

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.11 vom 17. April 2019

BS Appellationsgericht, 2019-04-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.11

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.11 du 17 avril 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.11 del 17 aprile 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses folgt aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 14. Januar 2019 sowie § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) und § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Zuständig ist gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

1.2 Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat demnach ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf seinen frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Tatbestand unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Darüber hinaus ist das Verwaltungsgericht mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift im Ausländerrecht nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2013.85 vom 16. Oktober 2013 E. 1). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. zum Ganzen VGE VD.2017.168 vom 9. Februar 2018 E. 1.2, mit Hinweisen).

2.2 Das Migrationsamt und das JSD behielten sich vor, den Widerruf der Niederlassungsbewilligung mit dem Widerrufsgrund nach Art. 63. Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG zu begründen, sollte der Rekurrent vor Abschluss des migrationsrechtlichen Verfahrens rechtskräftig zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt werden (vgl. Verfügung vom 12. April 2018, S. 2; angefochtener Entscheid, E. 5). Gemäss diesen Bestimmungen kann die Niederlassungsbewilligung widerrufen werden, wenn die ausländische Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Als längerfristig gilt dabei eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr. Unerheblich ist

dabei, ob die ausgefallte Strafe bedingt oder unbedingt zu vollziehen ist, wobei sie sich zwingend auf ein einziges Strafurteil abstützen muss (BGE 139 I 31 E. 2.1 und E. 2.2 S. 32 f., 139 I 16 E. 2.1 S. 18 f., 137 II 297 E. 2 S 299 ff. sowie 135 II 377 E. 4.2 und E. 4.5 S. 379 ff.; BGer 2C_141/2012 vom 30. Juli 2012 E. 3.1, 2C_298/2012 vom 5. April 2012 E. 2.1.1 und 2C_515/2009 vom 27. Januar 2010 E. 2.1; VGE VD.2015.203 vom 13. Mai 2016 E. 2).

3.1 Auch wenn die Widerrufsgründe im Sinne von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG sowie von Art. 63 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG gegeben sind, müssen sich die Massnahmen und damit der Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die Wegweisung im Einzelfall als verhältnismässig erweisen (Zünd/Arquint Hill, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, Rz. 8.28 und 8.31; BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19 und 135 II 377 E. 4.3 ff. S. 381 ff., je mit Hinweisen). Die Prüfung der Verhältnismässigkeit der staatlichen Anordnung (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) entspricht inhaltlich jener, welche für eine Einschränkung von verfassungsmässigen Rechten (Art. 36 Abs. 3 BV) und der konventionsrechtlichen Garantie von Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) vorzunehmen ist (BGer 2C_1186/2013 vom 9. Juli 2014 E. 4.1 und 2C_718/2013 vom 27. Februar 2014 E. 3.1, je mit Hinweisen). Soweit daher sowohl nach Art. 96 AuG wie auch nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen ist, kann diese in einem gemeinsamen Schritt vorgenommen werden (BGer 2C_141/2012 vom 30. Juli 2012 E. 3.2; VGE VD.2014.104 vom 16. Januar 2015 E. 3.1, mit Hinweisen).

3.2 Gemäss Art. 96 Abs. 1 AuG berücksichtigen die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung generell die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit des Widerrufs sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts namentlich die Dauer der bisherigen Anwesenheit, das Alter bei der Einreise in die Schweiz, die sozialen, familiären und beruflichen Beziehungen sowie die dem Betroffenen im Falle seiner Rückkehr drohenden Nachteile zu berücksichtigen (BGE 139 II 121 E. 6.5.1 S. 132, in: Pra 2014 Nr. 1, S. 1 ff, 12). Die Niederlassungsbewilligung eines Ausländers, der sich schon seit langer Zeit hier aufhält, soll zwar nur mit besonderer Zurückhaltung widerrufen werden, doch ist dies bei wiederholter bzw. schwerer Straffälligkeit selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn er hier geboren ist und sein ganzes bisheriges Leben im Land verbracht hat (BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19 f.; BGer 2C_202/2015 vom 17. Juli 2015 E. 2.2). Bei schweren Straftaten, Rückfall und wiederholter Delinquenz besteht, vorbehaltlich überwiegender privater Interessen auf Grund von familiären oder ausserfamiliären Bindungen, auch in diesen Fällen ein schutzwürdiges öffentliches Interesse daran, die Anwesenheit des Ausländers zur Aufrechterhaltung der Ordnung bzw. Verhütung von (weiteren) Straftaten zu beenden (BGE 139 I 145 E. 2.4 f. S. 149 ff. und 130 II 176 E. 4.4.2 S. 190 f.). Bei schweren Straftaten, insbesondere Gewalt-, Sexual- und schweren Betäubungsmitteldelikten, muss zum Schutz der Öffentlichkeit ausländerrechtlich selbst ein geringes Restrisiko weiterer Beeinträchtigungen wesentlicher Rechtsgüter nicht in Kauf genommen werden (BGE 139 I 31 E. 2.3.2 S. 34; BGer 2C_1186/2013 vom 9. Juli 2014 E. 4.1 und 2A.296/2002 vom 18. Juni 2002 E. 2.2.2 sowie VGE VD.2015.101 vom 8. Oktober 2015 E. 3.2.2.1, je mit Hinweisen).

3.3

3.3.1 Das JSD schloss aus dem Urteil des Strafgerichts vom 18. Mai 2017 auf ein äusserst schweres Verschulden des Rekurrenten (vgl. angefochtener Entscheid, E. 8, mit Hinweis auf Urteil des Strafgerichts vom 18. Mai 2017 E. III.2.b). Das Appellationsgericht erwog im strafrechtlichen Verfahren aber zu Recht, das Tatverschulden orientiere sich an der Bandbreite möglicher Begehungsweisen innerhalb des fraglichen Tatbestands und sei somit relativ. Unter Berücksichtigung dieses Umstands qualifizierte es das Verschulden bezüglich der mehrfachen Vergewaltigung, der mehrfachen sexuellen Nötigung und der mehrfachen einfachen Körperverletzung jeweils als mittelschwer (vgl. AGE SB.2017.112 vom 9. Juli 2018 E. 12.8 ff.). Da insbesondere Vergewaltigung gemäss Art. 190 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) und sexuelle Nötigung gemäss Art. 189 Abs. 1 StGB schwerwiegende, mit Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren bedrohte Delikte sind und der Rekurrent diverse Delikte mehrfach begangen hat, wiegt sein Verschulden gemessen an der gesamten Bandbreite möglicher Delikte allerdings trotzdem sehr schwer.

3.3.2 Gemäss den Feststellungen des Appellationsgerichts beging der Rekurrent alle Straftaten mit Ausnahme der versuchten Drohung zum Nachteil seiner Ehefrau, betrug der Deliktszeitraum rund zehn Jahre, zeigte sich der Rekurrent von polizeilichen Interventionen bzw. vorläufigen Festnahmen unbeeindruckt und ist er vollkommen einsichtslos und unfähig, sich selber in Frage zu stellen. Zudem stellte das Appellationsgericht im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der Sicherungseinziehung fest, es sei hinreichend wahrscheinlich, dass das Mobiltelefon des Rekurrenten in dessen Händen in der Zukunft das durch die Tatbestände der Drohung und der Nötigung geschützte Rechtsgut der Handlungsfreiheit seiner Ehefrau und ihrer Familie gefährden könnte (vgl. AGE SB.2017.112 vom 9. Juli 2018 E. 12.4.1, 12.6, 12.11, 12.8.2 und 12.13.2 f., 12.14.2, 14.2.1 und 14.3.1). Im Beschluss des Strafgerichts vom 18. Mai 2017 betreffend die Verlängerung der Sicherungshaft (vgl. S. 2) wurde offen gelassen, ob die Haftgründe der Fortsetzungs- und Ausführungsgefahr gegeben waren, weil bereits der Haftgrund der Fluchtgefahr vorlag. In den meisten Verfügungen des Zwangsmassnahmengerichts wurden aber Fortsetzungsgefahr und/oder bezüglich der Drohungen Ausführungsgefahr bejaht (vgl. Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 21. Juni 2016, S. 3 [Fortsetzungsgefahr]; Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 24. Mai 2016, S. 4 [Ausführungsgefahr]; Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 19. Juli 2016, S. 3 [Fortsetzungsgefahr und Ausführungsgefahr]; Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 12. Oktober 2016, S. 3 f. [Ausführungsgefahr]; Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 6. Januar 2017, S. 2 f. [Fortsetzungs- und Ausführungsgefahr]; Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 21. März 2017, S. 2 [Fortsetzungs- und Ausführungsgefahr]).

3.3.3 Aus den vorstehenden Gründen besteht eine gegenwärtige und tatsächliche Gefahr, dass der Rekurrent weitere Straftaten gegen die körperliche Integrität und die Freiheit und zumindest in einer Beziehung auch solche gegen die sexuelle Integrität begeht. Insgesamt besteht ein grosses öffentliches Interesse am Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung und seiner Wegweisung.

3.4.1 Der Rekurrent hält sich seit seiner Einreise am 1. August 2005 mittlerweile seit über 13 Jahren in der Schweiz auf. Trotz der längeren Anwesenheit in der Schweiz ist dem Rekurrenten eine Integration in die schweizerische Gesellschaft nicht gelungen. Zwar ging der Rekurrent bis zu seiner Inhaftierung einer Erwerbstätigkeit als [...] nach und bestanden

lediglich geringe Schulden mit offenen Verlustscheinen in der Höhe von CHF 703.45 (vgl. angefochtener Entscheid, E. 9; AGE SB.2017.112 vom 9. Juli 2018 E. 12.13.1). Daraus kann jedoch entgegen der Behauptung des Rekurrenten (vgl. Rekursbegründung, Rz. 21) noch keine erfolgreiche Integration abgeleitet werden. So stellte das Strafgericht in seinem Urteil vom 18. Mai 2017 fest, der Rekurrent sei der deutschen Sprache kaum mächtig und brauche im Strafverfahren für eine ordentliche Verständigung einen Dolmetscher (vgl. E. I.4 S. 14). Seine Deutschkenntnisse qualifizierte es als rudimentär (vgl. E. III.2.c S. 49). Auch im Beschluss des Strafgerichts vom 18. Mai 2017 (vgl. S. 2) wird erwähnt, dass der Rekurrent über rudimentäre Deutschkenntnisse verfüge. Das Appellationsgericht attestierte dem Rekurrenten ebenfalls bloss rudimentäre Deutschkenntnisse (AGE SB.2017.112 vom 9. Juli 2018 E. 12.13.6). Damit ist die sprachliche Integration des Rekurrenten zweifellos als ungenügend zu werten. Besonders negativ ins Gewicht fällt sodann seine schwerwiegende Straffälligkeit. Angesichts dieser muss auch die soziale Integration als misslungen bezeichnet werden. Somit ist die Integration des Rekurrenten insgesamt ungenügend.

3.4.2 Wie das JSD zutreffend erwogen hat, vermag die längere Anwesenheit des Rekurrenten in der Schweiz auch keine Unzumutbarkeit der Rückkehr nach Mazedonien zu begründen. Der Rekurrent reiste erst im Alter von 29 Jahren in die Schweiz ein. Seine gesamte Kindheit und Jugend sowie einen grossen Teil seines Erwachsenenlebens verbrachte er in Mazedonien, wohin er auch in den Jahren vor seiner Inhaftierung mehrfach reiste und wo er über ein intaktes Beziehungsnetz sowie eine Immobilie verfügt (vgl. angefochtener Entscheid, E. 10, mit Hinweis auf AGE SB.2017.112 vom 9. Juli 2018 E. 12.5.2). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Rekurrent nach wie vor mit der mazedonischen Kultur vertraut ist und eine enge Beziehung zu seiner Heimat hat. Eine Rückkehr nach Mazedonien ist ihm damit nicht unzumutbar.

3.4.3 Aus dem angeführten BGer 2C_846/2014 vom 16. Dezember 2014 kann der Rekurrent ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten (vgl. Rekursbegründung, Rz. 21). Im vom Bundesgericht beurteilten Fall kam der Ausländer bereits mit drei Jahren in die Schweiz, lebte im Zeitpunkt des Widerrufs seiner Niederlassungsbewilligung bereits rund 25 Jahre hier und wurde wegen Raubs, Nötigung, versuchten Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage und Hausfriedensbruchs zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von bloss 24 Monaten verurteilt. Der Rekurrent hingegen kam erst im Alter von fast 30 Jahren in die Schweiz, lebte im Zeitpunkt des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung erst gut 12 Jahre in der Schweiz und wurde wegen mehrfacher Vergewaltigung, mehrfacher sexueller Nötigung, mehrfacher Nötigung, mehrfacher Drohung, versuchter Drohung, mehrfacher einfacher Körperverletzung und mehrfachen Tötlichkeiten zu einer Freiheitsstrafe von fünfeinhalb Jahren und einer Busse von CHF 1'500.─ verurteilt. Die Situation des Ausländers in BGer 2C_846/2014 unterscheidet sich damit wesentlich von derjenigen des Rekurrenten (vgl. E. 3.4.1 und 3.4.2).

3.4.4 Schliesslich beruft sich der Rekurrent zur Begründung seines Interesses an einem Verbleib in der Schweiz auf das Wohl seiner Kinder (vgl. Rekursbegründung, Rz. 23 ff.).

3.4.4.1 Besteht zwischen einer ausländischen Person und einem Familienangehörigen eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung, hat dieser in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht und ist es diesem nicht möglich und von vornherein ohne Weiteres zumutbar, das Familienleben mit der ausländischen Person im Ausland zu führen, so kann es das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und in Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Recht auf

Achtung des Familienlebens verletzen, der ausländischen Person den Aufenthalt in der Schweiz zu untersagen (VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.1, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.1; vgl. BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46, 137 I 247 E. 4.1.2 S. 249 f., 135 I 153 E. 2.1 S. 155). Unter den genannten Voraussetzungen ergibt sich deshalb aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens ein grundsätzlicher Anspruch auf Anwesenheit und damit auf eine entsprechende ausländerrechtliche Bewilligung (VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.1, VD.2017.88 vom 27. September 2017 E. 3.3.2). Eine ausländerrechtliche Bewilligung kann jedoch verweigert bzw. widerrufen werden, wenn die in Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV statuierten Voraussetzungen einer Einschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens erfüllt sind (VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.1, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2; vgl. Malinverni, *Le droit des étrangers*, in: Thürer et al. [Hrsg.], *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 63 N 44; Rhinow/Schefer/Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Auflage, Basel 2016, Rz. 1367 ff.; BGE 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156, 135 I 143 E. 2.1 S. 147). Die Verweigerung bzw. der Widerruf muss somit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, in einem der in Art. 8 Ziff. 2 EMRK abschliessend genannten öffentlichen Interessen liegen und verhältnismässig sein (vgl. BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 46 f., 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156, 135 I 143 E. 2.1 S. 147; VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.1, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Auflage, Zürich 2016, Rz. 306a ff.; Rhinow/Schefer/ Uebersax, a.a.O., Rz. 1198 ff. und Rz. 1232 ff.). Bei der Beurteilung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, sind im Rahmen einer Interessenabwägung, die sämtlichen Umständen des Einzelfalls umfassend Rechnung trägt, die Interessen an der Erteilung bzw. am Bestand der Bewilligung und die öffentlichen Interessen an deren Verweigerung gegeneinander abzuwägen (vgl. BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 47, BGE 135 I 153 E. 2.1 S. 155 und E. 2.2.1 S. 156; VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.1, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2). Dabei sind insbesondere bei Straffälligkeit die Schwere des begangenen Delikts, der seit der Tat vergangene Zeitraum und das Verhalten der ausländischen Person während dieser Periode sowie die Auswirkungen auf die primär betroffene Person und deren familiäre Situation zu berücksichtigen (BGE 135 II 377 E. 4.3 S. 381; VGE VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 3.3, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.1, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 4.2.2). Bei der Interessenabwägung ist dem Kindeswohl als einem wesentlichen Element unter anderen Rechnung zu tragen (BGE 143 I 29 E. 5.5.1 f. S. 29 f. und E. 5.5.4 S. 31; vgl. Art. 3 Übereinkommen über die Rechte des Kindes [KRK, SR 0.107]; VGE VD.2017.62 vom 23. Februar 2018 E. 3.6, VD.2016.169 vom 23. Juli 2017 E. 2.3.2, VD.2016.113 vom 15. Februar 2017 E. 3.2.3).

3.4.4.2 Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte ausländische Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, ist es in der Regel nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil dauerhaft im selben Land wie das Kind lebt und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt. Unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV ist es grundsätzlich ausreichend, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von

Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts entsprechend auszugestalten sind (BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319; BGer 2C_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1; VGE VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.2). Wenn die regelmässige Ausübung des Besuchsrechts gegenüber einem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind, namentlich wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Heimatland des ausländischen Elternteils sowie der Reisekosten, im Rahmen von Kurzaufenthalten praktisch nicht möglich oder zumutbar ist, ergibt sich aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens zwar ein grundsätzlicher Anspruch des nicht sorgeberechtigten ausländischen Elternteils auf dauernde Anwesenheit und damit in der Regel auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung. Ein Eingriff in diesen Anspruch und damit die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung ist aber regelmässig wegen überwiegender öffentlicher Interessen nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV gerechtfertigt (VGE VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.2, VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 6.3.2). Ein Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn zwischen der ausländischen Person und deren Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht, die wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Land, in das die ausländische Person vermutlich auszureisen hätte, praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte, und sich die ausländische Person bisher in der Schweiz tadellos verhalten bzw. zu keinerlei (nennenswerten) Klagen Anlass gegeben hat (VGE VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2; vgl. BGE 142 II 35 E. 6.2 S. 47, 139 I 315 E. 2.2 S. 319; BGer 2C_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1, 2C_336/2012 vom 3. August 2012 E. 3.2; VGE VD.2016.31 vom 26. August 2016 E. 6.3.2). Bis zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) vom 21. Juni 2013, welche am 1. Juli 2014 in Kraft trat, war zwischen der rechtlichen und der faktischen Obhut unterschieden worden (VGE VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.3; Böhler, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 273 ZGB N 2). Erstere beinhaltete die Befugnis, den Aufenthaltsort sowie die Art und Weise der Unterbringung des Kindes zu bestimmen. Letztere meint das tatsächliche Zusammenleben mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft sowie die Verantwortung für die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes (VGE VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.3; Böhler, a.a.O., Art. 273 ZGB N 2). Nach dem revidierten Recht ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht Bestandteil der elterlichen Sorge (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Der Begriff der Obhut ist deshalb nur noch im Sinne der faktischen Obhut zu verstehen (VGE VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.3; Böhler, a.a.O., Art. 273 ZGB N 2; vgl. BGer 5A_985/2014 vom 25. Juni 2015 E. 3.2.1). Die ausländerrechtliche Rechtsprechung betreffend Elternteile ohne elterliche Sorge oder rechtliche Obhut gilt sinngemäss auch für Elternteile, denen es bloss an der faktischen Obhut über das Kind fehlt (VGE VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2018.176 vom 12. Dezember 2018 E. 4.1.2, VD.2017.197 vom 19. Dezember 2017 E. 4.2.2.3; vgl. BGE 143 I 21 E. 5.2 f., 5.5.4, 6.1 und 6.3.1 S. 27 f. und 31 ff.). Bei ausländischen Elternteilen eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes, die aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft über eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz verfügen, ist das

Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts kontinuierlich und reibungslos ausgeübt wird. Das formelle Ausmass des Besuchsrechts ist nur insoweit massgeblich, als dieses auch tatsächlich ausgeübt wird (BGE 139 I 315 E. 2.5 S. 321 f.; BGer 2C_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2.1; VGE VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.2, VD.2017.62 vom 23. Februar 2018 E. 3.6). Bei fehlender elterlicher Einigung ist in der deutschen Schweiz bei Kleinkindern ein Besuchsrecht von einem Tag oder zwei halben Tagen pro Monat und bei Schulkindern von zwei Wochenenden pro Monat und zwei bis drei Ferienwochen zuzüglich Regeln für die Doppelfeiertage üblich (VGE VD.2018.197 vom 19. Dezember 2018 E. 3.3.2; Michel/Schlatter, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2018, Art. 273 ZGB N 12; Schwenger/Cottier, in: Basler Kommentar, 6. Auflage 2018, Art. 273 ZGB N 15).

3.4.4.3 Der Rekurrent befindet sich seit dem 20. Mai 2016 im Freiheitsentzug (vgl. angefochtener Entscheid, Tatsachen Ziff. 5). Damit fehlt es ihm seit bald drei Jahren mindestens an der faktischen Obhut über seine Kinder. Auch nach der künftigen Entlassung aus dem Strafvollzug wäre selbst bei einem Verbleib in der Schweiz kaum vorstellbar, dass der Rekurrent die faktische Obhut über seine Kinder ausüben würde. Dies wird von ihm auch nicht behauptet. Selbst unter der Annahme, dass zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern eine tatsächlich gelebte und intakte familiäre Beziehung besteht und die regelmässige Ausübung eines Besuchsrechts bei einer Rückkehr des Rekurrenten in sein Heimatland unmöglich oder unzumutbar ist, könnten Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV dem Widerruf der Niederlassungsbewilligung und der Wegweisung folglich höchstens dann entgegenstehen, wenn zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung bestünde, die wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Heimatland des Rekurrenten praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und sich der Rekurrent bisher in der Schweiz tadellos verhalten hätte. Gemäss den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz besuchten die Kinder den Rekurrenten anfangs nicht im Gefängnis und findet erst seit dem Frühjahr 2018 alle drei Wochen ein Besuch in Begleitung der Beiständin statt (vgl. angefochtener Entscheid, E. 11). Es erscheint höchst fraglich, ob dies zumindest dem Umfang nach einem üblichen Besuchsrecht entspricht. Der Bestand einer besonders engen affektiven Beziehung zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern ist deshalb höchst zweifelhaft. Im Übrigen behauptet auch der Rekurrent bloss, es sei nicht erstellt, dass er bis zu seiner Verhaftung keine ■gute und affektive Beziehung■ zu seinen Kindern unterhalten habe (vgl. Rekursbegründung, Rz. 23). Jedenfalls fehlt es aber an einer besonders engen wirtschaftlichen Beziehung und insbesondere an einem tadellosen Verhalten des Rekurrenten. Der Rekurrent macht geltend, er sei angesichts des bald drei Jahre dauernden Freiheitsentzugs offensichtlich mittellos (vgl. Rekursbegründung, Rz. 29), und behauptet nicht, dass er während des Freiheitsentzugs Kinderunterhaltsbeiträge bezahle. Folglich ist davon auszugehen, dass eine wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern seit bald drei Jahren fehlt und zumindest bis zu seiner Entlassung weiterhin fehlen wird. Schliesslich verletzte der Rekurrent namentlich mit der sexuellen und körperlichen Integrität der Kindsmutter mehrfach besonders hochwertige Rechtsgüter. Gemäss den Feststellungen des Appellationsgerichts schuf der Rekurrent bei der Mutter seiner eigenen Kinder sukzessive ein Klima von Angst und Einschüchterung, indem er auch sonst im ehelichen Rahmen ausgeübte physische Gewalt instrumentalisierte und damit das

Opfer systematisch psychisch unter Druck setzte. Die in einem Gesamtzusammenhang zu betrachtende strukturelle häusliche Gewalt habe während des Deliktszeitraums von rund zehn Jahren Auswirkungen auf die gesamte Lebensgestaltung der Ehefrau des Rekurrenten gehabt und habe zu deren sozialen Isolation geführt. Der Rekurrent habe die psychische Integrität und bei einzelnen Vorfällen auch die physische Integrität seiner Ehefrau massiv beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung der psychischen Integrität habe zu einer lang andauernden Arbeitsunfähigkeit geführt und eine psychotherapeutische Behandlung erforderlich gemacht (vgl. AGE SB.2017.2018 vom 9. Juli 2018 E. 12.8.2 und 12.14.2). Diese massiven Beeinträchtigungen der Mutter belasteten indirekt zweifellos auch die gemeinsamen Kinder und waren deren Wohl abträglich. Damit verletzte der Rekurrent mit den Straftaten zum Nachteil seiner Ehefrau auch seine Pflichten als Vater gegenüber seinen Kindern. Selbst unter der Annahme, dass zwischen dem Rekurrenten und seinen Kindern eine besonders enge affektive Beziehung besteht, die bei einer Rückkehr des Rekurrenten in seine Heimat praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte, wäre der Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV durch überwiegende öffentliche Interessen gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV gerechtfertigt. Im Übrigen ist es Kindern im Alter von 4 und 6 Jahren zumindest mit Unterstützung eines Erwachsenen entgegen der Auffassung des Rekurrenten (vgl. Rekursbegründung, Rz. 24) sehr wohl möglich, insbesondere per Telefon oder Skype Kontakt mit einem Elternteil zu pflegen. Ein Grund, weshalb die Kinder des Rekurrenten in einem das Übliche übersteigenden Mass auf die Beziehung zu jenem und regelmässige Kontakte mit jenem angewiesen sein sollten, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass das Kindeswohl durch die Rückkehr des Rekurrenten in sein Heimatland ernsthaft gefährdet werden könnte. Damit gibt es entgegen der Auffassung des Rekurrenten (vgl. Rekursbegründung, Rz. 24) keinen Anlass, die Vereinbarkeit der Wegweisung des Rekurrenten mit dem Kindeswohl durch eine unabhängige Stelle wie beispielsweise den Kinder- und Jugenddienst abklären zu lassen.

3.5 Ist eine Massnahme begründet, aber den Umständen nicht angemessen, so kann die betroffene Person unter Androhung dieser Massnahme verwarnet werden (Art. 96 Abs. 2 AuG). Die Verwarnung ergeht im Sinn einer letzten Chance, wenn der Widerrufsgrund zwar erfüllt ist, die Interessenabwägung den Entzug der Bewilligung aber als unverhältnismässig erscheinen lässt (BGer 2C_1018/2016 vom 22. Mai 2017 E. 3.2). Wenn der Widerruf der Niederlassungsbewilligung ohne vorgängige Androhung verhältnismässig ist, ist eine solche nicht angezeigt (VGer ZH VB.2016.00039 vom 6. April 2016 E. 6; vgl. BGer 2C_656/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 2.6). Eine Verwarnung muss dem Widerruf der Niederlassungsbewilligung somit nicht zwingend vorangehen (BGer 2C_561/2017 vom 7. September 2017 E. 3.2.5, 2C_446/2014 vom 5. März 2015 E. 4.1). Die Verwarnung bietet sich zwar insbesondere bei Personen an, die schon sehr lange in der Schweiz leben oder hier geboren sind, weil bei diesen das Interesse am Erhalt der Bewilligung naturgemäss hoch ist (BGer 2C_1018/2016 vom 22. Mai 2017 E. 3.2). Das Bundesgericht erwog sogar, bei einem längeren Aufenthalt setze der Widerruf der Niederlassungsbewilligung in der Regel eine vorgängige Verwarnung voraus (BGer 2C_562/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 6.2.4). Je nach Höhe des öffentlichen Interesses kann eine Verwarnung aber auch bei Personen, die schon sehr lange in der Schweiz leben oder hier geboren sind, entfallen (BGer 2C_1018/2016 vom 22. Mai 2017 E. 3.2). Die bundesgerichtliche Praxis tendiert dahin, eine ausländerrechtliche Verwarnung zu

verlangen, wenn sich die ausländische Person schon lange in der Schweiz aufhält und keine schwere Delinquenz zur Diskussion steht (BGer 2C_169/2017 vom 6. November 2017 E. 4.5, 2C_446/2014 vom 5. März 2015 E. 4.1). Eine einzelne Verurteilung wegen einer besonders schweren Straftat kann den Widerruf der Niederlassungsbewilligung rechtfertigen, ohne dass zuvor eine Verwarnung ausgesprochen wird (BGer 2C_169/2017 vom 6. November 2017 E. 4.5, 2C_446/2014 vom 5. März 2015 E. 4.1), und eine Verwarnung ist auch bei einem längeren Aufenthalt nicht zwingend erforderlich, wenn sich die Straftat gegen grundlegende Rechtsgüter wie Leib und Leben gerichtet hat (BGer 2C_562/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 6.2.4). Aus dieser Rechtsprechung kann nicht abgeleitet werden, eine Verwarnung könne nur im Fall des Widerrufsgrunds von Art. 63 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG entbehrlich sein. Auf das Erfordernis einer Verwarnung wurde beispielsweise vielmehr auch bei einem Widerruf gestützt auf Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG (BGer 2C_1018/2016 vom 22. Mai 2017 E. 3.1, 5 und 6.6) und bei einem Widerruf gestützt auf Art. 63 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 Abs. 1 lit. a AuG (BGer 2C_15/2017 vom 19. Juni 2017 E. 2.4 f.; VGer ZH BV.2017.00762 vom 31. Januar 2018 E. 4.4 f.) verzichtet. Ein Verzicht auf eine Verwarnung muss je nach den Umständen des Einzelfalls insbesondere auch möglich sein, wenn der schwerwiegende Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinn von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG wie vorliegend in einer Verletzung besonders hochwertiger Rechtsgüter wie namentlich der körperlichen und sexuellen Integrität eines Menschen besteht. Im vorliegenden Fall ist der Widerruf der Niederlassungsbewilligung auch ohne vorgängige Verwarnung verhältnismässig. Eine Verwarnung wäre nicht geeignet, das Ziel des Schutzes der Allgemeinheit und der Ehefrau des Rekurrenten vor weiteren Straftaten genügend zu garantieren. Eine solche wäre deshalb selbst dann entbehrlich, wenn nur der Widerrufsgrund von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt wäre.

3.6 Wägt man nach dem Gesagten das öffentliche Interesse an der Wegweisung des Rekurrenten gegen dessen privates Interesse an einem Verbleib in der Schweiz ab, so überwiegt das Interesse an der Beendigung seines hiesigen Aufenthalts. Der Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die Wegweisung sind somit verhältnismässig.

E. 4

4.1 Der Rekurrent beantragt subsubeventualiter die Aufhebung des vorinstanzlichen Kostenentscheids und die unentgeltliche Rechtspflege für das Rekursverfahren vor dem JSD (Rechtsbegehren 2, Subsubeventualantrag).

4.2 Für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im verwaltungsinternen Rekursverfahren muss die ersuchende Partei gemäss § 11 des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800), konkretisiert in § 15 ff. der Verordnung zum VGG (VGV, SG 153.810), bedürftig sein und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen. Als aussichtslos gelten Prozessbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f.). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege

massgebend sind (zum Ganzen VGE VD.2018.76 vom 14. September 2018 E. 2.2.1, mit weiteren Hinweisen).

4.3 Das JSDerwog, dass die Integration des Rekurrenten aufgrund seiner strafrechtlichen Verurteilung und seiner rudimentären Deutschkenntnisse als nicht besonders erfolgreich anzusehen sei. Das öffentliche Interesse an einem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und an seiner Wegweisung würden damit klar die Interessen des Rekurrenten an einem Verbleib in der Schweiz überwiegen, weshalb das Verfahren aussichtslos sei (vgl. angefochtener Entscheid, E. 14). Dem kann gefolgt werden. Aufgrund der klaren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts wie auch des Bundesgerichts erweist sich bereits das verwaltungsinterne Rekursverfahren vor dem JSD als aussichtslos. Der vorinstanzliche Kostenentscheid ist damit nicht zu beanstanden.

E. 5

5.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist. Damit trägt der Rekurrent grundsätzlich die Verfahrenskosten (vgl. § 30 Abs. 1 VRPG).

5.2 Der Rekurrent beantragt mit dem vorliegenden Rekurs jedoch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Rekursverfahren (Rechtsbegehren 4). Der vorliegende Rekurs erweist sich aufgrund der vorstehenden Erwägungen aber ebenfalls als aussichtslos. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der angefochtene Entscheid auch ohne das erst nach dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ergangene Urteil des Bundesgerichts 6B_1090/2018 vom 17. Januar 2019 nicht zu beanstanden ist (vgl. E. 2.4.7 hiervor). Zudem ist zu beachten, dass die Rekursbegründung vom 2. Januar 2019 grösstenteils wörtlich derjenigen im verwaltungsinternen Rekursverfahren vom 5. Juli 2018 entspricht (vgl. Rekursbegründung, Rz. 5) und nur sehr wenige Auseinandersetzungen mit dem angefochtenen Entscheid enthält. Folglich ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Rekurrent dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1'200.■ (vgl. § 23 Abs. 1 des Reglements über die Gerichtsgebühren [SG 154.810]).

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