



Urteil vom 14. Dezember 2015

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richter Antonio Imoberdorf, Richterin Ruth Beutler,
Gerichtsschreiberin Giulia Santangelo.

Parteien

S. _____,
vertreten durch lic. iur. Stefan Gnädinger, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der
Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung.

Sachverhalt:**A.**

Dem Beschwerdeführer, einem 1981 geborener Malediver, wurde infolge Heirat mit einer Schweizer Bürgerin am 11. Mai 2007 eine Aufenthaltsbewilligung erteilt (letztmals verlängert bis zum 10. Mai 2010). Am 5. Juni 2007 wurden die Ehegatten Eltern eines Knaben.

B.

Seit dem 11. März 2009 lebten die Ehegatten getrennt. Die Obhut für das gemeinsame Kind wurde der Mutter zugewiesen; es wurde ein Besuchsrecht vereinbart und eine Besuchsbeistandschaft errichtet. Aufgrund der Differenzen zwischen den Ehegatten konnte der Beschwerdeführer sein Besuchsrecht nicht im vereinbarten Umfang, zeitweise sogar überhaupt nicht ausüben.

C.

C.a Das Bundesamt für Migration (BFM; heute: Staatssekretariat für Migration SEM) verweigerte in seiner Verfügung vom 22. März 2010 die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 50 AuG (SR 142.20) und Art. 8 EMRK.

C.b Mit Beschwerde vom 23. April 2010 gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht. Dieses bestätigte die vorinstanzliche Verfügung und wies die Beschwerde mit Urteil vom 24. April 2014 ab.

C.c In der Folge gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesgericht, welches dieses Urteil am 5. Januar 2015 aufhob und die Sache zu neuer Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht zurückwies.

D.

Im Rahmen des Instruktionsverfahrens aktualisierte das Bundesverwaltungsgericht den Sachverhalt.

E.

Für detailliertere Ausführungen zum Sachverhalt ist auf das Urteil des BVGer C-2843/2010 vom 24. April 2014 (vgl. Sachverhalt A.-Q.) sowie auf das Urteil des BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 (vgl. Sachverhalt A.-C.) zu verweisen. Auf weitere, für die vorliegende Beurteilung massgebende Sachverhaltselemente wird im Übrigen in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Verfügungen des SEM, welche sowohl die Zustimmung zur Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung als auch die Wegweisung betreffen (vgl. Art. 31-33 VVG). Es entscheidet endgültig, soweit nicht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen steht (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 und 4 BGG).

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

2. Die Legitimation des Beschwerdeführers ergibt sich aus seiner Teilnahme an den Vorverfahren (C-2843/2010 sowie 2C_547/2014).

3.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Gericht wendet 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 2014/1 E. 2 m.H.).

4.

Gemäss Art. 40 AuG sind die Kantone zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen. Vorbehalten ist unter anderem die Zuständigkeit des Bundes im Zustimmungsverfahren, zu dessen Ausgestaltung Art. 99 AuG den Bundesrat ermächtigt. Vorliegend war das SEM gemäss Art. 85 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, AS 2007 5497) zuständig für die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Die gleiche Zuständigkeit sieht im Übrigen auch die seit 1. September 2015 geltende Fassung vor (SR 142.201; siehe dazu BGE 141 II 169 E. 4).

5.

Ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern haben grundsätzlich Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Art. 42 Abs. 1 AuG). Hat die eheliche Gemeinschaft während mindestens drei Jahren bestanden, besteht der Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung unabhängig vom ehelichen Status bzw. der Familiengemeinschaft weiter, wenn die Person erfolgreich integriert ist (Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG). Bei einer Ehedauer unter drei Jahren können wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen und damit anspruchsbegründend sein (Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG).

6.

6.1 Mit Urteil vom 11. August 2014 betreffend Ehescheidung wurde das gemeinsame Kind unter die alleinige Sorge der Kindsmutter gestellt, dem Beschwerdeführer wurde ein Besuchsrecht eingeräumt. Bei gegebenen Voraussetzungen fällt daher zur Begründung eines Anspruchs auf Anwesenheit im Rahmen von Art. 50 AuG die Anwendung von Art. 8 EMRK in Betracht (vgl. Urteil des BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.1 und 3.2).

6.2 Das Bundesgericht setzte in seiner bisherigen Rechtsprechung bei Konstellationen wie der vorliegenden (nicht sorge- bzw. obhutsberechtigter Elternteil eines Schweizer Kindes) eine in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht besonders enge Beziehung zum Kind voraus, welche durch die definitive Ausreise des Elternteils nicht aufrechterhalten werden könnte (vgl. Urteil des BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.2 m.H.). Eine besonders intensive affektive Beziehung liegt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der persönliche Kontakt zum Kind im Rahmen eines nach heutigem Massstab "üblichen" Besuchsrechts ausgeübt wird (BGE 139 I 315 E. 2.3 – 2.5).

6.3 Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung relativiert und festgehalten, dass eine sich korrekt verhaltende Person, die an der Ausübung des Besuchsrechts gehindert wird, sich gleichwohl auf eine affektive Beziehung zu ihrem Kind berufen kann. Die ratio decidendi liegt dabei in der Verhinderung missbräuchlichen Verhaltens durch den sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteil (vgl. Urteil des BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.6.2 m.H.). Entsprechend tritt an die Stelle des vom Bundesgericht bis anhin geforderten Kontaktes im Rahmen

eines "üblichen" Besuchsrechts, dass die besuchsberechtigte Person belegen kann, dass sie sich über den gesamten Zeitraum hinweg ernsthaft darum bemüht hat, die Eltern-Kind-Beziehung aufrechtzuerhalten bzw. zu intensivieren.

6.4 Das Bundesgericht hält in seinem Urteil (a.a.O. E. 3.6.4 und 3.6.5) sodann fest, die Verneinung einer besonderen affektiven Vater-Kind-Beziehung greife angesichts der stetigen und erheblichen Bemühungen des Beschwerdeführers zu kurz. Es weist das Bundesverwaltungsgericht sodann an, die Bemühungen des Beschwerdeführers für den Zeitraum nach dem ersten Urteil vom 24. April 2014 abzuklären und zu beurteilen (vgl. Urteil des BGer 2C_547/2014 vom 5. Januar 2015 E. 3.6.4 und 3.6.5). Gemäss Beurteilung des Bundesgerichts zeigten die bisherigen Sachverhaltsabklärungen des Bundesverwaltungsgerichts ein konstantes Bild auf. Der Beschwerdeführer hatte sich über mehrere Jahre hinweg intensiv um den Kontakt zu seinem Sohn bemüht. Bereits vor der Trennung hatte er wesentliche Betreuungsaufgaben wahrgenommen. Das Bundesgericht erachtet diesen Sachverhalt als grundsätzlich geeignet, um einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung zu begründen.

Die Rückweisung der vorliegenden Streitsache an das Bundesverwaltungsgericht wurde damit begründet, die Sachverhaltsentwicklung seit der ersten Urteilsfällung am 24. April 2014 sei miteinzubeziehen. Der bereits erstellte Sachverhalt ist folglich mit einer Erweiterung in zeitlicher Hinsicht zu ergänzen.

7.

7.1 Die Aktualisierung des sich seit Urteilsfällung am 24. April 2014 ereigneten Sachverhalts hat keine wesentlichen Änderungen der besuchsrechtlichen Situation bzw. ihrer Ausübung oder des diesbezüglichen Verhaltens des Beschwerdeführers zutage gebracht. Gemäss Scheidungsurteil wurde der Mutter die alleinige Sorge für das gemeinsame Kind übertragen und dem Beschwerdeführer ein Besuchsrecht eingeräumt. Dieses sollte die ersten vier Monate zweimal pro Monat während vier Stunden begleitet stattfinden, anschliessend sollte das Besuchsrecht unbegleitet erfolgen und weiter ausgedehnt werden. Ab Januar 2016 sollte der Beschwerdeführer seinen Sohn jedes zweite Wochenende sowie für zwei Wochen pro Jahr während den Ferien zu sich nehmen können. Einzig zu beurteilen ist das

Besuchsrecht. Die Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf die Kindsmutter, trotz der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall, ist vorliegend nicht massgebend.

7.2 Den Akten kann im Wesentlichen der folgende Sachverhalt entnommen werden: Das dem Beschwerdeführer gewährte Besuchsrecht kann noch immer nicht vollständig umgesetzt werden. Nachdem die ersten Besuche begleitet und anschliessend verlängert begleitet durchgeführt worden waren, beantragte die Kindsmutter bei der zuständigen Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) am 16. Dezember 2014 deren Verlängerung. Hierauf hat die KESB ein Kindesschutzverfahren auf Regelung des persönlichen Verkehrs eingeleitet. Zur Sachverhaltsabklärung wurden die Beteiligten zu einem Gespräch eingeladen, der Beschwerdeführer hat eine Stellungnahme eingereicht und es wurde ein Bericht von der das Kind behandelnden Psychiaterin eingeholt. Weitere Abklärungen sind aktenkundig, aber vorliegend nicht relevant. Der Beschwerdeführer seinerseits machte am 22. und 30. Januar 2015 im Wesentlichen geltend, eine gute Beziehung zu seinem Sohn zu haben und er wüsste, dass er ihn an den vereinbarten Wochenenden zu sich nach Hause nehmen könne. Das Kind gab anlässlich eines Gesprächs bei der KESB am 11. Februar 2015 an, keine unbegleiteten Besuche zu wollen und dass ihm die derzeitigen Besuche zu lange dauerten. Der Stellungnahme der behandelnden Psychiaterin vom 12. März 2015 kann unter anderem entnommen werden, dass der Sohn des Beschwerdeführers durch den Kontaktabbruch zu diesem habe stabilisiert werden können. Nach Wiederaufnahme der Besuche habe das Kind eine nicht altersgemässe "Reife" gezeigt und sich den Bedürfnissen des Kindsvaters anzupassen versucht. Die Forderungen nach unbegleiteten Besuchen hätten den Zustand des Kindes wieder verschlechtert. Weiter gab die Psychiaterin gewisse Anregungen betreffend eine positivere Gestaltung der Vater-Sohn-Beziehung. Aufgrund der gesamten Abklärungen kam die KESB schliesslich zum Ergebnis, dass der Sohn des Beschwerdeführers für den Beziehungsaufbau und das Fassen von Vertrauen zum Vater mehr Zeit benötige und die begleiteten Besuche dies förderten. Aus diesem Grund wurde mit Beschluss vom 20. Mai 2015 angeordnet, das Besuchsrecht sei während sieben Monaten zwei Mal pro Monat während jeweils vier Stunden begleitet durchzuführen. Anschliessend sei auf das unbegleitete Besuchsrecht analog der Ehescheidungskonvention überzugehen. Zum Zeitpunkt des Entscheides hatte der Beschwerdeführer seinen Sohn wieder während längerer Zeit nicht gesehen, die Kindsmutter hatte sich erneut nicht an die vereinbarten Besuchstermine gehalten.

7.3 Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 6.3), kann sich der Beschwerdeführer auf eine affektive Beziehung zu seinem Sohn ausnahmsweise auch dann berufen, wenn die Voraussetzung des persönlichen Kontakts im Rahmen des üblichen Besuchsrechts nicht erfüllt ist. Hierfür muss erwiesen sein, dass die Kindsmutter den Kontakt zwischen Vater und Kind verhindert und der Beschwerdeführer stetige und erhebliche Bemühungen, sein Kind zu sehen, nachweisen kann.

8.

Die Aktualisierung des Sachverhaltes hat – für die im vorliegenden Verfahren zu beantwortenden Fragen – keine massgebende Veränderung der entscheiderelevanten Umstände gezeigt. Zum bereits verbindlich ermittelten Sachverhalt kommen keine neuen wesentlichen Elemente hinzu. Es sind diesbezüglich auch keine anderen Gründe ersichtlich, welche allenfalls eine von den bisherigen Erkenntnissen abweichende Einschätzung erlauben würden. Der Beschwerdeführer ist nach wie vor darum bemüht, regelmässigen Kontakt zu seinem Sohn zu pflegen und diesen zu intensivieren. Die vorliegende Sachverhaltskonstellation rechtfertigt es folglich, einen Anspruch auf Aufenthaltsregelung im Rahmen des umgekehrten Familiennachzugs zu bejahen. Mit der Verweigerung einer Aufenthaltsregelung für den Beschwerdeführer bzw. dessen Wegweisung würde somit im Ergebnis Besuchsrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist somit gutzuheissen.

9.

Mit der Kassation der vorliegenden Streitsache durch das Bundesgericht vom 5. Januar 2015 wurde auch der Kostenpunkt des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. April 2014 aufgehoben. Demnach ist dem Beschwerdeführer der am 24. Juni 2010 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.- zurückzuerstatten. Ferner ist ihm für die Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Es wurde keine Kostennote eingereicht, so dass die Parteientschädigung aufgrund der Akten und nach pflichtgemäss auszuübendem Ermessen auf Fr. 2'500.- festzusetzen ist (vgl. Art. 14 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE). Die Gesuche vom 23. April 2010 und 19. September 2012 um unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverteidigung werden dadurch hinfällig.

Dispositiv Seite 9

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers durch den Kanton St. Gallen wird die Zustimmung erteilt.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 24. Juni 2010 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.- wird zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'500.- zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (...; Akten retour)
- die Migrationsbehörde des Kantons (...)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Teuscher

Giulia Santangelo

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: