

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.575/2002 /bmt

Urteil vom 17. März 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzbürger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler,
Ersatzrichterin Stamm Hurter,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien

T. _____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Dr. Alex Hediger, Advokat, Freie Strasse 82, Postfach, 4010
Basel,

gegen

Justiz- und Polizeidepartement des Kantons
St. Gallen, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,
Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, Spisergasse 41, 9001 St. Gallen.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom
24. Oktober 2002.

Sachverhalt:

A.

T. _____, geboren am 27 November 1969, Staatsangehöriger von Bosnien-Herzegowina, hielt sich
in den Jahren 1990 und 1991 als Saisonnier in der Schweiz auf. Am 1. Juli 1991 heiratete er die
Schweizerin H. _____, worauf ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde, letztmals verlängert bis
zum 1. Juli 1999.

Am 26. Oktober 1994 wurde T. _____ vom Bezirksamt Gaster wegen Führens eines
Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand zu zwei Wochen Gefängnis bedingt sowie zu einer Busse
von Fr. 850.-- verurteilt. Das Straftamtsgericht Biel sprach T. _____ am 13. November 1996 wegen
Gehilfenschaft zum vollendeten Versuch der Erpressung schuldig und verurteilte ihn zu acht Monaten
Gefängnis, bedingt aufgeschoben auf drei Jahre, sowie zu einer Landesverweisung von fünf Jahren,
bedingt aufgeschoben auf drei Jahre.

Am 11. August 1997 ersuchte T. _____ um Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Mit Schreiben
vom 20. Oktober 1997 teilte ihm das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen mit,
dass die in der Zwischenzeit getätigten Abklärungen ergeben hätten, dass sein bisheriges Verhalten
verschiedentlich Anlass zu berechtigten Klagen gegeben habe. Das Justiz- und Polizeidepartement
sei daher nicht bereit, ihm die Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Hingegen werde seine
Jahresaufenthaltsbewilligung um ein Jahr verlängert. Falls er hinsichtlich der Verweigerung der
Niederlassungsbewilligung eine rekursfähige Verfügung wünsche, bitte das Departement um
Mitteilung innert 14 Tagen. Diese Frist liess T. _____ ungenutzt verstreichen.

Am 2. Dezember 1997 erklärte die Gerichtskommission Sargans T. _____ wegen Führens eines
Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand und grober Verkehrsverletzung schuldig und verurteilte ihn
zu einer Gefängnisstrafe von fünf Monaten. Gleichzeitig wurden die mit dem Urteil des
Straftamtsgerichts Biel vom 13. November 1996 ausgesprochene Gefängnisstrafe von acht Monaten
und die Landesverweisung von fünf Jahren für vollziehbar erklärt. Gegen dieses Urteil erhob
T. _____ Berufung an das Kantonsgericht St. Gallen.

Am 22. Februar 1998 erlitt T. _____ einen Unfall. Seither geht er keiner Arbeit mehr nach.
Am 20. August 1998 wurde die kinderlos gebliebene Ehe zwischen T. _____ und H. _____ geschieden.

Das Kantonsgericht St. Gallen hiess am 25. September 1998 die Berufung gegen das Urteil der Gerichtskommission Sargans vom 2. Dezember 1997 teilweise gut und schob den Vollzug der Freiheitsstrafe von fünf Monaten Gefängnis unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren auf. Eine gegen dieses Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Bundesgericht am 23. Februar 1999 teilweise gut und wies die Sache zur Neuurteilung an das Kantonsgericht St. Gallen zurück, welches am 7. Dezember 1999 T. _____ erneut wegen Führens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand und grober Verkehrsverletzung für schuldig erkannte und ihn zu fünf Monaten Gefängnis unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren Gefängnis verurteilte. Gleichzeitig bestätigte es den Vollzug der mit Urteil des Straftamtsgerichts Biel vom 13. November 1996 ausgesprochenen Gefängnisstrafe von acht Monaten sowie der Landesverweisung von fünf Jahren. Am 5. Februar 2000 trat das Bundesgericht auf eine gegen dieses Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein.

Am 6. April 2001 bestrafte der "presidente della Corte delle Assise correzionali di Mendrisio" T. _____ wegen Einführens von Falschgeld sowie Führens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand mit vier Monaten Gefängnis, bedingt aufgeschoben auf vier Jahre. Gleichzeitig wurde der durch das Bezirksamt Gaster am 26. Oktober 1994 für bedingt erklärte Strafvollzug von zwei Wochen Gefängnis widerrufen und der Vollzug der Strafe angeordnet.

B.

Mit Verfügung vom 3. Januar 2002 wies das Ausländeramt des Kantons St. Gallen das Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Gleichzeitig wurde T. _____ angewiesen, die Schweiz bis zum 15. März 2002 zu verlassen.

Am 2. Juli 2002 wies das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen einen dagegen erhobenen Rekurs ab und lud das Ausländeramt ein, T. _____ Frist zur Ausreise zu setzen.

Diesen Entscheid focht T. _____ am 19. Juli 2002 beim Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen an. Am 17. Oktober 2002 teilte er dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen mit, er sei der Vater des noch ungeborenen Kindes der verheirateten Schweizerbürgerin K. _____ und liess dem Gericht ein Schreiben zukommen, in dem K. _____ seine Vaterschaft bestätigt. Das Verwaltungsgericht schützte mit Urteil vom 24. Oktober 2002 den abschlägigen Entscheid des Justiz- und Polizeidepartements.

C.

Gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichtes hat T. _____ am 27. November 2002 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben; ferner sei ihm "die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, respektive zu verlängern".

Das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Das Bundesamt für Ausländerfragen hat sich mit dem Antrag auf Nichteintreten vernehmen lassen.

D.

Mit Formularverfügung vom 29. November 2002 ordnete der Abteilungspräsident an, dass bis zum Entscheid über das mit der Beschwerde verbundene Gesuch um aufschiebende Wirkung alle Vollziehungsvorkehrungen zu unterbleiben haben. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung nunmehr gegenstandslos.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Nach Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiet der Fremdenpolizei ausgeschlossen gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) entscheidet die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Damit besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich hierfür auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen (BGE 128 II 145 E. 1.1.1 S. 148; 127 II 60 E. 1a S. 62 f., mit Hinweisen).

1.2 Bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines fremdenpolizeilichen Entscheids sind für das Bundesgericht in der Regel die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie zum Zeitpunkt des Entscheids der richterlichen Vorinstanz herrschten; dies ergibt sich aus Art. 105 Abs. 2 OG (BGE 120 Ib 257 E. 1f S. 262; 127 II 60 E. 1b S. 63, mit Hinweisen). Das Bundesgericht stellt hingegen für die Eintretensfrage, d.h. für die Frage, ob ein Anspruch im Sinne von Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG besteht, praxisgemäss auf die im Zeitpunkt seines Entscheides gegebene Rechts- und Sachlage ab (BGE 128 II 145 E. 1.1.3 S. 149; 127 II 60 E. 1b S. 63; 120 Ib 257 E. 1f S. 262; je mit Hinweisen).

2.

2.1 Der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers hat nach Art. 7 ANAG Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Des Weiteren hat er nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ANAG). Der Anspruch erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt (Art. 7 Abs. 1 Satz 3 ANAG).

2.2 Die Ehe des Beschwerdeführers mit einer Schweizerin wurde am 20. August 1998 geschieden. Er hat deshalb keinen Anspruch mehr auf eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 7 Abs. 1 erster Satz ANAG (Urteil 2A.139/2000 vom 18. Oktober 2000, E. 1c/bb). Sollte er aber vor der Scheidung einen Anspruch auf Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 7 Abs. 1 zweiter Satz ANAG erworben haben, so kann er sich hierauf auch nach Beendigung der Ehe berufen (BGE 128 II 145 E. 1.1.3 S. 149, mit Hinweisen). Wohl steht im vorliegenden Verfahren nicht die Niederlassungsbewilligung in Frage, da sich der Beschwerdeführer damit begnügt, die Verlängerung bzw. die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zu verlangen. Indessen könnte ihm, falls ein Anspruch auf Niederlassungsbewilligung bestünde, was als Rechtsfrage von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, die - ein weniger gefestigtes Anwesenheitsrecht gewährende - Aufenthaltsbewilligung erst recht nicht verweigert werden (BGE 128 II 145 E. 1.1.4 S. 149, mit Hinweisen; BGE 120 Ib 360 E. 3a S. 366; Urteil 2A. 563/2001 vom 21. Februar 2002, E. 1b/bb).

2.3 Die Ehe des Beschwerdeführers mit seiner Schweizer Ehefrau dauerte rund sieben Jahre; während dieser Zeit lebte er ununterbrochen in der Schweiz. Der Beschwerdeführer ersuchte denn auch am 11. August 1997 um Erteilung der Niederlassungsbewilligung, welche am 20. Oktober 1997 vom Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen abgelehnt wurde, da sein bisheriges Verhalten verschiedentlich zu berechtigten Klagen Anlass gegeben habe und nach Auffassung des Justiz- und Polizeidepartements Ausweisungsgründe vorlagen. Der Beschwerdeführer sah damals davon ab, eine rekursfähige Verfügung zu verlangen, und akzeptierte damit stillschweigend den Standpunkt des Departements. Insoweit ist rechtskräftig entschieden, dass ihm im damaligen Zeitpunkt aufgrund von Art. 7 ANAG kein Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung zustand. Darauf wäre im vorliegenden Verfahren nur dann zurückzukommen, wenn sich die Verhältnisse in der Zeit bis zur Ausfällung des Scheidungsurteils erheblich geändert hätten und das Departement deswegen verpflichtet gewesen wäre, seine Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen (zur Wiedererwägung von Verwaltungsverfügungen vgl. BGE 120 Ib 42 E. 2b S. 46 f., mit Hinweisen). Den Akten lässt sich jedoch nicht

entnehmen, dass sich das Verhalten des Beschwerdeführers, das damals zur Verweigerung der Niederlassungsbewilligung geführt hatte, in jener kurzen Zeitspanne gebessert hätte. Vielmehr war er damals erneut in ein Strafverfahren verwickelt, das schliesslich zu einer Verurteilung führte. Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführer aus seiner inzwischen geschiedenen Ehe mit einer Schweizerin keinen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungs- bzw. Aufenthaltsbewilligung mehr ableiten (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.260/2002 vom 23. September 2002, E. 1.2).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, er sei der leibliche Vater des ungeborenen Kindes der Schweizerin K._____. Zudem würden K._____ und der Beschwerdeführer nach erfolgter Ehescheidung heiraten. Der Beschwerdeführer leitet damit sinngemäss aus dieser Beziehung bzw. der geltend gemachten Vaterschaft einen Rechtsanspruch auf Aufenthaltsbewilligung aus Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK; SR 0.101) ab.

3.2 Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV garantieren den Schutz des Familienlebens. Es kann dieses Grundrecht verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörigen hier leben, die Anwesenheit in der Schweiz untersagt wird. Vorausgesetzt wird nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der hier weilende Familienangehörige selber ein gefestigtes Anwesenheitsrecht hat. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn er über das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung verfügt, sondern auch dann, wenn er eine Aufenthaltsbewilligung hat, die ihrerseits auf einem festen Rechtsanspruch beruht (BGE 126 II 335 E. 2a S. 339 f., 377 E. 2b S. 382; 125 II 633 E. 2e S. 639; je mit Hinweisen).

3.3 Das Bundesgericht hat als familiäre Beziehung, welche gestützt auf Art. 8 EMRK einen solchen

Anspruch verschaffen könnte, vor allem die Beziehung zwischen Ehegatten und ihren minderjährigen Kindern anerkannt, die im gemeinsamen Haushalt leben. In einem allgemeineren Sinne fällt aber unter den Schutz von Art. 8 Ziff. 1 EMRK die so genannte "famille naturelle" (Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. Kehl/ Strassburg/Arlington 1996, Art. 8, Rz. 15, S. 346 f., mit Hinweisen). Dafür ist im Wesentlichen einzig massgeblich, ob die Familie tatsächlich existiert und die Mitglieder eine gewisse Nähe zueinander aufweisen. Soweit es um die eheliche oder aussereheliche Gemeinschaft eines Paares geht, muss die Beziehung in der Regel gelebt werden und eine gewisse Konstanz aufweisen (so genannte "cohabitation"). Garantiert wird sodann insbesondere auch ein volles, ungehindertes Kindesverhältnis zwischen Eltern und ihrem ausserehelichen Kind (Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 570 ff., S. 365 f., mit Hinweisen). Wieweit bzw. unter welchen Voraussetzungen sich aus solchen Beziehungen der "famille naturelle" ein eigentlicher Anspruch auf Anwesenheit ergibt, kann hier offen bleiben, da es ohnehin bereits an einer Beziehung fehlt, die unter den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV fällt.

3.4 Das ungeborene Kind von K. _____ gilt, da diese noch mit einem anderen Mann verheiratet ist, gestützt auf die gesetzliche Vermutung von Art. 255 Abs. 1 ZGB als dessen Kind. Das so begründete Kindesverhältnis ist, solange es nicht rechtskräftig über die Vaterschaftsanfechtungsklage gemäss Art. 256 ZGB aufgehoben worden ist, auch für Dritte - mithin ebenfalls für den Beschwerdeführer - verbindlich. Bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Vaterschaft steht daher dem Beschwerdeführer die Möglichkeit einer Anerkennung des Kindes nicht offen. Zwar ist der Begriff des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK weit zu fassen, und es können auch rein faktische familienähnliche Beziehungen ("relations de facto") darunter fallen (Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i.S. X., Y. und Z. gegen Vereintes Königreich vom 22. April 1997 [75/1995/581/667], Ziff. 36, mit Hinweisen; vgl. auch E. 3.3); die blosser Behauptung der biologischen Vaterschaft des ungeborenen Kindes der Schweizerin K. _____ führt aber zu keiner geschützten Beziehung, da neben dem allfälligen faktischen Verhältnis nach wie vor rechtlich genormte Beziehungen bestehen (unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 2A.263/1997 vom 22. Juli 1997, E. 2b).

3.5 Ebenso wenig verschafft dem Beschwerdeführer sein Verhältnis zu K. _____ eine von Art. 8 EMRK geschützte familiäre Beziehung, welche ihm einen Anspruch auf Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung vermitteln könnte. K. _____ ist - wenn sie auch seit dem 3. Dezember 1998 von ihrem Ehemann getrennt lebt - immer noch verheiratet. Ein bereits verheirateter Mann und die im Konkubinat lebende Frau gelten nicht als Familie im Sinne der Konvention (Tomas Poledna, Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], Zürich 1993, N 797, S. 188, mit Hinweis), was logischerweise auch bei der umgekehrten Ausgangslage, wie sie hier vorliegt, nicht anders sein kann. Unter den gegebenen Umständen kann nicht einmal davon ausgegangen werden, die Eheschliessung mit K. _____ stehe kurz bevor (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.215/2000 vom 23. Mai 2000, E. 1b).

4.

Hat der Beschwerdeführer somit keinen Anspruch auf Bewilligung, ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten.

Selbst wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, vermöchte sie nicht durchzudringen. Die dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegende Interessenabwägung erscheint in Würdigung der gesamten Umstände (Art der verübten Delikte, Höhe des Strafmasses, wiederholtes Fehlverhalten trotz strafrechtlicher Verurteilung und administrativen Massnahmen, Nichterfüllung seiner finanziellen Verpflichtungen über Jahre hinweg, mangelnde Integration, fehlende Einsicht und Reue) weder verfassungs- noch konventionswidrig. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, erweist sich als offensichtlich unbegründet. Insbesondere kann der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass er sich seit sechs Jahren in strafrechtlicher Hinsicht einwandfrei verhalten hat, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Aufgrund der Erkenntnisse des Gutachtens des forensischen-psychiatrischen Dienstes der Universität Bern vom 28. August 2001 erweist sich die Einschätzung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer weder Alkoholprobleme noch andere persönliche Probleme in den Griff bekommen habe, als nachvollziehbar. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht in bezug auf sein künftiges Wohlverhalten grosse Zweifel hegt und bei dieser Sachlage das öffentliche Interesse

an der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung gegenüber den privaten Interessen des Beschwerdeführers als überwiegend beurteilt hat.

Überdies ist der Aufschub der gegen den Beschwerdeführer ausgesprochenen Landesverweisung von fünf Jahren inzwischen widerrufen worden, womit diese vollziehbar wurde. Die Erteilung einer fremdenpolizeilichen Anwesenheitsbewilligung ist daher schon aus diesem Grunde ausgeschlossen

(BGE 124 II 289 E. 3 S. 291 f.).

5.

Erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als ausgeschlossen, bleibt zu prüfen, ob die Eingabe beim Bundesgericht subsidiär (vgl. Art. 84 Abs. 2 OG) als staatsrechtliche Beschwerde entgegen genommen werden kann. Auch die staatsrechtliche Beschwerde ist jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht zulässig, da der Beschwerdeführer zu diesem Rechtsmittel in der Sache selbst (materielle Bewilligungsfrage) mangels eines Eingriffes in rechtlich geschützte Positionen nicht legitimiert wäre (Art. 88 OG; BGE 126 I 81 E. 3-7 S. 85 ff., mit Hinweisen).

Eigentliche Verfahrensrügen, welche unabhängig von der Legitimation in der Sache selber zulässig sind (im Sinne der so genannten "Star-Praxis", BGE 114 Ia 307 E. 3c S. 312 f.; vgl. auch BGE 127 II 161 E. 3b S. 167; 126 I 81 E. 3b S. 86 sowie E. 7b S. 94), erhebt der Beschwerdeführer nicht.

6.

Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer als unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Justiz- und Polizeidepartement und dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen sowie dem Bundesamt für Ausländerfragen schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. März 2003

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: