Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.54/2007 /leb

Urteil vom 24. April 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Wyssmann.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch
Schoch, Auer & Partner, Rechtsanwälte,

gegen

Justiz- und Polizeidepartement des Kantons
St. Gallen, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,
Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, Spisergasse 41, 9001 St. Gallen.

Gegenstand
Nichtverlängerung der Jahresaufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen
vom 30. November 2006.

Sachverhalt:
A.
Der nigerianische Staatsangehörige A._____, geboren 1971, heiratete am 3. März 2001 in Nigeria die Schweizerin B._____, geboren ****. Diese war in X._____ wohnhaft. Am 30. Juni 2001 reiste er zu seiner Ehefrau in die Schweiz ein und erhielt in der Folge die Aufenthaltsbewilligung. Am 2. Juni 2002 wurde der gemeinsame Sohn C._____ geboren. Am 10. Februar 2003 trennten sich die Eheleute, und am 4. April 2006 wurde die Ehe geschieden. Der Sohn wurde unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt und dem Vater ein Besuchsrecht eingeräumt.

Mit Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 3. November 2003 wurde A._____ des Vergehens gegen Art. 19 Ziff. 1 des Betäubungsmittelgesetzes, der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes gemäss Art. 19a sowie der groben Verletzung von Verkehrsregeln schuldig gesprochen und zu einer bedingten Gefängnisstrafe von sechs Monaten und zu einer Busse von Fr. 300.– verurteilt.
B.
Mit Verfügung vom 22. November 2005 wies das Ausländeramt des Kantons St. Gallen das von A._____ gestellte Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab, im Wesentlichen mit der Begründung, der Gesuchsteller berufe sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf seine damals formell noch bestehende Ehe. Aus der Beziehung zu seinem Sohn könne er keinen Aufenthaltsanspruch ableiten, weil es am Erfordernis des tadellosen Verhaltens fehle. Dagegen gelangte A._____ erfolglos an das Justiz- und Polizeidepartement und danach an das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen.
C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 22. Januar 2007 beantragt A._____ dem Bundesgericht, den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 30. November 2006 aufzuheben und ihm die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern. Er ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen, das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen sowie das Bundesamt für Migration beantragen die Abweisung der Beschwerde.
Mit Verfügung vom 5. Februar 2007 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Der angefochtene Entscheid ist am 30. November 2006, somit noch vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) am 1. Januar 2007, ergangen. Das Verfahren richtet sich daher - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - noch nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) vom 16. Dezember 1943 (Art. 132 Abs. 1 BGG).
1.2 Auf dem Gebiet der Fremdenpolizei ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde insbesondere ausgeschlossen gegen die Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt (Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG). Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG; SR 142.20) entscheidet die zuständige Behörde nach freiem Ermessen über die Bewilligung des Aufenthalts. Es besteht damit grundsätzlich kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen.

Nachdem seine Ehe mit einer Schweizerin inzwischen geschieden worden ist, kann der Beschwerdeführer daraus keinen Aufenthaltsanspruch mehr ableiten. Ein solcher ergibt sich im vorliegenden Fall jedoch aus Art. 8 EMRK, da die Beziehung des Beschwerdeführers zu seinem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Sohn nach den Feststellungen der Vorinstanz intakt ist und gelebt wird (BGE 122 II 1 E. 1 e; 120 lb 1 E. 1d S. 3).
1.3 Die Eingabe des Beschwerdeführers ist demnach als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen, und es ist, da auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, darauf einzutreten.
2.
2.1 Der in Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantierte Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt nicht absolut. Vielmehr ist nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und den öffentlichen Interessen an deren Verweigerung, wobei Letztere in dem Sinne überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 122 1 Il 1 E. 2 S. 6, mit Hinweisen).
2.2 Bei der im Hinblick auf die Bewilligungserteilung nach Art. 8 EMRK erforderlichen Interessenabwägung fällt das Interesse des um Bewilligung ersuchenden Ausländers namentlich dann ins Gewicht, wenn er mit der in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Person zusammenlebt. Was das Verhältnis von Eltern zu ihren Kindern betrifft, gilt dies im Falle getrennt lebender Eltern für denjenigen Elternteil, dem das Sorgerecht zusteht. Der nicht sorgeberechtigte Ausländer kann demgegenüber die familiäre Beziehung zu seinen Kindern zum Vornherein nur in einem beschränkten Rahmen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts, leben; hierzu ist nicht unabdingbar, dass er sich dauernd im gleichen Land wie die Kinder aufhält und dort über eine Anwesenheitsberechtigung verfügt. Es ist daher im Allgemeinen zulässig, dem Ausländer, der gegenüber einem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind ein Besuchsrecht hat, die Aufenthaltsbewilligung zu verweigern; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist regelmässig Genüge getan, wenn ein Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend aus- oder umzugestalten sind. Ein weitergehender Anspruch kann nach der
ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann bestehen, wenn zwischen dem Ausländer und seinem in der Schweiz ansässigen Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht, diese sich wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Land, in das der Ausländer bei Verweige-

rung der Bewilligung auszureisen hätte, praktisch nicht aufrechterhalten liesse, und das bisherige Verhalten des Ausländers zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (”tadelloses Verhalten”, ”comportement irréprochable”, ”comportamento irreprensibile”, vgl. das Urteil 2A.563/2002 vom 23. Mai 2003, E. 2.2, mit weiteren Hinweisen, in: FamPra.ch 2003 S. 633; ferner BGE 120 lb 1 E. 3 S. 4 ff., 22 E. 4 S. 24 ff.).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer lebte mit seinem Sohn von dessen Geburt an bis zur Trennung der Ehegatten, d.h. während rund acht Monaten, im gleichen Haushalt zusammen. Er verfügt gegenwärtig über ein (minimales) Besuchsrecht von einem halben Tag pro Woche, das er wahrnimmt. Gemäss dem Sozialbericht vom 17. Oktober 2005, auf den im angefochtenen Entscheid verwiesen wird, ist er bestrebt, im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten einen intensiven Kotakt zu seinem Sohn aufzubauen bzw. aufrechtzuerhalten. Die Vorinstanz hat ferner festgestellt, dass er die gerichtlich festgelegten Unterhaltsbeiträge für seinen Sohn bezahlt. Unter diesen Umständen ist das Vorliegen einer engen Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn zu bejahen.
3.2 Hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieser Beziehung hielt die Vorinstanz fest, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bedeute nicht, dass der Beschwerdeführer keine finanziellen Mittel habe, um den Kontakt zu seinem Sohn besuchsweise auszuüben. Jedenfalls stehe fest, dass er im August 2004 per Flug in die USA gereist sei. Im September 2005 sei er für ein Wochenende nach Deutschland gereist, und nach seinen eigenen Angaben habe er sich im Jahr 2005 in seinem Heimatstaat aufgehalten. Es seien ihm Visa für eine Rückkehr nach Nigeria im Zeitraum von November 2005 bis Januar 2006 und von April bis Mai 2006 ausgestellt worden. Am 27. November 2006 habe er beim Ausländeramt erneut ein Rückreisevisum beantragt, wobei er angegeben habe, er wolle vom 29. November 2006 bis 8. Januar 2007 nach Nigeria reisen, dort seinen Vater und seine fünf Geschwister besuchen und an einer Erbteilung mitwirken. Zudem sei bekannt, dass er in seinem Heimatstaat Land besitze. Unter diesen Umständen sei es jedenfalls nicht erwiesen, dass die Ausübung des Besuchsrechts in der Schweiz aus finanziellen Gründen geradezu ausgeschlossen sei. Im Übrigen bestehe auch die Möglichkeit, dass die Mutter mit dem Sohn Ferien in Nigeria verbringen könnte.

Letztere Überlegung mag wenig realistisch erscheinen, wie der Beschwerdeführer wohl zu Recht geltend macht, nachdem dessen Ehe seit einem Jahr geschieden ist und die Mutter ihrerseits kaum über genügende Mittel für solche Reisen verfügen dürfte. Im Übrigen weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass er von seinem bescheidenen in der Schweiz erzielten Einkommen tatsächlich Geld habe sparen können, um die erwähnten Reisen zu unternehmen. Angesichts des eklatanten Einkommensunterschieds zwischen der Schweiz und Nigeria dürfte es gerichtsnotorisch sein, dass es ihm kaum möglich wäre, in diesem Land ein Einkommen zu erzielen, um sich die teuren Flugreisen in die Schweiz leisten zu können. Zu den Mitteln, über die er offenbar in Nigeria verfügt, namentlich zum Landbesitz, macht er keine näheren Angaben. Unter diesen Umständen kann nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer in der Lage sein wird, die Beziehung zu seinem Sohn durch Reisen in die Schweiz aufrechtzuerhalten.
3.3 Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann jedoch dahingestellt bleiben, fehlt es doch jedenfalls am Erfordernis des tadellosen Verhaltens. Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden beim Beschwerdeführer anlässlich einer Polizeikontrolle im Januar 2003 50 Gramm Kokaingemisch sowie ein Geldbetrag von insgesamt Fr. 2’240.– sichergestellt, wovon er einen Teil von Fr. 1’970.– in derselben Tasche trug wie die Drogen. Der Beschwerdeführer bestritt gegenüber der Polizei, dass er das Kokain zum Verkauf mitgeführt habe, und behauptete, er habe es zur Aufbewahrung erhalten. Ausserdem gab er zu, seit rund einem Jahr Kokain und seit rund fünf Jahren Marihuana zu konsumieren. Das Kreisgericht St. Gallen sprach ihn mit Urteil vom 3. November 2004 vom Vorwurf des qualifizierten Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz frei, erklärte ihn aber des einfachen Vergehens gegen dieses Gesetz, der Übertretung desselben gemäss Art. 19a sowie der groben Verletzung von Verkehrsregeln für schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Gefängnisstrafe von sechs Monaten und zu einer Busse von Fr. 300.–. Damit ist dem Beschwerdeführer ein erhebliches, auch aus fremdenpolizeilicher Sicht relevantes Verschulden zur Last zu legen, auch wenn ihm
zugute gehalten wird, dass ihm blosses Aufbewahren der Drogen und kein direktes und aktives Agieren im Drogenhandel nachgewiesen werden konnte; diesen Umstand hat das Gericht bei der Strafzumessung bereits berücksichtigt. Von einem klaglosen Verhalten kann demnach klarerweise nicht gesprochen werden.
3.4 Die Voraussetzungen, unter denen einem Ausländer, der ein Besuchsrecht zu einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind hat, gestützt auf diese familiäre Beziehung ausnahmsweise eine ausländerrechtliche

Bewilligung zu dauerndem Aufenthalt erteilt werden muss, sind demzufolge nicht erfüllt. Der angefochtene Entscheid verstösst insoweit nicht gegen Bundesrecht. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag zu keinem anderen Ergebnis zu führen. Insbesondere bestehen wesentliche Unterschiede zu den von ihm angerufenen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. So hatte sich der Ausländer im Fall Berrehab gegen die Niederlande (Urteil vom 21. Juni 1988, Ziff. 29, PCourEDH Série A, vol. 138) strafrechtlich nichts zuschulden kommen lassen, worauf die Vorinstanz zu Recht hingewiesen hat; ausserdem verfügte er über ein ausgedehnteres Besuchsrecht (vier Mal pro Woche). Der Fall Boultif gegen die Schweiz (Urteil vom 2. August 2001, Ziff. 46-48, Recueil CourEDH 2001-IX S. 137) betraf die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung eines mit einer Schweizerin verheirateten Ausländers, wofür ohnehin andere Massstäbe gelten. Ob die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers im Rahmen des freien Ermessens hätte
verlängert werden müssen, hat das Bundesgericht nicht zu beurteilen.
4.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

Aufgrund des ausführlich begründeten Entscheides des Verwaltungsgerichts, welches zudem die bundesgerichtliche Rechtsprechung zutreffend wiedergab, hatte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von Anfang an keine Aussicht auf Erfolg. Dem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann daher für das bundesgerichtliche Verfahren nicht entsprochen werden (Art. 152 OG). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 153, 153a und 156 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1’500.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Justiz- und Polizeidepartement und dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 24. April 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: