Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.65/2006 /vje

Urteil vom 23. Juni 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler,
Wurzburger, Müller,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
X._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kurt Pfau,

gegen

Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld,
Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau, Frauenfelderstrasse 16, 8570 Weinfelden.

Gegenstand
Aufenthaltsregelung (Familiennachzug),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau
vom 30. November 2005.

Sachverhalt:
A.
Der am 16. Mai 1978 geborene X._____, Staatsangehöriger von Sierra Leone, stellte am 17. Februar 2000 ein Asylgesuch in der Schweiz. Mit Entscheid des Bundesamts für Flüchtlinge (heute: Bundesamt für Migration) vom 21. Februar 2000 wurde ihm die Einreise in die Schweiz verweigert; dieser das Asylverfahren vorerst abschliessende Entscheid wurde rechtskräftig, nachdem die Schweizerische Asylrekurskommission am 17. März 2000 auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht eintrat. Aufgrund der Verhältnisse in Sierra Leone konnte X._____ zunächst jedoch nicht ausgeschafft werden. Nachdem die Ausschaffung auf den 27. September 2002 angesetzt worden war, verschwand er aus der Asylunterkunft. Am 9. Dezember 2002 heiratete X._____ die Schweizerin Y._____. Diese stellte am 17./19. Dezember 2002 zuhanden des Ausländeramts des Kantons Thurgau ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an ihren Ehemann im Rahmen des Familiennachzugs.

Mit Urteil vom 14. Februar 2001 sprach der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich X._____ der Hinderung einer Amtshandlung sowie der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig und bestrafte ihn mit drei Monaten Gefängnis bei bedingtem Vollzug sowie einer Busse von Fr. 400.–. Am 3. Juni 2004 verurteile die bezirksgerichtliche Kommission Münchwilen X._____ wegen mehrfacher Hehlerei, mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer zu einer bedingten Gefängnisstrafe von vier Monaten und einer Busse von Fr. 300.–. Gleichzeitig wurde die frühere dreimonatige Gefängnisstrafe für vollziehbar erklärt.
B.
Am 8. September 2004 lehnte das Ausländeramt des Kantons Thurgau das Gesuch um Aufenthaltsbewilligung vom 17./19. Dezember 2002 ab und wies X._____ aus dem Kanton Thurgau weg. Mit Entscheid vom 20.

April 2005 wies das Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau einen dagegen erhobenen Rekurs ab. Dagegen führte X._____ Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau, das die Beschwerde mit Urteil vom 19. Oktober und 30. November 2005 ebenfalls abwies.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 1. Februar 2006 an das Bundesgericht beantragt X._____, das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und ihm die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen; eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen.

Das Departement für Justiz und Sicherheit und das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau sowie das Bundesamt für Migration schliessen auf Abweisung der Beschwerde.
D.
Mit verfahrensleitender Verfügung vom 17. Februar 2006 entsprach der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts einem Verfahrensantrag von X._____ und erteilte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung kann nur dann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden, wenn der Ausländer gestützt auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags einen Anspruch auf die Bewilligung besitzt (Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 e contrario OG; vgl. Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAG; SR 142.20; BGE 130 II 281 E. 2.1 S. 284, mit Hinweis).
1.2 Der Beschwerdeführer ist mit einer Schweizer Bürgerin verheiratet. Damit hat er gemäss Art. 7 Abs. 1 erster Satz ANAG grundsätzlich Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Ein analoger Anspruch ergibt sich überdies aus dem in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV garantierten Schutz des Familienlebens, wenn die Beziehung zum Ehegatten tatsächlich gelebt wird (BGE 129 II 193 E. 5.3.1. S. 211, mit Hinweisen). Ob der Anspruch allenfalls erloschen ist, insbesondere weil ein Ausweisungsgrund vorliegt, ist eine Frage der materiellen Beurteilung und nicht der Zulässigkeit des Rechtsmittels (BGE 128 II 145 E. 1.1.5 S. 149 f., mit Hinweisen). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als zulässig.
1.3 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 104 lit. a und b OG). Hat - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt, ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid gebunden (Art. 105 Abs. 2 OG).
1.4 Das Bundesgericht wendet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesrecht von Amtes wegen an; es ist gemäss Art. 114 Abs. 1 OG an die von den Parteien vorgebrachten Begründungen nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (BGE 128 II 145 E. 1.2.2 S. 150 f.; 127 II 264 E. 1b S. 268 mit Hinweisen).
2.
2.1 Der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers hat Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Art. 7 Abs. 1 erster Satz ANAG). Dieser Anspruch kann jedoch aus verschiedenen Gründen dahinfallen. Ob es sich im vorliegenden Fall um eine Scheinehe gemäss Art. 7 Abs. 2 ANAG handle, bildet nicht mehr Grundlage der Bewilligungsverweigerung, nachdem das Verwaltungsgericht entschieden hat, es gebe keine genügenden Indizien für eine solche Ausländerrechtsehe. Der angefochtene Entscheid beruht hingegen auf Art. 7 Abs. 1 dritter Satz ANAG, wonach der Bewilligungsanspruch erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt. Der Ausländer kann in diesem Sinne aus der Schweiz oder aus einem Kanton unter anderem ausgewiesen werden, ẅenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde (Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG). Die Ausweisung soll aber nur verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen ängemessen, d.h. verhältnismässig (BGE 116 Ib 353 E. 2 S. 356 f.), erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 der
Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Aus-

länder, ANAV; SR 142.201). Erscheint die Ausweisung nicht als verhältnismässig, kann sie angedroht werden (Art. 16 Abs. 3 zweiter und dritter Satz ANAV).
Ob die Ausweisung im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 ANAV angemessen, das heisst verhältnismässig ist, bildet eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde frei überprüfen kann (Art. 104 lit. a OG). Dem Bundesgericht ist es jedoch verwehrt, sein eigenes Ermessen - im Sinne einer Überprüfung der Zweckmässigkeit (Opportunität) - an Stelle desjenigen der zuständigen kantonalen Behörde zu setzen (BGE 125 II 105 E. 2a S. 107, mit Hinweisen).
2.2 Wird nicht eine Ausweisung angeordnet, sondern, wie hier, von den kantonalen Behörden die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigert, so ist ebenfalls eine Verhältnismässigkeitsprüfung nach den Kriterien von Art. 11 Abs. 3 ANAG in Verbindung mit Art. 16 Abs. 3 ANAV vorzunehmen. Zu beachten ist dabei, wie das Verwaltungsgericht grundsätzlich zu Recht erwogen hat, dass die Bewilligungsverweigerung eine etwas weniger eingreifende Massnahme darstellt als die Ausweisung, wird doch der betroffenen ausländischen Person nur im letzteren Fall das Betreten der Schweiz vollständig untersagt (Art. 11 Abs. 4 ANAG).
2.3 Gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff in das Rechtsgut des Familienlebens statthaft, falls er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutze der Gesundheit und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig erscheint. Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK wird - wie bei Art. 11 Abs. 3 ANAG - abgestellt auf die Schwere des begangenen Delikts, auf den seit der Tat vergangenen Zeitraum, auf das Verhalten des Ausländers während dieser Periode, auf die Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen sowie auf deren familiäre Situation. Die Behörde hat zudem zu berücksichtigen: die Dauer der ehelichen Beziehung und weitere Gesichtspunkte, welche Rückschlüsse auf deren Intensität zulassen (Geburt und Alter allfälliger Kinder; Kenntnis der Tatsache, dass die Beziehung wegen der Straftat unter Umständen nicht im entsprechenden Land gelebt werden könnte usw.), sowie die Nachteile, welche dem Ehepartner erwachsen würden, müsste er dem Betroffenen in dessen Heimatstaat
nachfolgen (Urteil 2A.549/2002 vom 12. Februar 2003 E. 2 mit Hinweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 2. August 2001 i.S. Boultif gegen die Schweiz, publ. in: VPB 65/2001 Nr. 138 S. 1392 Rz. 48 S. 1398 f.; Urteil des Bundesgerichts 2A.308/2004 vom 4. Oktober 2004, E. 2).
2.4 Der Verweis des Beschwerdeführers auf BGE 122 II 433 geht insoweit fehl, als es damals im Unterschied zum vorliegenden Fall um einen Ausländer der zweiten Generation ging, der also in der Schweiz geboren und aufgewachsen war. Dennoch bildet auch hier die vom Strafrichter verhängte Strafe Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung (BGE 129 II 215 E. 3.1 S. 216; 120 Ib 6 E. 4b S. 14). Bei einem mit einem Schweizer Bürger verheirateten Ausländer, der erstmals oder nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer deren Erneuerung beantragt, hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass die Grenze, von der an in der Regel selbst dann keine Bewilligung mehr erteilt wird, wenn dem Ehepartner die Ausreise unzumutbar oder nur schwer zumutbar erscheint, bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren liegt. Dabei handelt es sich allerdings bloss um einen Richtwert und keine feste Grenze, die zu über- oder unterschreiten im Einzelfall nicht zulässig wäre. Entscheidend sind in jedem Fall die einander gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen (BGE 120 Ib 6 E. 4b S. 14). Diese können unter Umständen die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung auch rechtfertigen,
wenn gegenüber einem Ausländer eine bedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen worden ist (vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 2A.308/2004 vom 4. Oktober 2004, E. 3.1, wo eine bedingte Freiheitsstrafe von 18 Monaten ausgefällt worden war).
3.
3.1 Aufgrund der gegenüber dem Beschwerdeführer ergangenen strafrechtlichen Verurteilungen ist der Ausweisungsgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG erfüllt. Im Strafurteil vom 14. Februar 2001 wurde sein Verschulden als keineswegs leichtbeschrieben. Zum Urteil vom 3. Juni 2004 findet sich in den Akten nur das Dispositiv; wahrscheinlich wurde gar keine schriftliche Begründung erstellt. Ins Gewicht fallen, auch in ausländerrechtlicher Hinsicht, vorrangig die Betäubungsmitteldelikte (BGE 125 II 251 E. 4a S. 526 f.; 122 II 433 E. 2 und 3 S. 436 ff.; Urteil des Bundesgerichts 2A.308/2004 vom 4. Oktober 2004, E. 3.3). Dazu ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer insbesondere mit insgesamt 4,9 g Kokain gehandelt und selbst Marihuana und Kokain konsumiert hat. Einerseits handelt es sich insbesondere beim Betäubungsmittelhandel nicht um leichte Delikte. Der Beschwerdeführer war auch wiederholt straffällig und ist, nach erstmaliger Verurteilung,

noch während der Probezeit rückfällig geworden. Dies belegt ein nicht unerhebliches Verschulden und weist auf eine vom Beschwerdeführer weiterhin ausgehende Gefahr für die öffentliche Ordnung hin. Andererseits spricht das mit den beiden Urteilen insgesamt ausgesprochene Strafmass von
insgesamt sieben Monaten Freiheitsentzug nicht für ein besonders schweres Verschulden. Diese Dauer liegt denn auch deutlich unter der bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 1 dritter Satz ANAG zu beachtenden Richtlinie von zwei Jahren Freiheitsstrafe. Zu berücksichtigen ist überdies, dass der Beschwerdeführer selbst Betäubungsmittel konsumierte.
3.2 Der Beschwerdeführer ist im Alter von 22 Jahren in die Schweiz eingereist und hält sich nunmehr seit rund sechs Jahren hier auf. Bereits beim Eheschluss musste den Eheleuten grundsätzlich klar gewesen sein, dass der Beschwerdeführer über keine Anwesenheitsberechtigung in der Schweiz verfügte und es daher unsicher war, dass die Ehe hier gelebt werden konnte. Aufgrund seiner wiederholten Straffälligkeit kann sodann nicht von einer geglückten Integration ausgegangen werden. Immerhin beherrscht er inzwischen die deutsche Sprache, wie das Verwaltungsgericht ausdrücklich festgehalten hat. Unklar ist, ob sich der Beschwerdeführer seit der letzten bekannten Verurteilung tatsächlich wohl verhalten hat, wie er behauptet, und ob seine Ehe überhaupt noch gelebt wird.

Schliesslich wäre dem Beschwerdeführer selbst eine Rückkehr in seine Heimat ohne weiteres zumutbar. Hingegen kann von seiner schweizerischen Ehefrau nicht ernsthaft erwartet werden, ihm nach Sierra Leone zu folgen. Nicht nur unterscheiden sich die dortigen Lebensverhältnisse erheblich von den hiesigen, sondern auch die politische Lage in Sierra Leone ist noch immer sehr angespannt. Hinzu kommt, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers zwei minderjährige Kinder aus früherer Ehe hat. Zu Recht ist das Verwaltungsgericht daher davon ausgegangen, der Ehefrau sei die Ausreise in die Heimat des Beschwerdeführers unzumutbar. Nicht gefolgt werden kann jedoch der Auffassung des Verwaltungsgerichts, die Ehepartner hätten es in der Hand, die Ehe auf Distanz zu leben. Nicht nur handelt es sich um eine sehr grosse Distanz, sondern die Eheleute könnten eine solche Situation wohl auch finanziell nicht verkraften.
3.3 Insgesamt ergibt sich, dass das festgestellte Fehlverhalten des Beschwerdeführers angesichts der bekannten privaten Verhältnisse trotz erheblicher Sicherheitsbedenken zu wenig schwer wiegt, um die Aufenthaltsbewilligung zu verweigern. Das heisst indessen noch nicht, dass die Bewilligung auch erteilt werden muss. Die Vorinstanzen haben nämlich die privaten Verhältnisse zu wenig umfassend abgeklärt, als dass die vorliegenden Sachverhaltsfeststellungen die erforderliche gesamthafte Abwägung der entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen erlauben würden. Diese Feststellungen sind daher zu ergänzen, wobei insbesondere abzuklären sein wird, ob die Ehe (noch) gelebt wird und wie sich der Beschwerdeführer seit den letzten Erhebungen verhalten hat. In Anwendung von Art. 114 Abs. 2 OG rechtfertigt es sich, die Sache dafür an das Ausländeramt des Kantons Thurgau zurückzuweisen. Dieses wird gestützt auf die vorliegenden Erwägungen und die neu gewonnenen Erkenntnisse nochmals über die strittige Bewilligung zu entscheiden haben. Sollte es zum Schluss gelangen, dass die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind, hat es eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen; gleichzeitig wäre der Beschwerdeführer (etwa im Sinne einer förmlichen
fremdenpolizeilichen Verwarnung) darauf hinzuweisen, dass die Bewilligung bei erneutem Fehlverhalten nicht verlängert oder die Ergreifung sonstiger ausländerrechtlicher Massnahmen geprüft würde.

Das Verwaltungsgericht seinerseits wird über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens sowie des Rekursverfahrens vor dem Departement neu zu entscheiden haben. Dabei wird davon auszugehen sein, dass dem Beschwerdeführer auch im Rekursverfahren vor dem Departement die unentgeltliche Verbeiständung zu bewilligen war. Die Sach- und Rechtsfragen stellten sich vor allen Instanzen ähnlich komplex dar. Es erscheint daher in der Tat widersprüchlich, wie der Beschwerdeführer geltend macht, die unentgeltliche Verbeiständung vor dem Verwaltungsgericht zu bewilligen, vor dem Departement aber mit der Begründung zu verweigern, die Sach- und Rechtslage sei dort (im Unterschied zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren) einfach gewesen.
4.
4.1 Demnach ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen, und der angefochtene Entscheid muss aufgehoben werden. Die Sache geht zurück an das Ausländeramt des Kantons Thurgau zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen. Zugleich wird das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau über die Kosten und Entschädigungen für das verwaltungsgerichtliche Verfahren sowie für das Rekursverfahren vor dem Departement

neu zu befinden haben.
4.2 Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 1 und 2 OG). Hingegen hat der Kanton Thurgau den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 159 OG). Damit kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung als gegenstandslos abgeschrieben werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
1.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 19. Oktober/30. November 2005 wird aufgehoben.
1.2 Die Sache wird an das Ausländeramt des Kantons Thurgau zurückgewiesen zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen.
1.3 Die Kosten und Entschädigungen für das verwaltungsgerichtliche Verfahren sowie für das Rekursverfahren vor dem Departement für Justiz und Sicherheit sind durch das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau neu zu verlegen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Der Kanton Thurgau hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
4.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
5.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Departement für Justiz und Sicherheit und dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 23. Juni 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: