

## **BGE 147 I 149**

Bundesgericht (BGE), 2020-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_147\\_I\\_149](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_147_I_149)

FR: ATF 147 I 149

IT: DTF 147 I 149

### **Regeste**

Regeste Art. 12 KRK; Art. 8 EMRK; persönliches Anhörungsrecht des Kindes; umgekehrter Familiennachzug. Grundsätzlich besteht kein persönliches Anhörungsrecht, namentlich bei gleichläufigen Interessen mit dem betroffenen Elternteil. Hier war aber nicht klar, ob die Interessen gleich- oder gegenläufig waren. Das Kind muss befragt werden (E. 3). Die Voraussetzungen für den umgekehrten Familiennachzug (BGE 144 I 91) müssen gerichtlich abgeklärt werden. Namentlich zur Abklärung des bisher persönlich ausgeübten Kontaktes ist die Befragung des Sohnes zweckdienlich. Auch aus diesem Grund Rückweisung zu neuem Entscheid (E. 4).

Regeste Art. 12 CDE; art. 8 CEDH; audition personnelle de l'enfant; regroupement familial inversé. En principe il n'existe pas de droit à l'audition personnelle, en particulier lorsque l'intérêt de l'enfant concorde avec celui du parent concerné. En l'espèce toutefois, l'on ignorait si les intérêts étaient, ou non, concordants. L'enfant doit être entendu (consid. 3). Les conditions pour un regroupement familial inversé (ATF 144 I 91) doivent être examinées par le juge. Pour préciser la nature des contacts personnels exercés jusqu'à maintenant, l'audition du fils est nécessaire. Renvoi de la cause pour nouvelle décision pour ce motif également (consid. 4)

Regesto Art. 12 CDF; art. 8 CEDU; audizione personale del fanciullo; ricongiungimento familiare alla rovescia. Di principio, non esiste un diritto all'audizione personale; in particolare, quando l'interesse concorda con quello del genitore in questione. Nella fattispecie, non era tuttavia chiaro se gli interessi fossero concordanti o contrastanti. Il fanciullo deve essere sentito (consid. 3). Le condizioni per un ricongiungimento familiare alla rovescia (DTF 144 I 91) vanno accertate giudizialmente. L'audizione del figlio è utile, segnatamente per chiarire la natura del contatto personale esercitato finora. Rinvio della causa per nuova decisione anche per questo motivo (consid. 4).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt unter dem Titel "offensichtlich unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des Sachverhalts" einerseits, dass zu Unrecht das Kind nicht angehört worden sei und dass die Vorinstanz sich nur summarisch mit ihren Vorbringen zum Kindeswohl auseinandergesetzt habe. Die Beschwerdeführerin rügt unter Hinweis auf Art. 8 EMRK sowie die Art. 3 und 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107), ihr Sohn hätte persönlich angehört werden müssen, um die Kindsinteressen zu ergründen. Dies ist zusammen mit der Rüge der Verletzung von Art. 12 KRK vorab zu behandeln.

#### **E. 3.1**

Aus Art. 8 EMRK folgt ein Anspruch bzw. eine Verpflichtung der staatlichen Behörden, in allen Belangen, welche das Familienleben und das Kindeswohl betreffen, diese Aspekte gebührend in die Beurteilung einzubeziehen ( BGE 143 I 21 E. 5.5.4). Ein Anspruch auf persönliche Anhörung ergibt sich zudem aus Art. 6 EMRK , der jedoch in ausländerrechtlichen Angelegenheiten nicht zum Tragen kommt ( BGE 137 I 128 E. 4.4.2). Inwiefern sich aus Art. 8 EMRK ein Anspruch auf persönliche Anhörung ergeben sollte, wird von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt.

### **E. 3.2**

Nach Art. 12 Abs. 1 KRK sichern die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. Nach Art. 12 Abs. 2 KRK wird dem Kind zu diesem Zweck insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden. Art. 12 KRK stellt einen direkt anwendbaren Rechtssatz dar, dessen Verletzung beim Bundesgericht angefochten werden kann ( BGE 124 III 90 E. 3a S. 92). Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 KRK ergibt, ist allerdings eine persönliche Anhörung nicht in jedem Fall unerlässlich; wenn die Kinder durch ihre Eltern vertreten werden und beider Interessen BGE 147 I 149 S. 152 gleichläufig sind, kann die Ansicht der Kinder auch ohne persönliche Anhörung durch ihre Eltern eingebracht werden, sofern der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne diese Anhörung rechtsgenügend festgestellt werden kann ( BGE 144 II 1 E. 6.5).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz hat angenommen, die Interessen der Beschwerdeführerin deckten sich mit denjenigen des Kindes. Das ist in ausländerrechtlichen Situationen in der Regel der Fall, wenn der ausländerrechtliche Entscheid das Aufenthaltsrecht sowohl der Eltern als auch der Kinder betrifft ( BGE 144 I 1 E. 6.5 S. 14 f.; BGE 124 I 361 E. 3c S. 368). In der vorliegenden Konstellation ist dies indessen - gerade durch die aktuelle Betreuungssituation des Kindes - unklar. Der Sohn hatte durch den Verzicht auf seine Anhörung gar keine Möglichkeit, seine allenfalls differenzierten Standpunkte zum Verhältnis zu seinen Eltern einzubringen, die aber entscheidend zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes hätten beitragen können, dies umso mehr als das Verhältnis zwischen Mutter und Sohn hier ausschlaggebend ist für einen allfälligen Bewilligungsanspruch der Mutter. Es drängt sich daher in der vorliegenden besonderen Konstellation auf, gestützt auf Art. 12 KRK den Sohn persönlich anzuhören. Die Vorinstanz wird dies nachzuholen haben.

### **E. 4**

Die Beschwerde ist aber auch aus einem anderen Grund gutzuheissen: Die Beschwerdeführerin leitet ihren Anspruch aus Art. 8 EMRK ab, nämlich auf den umgekehrten Familiennachzug zu ihrem in der Schweiz lebenden Sohn mit Schweizer Bürgerrecht. Dieser steht unter der Obhut des Vaters, doch hat die Beschwerdeführerin nebst der gemeinsamen elterlichen Sorge ein Besuchsrecht. Die diesbezügliche Rechtsprechung hat das Bundesgericht vor kurzem in BGE 144 I 91 zusammengefasst. Danach ist es zur Wahrnehmung des Besuchsrechts grundsätzlich nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil über ein dauerndes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt, da

das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts entsprechend auszugestaltet sind. Ein weitergehender Anspruch fällt in Betracht, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte und dessen BGE 147 I 149 S. 153 bisheriges Verhalten in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat, wobei eine Gesamtbeurteilung zu erfolgen hat ( BGE 144 I 91 E. 5.1 und 5.2 S. 97 f.). Diese Anforderungen müssen gerichtlich abgeklärt werden. Zu beachten ist zudem, dass bei einem gemeinsamen Sorgerecht die Beziehungen der Eltern zum Kind weitergehen und faktisch die Form einer alternierenden Obhut annehmen können ( BGE 143 I 21 E. 5.5 und 6). Vorliegend hat die Vorinstanz zwar in allgemeiner Weise die Voraussetzungen für eine auf Art. 8 EMRK gestützte "Obligation positive" zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung dargestellt; sie hat aber nicht spezifisch die Voraussetzungen im Lichte der dargelegten Rechtsprechung geprüft. Namentlich für die Abklärung des faktisch bisher ausgeübten persönlichen Kontakts zwischen Mutter und Sohn (s. zu diesen Anforderungen BGE 139 I 315 E. 2.5) ist die Befragung des Sohnes, die sich ohnehin schon aufgrund von Art. 12 KRK aufdrängt, zweckdienlich. Auch aus diesem Grund besteht Anlass zur Rückweisung zu neuem Entscheid.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.