



Fall-Nr.: B 2011/271
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 31.05.2012
Entscheiddatum: 31.05.2012

Urteil Verwaltungsgericht, 31.05.2012

Ausländerrecht, Art. 3 Abs. 1 und 2 lit. a Anhang I FZA (SR 0.142.112.681), Art. 50 AuG (SR 142.20) sowie Art. 8 EMRK (SR 0.101). Die Berufung auf die formell noch existierende Ehe zwecks Wahrung des ausländerrechtlichen Status erweist sich dann als rechtsmissbräuchlich, wenn jeglicher Wille zum Führen einer ehelichen Gemeinschaft fehlt oder erkennbar ist, dass keine Aussicht auf ein weiteres eheliches Zusammenleben mehr besteht. Aufgrund der konventionsrechtlichen Garantien muss aber den tatsächlich gelebten familiären Beziehungen Beachtung geschenkt werden. In Fällen einer tatsächlich beendeten Ehe zwischen einem in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Vater und einer obhutsberechtigten Mutter, die einzig zur Erleichterung der Ausübung des Besuchsrechts zwischen dem Kind und dem Vater um weiteren Aufenthalt in der Schweiz ersucht, kann nur mit grosser Zurückhaltung vom Widerruf der Aufenthaltsbewilligungen des Kindes und der Mutter abgesehen werden. Erforderlich sind dafür eine besonders intensive Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht zwischen dem Kind und dem in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Vater sowie eine überdurchschnittliche Integration und ein tadelloses Verhalten der obhutsberechtigten Mutter (Verwaltungsgericht, B 2011/271).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. M. Looser

In Sachen

J. K.,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin 1,

und

K. K.,

Beschwerdeführerin 2,

beide vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. A. F.,

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Moosbruggstrasse 11,
9001 St. Gallen,

betreffend

Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Die Ukrainerin J. K.(-R.) ist am 16. April 1981 geboren und verheiratete sich am 27. Januar 2005 in Deutschland mit M. K. (geboren am 7. September 1965), wo das Ehepaar fortan seinen Wohnsitz hatte. Am 15. September 2006 wurde die gemeinsame Tochter K. geboren. Wie ihr Vater ist sie im Besitz der deutschen Staatsbürgerschaft.

M. K. erhielt am 18. August 2008 für die Schweiz eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA, nachdem er per 1. September 2008 ein Arbeitsverhältnis als Polygraph in G.



St.Galler Gerichte

eingegangen war. Seiner Frau und dem Kind wurde der Aufenthalt im Rahmen des Familiennachzugs ab gleichem Datum ebenfalls bewilligt. Sämtliche Bewilligungen sind bis zum 27. August 2013 gültig. Die Familie nahm in R. Wohnsitz.

B./ Seit November 2009 leben die Eheleute K. getrennt. Mit Entscheid des Einzelrichters des Kreisgerichts Rorschach wurde die Tochter K. im Sinne einer dringlichen Anordnung unter die Obhut von J. K. gestellt und dem Vater ein gerichtsübliches Besuchsrecht eingeräumt. Dieser Entscheid wurde durch den ordentlichen Eheschutzentscheid vom 11. August 2010 im Wesentlichen bestätigt. Zusätzlich wurde darin der Unterhalt geregelt.

C./ Am 21. Juli 2010 stellte das Ausländeramt (heute Migrationsamt) J. und K. K. den Widerruf ihrer Aufenthaltsbewilligungen in Aussicht. Nachdem diese am 16. August 2010 dazu Stellung genommen hatten, wurde der Widerruf am 22. September 2010 definitiv verfügt. Begründet wurde der Entscheid hauptsächlich damit, dass die eheliche Gemeinschaft aufgelöst worden sei und damit die Voraussetzungen des Familiennachzugs nicht mehr gegeben seien. Der Ehewille sei beiderseits erloschen, und es seien bereits neue Partnerschaften eingegangen worden. Angesichts der kurzen Dauer der Ehe in der Schweiz bestehe kein Anspruch auf einen selbständigen Aufenthaltstitel. Dem Kind sei es zuzumuten, seiner Mutter ins Ausland zu folgen.

D./ Gegen diese Verfügung liessen J. und K. K. mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 7. Oktober 2010 Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement erheben. Sie beantragten, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und vom Widerruf der Aufenthaltsbewilligungen und der Wegweisung sei abzusehen. Mit Entscheid vom 1. Dezember 2011 wurde der Rekurs abgewiesen.

E./ Dagegen erhoben J. und K. K. mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 27. Dezember 2011 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Rekursentscheid vom 1. Dezember 2011 sei vollumfänglich aufzuheben und vom Widerruf der Aufenthaltsbewilligungen EG/EFTA sowie von einer Wegweisung aus der Schweiz sei abzusehen. Ferner sei festzustellen, dass der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme, und es sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung zu gewähren. Zur Begründung wird im Wesentlichen darauf



verwiesen, dass die Trennung der Ehegatten ohne Einfluss auf deren Aufenthaltsrecht bleibe, solange die Ehe formell noch bestehe. Auch das Kind verfüge demzufolge über eine gültige Aufenthaltsbewilligung. Alternativ sei der Ehefrau die Aufenthaltsbewilligung aufgrund der Ehedauer und der gelungenen Integration sowie wichtiger persönlicher Gründe zu erteilen. Bezüglich der Tochter wird mit der engen Beziehung zum Kindsvater argumentiert. Die Trennung, zu der es mit dem Wegzug in die Ukraine unweigerlich komme, gelte es im Sinne der Härtefallregelung zu vermeiden. Aus dem Kindeswohl wird ferner die zwingende Anwesenheit der Kindsmutter abgeleitet, weshalb auch ihre Aufenthaltsbewilligung nicht zu widerrufen sei.

Am 16. Januar 2012 hiess der Präsident des Verwaltungsgerichts das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gut. Das Sicherheits- und Justizdepartement liess sich am 20. Januar 2012 zu den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen vernehmen. Es beantragt die Abweisung der Beschwerde. Am 8. Februar 2012 liessen die Beschwerdeführerinnen erneut eine Stellungnahme einreichen.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten sowie die Ausführungen im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. (...).
2. Die Beschwerdeführerinnen leiten ihr Anwesenheitsrecht primär aus den Bestimmungen über den Familiennachzug ab. Am 18. August 2008 erhielt M. K. eine bis 2013 gültige Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Gleichentags wurden auch den Beschwerdeführerinnen gleich lautende Bewilligungen erteilt. Ihnen wurde der Aufenthalt gestützt auf Art. 7 lit. d des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681, abgekürzt FZA) und Art. 3 Abs. 1 und 2 lit. a Anhang I FZA bewilligt.



2.1. Durch den Familiennachzug soll das familiäre Zusammenleben auch nach dem arbeitsbedingten Aufenthalt eines Ehegattens in der Schweiz gewährleistet bleiben. Es soll vermieden werden, dass sich die Familie dadurch aufsplittet, und das Familienleben soll in der Schweiz zentriert werden. Ist das nicht der Fall, so sind die notwendigen Voraussetzungen für den Nachzug nicht erfüllt. Es dürfen namentlich weder wirtschaftliche noch politische Überlegungen an die Stelle der bezweckten familiären Zusammenführung treten (vgl. Raselli/Hausammann/Möckli/Urwyler, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 16.3 f. mit Hinweisen).

Für Angehörige von Bürgern der EG oder EFTA-Mitgliedsstaaten richtet sich der Familiennachzug nach den Regeln des FZA, und zwar auch dann, wenn die nachziehenden Angehörigen über das Bürgerrecht eines Drittstaates verfügen (vgl. Spescha/Thür/Zünd/ Bolzli, Kommentar Migrationsrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, N 4 ff. zu Art. 3 Anhang 1 FZA). Schweigt sich das FZA zu bestimmten rechtlichen Fragen aus oder bestehen für den Betroffenen anderweitig günstigere Regelungen, gelangt das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20, abgekürzt AuG) auf den Sachverhalt zur Anwendung (sog. Meistbegünstigungsprinzip).

Voraussetzung für den Nachzug ist auf jeden Fall, dass die Gesamtfamilie zusammenwohnt. Vom Erfordernis der gemeinsamen Wohnung wird nur abgesehen, wenn für das getrennte Wohnen wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiterhin besteht (Art. 49 AuG).

2.2. Sind die zu ihrer Erteilung vorausgesetzten Umstände nicht mehr erfüllt, kann die Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA widerrufen werden (Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 23 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, SR 142.203, abgekürzt VEP). Beim Familiennachzug ist namentlich der Fall zu beachten, wenn der Familienkreis aufgelöst wurde, aus dem das Aufenthaltsrecht abgeleitet worden ist.

2.2.1. In der Rechtssache "Diatta" (Rs. 267/83, Slg. 1985, 567) hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass das Aufenthaltsrecht des nachgezogenen Ehegatten



auch bei dauerhafter Trennung solange bestehen bleibt, bis die Ehe durch Tod oder Scheidung rechtlich aufgelöst wird.

2.2.2. In Abweichung davon hat das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung auf Rechtsmissbrauch erkannt, wenn sich ein Ausländer auf eine Ehe beruft, die nur noch formell besteht, obwohl ihm entweder jeglicher Wille zum Führen seiner ehelichen Gemeinschaft abgeht oder für ihn erkennbar ist, dass keine Aussicht auf ein weiteres eheliches Zusammenleben bzw. auf die Führung einer Lebensgemeinschaft mit dem anwesenheitsberechtigten Ehegatten mehr besteht. Die Ursachen der Trennung sind indessen nicht von Belang. Die Berufung auf die Ehe läuft in einem solchen Fall darauf hinaus, dem Ausländer völlig unabhängig vom Bestand seiner ehelichen Beziehung die Anwesenheit in der Schweiz zu ermöglichen. Auf eine derartige Beanspruchung des gesetzlich verbürgten Aufenthaltsrechts sind die Bestimmungen über den Familiennachzug nicht ausgelegt (BGer, Urteile 2C_693/2010 vom 13. September 2010 E. 6 und 2C_207/2010 vom 22. September 2010; BGE 130 II 113 E. 4.2; 128 II 145 E. 2.2; 127 II 49 E. 5 mit Hinweisen).

2.2.3. Statt darzutun, inwiefern die Ehe noch bestehen und daher massgebend sein soll, begnügen sich die Beschwerdeführerinnen damit, auf die Verbindlichkeit der "Diatta"-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinzuweisen. Angesichts der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermögen sie daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Immerhin hat das Bundesgericht festgehalten, dass auf Rechtsmissbrauch nur nach einer Trennung von einer gewissen Dauer und gestützt auf eine umfassende und aktualisierte Sachverhaltsermittlung geschlossen werden dürfe (BGE 130 II 113 E. 4 und 10.3).

2.2.4. Der massgebliche Sachverhalt erschliesst sich vorliegend in erster Linie aus den durch die Beschwerdeführerin 1 getätigten Aussagen. In einer anlässlich des Widerrufsverfahrens ins Recht gelegten Stellungnahme vom 6. Juni 2010 gab sie an, die Familienwohnung zusammen mit ihrer Tochter Ende November 2009 fluchtartig und definitiv verlassen zu haben, nachdem das Eheleben über längere Zeit von massiven Spannungen überschattet worden war. Danach wohnten sie zeitweilig bei einer



Bekanntes, um per 1. Mai 2010 gemeinsam in W. Wohnsitz zu nehmen. Im Zeitpunkt dieser Stellungnahme, also bereits ein halbes Jahr nach der Trennung, konnte sie sich eine Wiederaufnahme des ehelichen Lebens nicht mehr vorstellen. Ihren Ehemann bezeichnete sie als erloschen (Vorakten Beschwerdeführerin 1, act. 25 f.).

Aus dem vorsorglichen Eheschutzentscheid des Kreisgerichts Rorschach vom 29. April 2010 geht hervor, dass sich die Beziehung des Ehemannes zur Beschwerdeführerin 1 als äusserst problematisch gestaltet. Die Vorwürfe, die er gegen sie erhob, waren derart massiv, dass an eine Wiederaufnahme der ehelichen Beziehung auch seinerseits bereits damals nicht mehr zu denken war (vgl. Vorakten Ehemann, act. 101 ff.)

Erwiesen ist auch, dass sowohl die Beschwerdeführerin 1 (vgl. z.B. Vorakten Ehemann, act. 65) als auch ihr Ehemann (Vorakten Ehemann, act. 125 f.) zumindest zeitweilig neue Partnerschaften eingegangen sind. Selbst wenn dies im Zeitpunkt des Widerrufs bereits nicht oder nur mehr teilweise der Fall gewesen sein sollte, so unterstreicht dieser Umstand, dass die eheliche Beziehung unwiederbringlich zerrüttet ist.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Ehemann am 27. Mai 2010 dem Eheschutzgericht im Rahmen des laufenden Verfahrens eine in den wesentlichen Punkten ausgefertigte Scheidungskonvention zukommen liess, die er Mitte Dezember 2009 von der Beschwerdeführerin 1 erhalten haben will. Zwei Tage später habe sie ihn gebeten, von der Scheidung abzusehen, mit der Begründung, ihr drohten sonst ausländerrechtliche Konsequenzen (Vorakten Ehemann, act. 43 sowie - ergänzend - Vorakten Beschwerdeführerin 1, act. 132).

2.2.5. Bei dieser Sachlage ist erstellt, dass sich die Beschwerdeführerin 1 auf eine nur mehr formell existierende, inhaltslos gewordene Ehe beruft. Diese dient im vorliegenden Fall lediglich dazu, den ausländerrechtlichen Status der Beschwerdeführerin 1 zu wahren. Das Rechtsinstitut der Ehe wird mithin zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet, die es nicht schützt und auch nicht schützen will. Das erweist sich als rechtsmissbräuchlich. Ein eigentliches Familienleben findet in der Schweiz nicht mehr statt. Es mangelt daher an den Bewilligungsvoraussetzungen des Familiennachzugs, und die Aufenthaltsbewilligung konnte unter diesen Gesichtspunkten gemäss Art. 23 Abs. 1 VEP widerrufen werden.



2.3. Hinsichtlich der Beschwerdeführerin 2 wird vorgebracht, sie verfüge über ein selbständiges Aufenthaltsrecht. Ihre Aufenthaltserlaubnis habe zumindest dieselbe Gültigkeit wie diejenige des Vaters, aus der das Recht abgeleitet worden sei.

Zutreffend ist, dass der Beschwerdeführerin 2 als Tochter eines Ausländers mit Aufenthaltsbewilligung ihrerseits eine Aufenthaltsbewilligung erteilt worden war, als sie und beide Eltern in einem gemeinsamen Haushalt wohnten. Die Obhut über die Beschwerdeführerin 2 wurde nach der Trennung der Beschwerdeführerin 1 zugesprochen; die beiden bildeten fortan zusammen eine Familiengemeinschaft. Der Vater hat gegenüber der Beschwerdeführerin 2 lediglich ein Besuchs- resp. Ferienrecht sowie Unterhaltsverpflichtungen, und er kann die Vater-Tochter-Beziehung nicht im Rahmen eines familiären Zusammenseins in enger Gemeinschaft pflegen. Damit mangelt es auch der Beschwerdeführerin 2 an den Voraussetzungen für den Familiennachzug. Ihre Aufenthaltsbewilligung konnte daher ebenfalls widerrufen werden.

3. Eventualiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, sie hätten einen vom Familiennachzug losgelösten Anspruch auf Beibehaltung ihrer Aufenthaltsbewilligungen.

3.1. In Ermangelung einer Regelung im FZA bestimmt sich das weitere Aufenthaltsrecht bei durch Scheidung aufgelösten Ehegemeinschaften nach den Bestimmungen des AuG und der dazu ergangenen Rechtspraxis (Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, a.a.O., N 7 zu Art. 3 Anhang 1 FZA). Gemäss Art. 50 Abs. 1 AuG haben Ehegatte und Kinder nach Auflösung der Ehe weiterhin Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht (lit. a) oder wenn wichtige Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (lit. b).

Zur Frage, ob die Ehegemeinschaft während mindestens dreier Jahre in der Schweiz selbst gelebt worden sein müsse, äussern sich Gesetzestext und -materialien nicht. In der Lehre wird diese Voraussetzung zum Teil negiert (Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, a.a.O., N 4 zu Art. 50 AuG; Geiser/Busslinger, in: Uebersax et al. [Hrsg.], a.a.O., Rz. 14.55), vom Bundesgericht hingegen selbst dann vorausgesetzt, wenn die geforderte Dauer



nur um wenige Wochen oder Tage verpasst worden ist (BGE 136 II 113 E. 3.3; 137 II 345 E. 3.1.3; BGer 2C_195/2010 vom 23. Juni 2010 E. 5.1). Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen in der Schweiz nicht die geforderten drei, sondern lediglich von August 2008 bis November 2009 und damit nicht einmal eineinhalb Jahre mit dem Ehemann resp. Vater in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben. Damit mangelt es an der zentralen Voraussetzung für das Fortbestehen des Aufenthaltsanspruchs, und der Aufenthalt der Beschwerdeführerinnen kann nicht gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG verlängert werden.

3.2. Zusätzlich ist zu prüfen, ob nicht wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG). Durch diese Bestimmung sollen Härtefälle nach der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft vermieden werden. Bei der Beurteilung der wichtigen persönlichen Gründe sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Im Gegensatz zur Ermessensbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG, wonach die kantonale Bewilligungsbehörde unter Zustimmung des Bundesamts für Migration von den Zulassungsvoraussetzungen (Art. 18-29 AuG) abweichen kann, um "schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen" (allgemeiner ausländerrechtlicher Härtefall), ist hier nicht von Bedeutung, wie stark der einzelne Kanton das öffentliche Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik gewichtet, sondern allein, wie sich die Pflicht des Ausländers, die Schweiz verlassen zu müssen, nach der gescheiterten Ehe auf seine persönliche Situation auswirkt. Gleichwohl können sich dabei die jeweils zu berücksichtigenden Interessen oder wichtigen Gründe mit den anderen Härtefallregeln überschneiden (Dauer der Anwesenheit, Integration, Zumutbarkeit der Rückkehr usw.). Der ursprünglich vom Ehepartner abgeleitete Bewilligungsanspruch soll in Ausnahmesituationen unter einheitlichen bundesrechtlichen Kriterien verselbständigt weiterbestehen können (vgl. zum Ganzen BGE 137 II 345 E. 3.2.1 mit Hinweisen).

3.2.1. Die "wichtigen persönlichen Gründe" nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG müssen den weiteren

Aufenthalt "erforderlich" machen. Dies kann namentlich der Fall sein, wenn die ausländische Person mit abgeleitetem Aufenthaltsrecht Opfer ehelicher Gewalt



geworden ist oder wenn ihre soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint (Art. 50 Abs. 2 AuG). Der Verbleib in der Schweiz kann sich auch dann als erforderlich erweisen, wenn der Ehegatte verstirbt, von dem sich die Aufenthaltsberechtigung ableitet (vgl. BGE 137 II 1 E. 3 f.). Schliesslich ist nach der Ehe auch den Interessen gemeinsamer Kinder Rechnung zu tragen, falls eine enge Beziehung zu ihnen besteht und diese in der Schweiz ihrerseits gut integriert sind (Botschaft AuG, BBl 2002 3709 ff., Ziff. 1.3.7.6).

3.2.2. Zu beachten ist jedoch, dass die Härtefallregelung von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG regelmässig nur auf Sachverhalte anzuwenden ist, bei denen der Aufenthaltsanspruch nach Art. 42 oder 43 AuG noch gegeben war, sei es dass die Eheleute zusammenwohnten oder dass für das Getrenntleben wichtige Gründe im Sinne von Art. 49 AuG vorlagen. Das kommt im Wortlaut von Art. 50 Abs. 1 AuG zum Ausdruck, der von einem Weiterbestehen des Anspruchs nach den Art. 42 und 43 AuG spricht. War dieser Anspruch bereits untergegangen, weil es am Zusammenwohnen fehlte und auch keine wichtigen Gründe für ein Getrenntleben gegeben waren, kommt sein nachträgliches Wiederaufleben gestützt auf Art. 50 AuG hingegen nicht in Betracht (BGE 137 II 345 E. 3.2.3; BGer 2C_590/2010 vom 29. November 2010 E. 2.5.3).

3.2.3. Die Beschwerdeführerinnen führen dagegen die zweifellos erfolgreiche berufliche und persönliche Integration ins Feld. Die Beschwerdeführerin 1 verfüge über eine feste Teilzeitstelle als Parfümerieverkäuferin, habe es innert kurzer Zeit zur stellvertretenden Geschäftsführerin gebracht und sei überdies als selbständige Visagistin erfolgreich. Beide hätten sie im Übrigen einen beachtlichen Freundeskreis aufgebaut, was durch zahlreiche Schreiben bestätigt wird. Massgebliche Verbindungen in die Ukraine seien nach der fünfjährigen Abwesenheit der Beschwerdeführerin 1 nur mehr schwach ausgeprägt, und bei der Beschwerdeführerin 2, die noch nie dort gelebt habe und auch der ukrainischen Sprache nicht mächtig sei, überhaupt nicht vorhanden.

Ungeachtet dessen steht die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung der Anwendung der Härtefallregelung entgegen. Der Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ist untergegangen, weil die familiären Bindungen zum aufenthaltsberechtigten Ehemann resp. nicht obhutsberechtigten Vater nicht mehr in einer ausländerrechtlich relevanten Intensität bestehen. Seit dem November 2009



fehlte es am Zusammenwohnen, und zwar nicht aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 49 AuG, sondern weil der Ehewille erloschen war. Der Härtefall von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG muss sich demgegenüber auf die Ehe und den damit verbundenen Aufenthalt beziehen. Ein aufgrund beendeter ehelicher Beziehungen untergegangener Anspruch auf eine Anwesenheitsberechtigung kann nicht nachträglich wieder aufleben. Hinzu kommt, dass eine erfolgreiche Integration im Rahmen von Art. 50 Abs. 1 lit. a AUG massgebend wäre, aber für eine Bewilligung nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG alleine nicht genügt (BGer 2C_578/2011 vom 1. Dezember 2011 E. 3.3).

3.2.4. Im Fall der Beschwerdeführerin 2 wird zusätzlich auf die enge und gute Beziehung zum aufenthaltsberechtigten Kindsvater in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht verwiesen. Diese Beziehung manifestiere sich in einem umfangreichen Besuchsrecht. Angesichts dessen seien im Rahmen der Härtefallprüfung gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG die verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantien zum Schutz des Familienlebens zu beachten. In ständiger Rechtsprechung habe ein Ausländer einen Anwesenheitsanspruch, wenn zwischen ihm und seinem Kind eine wirtschaftlich und affektiv besonders enge Bindung bestehe. Die allfälligen verfassungs- und konventionsrechtlichen Ansprüche werden nachfolgend gesondert in der Erw. 4 geprüft.

4. Die Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101, abgekürzt EMRK) vermittelt grundsätzlich keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat. Es kann aber das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. Der sich hier aufhaltende Familienangehörige muss seinerseits über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen, was praxisgemäss der Fall ist, wenn er das Schweizer Bürgerrecht besitzt, ihm die Niederlassungsbewilligung gewährt wurde oder er über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (BGE 130 II 281 E. 3.1; im vorliegenden Fall ergibt sich der Rechtsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA). Der Vater der Beschwerdeführerin 2 besitzt aufgrund des FZA eine gefestigte Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, sodass sich die Beschwerdeführerin 2 grundsätzlich auf das Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK berufen kann. Kein den Schutzbereich von Art. 8 EMRK tangierender



Eingriff liegt normalerweise vor, wenn den Familienangehörigen zugemutet werden kann, ihr gemeinsames Leben im Ausland zu führen. Muss eine ausländische Person das Land verlassen, weil ihr eine ausländerrechtliche Bewilligung vorenthalten worden ist, so haben dies ihre Angehörigen regelmässig hinzunehmen, wenn es ihnen ohne Schwierigkeiten möglich ist, mit auszureisen. Anders verhält es sich, falls die Ausreise für die Familienangehörigen nicht von vornherein und ohne weiteres als zumutbar erscheint. In diesem Fall ist immer eine Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK vorzunehmen, die den Umständen des Einzelfalles umfassend Rechnung trägt (zum Ganzen vgl. z.B. BGE 135 I 153 E. 2.1 mit vielen Hinweisen). Eine solche Abwägung scheint im vorliegenden Fall ohne weiteres angezeigt.

4.1. Die Beschwerdeführerin 2 wurde durch den Eheschutzentscheid vom 11. August 2010 unter die Obhut der Beschwerdeführerin 1 gestellt. Der Vater hat gegenüber seiner Tochter lediglich ein Besuchsrecht, und er kann seine Beziehung zu ihr von Vornherein nicht im Rahmen des familiären Zusammenlebens in enger Gemeinschaft pflegen. Dennoch ist, wie die nachstehenden Erwägungen zeigen werden, auch diese Beziehung im Lichte von Art. 8 Ziff. 1 EMRK relevant.

4.2. Kann sich die Beschwerdeführerin 2 auf Art. 8 EMRK berufen, kommt die Verweigerung einer Anwesenheitsbewilligung einem Eingriff in den darin gewährleisteten Anspruch auf Achtung des Familienlebens gleich. Dieser Anspruch gilt jedoch nicht absolut. Vielmehr ist nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, zur Verhinderung strafbarer Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Pflichten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt eine Abwägung zwischen den gegenläufigen Interessen an der Beibehaltung der Bewilligung einerseits und an deren Widerruf andererseits, wobei Letztere soweit überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (vgl. BGE 135 I 143 E. 2.1 mit Hinweisen). Das Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik ist nach der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der schweizerischen und der ausländischen Wohnbevölkerung, für die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz bereits ansässigen Ausländer und für die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie



für eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung aus der Sicht von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zulässig (BGE 135 I 153 E. 2.2.1 mit Hinweisen). Eine Verletzung von Art. 8 EMRK liegt – wie bereits erwähnt – dann nicht vor, wenn es selbst fest Anwesenheitsberechtigten zuzumuten ist, ihr Familienleben im Ausland zu führen. Nach dieser Rechtsprechung hatten sowohl schweizerische als auch ausländische Kinder, namentlich im Kleinkindesalter, das Lebensschicksal des sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteils zu teilen und ihm ins Ausland zu folgen (vgl. VerwGE B 2003/23 vom 16. März 2004 E. 3b; B 2007/68 vom 4. Juli 2007 E. 2.3.4, beide abrufbar unter www.gerichte.sg.ch; BGE 127 II 60 E. 2a; 122 II 289 E. 3c).

4.2.1. Von dieser Rechtsprechung ist das Bundesgericht nach heftiger und berechtigter Kritik in der Lehre in den Urteilen BGE 135 I 143 und 153 abgewichen, zumindest was den "umgekehrten Familiennachzug" der ausländischen, sorgeberechtigten Elternteile eines Schweizer Kindes anbelangt: Allein die Zumutbarkeit der Ausreise und das öffentliche Interesse, die Einwanderungspolitik restriktiv zu gestalten, genügen demnach für die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung nicht mehr. Es brauche zusätzlich besondere, etwa ordnungs- oder sicherheitspolizeiliche Bedenken, welche diese Folge rechtfertigten (BGE 135 I 143 E. 3; 135 I 153 E. 2.2.4).

4.2.2. Durch diese bundesgerichtliche Neuausrichtung hat sich die Rechtslage bei der - aus Sicht des geschützten Familienlebens - vergleichbaren Situation eines aufenthaltsberechtigten oder niedergelassenen ausländischen Kindes allerdings nicht verändert. In solchen Fällen kann die Zumutbarkeit der Ausreise des Kindes weiterhin für die Bewilligungsverweigerung an den obhutsberechtigten Elternteil genügen. Immerhin ist die Möglichkeit und Ernsthaftigkeit der Ausübung des Besuchsrechts des in der Schweiz anwesenheitsberechtigten anderen Elternteils mit zu berücksichtigen (BGE 137 I 247 E. 4.2.3; P. Uebersax, Die EMRK und das Migrationsrecht aus der Sicht der Schweiz, in: Breitenmoser/Ehrenzeller [Hrsg.], EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 228 f.). Für die Erteilung oder Verlängerung der Bewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK resp. Art. 13 Abs. 1 BV ist in solchen Fällen einerseits erforderlich, dass eine besonders intensive Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht zwischen dem hier anwesenden besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind besteht, und andererseits, dass sich der obhutsberechtigte Elternteil, über dessen Bewilligung zu befinden ist, tadellos verhalten hat. Dabei ist mit noch grösserer Zurückhaltung auf eine



Pflicht zur Bewilligungserteilung zu schliessen als im Falle des besuchsberechtigten Ausländers, der selber, im Hinblick auf die Ausübung seines Besuchsrechts, um die Bewilligung ersucht. Der obhutsberechtigte Elternteil, der die Bewilligung einzig zur Erleichterung der Ausübung des Besuchsrechts zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil für sich erhältlich machen will, soll dies nur bei Vorliegen besonderer Umstände tun können (BGE 137 I 247; BGer 2C_264/2010 vom 23. September 2010 E. 2.2.4, jeweils mit Hinweis auf 2A.508/2005 vom 16. September 2005 E. 2.2.3).

4.2.3. Der vorliegende Fall wirft zunächst die Frage auf, ob die soeben dargestellte bundesgerichtliche Praxis überhaupt Anwendung finden kann. Im Unterschied zu den erwähnten Fällen verfügt die Beschwerdeführerin 2 weder über einen Niederlassungs- noch über einen Aufenthaltstitel. Vielmehr ist ihre Aufenthaltsbewilligung als Folge der Obhutszuweisung an ihre Mutter widerrufen worden. Das ändert jedoch nichts daran, dass auch ihr die Ausreise nicht ohne weiteres zuzumuten ist. Für die Beurteilung nach konventionsrechtlichen Kriterien soll den tatsächlich gelebten familiären Beziehungen Beachtung geschenkt werden. Leitend soll das Wohl des Kindes sein und nicht dessen ausländerrechtlicher Status. Deshalb ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

4.2.4. Folglich ist einerseits zu prüfen, ob zwischen der Beschwerdeführerin 2 und ihrem Vater eine besonders enge Beziehung besteht, und zwar in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht. Was die geforderte Intensität der Beziehung betrifft, kann dieses Kriterium regelmässig nur dann als erfüllt betrachtet werden, wenn ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht eingeräumt worden ist und dieses kontinuierlich, spontan und reibungslos ausgeübt wird (BGer 2A.508/2005 vom 16. Dezember 2005 E. 2.2.3; 2C_799/2010 vom 20. Februar 2011 E. 3.3.1). Umgekehrt ist allein mit der Tatsache, dass der nicht obhutsberechtigte Elternteil das Kind regelmässig jedes zweite Wochenende zu sich auf Besuch nimmt sowie mit ihm zusammen jährlich zwei Wochen Ferien verbringt, die geforderte enge Beziehung nicht ausgewiesen. In solchen Fällen liegt vielmehr eine normale Vater-Kind-Beziehung vor (BGer 2A.522/2006 vom 21. November 2006 E. 4.2; 2C_787/2010 vom 16. Juni 2011 E. 3.2.2; VerwGE B 2011/160 vom 3. November 2011 E. 3.3.3, abrufbar unter www.gerichte.sg.ch).



St.Galler Gerichte

Im Entscheid des Kreisgerichts Rorschach betreffend Eheschutzmassnahmen vom 11. August 2010 wurde dem Vater das Recht eingeräumt, die Beschwerdeführerin 2 jedes zweite Wochenende zu sich auf Besuch zu nehmen sowie mit ihr zusammen jährlich vier Wochen Ferien zu verbringen. Gleichzeitig wurde er verpflichtet, zu deren Unterhalt mit Fr. 500.-- (inkl. Kinderzulage Fr. 700.--) pro Monat beizutragen. Zusätzlich wurde festgestellt, dass sich auch der Vater ernsthaft um das Wohl der Beschwerdeführerin 2 kümmere und in der Lage sei, dem Kind eine gute Bezugsperson zu sein. Dass sein Verhältnis zur Beschwerdeführerin 1 ein angespanntes ist, ändert daran nichts. Entscheidend für die Obhutszuteilung an die Beschwerdeführerin 1 war mithin einzig deren bessere Möglichkeit zur Selbstbetreuung (Vorakten Beschwerdeführerin 1, act. 117).

Bereits im November 2010 liess der Kindsvater offensichtlich eine Revision der Obhutszuteilung anstrengen, in deren Folge die Sozialen Dienste Mittelrheintal mit der Ausfertigung eines Abklärungsberichtes beauftragt wurden. Dem auf den 3. August 2011 datierten Bericht liegen Elterngespräche, Hausbesuche sowie Einzelgespräche mit den Eltern und Tagesmüttern zugrunde. Beiden Elternteilen wird darin eine tragfähige und intakte Beziehung zum Kind attestiert. Beim Vater ist die ausgeprägte emotionale und beinahe ausschliessliche Ausrichtung auf die Tochter aufgefallen. Das Kind fühle sich zu beiden Elternteilen gleichermassen stark hingezogen und befinde sich offensichtlich in einem Loyalitätskonflikt. Das Besuchsrecht sei von den Eltern dahingehend ausgeweitet worden, dass die Beschwerdeführerin 2 jedes zweite Wochenende bereits am Freitagmittag zu ihrem Vater gehe. Erschwerend wirke sich hierbei die schwierige Beziehung zwischen den Eltern, namentlich auf Seiten des Vaters, aus. Die Mutter suche eher Distanz, während der Vater um mehr Kontrolle bestrebt sei. Der besseren Kommunikation sei künftig zentrale Bedeutung zuzumessen (Akten Vorinstanz, Beilage zu act. 5). In einer gerichtlichen Vereinbarung vom 11. November 2011 wurde sodann das Besuchsrecht des Vaters auf Freitagmittag bis Sonntagabend an jedem zweiten Wochenende sowie auf jeden zweiten Montagnachmittag und Dienstagmorgen ausgedehnt. Jeden Mittwoch und Sonntag soll er zusätzlich mit seiner Tochter telefonieren können. Die Ferienregelung blieb unverändert (act. 2-29).



Nach den bisherigen Ausführungen versteht sich, dass zwischen der Beschwerdeführerin 2 und ihrem Vater in affektiver Hinsicht eine überdurchschnittlich intensive Beziehung herrscht, die auf Gegenseitigkeit beruht. Nach der Lehre soll in dieser Situation auch bei ausländerrechtlichen Massnahmen das Kindeswohl und -interesse die Leitlinie bilden (M. Caroni, in: Caroni/Gächter/ Thurnherr, a.a.O., N 26 zu Art. 50 AuG). Die Einschränkung und Modifizierung der Kontaktpflege, die durch die Trennung der Ehegatten eingetreten sind, würden durch den Wegzug der Beschwerdeführerinnen zulasten des Kindeswohls derart verschärft, dass an eine Aufrechterhaltung dieser engen Beziehung kaum mehr zu denken wäre. Wochenendbesuche könnten beim Verbleib in der Ukraine nicht mehr stattfinden, und Kontakte durch Telefon oder E-Mail genügten in diesem spezifischen Fall zur Pflege der engen Beziehung nicht.

Dazu kommt, dass der Ehemann resp. Vater den beiden Beschwerdeführerinnen monatlich Fr. 1050.-- an Unterhaltsbeiträgen zu leisten hat und dadurch selbst auf das familienrechtliche Existenzminimum gesetzt worden ist. Seinen finanziellen Verpflichtungen ist er - soweit bekannt - vollumfänglich nachgekommen. Im Hinblick auf sein grosses Interesse an der Beschwerdeführerin 2 ist davon auszugehen, dass er auch weiterhin in entscheidendem Umfang für seine von ihm getrennt lebende Tochter aufkommen wird. Angesichts dieser Leistungen kann nebst einer engen affektiven auch auf eine besonders enge wirtschaftliche Beziehung zwischen ihm und seiner Tochter geschlossen werden.

4.2.5. Zusätzlich muss sich der obhutsberechtigende ausländische Elternteil, der einzig zur Erleichterung der Ausübung des Besuchsrechts zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil um eine Bewilligung ersucht, - wie bereits erwähnt - tadellos verhalten haben und überdurchschnittlich gut integriert sein. Bei der Bejahung ist grosse Zurückhaltung an den Tag zu legen; nur besondere Umstände können die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung rechtfertigen.

Die Beschwerdeführerin 1 ist als Verkäuferin zu 50 Prozent berufstätig und wird an ihrer Stelle sehr geschätzt. Seit ihrer Anwesenheit in der Schweiz hat sie sich zusätzlich als Visagistin aus- und fortgebildet und konnte auf ihrem zweiten Standbein bereits einige Erfolge verbuchen. Sie ist somit willens, sich ihr Auskommen - soweit es angesichts



der Kinderbetreuung möglich ist - selbst zu sichern. Leistungen aus Sozialhilfe wurden trotz der prekären finanziellen Verhältnisse keine bezogen.

Entscheidend ist aber letztlich, dass sie sich auch gesellschaftlich sehr gut integriert hat und hier trotz ihrer erst relativ kurzen Anwesenheitszeit über ein beachtliches soziales Netzwerk verfügt. Dieser Umstand manifestiert sich in mehreren Schreiben befreundeter Personen, die für ihren weiteren Aufenthalt in der Schweiz Partei ergreifen. Unterstützend wirkt dabei, dass sie die deutsche Sprache nahezu perfekt beherrscht. Deshalb ist auf eine überdurchschnittliche Integrationsfähigkeit und einen besonderen Integrationswillen zu schliessen, was ihr dargelegtes privates Interesse am Verbleib in der Schweiz unterstreicht. Darum ist ihr - eingedenk der weiterhin äusserst hoch anzusetzenden Hürden - die Aufenthaltsbewilligung zu belassen. Gleiches gilt im Sinne der bisherigen Ausführungen auch für die Beschwerdeführerin 2.

4.2.6. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass angesichts der besonders intensiven Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht zwischen der Beschwerdeführerin 2 und ihrem in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Vater sowie angesichts der überdurchschnittlichen Integration der Beschwerdeführerin 1 und ihres tadellosen Verhaltens vom Widerruf der Aufenthaltsbewilligungen abzusehen ist. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen, und der vorinstanzliche Entscheid vom 1. Dezember 2011 ist aufzuheben.

5. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Rekurs- und Beschwerdeverfahrens dem Staat aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren von Fr. 2'000.-- erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung der amtlichen Kosten des Beschwerde- und Rekursverfahrens ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Den Beschwerdeführerinnen wurde das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung gewährt. Daher wurde im Beschwerdeverfahren auf einen Kostenvorschuss verzichtet. Im Rekursverfahren vor der Vorinstanz wurde ebenfalls kein Kostenvorschuss erhoben. Deshalb sind keine Kostenvorschüsse zurückzuerstatten.



Die Beschwerdeführerinnen haben Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren (Art. 98bis VRP). Für das Rekursverfahren wurde dem Rechtsvertreter eine Entschädigung von Fr. 1'100.-- (zzgl. MwSt) aus unentgeltlicher Rechtsverteiständung zugestanden. Für das Beschwerdeverfahren hat er zusätzlich eine Kostennote über Fr. 3'640.-- (zzgl. MwSt) eingereicht. Eine Entschädigung für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren von insgesamt Fr. 5'000.-- (zzgl. MwSt) erscheint daher als angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO und Art. 29 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75). Die Entschädigungspflicht geht zu Lasten des Staates. Die ausseramtliche Entschädigung ist mit allenfalls bereits ausgerichteten Entschädigungen aus unentgeltlicher Rechtsverteiständung im Rekursverfahren zu verrechnen.

Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der vorinstanzliche Entscheid vom 1. Dezember 2011 wird aufgehoben.
- 2./ Die amtlichen Kosten des Rekursverfahrens von Fr. 1'000.-- und die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- gehen zu Lasten des Staates; auf die Erhebung wird verzichtet.
- 3./ Der Staat entschädigt die Beschwerdeführerinnen ausseramtlich für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren mit insgesamt Fr. 5'000.-- (zzgl. MwSt). Diese Entschädigung ist mit der allenfalls bereits ausgerichteten Entschädigung aus unentgeltlicher Rechtsverteiständung im Rekursverfahren zu verrechnen.

V. R. W.



Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführerinnen (durch Rechtsanwalt lic. iur. A. F.)
- die Vorinstanz
- das Bundesamt für Migration, 3003 Bern

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.