

## **BGer 2C\_287/2009 vom 18. November 2009**

Bundesgericht, 2009-11-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_287\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_287_2009)

FR: TF 2C\_287/2009 du 18 novembre 2009

IT: TF 2C\_287/2009 del 18 novembre 2009

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG schliesst die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide über ausländerrechtliche Bewilligungen aus, auf deren Erteilung weder nach dem Bundes- noch dem Völkerrecht ein Rechtsanspruch besteht.

#### **E. 1.2**

Das streitige Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung wurde vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) am 1. Januar 2008 eingereicht und beurteilt sich daher noch nach dem inzwischen aufgehobenen Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) und seinen Ausführungserlassen (Art. 126 Abs. 1 AuG).

#### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer 1 ist mit einer Schweizer Bürgerin verheiratet. Er hat damit nach Art. 7 ANAG einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Ein analoger Anspruch besteht zudem aufgrund des in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV garantierten Rechts auf Achtung des Familienlebens, da die familiären Beziehungen zur Ehegattin sowie zum gemeinsamen Kind - soweit ersichtlich - intakt sind und den Umständen entsprechend tatsächlich gelebt werden (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.; 129 II 193 E. 5.3.1 S. 211, je mit Hinweisen). Ob der Anspruch erloschen ist, weil - wie die Vorinstanzen angenommen haben - ein Ausweisungsgrund nach Art. 10 Abs. 1 ANAG vorliegt, ist eine Frage der materiellen Beurteilung und nicht der Zulässigkeit des Rechtsmittels ( BGE 128 II 145 E. 1.1.5 S. 149 f.). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich damit als zulässig ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ).

Allein der Beschwerdeführer 1 ist Adressat des angefochtenen Entscheids. Ob die Beschwerdeführer 2 und 3, die schon am Verfahren vor den kantonalen Behörden hätten teilnehmen können, unter diesen Umständen zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt sind (vgl. Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG ), kann jedoch dahin gestellt bleiben, da auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 jedenfalls einzutreten ist und das Rechtsmittel ohnehin nicht durchdringt.

#### **E. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt bzw. vom Bundesgericht von Amtes wegen berichtigt oder ergänzt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG

beruht ( Art. 97 Abs. 1 BGG bzw. Art. 105 Abs. 2 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.5**

Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG hat die Rechtsschrift die Begehren und deren Begründung zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Die Vorbringen müssen sachbezogen sein, damit aus der Beschwerdeschrift ersichtlich ist, in welchen Punkten und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird. Dies setzt voraus, dass sich ein Beschwerdeführer wenigstens kurz mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzt ( BGE 134 II 244 ). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 ). Eine diesen Anforderungen ( Art. 42 Abs. 2 bzw. Art. 106 Abs. 2 BGG ) genügende Begründung ist vorliegend nur teilweise zu erkennen. Soweit eine solche fehlt, kann auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht eingetreten werden.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 7 Abs. 1 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers - wie erwähnt - grundsätzlich Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (erster Satz). Der Anspruch erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt (dritter Satz).

### **E. 2.2**

Der Ausländer kann aus der Schweiz unter anderem ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde ( Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG ). Die Ausweisung soll aber nur verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen "angemessen", d.h. verhältnismässig, erscheint ( Art. 11 Abs. 3 ANAG ). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen ( Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer ). Eine vergleichbare Interessenabwägung setzt im Übrigen gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK auch ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens voraus ( BGE 134 II 10 E. 4.1 S. 22 f. ). Ein solcher ist statthaft, falls er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung oder zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig erscheint.

Ob die Ausweisung gemäss den massgeblichen Bestimmungen verhältnismässig ist, ist eine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht im vorliegenden Beschwerdeverfahren frei geprüft wird. Dem Bundesgericht ist es jedoch verwehrt, sein eigenes Ermessen - im Sinne einer Überprüfung der Zweckmässigkeit der Ausweisung - an die Stelle des Ermessens der zuständigen kantonalen Behörde zu setzen ( BGE 129 II 193 E. 5.1 S. 208 mit Hinweis ).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer wurde in der Schweiz zu einer Zuchthausstrafe von drei Jahren sowie zu einer Gefängnisstrafe von 3 Monaten verurteilt. Damit liegt ein Ausweisungsgrund nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG vor. Zu prüfen bleibt, ob sich die Ausweisung bzw. die Verweigerung des Familiennachzugs als verhältnismässig erweist.

### **E. 3.2.1**

Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung ist die vom Strafrichter verhängte Strafe ( BGE 129 II 215 E. 3.1 S. 216). Der selber nicht drogenabhängige Beschwerdeführer hat mit einer Menge von Heroin gehandelt, die als schwerer Fall qualifiziert wurde. Die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren wegen Betäubungsmitteldelikten deutet auf ein erhebliches Verschulden hin und lässt auf eine ausgeprägte Geringschätzung und Gleichgültigkeit gegenüber der schweizerischen Rechtsordnung schliessen. Dieser Eindruck wird durch die Tatsache verstärkt, dass der Beschwerdeführer trotz Verurteilung und Einreisesperre im Jahr 2005 erneut illegal in die Schweiz eingereist ist und zudem während seines illegalen Aufenthalts einen Diebstahl begangen hat. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführer erscheint auch die Prognose hinsichtlich eines zukünftigen Wohlverhaltens als ungewiss. Selbst wenn die Drogendelikte schon einige Jahre zurück liegen, besteht somit nach wie vor ein erhebliches öffentliches Interesse, den Beschwerdeführer von der Schweiz fernzuhalten.

### **E. 3.2.2**

Den öffentlichen Interessen sind im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung die privaten Interessen des Beschwerdeführers und seiner Angehörigen an einem gemeinsamen Aufenthalt in der Schweiz gegenüberzustellen: Der Beschwerdeführer hat sich noch nie ordnungsgemäss in der Schweiz aufgehalten, weshalb ihn die verfügte fremdenpolizeiliche Fernhaltungsmassnahme nicht übermässig treffen wird. Zwar mag es sein, dass dem Beschwerdeführer in Albanien nicht die gleichen wirtschaftlichen Perspektiven offen stehen wie in der Schweiz. Diese Folge ist jedoch einzig seinem kriminellen Verhalten zuzuschreiben und deshalb hinzunehmen.

Die Ehegattin und der gemeinsame Sohn, der im Übrigen noch in einem anpassungsfähigen Alter ist, sind Schweizer Bürger. Sie haben bisher nicht in Familiengemeinschaft mit dem Beschwerdeführer 1 gelebt. In Albanien haben sie sich bis anhin nur ferienhalber aufgehalten. Die Beschwerdeführerin 2 geht in der Schweiz einer Arbeit nach, auf die sie nicht verzichten möchte, und ist hier selbstverständlich sozial und gesellschaftlich verwurzelt. Bereits als sie den Beschwerdeführer 1 kennen lernte, wusste sie indessen, dass diesem nicht gestattet war, in die Schweiz einzureisen wegen Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz, wobei er ihr aber angeblich nicht alles gesagt habe. Der Beschwerdeführerin 2 war allerdings aufgrund ihrer Erfahrungen mit ihrem damaligen Ehemann, der ebenfalls wegen Drogendelikten verurteilt worden war, die Problematik der straffälligen Ausländer nicht völlig fremd, was sie zur genaueren Abklärung der Vergangenheit des Beschwerdeführers hätte veranlassen sollen. Spätestens als der Beschwerdeführer am 14. August 2005 (erneut) ausgeschafft und ihm am 24. März 2006 die Einreise in die Schweiz zur Vorbereitung der Heirat verweigert wurde, hat der Beschwerdeführerin jedoch bewusst sein müssen, dass sie nicht davon ausgehen konnte, die eheliche Gemeinschaft mit dem Beschwerdeführer 1 in der Schweiz leben zu können.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass bei einem mit einem Schweizer Bürger verheirateten Ausländer, der erstmals oder nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer um die Erneuerung seiner Bewilligung ersucht, das Bundesgericht annimmt, dass die Grenze, von der an in der Regel selbst dann keine solche mehr erteilt wird, wenn dem Ehepartner die Ausreise un- oder nur schwer zumutbar erscheint, bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren liegt. In dieser Situation bedarf es praxisgemäss aussergewöhnlicher Umstände, um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung dennoch zu rechtfertigen ("Reneja"-Praxis: BGE 110 Ib 201 ff.), auch wenn es sich bei der Zweijahresregel um keine feste Grenze handelt, die im Einzelfall nicht über- oder unterschritten werden dürfte. Ob der Beschwerdeführerin die Übersiedlung in das Heimatland des Beschwerdeführers - sollte sie sich dazu entscheiden - zumutbar wäre, kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben, umso mehr als der Beschwerdeführer 1 zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, die klar über dem Richtwert von zwei Jahren liegt.

### **E. 3.3**

Aufgrund des Gesagten überwiegt das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers dessen private und familiäre Interessen an einem Aufenthalt in der Schweiz. Der Beschwerdeführer hat durch seine schweren strafrechtlichen Verfehlungen den Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 7 ANAG verwirkt. Entsprechendes gilt auch für das aus Art. 8 EMRK ableitbare Aufenthaltsrecht. Von einer Verletzung von Art. 3 EMRK sowie Art. 29 BV kann nicht die Rede sein, wobei es diesbezüglich ohnehin an einer genügenden Begründung (E. 1.5) mangelt. Wenn das Verwaltungsgericht vorliegend die Voraussetzungen für die Verweigerung des Familiennachzugs als erfüllt erachtete, versties es damit weder gegen Bundesrecht noch gegen staatsvertragliche Verpflichtungen. Weitere Ausführungen erübrigen sich; ergänzend kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid sowie im Regierungsratsbeschluss vom 5. November 2008 verwiesen werden ( Art. 109 Abs. 3 BGG ).

### **E. 4.1**

Die Beschwerde erweist sich somit als offensichtlich unbegründet und ist im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 BGG abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführer ersuchen um unentgeltliche Rechtspflege. Nach Art. 64 BGG wird diese gewährt bei Bedürftigkeit, sofern die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen. Vorliegend kann dem Gesuch schon wegen Aussichtslosigkeit des Beschwerdebegehrens nicht entsprochen werden. Zudem ist die angebliche Bedürftigkeit in keiner Weise belegt. Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens sind somit den Beschwerdeführern 1 und 2 unter Solidarhaft aufzuerlegen (Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht auszurichten ( Art. 68 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.