

BGer 2C_243/2021 vom 25. Oktober 2022

Bundesgericht, 2022-10-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_243_2021

FR: TF 2C_243/2021 du 25 octobre 2022

IT: TF 2C_243/2021 del 25 ottobre 2022

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG) betreffend eine ausländerrechtliche Bewilligung ist nur zulässig, wenn das Bundes- oder Völkerrecht einen Anspruch auf diese Bewilligung gewährt (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG e contrario). Die Beschwerdeführerin beruft sich in vertretbarer Weise auf einen Anspruch gestützt auf Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 EMRK , was für das Eintreten genügt; ob der geltend gemachte Anspruch tatsächlich besteht, ist Sache der materiellen Beurteilung (BGE 139 I 330 E. 1.1). Auf die form- und fristgerecht erhobene Beschwerde der legitimierten Beschwerdeführerin ist daher einzutreten (Art. 42, Art. 89 Abs. 1 und Art. 100 Abs. 1 BGG).

E. 2.1

Weist das Bundesgericht die Sache zur Neuurteilung zurück, ist es bei einer Beschwerde gegen den neuen Entscheid an seinen Rückweisungsentscheid gebunden (BGE 140 III 466 E. 4.2.1; 125 III 421 E. 2a). Die rechtliche Beurteilung im Rückweisungsentscheid bleibt somit massgebend und es ist dem Bundesgericht verwehrt, die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die es im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder gar nicht in Erwägung gezogen hat (BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; 135 III 334 E. 2; 133 III 201 E. 4.2).

E. 2.2

Das Bundesgericht hat die Sache im ersten Rechtsgang an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie den Sohn persönlich anhöre und die Bewilligungserteilung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Aufenthalt des ausländischen Elternteils mit Besuchsrecht prüfe. Dabei hat es erwogen, dass das Verhältnis zwischen Mutter und Sohn ausschlaggebend für einen allfälligen Bewilligungsanspruch der Mutter sei, und beachtet werden müsse, dass bei einem gemeinsamen Sorgerecht die Beziehungen der Eltern zum Kind weitergehen und faktisch die Form einer alternierenden Obhut annehmen können (BGE 147 I 149 E. 3 und 4). In der Folge hat das Verwaltungsgericht den Sohn am 25. November 2020 persönlich angehört.

E. 3.1

Der nicht sorge- bzw. hauptsächlich betreuungsberechtigte ausländische Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind in der Regel nur in beschränktem Rahmen leben, nämlich durch die Ausübung des ihm eingeräumten Rechts auf angemessenen persönlichen Verkehr und den damit verbundenen Betreuungsanteilen (Art. 273 Abs. 1 ZGB ["Besuchsrecht"]). Hierfür ist nicht unbedingt erforderlich, dass er sich dauerhaft im selben Land aufhält wie das Kind und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt. Unter dem

Gesichtswinkel des Schutzes des Anspruchs auf Familienleben genügt je nach den Umständen, dass der Kontakt zum Kind im Rahmen von Kurzaufenthalten, Ferienbesuchen oder über die modernen Kommunikationsmittel vom Ausland her wahrgenommen werden kann; gegebenenfalls sind die zivilrechtlichen Modalitäten den ausländerrechtlichen Vorgaben entsprechend anzupassen (BGE 144 I 91 E. 5.1 ; 143 I 21 E. 5.3 ; 139 I 315 E. 2.2). 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 bisheriges Verhalten in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat ("tadelloses Verhalten"), wobei eine Gesamtbeurteilung zu erfolgen hat (BGE 147 I 149 E. 4 ; 144 I 91 E. 5.2; 142 II 35 E. 6.2 ; 140 I 145 E. 3.2 ; 139 I 315 E. 2.2). Dabei ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV und Art. 8 Ziff. 2 EMRK) auch dem Kindeswohl Rechnung zu tragen.

E. 3.2

Unbestritten ist, dass keine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Sohn besteht, wobei dies der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden kann, weil sie angesichts des Lohnniveaus im Libanon kaum etwas zum Kindesunterhalt beitragen könnte und deshalb zivilrechtlich zu keinen Unterhaltsleistungen verpflichtet worden ist (vgl. E. 3.4.2 des angefochtenen Urteils). Die zurzeit fehlende wirtschaftliche Beziehung steht deshalb einem Aufenthaltsanspruch nicht entgegen. Weiter steht ausser Frage, dass die Beschwerdeführerin während ihres früheren Aufenthalts in der Schweiz zu keinen Klagen Anlass gegeben und sich insoweit tadellos verhalten hat. Streitig ist die affektive Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrem Sohn sowie die Möglichkeit, diese Beziehung wegen der räumlichen Distanz zwischen der Schweiz und dem Libanon aufrecht zu erhalten.

E. 3.3.1

Das Bundesgericht unterscheidet in seiner Rechtsprechung zum Aufenthaltsanspruch des nicht sorge- bzw. betreuungsberechtigten ausländischen Elternteils zwischen Eltern, die aufgrund einer aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einem/-er schweizerischen Staatsangehörigen oder einer Person mit Niederlassungsbewilligung bereits eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz besessen haben und sich deshalb auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG (SR 142.20) berufen können, und ausländischen Eltern, welche erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen. Während im ersten Fall die besondere Intensität der affektiven Beziehung bereits dann als erfüllt anzusehen ist, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird, wird im zweiten Fall das Bestehen einer besonders qualifizierten Beziehung zum hier lebenden Kind verlangt, d.h. ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht, wobei "grosszügig" im Sinne von "deutlich mehr als üblich" zu verstehen ist. Zudem muss das Besuchsrecht kontinuierlich und reibungslos ausgeübt werden (BGE 144 I 91 E. 5.2.1 ; 139 I 315 E. 2.4 und 2.5).

E. 3.3.2

Im vorliegenden Fall übt die Beschwerdeführerin ihr Besuchsrecht bereits seit Sommer 2013 vom Libanon her aus. Aufgrund der räumlichen Distanz kann sie das Besuchsrecht aus zeitlichen, finanziellen und organisatorischen Gründen von vornherein nur sehr eingeschränkt wahrnehmen. Deshalb ist nicht schematisch darauf abzustellen, ob der

Kontakt zwischen Mutter und Kind einem grosszügig ausgestalteten (inländischen) Besuchsrecht entspricht, sondern in Würdigung aller Umstände zu prüfen, ob der Kontakt, gemessen an den tatsächlichen Möglichkeiten und unter Berücksichtigung moderner Kommunikationsmittel, eine besonders qualifizierte Beziehung darstellt.

E. 3.3.3

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin ihren Sohn während seiner ersten fünf Lebensjahre im Libanon betreut hat und die Beziehung insoweit besonders eng gewesen ist, bis er im Juni 2013 zu seinem Vater in die Schweiz gezogen ist. Aus den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin ihren Sohn in der Folge zwei Mal in der Schweiz besucht hat. Der Sohn verbrachte seine Sommerferien jedes Jahr im Libanon - mit Ausnahme des Jahres 2020 wegen der Corona-Pandemie - und hielt sich dort hauptsächlich bei der Beschwerdeführerin bzw. deren Familie auf. Zudem schreiben sich die Beschwerdeführerin und ihr Sohn regelmässig Kurznachrichten und telefonieren täglich (vgl. E. 3.4.1 des angefochtenen Urteils). Vor diesem Hintergrund ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die Beziehung zwischen Mutter und Sohn im Rahmen der Möglichkeiten gelebt worden sei (vgl. E. 3.4.3 des angefochtenen Urteils). Nicht gefolgt werden kann ihr allerdings, wenn sie wegen der Zahl der effektiven Besuche, die unter einer üblichen Besuchsrechtsregelung liegen, das Vorliegen einer engen affektiven Beziehung verneint. Der Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Sohn beschränkt sich nicht nur auf die gegenseitigen Besuche, sondern sie schreiben sich regelmässig Kurznachrichten und telefonieren jeden Tag miteinander. Angesichts der beschränkten Möglichkeiten, den Kontakt aufgrund der Distanz zwischen der Schweiz und dem Libanon aufrecht zu erhalten, ist von einer sehr engen Mutter-Sohn-Bindung auszugehen. Eine besonders qualifizierte Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Sohn ist deshalb zu bejahen.

E. 3.4.1

Schliesslich wäre zu prüfen, ob die Beziehung zwischen Mutter und Kind trotz der räumlichen Distanz aufrecht erhalten werden kann (vgl. dazu BGE 147 I 149 E. 4 ; 144 I 91 E. 5.2.3). Dieses Kriterium ist in Konstellationen wie im vorliegenden Fall, wo das Besuchsrecht bereits seit mehreren Jahren vom Ausland her ausgeübt wird, nicht zielführend. Unabhängig davon, dass unklar ist, ob das Besuchsrecht angesichts der nach wie vor anhaltenden Corona-Pandemie und der Lage im Libanon weiterhin im bisherigen Umfang vom Ausland her wahrgenommen werden kann, besteht die Besonderheit, dass die Beschwerdeführerin keine Aufenthaltsbewilligung anstrebt, um ihr Besuchsrecht in der Schweiz ausüben zu können. Sie würde im Falle ihrer Einreise gemäss Verfügung der KESB vom 14. September 2017 die Obhut mit dem Kindesvater teilen, wobei der Sohn alternierend je eine Woche bei ihr bzw. beim Vater wohnen würde. Damit würde der Beschwerdeführerin mit dem Aufenthalt in der Schweiz die hälftige Betreuung ihres Sohnes ermöglicht.

E. 3.4.2

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Interessenabwägung beim (umgekehrten) Familiennachzug dem Kindeswohl (Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [UN-Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107]) und dem grundlegenden Bedürfnis des Kindes, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können, Rechnung zu tragen. Dabei ist auch der

Grundsatz zu beachten, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind (Art. 18 KRK). Auch wenn es sich hierbei ausländerrechtlich nur um ein zu berücksichtigendes Element unter anderen (öffentliche Sicherheit und Ordnung, Begrenzung der Einwanderung etc.) handelt, kommt ihm eine wesentliche Bedeutung zu (BGE 144 I 91 E. 5.2 ; 143 I 21 E. 5.5 m.H.; Urteile 2C_934/2021 vom 15. Februar 2022 E. 4.3; 2C_125/2021 vom 17. August 2021 E. 5.2; 2C_582/2020 vom 10. Dezember 2020 E. 4.3.3).

E. 3.4.3

Im vorliegenden Fall ist von einem erheblichen persönlichen Interesse der Beschwerdeführerin auszugehen, zusammen mit ihrem Sohn in der Schweiz leben zu können. Dies entspricht auch dem erklärten Wunsch des Kindes (vgl. E. 2.2 des angefochtenen Urteils). Das Bundesgericht hat im Rückweisungsentscheid ausdrücklich auf die ausschlaggebende Bedeutung der Mutter-Sohn-Beziehung hingewiesen (BGE 147 I 149 E. 3.3) und verlangt, es sei der Umstand zu beachten, dass die Beziehungen der Eltern zum Kind die Form einer alternierenden Obhut annehmen können (BGE 147 I 149 E. 4). Daran ist es im vorliegenden Verfahren gebunden (vgl. vorne E. 2.1). Vor diesem Hintergrund kann alleine dadurch, dass der Sohn vom Vater und der Stiefmutter adäquat betreut wird und das Kindeswohl in der aktuellen Situation nicht gefährdet erscheint, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die alternierende Obhut und hälftige Betreuung durch die Mutter mit Blick auf das Kindeswohl nicht notwendig erscheine. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin ihr Gesuch zeitnah nach der Einräumung des gemeinsamen Sorgerechts und der alternierenden Obhut (bei einer Wohnsitznahme in der Schweiz) durch die KESB gestellt hat. Angesichts der nachvollziehbaren Gründe für die Einreise des Sohnes in die Schweiz zu seinem Vater und des zeitlichen Ablaufs kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, sie habe bewusst auf ein gemeinsames Familienleben und die Betreuung ihres Sohnes verzichtet.

E. 3.5

Zusammenfassend hat das Verwaltungsgericht den Eigenheiten dieses speziell gelagerten Falles - namentlich der Mutter-Kind-Beziehung und der alternierenden Obhut - im Rahmen der Interessenabwägung zu wenig Rechnung getragen. Nachdem als öffentliches Interesse einzig die Begrenzung der Einwanderung dem Aufenthalt der Beschwerdeführerin entgegensteht und sie ihren Sohn im Falle der Einreise wie erwähnt nicht mehr bloss im Rahmen ihres Besuchsrechts sehen würde, überwiegt das private Interesse von Mutter und Kind am gemeinsamen Familienleben in der Schweiz. Die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung durch die kantonalen Behörden ist deshalb unverhältnismässig und verletzt Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV . Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

E. 4

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG) und steht der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Damit wird ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos. Die Sache ist zur Neuverlegung der kantonalen Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 68 Abs. 5 BGG).

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