Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.308/2004 /bie

Urteil vom 4. Oktober 2004
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
A._____ und B._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Remo Cahenzli,

gegen

Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden, Hofgraben 5, 7001 Chur,
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden,
3. Kammer, Obere Plessurstrasse 1, 7001 Chur.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden
vom 30. April 2004.

Sachverhalt:
A.
Der irakische Staatsangehörige A._____, geb. 1973, reiste am 27. August 1998 illegal in die Schweiz ein, wo er am gleichen Tag ein Asylgesuch stellte. Am 13. Dezember 2000 lehnte das Bundesamt für Flüchtlinge dieses Gesuch ab und wies A._____ weg. Mit Urteil vom 17. Januar 2002 wies die Schweizerische Asylrekurskommission eine dagegen erhobene Beschwerde ab. Am 30. Mai 2002 wies sie ebenfalls ein Revisionsgesuch ab.

Mit Urteil vom 24. Oktober 2002 bestrafte das Bezirksgericht X._____ A._____ wegen einfacher Körperverletzung, Freiheitsberaubung, mehrfacher Ausnützung einer Notlage, sexueller Belästigung sowie wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit 18 Monaten Gefängnis bedingt bei einer Probezeit von zwei Jahren sowie mit einer bedingten Landesverweisung von fünf Jahren.

Am 5. Februar 2002 liess sich A._____ von seiner irakischen Ehefrau scheiden. Am 3. Dezember 2002 heiratete er die Schweizerin B._____ und nahm deren Familiennamen an. In der Folge stellten die Ehegatten je ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an A._____. Mit Verfügung vom 29. August 2003 verweigerte die Fremdenpolizei des Kantons Graubünden die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit der Begründung, es handle sich um eine Ausländerrechtsehe und der Ehemann habe einen Ausweisungsgrund gesetzt.
B.
Am 26. Januar 2004 wies das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden eine dagegen erhobene Beschwerde ab. Dabei liess es den Vorwurf fallen, es liege eine Scheinehe vor, begründete die Bewilligungsverweigerung aber weiterhin mit der Straffälligkeit von A._____.

Mit Urteil vom 30. April 2004 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden eine dagegen eingereichte Beschwerde ab.
C.
Mit selbst verfasster, als "Rekurs" bezeichneter Eingabe vom 24. Mai 2004 wandten sich Ursina und A._____ an das Bundesgericht. Am 4. Juni 2004 reichten sie eine anwaltlich verfasste, als Verwaltungsgerichtsbeschwerde bezeichnete Rechtsschrift nach. Sie beantragen, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei A._____ die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen; überdies sei die Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zu versehen.

Das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden, das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung schliessen auf Abweisung der Beschwerde.
D.
Mit Verfügung vom 6. Juli 2004 hat das präsidierende Mitglied der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

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 130 II 281 E. 1 und 2.1 S. 283 f.; 128 II 145 E. 1.1.1 S. 148, mit Hinweisen).
1.2 Der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers hat nach Art. 7 ANAG Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Das Gleiche ergibt sich aus dem in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV garantierten Schutz des Familienlebens, wenn die Beziehung zum Ehegatten tatsächlich gelebt wird (BGE 129 II 193 E. 5.3.1. S. 211; 127 II 60 E. 1d/aa S. 64 f.; 126 II 377 E. 2b und 7 S. 282 ff. und 394).
1.3 Der Beschwerdeführer ist mit einer Schweizerin verheiratet, wobei die eheliche Beziehung tatsächlich gelebt wird. Er kann sich für die Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung damit sowohl auf Art. 7 ANAG als auch auf Art. 8 EMRK und Art. 13 BV berufen. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG in Verbindung mit Art. 4 ANAG). Die Frage, ob die Bewilligung verweigert werden durfte, weil einer der in Art. 7 ANAG vorgesehenen Ausnahmetatbestände erfüllt ist, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (BGE 126 II 265 E. 1b S. 266, mit Hinweisen).
1.4 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 104 lit. a OG) gerügt werden. Hat - wie hier - als Vorinstanz eine richterliche Behörde entschieden, so ist das Bundesgericht jedoch an deren Sachverhaltsfeststellung gebunden, wenn der Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig oder unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ermittelt worden ist (Art. 105 Abs. 2 OG).
2.
Gemäss Art. 7 Abs. 1 dritter Satz ANAG erlischt der Anspruch des ausländischen Ehepartners eines Schweizer Bürgers auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, falls ein Ausweisungsgrund vorliegt. Nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG ist dies der Fall, wenn der Ausländer wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft worden ist. Die Ausweisung soll aber nur angeordnet werden, wenn sie nach den gesamten Umständen verhältnismässig erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Dabei ist namentlich auf die Schwere des Verschuldens des Beschwerdeführers, auf die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz sowie auf die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile abzustellen (Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV; SR 142.201]).

Ob die Ausweisung im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 ANAV angemessen, das heisst verhältnismässig ist, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde frei überprüfen kann (Art. 104 lit. a OG). Dem Bundesgericht ist es jedoch verwehrt, sein eigenes Ermessen - im Sinne einer Überprüfung der Zweckmässigkeit (Opportunität) - an Stelle desjenigen der zuständigen kantonalen Behörde zu setzen (BGE 125 II 105 E. 2a S. 107, mit Hinweisen).

Gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff in das Rechtsgut des Familienlebens 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 und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutze der Gesundheit und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig erscheint. Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK wird - wie bei Art. 11 Abs. 3 ANAG - abgestellt auf die Schwere des begangenen Delikts, 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. Die Behörde hat zudem zu berücksichtigen: die Dauer der ehelichen Beziehung und weitere Gesichtspunkte, welche Rückschlüsse auf deren Intensität zulassen (Geburt und Alter allfälliger Kinder; Kenntnis der Tatsache, dass die Beziehung wegen der Straftat unter Umständen nicht im entsprechenden Land gelebt werden könnte usw.), sowie die Nachteile, welche dem Ehepartner erwachsen würden, müsste er dem Betroffenen in dessen Heimatstaat nachfolgen.
Allein die Tatsache, dass der Nachzug mit gewissen Schwierigkeiten verbunden ist, schliesst eine Ausweisung bzw. Nichterneuerung der Bewilligung noch nicht aus (Urteil 2A.549/2002 vom 12. Februar 2003 E. 2 mit Hinweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 2. August 2001 i.S. Boultif gegen die Schweiz, publ. in: VPB 65/2001 Nr. 138 S. 1392 Rz. 48 S. 1398 f.).
3.
3.1 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; 120 Ib 6 E. 4b S. 14). Bei einem mit einem Schweizer Bürger verheirateten Ausländer, der erstmals oder nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer deren Erneuerung beantragt, hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass die Grenze, von der an in der Regel selbst dann keine Bewilligung mehr erteilt wird, wenn dem Ehepartner die Ausreise unzumutbar oder nur schwer zumutbar erscheint, bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren liegt. Dabei handelt es sich allerdings bloss um einen Richtwert und keine feste Grenze, die zu über- oder unterschreiten im Einzelfall nicht zulässig wäre. Entscheidend sind in jedem Fall die einander gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen (BGE 120 Ib 6 E. 4b S. 14; Urteile des Bundesgerichts 2A.73/2003 vom 25. Juni 2003, E. 3.1, und 2A.549/2002 vom 12. Februar 2003, E. 3.1). Diese können unter Umständen die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung auch rechtfertigen, wenn gegenüber einem Ausländer nur eine bedingte Freiheitsstrafe von 18 Monaten ausgesprochen worden ist (so etwa das Urteil 2A.571/2001
vom 29. April 2002).
3.2 Der Beschwerdeführer bestreitet noch immer, gewisse Delikte, für die er strafrechtlich verurteilt wurde, tatsächlich begangen zu haben. Er kann mit diesem Einwand aber nicht gehört werden. Die entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz beruhen auf dem in den Akten liegenden Urteil des Bezirksgerichts X._____ vom 24. Oktober 2002 und stimmen damit überein. Dieses Urteil hat der Beschwerdeführer nicht angefochten, womit es rechtskräftig wurde. Die tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts zur Straffälligkeit des Beschwerdeführers sind daher mit Blick auf Art. 105 Abs. 2 OG nicht zu beanstanden.
3.3 Aufgrund des gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochenen Schuldspruchs liegt der Ausweisungsgrund nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG vor. Das Strafgericht hat das Verschulden des Beschwerdeführers als schwer beurteilt. Dem ist beizupflichten. Der Beschwerdeführer handelte zwar mit einer Drogenmenge, bei der (strafrechtlich) gerade noch nicht von einem schweren Fall auszugehen war, was die Aussprechung einer bedingten Freiheitsstrafe begünstigte. Selber nicht drogenabhängig, hat er aber aus egoistischen Motiven gehandelt. Finanziell wäre er auf den Ertrag gar nicht angewiesen gewesen, wurde er doch sowohl von seinem Vater als auch von der Sozialhilfe unterstützt. Überdies nützte er die Drogenabhängigkeit einer Bekannten schamlos aus, um sie seinen sexuellen Bedürfnissen gefügig zu machen. Gemäss dem Strafurteil ist er gezielt, hinterhältig und äusserst raffiniert vorgegangen, wobei er ein besonders infames Verhalten gezeigt hat. Eine weitere Bekannte hat er mit dem gleichen Zweck vorübergehend in seiner Wohnung festgehalten, wo er ihr gegenüber sogar handgreiflich geworden ist, auch wenn es dann nicht zum Geschlechtsverkehr kam. Bei anderer

Gelegenheit stach er mehrmals mit einem Messer auf einen Landsmann ein, wobei er diesen
am Arm verletzte. Insgesamt offenbarte der Beschwerdeführer eine erhebliche kriminelle Energie und Gewaltbereitschaft und zeigte kaum Hemmungen gegenüber der körperlichen und seelischen Unversehrtheit anderer Menschen. Dieses Verschulden wiegt auch in fremdenpolizeilicher Hinsicht schwer. Das Bundesgericht verfolgt in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gerade im Zusammenhang mit dem Betäubungsmittelhandel sowie mit Gewaltdelikten und solchen gegen die sexuelle Integrität eine strenge Praxis (BGE 125 II 521 E. 4a S. 526 f.; 122 II 433 E. 2 und 3 S. 436 ff.). Der Beschwerdeführer erfüllte Straftatbestände all dieser drei Deliktskategorien. Überdies wurde er nicht nur einmal straffällig, sondern er hat in verschiedenen Kontexten wiederholt Straftaten begangen. Auch wenn alle diese Straftaten zusammen lediglich zu einer einzigen gesamten Strafverurteilung führten, relativiert dies das Argument des Beschwerdeführers erheblich, seine Delinquenz stehe im Zusammenhang mit einer für ihn schwierigen persönlichen Phase und werde sich nicht mehr wiederholen.

Zwar trifft es zu, dass sich der Beschwerdeführer nach seiner Verurteilung im Oktober 2002 nichts mehr hat zuschulden kommen lassen. Dieses Wohlverhalten dauert aber noch nicht allzu lange an. Zudem kommt ihm in fremdenpolizeilicher Hinsicht keine ausschlaggebende Bedeutung zu (Urteil des Bundesgerichts 2A.73/2003 vom 25. Juni 2003, E. 3.1.3). Der Beschwerdeführer befindet sich noch immer in der Probezeit. Überdies ist er uneinsichtig. Trotz Vorliegens eines rechtskräftigen Urteils, das er nicht angefochten hat, bestreitet er noch immer einen Teil der Delikte, für die er schuldig gesprochen wurde. Mit den Vorinstanzen ist daher die Rückfallgefahr zu bejahen. Nicht zu beanstanden ist sodann, dass diese im Verhalten des Beschwerdeführers eine missachtende Haltung gegenüber der hiesigen Justiz erblicken, die zeigt, dass er nicht gewillt bzw. fähig ist, die rechtsstaatliche Ordnung der Schweiz zu respektieren und sich hier zu integrieren. Insgesamt erweisen sich damit die öffentlichrechtlichen Sicherheitsinteressen an der Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung als gewichtig.
3.4 Der Beschwerdeführer, der 1998 als Asylbewerber in die Schweiz gereist ist und seither hier lebt, hat, abgesehen von seiner Ehe mit einer Schweizerin, keine besondere Verbundenheit zur Schweiz. Seine bisherige Anwesenheit steht vor allem im Zusammenhang mit seinem früheren Status als Asylbewerber und kann noch nicht als von sehr langer Dauer gelten. Noch bevor er hier geheiratet hat, wurde er straffällig. Mit seiner Heimat, wo seine Familie lebt, blieb er weiterhin verbunden. Da er dort aufgewachsen ist und mehr als 20 Jahre gelebt hat, ist er mit den dortigen Verhältnissen vertraut. Gemäss der nicht zu beanstandenden Feststellung der Vorinstanz pflegt er auch in der Schweiz vorwiegend Kontakt zu Kurden. Dem Beschwerdeführer ist eine Rückkehr in seine Heimat daher grundsätzlich zumutbar. Dass er dort besonders gefährdet wäre, wie die Beschwerdeführer behaupten, ist nicht ersichtlich, nachdem das frühere Regime inzwischen beseitigt worden ist. Dass sich zurzeit aufgrund der gegenwärtigen Verhältnisse im Irak allenfalls Schwierigkeiten für eine Heimkehr ergeben könnten, ändert daran nichts, auch wenn dies unter Umständen für den Zeitpunkt der Rückreise bzw. für die zeitlichen Modalitäten der Vollstreckung einer allfälligen
Entfernungsmassnahme wesentlich sein könnte.
3.5 Heikler erscheint die Frage, ob es der schweizerischen Ehefrau zumutbar ist, ihrem Mann in den Irak zu folgen. Die Vorinstanzen haben dies damit bejaht, die Ehefrau habe bei der Heirat aufgrund des damals bereits ergangenen Strafurteils gewusst, dass Gründe für eine Bewilligungsverweigerung vorliegen könnten; weiter unterliege der Irak heute der amerikanischen Zivilverwaltung, und es bestehe insbesondere in den Kurdengebieten keine Gefahr mehr durch das vormalige Regime.

Diese Argumentation greift zu kurz. Zwar muss sich die Beschwerdeführerin tatsächlich entgegenhalten lassen, dass schon im Zeitpunkt der Heirat erkennbar Gründe für die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung an ihren Ehemann vorlagen (vgl. BGE 116 Ib 353 E. 3e S. 357; 120 Ib 6 E. 4c S. 15). Es ist aber angesichts der deutlich verschiedenen dortigen Verhältnisse und Lebensbedingungen gerade für eine Frau bereits an sich fraglich, ob einer Schweizerin die Ausreise in den Nordirak ohne weiteres zugemutet werden könnte. Erst recht muss dies aufgrund der gegenwärtigen Verhältnisse gelten. Das alte Regime ist zwar beseitigt, und es ist notorisch, dass auch im nordirakischen Kurdengebiet Anschläge vorkommen, obschon es dort im Vergleich mit dem übrigen irakischen Gebiet relativ ruhig erscheinen mag. Ausländische Staatsangehörige leben im Irak derzeit ohnehin gefährlich, wie den Medien praktisch täglich entnommen werden kann. Die Beschwerdeführer berufen sich denn auch mit Grund darauf, dass das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten bis

auf weiteres von Reisen in den Irak ausdrücklich und ohne Ausnahme für den Nordirak abrät. Diese Umstände mussten grundsätzlich auch bereits den Vorinstanzen bekannt sein, weshalb
es sich nicht um unbeachtliche neue Tatsachen handelt. Der Beschwerdeführerin ist es daher zumindest gegenwärtig und wohl auch noch für längere Zeit nicht zumutbar, ihrem Mann in den Irak zu folgen.
3.6 Bei der Interessenabwägung ist die Unzumutbarkeit der Ausreise für die schweizerische Ehegattin des Beschwerdeführers zwar mitzuberücksichtigen, sie gibt aber nicht für sich allein den Ausschlag. Der Beschwerdeführer hat sich in der Schweiz besonders verwerflich verhalten und ist hier kaum integriert. Es besteht aufgrund seiner Straffälligkeit und insbesondere der Art der von ihm begangenen Delikte (Betäubungsmittel-, Gewalt- und Sexualstraftaten) ein erhebliches öffentliches Interesse an einer Bewilligungsverweigerung. Jedenfalls ist ihm eine Ausreise in den Heimatstaat grundsätzlich zumutbar. Und schliesslich musste die Beschwerdeführerin bei der Heirat mit einer solchen ausländerrechtlichen Konsequenz rechnen. Im Übrigen weist das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden in seinem Entscheid vom 26. Januar 2004 mit Recht darauf hin, dass dem Beschwerdeführer die Einreise in die Schweiz, und damit die Pflege seiner ehelichen Beziehung im Rahmen des bewilligungsfreien Aufenthaltes, möglich bleibt. Insgesamt ergibt die Interessenabwägung damit, dass der angefochtene Entscheid verhältnismässig und daher bundesrechtskonform ist, auch wenn gegenüber dem Beschwerdeführer eine Freiheitsstrafe von weniger als zwei Jahren
ausgesprochen wurde.
4.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführer unter Solidarhaft kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 und 7, Art. 153 und 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird den Beschwerdeführern unter Solidarhaft auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, dem Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden und dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden sowie dem Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 4. Oktober 2004
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: