

# **SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2013/215 vom 11. November 2014**

Sg Verwaltungsgericht, 2014-11-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_B\\_2013\\_215](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2013_215)

FR: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2013/215 du 11 novembre 2014

IT: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2013/215 del 11 novembre 2014

## **Regeste**

Ausländerrecht, Art. 42, 62 lit. b und 63 Abs. 1 lit. a AuG (SR 142.20) und Art. 8 EMRK (SR 0.101). Unverhältnismässigkeit der Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung eines mit einer Schweizerin verheirateten nigerianischen Staatsangehörigen, der wegen eines Drogendelikts in Spanien eine mehrjährige Freiheitsstrafe verbüsst, sich seither ohne erneute Straffälligkeit rund fünf Jahre in der Schweiz aufhielt, hier beruflich integriert ist und mit der Partnerin und zwei Kindern mit CH-Staatsbürgerrecht zusammenlebt (Verwaltungsgericht, B 2013/215).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Der Rechtsstreit betrifft die Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung (vgl. dazu BGer 2C\_1020/2012 vom 15. Oktober 2012 E. 2.1; 2C\_235/2012 vom 13. März 2013 E. 1.1). Der Beschwerdeführer, der während der Dauer des Verfahrens in der Schweiz anwesenheitsberechtigt bleibt (vgl. Art. 59 Abs. 2 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit; SR 142.201, VZAE), ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 14. Oktober 2013 erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 5. November 2013 die gesetzlichen Anforderungen in zeitlicher, formaler und inhaltlicher Hinsicht (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 2.1**

Nach Art. 42 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 42 Abs. 3 AuG). Das Erfordernis des Zusammenwohnens nach Art. 42 AuG besteht nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiter besteht (Art. 49 AuG). Wichtige Gründe für eine Ausnahme vom Erfordernis des Zusammenwohnens können nach Art. 76 VZAE insbesondere durch berufliche Veränderungen oder durch eine vorübergehende Trennung wegen erheblicher familiärer Probleme entstehen. Für einen getrennten Wohnsitz wären auch weitere Gründe denkbar, solange der Ehewille trotzdem vorhanden ist (Spescha in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, Rz. 2 zu Art. 49 AuG).

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer wohnt mit seiner Ehefrau und den zwei gemeinsamen Töchtern A. (geb. 2004) und B. (geb. 2013), alle Schweizer Bürgerinnen, zusammen, weshalb gemäss Art. 42 Abs. 1 AuG grundsätzlich Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung besteht. Gestützt auf Art. 51 in Verbindung mit Art. 63 Abs. 1 lit. a und b AuG kann jedoch die Aufenthaltsbewilligung unter anderem dann nicht verlängert werden, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat (Art. 62 lit. a AuG). Gemäss Art. 62 Ingress und lit. b AuG kann die zuständige Behörde sodann Bewilligungen widerrufen bzw. nicht verlängern, wenn der Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Voraussetzung bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr erfüllt (BGE 135 II 377 E. 4.1, BGE 137 II 297 E. 2). Ob die Strafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde, spielt keine Rolle (vgl. BGer 2C\_453/2011 vom 28. November 2011, E. 2.2.1 mit Hinweis).

## **E. 3.1**

Ein Untersuchungsgericht in Málaga/Spanien verurteilte den Beschwerdeführer am 7. September 2006 wegen unbefugten Herstellens oder Handelns mit gesundheitsschädigenden Substanzen nach Art. 359 des spanischen Strafgesetzbuches zu einer Gefängnisstrafe von fünf Jahren und einem Tag (act. G 8/2 S. 66 und 78 f.). Im Fall einer Verurteilung, welche im Ausland ausgesprochen wurde, ist nach der Rechtsprechung für eine Berücksichtigung bei der Prüfung einer Bewilligungsverlängerung verlangt, dass es sich bei den ausländischen Delikten um Verbrechen oder Vergehen im Sinne des schweizerischen Strafrechts handelt und der Schuldspruch in einem Staat erging, in welchem die Einhaltung der rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze und Verteidigungsrechte als gewährleistet erscheint (BGer 2C\_264/2011 vom 15. November 2011, E. 3.3; BGer 2C\_427/2008 vom 23. Januar 2009, E. 3.1; BGE 134 II 25, E. 4.3.1). Diese Voraussetzungen sind vorliegend unbestritten erfüllt, weshalb vom Vorliegen eines Grundes im Sinn von Art. 63 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 lit. b AuG auszugehen ist.

## **E. 3.2**

Die Praxis anerkennt ein gewichtiges Interesse der Migrationsbehörden und der Öffentlichkeit an vollständiger Kenntnis der Sachlage, ehe es zur Erteilung eines Anwesenheitsrechts kommt. Nach Treu und Glauben ist zu verlangen, dass die Gesuchstellenden alle Tatsachen bekannt geben, die für den Entscheid von Bedeutung sein können. Für strafrechtlich relevantes Verhalten gilt dies in besonderem Masse (vgl. BGer 2C\_1116/2012 vom 20. Juni 2013, E. 3.3 mit Hinweis auf BGer 2C\_136/2012 vom 17. April 2012, E. 3.3, und BGer 2C\_651/2009 vom 1. März 2010, E. 4.1.1 mit weiteren Hinweisen). Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau legten die strafrechtliche Verurteilung im Rahmen des Familiennachzugsgesuchs vom 10. August 2009 gegenüber dem Migrationsamt nicht offen; vielmehr erklärte die Ehefrau explizit, dass keine Vorstrafen des Beschwerdeführers vorliegen würden (act. G 8/2 S. 88 und S. 90). Der Umstand, dass die Strafe nicht durch ein schweizerisches Gericht ausgesprochen worden war, vermag die Verletzung der Offenlegungspflicht nicht zu entschuldigen. Wäre die über den Beschwerdeführer verhängte Freiheitsstrafe im damaligen Verfahren bekannt gewesen, wäre die Bewilligungserteilung erheblich in Frage gestellt gewesen. Ein Widerrufsgrund im Sinn Art. 63 Abs. 1 lit. a und Art. 62 lit. a AuG in Verbindung Art. 51 AuG lässt sich damit

ebenfalls nicht in Abrede stellen.

#### **E. 4.1**

Wird eine Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert, wird der Ausländer aus der Schweiz weggewiesen (Art. 64 Abs. 1 lit. a AuG). Dabei ist zu prüfen, ob diese Massnahme verhältnismässig ist (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung; BV; SR 101). Nach Art. 96 Abs. 1 AuG berücksichtigen die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration des Ausländers. Der Widerruf bzw. die Nichtverlängerung einer Bewilligung rechtfertigen sich nur, wenn die jeweils im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung die Massnahme als verhältnismässig erscheinen lässt bzw. wenn das öffentliche Interesse an der Wegweisung die privaten Interessen des betroffenen Ausländers am Verbleib in der Schweiz überwiegt. Ins Gewicht fallen insbesondere die Schwere des Verschuldens, die Dauer der Anwesenheit und Integration in der Schweiz sowie die dem Ausländer und seiner Familie drohenden Nachteile (BGer 2C\_954/2011 vom 11. Juni 2012 E. 2. mit Hinweisen). Ausgangspunkt und Massstab für die Interessenabwägung ist das Verschulden des Ausländers. Dieses findet vorab im vom Strafrichter verhängten Strafmass seinen Ausdruck. Die Behörde hat sich dabei mit den Erwägungen des Strafrichters auseinanderzusetzen, um zu einer eigenen Gefahrenprognose zu kommen (Nägeli/Schoch, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, Rz. 22.188). Dabei sind umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger der Ausländer in der Schweiz gelebt hat. Wird das Strafurteil nicht angefochten, bleibt aber regelmässig kein Raum, im ausländerrechtlichen Verfahren die Beurteilung des Strafrichters in Bezug auf das Verschulden zu relativieren (BGer 2C\_488/2007 vom 6. Februar 2008, E. 3.1. mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist einem mit einer Schweizer Bürgerin verheirateten Ausländer, der nach kurzer Aufenthaltsdauer um die Erneuerung der Bewilligung nachsucht, im Fall einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren in der Regel selbst dann kein Aufenthaltstitel zu erteilen, wenn die Ausreise der schweizerischen Ehepartnerin nicht oder nur schwer zuzumuten ist. In einer solchen Konstellation sind ausserordentliche Umstände vonnöten, um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung dennoch zu rechtfertigen (BGE 135 II 382 E. 4.4 mit Hinweisen). Ausschlaggebend ist die Verhältnismässigkeit der Massnahme im Einzelfall, die praxismässig gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände geprüft werden muss (BGer 2C\_160/2009 vom 1. Juli 2009 E. 3.1, BGer 2A.71/2007 vom 7. Mai 2007 E. 3.2). Als öffentliches Interesse an der Wegweisung eines Ausländers aus der Schweiz gilt nebst der Verfolgung einer restriktiven Einwanderungspolitik unter anderem die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (B. Schindler, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar zum AuG, Bern 2010, N 12 zu Art. 96 AuG). Sodann darf bei ausländischen Personen, die sich - wie der Beschwerdeführer - nicht auf das FZA berufen können, im Rahmen der Interessenabwägung neben einer aktuellen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch generalpräventiven Gesichtspunkten Rechnung getragen werden. Somit kommt es ausserhalb des Anwendungsbereichs dieses Abkommens nicht in entscheidender Weise darauf an, dass vermutungsweise keine Rückfallgefahr besteht bzw. ob sich der Ausländer in Zukunft wohlverhalten werde (VerwGE B 2012/75 vom 15. Oktober 2012, E. 3.1, abrufbar unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch), mit Hinweis auf BGer 2C\_954/2011 vom 11. Juni 2012, E. 3.3.1, und BGer 2C\_282/2012 vom 31. Juli 2012, E. 2.5).

#### **E. 4.2**

Die Notwendigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung ergibt sich auch aus Art. 8 EMRK und Art. 13 BV, auf die sich der Beschwerdeführer beruft. Art. 8 EMRK gewährleistet den Schutz des Familienlebens, verschafft aber keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem bestimmten Konventionsstaat. Hat ein Ausländer nahe Verwandte mit einem gefestigten Aufenthaltsrecht in der Schweiz, so auch mit Schweizer Bürgerrecht, und ist diese familiäre Beziehung intakt und wird sie tatsächlich gelebt, kann es das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen, wenn ihm die Anwesenheit in der Schweiz untersagt wird (BGE 131 II 350 E. 5, 130 II 285 E. 3.1; vgl. auch M. Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Kommentar zum Migrationsrecht, 3. Aufl. 2012, N 12 in Nr.18). Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt nicht absolut. Er verpflichtet die Behörden nicht in jedem Fall, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen bzw. zu verlängern (BGE 135 I 147 E. 2.1, 126 II 342 E. 3a). Vielmehr ist nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Eingriff in das nach Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Pflichten anderer notwendig ist. Die EMRK verlangt somit ein Abwägen der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Erteilung der Bewilligung und der öffentlichen Interessen an deren Verweigerung, wobei die öffentlichen Interessen in dem Sinn überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 122 II 6 E. 2). Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind ebenfalls die gesamten persönlichen Verhältnisse des Ausländers zu würdigen, namentlich die Dauer des Aufenthalts, die Integration in der Schweiz, die verbleibende Beziehung zum Heimatstaat und straf- und ausländerrechtlich verpöntes Verhalten. Aus den Bestimmungen der Kinderrechtskonvention (KRK), die zum Teil eher programmatischer Natur sind, ergibt sich regelmässig kein unmittelbarer Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung, doch sind die entsprechenden Vorgaben bei der Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 BV zu berücksichtigen (BGE 135 I 157 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Dazu gehören Art. 3 Abs. 1 KRK, wonach bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes "vorrangig" zu berücksichtigen ist, und Art. 10 Abs. 1 KRK, wonach die zwecks Familienzusammenführung gestellten Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat "wohlwollend, human und beschleunigt" zu bearbeiten sind. Nach Art. 18 Abs. 1 KRK bemühen sich die Vertragsstaaten zudem nach Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Mit Art. 11 Abs. 1 BV, wonach Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben, verfolgte der Verfassungsgeber unter anderem den Zweck, die in der KRK verbrieften Rechte in allgemeiner Form durch die BV zu garantieren. Das Bundesgericht erachtet die Norm als zu unbestimmt, um daraus in Bezug auf ausländerrechtliche Bewilligungen durchsetzbare Ansprüche ableiten zu können (BGE 126 II 392 E. 5d).

#### **E. 4.3**

Das Migrationsamt forderte den Beschwerdeführer am 27. Juli 2011 auf, das Urteil des spanischen Gerichtes in deutscher Sprache einzureichen (act. G 8/2 S. 75). Dieses Schreiben sowie ein weiteres, an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers gerichtetes

Schreiben vom 9. August 2013 (act. G 8/1/18) zeitigte keine Wirkung. Auch innert der mit Schreiben vom 3. September 2013 (act. G 8/1/19) angesetzten Frist mit gleichzeitiger Androhung der Säumnisfolgen (Entscheid aufgrund der Akten; act. G 8/1/19) kam der Rechtsvertreter der Aufforderung nicht nach. Angesichts dieser Gegebenheiten kam die Vorinstanz hinsichtlich der Würdigung des strafrechtlichen Verhaltens zu Recht zum Schluss, dass androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden sei. Sie hielt im angefochtenen Entscheid fest, der Beschwerdeführer habe sich in Spanien des Vergehens gegen die öffentliche Gesundheit (unbefugtes Herstellen von oder Handeln mit gesundheitsschädlichen Substanzen) schuldig gemacht. Angesichts der am 7. September 2006 verhängten hohen Gefängnisstrafe von fünf Jahren und einem Tag liege ein erhebliches ausländerrechtliches Verschulden vor. Allfällige entlastende Gesichtspunkte seien weder dargetan noch aus den Akten ersichtlich. Sodann hätten er und seine Ehegattin das Migrationsamt getäuscht, indem sie die Vorstrafe verschwiegen hätten, um in der Schweiz wieder eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten. Nach dem Gesagten könne beim Beschwerdeführer sodann nicht von einer positiven Zukunftsprognose ausgegangen werden (act. G 2 S. 8).

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer liess auch in diesem Verfahren das begründete spanische Strafurteil nicht einreichen. Sein Rechtsvertreter machte sodann keinerlei Ausführungen zum strafrechtlichen Sachverhalt, der dem spanischen Strafurteil zugrunde liegt. Die bereits im vorinstanzlichen Verfahren erfolgte Abmahnung im Sinn von Art. 17 VRP mit dem Hinweis, dass im Fall der Nichteinreichung aufgrund der Akten entschieden werde, kommt somit bei unverändertem Sachverhalt auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren zum Tragen. Das strafrechtlich relevante Verhalten des Beschwerdeführers im Bereich des Drogenhandels - soweit es aus den Akten ersichtlich ist - belastet ihn auch in ausländerrechtlicher Hinsicht in erheblichem Ausmass. Angesichts des Strafmasses dürfte von einem schweren Verschulden auszugehen sein. Dies blieb denn auch vom Grundsatz her unbestritten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss insbesondere bei schweren Straftaten ausländerrechtlich selbst ein geringes Restrisiko weiterer Beeinträchtigungen der Rechtsgüter (Gesundheit, Leib, Leben) nicht in Kauf genommen werden (BGE 139 I 31 E. 2.3.1). Von daher besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers nicht zu verlängern.

#### **E. 5.1**

Zu würdigen sind nachstehend die privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, der Beschwerdeführer habe den grössten Teil seines Lebens im Herkunftsland verbracht, insbesondere die Kinder- und Jugendjahre, und sei mit der Sprache sowie den dortigen Verhältnissen vertraut. Die berufliche und soziale Wiedereingliederung sei ihm möglich und zumutbar. Der Ehegattin des Beschwerdeführers sei eine Übersiedlung nach Nigeria kaum zumutbar. Die gegen ihn verhängte Strafe übersteige indessen deutlich den vom Bundesgericht als Richtwert definierten Rahmen von zwei Jahren, ab dem keine Bewilligung mehr erteilt werde, selbst wenn dem Ehepartner die Ausreise unzumutbar erscheine ("Reneja"-Praxis; BGer 2C\_756/2011 vom 23. September 2011, E. 2.2.3). Auch den beiden Kindern sei die Ausreise nicht zuzumuten. Aufgrund der schwerwiegenden Verurteilung und dem täuschenden Verhalten des Beschwerdeführers bestehe jedoch ein erhebliches Interesse, welches seine Wegweisung rechtfertige. Den Kontakt zur Ehegattin

und den beiden Kindern in der Schweiz könne er brieflich, mit Internet und Telefon und im Rahmen von Besuchsaufenthalten von Nigeria aus pflegen. Die Folgen dieses Entscheids würden auch dadurch relativiert, dass er schon während seines über 5jährigen Aufenthalts in Spanien von der Familie getrennt gelebt habe. Das öffentliche Interesse an der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung überwiege das private Interesse des Beschwerdeführers, in der Schweiz bleiben zu dürfen (act. G 2 S. 9-11). Der Beschwerdeführer macht unter Hinweis auf das Urteil N. 12020/09 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 16. April 2013 (EGMR) geltend, es bestünden grosse Parallelen zwischen dem Sachverhalt, wie er dem Strassburger Entscheid zugrunde liege und demjenigen, über den vorliegend zu entscheiden sei. Beide Ausländer hätten ein einziges schwerwiegendes Delikt verübt, würden tatsächliche familiäre Beziehungen in der Schweiz unterhalten, den schweizerischen Familienangehörigen sei ein Folgen in das Ursprungsland nicht zumutbar und sie hielten sich bereits seit vielen Jahren in der Schweiz auf. Der Entzug der Aufenthaltsbewilligung sei weder durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt noch verhältnismässig, was einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK bedeute. Entsprechend sei die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu verlängern (act. G 1).

#### **E. 5.2.1**

Nach der Rechtsprechung genügen allein die Zumutbarkeit der Ausreise und das öffentliche Interesse, eine restriktive Einwanderungspolitik betreiben zu können, nicht dafür, dem sorgeberechtigten ausländischen Elternteil eines Schweizer Kindes die Anwesenheit mit diesem zu verweigern; es bedarf hierfür besonderer - namentlich ordnungs- und sicherheitspolizeilicher - Gründe, welche die mit der Ausreise für das Schweizer Kind verbundenen weitreichenden Folgen zusätzlich rechtfertigen (vgl. BGE 137 I 247 E. 4.2.1 mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht erachtete etwa die Wegweisung eines Ausländers, der wegen sexueller Vergehen an seiner Tochter zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt worden war, als unverhältnismässig, da die zweite Gattin des Mannes und ihr gemeinsames Kind eingebürgert wurden und er selber sich beruflich-sozial genügend integrierte. Es sei daher lediglich eine Verwarnung auszusprechen (BVerGE C-2493/2012 vom 7. Oktober 2013). In BGE 139 I 145 erkannte das Bundesgericht dem Beschwerdeführer das Recht zu, trotz dessen Verurteilung zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe wegen Kokain- und Heroinverkaufs in der Schweiz zu bleiben. Der zwölfjährige Aufenthalt in der Schweiz sowie die Tatsache, dass seiner Frau und seinem Kind, beides Schweizer Staatsangehörige, ein Umzug nach Afghanistan nicht zuzumuten ist, überwogen das öffentliche Interesse an einer Wegweisung.

#### **E. 5.2.2**

Im erwähnten Urteil des EGMR vom 16. April 2013 ging es um einen nigerianischen Staatsangehörigen, der vom Jugendgerichtshof in Wien wegen Besitzes von Kokain zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten verurteilt worden war und 2003 unter falscher Identität und Angabe eines falschen Alters in der Schweiz Asyl beantragte. Das Gesuch wurde abgewiesen, worauf er die Schweiz verliess, jedoch im September 2003 zurückkehrte und zwei Monate später eine Schweizerin heiratete, welche kurz zuvor die beiden gemeinsamen Zwillingmädchen auf die Welt gebracht hatte. Die Schweizer Behörden erteilten ihm hierauf eine Aufenthaltsbewilligung. Mit Urteil vom 24. November 2006 wurde er von einem deutschen Gericht wegen versuchter Einfuhr von reinem Kokain zu einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten verurteilt. Am 5. Mai 2008 erfolgte die bedingte

(vorzeitige) Entlassung des nigerianischen Staatsangehörigen aus dem Gefängnis. Am 23. August 2007 verfügte das zuständige Migrationsamt, dass sein Aufenthaltsrecht wegen der strafrechtlichen Verurteilung und der Sozialhilfeabhängigkeit seiner Familie erloschen sei. Die kantonalen Rechtsmittelinstanzen bestätigten diese Verfügung. Im Urteil vom 9. Januar 2009 wies das Bundesgericht die gegen das kantonale Urteil erhobene Beschwerde ab mit Hinweis auf die beiden Verurteilungen wegen Verstosses gegen die Betäubungsmittelgesetzgebung, den Sozialhilfeleistungsbezug in Höhe von Fr. 165'000.-- und die schlechte Integration. Im Scheidungsurteil vom 27. September 2012 wurde dem Betroffenen ein zweiwöchentliches Besuchsrecht von einem Nachmittag zugesprochen (vgl. Urteil EGMR a.a.O., E. I/6-18 [en fait]). Der EGMR kam unter anderem zum Schluss, die Kriminalität des nigerianischen Staatsangehörigen habe sich auf zwei Delinquenz-Fälle beschränkt, weshalb nicht von einer wirklichen kriminellen Energie gesprochen werden könne. Er habe sich bereits mehr als siebeneinhalb Jahre in der Schweiz aufgehalten. Es bestehe kein Zweifel daran, dass die Schweiz seit genügend langer Zeit das Zentrum seines Privat- und Familienlebens darstelle. Es sei unstrittig, dass sein Verhalten im Gefängnis und nach seiner Freilassung tadellos gewesen sei. Diese positive Entwicklung, namentlich die Tatsache, dass er nach Verbüßung eines Teils der Strafe bedingt entlassen worden sei, sei im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten lasse (für sich allein) nicht vermuten, dass er in Zukunft eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen werde. Die relevante Straftat sei nach der Geburt der Zwillinge verübt worden, weshalb die Ehefrau im Moment der Zeugung noch nichts von der Straftat habe wissen können, was in der Beurteilung des Falles eine beträchtliche Rolle spiele (Urteil EGMR a.a.O., E. I/47-50 [en droit]). Für die schweizerischen Zwillingmädchen mit Jahrgang 2003 bestünde im Fall der Ausweisung die Gefahr, dass sie getrennt von ihrem Vater aufwachsen würden. Es entspreche dem übergeordneten Interesse der Mädchen, mit beiden Eltern aufzuwachsen. Auch mit Blick auf die erfolgte Scheidung sei die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung die einzige Möglichkeit, regelmässigen Kontakt zwischen Vater und Kindern sicherzustellen, weil es der Mutter nicht zumutbar sei, dem Vater der Mädchen nach Nigeria zu folgen. Eine Aufhebung der Einreisesperre reiche nicht aus, um das durch Art. 8 EMRK gesicherte Recht auf Familie zu sichern. Insbesondere im Hinblick auf die gemeinsamen Kinder, die Tatsache, dass die familiäre Beziehung zwischen dem nigerianischen Staatsangehörigen und den Kindern tatsächlich existiere, und den Umstand, dass er nur eine schwere Straftat begangen habe und sein späteres Verhalten tadellos gewesen sei, was eine positive Entwicklung für die Zukunft verspreche, habe die Schweiz mit der Ausweisung ihren Ermessensspielraum überschritten. Die Ausweisung stelle eine Verletzung von Art. 8 EMRK dar (Urteil EGMR a.a.O., E. I/52-55 [en droit]).

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer reiste im Jahr 2003 mit 27 Jahren erstmals in die Schweiz ein und stellte unter einem Alias-Namen ein Asylgesuch. Nach rechtskräftiger Abweisung dieses Gesuchs meldete er sich Ende 2003 nach Unbekannt ab (act. G 8/2 S. 188-203 und S. 139). Nach der Geburt der gemeinsamen Tochter A. am 15. April 2004 in St. Gallen (act. G 8/2 S. 114) und der Heirat am 29. Dezember 2004 (act. G 8/2 S. 130) reichte N.Z. für ihren Ehegatten ein Familiennachzugsgesuch ein, worauf dem Beschwerdeführer am 3. Juli 2005 erstmals eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde (act. G 8/2 S. 101). In der Folge reiste er ohne die Ehegattin und das gemeinsame Kind zur Stellensuche nach Spanien aus und verbüßte dort ab 8. November 2005 (act. G 8/2 S. 65 f.) die Freiheitsstrafe. Nach Lage der

Akten und seinen Angaben wurde er im August 2009 vorzeitig (d.h. vor dem 7. November 2010; vgl. act. G 8/2 S. 65 f. und G 5 S. 3) aus dem Strafvollzug entlassen und erhielt gestützt auf ein im August 2009 von der Ehegattin eingereichtes Familiennachzugsgesuch am 18. August 2009 eine neue Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz (act. G 8/2 S. 86 und 88). Seither hält sich der Beschwerdeführer hier auf. Am 15. Januar 2013 kam die zweite Tochter, B., zur Welt. Die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz mit Bewilligung beträgt somit - seit Juli 2005 abzüglich des soweit ersichtlich knapp vierjährigen Strafvollzugs in Spanien - aktuell rund fünf Jahre.

#### **E. 5.4.1**

Vorab ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung gemäss EGMR-Urteil vom 16. April 2013, a.a.O., keine neuen Prinzipien formuliert und - als Einzelfallbeurteilung - auch keine generelle Regel zu statuieren vermag. Vielmehr dürfte sie sich im Wesentlichen auf Situationen beziehen, in denen sich die betroffenen Personen - nach Verübung einer einzigen schweren Straftat - mehrere Jahre, ohne strafrückfällig zu werden, in der Schweiz aufhalten, hier beruflich einigermassen integriert sind und mit einer schweizerischen Partnerin und Kindern in einer intakten Beziehung zusammenleben. Diese Auffassung vertritt im Ergebnis auch das Bundesgericht. Es kritisiert den EGMR jedoch dafür, dass es im Urteil vom 16. April 2013 nachträglich eingetretene Fakten (d.h. insbesondere die Aufenthaltsdauer über das bundesgerichtliche Verfahren hinaus) berücksichtigte (BGE 139 I 325 E. 2.4 = BGer 2C\_365/2013).

#### **E. 5.4.2**

Im erwähnten Urteil zählte der EGMR die Kriterien, anhand derer bestimmt werden kann, ob eine Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK verstösst, zusammengefasst wie folgt auf: - Natur und Schwere der begangenen Tat, - Dauer des Aufenthaltes im Gastland, - Zeitspanne seit Begehung der Straftat und Verhalten während dieser Zeit, - familiäre Situation/gemeinsame Kinder und deren Alter, - Kenntnis des Ehegatten von der Straftat im Zeitpunkt der Eingehung der Beziehung, - Ausmass der Schwierigkeiten des Ehegatten und der Kinder im Zielland, - Solidität der sozialen, kulturellen und familiären Beziehungen im Gastland und im Zielland (Urteil, a.a.O., E. I/45 [en droit]). Bei der Anwendung dieser Kriterien auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt zeigen sich weitgehende Übereinstimmungen mit den im erwähnten EGMR-Urteil beurteilten Umständen (vgl. vorstehende E. 5.2). Der Beschwerdeführer beging die schwere Straftat im Jahr 2005 (vgl. act. G 1 S. 7 unten) und damit in einem Zeitpunkt, in welchem die familiäre Bindung schon bestand und die ältere Tochter schon auf der Welt war. Im Zeitpunkt der Heirat und der Geburt des ersten Kindes konnte die Ehefrau somit keine Kenntnis von der Straffälligkeit haben. Das Vorbringen, wonach die Ehefrau beim Familiennachzugs-Gesuch vom 10. August 2009 davon ausgegangen sei, dass sich die Vorstrafen nur auf schweizerische Verurteilungen beziehen würden, vermag die Verletzung der Offenlegungspflicht zwar nicht zu rechtfertigen; letzteres hat jedoch durch die zwischenzeitliche Entwicklung des Sachverhalts an Gewicht verloren. Seit der Straftat im Jahr 2005 und der vorzeitigen Entlassung aus dem Strafvollzug im August 2009 liess sich der Beschwerdeführer nach Lage der Akten nichts mehr zuschulden kommen. Allein aufgrund der Strafdauer darf nicht der Schluss gezogen werden, dass vom Beschwerdeführer weiterhin eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (vgl. Urteil des EGMR, a.a.O., E. I/49 [en droit]). Unbestritten blieb, dass er sich mit schweizerischen Familienangehörigen und Kenntnissen der deutschen Sprache hier gut

integrierte und mit den schweizerischen Gepflogenheiten vertraut ist (vgl. act. G 8/1/8 Beilage 4 [Schreiben vom 1. Oktober 2012] sowie act. G 11 und 12 [Eingabe vom 2. Oktober 2014 mit Beilagen]). Wenn die Vorinstanz ausführt, dass das (durch die Arbeitssuche in Spanien und den Strafvollzug bedingte) Getrenntleben bereits bei seinem mehrjährigen Aufenthalt in Spanien möglich gewesen sei, ist mit dem Beschwerdeführer (act. G 1 S. 8) festzuhalten, dass für seine Frau und das Kleinkind ein Besuch in Spanien mit weit geringerem Aufwand verbunden war als dies in Nigeria der Fall gewesen wäre; die beiden Sachverhalte lassen sich somit nicht vergleichen. In beruflicher Hinsicht ist von einer gelungenen Eingliederung des Beschwerdeführers in den Arbeitsmarkt auszugehen (vgl. act. G 11 S. 4 und 5 mit entsprechenden Belegen [act. G 12]). Eine vom Beschwerdeführer ausgehende Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit erscheint unter den geschilderten Umständen nicht dargetan. Insbesondere überwiegt das Wohl der beiden Töchter das öffentliche Interesse an einer Wegweisung, indem diese unter den geschilderten konkreten Gegebenheiten die Möglichkeit haben müssen, mit beiden Elternteilen aufzuwachsen. In diesem Sinn ist dem Kindeswohl bei der Interessenabwägung ein ganz erhebliches Gewicht beizumessen. Der Mittelpunkt des Privat- und Familienlebens des Beschwerdeführers befindet sich in der Schweiz, wo er sich im Nachgang zur Strafverbüßung nun seit über 5 Jahren aufhält. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer im Gegensatz zu Sachverhalt, wie er dem erwähnten EGMR-Urteil zugrunde lag, in einer intakten Ehe lebt (act. G 8/1/8 Beilage 4).

#### **E. 5.4.3**

Angesichts der familiären Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner Frau und seinen Töchtern und aufgrund der Tatsache, dass er eine einzige Straftat begangen hat sowie der seither positiven Entwicklung seines Verhaltens würde eine Wegweisung gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK verstossen. Die (einmalige) Verurteilung des Beschwerdeführers in Spanien genügt in der geschilderten Situation nicht, um die Missachtung des Rechts auf Familienleben zu rechtfertigen. Das Interesse der Kinder, bei beiden Elternteilen aufzuwachsen zu dürfen, sowie die bereits vor dem Zeitpunkt der Straftat vorhandene familiäre Bindung sind schwerer zu gewichten als das öffentliche Interesse an einer Wegweisung. Der angefochtene Entscheid lässt sich unter diesen Umständen nicht aufrecht erhalten. Diese Beurteilung bezieht sich selbstredend auf die aktuell dokumentierte Situation. Sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt eine erneute Straffälligkeit ergeben, wäre der Aufenthaltsstatus des Beschwerdeführers erneut zu prüfen. In diesem Sinn steht die Weiterdauer der Aufenthaltserlaubnis unter dem Vorbehalt des Nichtbestehens einer erneuten strafrechtlichen Verurteilung.

#### **E. 6.1**

(...).

#### **E. 6.2**

(...).

#### **E. 6.3**

(...). Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Rekursentscheid vom 27. September 2013 aufgehoben. Die Angelegenheit wird zur Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung an das Migrationsamt zurückgewiesen. 2. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- trägt der Staat; auf ihre Erhebung wird verzichtet. Dem Beschwerdeführer

wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- zurückerstattet. 3. Der Staat  
entschädigt den Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren  
ausseramtlich mit Fr. 3'500.-- zuzügl. Mehrwertsteuer, abzüglich der für das vorinstanzliche  
Verfahren ausbezahlten Entschädigung von Fr. 500.--. Der Präsident Der  
Gerichtsschreiber Eugster Schmid

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