

# **BVGer C-6168/2008 vom 28. September 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-09-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6168\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6168_2008)

FR: TAF C-6168/2008 du 28 septembre 2011

IT: TAF C-6168/2008 del 28 settembre 2011

## **Regeste**

nach Auflösung der Familiengemeinschaft

## **Erwägungen**

### **E. 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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Ablehnung des Gesuches um wiedererwägungsweise Aufhebung der Verfügung vom 20. Dezember 2006 eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat (vgl. Felix Uhlmann, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 5 N 118 oder Ursina Beerli-Bonorand, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich 1985, S. 174). Eine Ausnahme nach Art. 32 liegt nicht vor. Wiedererwägungsgesuche unterliegen grundsätzlich dem gleichen Rechtsmittelweg wie die ursprüngliche Verfügung (vgl. dazu Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 67.109 E. 1d mit Hinweis).

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Als Adressat des Wiedererwägungsentscheids vom 25. August 2008 ist der Beschwerdeführer zu dessen Anfechtung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

### **E. 2**

Am 1. Januar 2008 traten die neuen gesetzlichen Bestimmungen des AuG und seine Ausführungsbestimmungen (u.a. die VZAE) in Kraft. In Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt anhängig gemacht wurden, bleibt nach der übergangsrechtlichen Ordnung des AuG das alte materielle Recht anwendbar, wobei es ohne Belang ist, ob das Verfahren auf Gesuch hin - so explizit Art. 126 Abs. 1 AuG - oder von Amtes wegen eröffnet wurde (vgl. BVGE 2008/1 E. 2). Dem Beschwerdeführer ist zwar noch unter dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) erstmals eine Aufenthaltsbewilligung erteilt worden, das dem vorliegenden Verfahren zu Grunde liegende Wiedererwägungsgesuch wurde jedoch nach

dem 1. Januar 2008 eingereicht, weshalb das neue Recht Anwendung findet (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_638/2008 vom 16. Oktober 2008 E. 1 und 2C\_706/2008 vom 13. Oktober 2008 E. 1).

### **E. 3.1**

Das Wiedererwägungsgesuch ist der formlose Rechtsbehelf, mit welchem eine betroffene Person die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde darum ersucht, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen und diese abzuändern oder aufzuheben (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1828; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 31 Rz. 46). Im Verwaltungsverfahren des Bundes ist die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen nicht ausdrücklich geregelt. Die Rechtsprechung leitet dieses Institut direkt aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie insbesondere aus Art. 66 VwVG ab, welcher die Möglichkeit der Revision von Beschwerdeentscheiden vorsieht (vgl. VPB 67.109 E. 3a mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Die Verwaltungsbehörden können ihre in Rechtskraft erwachsenen Verfügungen unter bestimmten Voraussetzungen in Wiedererwägung ziehen. Für sie besteht die Pflicht, auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten, wenn sich die Verhältnisse seit dem ersten Entscheid erheblich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung dazu bestand (Art. 66 Abs. 3 VwVG analog; vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1 S. 181 mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Der Möglichkeit der Wiedererwägung sind Grenzen gesetzt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das Geltendmachen neuer Tatsachen oder Beweismittel an die gleich strengen Voraussetzungen zu knüpfen, wie sie in der Praxis bei der Bejahung eines Revisionsgrundes in den gesetzlich geregelten Fällen gälten (BGE 127 I 133 E. 6 S. 137 f.). Die Wiedererwägung darf namentlich nicht dazu dienen, rechtskräftige Verwaltungsentscheide beliebig in Frage zu stellen oder Rechtsmittelfristen zu umgehen (BGE 136 II 177 E. 2.1 S. 181 oder Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1446/2009 vom 26. Oktober 2010 E. 2.2).

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz ist auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers, mit welchem er sich auf eine nachträglich veränderte Sachlage berufen hat, eingetreten, hat es materiell geprüft und einen neuen Sachentscheid gefällt. Das Bundesverwaltungsgericht kann daher mit voller Kognition prüfen, ob die Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sich im heutigen Zeitpunkt noch als bundes- und völkerrechtskonform erweist (zum Ganzen vgl. auch BVGE 2008/24 E. 2.2 mit Hinweisen).

### **E. 4.1**

Als Anspruchsnormen kommen, wie im ursprünglichen Zustimmungsverfahren, vorab Art. 8 EMRK und der - soweit hier von Interesse - inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmende Art. 13 Abs. 1 BV in Betracht (siehe das in gleicher Angelegenheit

ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-610/2007 vom 13. Dezember 2007 E. 5.1), die beide ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gewährleisten. Diese Garantien können namentlich dann verletzt sein, wenn einer ausländischen Person, deren Familienangehörige in der Schweiz weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das gemeinsame Familienleben vereitelt wird. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK muss der sich hierzulande aufhaltende Angehörige über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht. Zudem muss diese Person zur Kernfamilie (Ehegatte oder im gleichen Haushalt lebende, minderjährige Kinder) gehören, und es muss eine enge, tatsächliche und intakte Beziehung zu ihr bestehen (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145, BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 oder BGE 127 II 60 E. 1d/aa S. 64 f.). Der Sohn des Beschwerdeführers wurde in die Niederlassungsbewilligung seiner Mutter mit einbezogen und besitzt deshalb ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz. Insofern ist der Schutzbereich von Art. 8 EMRK tangiert.

#### **E. 4.2**

Eine nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte ausländische Person - wie dies beim Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des ursprünglichen Entscheids vom 20. Dezember 2006 und bis weit in das Wiedererwägungsverfahren hinein der Fall war - kann die familiäre Beziehung zu ihrem Kind zum vornherein nur im beschränkten Rahmen des ihr eingeräumten Besuchsrechtes pflegen. Hierzu ist es nicht unabdingbar, dass sie dauernd im gleichen Land lebt wie das Kind und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Ein solches Besuchsrecht gegenüber einem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind verschafft dem ausländischen Elternteil daher im Allgemeinen noch keinen Anspruch auf dauernde Anwesenheit; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend auszugestaltet sind. Ein weitergehender Anspruch kann bestehen, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zu dem Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland der ausländischen Person praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte und das bisherige Verhalten der ausländischen Person in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (BGE 120 Ib 1 E. 3c S. 5 f.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_231/2008 vom 2. Juli 2008). Wesentlich ist, ob gegen den Ausländer fremdenpolizeiliche Entfernung- oder Fernhaltegründe sprechen, insbesondere ob und inwieweit er sich massgebliches strafrechtlich oder fremdenpolizeilich verpöntes Fehlverhalten hat zu Schulden kommen lassen. Was das Erfordernis der besonderen gefühlsmässigen Intensität der Beziehung betrifft, ist dieses regelmässig als erfüllt zu erachten, wenn ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht eingeräumt ist und dieses kontinuierlich, spontan und reibungslos ausgeübt wird (siehe dazu Urteil des Bundesgerichts 2C\_171/2009 vom 3. August 2009 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3**

Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt Winterthur vom 21. Oktober 2009 wurde der diesbezügliche Passus des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Liestal vom 29. März 2007 ersetzt und das gemeinsame Sorgerecht der Eltern (wieder) errichtet. Bei dieser Sachlage steht nunmehr ausser Frage, dass das Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer

und seinem noch minderjährigen Sohn X. \_\_\_\_\_ vom Schutzbereich des Art. 8 Ziff. 1 EMRK erfasst ist. Das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK gilt indessen nicht absolut. Nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff zulässig, wenn er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutze der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Pflichten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden individuellen Interessen an der Erteilung der Bewilligung einerseits und der öffentlichen Interessen an deren Verweigerung andererseits, wobei Letztere in dem Sinne überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (vgl. BGE 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156; BGE 135 I 143 E. 2.1 S. 147; BGE 122 II 1 E. 2 S. 6; BGE 116 Ib 353 E. 3 S. 357 ff.). Als legitimes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK gilt unter anderem die Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik. Eine solche ist im Hinblick auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen schweizerischer und ausländischer Wohnbevölkerung, auf die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz bereits ansässigen Ausländer und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie auf eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung im Lichte von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zulässig (BGE 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156; BGE 135 I 143 E. 2.2 S. 147). Analoge Voraussetzungen ergeben sich aus Art. 36 BV im Hinblick auf einen Eingriff in Art. 13 Abs. 1 BV.

#### **E. 4.4**

Im Rahmen der Beurteilung des Eingriffscharakters einer staatlichen Massnahme und ihrer Rechtfertigung ist zu berücksichtigen, dass die Konventionsgarantie des Art. 8 Ziff. 1 EMRK das Familienleben als solches schützt und nicht die freie Wahl des Ortes, an dem es realisiert werden soll (BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285; BGE 126 II 335 E. 3a S. 342; je mit Hinweisen; vgl. Jens Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Rz. 68 zu Art. 8 mit Hinweisen). Muss deshalb eine ausländische Person, der eine ausländerrechtliche Bewilligung verweigert wurde, das Land verlassen, haben dies ihre Familienangehörigen grundsätzlich hinzunehmen, wenn es ihnen "ohne Schwierigkeiten" möglich ist, mit ihr auszureisen; eine Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK erübrigt sich in diesem Fall bzw. es kann angenommen werden, dass im Falle der Zumutbarkeit der Ausreise das allgemeine öffentliche Interesse an einer restriktiven Einwanderung im Rahmen der Interessenabwägung den Ausschlag gibt (vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1220/200 vom 4. August 2011 E. 5.4 mit Hinweisen). Anders verhält es sich, falls die Ausreise für die Familienangehörigen "nicht von vornherein ohne Weiteres zumutbar" erscheint. In diesem Fall ist immer eine Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK geboten, welche sämtlichen Umständen des Einzelfalls Rechnung trägt (zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 2C\_327/2010 vom 19. Mai 2011 E. 4.1.2).

#### **E. 4.5**

Bei Kindern im anpassungsfähigen Alter geht die Rechtsprechung vermutungsweise davon aus, dass es ihnen zugemutet werden kann, den Eltern oder dem sorgeberechtigten Elternteil ins Ausland zu folgen, auch wenn der ausländerrechtlichen Zulassung der letzteren lediglich die Durchsetzung der restriktiven Migrationspolitik entgegensteht. Bei einem Kleinkind ist dies - besondere Umstände vorbehalten - regelmässig der Fall. Dahinter steht die Überlegung, dass das Kind vorerst keine selbständigen Beziehungen zu seinem weiteren

Umfeld, zu einem bestimmten Land hat, sondern solche während der ersten Lebensjahre ausschliesslich durch Vermittlung der Eltern entstehen. In neueren Entscheiden hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung mit Blick auf die Vorgaben des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) und namentlich die verfassungsrechtlichen Gebote staatsbürgerrechtlicher Natur (vgl. Art. 24 und 25 Abs. 1 BV) bei Schweizer Kindern relativiert (BGE 136 I 285 ff.; BGE 135 I 153 ff.). Ist ein Kind, wie es vorliegend der Fall ist, im Besitz der Niederlassungsbewilligung, gilt die dargestellte Rechtsprechung grundsätzlich weiter (zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 2C\_327/2010 vom 19. Mai 2011 E. 4.2.3). Diesfalls kann die Zumutbarkeit der Ausreise weiterhin für eine Bewilligungsverweigerung an den sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteil genügen.

## **E. 5**

Bezogen auf den Verfahrensgegenstand gilt es primär zu prüfen, ob die nach der Rechtskraft der Zustimmungsverweigerung vom 20. Dezember 2006 hinzugekommenen neuen sachverhaltlichen Elemente, insbesondere die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn in ihrer heutigen Ausgestaltung, im dargelegten Kontext einen Anspruch auf Aufenthalt zu begründen vermögen.

### **E. 5.1**

Das Kind X.\_\_\_\_\_ ist mittlerweile 11-jährig. Der Beschwerdeführer lebte mit ihm und dessen Mutter während dreier Jahre in gemeinsamem Haushalt in Pratteln. Nach erfolgter Trennung im Dezember 2003 zog die Ehefrau mit dem Sohn in die Region Winterthur. Während des Eheschutzverfahrens stellte man ihn unter die elterliche Sorge der Mutter und dem Beschwerdeführer wurde - unter gleichzeitiger Einrichtung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) - ein Besuchsrecht eingeräumt (eine Woche pro Monat, zwei Wochen Ferien pro Jahr). Im Scheidungsurteil vom 29. März 2007 wurde an besagten Regelungen festgehalten. Unbestritten ist, dass nicht zuletzt im Vorfeld sowie zu Beginn der Trennungsphase Konflikte und Streitereien das Verhältnis zwischen den Elternteilen erheblich belasteten. Aus den Akten geht aber ebenso hervor, dass der Beschwerdeführer sein Besuchsrecht regelmässig wahrnahm, wie er überhaupt generell auch nach der Trennung eine enge Beziehung zum Sohn aufrecht erhielt. Auch den sonstigen Verpflichtungen (Unterhaltszahlungen) kam er stets nach. Die Ex-Ehefrau äusserte sich denn wiederholt dahingehend, dass X.\_\_\_\_\_ sehr am Beschwerdeführer hänge und die Beziehung zu seinem Vater ihm wichtig sei (vgl. beispielsweise die schriftlichen Erklärungen der Mutter vom 27. November 2006, 21. Januar 2008 und 27. Januar 2008). Wie sich dem Sachverhalt entnehmen lässt, wohnte das gemeinsame Kind von Mitte Januar 2008 an in Pratteln unter der Obhut des Beschwerdeführers (und der Grosseltern väterlicherseits). Dieser Schritt erfolgte in gegenseitigem Einvernehmen der Beteiligten (siehe Buchstabe D vorstehend). Den fraglichen Veränderungen haben die zuständigen Vormundschaftsbehörden in der Zwischenzeit Rechnung getragen. So hat die Vormundschaftsbehörde der Stadt Winterthur die Besuchsrechtsbeistandschaft mit Beschluss vom 18. August 2009 aufgehoben und stattdessen eine Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 1 ZGB) errichtet und diese nach Pratteln übertragen. Die Vormundschaftsbehörde der Gemeinde Pratteln ihrerseits hat die Erziehungsbeistandschaft am 20. August 2009 übernommen und eine Beiständin ernannt. Mit Beschluss vom 21. Oktober 2009 hat die Vormundschaftsbehörde der Stadt Winterthur das Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Liestal vom 29. März 2007 daraufhin

entsprechend ersetzt, X. \_\_\_\_\_ unter die gemeinsame Sorge der Eltern gestellt und eine von ihnen getroffene Vereinbarung vom 18. August 2009 über die Betreuung und den Unterhalt genehmigt. Gemäss dieser Vereinbarung hat das Kind seinen Hauptwohnsitz bei seinem Vater und das Besuchsrecht der Mutter wird einvernehmlich gehandhabt. Einem Bericht der Beiständin vom 9. Februar 2011 zufolge hat sich die neue Betreuungssituation bewährt und die persönliche Entwicklung des Kindes verlaufe positiv. Inzwischen hat der Sozialdienst der Gemeinde Y. \_\_\_\_\_ die Aufhebung der Erziehungsbeistandschaft beantragt. Eine Gesamtwürdigung aller Fakten spricht heute mithin für eine so enge Beziehung des Beschwerdeführers zu seinem Sohn, dass daraus ein auf Art. 8 EMRK basierender Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz entstehen könnte. Auch dass objektive Gründe für eine Neuregelung des Sorgerechts bestanden haben bzw. eine solche im Verlaufe der Zeit notwendig wurde, kann aufgrund der dargelegten Entwicklung und insbesondere der Einschätzung der Vormundschaftsbehörden nicht mehr ernsthaft in Abrede gestellt werden. Es ist daher in mehrfacher Hinsicht von einer wesentlich veränderten Sachlage auszugehen.

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz weist allerdings darauf hin, dass der Umzug des Kindes zu seinem Vater kurz nach Erlass des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils vom 13. Dezember 2007 erfolgt sei, was den Eindruck erwecke, besagte Vorkehr sei bloss im Hinblick auf die drohende Wegweisung des Beschwerdeführers getroffen worden. In der Tat bestanden anfänglich Anzeichen dafür, das Kind werde vorab als Spielball der Interessen des Vaters benutzt (in diesem Sinne etwa die E-Mail der Kreisschulpflege Z. \_\_\_\_\_ vom 23. Januar 2008 an die zuständige Schulbehörde in Y. \_\_\_\_\_). Die diesbezüglichen Vermutungen haben sich ex post betrachtet nicht erhärtet. So bemühte sich der Beschwerdeführer anscheinend von Anfang an um enge Kontakte zu seinem Sohn. Auch nach der Trennung von der Ex-Gattin im Dezember 2003 zeigte er ein aktives Engagement für die Aufrechterhaltung und Pflege dieser Beziehung. Die Äusserungen der Kindsmutter betreffend das Verhältnis zwischen Vater und Sohn (siehe E. 5.1 erster Abschnitt in fine hiervor) sprechen für sich. Zu bedenken gilt es ferner, dass die damalige Ehefrau bereits am 27. November 2006 (also vor Erlass der ursprünglichen Zustimmungsverweigerung) sowohl mündlich wie auch schriftlich auf das gute Verhältnis zwischen den beiden hingewiesen hat. Schon zu jener Zeit befand sich die Kindsmutter, wie sie selber einräumte, in schwierigen Lebensumständen (finanzielle Schwierigkeiten nach Wiederverheiratung, Betreuung eines Kindes aus dieser zweiten Beziehung). Ihre Situation hat sich seither nicht verbessert. Im Gegenteil lebt sie gemäss Auszug des Protokolls der Vormundschaftsbehörde Y. \_\_\_\_\_ vom 20. August 2009 mittlerweile "in schwierigen familiären Verhältnissen". Im Protokoll der Vormundschaftsbehörde der Stadt Winterthur vom 18. August 2009 ist ausserdem von einer konfliktreichen neuen Partnerschaft die Rede. Dass sich die Beziehungsintensität des Kindes vor diesem Hintergrund im Laufe der Zeit - unabhängig vom Zustimmungsverfahren - auf den Beschwerdeführer verlagert hat, erscheint zumindest aus heutiger Sicht nachvollziehbar. Es handelt sich somit um bedeutsame Veränderungen der Umstände, die zu einer anderen Beurteilung der Angelegenheit führen könnten.

### **E. 5.3**

Eine Wiedererwägung der Zustimmungsverweigerung setzte allerdings wie erwähnt voraus, dass die Ausreise für die Familienangehörigen nicht ohne weiteres zumutbar erscheint

(siehe E. 4.4 und 4.5 hiervor). Der in der Schweiz geborene Sohn X.\_\_\_\_\_ ist elf Jahre alt und seit mehreren Jahren eingeschult. Nach anfänglichen Schwierigkeiten sind seine Leistungen in der Schule gut und sein Sozialverhalten völlig normal (vgl. Bericht der Beiständin vom 9. Februar 2011). Wohl steht er mit elf Jahren noch nicht an der Schwelle zur Adoleszenz, doch würde die positiv verlaufene Entwicklung des Kindes durch die Trennung vom Vater bzw. einen Wegzug mit ihm in den Kosovo in Anbetracht der besonderen Begebenheiten (Umzug, Schulwechsel und Änderung in der Betreuungssituation bereits im Frühjahr 2008) zweifelsohne gefährdet, sieht man einmal davon ab, dass X.\_\_\_\_\_ allem Anschein nach Mühe bekundete, die elterliche Trennung zu überwinden (vgl. Auszug aus dem Protokoll der Vormundschaftsbehörde der Stadt Winterthur vom 18. August 2009). Im Übrigen kann die Möglichkeit der Ausübung des Besuchsrechts des in der Schweiz anwesenheitsberechtigten anderen Elternteils sachgerecht mitberücksichtigt werden (siehe Urteil des Bundesgerichts 2C\_327/2010 vom 19. Mai 2011 E. 4.2.3). In diesem Zusammenhang fällt ins Gewicht, dass die Kindsmutter zeitweilig die alleinige elterliche Sorge und Obhut über das Kind inne gehabt und es immerhin während siebeneinhalb Jahren im selben Haushalt wie sie gelebt hat, mit entsprechend intensiven Beziehungen. Gemäss der zwischenzeitlich genehmigten Vereinbarung über die Betreuung und den Unterhalt steht der Mutter heute nebst dem gemeinsamen Sorgerecht ein Besuchsrecht zu, das sie angesichts ihrer persönlichen und finanziellen Situation realistischerweise nur in der Schweiz ausüben können. Unter den gegebenen Umständen kann keine Rede davon sein, dass es dem Sohn ohne Schwierigkeiten möglich wäre, dem Beschwerdeführer ins Ausland zu folgen. Eine umfassendere Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist daher unerlässlich.

#### **E. 5.4**

Kann dem Sohn des Beschwerdeführers nicht ohne weiteres zugemutet werden, ihm ins Ausland zu folgen, so reicht das allgemeine öffentliche Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik für sich allein nicht aus, um im Rahmen der nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK geforderten Interessenabwägung einen Eingriff in die Garantie des Familienlebens zu rechtfertigen. Hierzu bedürfte es besonderer - namentlich ordnungs- und sicherheitspolizeilicher - Gründe, welche den weiteren Aufenthalt des Beschwerdeführers als "unerwünscht" erscheinen liesse (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1220/2008 vom 4. August 2011 E. 5.7). Der Beschwerdeführer lebt seit elf Jahren mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Schon knapp einen Monat nach der Einreise nahm er eine Erwerbstätigkeit auf. Seither arbeitet er mit einem Vollzeitpensum als Gebäudereiniger im selben Unternehmen, ist finanziell unabhängig und beruflich gut integriert (vgl. die positiv lautenden Zwischenzeugnisse des Arbeitgebers). Hingegen ist er nicht unbescholten. Die Vorinstanz wirft ihm vor, wiederholt straffällig geworden zu sein. Zudem habe die ehemalige Ehefrau einen (später zurückgezogenen) Strafantrag wegen häuslicher Gewalt und Drohung gestellt. Die Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung muss eine gewisse Schwere aufweisen, um das Recht des niedergelassenen Kindes zu überwiegen, mit dem sorgeberechtigten Elternteil in der Schweiz verbleiben zu dürfen (vgl. BGE 136 I 285 E. 5.2 S. 287 oder Urteil des Bundesgerichts 2C\_505/2009 vom 29. März 2010 E. 5.2 in analogiam). Entgegen der Auffassung des Parteivertreters bedarf es allerdings nicht der Voraussetzungen von Art. 62 AuG, geht es hier doch nicht um den Widerruf, sondern die blosser Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung. Der Beschwerdeführer wurde insgesamt zu 78 Tagen Gefängnis und Bussen von total Fr. 1'450.- verurteilt. Ungeachtet dessen ist seine Straffälligkeit zu relativieren. So fallen die

Taten mit erhöhtem Unrechtsgehalt (Ladendiebstähle, Diebstahlversuch, Hehlerei) allesamt in die Zeitspanne von August 1996 bis September 1997 und wurden damals mit einer bedingten Gefängnisstrafe von 75 Tagen geahndet (vgl. Strafbefehl des Bezirksstatthalteramtes Arlesheim vom 5. Juni 2001). Sie liegen mit anderen Worten über 14 Jahre zurück und können nicht mehr für die vorzunehmende Interessenabwägung herangezogen werden. Gleich verhält es sich mit der zweiten Freiheitsstrafe (3 Tage Haft wegen geringfügigen Diebstahls), welche auf einen Vorfall im Sommer 1999 zurückgeht (vgl. Urteil des Strafbefehlsrichters Basel-Stadt vom 18. August 1999). Bei den seitherigen Gesetzesverstössen handelt es sich mit einer Ausnahme um Bagatellen (August 2002: Mitführen eines ungesicherten Kindes in Personenwagen; November 2002: Geschwindigkeitsüberschreitung; Dezember 2003: Selbstunfall mit Motorrad), die lediglich Bussen nach sich zogen. Aber auch die im Mai 2004 begangene Sachbeschädigung, derentwegen der Beschwerdeführer später zu einer Busse von Fr. 500.- verurteilt worden ist (siehe Urteil des Strafgerichtspräsidiums Basel-Landschaft vom 15. August 2008), weist nicht eine solche Schwere auf, dass sie zusammen mit den Verstössen gegen die Strassenverkehrsgesetzgebung geeignet erschiene, den Interessen des Kindes und seiner Eltern vorzugehen. Wie angetönt, weist das BFM schliesslich darauf hin, dass die Ex-Gattin während bestehender Ehe Anzeige wegen häuslicher Gewalt und Drohung erstattet habe. Zwar bedarf es keiner rechtskräftigen Verurteilung, wenn das zu Klagen Anlass gebende Verhalten aktenmässig als erstellt gilt. Vorliegend hat der Beschwerdeführer jedoch vehement bestritten, gegenüber der Kindsmutter tätlich geworden zu sein oder sie je geschlagen zu haben (vgl. Einvernahmen der Polizei Basel-Landschaft vom 3. Dezember 2003 und 29. Juni 2005). Wegen des in dieser Hinsicht eher widersprüchlichen Verhaltens der damaligen Ehefrau (Rückzug der Strafanzeige, versuchter bzw. wirkungsloser Rückzug des Scheidungsbegehrens) konnte die Frage im Strafverfahren nicht geklärt werden. Die diesbezüglichen Vorwürfe sind daher aktenmässig nicht hinreichend erstellt. Alles in allem erreichen die dem Beschwerdeführer anzulastenden Verfehlungen den geforderten Schweregrad nicht, weshalb sein privates Interesse und dasjenige der Mitbetroffenen das öffentliche Interesse an einer restriktiven Zulassungspolitik im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK - unter den heutigen veränderten Umständen - nunmehr überwiegt. Allerdings handelt es sich vorliegend um einen Grenzfall. Sollte der Beschwerdeführer wieder straffällig werden, könnte später immer noch eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung verfügt werden.

### **E. 5.5**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung gegen Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV verstösst. Die Beschwerde gegen die am 25. August 2008 verfügte Ablehnung des Wiedererwägungsgesuches ist daher gutzuheissen und der Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung zuzustimmen.

### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), und es ist dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 64 VwVG zu Lasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist in Anwendung von Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht und gestützt auf die Kostennote vom 18. Februar 2011 auf Fr. 1'375.- festzusetzen.

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