sei anzuweisen, den Fall an den MIDI zurückzuweisen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, dem Antrag des MIDI auf Zustimmung zur Verlängerung der

Aufenthaltsbewilligung zu entsprechen. Der MIDI sei aufzufordern seinen Antrag zu begründen. Dazu führt sie im Wesentlichen aus, die Entscheidkompetenz liege beim Kanton, die Vorinstanz sei vorliegend nicht zuständig, womit eine Amtsanmassung vorliege. Zudem habe sie ihr Ermessen nicht voll ausgeschöpft und neues Recht angewendet, obwohl Art. 126 Abs. 1 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) auf die altrechtliche Anwendung des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) verweise, was einen Kassationsgrund darstelle. Unter Verweis auf die Ermessensregelung in Art. 4 ANAG macht sie geltend, eine Bewilligung sei zu verlängern, sofern keine öffentlichen Interessen dagegen sprächen. Gestützt auf diese Bestimmung sei die Bereitschaft des Kantons zur Bewilligungsverlängerung bereits gegeben. Sie verweist weiter auf ihre in den Eingaben vom 19. September 2007 und 19. Oktober 2007 gemachten Ausführungen und auf die mit der Beschwerde eingereichten Beweismittel, welche ihre Integration in der Schweiz belegten.

#### **I.**

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 2. Mai 2008 die Abweisung der Beschwerde. Einerseits anerkennt sie für die materielle Beurteilung die Anwendbarkeit der altrechtlichen Bestimmungen. Hingegen sei der Beschwerdeführerin daraus kein Nachteil erwachsen. Das Zustimmungserfordernis der Bewilligung gelte ohnehin in beiden Fällen. Ein Rechtsanspruch auf Zustimmung ergebe sich überdies nicht aus den in den Vorjahren erteilten Aufenthaltsbewilligungen. Es seien auch keine herausragenden Integrationsleistungen festzustellen und es liege eine rechtskräftige Verurteilung vor.

#### **J.**

Mit Replik vom 4. Juni 2008 hält die Beschwerdeführerin an den gestellten Rechtsbegehren und deren Begründung fest. Sie betont, es sei keine nachvollziehbare Interessenabwägung vorgenommen worden, insbesondere sei kein öffentliches Interesse an der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung geltend gemacht worden. Unter den eingereichten Unterlagen finden sich nebst den zahlreichen Empfehlungsschreiben von Freunden und Bekannten ein Schreiben der Leiterin eines gemeindeinternen Integrationsprojekts mit den diesbezüglichen Qualifikationen des betreuenden Pfarrers.

**K.**

Mit Eingabe vom 21. Oktober 2011 macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, sie sei inzwischen noch besser integriert und habe sich strafrechtlich bewährt. Sie lebe nunmehr seit 12 Jahren in der Schweiz und arbeite bereits seit elfeinhalb Jahren für denselben Arbeitgeber.

**L.**

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1.** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht, unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), die von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Darunter fallen Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zur Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung und betreffend Wegweisung. Sofern kein Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung besteht und insoweit als die Verfügung die Wegweisung anordnet, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 und Ziff. 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2.** Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

**1.3.** Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

**2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des

Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E. 2).

### **3.**

**3.1.** Mit Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 wurde das ANAG aufgehoben (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I Anhang 2 AuG). Da das der angefochtenen Verfügung zugrunde liegende Verfahren vor Inkrafttreten des AuG eingeleitet wurde, ist gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG in materieller Hinsicht das bisherige Recht, d.h. das ANAG und die darauf abgestützten, per 1. Januar 2008 ebenfalls aufgehobenen Verordnungen (vgl. Art. 91 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]), anwendbar.

**3.2.** Nachdem der MIDI den vorliegenden Fall betreffend Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zur Zustimmung der Vorinstanz unterbreitet hatte, verweigerte diese mit Verfügung vom 22. Januar 2008 ihre Zustimmung. Dabei wendete sie anstatt die Bestimmungen des ANAG irrtümlicherweise das neue materielle Recht (AuG) an. Da der Beschwerdeführerin daraus keine Nachteile im Sinne einer ungünstigeren Rechtsfolge erwachsen sind, ist dieser Mangel durch seine Abhandlung im vorliegenden Beschwerdeverfahren als geheilt zu betrachten.

### **4.**

**4.1.** Gemäss Art. 126 Abs. 2 AuG richtet sich das Verfahren mit dem Inkrafttreten des AuG nach neuem Recht. Als Teil des formellen Rechts umfasst das Verfahrensrecht diejenigen Bestimmungen, die das Zustandekommen und die Anfechtung von Verfügungen regeln (vgl. ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1611), wozu unter anderem auch Zuständigkeitsnormen zu zählen sind (vgl. ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 82). Dementsprechend bestimmt sich die zuständige Behörde zur Erteilung bzw. Verweigerung einer

Bewilligung sowie zur Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen – auch für bereits hängige Verfahren – seit dem 1. Januar 2008 grundsätzlich nach neuem Recht. Die Anwendung von neuem Verfahrensrecht auf pendente Angelegenheiten gilt denn auch nicht als Rückwirkung im eigentlichen Sinn (vgl. BGE 113 Ia 412 E. 6 S. 425, HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, a.a.O., Rz. 340). Diese neue Zuständigkeitsordnung entspricht im Übrigen derjenigen unter dem alten Recht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1872/2007 vom 20. September 2007 E. 3.1 sowie nachstehende Erwägung 3.3).

**4.2.** Die Beschwerdeführerin spricht der Vorinstanz die Zuständigkeit ab, an der Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung in Gestalt der Zustimmung mitzuwirken. Die Entscheidkompetenz liege gestützt auf Art. 4 ANAG i.V.m. Art. 126 Abs. 1 AuG alleine beim Kanton. Diese Auffassung ist unzutreffend. Grundsätzlich sind die Kantone zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen (vgl. Art. 15 Abs. 1 und 18 ANAG sowie Art. 51 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer [Begrenzungsverordnung, BVO, AS 1986 1791]). Vorbehalten bleibt jedoch die Zustimmung durch die Vorinstanz. Das Zustimmungserfordernis ergibt sich im vorliegenden Fall aus Art. 1 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über das Zustimmungsverfahren im Ausländerrecht (Zustimmungsverordnung, AS 1983 535) in Verbindung mit den Weisungen und Erläuterungen des BFM über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt (ANAG-Weisungen, 3. Auflage, Bern, Mai 2006). Letztere sehen in Ziffer 132.4 Bst. f vor, dass die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung eines Ausländers oder einer Ausländerin nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft mit einem ausländischen Ehegatten oder nach dessen Tod der Vorinstanz zur Zustimmung zu unterbreiten ist, falls der Ausländer oder die Ausländerin nicht aus einem Mitgliedstaat der EFTA oder der EG stammt. Ziffer 132.4 Bst. b der genannten Weisungen sieht schliesslich die Unterbreitung zur Zustimmung vor, wenn die Vorinstanz es im Einzelfall verlangt. Gemäss Art. 19 Abs. 5 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV, AS 1949 228) darf eine entsprechende kantonale Bewilligung erst ausgestellt werden, wenn die Zustimmung der Vorinstanz vorliegt; ansonsten ist sie ungültig. Die Kompetenz der Vorinstanz ist im vorliegenden Fall gegeben. Dies entspricht der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen: Die sich aus Art. 121 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und Art. 18 Abs. 3 ANAG ergebende bundesstaatliche

Kompetenzordnung geht vom Grundsatz aus, dass die Kantone zwar befugt sind, Bewilligungen in eigener Zuständigkeit zu verweigern, dass aber bei Gutheissung eines Gesuchs um Aufenthalt und Niederlassung in der Regel zusätzlich die Zustimmung des Bundes erforderlich ist (zum Ganzen vgl. BGE 130 II 49 E. 2.1, BGE 127 II 49 E. 3, BGE 120 Ib 6 E. 3a; Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.78 E. 12, 70.23 E. 10). Die Rüge erweist sich als unbegründet.

## **5.**

**5.1.** Laut Art. 17 Abs. 2 ANAG hat der Ehegatte eines Ausländers mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren, hat der Ehegatte ebenfalls Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung. Die am 11. September 1999 geschlossene Ehe wurde erst nach sieben Jahren und sieben Monaten geschieden, die Trennung erfolgte indessen bereits am 1. Dezember 2001. Diese Tatsache ist unbestritten. Ein Aufenthaltsanspruch aus Art. 17 Abs. 2 ANAG ist mit Aufgabe des Familienlebens nach zwei Jahren und zweieinhalb Monaten am 1. Dezember 2001 – wie im Schreiben vom 20. Juli 2004 des Migrationsamtes des Kantons Bern richtigerweise festgestellt – erloschen. Ein zivilstands-unabhängiger Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung entsteht indessen erst ab einer Ehedauer von fünf Jahren (vgl. BGE 128 II 145 E. 1.1.4 mit Hinweisen).

**5.2.** Die Beschwerdeführerin wertet den Umstand, dass ihre Aufenthaltsbewilligung während mehrerer Jahre - trotz Kenntnis des MIDI von der Auflösung des ehelichen Haushalts - verlängert wurde, eine Rechtfertigung für die weitere Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Zunächst gilt es, wie oben unter Ziff. 4.2 ausgeführt, die grundsätzliche Bundeszuständigkeit in Verfahren auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung zu betonen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_140/2010 vom 17. Juni 2010 E. 5.4). Weiter durfte die Beschwerdeführerin zwar davon ausgehen, dass die kantonale Migrationsbehörde – die Amtsstelle, die Ansprechpartnerin für ausländische Personen bei allen Fragen den Aufenthalt betreffend – rechtskonform handle. Allerdings kann sie daraus keinen Anspruch ableiten, sind doch Aufenthaltsbewilligungen von Gesetzes wegen befristet, so dass bei jedem Verlängerungsgesuch die Möglichkeit besteht, dass dieses abgewiesen wird, sofern kein Anspruch auf die Verlängerung besteht. Eine Bindung an die kantonale Beurteilung besteht

daher nicht, selbst wenn auf kantonaler Ebene ein Gericht auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erkannt haben sollte (vgl. BGE 127 II 49 E. 3c; Urteil des BVGer C-5358/2007 vom 29. Juli 2010 E. 3.2 mit Hinweisen). Aus der vorbehaltlosen Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung während fünf Jahren kann die Beschwerdeführerin für die Frage des Aufenthaltsanspruchs gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ANAG nichts zu ihren Gunsten ableiten.

**5.3.** Eine weitere Anspruchsnorm des Landes- und Völkerrechts besteht nicht. Eine solche kann namentlich auch nicht in Art. 50 AuG erblickt werden, der zwar neue Ansprüche auf Verlängerung nach Auflösung der Ehe schafft, auf die vorliegende Streitsache jedoch wegen der intertemporalen Unterstellung unter das alte Recht nicht anwendbar ist (vgl. oben E. 3.1, ferner Urteile des Bundesgerichts 2C\_245/2008 vom 27. März 2008 E. 2.2.2 und 2C\_451/2007 vom 22. Januar 2008 E. 1.2). Bei dieser Rechtslage liegt der Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz (Art. 4 ANAG).

## **6.**

**6.1.** Der Begriff der "pflichtgemässen Ermessensausübung" impliziert die Beachtung rechtlicher Schranken bei der Ausfüllung der Ermessensspielräume. Vorliegend steht der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Verwaltungsakten im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Verweigerung der Zustimmung einerseits und den durch die Verweigerung beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen andererseits (vgl. Urteil des BVGer C-5358/2007 vom 29. Juli 2010 E. 4 mit Hinweis; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, a.a.O., S. 129 ff.).

**6.2.** Was das öffentliche Interesse anbelangt, ist festzuhalten, dass die Schweiz hinsichtlich des Aufenthaltes von Ausländerinnen und Ausländern aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum (nachfolgend Drittstaatsangehörige) eine restriktive Einwanderungspolitik betreibt (vgl. BGE 135 I 153 E. 2.2.1; BGE 133 II 6 E. 6.3.1; BGE 120 Ib 1 E. 3b; 2C\_266/2009 vom 2. Februar 2010 E. 5 und 2C\_657/2007 vom 26. Mai 2008 E. 2.2). Diese migrationspolitischen Ziele finden ihren Ausdruck insbesondere in den strengen regulatorischen Zulassungsbeschränkungen der Begrenzungsverordnung, denen erwerbstätige Drittstaatsangehörige, namentlich in Gestalt hoher

Anforderungen an die berufliche Qualifikation (Art. 8 BVO) und der Höchstzahlen (Art. 12 BVO), unterworfen sind. Das erhebliche Gewicht des öffentlichen Interesses an der Durchsetzung der restriktiven Einwanderungspolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen zeigt sich daran, dass humanitäre Gründe in diesem rechtlichen Zusammenhang erst Bedeutung erlangen, wenn die Betroffenheit des Einzelnen die Grenze zum schwerwiegenden persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 13 Bst. f BVO überschreitet. Nach Aufgabe des ehelichen Zusammenwohnens, das sie von den restriktiven qualitativen und quantitativen Zulassungsvoraussetzungen der Begrenzungsverordnung ausnimmt, muss die ausländische Person dieses öffentliche Interesse grundsätzlich wieder gegen sich gelten lassen, auch wenn sie gemäss Art. 12 Abs. 2 letzter Satz BVO den Höchstzahlen nach wie vor nicht untersteht. Es ist deshalb ein vergleichsweise strenger Massstab angebracht, wenn es zu beurteilen gilt, ob nach Wegfall des Privilegierungsgrundes private Interessen bestehen, denen gegenüber das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der restriktiven Migrationspolitik zurückzustehen hat. Dementsprechend geht das Bundesverwaltungsgericht mit der Vorinstanz davon aus, dass die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Ehe in erster Linie ein Instrument zur Vermeidung von Härtefällen darstellt (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2524/2007 vom 13. August 2010 E. 4.1 mit Hinweisen).

**6.3.** Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist demzufolge abzuklären, ob das private Interesse der Beschwerdeführerin an einem weiteren Verbleib in der Schweiz höher zu gewichten ist als das öffentliche Interesse an der dargelegten restriktiven Ausländerpolitik. In Bezug auf die privaten Interessen ist zu prüfen, ob es der ausländischen Person in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht zugemutet werden kann, den Aufenthalt in der Schweiz aufzugeben, in ihre Heimat zurückzukehren und dort zu leben. Zu diesem Zweck ist ihre zukünftige Situation im Ausland den persönlichen Verhältnissen in der Schweiz gegenüber zu stellen. Dazu gehören einerseits allgemeine, von der Ehe unabhängige Elemente, wie die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz, der Grad der sozialen und wirtschaftlichen Integration in die hiesigen Verhältnisse, das Alter und der gesundheitliche Zustand. Sind Kinder vorhanden, ist deren Alter und schulische Integration mit einzubeziehen. Zu berücksichtigen sind auch die Unterkunft und die Reintegrationsmöglichkeiten in der Heimat. Andererseits sind auch ehespezifische Elemente, wie die Dauer der Ehe und die Umstände, die zur Trennung geführt haben, zu beachten (vgl. Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts C-5358/2007 vom 29. Juli 2010 E. 4.2; ferner: Ziff. 654 ANAG-Weisungen).

## 7.

**7.1.** Die notwendige Schwere der Betroffenheit in den persönlichen Verhältnissen ist mit Blick auf die Regelung des Art. 17 Abs. 2 Satz 2 ANAG zu beurteilen. Diese Bestimmung vermittelt ausländischen Ehegatten von Ausländern mit Niederlassungsbewilligung nach fünf Jahren ordnungsgemässen und ununterbrochenen Zusammenlebens in der Schweiz einen vom weiteren Zusammenwohnen unabhängigen Anspruch auf Aufenthalt. Trennt sich das Ehepaar vor Ablauf von fünf Jahren, kommt es darauf an, welche Bedeutung den ehespezifischen Elementen im konkreten Einzelfall zukommt. Je mehr diese Elemente ins Gewicht fallen, um so eher wird man von einer hinreichend schweren Betroffenheit ausgehen können. Umgekehrt rechtfertigt sich ein umso strengerer Massstab, als sich die Härtesituation gerade nicht aus den oben genannten ehespezifischen Elementen ableiten lässt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5358/2007 vom 29. Juli 2010 E. 4.3).

**7.2.** Die Ehe der Beschwerdeführerin dauerte gut zwei Jahre und blieb kinderlos. Gemäss Scheidungsurteil des Amtsgerichts Kragujevac vom 24. April 2007 haben die Ehegatten auch kein gemeinsames Vermögen erworben. Über die Beziehung zwischen den Ehegatten vor der Ehe ist nichts bekannt. Bei einer vergleichsweise kurzen Ehedauer sowie dem Fehlen weiterer ehespezifischer Elemente, welche die Anforderungen an die persönliche Betroffenheit senken könnten, rechtfertigt sich grundsätzlich ein vergleichsweise strenger Massstab bei der Gewichtung der privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz. Im vorliegenden Fall ist jedoch Folgendes zu beachten: Der MIDI verlängerte die Aufenthaltsbewilligung regelmässig im Wissen über die am 1. Dezember 2001 erfolgte Auflösung des ehelichen Haushalts. So teilte er der Beschwerdeführerin, welche am 7. Juli 2004 zudem die Prüfung eines Anspruchs auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung beantragt hatte, mit Schreiben vom 20. Juli 2004 zwar mit, dass ihr Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung mit der Trennung am 1. Dezember 2001 erloschen sei; ohne Begründung verlängerte er die Aufenthaltsbewilligung indessen um ein weiteres Jahr. In Bezug auf die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung wies er auf das Erfordernis eines Aufenthaltes von 10 Jahren hin, weshalb ein diesbezüglicher Antrag erst ab September 2009 geprüft werden könne. Erst nachdem die Scheidung im Juni 2007 im zentralen Ausländerregister (ZAR)

eingetragen worden war, wurde der Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Vorinstanz zur Zustimmung unterbreitet.

Vor diesem Hintergrund ist die eher kurze Ehedauer zu relativieren. Es ist davon auszugehen, dass die Einwohnerdienste spätestens mit dem Verlängerungsantrag Mitte 2002 in Kenntnis über die Trennung des Ehepaares gesetzt wurden; sie hätten somit bereits zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen der Bewilligungsverlängerung abklären müssen. Ist eine Ehe als definitiv gescheitert zu erachten und fehlt es demzufolge an der Anspruchsgrundlage für die weitere Bewilligung, hat die kantonale Behörde unter Umständen die beabsichtigte Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten oder zumindest die ausländische Person über einen entsprechenden Vorbehalt in Kenntnis zu setzen (vgl. in diesem Zusammenhang bezüglich des neuen Rechts Art. 85 Abs. 3 VZAE). Zwar kann nicht von einem Verstoss gegen Treu und Glauben gesprochen werden, wenn bei einer bestehenden Ehetrennung nicht sofort auf Rechtsmissbrauch geschlossen, die Bewilligungsverlängerung vorerst erteilt und erst zu einem späteren Zeitpunkt verweigert wird (vgl. auch Ziff. 5.2. a.a.O.; bzgl. Bewilligungswiderruf 2A.538/2006 vom 4. Dezember 2006 E. 2.3). Es erscheint jedoch zumindest stossend, wenn nach fünfmaliger Verlängerung der Bewilligung die Zustimmung mit dem Hinweis auf die eher kurze Dauer der ehelichen Gemeinschaft verweigert wird.

## **8.**

**8.1.** In beruflicher Hinsicht ist der Beschwerdeführerin zu Gute zu halten, dass sie bereits kurze Zeit nach ihrer Einreise eine Anstellung fand, ihren finanziellen Verpflichtungen stets nachkam und nie Sozialhilfeleistungen beziehen musste. Seit beinahe zwölf Jahren arbeitet sie für denselben Arbeitgeber. Zwar übt sie nicht einen qualifizierten Beruf im eigentlichen Sinne aus und die eingereichten Lohnausweise weisen ein Gehalt auf, welches den üblichen Ansätzen in der Logistik zu entsprechen scheint. Dies ist jedoch für die Frage der beruflichen Integration nicht allein ausschlaggebend. Zahlreiche Schreiben bestätigen ihre grosse Einsatz- und Hilfsbereitschaft, ihr Fachwissen und die Tatsache, dass sie von ihrem Arbeitgeber und Personen in ihrem Arbeitsumfeld sehr geschätzt wird. Den eingereichten Lohnausweisen ist zu entnehmen, dass ihr aufgrund ihrer stets überdurchschnittlich guten Leistungen kontinuierlich Lohnerhöhungen gewährt wurden. Mit entsprechendem Einsatzwillen ist es ihr somit gelungen, sich eine existenzsichernde Stellung innerhalb eines grossen Unternehmens zu erarbeiten. Damit darf sie, insbesondere

auch im Hinblick auf die Dauer des Anstellungsverhältnisses als beruflich überdurchschnittlich integriert gelten. So auch die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung (2C\_430/2011 vom 11. Oktober 2011, E. 4.2). Integration im Sinne der Teilhabe am wirtschaftlichen Leben setze keine erfolgreiche berufliche Laufbahn voraus. "L'essentiel en la matière est en effet que l'étranger subvienne à ses besoins, n'émarge pas à l'aide sociale et ne s'endette pas."

**8.2.** Die heute 36 jährige Beschwerdeführerin lebt nunmehr seit über zwölf Jahren in der Schweiz. Dieser verhältnismässig langen Aufenthaltsdauer ist bei der vorliegenden Beurteilung entsprechend Rechnung zu tragen. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis werden bei einer sehr langen Aufenthaltsdauer weniger hohe Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände wie etwa eine überdurchschnittliche Integration oder andere Faktoren gestellt, welche die Rückkehr ins Heimatland als ausgesprochen schwierig erscheinen lassen. Diesem mildernden Umstand ist vorliegend Rechnung zu tragen

**8.3.** Hinsichtlich der gesellschaftlichen Integration der Beschwerdeführerin ist den zahlreichen eingereichten Stellungnahmen von Freunden und Bekannten zu entnehmen, dass sie über eine breite soziale Vernetzung weit über die alltäglichen Freundschaften am Arbeitsplatz hinaus verfügt. Eben diese Stellungnahmen weisen auch auf einige bedeutende Beziehungen hin, deren Intensität als derart erheblich zu bezeichnen ist, dass sie über die gewöhnlichen beruflichen, nachbarschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen hinausgehen. Insgesamt deutet der Sachverhalt auf eine vertiefte soziale Integration und damit einer überdurchschnittlichen Verwurzelung hin.

**8.4.** Indessen hat sich die Beschwerdeführerin nicht immer klaglos verhalten. Mit Urteil vom 15. November 2007 wurde sie wegen Gehilfenschaft zu mehrfachem versuchtem Raub zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bedingt auf zwei Jahre verurteilt. Das Strafurteil blieb unangefochten und erwuchs in Rechtskraft; es ist darauf abzustellen. Das Verschulden wurde als nicht mehr leicht gewichtet. Dementgegen wurde festgestellt, dass die Beschwerdeführerin lediglich eine untergeordnete Beteiligung hatte und sich nach der Tat geständig, einsichtig und kooperativ zeigte. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verfolgen strafrechtliche und fremdenpolizeiliche Massnahmen unterschiedliche Zwecke (vgl. BGE 120 Ib 129, E. 5.b). So steht aus fremdenpolizeilicher Sicht das Interesse der öffentlichen Ordnung im

Vordergrund. Angesichts des untergeordneten Beitrags der Beschwerdeführerin an der Tat sowie der Tatsache, dass sie innerhalb ihres damaligen Bekanntenkreises zur Beteiligung überredet wurde, ist sie als Mitläuferin zu bewerten. Zudem hat sie sich seither und damit seit mehr als acht Jahren klaglos verhalten. Ins Gewicht fällt auch, dass sie offenbar von jenem Bekanntenkreis Abstand genommen hat und sich heute auf andere Freundschaften konzentriert. Positiv zu bewerten sind zudem die Bemühungen innerhalb ihrer Wohngemeinde. So hat sie engagiert an einem Projekt zur Integration mitgearbeitet und die Gemeinde in Asylbelangen unterstützt. Im Ergebnis kann der Beschwerdeführerin aufgrund ihres bisherigen Verhaltens eine durchwegs gute Prognose gestellt werden.

**8.5.** In Bezug auf die Frage der Wiedereingliederung fällt vorliegend massgeblich ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin nie in ihrem Heimatland gelebt hat und ihre Eltern sowie die Geschwister in Deutschland leben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist entscheidend, ob die persönliche, berufliche und familiäre Wiedereingliederung als stark gefährdet zu gelten hat (BGE 2C.784/2010 vom 26. Mai 2011 E. 3.2.3). Die Eltern der Beschwerdeführerin sind im Jahre 1973 nach Deutschland übersiedelt und haben dort eine Familie gegründet. Die Beschwerdeführerin ist in Weil am Rhein aufgewachsen und hat dort die Schulen besucht. Somit hat sie die sozial prägenden Jahre der Jugend, der Adoleszenz und des frühen Erwachsenenalters in Deutschland, nahe der Schweizergrenze verbracht, wie auch die Geschwister, die heute noch dort leben. Hingegen hat sie durch ihre Heirat und Übersiedlung in die Schweiz die Aufenthaltserlaubnis in Deutschland verloren. Ihre Rückkehrmöglichkeit ist damit in Frage gestellt. Entsprechend hat die Vorinstanz bei der Beurteilung eine Ausreise nach Serbien verfügt. Bei dieser Konstellation ist jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Beschwerdeführerin sinngemäss als Ausländerin zweiter Generation zu behandeln ist. In solchen Fällen ist grundsätzlich mehr Zurückhaltung geboten. Ihr gesamtes soziales Beziehungsnetz, ihre engsten Bezugspersonen und Vertrauten befinden sich in der Schweiz, die nächsten Verwandten, wie bereits dargelegt, in Deutschland. Gemäss Akten bestehen keine sozialen Kontakte zu Angehörigen in ihrer Heimat. Die möglichen Verwandten in ihrem ursprünglichen Heimatland Serbien, wie Grosseltern, Onkel, Tanten sind entweder gestorben oder wie ihre Eltern ausgewandert. Somit wäre es ihr verwehrt, in ihrer Heimat auf ein tragfähiges Beziehungsnetz zu greifen, das ihr bei der sozialen und beruflichen Eingliederung in Serbien

behilflich sein könnte. Angesichts ihrer langjährigen Tätigkeit in der Logistik eines Schweizerunternehmens und der diesbezüglichen Spezialisierung dürfte es für sie schwierig sein, in einem ihr unbekanntem beruflichen Umfeld Fuss zu fassen. Unter Berücksichtigung sämtlicher Ausführungen zur Integrationsfrage ist von einer derart starken Bindung zur Schweiz auszugehen, dass sie als hier verwurzelt zu gelten hat. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung genügt es, wenn die privaten Interessen an einem weiteren Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an einer restriktiven Ausländerpolitik klarerweise überwiegen.

**8.6.** In Würdigung sämtlicher dargelegten Ausführungen (mehrmalige Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, Dauer des Aufenthalts in der Schweiz, wirtschaftliche und soziale Integration, persönliches Verhalten, Situation im Falle einer "Rückkehr") sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin an einem Verbleib in der Schweiz höher zu gewichten als das entgegenstehende öffentliche Interesse an einer restriktiven Migrationspolitik. Die Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erweist sich damit als unverhältnismässig (Art. 49 Bst. a VwVG).

**9.** Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

**10.**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG) und der geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist gestützt auf Art. 64 VwVG zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist gestützt auf die Kostennote ihres Rechtsvertreters, die zu keinen grundsätzlichen Beanstandungen Anlass gibt, auf Fr. 2'782.75 (MwSt. inkl.) festzusetzen (Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)



**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung wird die Zustimmung erteilt.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 25. März 2008 geleistete Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 800.- wird zurückerstattet.

**4.**

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'782.75 (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. ZEMIS 2 301 599 retour)
- den Migrationsdienst des Kantons Bern (Ref-Nr. 2952261/5985578)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Teuscher

Giulia Santangelo

Versand: