



2C_358/2019

Urteil vom 18. November 2019

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichter Stadelmann,
Gerichtsschreiber Nabold.

Verfahrensbeteiligte

A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Clivia Wullimann,

gegen

Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern, Eigerstrasse 73, 3011 Bern,
Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Kramgasse 20, 3011 Bern.

Gegenstand

Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung infolge Straffälligkeit,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung,
vom 11. März 2019 (100.2018.245U).

Sachverhalt:

A.

A.a. A._____ (geboren 1979), nigerianischer Staatsangehöriger, reiste am 14. Juli 2009 in die Schweiz ein und ersuchte hier zweimal erfolglos um Asyl. Da er Vater zweier Töchter ist (geboren 2010 und 2013), die aus der Beziehung mit einer Schweizer Bürgerin stammen, wurde ihm am 23. Januar 2013 eine Aufenthaltsbewilligung erteilt. A._____ und die Kindsmutter heirateten am 24. Mai 2013, trennten sich aber im Dezember 2013 und am 18. Mai 2016 wurde die Ehe geschieden.

A.b. Am 26. April 2016 verurteilte das Tribunal correctionnel d'arrondissement de Lausanne A._____ wegen Widerhandlungen gegen die Betäubungsmittelgesetzgebung (teilweise mengenmässig qualifiziert begangen) zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten.

B.

Mit Verfügung vom 16. Februar 2017 verweigerte das Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern die weitere Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von A._____ und wies diesen aus der Schweiz weg. Die dagegen erhobenen kantonalen Rechtsmittel blieben erfolglos (Beschwerdeentscheid der Polizei- und Militärdirektion vom 27. Juni 2018, Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2019).

C.

A. _____ beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 11. April 2019, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils sei ihm die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern. Zugleich beantragt er unentgeltliche Rechtspflege. Die Polizei- und Militärdirektion sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Bern beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Amt für Migration und Personenstand verzichtet auf Anmerkungen. Mit Verfügung vom 15. April 2019 hat der Abteilungspräsident der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführer beruft sich in vertretbarer Weise auf einen Anspruch auf Bewilligungsverlängerung gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG i.V.m. Art. 8 EMRK. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist damit zulässig (Art. 83 lit. c Ziff. 2 a contrario BGG), zumal auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 42 Abs. 1 und 2, Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 BGG).

2.

Die Beschwerde ist in Bezug auf Art. 50 AIG bzw. Art. 8 EMRK offensichtlich unbegründet:

2.1. Ein Aufenthaltsanspruch gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG wird zu Recht nicht geltend gemacht, da die Ehegemeinschaft mit der Schweizer Bürgerin weniger als drei Jahre dauerte. In Betracht fällt einzig ein grundsätzlicher Aufenthaltsanspruch gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG wegen der Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen Töchtern mit Schweizer Bürgerrecht. Das Andauern der elterlichen Beziehung zu hier gefestigt anwesenheitsberechtigten Kindern kann in diesem Rahmen einen wichtigen Grund zum Verbleib im Land bilden; es ist dabei jeweils die Gesamtsituation zu würdigen und das Gesetzesrecht möglichst verfassungs- (Art. 13 Abs. 1 BV) und konventionskonform anzuwenden (**BGE 143 I 21** E. 4.1 S. 24 f. mit Hinweis). Bei der Beurteilung, ob eine schutzwürdige Eltern-Kind-Beziehung besteht, muss auf die Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK abgestellt werden, können doch die wichtigen persönlichen Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG nicht einschränkender verstanden werden als ein aus diesen Garantien fließender Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Ob das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Rechtsgut betroffen ist und welche Interessen in Anwendung von Art. 8 Ziff. 2 EMRK gegeneinander abzuwägen sind, ist jeweils im Einzelfall zu bestimmen. Das private Interesse eines ausländischen Elternteils am Verbleib im Land vermag das öffentliche Interesse an einer einschränkenden Migrationspolitik regelmässig dann zu überwiegen, wenn zwischen dem ausländischen Elternteil und seinem im Inland lebenden Kind eine enge Beziehung (1) in affektiver wie (2) wirtschaftlicher Hinsicht besteht, (3) sich der um die Bewilligung nachsuchende Elternteil in der Schweiz tadellos verhalten hat und (4) die Beziehung wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Staat, in welchen er ausreisen müsste, praktisch nicht mehr aufrecht erhalten werden könnte (**BGE 144 I 91** E. 5.2 S. 99; **143 I 21** E. 5.2 S. 27; **140 I 145** E. 3.2 S. 147 f.; **139 I 315** E. 2.2 S. 319).

2.2. Ob vorliegend in affektiver wie wirtschaftlicher Hinsicht eine enge Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Töchtern besteht, ist unerheblich, da angesichts seiner Verurteilung wegen Betäubungsmitteldelikten zu 30 Monaten Freiheitsstrafe und seinen mehreren weiteren Verurteilungen (s. angefochtenes Urteil E. 3.1.3) kein tadelloses Verhalten vorliegt. Zwar hat das Bundesgericht dieses Kriterium in gewissen Situationen abgeschwächt, jedoch nur bei untergeordneten Verstössen gegen die öffentliche Ordnung (Hinweise im Urteil 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 5.1 und 5.2). Bei einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten wegen Betäubungsmitteldelikten kann jedoch von untergeordneten Verstössen keine Rede sein (vgl. zit. Urteil 2C_904/2018 E. 5.3; Urteile 2C_423/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 2; 2C_281/2018 vom 4. Juni 2018 E. 3.5).

3.

Im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG) bleibt zu prüfen, ob der Nichtverlängerung Art. 62 Abs. 2 AIG entgegen steht.

3.1. Am 1. Oktober 2016 sind die neuen Bestimmungen über die Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB) in Kraft getreten (AS 2016 2329). Gleichzeitig wurde ein neuer Abs. 2 von Art. 62 AIG aufgenommen, welcher lautet: "Unzulässig ist ein Widerruf, der nur ("uniquement", "per il solo motivo") damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat." Damit soll vermieden werden, dass der unter dem früheren Recht bestehende Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlichem Bewilligungswiderruf wieder eingeführt wird. Der ausländerrechtliche Widerruf ist unzulässig, wenn er *allein* gestützt auf ein Delikt erfolgt, für welches ein Strafgericht bereits eine Strafe verhängt und keine Landesverweisung ausgesprochen hat. Sobald jedoch über das Delikt hinausreichende Aspekte in die

Beurteilung einfließen, etwa solche, die zum Zeitpunkt des Urteils nicht bekannt waren, erst später eintraten oder rein ausländerrechtliche Gründe betreffen, steht es den Ausländerbehörden weiterhin zu, die Bewilligung dieser Person gestützt auf ausländerrechtliche Überlegungen zu widerrufen (BBI 2013 6046). Aufgrund von Art. 33 Abs. 3 AIG muss diese Einschränkung auch gelten für die Verweigerung der Verlängerung von Aufenthaltsbewilligungen, auf die grundsätzlich ein Anspruch besteht (MARC BUSSLINGER/PETER UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 2016, S. 106).

3.2. Intertemporalrechtlich sind die neuen Bestimmungen über die Landesverweisung aufgrund des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots nur anwendbar, wenn das auslösende Delikt *nach* diesem Datum begangen wurde (Urteile 6B_1043/2017 vom 14. August 2018 E. 3.1.2 und 3.2.1; 2C_573/2018 vom 1. Februar 2019 E. 3.1). Das Strafgericht darf jedoch bei der Prüfung eines Härtefalls (Art. 66a Abs. 2 StGB) auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen; gestützt darauf darf nicht eine Landesverweisung ausgesprochen, aber die Integration und Rückfallgefahr bzw. die Verhältnismässigkeit der Landesverweisung generell beurteilt werden (Urteile 6B_651/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 8.3.3; 6B_371/2018 vom 21. August 2018 E. 3.1 und 3.3; 6B_1043/2017 vom 14. August 2018 E. 3.2.2; 6B_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.5.1). Ebenso dürfen vor dem 1. Oktober 2016 begangene Delikte zwar nicht Anlass zu einer nicht-obligatorischen Landesverweisung (Art. 66a bis StGB) geben, wohl aber mitberücksichtigt werden bei der Prüfung, ob eine solche verhältnismässig ist (vgl. Urteile 6B_607/2018 vom 10. Oktober 2018 E. 1.4.3; 6B_770/2018 vom 24. September 2018 E. 1.3 und 2.2.1).

3.3. Stehen ausschliesslich Delikte zur Diskussion, die vor dem 1. Oktober 2016 begangen wurden, ist von vornherein eine strafrechtliche Landesverweisung nicht möglich. Das Strafgericht kann daher gar nicht in die Lage kommen, gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB von einer Landesverweisung abzusehen; revArt. 62 Abs. 2 AIG ist in einer solchen Konstellation nicht anwendbar und die Migrationsbehörden bleiben zuständig zum Widerruf bzw. der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Urteile 2C_108/2018 vom 28. September 2018 E. 3.3; 2C_778/2017 vom 12. Juni 2018 E. 6.2; 2C_140/2017 vom 12. Januar 2018 E. 6.2; 2C_986/2016 vom 4. April 2017 E. 2.1).

3.4. Vorliegend stützt die Vorinstanz die Nichtverlängerung hauptsächlich auf das Urteil vom 26. April 2016 bzw. die damit beurteilten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Darauf konnten somit aus intertemporalrechtlichen Gründen die Art. 66a ff. StGB und revArt. 62 Abs. 2 AIG nicht anwendbar sein. Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen wurde der Beschwerdeführer zudem mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland vom 22. Mai 2018 verurteilt zu einer Geldstrafe von 5 Tagessätzen à Fr. 70.-- wegen Tötlichkeiten zum Nachteil seiner beiden Töchter (wiederholt begangen ca. anfangs 2018 bis 21. April 2018) und Drohung gegenüber seiner älteren Tochter (begangen am 21. April 2018). Diese Taten wurden somit nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen über die Landesverweisung begangen. Drohung (Art. 180 Abs. 1 StGB) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft, ist mithin ein Vergehen (Art. 10 Abs. 3 StGB) und kann zu einer nicht obligatorischen Landesverweisung (Art. 66a bis StGB) führen. Der Strafbefehl äussert sich nicht zu einer allfälligen Landesverweisung. Die Staatsanwaltschaft hat damit aber ausschliesslich über die im Jahre 2018 begangenen Taten entschieden, nicht über die früheren Straftaten. In Bezug auf die Delikte und Verurteilungen, auf welche sich die Nichtverlängerung stützt (namentlich die Verurteilung vom 26. April 2016 sowie weitere Verurteilungen wegen Taten, die vor dem 1. Oktober 2016 begangen wurden) hat der Strafbefehl nicht von einer Landesverweisung abgesehen (abgesehen davon, könnte eine solche nicht durch Strafbefehl angeordnet werden, vgl. Art. 352 Abs. 2 StPO e contrario); vielmehr kam eine solche aus übergangsrechtlichen Gründen von vornherein gar nicht in Frage. Wenn bereits mit Blick auf diese vor dem 1. Oktober 2016 begangenen Delikte die Voraussetzungen für den Widerruf erfüllt sind, steht revArt. 62 Abs. 2 AIG dem ausländerrechtlichen Widerruf nicht entgegen (MARC BUSSLINGER/PETER UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 2016, S. 106). Denn der Widerruf erfolgt in dieser Konstellation nicht "nur" ("uniquement", "per il solo motivo") wegen eines Deliktes, für welche das Strafgericht eine Strafe verhängt, aber von einer Landesverweisung abgesehen hat, wie dies der klare Wortlaut von revArt. 62 Abs. 2 AIG verlangt, sondern im Gegenteil in erster Linie wegen Delikten, für welche die Art. 66a ff. StGB nicht anwendbar sind.

3.5. Das Bundesgericht hat allerdings im Urteil 2C_1154/2018 vom 18. November 2019 revArt. 63 Abs. 3 AIG angewendet in einer Konstellation, in welcher einerseits eine Verurteilung zu drei Jahren Freiheitsstrafe erfolgt war wegen Delikten, die vor dem 1. Oktober 2016 begangen worden waren, und andererseits eine Verurteilung zu zwei Jahren Freiheitsstrafe (unter Absehen von der Landesverweisung gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB) unter anderem für Delikte, die nach diesem Datum begangen worden waren. Das Bundesgericht erwog, das Strafgericht habe bei seiner Annahme eines Härtefalls das gesamte deliktische Verhalten in Betracht gezogen mit Einschluss der vor dem 1. Oktober 2016 begangenen Delikte. Würden die Migrationsbehörden gestützt auf diejenigen Tatsachen, welche das Strafgericht bei der Annahme eines Härtefalls gewürdigt hatte, die Bewilligung widerrufen, würde damit der Dualismus wieder eingeführt, den der Gesetzgeber vermeiden wollte.

3.6. Der vorliegende Fall unterscheidet sich in mehrfacher Beziehung von jenem Urteil: Dort war das zweite

Urteil ergangen teilweise wegen Delikten die vor dem 1. Oktober 2016 begangen worden waren, teilweise aber auch wegen später begangener Delikte, auf welche die Art. 66a ff. StGB anwendbar waren, so dass eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen hatte (vgl. vorne E. 3.2). Effektiv hatte denn das Strafgericht bei seinem Entscheid, von der Landesverweisung abzusehen, das gesamte deliktische Verhalten berücksichtigt mit Einschluss der vor dem 1. Oktober 2016 begangenen Delikte. Schliesslich hatte das Kantonsgericht, welches den Widerruf bestätigt hatte, erwogen, das Strafgericht habe zu Unrecht von einer Landesverweisung abgesehen; eine solche Kritik der Verwaltungsverwaltung an den Entscheiden der Strafjustiz widerspricht jedoch der Konzeption von revArt. 62 Abs. 2 bzw. 63 Abs. 3 AIG.

Im vorliegenden Fall besteht jedoch eine klare Trennung zwischen den früheren Urteilen, welche Anlass für die Nichtverlängerung der Bewilligung bildeten, und dem Strafbefehl vom 22. Mai 2018, welcher ausschliesslich Delikte betraf, welche nach dem 1. Oktober 2016 begangen wurden. Diesem Strafbefehl lässt sich - anders als dem Strafurteil im Fall 2C_1154/2018 - nicht entnehmen, dass die Staatsanwaltschaft bei ihrem Entscheid, keine Anklage mit Antrag auf Landesverweisung zu erheben, die früheren Delikte mit berücksichtigt hätte. Es ist davon auszugehen, dass angesichts des (im Verhältnis zur maximalen Strafdrohung von drei Jahren Freiheitsstrafe) sehr geringfügigen Strafmasses (Geldstrafe von 5 Tagessätzen) eine Landesverweisung wegen der Drohung von vornherein nicht in Betracht gezogen wurde. Die Staatsanwaltschaft hat dabei aber ausschliesslich über die Tat vom 21. April 2018 befunden, nicht über die früheren Straftaten. Demgegenüber hat das Verwaltungsgericht die Nichtverlängerung nicht auf den Strafbefehl vom 22. Mai 2018 gestützt, sondern auf die zahlreichen früheren Verurteilungen. Wenn bereits diese - noch nicht unter Art. 66a ff. fallenden - Verurteilungen für den Widerruf ausreichen, kommt revArt. 62 Abs. 2 AIG nicht zum Tragen (vorne E. 3.4). Schliesslich hat das Verwaltungsgericht - anders als das Kantonsgericht im Urteil 2C_1154/2018 - nicht darauf abgestellt, im Strafverfahren sei zu Unrecht von der Landesverweisung abgesehen worden. Es verhält sich also nicht so, dass verschiedene Behörden (Straf- und Migrationsbehörden) *den gleichen Sachverhalt* unterschiedlich beurteilt hätten: Die Staatsanwaltschaft hat bei seinem Entscheid gegen eine strafrechtlichen Landesverweisung die früheren Delikte nicht in seine Beurteilung miteinbezogen, während die im Jahre 2018 begangenen Taten nicht Anlass für den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung durch die Migrationsbehörden gaben. In der vorliegenden Konstellation kommt daher revArt. 62 Abs. 2 AIG nicht zur Anwendung. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass trotz der schwerwiegenden Delinquenz die Nichtverlängerung der Bewilligung ausgeschlossen wäre, bloss weil der Beschwerdeführer nach dem 1. Oktober 2016 ein weiteres geringfügiges Delikt begangen hat, für welches eine Landesverweisung von vornherein nicht in Betracht fiel, während der Nichtverlängerung nichts entgegen stünde, wenn der Beschwerdeführer nach diesem Datum nicht mehr delinquent hätte. Eine solche Konsequenz wäre ein krasser Wertungswiderspruch, der sich dem Gesetz nicht entnehmen lässt.

3.7. Steht demnach Art. 62 Abs 2 AIG einer Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht entgegen, so ist die Beschwerde abzuweisen.

4.

Bei diesem Ausgang trägt der unterliegende Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens (Art. 65 und 66 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. November 2019

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Nabold

