

Schreiben vom 23. Juni 2009 hat die Bauherrschaft immer von Umgebungsarbeiten und vom Abbruch einer kleinen Mauer und von einem kleinen Sitzplatz gesprochen. Genau dies hat die Abteilung Bau/Planung auch genehmigt. Von Seiten der Bauherrschaft wurden keine Pläne und Skizzen eingereicht, obwohl auf diese gemäss § 25 V PBG in keinem Fall hätte verzichtet werden dürfen. Dieser Paragraph schreibt nämlich vor, dass auch in einer blossen Bauanzeige ein aktueller Situationsplan mit Darstellung des vermasssten Vorhabens sowie ein Beschrieb in Stichworten enthalten und vom Grundeigentümer unterzeichnet sein müsse. Bei den Akten der Gemeinde findet sich nur ein Ausdruck aus dem ZUGIS (Zuger Informationssystem des Grundbuch- und Vermessungsamtes) vom 29. Juni 2009, aus dem einzig der Schiessstand ersichtlich ist. Die geplanten Neubauten sind nicht enthalten. Hinzu kommt, dass gemäss § 44 Abs. 2 PBG die Bauanzeige auch der Baudirektion bzw. dem ARP hätte zugestellt werden müssen, was jedoch unterlassen wurde. Die Zustimmung der Gemeinde hat somit keine Gültigkeit. Hinzu kommt, dass sich die Bauherrschaft auch nicht an die Vorgaben gehalten hat, welche die Abteilung Bau/Planung der Gemeinde gemacht hat. Es wurde ein sehr grosser Sitzplatz erstellt und eine immerhin mehr als sieben Meter lange Mauer und eine Vorrichtung für einen sehr grossen Sonnenschirm erstellt. Unter diesen Umständen kann sich die Bauherrschaft nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen. Zu beachten ist auch, dass die betroffenen Bauten ohne grösseren Aufwand beseitigt und der Boden renaturiert werden kann, d.h. der Bauherrschaft wird durch den Vollzug der Massnahme kein allzu grosser materieller Schaden entstehen. Auch unter dieser Optik erweist sich die Verfügung als verhältnismässig.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. September 2011

V 2011 / 87

4. Ausländerrecht

Art. 33 Abs. 3, 43 Abs. 1, 62 lit. b, 96 Abs. 1 AuG – Eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf den Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. b AuG – wenn gegen eine ausländische Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde – rechtfertigt sich nur, wenn die vorzunehmende Interessenabwägung die Massnahme auch als verhältnismässig erscheinen lässt. Auch unter dem neuen Ausländergesetz bedeutet die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren in jedem Fall einen sehr schwerwiegenden Verstoß gegen die schweizerische Rechtsordnung, weshalb sie den weiteren Verbleib des ausländischen Straftäters in der Schweiz ausschliessen kann.

Aus dem Sachverhalt:

X., geboren in Mazedonien, Staatsangehöriger von Kosovo, heiratete 2004 die in der Schweiz niedergelassene Landsfrau B. Nach seiner Einreise erteilte ihm das AFM am 9. November 2004 eine Jahresaufenthaltsbewilligung mit dem Zweck «Aufenthalt bei der Ehefrau». Das AFM verlängerte die Jahresaufenthaltsbewilligung letztmals am 5. Januar 2007 bis am 17. Oktober 2007. Am 27. Januar 2009 sprach die strafrechtliche Abteilung des Obergerichts des Kantons Zug X. der fahrlässigen Tötung, des Raufhandels und der einfachen Körperverletzung schuldig und verurteilte ihn zu 28 Monaten Freiheitsstrafe.

Mit Verfügung vom 15. April 2009 verweigerte das AFM X. die Verlängerung seiner Jahresaufenthaltsbewilligung und stellte fest, dass er die Schweiz bis am 30. Mai 2009 zu verlassen habe. Zur Begründung bezog sich das AFM auf die Verurteilung zu 28 Monaten Freiheitsstrafe, was aus fremdenpolizeilicher Sicht als schweres Verschulden einzustufen sei. Unter Berücksichtigung der «Zweijahresregel» (Reneja-Praxis) werde Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern der weitere Aufenthalt in der Schweiz verwehrt, wenn sie zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verurteilt worden seien. Diese Praxis sei auf X. anzuwenden, der mit einer niedergelassenen Ausländerin verheiratet sei. Die öffentlichen Interessen würden die privaten Interessen von X. überwiegen. Es sei der Ehefrau und dem Sohn von X. zuzumuten, diesem nach Mazedonien zu folgen. Der Eingriff ins Familienleben sei verhältnismässig. Die von X. erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat mit Beschluss vom 2. März 2010 ab.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 6. April 2010 liess X. beantragen, der Regierungsratsentscheid sei aufzuheben und seine Jahresaufenthaltsbewilligung sei zu verlängern. Zusätzlich wurde als Beweisantrag verlangt, über den Beschwerdeführer ein psychiatrisches Gutachten zur Frage seiner Gefährlichkeit sowie zu dessen Legalprognose zu erstellen. Der Regierungsrat liess die Abweisung der Beschwerde beantragen.

Aus den Erwägungen:

1.

2. a) Ausländerinnen und Ausländer sind zur Anwesenheit in der Schweiz nur berechtigt, wenn sie hier eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzen oder wenn sie nach dem Gesetz keiner solchen bedürfen. Ein Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, unter Vor-

behalt staatsvertraglicher oder gesetzlicher Ausnahmenvorschriften, grundsätzlich nicht (vgl. BGE 124 II 364; BGE 120 Ib 259, mit Hinweisen).

b) Gemäss Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung 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 (Abs. 2). Kinder unter 12 Jahren haben Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Abs. 3).

Die Aufenthaltsbewilligung wird für Aufenthalte mit einer Dauer von mehr als einem Jahr erteilt (Art. 33 Abs. 1 AuG). Sie wird für einen bestimmten Aufenthaltswert erteilt und kann mit weiteren Bedingungen verbunden werden (Abs. 2). Sie ist befristet und kann verlängert werden, wenn keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen (Abs. 3). Die Ansprüche nach Art. 43 erlöschen, wenn Widerrufsgründe nach Art. 62 vorliegen (Art. 51 Abs. 2 lit. b AuG). Gemäss Art. 62 AuG kann die zuständige Behörde die Aufenthaltsbewilligung widerrufen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer: a. oder ihr oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat; b. zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder Art. 61 des Strafgesetzbuches angeordnet wurde; c. erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder äussere Sicherheit gefährdet; d. eine mit der Verfügung verbundene Bewilligung nicht einhält; e. oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist.

c) Wie das Bundesgericht im Entscheid BGE 135 II 377 ff., 379 ff., eingehend darlegt, definiert das Gesetz nicht, was unter «längerfristig» zu verstehen ist. Auch die Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 schweigt sich zu dieser Frage aus (BBl 2002 3709 ff., insb. 3810). Die vorberatende Kommission des Nationalrates erachtete diese offene Formulierung als problematisch, da sie zu einer unterschiedlichen Interpretation in den Kantonen und mithin zu Rechtsungleichheiten führen könne (Votum Nationalrätin Leuthard, AB 2004 N 1089). Die Kommissionsmehrheit schlug daher dem Nationalrat vor, den unbestimmten Begriff der «längerfristigen Freiheitsstrafe» durch die Formulierung «wenn die Ausländerin oder der Ausländer zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Monaten oder wiederholt zu einer kurzen Freiheits- oder Geldstrafe

verurteilt wurde» zu ersetzen. Die eidgenössischen Räte lehnten dies jedoch aufgrund eines entsprechenden Antrags des Bundesrates ab, der anstelle eines starren Gesetzeswortlauts den Begriff «längerfristig» vorzog, der eine flexible, den Umständen des Einzelfalls und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gerecht werdende Auslegung erlaube (Votum Bundesrat Blocher, AB 2004 N 1088 f.). Das Bundesgericht erachtet indessen die Lehrmeinung als überzeugend, wonach die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes nicht mit der Frage der Verhältnismässigkeit einer Massnahme vermengt werden dürfe. Der Terminus «längerfristig» sei daher von der Rechtsprechung klar und vom konkreten Anwendungsfall losgelöst zu definieren. Hierbei rechtfertige es sich, auf einen Grenzwert von einem Jahr abzustellen, zumal ab dieser Strafhöhe die Geldstrafe als Sanktionsart ausscheide und ausschliesslich eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden könne (Spescha, in: Migrationsrecht, 2. Aufl. 2009, N. 6 zu Art. 62 AuG; Zünd/Arquint, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Ausländerrecht, Uebersax und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, Rz. 8.28). Denn dass ausländerrechtliche Fernhaltungsmassnahmen stets dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen hätten, ergebe sich bereits aus Art. 96 Abs. 1 AuG, welcher die behördliche Ermessensausübung regle, sowie aus Art. 8 Ziff. 2 EMRK. Es sei daher nicht erforderlich, die Auslegung von Art. 62 lit. b erster Satzteil AuG von den Umständen des Einzelfalls abhängig zu machen. Vielmehr erscheine es im Interesse der Rechtssicherheit und einer einheitlichen Anwendung des Bundesrechts als geboten, den genannten Widerrufsgrund in einer allgemeingültigen Weise zu präzisieren und einen feststehenden Grenzwert zu bestimmen, ab wann eine Freiheitsstrafe als «längerfristig» im Sinne des Gesetzeswortlauts zu gelten habe. Hierbei erschienen die strafrechtlichen Normen über das zulässige Mass der verschiedenen Sanktionen als geeigneter Anknüpfungspunkt: Es leuchte ein, dass eine Freiheitsstrafe kaum als «längerfristig» zu bezeichnen sei, wenn sie sich in einem Rahmen bewege, der grundsätzlich auch die Verurteilung zu einer Geldstrafe zugelassen hätte. Anders sei dagegen dort zu entscheiden, wo aufgrund des hohen Strafbedürfnisses keine Wahlmöglichkeit zwischen Freiheitsstrafe und Geldstrafe mehr bestehe, sondern als Sanktion zwingend eine Freiheitsstrafe auszusprechen sei. Gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB sei dies der Fall, wenn die Dauer der auszusprechenden Strafe ein Jahr bzw. 360 Tage überschreite. Ein Widerrufsgrund i.S.v. Art. 62 lit. b erster Satzteil AuG (gegebenenfalls i.V.m. Art. 63 Abs. 1 lit. a AuG) liege daher vor, wenn gegen eine ausländische Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen worden sei. Sei eine verhängte Freiheitsstrafe demgegenüber von geringerer Dauer, könne ein Bewilligungswiderruf nur (aber immerhin) gestützt auf die subsidiär anzuwendenden Widerrufsgründe von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG bzw. Art. 62 lit. c AuG erfolgen, d.h. wenn der Aufenthaltsberechtigte erheblich oder wiederholt bzw. der Niedergelassene in schwer-

wiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen oder diese gefährdet habe, oder wenn er die innere oder die äussere Sicherheit gefährde.

d) Eine Nichtverlängerung der Bewilligung gestützt auf den Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. b AuG – wenn gegen eine ausländische Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde – rechtfertigt sich nur, wenn die jeweils im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung die entsprechende Massnahme auch als verhältnismässig erscheinen lässt. Dabei sind namentlich die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration bzw. die Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG sowie die bis 31. Dezember 2007 in Kraft gewesenen Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV]; Urteil 2A.451/2002 vom 28. März 2003 E. 2, nicht publ. in BGE 129 II 215, BGE 135 II 381 E. 4.2 und 4.3).

Bei einer im Rahmen des Familiennachzugs gewährten oder zu gewährenden Aufenthaltsbewilligung ergibt sich die Notwendigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung auch aus Art. 8 Ziff. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, abgekürzt EMRK). ...

e) Bei einem mit einer Schweizer Bürgerin verheirateten Ausländer, der erstmals oder nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer um die Erneuerung seiner Bewilligung ersucht, ging das Bundesgericht in seiner ständigen Rechtsprechung zum ANAG davon aus, dass dem Ausländer im Falle einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren in der Regel selbst dann kein Aufenthaltstitel mehr zu erteilen ist, wenn der schweizerischen Ehepartnerin die Ausreise nicht oder nur schwer zuzumuten ist. In einer solchen Konstellation waren aussergewöhnliche Umstände vonnöten, um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung dennoch zu rechtfertigen («Reneja»-Praxis: BGE 130 II 176, 185 E. 4.1; 110 Ib 201). Gemäss dem Bundesgericht ist von dieser Rechtsprechung, die auf die Umstände eines dauerhaften Aufenthaltes von mit einem schweizerischen Staatsangehörigen oder einem bzw. einer Niederlassungsberechtigten verheirateten Person Rücksicht nimmt, auch unter der Herrschaft des seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden AuG nicht grundlegend abzuweichen (vgl. BGE 135 II 377, 382 f. E. 4.4; für eine Erhöhung des Grenzwertes auf drei Jahre insbesondere Zünd/Arquint, a.a.O., Rz. 8.49 in fine). Denn dass die revidierten Bestimmungen des Strafgesetzbuches bereits für Strafen von über zwei Jahren den vollständig bedingten Vollzug nicht mehr zulassen, sondern höchstens noch einen teilbedingten Aufschub erlaubten, zeige

gerade, dass die Schwere des Verschuldens in diesen Fällen bereits als so gravierend eingestuft werde, dass mindestens ein Teil der Strafe zwingend vollzogen werden solle. Das Gesetz verknüpfe die Frage nach der schuldangemessenen Strafe und jene nach deren Aufschub insoweit, als es den bedingten Strafvollzug für Strafen ausschliesse, die zwei Jahre überstiegen. Die Notwendigkeit einer teilbedingten Freiheitsstrafe ergebe sich als Folge der Schwere des Verschuldens, das sich in einer Strafhöhe zwischen zwei und drei Jahren niederschlage. Auch aus fremdenpolizeilicher bzw. administrativrechtlicher Perspektive impliziere die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren in jedem Fall einen sehr schwerwiegenden Verstoss gegen die schweizerische Rechtsordnung, weshalb sie den weiteren Verbleib des ausländischen Straftäters in der Schweiz ausschliessen könne (BGE 134 IV 1, 11 E. 5.3.3). Wie bis anhin sei jedoch auch zukünftig zu beachten, dass es sich bei der «Zweijahresregel» keinesfalls um eine feste Grenze handle, die nicht über- oder unterschritten werden dürfte. Vielmehr erweise sich weiterhin die Abwägung der widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen im Einzelfall als entscheidend (BGE 120 Ib 6, 14 E. 4b).

3. a) ... Aufgrund der Verurteilung des Beschwerdeführers liegt ein Widerrufsgrund gemäss Art. 62 lit. b erster Satzteil AuG vor. Insbesondere erfüllt die Freiheitsstrafe von 28 Monaten auch klar das wesentliche Kriterium der Reneja-Praxis, wonach die Aufenthaltsbewilligung bei einer zweijährigen Freiheitsstrafe auch zu entziehen ist, wenn der oder die Betroffene sich auf das Recht auf Familie im Sinne von Art. 8 EMRK berufen kann. Die Voraussetzungen für den Widerruf einer Bewilligung gelten ebenfalls für die Nichtverlängerung derselben (Hunziker, Art. 62 N 5), wobei das Vorliegen eines Widerrufsgrundes nicht zwingend den Widerruf der Bewilligung nach sich zieht, vielmehr ist dies eine Ermessensfrage, d.h. die Behörde kann und muss ihr Ermessen ausüben, wobei dies pflichtgemäss zu erfolgen hat. Insbesondere findet das Verhältnismässigkeitsprinzip Beachtung und ist eine Interessenabwägung notwendig, bei der gemäss Art. 96 Abs. 1 AuG die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie der Grad der Integration zu berücksichtigen sind (Hunziker, Art. 62 N 6 ff.). In die notwendige Interessenabwägung, die insbesondere auch von Art. 8 EMRK gefordert wird, sind namentlich die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration, bzw. die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie die dem Betroffenen und seinen Angehörigen bei einer Ausreise drohenden Nachteile einzubeziehen.

b) Der Beschwerdeführer bringt vor, dass bereits die Anwendung der Reneja-Praxis in seinem Fall nicht statthaft sei. Er lässt ausführen, dass hier in erster Linie ein Fahrlässigkeitsdelikt zur Diskussion stehe, dass es aber per definitionem nicht möglich sei, aus einem Fahrlässigkeitsdelikt als einem ungewollten und un-

beabsichtigten Delikt auf eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu schliessen. Dies wäre nur bei einem vorsätzlichen oder zumindest eventualvorsätzlichen Delikt, d.h. einem Persönlichkeits- oder Charakterzug möglich, der weitere Straftaten erwarten liesse. Mit der Logik nicht vereinbar sei auch die Behauptung, es müsse im Falle des Beschwerdeführers kein Restrisiko geduldet werden. Demgegenüber führt die Vorinstanz aus, in der Lehre zur Anwendung der Reneja-Praxis seien keine Ausführungen zu finden, wonach diese lediglich auf Vorsatz- oder Eventualvorsatzdelikte anzuwenden sei, und die Regierung sei nicht gewillt, ein Restrisiko zu dulden, das z.B. darin bestehe, dass der Beschwerdeführer sich erneut in Situationen begeben könnte, in denen eine erhöhte Möglichkeit von fahrlässigen Delikten gegen Leib und Leben bestehe.

c) Die bundesgerichtliche Praxis zeigt klar, dass Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung die vom Strafrichter verhängte Strafe ist (BGE 129 II 215, 216 E. 3.1).

Hinsichtlich des Verschuldens wurde im Haftbefehl der Staatsanwaltschaft vom 6. Juni 2008, 16.30 Uhr, folgender Tatvorwurf gegen den Beschwerdeführer formuliert: «Am 14. April 2007, um ca. 01.45 Uhr, beteiligte sich X. bewusst an einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen F, E und D, welche auf dem Vorplatz des «Hans-Waldmann-Pub» am Kreuzplatz in Baar abgehalten wurde. X. verpasste dabei F auf dem Trottoir einen Schlag an den Hinterkopf, so dass dieser rücklings zu Boden fiel, mit seinem Kopf auf den Asphalt prallte und an den Folgen dieses Sturzes 10 Tage später verstarb. X. handelte dabei im vollen Bewusstsein, dass F durch den von ihm verpassten Schlag an den Hinterkopf zu Boden stürzen und sich dabei todesursächliche Verletzungen zuziehen könnte, und nahm Solches bewusst in Kauf. ...».

Mit Urteil vom 27. Januar 2009 verurteilte die strafrechtliche Abteilung des Obergerichts des Kantons Zug den Beschwerdeführer wegen fahrlässiger Tötung gemäss Art. 117 StGB, Raufhandel gemäss Art. 133 Abs. 1 StGB und einfacher Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB zu 28 Monaten Freiheitsstrafe. ... Das Obergericht kam zum Schluss, dass das Verschulden des Beschwerdeführers hinsichtlich der ihm ebenfalls vorzuwerfenden einfachen Körperverletzung schwer wiege. Die Gesundheit und die körperliche Unversehrtheit seien wertvolle Rechtsgüter. Der Beschwerdeführer habe F einen Faustschlag an den Kopf versetzt, obwohl auch ihm bewusst gewesen sei, dass der Kopf eines Menschen äusserst verletzungsanfällig sei. Er habe sein Opfer somit an einer möglichst empfindlichen Stelle treffen wollen. Unter Einbezug der einfachen Körperverletzung erweise sich eine Freiheitsstrafe von 28 Monaten als schuldangemessen. Beim Beschwerde-

führer seien die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges, wie bereits vom Strafgericht festgestellt, grundsätzlich erfüllt. Das Verschulden des Beschwerdeführers wiege aber schwer. Um diesem Verschulden Rechnung zu tragen, seien sechs der 28 Monate Freiheitsstrafe unbedingt zu vollziehen. Es sei auch zu erwarten, dass der unbedingte Vollzug dieser sechs Monate eine nachhaltige Wirkung entfalten werde. Der Vollzug der restlichen 22 Monate sei aufzuschieben und die Probezeit dafür auf drei Jahre festzusetzen. Dem Beschwerdeführer wurden die Untersuchungs- und erstinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 25'285.85 sowie die Kosten des Berufungsverfahrens in Höhe von Fr. 6'330.– auferlegt.

Die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten wegen fahrlässiger Tötung gemäss Art. 117 StGB, Raufhandel gemäss Art. 133 Abs. 1 StGB und einfacher Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB deutet zweifellos auf ein erhebliches Verschulden hin. Dem Beschwerdeführer ist entgegenzuhalten, dass eine so hohe Strafe auch – und erst recht – bei einem Fahrlässigkeitsdelikt nur bei einem entsprechend hohen Verschulden resultiert. Dass die Strafe bei Fahrlässigkeit, je nach Straftat, entfällt oder milder ausfällt als bei Vorsatz, kann also vom Beschwerdeführer nicht zu seinen Gunsten angerufen werden.

d) Die vom Beschwerdeführer für die Anwendung der Reneja-Praxis angestrebte Unterscheidung zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt geht an dem vom Bundesgericht statuierten Anknüpfungspunkt vorbei. Tatsächlich wird auch aus Lehre und Praxis kein entsprechender Vorbehalt ersichtlich. Bezüglich der Reneja-Praxis geht es um die Konventionskonformität der Versagung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung in Nachachtung des dauerhafteren Aufenthaltes einer mit einem bzw. einer schweizerischen Staatsangehörigen oder einem bzw. einer Niederlassungsberechtigten verheirateten Person, nicht aber um den Widerrufsgrund im Sinne von Art. 62 AuG bzw. die Art des Straftatbestands im Sinne von Art. 62 lit. b AuG. Es geht einzig darum, unter welchen Voraussetzungen die Bestimmung von Art. 8 EMRK über die Regelung im Ausländergesetz hinaus einen Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung einzuräumen vermag.

Bei der Reneja-Praxis bzw. Zweijahresregel für eine mit einem Schweizer Partner verheiratete Person handelt es sich im Weiteren zwar nicht um einen festen Wert, es bedarf jedoch «aussergewöhnlicher» (Urteil 2C_683/2007 vom 1. Februar 2008, E. 2.4., unter Verweis auf BGE 110 Ib 201) bzw. «besonderer Umstände» (Hunziker, Art. 62 N 26), wenn die Bewilligung trotz einer solchen oder höheren Strafe erteilt oder erneuert werden soll. Nicht unbesehen angewendet werden

kann die Regel verständlicherweise bei Personen, die sich schon längere Zeit in der Schweiz aufhalten, wobei namentlich zu prüfen ist, ob die mit der Schweiz geknüpften Beziehungen eine stärkere Gewichtung des privaten Interesses am Verbleib gebieten, ohne dass aber auch in diesem Fall ein Verzicht auf den Widerruf bzw. eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sich als zwingend erweist (Hunziker, Art. 62 N 26 mit Hinweisen auf die bezügliche Bundesgerichtspraxis). Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist auf die Schwere der begangenen Straftat, auf den seit der Tat vergangenen Zeitraum, auf das Verhalten des Ausländers während dieser Periode, auf die Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen sowie auf deren familiäre Situation abzustellen, zudem auf die Dauer und sogar Intensität der ehelichen Beziehung, auf den Umstand der Kenntnis des Ehegatten um die Straftat im Zeitpunkt der Eheschliessung, das Vorhandensein und Alter von Kindern sowie die Nachteile für den Ehepartner im Falle, dass er dem Betroffenen in dessen Heimatstaat nachfolgen müsste (Hunziker, Art. 62 N 27).

Gestützt auf die erwähnte Reneja-Praxis des Bundesgerichts erhöht es die Anforderungen an das öffentliche Interesse an einer Massnahme, wenn die Ausreise für den schweizerischen oder niedergelassenen Partner des Ausländers unzumutbar oder schwer zumutbar ist. Bei höheren Strafen wird das öffentliche Interesse an Widerruf, Verweigerung oder Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung in der Regel aber höher bewertet als jenes der Partner, zusammen in der Schweiz leben zu können. Im Falle einer tieferen Strafe hängt die Interessenabwägung davon ab, in welchem Grad es dem schweizerischen oder analog dem niedergelassenen Partner zumutbar ist, in das Herkunftsland des anderen überzusiedeln (Nägeli/Schoch, 22.196). Bei einer Ehe mit einer hier niedergelassenen Partnerin sind die Voraussetzungen für das Erlöschen des Anspruchs auf Aufenthaltsbewilligung zudem weniger streng als im Fall einer mit einer Schweizer Bürgerin bestehenden Ehe, d.h. es genügen bereits geringere öffentliche Interessen für ein Erlöschen des Anspruchs und die entgegenstehenden privaten Interessen sind weniger stark zu gewichten. Ja, das Bundesgericht hat - wenn auch «zwar beiläufig», aber erst recht mit Gültigkeit auch unter dem neuen Recht (Nägeli/Schoch, 22.201) - sogar festgehalten, dass die Zweijahresregel im Falle einer Ehe mit einem niedergelassenen Ausländer gar nicht anwendbar sei (BGE 120 Ib 129, 130 f. E. 5b). Auch im Sinne einer «Faustregel» kann darum gesagt werden, dass bei einem «schwächeren» Aufenthaltsrecht wie im Falle des Beschwerdeführers mit blosser Aufenthaltsbewilligung im Gegensatz zu Fällen mit Bezug zum Freizügigkeitsabkommen bzw. mit einer Niederlassungsbewilligung das erforderliche Strafmass für die Entfernung eines aufenthaltsberechtigten, durch Familienbande mit der Schweiz verbundenen Ausländers tiefer sein «muss resp. kann» (Nägeli/

Schoch, 22.217). Wie die Kommentatoren erklären, enthält Art. 62 lit. c AuG aufgrund des Vergleichs mit der Regelung von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG den «wohl allzu» diskreten Hinweis darauf, dass (auch) für den – hier zu prüfenden – Entzug einer Aufenthaltsbewilligung wegen der Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe ein weniger schwerwiegendes Verschulden genügen soll als im Falle des Widerrufs einer Niederlassungsbewilligung (Nägeli/Schoch, 22.196).

e) Weiter ist dem Beschwerdeführer bezüglich des gewichtigsten von ihm erfüllten Straftatbestandes der fahrlässigen Tötung und seiner Argumentation, es sei bereits per definitionem nicht möglich, aus einem Fahrlässigkeitsdelikt als einem ungewollten und unbeabsichtigten Delikt auf eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu schliessen, entgegenzuhalten, dass sich sein Fall z.B. ganz wesentlich von jenem unterscheidet, in dem etwa jemand auf einen Hund zu schiessen meint, dabei aber einen Menschen tötet und einerseits aufgrund von Art. 13 StGB («Sachverhaltsirrtum», früher Art. 19 StGB: «Irrige Vorstellung über den Sachverhalt») zu seinen Gunsten nur wegen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB bestraft wird, aber möglicherweise zusätzlich wegen fahrlässiger Tötung im Sinne von Art. 117 StGB zu verurteilen ist, wenn der Irrtum über das Tatobjekt bei pflichtgemässer Vorsicht vermeidbar gewesen wäre. Von einer solchen fahrlässigen Tötung, die sicher anders zu beurteilen wäre, unterscheidet sich ein im Rahmen eines Raufhandels geführter, sich als tödlich erweisender Schlag ganz erheblich. Zu Recht gab deshalb der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid dem strafrichterlich festgestellten Verschulden des Beschwerdeführers ein grosses Gewicht. Dieses muss als sehr schwer eingestuft werden. Auch wenn das Strafobergericht im Übrigen in dubio pro reo und entgegen der auf vorsätzliche Tötung oder schwere Körperverletzung gerichteten Anträge der Staatsanwaltschaft «nur» auf eine einfache Körperverletzung geschlossen hat, wobei sich die Beweisführung bei Raufhandel naturgemäss sehr schwierig gestaltet, spricht trotz der fehlenden Vorstrafen nicht nur das Strafmass gemäss der Bundesgerichtspraxis, sondern insgesamt auch das Verschulden des Beschwerdeführers gegen eine blosser Verwarnung anstelle des Bewilligungswiderrufs.

f) Der Beschwerdeführer legt im Weiteren unter Berufung auf die Logik dar, um jedes Restrisiko für Fahrlässigkeitsdelikte zu beseitigen, müsste man sämtliche Ausländer, egal ob vorbestraft oder nicht, aus der Schweiz ausweisen. Der Beschwerdeführer sei an diesem schicksalshaften 14. April 2007 in eine «Kneipenschlägerei» verwickelt gewesen, bei der er seinem Kontrahenten einen Faustschlag an den Kopf verpasst habe, nachdem er selber zuerst einen Schlag gegen seine Brust habe einstecken müssen. Dabei sei sein Gegner nach dem Schlag

sehr unglücklich gestürzt und habe sich tödliche Verletzungen zugezogen, die er nicht habe erwarten und voraussehen können. Es lasse sich deshalb aus dieser tragischen Geschichte nicht eine gegenwärtige Gefährdung der Ordnung durch den Beschwerdeführer ableiten. Dem ist nicht nur die unmittelbar vorangehende Erörterung über das konkret in Frage stehende Fahrlässigkeitsdelikt – und nur schon das Gewaltdelikt des Raufhandels – entgegenzuhalten, sondern zudem, dass das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung schliesslich betont, dass das eventuelle Fehlen einer Rückfallgefahr bei der fremdenpolizeilichen Interessenabwägung keine ausschlaggebende Rolle spiele, wobei aber namentlich im Zusammenhang mit Gewaltdelikten selbst ein relativ geringes Restrisiko nicht hingegenommen werden müsse (Bundesgerichtsurteil 2C_201/2007, E. 3.2, vom 3. September 2007 mit Hinweisen). Und dies gilt selbst wenn der Strafrichter hinsichtlich der Resozialisierungschancen eine günstige Prognose stellt (BGE 125 II 521, 528; vgl. Caterina Nägeli/Nik Schoch, in: Uebersax /Rudin /Yar /Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl. Basel 2009, Rz. 22.192). Somit erweist sich die vom Beschwerdeführer verworfene Argumentation des Regierungsrates, keine Rückfallgefahr dulden zu wollen, ohne weiteres schlüssig. Dass der Beschwerdeführer «ohne die tragische und ungewollte Entwicklung, die zum Tod des Opfers geführt habe, nur wegen Raufhandels und einfacher Körperverletzung verurteilt» und weit geringer bestraft worden wäre, mag zutreffen. Es wurde ihm strafrechtlich aber gerade vorgeworfen, sich am Raufhandel beteiligt und dabei durch das ihm zurechenbare Verhalten, nämlich eine – zumindest einfache – Körperverletzung den Tod seines Opfers bewirkt zu haben. Dafür hat er aber die Verantwortung zu übernehmen, wozu auch die ausländerrechtlich vorgesehene Konsequenz gehört, dass er die Schweiz zu verlassen hat.

Zweifellos spricht ein hohes öffentliches Interesse gegen den Aufenthalt von Ausländern im Land, die sich so schwerer Delikte wie Raufhandel mit Todesfolge und fahrlässiger Tötung schuldig gemacht haben. Auch wenn kein Mensch absolut davor gefeit sein mag, Straftaten zu begehen oder rückfällig zu werden, so leuchtet doch ein, dass jemand, der bereits einmal so schwer strafbar geworden ist, diesbezüglich jedenfalls eher gefährdet ist. Insofern unterscheidet sich der Fall des Beschwerdeführers entgegen der plakativen Rhetorik seines Rechtsvertreters eben doch grundlegend von den generell genannten Ausländern oder auch Schweizern, die noch nie straffällig geworden sind und natürlich schon von daher nicht «rückfällig» werden können. Und wie schon erwähnt handelt es sich nicht um eine fahrlässige Tötung im Rahmen eines sog. Sachverhaltsirrtums oder eines tragischen Unfalls auf dem Arbeitsplatz, sondern während eines heftigen Raufhandels.

g) Abzuweisen ist das vom Beschwerdeführer gestellte Begehren um Anordnung eines psychiatrischen Gutachtens zur Frage seiner Gefährlichkeit sowie zu dessen Legalprognose. ... Es trifft zu, dass der Ausgang des Strafverfahrens entscheidenden Einfluss auf den ausländerrechtlichen Status einer straffälligen ausländischen Person haben kann, da die Administrativbehörden ein rechtskräftiges Strafurteil in der Regel bezüglich der Einschätzung der Verschuldensschwere übernehmen, um auf das Gefahrenpotential zu schliessen. Demzufolge ist es auch aus ausländerrechtlichen Gründen und im Sinne einer umfassenden Interessenvertretung wichtig, dass der Strafverteidiger allfälligen ungerechtfertigten Qualifikationen entgegentritt (vgl. Nägeli/Schoch, 22.216). Dazu mag das Einverlangen einer Begutachtung gehören, was beim Beschwerdeführer nicht der Fall gewesen ist. Im Nachgang zum Urteil des Strafobergerichts vom 27. Januar 2009 erklärte der dem Gericht bekannte und mit dem Strafprozessrecht vertraute Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, dieses unwiderruflich zu akzeptieren und dass der Beschwerdeführer bereit sei, die in Halbgefangenschaft zu verbüssende Freiheitsstrafe sofort anzutreten. Aus der Sicht der ausländerrechtlichen Behörden bedarf es vorliegend aber keiner psychiatrischen Begutachtung und keiner Legalprognose. Den involvierten Behörden liegen genügend Informationen über den Beschwerdeführer und die Tat vor, aufgrund derer er zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Insbesondere können schon aufgrund der funktionalen Aufgabenteilung und der klaren Regelung im Ausländergesetz nicht die Administrativbehörden nachträglich sozusagen den Strafpunkt (Verurteilung zu einer Strafe oder Massnahme) im Sinne einer «Korrektur» des Strafurteils in Frage stellen. Allenfalls versäumte Verteidigungshandlungen, deren Ergebnis rein hypothetisch ist, können nicht bei Bedarf im ausländerrechtlichen Verfahren nachgeholt werden.

4. a) Was das persönliche Interesse des Beschwerdeführers am weiteren Verbleib in der Schweiz betrifft, so ... handelt es sich weder um einen Ausländer der zweiten Generation, noch ist er in der Schweiz durch eine bereits längere Anwesenheit heimisch geworden. Es fehlen jegliche Belege für eine Integration in der Schweiz, so hinsichtlich seines sozialen Netzes, aber auch der Arbeitssituation.

...

b) Seine Ehefrau stammt ebenfalls aus Mazedonien und lebt seit sechzehn Jahren in der Schweiz. Sie verfügt über eine Niederlassungsbewilligung und ist gemäss den Angaben der Vorinstanzen sehr gut integriert. Sie arbeitet und hilft dem Beschwerdeführer, seine Schulden zu bezahlen. Ihre Familie lebt ebenfalls in der Schweiz. Eine Rückkehr in ihr Heimatland Mazedonien ist für sie eher schwer zumutbar, aber auch sie ist immerhin aufgrund ihrer Kindheit mit den dortigen

kulturellen und gesellschaftlichen Gepflogenheiten nicht unvertraut. Es ist ohne weiteres anzunehmen, dass sie die Landessprache beherrscht und mit den Sitten und Gebräuchen in Mazedonien vertraut ist. Eine Rückkehr zwecks Aufrechterhaltung des Familienlebens ist ihr damit zumindest nicht völlig unzumutbar. Für das gemeinsame, noch nicht schulpflichtige Kind ist eine Rückkehr schon aufgrund des Alters zumutbar, auch wenn die persönlichen Perspektiven zumindest unter den gegenwärtigen Verhältnissen natürlich schlechter erscheinen als bei einer Kindheit in der Schweiz. Immerhin darf hinzugefügt werden, dass Mazedonien seit Dezember 2005 den Status eines Beitrittskandidaten zur Europäischen Gemeinschaft hat, was für das Kind wie für die ganze Familie eine erhebliche Aufhellung der Zukunftsperspektiven darstellt. Da gegen den Beschwerdeführer eine Freiheitsstrafe von mehr als 24 Monaten verhängt wurde, hat seine Ausreise gemäss Reneja-Praxis grundsätzlich auch dann zu erfolgen, wenn der niedergelassenen Ehegattin die Ausreise nur schwer zumutbar ist. Das öffentliche Interesse der Schweiz an der Ausreise des Beschwerdeführers muss als grösser gewichtet werden, als jenes des Ehepaars, in der Schweiz zusammen leben zu können. Um die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung noch zu rechtfertigen, müssten ausserordentliche Umstände gegeben sein. Vorliegend sind jedoch keine solchen ausserordentlichen Umstände ersichtlich. Die Anwesenheit des Beschwerdeführers gilt noch nicht als gefestigt und seiner Familie ist es letztlich jedenfalls nicht völlig unzumutbar, nach Mazedonien zurückzukehren.

c) Abgesehen vom Vorfall in Baar ist der Beschwerdeführer nicht vorbestraft. ... Wie die Vorinstanzen zu Recht feststellten, darf die Tatsache, dass seit der Straftat kein Rückfall eingetreten ist, als selbstverständlich angesehen werden. Trotzdem ist dies zugunsten des Beschwerdeführer zu registrieren. Wie bereits erwähnt, kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sogar das mögliche Fehlen einer Rückfallgefahr bei der fremdenpolizeilichen Interessenabwägung keine ausschlaggebende Rolle spielen.

Wie der Regierungsrat zu Recht bemerkt, sind die Möglichkeiten der Resozialisierung des Beschwerdeführers seit seiner Entlassung aus dem Strafvollzug am 17. Januar 2010 insofern eingeschränkt, als ihm aufgrund seiner Vorstrafe der Wiedereinstieg in die Berufswelt sicher nicht leicht fallen wird und er zusätzlich zu den über CHF 30'000.- an Untersuchungs- und Verfahrenskosten auch bezüglich Genugtuung, Schadenersatz und Anwaltskosten der Eltern des Opfers mit einer Regressforderung der kantonalen Opferhilfestelle zu rechnen hat. ... Gemäss den mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereichten Unterlagen hat der Beschwerdeführer aber in der Zwischenzeit immerhin wieder eine Stelle gefunden. Dass dem Beschwerdeführer in Mazedonien nicht die gleichen wirtschaftlichen

Perspektiven offen stehen wie in der Schweiz, hat er wie bereits erwähnt hinzunehmen.

d) ...

e) Auch unter Berücksichtigung der vom EuGH aufgelisteten Kriterien erweist sich die Wegweisung des Beschwerdeführers als verhältnismässig. Bei dieser Sachlage ist es insgesamt nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz annimmt, dass das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung des Beschwerdeführers höher zu gewichten ist als dessen persönliche Interessen sowie die Interessen seiner Familie an seinem Verbleib in der Schweiz. Daran ändert nichts, dass unbestritten und positiv zu vermerken ist, dass er bzw. seine Familie sich bei den Hinterbliebenen des Verstorbenen entschuldigt haben und auch die Kosten des Verfahrens vollumfänglich begleichen wollen, auch um damit zu belegen, «dass sie es verdient hätten und würdig seien, in der Schweiz bleiben zu können».

5. Dass die Medien in ihren Berichten über das «Baarer Tötungsdelikt» eine möglicherweise ausländerfeindliche Stimmung geschürt haben könnten, was das Gericht nicht zu beurteilen hat, dürfte selbstverständlich keinen Einfluss auf Entscheide in einem Rechtsstaat haben, wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht. Wenn er den Leiter des Amtes für Migration rügt, dass er in seiner Vernehmlassung vom 10. August 2009 gegenüber der Vorinstanz «sehr populistisch» argumentiert habe, dass «die Medien» sich für den Fall sicherlich interessieren würden und die Öffentlichkeit «einen konsequenten Entscheid erwarte», so ist dies hingegen eine zulässige, die Gesetzesauslegung betreffende Wertung. Auch wenn er dabei die damals hängige Ausschaffungsinitiative erwähnte, konnte sich der Amtsleiter legitimerweise auf den der entscheidenden Behörde zustehenden Ermessensspielraum berufen. Bei der Ermessensausübung haben die Behörden im Sinne von Art. 96 Abs. 1 AuG die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration des Ausländers zu berücksichtigen, wie bereits erläutert worden ist. Diese Ermessensausübung steht nicht im freien Belieben der Verwaltungsbehörde, sondern ist an den Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm und die allgemeinen Rechtsgrundsätze gebunden. Insbesondere hat sie das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung zu beachten, doch umfassen die zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen nicht nur die verfassungsmässigen Rechte und den Grundsatz gegenseitiger Achtung und Toleranz, sondern auch gesamtwirtschaftliche Interessen und demografische, soziale und gesellschaftliche Entwicklungen. Zwar ergibt sich aus dem Gesetz nicht, dass eine generell restriktive Einwanderungspolitik als eigenständiges öffentliches Interesse zu verfolgen wäre, doch stellen nicht nur Zulassungshürden für

Arbeitsimmigranten und Nachzugsfristen beim Kindernachzug ein öffentliches Interesse dar, sondern jedenfalls auch die Sanktionierung gesetzwidriger oder sozialschädlicher Verhaltensweisen durch Ausländer (vgl. zum Ganzen Marc Spescha, in: Spescha /Tühr /Zünd /Bolzi, Migrationsrecht, 2. Aufl. Zürich 2009, Art. 96 N 1 ff.). In diesem Sinne durfte der Amtsleiter zur Begründung seines Entscheids u.a. erwähnen, dass in den Entscheid, soweit er freies Ermessen beinhaltet, auch die gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen von Seiten des Verfassungs- und Gesetzgebers – unter Berücksichtigung auch der letztes Jahr aktuell gewesenen und vom Volk angenommenen Ausschaffungsinitiative – einzufließen hätten, wobei die Medien diese natürlich ein Stück weit reflektieren. Dem Beschwerdeführer ist aber zu versichern, dass aus Sicht des Gerichts die vorinstanzlichen Entscheide und ihre Begründung keineswegs verfassungsmässige Rechte des Beschwerdeführers oder den Grundsatz der Achtung und Toleranz ihm gegenüber verletzt haben. Dies wird von ihm auch nicht geltend gemacht.

Dem Verwaltungsgericht kommt schliesslich im vorliegenden Fall nur die Rechtskontrolle zu. Unter diesem Gesichtspunkt ist es aus der Sicht der im Rahmen ihres Ermessens auch politisch verantwortlichen Regierung nachvollziehbar, dass sie es als unerträglich erachten würde, wenn der Beschwerdeführer bei einem Verbleib in der Schweiz in der Zukunft allenfalls erneut durch ein Gewaltdelikt auffallen sollte. Der von der Regierung getroffene Entscheid stellt keine Willkür dar. Der Beschwerdeführer hat den Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Das Gericht greift unter den hier gegebenen Umständen nicht in das der Verwaltung vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen ein, das Verfassung und Gesetz respektiert.

Demgemäss erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist sie deshalb abzuweisen. ...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. März 2011

V 2010 47

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das Bundesgericht mit Urteil vom 12. Oktober 2011 als offensichtlich unbegründet ab (2C_289/2011.)