Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 381/2008

Urteil vom 14. Januar 2009
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Karlen, Zünd,
Gerichtsschreiber Moser.

Parteien
X._____ und Y._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt
Pierre-Henri Gapany,

gegen

Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Freiburg, Route d'Englisberg 9/11, 1763 Granges-Paccot.

Gegenstand
Verweigerung des Aufenthaltes und Wegweisung,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, I. Verwaltungsgerichtshof, vom 3. April 2008.

Sachverhalt:

A.
Der aus Serbien stammende X._____, geb. 18. Juli 1980, heiratete im Februar 2004 die in der Schweiz niedergelassene mazedonische Staatsangehörige Y._____ (geb. 1982), worauf ihm die Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Ehegattennachzugs erteilt wurde. Das Ehepaar hat einen am 5. September 2005 geborenen Sohn und die Ehefrau erwartete auf Mitte 2008 ein weiteres Kind.

Am 29. November 2005 wurde X._____ in Deutschland zusammen mit zwei Komplizen wegen des Verdachts auf Drogenhandel verhaftet. Mit rechtskräftigem Urteil vom 10. Mai 2006 sprach ihn das Amtsgericht Lörrach schuldig der "Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge" und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten. Nach Verbüssung dieser Strafe kehrte X._____ am 31. Januar 2007 in die Schweiz zurück.

B.
Mit Verfügung vom 8. Oktober 2007 wies das Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Freiburg das Gesuch von X._____ um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung ab und wies ihn an, das Kantonsgebiet innert 30 Tagen zu verlassen. Zur Begründung führte es an, die ursprüngliche Aufenthaltsbewilligung sei wegen Auslandaufenthalts von mehr als sechs Monaten erloschen und die Erteilung einer neuen Bewilligung komme mit Blick auf die Verurteilung wegen Drogendelikten nicht in Frage.

Mit Urteil vom 3. April 2008 wies das Kantonsgericht Freiburg, I. Verwaltungsgerichtshof, eine von X._____

und Y._____ hiegegen gerichtete Beschwerde ab.

C.
Mit Eingabe vom 15. Mai 2008 erheben X._____ und Y._____ beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit den Anträgen, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und X._____ die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, eventualiter die Angelegenheit an die Vorinstanz oder an das kantonale Amt für Bevölkerung und Migration zurückzuweisen mit der Auflage, X._____ eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.
Das Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Freiburg beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Kantonsgericht Freiburg und das Bundesamt für Migration schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

D.
Dem von den Beschwerdeführern gestellten Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde mit Verfügung des Abteilungspräsidenten vom 23. Mai 2008 entsprochen.

Erwägungen:

1.
1.1 Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG schliesst die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide über ausländerrechtliche Bewilligungen aus, auf deren Erteilung weder nach dem Bundes- noch dem Völkerrecht ein Rechtsanspruch besteht.
1.1.1 Das streitige Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wurde vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) am 1. Januar 2008 eingereicht und beurteilt sich daher noch nach dem inzwischen aufgehobenen Bundesgesetz vom 26. Mai 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) und seinen Ausführungserlassen (Art. 126 Abs. 1 AuG).
1.1.2 Gemäss Art. 4 ANAG entscheidet die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Es besteht damit grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung, es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich auf eine Sondernorm des Bundesrechts (einschliesslich Bundesverfassungsrecht) oder eines Staatsvertrages berufen (vgl. BGE 133 I 185 E. 2.3 S. 189; 130 II 281 E. 2 S. 284; 128 II 145 E. 1.1.1 S. 148, mit Hinweisen).
1.1.3 Gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 1 ANAG (in der Fassung vom 23. März 1990) hat der ausländische Ehegatte eines niedergelassenen Ausländers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen.

Die Beschwerdeführerin besitzt die Niederlassungsbewilligung. Damit steht ihrem Ehemann, dem Beschwerdeführer, gestützt auf die erwähnte Bestimmung im Grundsatz ein Anspruch auf Nachzug zu seiner Ehefrau zu, mit welchem gerade bezweckt wird, die rechtlichen Voraussetzungen für ein eheliches Zusammenleben in der Schweiz zu schaffen. Ein analoger Anspruch besteht zudem aufgrund des in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV garantierten Rechts auf Achtung des Familienlebens, wenn - wie vorliegend - nahe Angehörige über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht (insbesondere die Niederlassungsbewilligung) in der Schweiz verfügen und die familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.; 129 II 193 E. 5.3.1 S. 211, je mit Hinweisen). Keine weitergehenden Ansprüche vermag demgegenüber das von den Beschwerdeführern ebenfalls angerufene Recht auf Ehe und Familie gemäss Art. 14 BV zu verschaffen.
1.1.4 Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich damit als zulässig (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG). Die Frage, ob die Bewilligung verweigert werden durfte, weil ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung vorliegt und damit der von Art. 17 Abs. 2 ANAG vorgesehene Ausnahmetatbestand gegeben ist, betrifft nicht das Eintreten, sondern bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (vgl. BGE 126 II 265 E. 1b S. 266 mit Hinweisen).

1.2 Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an

die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

Eine qualifizierte Rügepflicht gilt u.a. hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten. Das Bundesgericht prüft solche Rügen nur, wenn sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden sind (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254; 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

1.3 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt bzw. vom Bundesgericht von Amtes wegen berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG). Eine entsprechende Rüge, welche rechtsgenüglich substantiiert vorzubringen ist (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.), setzt zudem voraus, dass die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

2.
2.1 Ein gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG bestehender Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erlischt, wenn der Anspruchsberechtigte gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat (Satz 4). Die betreffenden Voraussetzungen sind weniger streng als im Fall des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers, in welchem ein Ausweisungsgrund im Sinne von Art. 10 ANAG vorliegen müsste (zur analogen Situation bei Ehegatten von Staatsangehörigen eines Vertragsstaates des Freizügigkeitsabkommens [SR 0.142.112. 681]: BGE 130 II 176 E. 3.3.2 S. 181 f.). Die Verweigerung der Bewilligung muss jedoch verhältnismässig sein. Weil aber bereits geringere öffentliche Interessen für ein Erlöschen des Anspruches genügen, sind auch die privaten Interessen des betroffenen Ausländers weniger stark zu werten als bei einer Ausweisung (vgl. BGE 120 Ib 129 E. 4 S. 130 f.; 122 II 385 E. 3a S. 390).

Eine vergleichbare Interessenabwägung setzt im Übrigen gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK auch ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens voraus (BGE 122 II 1 E. 2 S. 5 f. mit Hinweisen). Unter diesem Gesichtswinkel ist namentlich zu fragen, ob den nahen Familienangehörigen zugemutet werden kann, dem Ausländer, der keine Bewilligung erhält, ins Ausland zu folgen. Die Zumutbarkeit der Ausreise für nahe Familienangehörigen ist umso eher zu bejahen, als sein Verhalten seinen Aufenthalt in der Schweiz als unerwünscht erscheinen lässt. Eine allfällige Unzumutbarkeit der Ausreise ist mitabzuwägen, führt aber nicht für sich allein zur Unzulässigkeit einer Bewilligungsverweigerung (BGE 120 Ib 129 E. 4b S. 131).

2.2 Dass der Beschwerdeführer durch das begangene Drogendelikt, weswegen er in Deutschland zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt wurde, im Sinne von Art. 17 Abs. 2 Satz 4 ANAG gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat, steht ausser Frage. Auch strafrechtliche Verurteilungen im Ausland können die Anwesenheitsansprüche aus Art. 7 und 17 ANAG zum Erlöschen bringen (vgl. etwa die Urteile 2A.57/2000 vom 17. April 2000, E. 3; 2A.127/1994 vom 17. Oktober 1995, E. 3a; 2A.315/2005 vom 18. Oktober 2005, E. 3.2.1; ferner: BGE 134 II 25 E. 4.3.1 S. 29). Der Beschwerdeführer war als Gehilfe an einem Drogenhandel beteiligt, bei welchem er einen der Haupttäter beim Transport von Kokain im Umfang von 982 g Nettogewicht mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 756 g Kokainhydrochlorid per Auto von der Schweiz nach Deutschland mit seinem eigenen Fahrzeug begleitete und anschliessend bei der Übergabe das seitens eines verdeckten Ermittlers dafür angebotene Geld auf seine Echtheit hin überprüfte. Laut Strafurteil waren dem Beschwerdeführer das Versteck im Wagen des Haupttäters, mit welchem er während der Fahrt telefonisch in Kontakt blieb, der genaue Kaufpreis sowie die Zeit- und Übergabemodalitäten
bekannt gewesen. Zwar habe er das Kokain selber nie in Besitz gehabt; er habe indessen die Verpackung für den Transport zur Verfügung gestellt. Auch habe er für seine Tätigkeit ein Entgelt in noch nicht bestimmter Höhe erwartet und damit aus finanziellem Eigeninteresse gehandelt. Er sei am Kerngeschäft des Handeltreibens unmittelbar beteiligt gewesen. Zu seinen Gunsten wurde gewertet, dass er erst am Tag der Tat Kenntnis

vom Drogengeschäft erhalten habe und zudem mit seinem Tatbeitrag, zu welchem er sich spontan entschlossen habe, dem mit ihm befreundeten Haupttäter einen Gefallen habe erweisen wollen, ohne die Tat als eigene zu wollen.

2.3 Dass der Beschwerdeführer für die begangenen Delikte in der Schweiz möglicherweise milder bestraft worden wäre, ändert nichts. Bei den in Frage stehenden Verfehlungen handelt es sich - beurteilt nach der schweizerischen Rechtsordnung - um Zuwiderhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 BetmG [SR 812.121]), welche als schwerer Fall und damit als Verbrechen zu qualifizieren wären und jedenfalls vom Strafrahmen her durchaus ein Strafmass in ähnlicher Höhe zuliessen. Hinzu kommt, dass die Handlungen, derentwegen der Beschwerdeführer in Deutschland verurteilt wurde, auch hier strafbar gewesen wären, da der Transport der Drogen von der Schweiz aus erfolgte. Zu Unrecht gehen die Beschwerdeführer im Übrigen davon aus, der Ausnahmetatbestand von Art. 17 Abs. 2 Satz 4 ANAG sei nicht anwendbar, wenn eine Freiheitsstrafe von weniger als zwei Jahren verhängt worden wäre. Die sog. "Zweijahresregel", wonach die Grenze, von der an einem Ausländer, der erstmals um eine Bewilligung ersucht oder nach bloss kurzer, ordnungsgemässer Aufenthaltsdauer die Erneuerung beantragt, in der Regel selbst dann keine Bewilligung mehr erteilt wird, wenn dem Ehepartner die Ausreise un- oder nur schwer zumutbar ist, bei einer Freiheitsstrafe von zwei
Jahren liegt, ist zugeschnitten auf den Fall eines mit einer Schweizerin verheirateten Ausländers. Zudem handelt es sich dabei um einen blossen Richtwert, welcher im Einzelfall über- oder unterschritten werden kann (vgl. BGE 130 II 176 E. 4.1 S. 185 mit Hinweisen). Entscheidend kommt es im vorliegenden Fall auf die sich gegenüberstehenden Interessen an (E. 2.4). Wie die "Zweijahresregel" unter der Herrschaft des revidierten allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches zu handhaben sein wird, bedarf vorliegend keiner weiteren Erörterung.

Unabhängig von der ausgefällten Strafe ist angesichts der in Frage stehenden Drogenmenge, an deren Handel der Beschwerdeführer beteiligt war, in fremdenpolizeilicher Hinsicht von einem schwerwiegenden Verschulden auszugehen. Das Bundesgericht verfolgt im Zusammenhang mit solchen Straftaten im Hinblick auf den Kampf gegen den Drogenhandel sowie auf die mit diesen Delikten zusammenhängende Gefährdung der Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte eine strenge Praxis (vgl. BGE 125 II 521 E. 4a/aa S. 526 f.). Entsprechend gewichtig erscheint das öffentliche Interesse daran, dem Beschwerdeführer den weiteren Aufenthalt in der Schweiz zu versagen.

2.4 Den öffentlichen Interessen sind im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung die privaten Interessen des Beschwerdeführers und seiner Angehörigen an einem Verbleib in der Schweiz gegenüberzustellen. Für den Beschwerdeführer selber, welcher sich, unter Berücksichtigung der Zeit des Strafvollzugs im Ausland, nur über sehr kurze Zeit in der Schweiz aufgehalten hat und hier - über den familiären Bereich hinaus - kaum integriert ist, erscheint die Rückkehr ins Heimatland, in welchem er bis im Jahre 2004 lebte, ohne weiteres zumutbar. Daran ändert auch nichts, dass gegen ihn keine weiteren Vorstrafen vorliegen und ihm für den Fall seiner weiteren Anwesenheit eine Arbeitsstelle zugesichert wurde. Die aus dem gleichen Kulturkreis stammende Ehefrau des Beschwerdeführers weilt seit 1999 in der Schweiz. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es auch ihr grundsätzlich zumutbar ist, ihrem Ehemann in dessen Heimatland zu folgen, um die seit knapp fünf Jahren bestehende Ehe leben zu können, auch wenn sie (als Mazedonierin) nicht aus dem gleichen Teil des ehemaligen Jugoslawiens stammt. Die 2005 und 2008 geborenen Kinder der Beschwerdeführer befinden sich noch im Kleinkindalter, in welchem gemeinhin noch keine Kontakte über das
Elternhaus hinaus bestehen, weshalb auch insofern keine unüberwindbaren Hindernisse für eine Übersiedelung vorliegen. Da der Beschwerdeführer - entgegen dem im angefochtenen Entscheid in diesem Zusammenhang irrtümlich Ausgeführten (S. 8 unten) - nicht ausgewiesen wurde, kann er seine Familie, sollte die Beschwerdeführerin sich zum Verbleiben in der Schweiz entschliessen, im Rahmen von Kurzaufenthalten weiterhin besuchen.

2.5 Damit hält die im angefochtenen Urteil vorgenommene Interessenabwägung bundesgerichtlicher Prüfung stand. Die Bewilligungsverweigerung erweist sich als verhältnismässig und mithin bundesrechts- und konventionskonform.

3.
Nach dem Gesagten ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als unbegründet abzuweisen.

Entsprechend dem Ausgang sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 66 BGG). Parteientschädigungen sind weder für das Verfahren vor Bundesgericht noch vor Kantonsgericht geschuldet (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'500.– werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, dem Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Freiburg, dem Kantonsgericht Freiburg, I. Verwaltungsgerichtshof, und dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 14. Januar 2009
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber:

Merkli Moser