

AR GVP 29/2017, Nr. 3697

Ausländerrecht. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG und Art. 8 EMRK. Wenn der Elternteil, der eine Aufenthaltsbewilligung beantragt, die elterliche Sorge und alleinige Obhut über das Kind schweizerischer Nationalität hat, führen lediglich Widerhandlungen gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit von einer gewissen Schwere dazu, dass das Kind das Recht verliert, in der Schweiz aufzuwachsen. Befristung des Aufenthaltsrechts der Mutter bis zur Volljährigkeit der Kinder im vorliegenden Fall.

Entscheid des Obergerichts, 4. Abteilung, 26.01.2017, O4V 16 7

Aus den Erwägungen:

3.2 Zu prüfen bleibt, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit dem für die Beschwerdeführenden massgebenden Art. 42 Abs. 1 AuG erfüllt sind. Demnach besteht nach (vorzeitiger) Auflösung der Familiengemeinschaft der Anspruch des Ehegatten und der Kinder (unter 18 Jahren) auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiter, wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen. Wichtige persönliche Gründe nach Abs. 1 lit. b können nach Art. 50 Abs. 2 namentlich vorliegen, wenn die Ehegattin (oder der Ehegatte) Opfer ehelicher Gewalt wurde oder die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen hat, oder wenn die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint. Die Voraussetzungen nach dieser Bestimmung überschneiden sich nicht notwendigerweise mit jenen zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 8 EMRK [Urteil BGer 2C_652/2013 vom 17.12.2013=Pra 102(2014) Nr. 90 (deutsche Fassung), E. 2.3 m. w. H., auch zum Folgenden]. Demnach ist der in Art. 8 EMRK und Art. 13 BV garantierte Anspruch auf Schutz des Familienlebens bei der Anwendung von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG insofern zu berücksichtigen, als diese Bestimmung nicht einschränkender sein kann als jene von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV (a.a.O., m. H. auf BGE 139 I 315 E. 2.1). Nach dem oben Gesagten beschränken sich beide Anspruchsgrundlagen - soweit vorliegend für die Beschwerdeführenden massgebend - immerhin übereinstimmend je auf minderjährige Kinder unter 18 Jahren.

Gemäss Beschwerdeeingabe (Randziffer 29) stützt A___ den geltend gemachten Bleibeanpruch auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG sowie auf Art. 8 EMRK und Art. 13 BV. Sie lässt insbesondere die von der Vorinstanz implizit vertretene Auffassung, es liege gar kein Anwendungsfall von Art. 8 EMRK vor, bestreiten. Die Vorinstanz stellte in der Beschwerde 1 in der Tat wesentlich darauf ab, dass sowohl B___ als auch A___ zugemutet werden könne, das Familienleben in Brasilien fortzusetzen. Ob es darauf ankommen kann, ist vorab zu beurteilen.

4. Art. 8 EMRK verleiht grundsätzlich keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem bestimmten Staat. Die Verweigerung des Aufenthaltsrechts einer ausländischen Person in der Schweiz kann aber zur Folge haben, dass ihr Familienleben beeinträchtigt und das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens verletzt wird, das diese Bestimmung garantiert (Urteil BGer vom 17.12.2013, a.a.O. in Pra102 (2014) Nr. 90, E. 3.1). Kein Eingriff in das Familienleben liegt vor, wenn von den Familienmitgliedern erwartet werden kann, dass sie ihr Familienleben im Ausland verwirklichen. Art. 8 EMRK ist nicht von vornherein verletzt, wenn das in der Schweiz aufenthaltsberechtigte Familienmitglied dieses Land zusammen mit der ausländischen Person, der eine Aufenthaltsbewilligung verweigert worden ist, ohne weiteres verlassen kann (BGE 135 I 143 E. 2.2). Wenn hingegen dies von einem Familienmitglied, das in der Schweiz bleiben kann, wegen gewissen Schwierigkeiten nicht ohne

weiteres erwartet werden darf, ist die in Art. 8 Ziff. 2 EMRK vorgeschriebene Interessenabwägung vorzunehmen. Diese setzt voraus, dass den gesamten Umständen Rechnung getragen wird und die privaten Interessen an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und die öffentlichen Interessen an deren Verweigerung gegeneinander abgewogen werden (BGE 135 I 153 E. 2.1).

4.1 Nach der Rechtsprechung kann der Elternteil, der weder die elterliche Sorge noch die Obhut des Kindes hat, mit diesem nur eine eingeschränkte Beziehung pflegen, indem er das ihm verliehene Besuchsrecht wahrnimmt. In diesem Fall ist es grundsätzlich nicht nötig, dem ausländischen Elternteil zur Ausübung dieses Besuchsrechts zu ermöglichen, sich dauerhaft im gleichen Land aufzuhalten, wo sein Kind lebt. Unter dem Blickwinkel des Rechts auf ein Familienleben (vgl. Art. 8 EMRK und Art. 13 BV) genügt es normalerweise, dass der im Ausland lebende Elternteil sein Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten wahrnimmt, wobei allenfalls die Modalitäten betreffend Dauer und Häufigkeit entsprechend anzupassen sind (vgl. BGE 139 I 315, E. 2.2). Das Besuchsrecht eines Elternteils bei seinem Kind braucht nicht ein zweimonatliches zu sein und kann auch durch Aufenthalte in verschiedenen Ländern organisiert werden (vgl. Urteil 2C_2031/2011). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein weitergehendes Recht nur im Fall einer besonders engen wirtschaftlichen und affektiven Familienverbindung zugestanden werden, wenn diese aufgrund zwischen den Ländern liegender Distanz, die das Aufenthaltsland des Kindes vom Herkunftsland seines Elternteils trennt, praktisch nicht aufrecht erhalten werden kann und die ausländische Person in der Schweiz ein einwandfreies Verhalten an den Tag gelegt hat (BGE 139 I 315, E. 2.2).

4.2 In Zusammenhang mit Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG präziserte das Bundesgericht, dass das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung künftig bereits dann als erfüllt anzusehen sei, wenn die persönlichen Kontakte im Rahmen eines nach heutigen Standards ausgestalteten Besuchsrechts ausgeübt werden und die ausländische Person bereits in der Schweiz ansässig ist, so dass der Regelung von Art. 9 Ziff. 3 KRK (SR 0.1079 Rechnung getragen wird, ohne dass aus dieser Konvention ein unmittelbarer Anspruch auf die Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung abgeleitet werden kann (BGE 139 I 315, E. 2.4/2.5). Betreffend den umgekehrten Familiennachzug zu einem Kind Schweizerischer Nationalität hat das Bundesgericht seine Praxis dahingehend gelockert, als es in diesen Fällen vom Elternteil, der sich auf Art. 8 EMRK beruft, kein tadelloses Verhalten mehr verlangt; lediglich Widerhandlungen gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit von einer gewissen Schwere können dazu führen, dass das Kind das Recht verliert, in der Schweiz aufzuwachsen. Diese gelockerte Rechtsprechung ist jedoch nur anwendbar, wenn der Elternteil, der eine Aufenthaltsbewilligung beantragt, die elterliche Sorge und alleinige Obhut über das Kind hat. Die Ausreise eines solchen Elternteils hätte dann nämlich zur Folge, dass das Kind faktisch gezwungen wäre, die Schweiz zu verlassen. Die Wegweisung eines solchen Elternteils stünde im Widerspruch zu den Rechten des schweizerischen Kindes, die diesem aufgrund seiner Staatszugehörigkeit zustehen (wie Niederlassungsfreiheit, Rückschiebeverbot, späteres Rückkehrrecht, vgl. BGE 135 I 153, E. 2.2.2).

5. Die Situation des die Beschwerde 1 führenden Elternteils (A___) zu ihrem schweizerischen, derzeit noch minderjährigen Sohn B___ (geb. XX. Januar 2000) entspricht der zuletzt erwähnten Rechtsprechung - dies allerdings bloss noch, bis B___ am XX. Januar 2018 volljährig wird: Mit Entscheid vom 13. April 2016 (act. 2.7) hat das Kantonsgericht Appenzell Ausserrrhoden B___ rechtskräftig unter die alleinige Obhut von A___ gestellt; die elterliche Sorge wurde seinen Eltern gemeinsam übertragen, wobei der Kindsvater zu monatlich Fr. 550.-- Kinderunterhalt verpflichtet wurde. Die strittige Wegweisung der somit allein obhutsberechtigten Kindsmutter hätte deshalb derzeit die für B___ als Schweizerbürger nicht hinzunehmende Folge, dass er die Schweiz faktisch bis zu seinem 18. Geburtstag verlassen müsste, bevor er dann als Volljähriger wieder zurückkehren und hier die eben erst begonnene Lehre fortsetzen könnte.

5.1 Dass seiner Mutter Widerhandlungen gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit von einer gewissen Schwere anzulasten wären, muss nach den Akten verneint werden: Dass sie für sich und ihren Sohn in gewis-

sem Umfang Sozialhilfe bezieht, und derzeit erst im sekundären Arbeitsmarkt einen von ihr selber an Schranken auf Fr. 2'800.-- monatlich bezifferten Beitrag an ihren Unterhalt verdient, mag zwar als nicht tadelloses Verhalten gewertet werden, aber dies genügt nicht, um ihr derzeit und bis zur Volljährigkeit ihres Sohnes den Aufenthalt zu verweigern.

Die Vorinstanz liess ihr an Schranken erneut vorhalten, dass sie die Trennung von ihrem Ehemann ab März 2015 in ihrem Gesuch vom 15. April 2015 nicht erwähnt habe (vgl. Plädoyernotizen von C. Bötschi, act. 25, Ziff. 3). Dieser an sich unbestrittene Sachverhalt hätte allerdings nur den Widerruf einer aus Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG abgeleiteten Bewilligung bewirken können. Das Verschweigen dieser Angabe vermag indessen weder damals noch heute etwas daran zu ändern, dass die Beschwerdeführerin sich auf das ihr aus der Beziehung zu ihrem schweizerischen Sohn B___ erwachsende Bleiberecht berufen kann. Dass die Vorinstanz diesen aus Art. 8 EMRK sich ergebenden Anspruch zu Unrecht negiert (vgl. act. 25, Ziff. 6), wurde bereits festgestellt und dies kann selbstredend nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden. Das an sich verpönte Verschweigen der genannten Angabe ist für den Verfahrensausgang vorliegend nicht entscheidend und deshalb auch nicht geeignet, eine gewichtige Widerhandlung gegen die öffentliche Ordnung zu belegen.

Desgleichen muss auch bezüglich der erwähnten teilweisen Sozialhilfeabhängigkeit der Beschwerdeführerin und ihres Sohnes B___ festgestellt werden. Die Vorinstanz hielt an Schranken fest (act. 25, Ziff. 4), dass die bezogenen Beiträge im Jahre 2015 zwar relativ gering gewesen seien, sich aber im März und April 2016 immerhin auf mehr als 1'800.-- bzw. 1'400.-- Franken belaufen haben. Dass der bezogene Betrag sich für die Beschwerdeführenden auf insgesamt über Fr. 40'000.-- aufsummiert haben soll, wurde von der Vorinstanz weder belegt noch auf die beiden Gesuchstellenden aufgeschlüsselt (letzteres wäre aber unabdingbar, da der volljährige C___, wie sich noch zeigen wird, separat von seiner Mutter beurteilt werden muss). Das von A___ unbestritten im M___ AG erzielte Einkommen von Fr. 2'800.-- monatlich und die Tatsache, dass der für B___ monatlich geschuldete Unterhaltsbeitrag von Fr. 550.-- von dessen Vater derzeit nicht erbracht wird, lassen indessen darauf schliessen, dass der Kindsmutter bis zur absehbaren Volljährigkeit ihres Sohnes B___ keine Widerhandlung gegen die öffentliche Ordnung in der von der Rechtsprechung geforderten Schwere angelastet werden kann; daran vermag auch das Ausbleiben des väterlichen Unterhaltsbetrages nichts mehr zu ändern. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass B___, wenn er hierorts seine Lehre fortsetzt, mit seinem Lehrlingslohn, welcher von der Mutter an Schranken glaubhaft auf Fr. 1'000.-- beziffert wurde (act. 23, S. 4), dazu beitragen wird, das finanzielle Manko bei ihm und seiner Mutter in Grenzen zu halten. Unter diesen Umständen steht fest, dass das private Bleibeinteresse von A___ das öffentliche Fernhalteinteresse jedenfalls noch bis zur Volljährigkeit ihres Sohnes B___ überwiegt, bleibt sie doch so als allein obhutsberechtigter Elternteil in der Lage, ihrem minderjährigen Sohn noch die nötige Fürsorge und Betreuung zu erbringen. Diese Interessenlage ändert sich indessen mit der Volljährigkeit von B___, denn mit dem Dahinfallen der elterlichen Obhut als solcher und der rechtlichen Selbständigkeit ihres Sohnes verliert ihr Bleibeinteresse entscheidend an Gewicht. Ab diesem Zeitpunkt ist einzig ausschlaggebend, dass sie in ihrem Heimatland nicht nur aufgewachsen, sondern dort auch als Erwachsene noch überwiegend gelebt hat. Durch ihre aktenkundig in Brasilien verbliebene Tochter H___ ist zudem erstellt, dass sie mit ihrer Heimat auch verwandtschaftlich verbunden geblieben ist. Unter diesen Umständen überwiegt nun das Fernhalteinteresse ihr geringer gewordenen Bleibeinteresse und ihre Rückkehr ab dem 7. Januar 2018 muss als zumutbar und somit als recht- und verhältnismässig beurteilt werden. Ab diesem Zeitpunkt kann sie die Beziehung zu ihren drei nun durchwegs volljährigen Kindern von ihrer Heimat aus entweder besuchsweise oder mittels der heute üblichen Kommunikationsmittel ausüben. Eine Verletzung von Art. 8 EMRK ist spätestens ab der Volljährigkeit ihres Sohnes B___ ausgeschlossen und fortan fehlt es auch an einem wichtigen persönlichen Grund im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AuG. B___ wird ab diesem Zeitpunkt auch rechtlich selber in der Lage sein, die gegen seinen Vater dann noch bestehenden Unterhaltsansprüche durchzusetzen - sei es mit Hilfe eines Anwaltes oder mit Hilfe der Sozial- oder Erwachsenenschutzbehörde. Dass die Wiedereingliederung von A___ in ihrem Herkunftsland stark gefährdet sein könnte, ist nicht anzunehmen, nachdem sie dort aufgewachsen und den grössten Teil ihres Erwachsenenlebens

auch noch dort verbracht hat. Soweit A___ aus Art. 50 AuG bzw. aus Art. 8 EMRK und Art. 13 BV zeitlich weitergehend ein Bleiberecht ableitet, erweist sich die Beschwerde 1 als unbegründet.