Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.539/2002 /kil

Urteil vom 9. Juli 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller,
Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiberin Müller.

X._____, geb. ... 1966,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Dr. Willi Egloff, Zinggstrasse 16, 3007 Bern,

gegen

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern,
Kramgasse 20, 3011 Bern,
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12,
3011 Bern.

Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, vom 2. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
Der aus dem Kosovo stammende, am ... 1966 geborene X._____ arbeitete seit dem 1. November 1990 mit einer Kurzaufenthalterbewilligung als Serviceangestellter in Bern. Auf Ende März 1991 wurde ihm die Stelle gekündigt. Am 14. Juli 1991 nahm die Stadtpolizei Bern ihn wegen Verdachts des Fahrens im angetrunkenen Zustand fest. Er wurde in der Folge in Untersuchungshaft genommen, wo er ein Asylgesuch stellte. Mit Verfügung vom 17. Juli 1991 trat das Bundesamt für Flüchtlinge auf das Asylgesuch nicht ein und wies X._____ aus dem Gebiet der Schweiz weg. Am 25. Juli 1991 verurteilte ihn der Gerichtspräsident XI von Bern wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand zu 20 Tagen Gefängnis, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Gleichentags verfügte das Bundesamt für Ausländerfragen über X._____ eine Einreisesperre bis zum 25. Juli 1994. Am 26. Juli 1991 wurde er nach Jugoslawien ausgeschafft. Nachdem bekannt geworden war, dass X._____ am 3. August 1991 in A._____ (Jugoslawien) die am ... 1940 geborene Schweizerin H._____ geheiratet hatte, hob das Bundesamt für Ausländerfragen die gegen ihn bestehende Einreisesperre am 20. September 1991 auf. Am 14. November 1991 erteilte ihm die Fremdenpolizei der Stadt Bern gestützt auf
die Eheschliessung eine Aufenthaltsbewilligung. Diese Ehe wurde am 2. Juli 1995 geschieden.
B.
Am 2. Februar 1993 verurteilte die 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern X._____ wegen mehrfacher Ausweisfälschung und Führens eines Personenwagens ohne Führerschein zu einer Gefängnisstrafe von 40 Tagen. Am 12. November 1993 verurteilte das Strafamtsgericht von Interlaken X._____ wegen unvollendeten Versuchs der Vergewaltigung, einfacher Körperverletzung sowie Gewalt und Drohung gegen Beamte, alles begangen am ... 1992, zu einer Zuchthausstrafe von 28 Monaten und 20 Tagen. Mit Urteil vom 9. Juni 1995 reduzierte die 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern die Zuchthausstrafe auf 24 Monate. Am 5. Dezember 1995 verurteilte ihn das Ministero pubblico di Lugano wegen Widerhandlungen gegen das

Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) zu einer Busse von Fr. 1'500.–. Am 18. Dezember 1995 verurteilte ihn der Gerichtspräsident II von Nidau wegen Sachbeschädigung, Drohung, unanständigen Benehmens und Gewalt und Drohung gegen Beamte zu 45 Tagen Gefängnis.

C.

Am 21. September 1995 trat X._____ seine Zuchthausstrafe vorzeitig an. Am ... 1996, noch während des Strafvollzugs, verheiratete er sich in C._____ mit der 1966 geborenen Schweizerin D._____. Am 13. Februar 1997 ersuchte D._____ die Fremdenpolizei der Stadt Bern um eine Aufenthaltsbewilligung für ihren Ehemann. Am 19. Februar 1997 wurde X._____ aus dem Strafvollzug bedingt entlassen. Mit Verfügung vom 13. März 1997 wies die Fremdenpolizei der Stadt Bern das Gesuch ab. Die dagegen bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern erhobene Beschwerde blieb erfolglos. Am ... 1997 kam der gemeinsame Sohn E._____ zur Welt. Am 27. Oktober 1997 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die gegen den Entscheid der Polizei- und Militärdirektion erhobene Beschwerde ab und setzte X._____ eine Ausreisefrist bis zum 5. Januar 1998 an. Gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts erhob X._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, welches diese mit Urteil vom 12. März 1998 abwies. Mit Verfügung vom 16. April 1998 setzte die Fremdenpolizei der Stadt Bern die Ausreisefrist neu auf den 30. Juni 1998 fest. Mit Verfügung vom 27. April 1998 dehnte das Bundesamt für Ausländerfragen die Wegweisung auf das gesamte Gebiet der Schweiz aus.

D.

Mit Schreiben vom 13. Mai 1998 verweigerte das Amt für öffentliche Sicherheit, Ausländerfragen, des Kantons Solothurn X._____ eine Aufenthaltsbewilligung. Am 20. Mai 1998 stellte X._____ ein Asylgesuch. Mit Entscheid vom 13. Januar 1999 wies das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Beschwerde gegen die Ausdehnung der Wegweisung auf das ganze Gebiet der Schweiz ab. Mit Verfügung vom 15. März 2000 trat das Bundesamt für Flüchtlinge auf das Asylgesuch von X._____ nicht ein und wies ihn aus der Schweiz weg.

E.

Am 17. März 2000 stellte X._____ erneut ein Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung. Mit Verfügung vom 29. März 2000 trat die Fremdenpolizei der Stadt Bern auf das Gesuch nicht ein. Gegen diese Nichteintretensverfügung erhob X._____ am 17. April 2000 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern. Mit Verfügung vom 11. Mai 2000 verfügte das Bundesamt für Ausländerfragen über X._____ eine Einreisesperre bis zum 11. Mai 2005. Tags darauf wurde X._____ nach Pristina ausgeschafft. Mit Eingabe vom 13. Juni 2000 erhob X._____ gegen die Einreisesperre Beschwerde beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement. Mit Entscheid vom 29. Juli 2000 wies die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern die gegen die Nichteintretensverfügung der Fremdenpolizei erhobene Beschwerde ab. Die dagegen beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern erhobene Beschwerde blieb erfolglos, ebenso die in der Folge beim Bundesgericht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

F.

Am 5. November 2000 reichte X._____ ein weiteres Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 16. März 2001 wies das Bundesamt für Flüchtlinge das Asylgesuch ab und wies X._____ aus der Schweiz weg, und am 19. April 2001 wies das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Beschwerde gegen die Einreisesperre ab. Mit Entscheid vom 9. Juli 2001 wies die Schweizerische Asylrekurskommission die Beschwerde gegen den negativen Asylentscheid des Bundesamtes für Flüchtlinge ab.

G.

Mit Zwischenentscheid vom 9. August 2001 setzte die Schweizerische Asylrekurskommission den Vollzug der Wegweisung bis auf Weiteres aus; dabei stützte es sich unter anderem auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i.S. Boultif gegen Schweiz vom 2. August 2001. Mit Urteil vom 13. September 2001 trat die Schweizerische Asylrekurskommission auf eine Eingabe von X._____ vom 6. August 2001 als Revisionsgesuch gegen den Vollzug der Wegweisung nicht ein, leitete aber die Eingabe als Wiedererwägungsgesuch weiter an das Bundesamt für Flüchtlinge. Dieses wies das Wiedererwägungsgesuch am 22. Oktober 2001 ab, soweit es darauf eintrat.

H.

Am 26. September 2001 stellte X._____ erneut ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Er verwies insbesondere auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Boultif

(a.a.O.). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2001 trat die Fremdenpolizei der Stadt Bern auf das Gesuch nicht ein. Dagegen erhob X._____ am 16. November 2001 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern. Mit Verfügung vom 29. November 2001 änderte die Fremdenpolizei die ursprüngliche Nichteintretensverfügung in dem Sinne ab, als sie das Gesuch materiell behandelte und abwies. Die dagegen erhobene Beschwerde wies die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern mit Entscheid vom 19. März 2002 ab, soweit sie darauf eintrat. Mit Entscheid vom 2. Oktober 2002 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die gegen den Entscheid der Polizei- und Militärdirektion erhobene Beschwerde ab.
I.
Dagegen hat X._____ am 4. November 2002 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, den Entscheid des Verwaltungsgerichts sowie die Entscheide der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern und der Fremdenpolizei der Stadt Bern aufzuheben und diese anzuweisen, ihm eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

Die Polizei- und Militärdirektion und das Verwaltungsgericht des Kantons Bern sowie das Bundesamt für Ausländerfragen beantragen die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1
Art. 100 Abs. 1 lit. b OG schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiet der Fremdenpolizei aus gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Gemäss Art. 4 ANAG 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. Es besteht damit grundsätzlich kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen (BGE 128 II 145 E. 1.1.1; 127 II 161 E. 1a S. 164, je mit Hinweisen).
1.2 Nach Art. 7 Abs. 1 ANAG hat der Beschwerdeführer als Ehegatte einer Schweizer Bürgerin grundsätzlich Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Die Frage, ob die Bewilligung zu verweigern sei, weil einer der in Art. 7 ANAG genannten Ausnahmetatbestände gegeben ist, betrifft nicht das Eintreten, sondern bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (BGE 126 II 265 E. 1b S. 266, mit Hinweisen). Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten.
1.3 Der Beschwerdeführer kann sich zudem auf Art. 8 EMRK berufen. Diese Bestimmung - wie seit dem 1. Januar 2000 auch Abs. 13 Abs. 1 BV - gewährleistet das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Darauf kann sich im Rahmen eines ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens berufen, wer nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat. Wird in einem solchen Fall der Aufenthalt untersagt, so kann dies Art. 8 EMRK (bzw. Art. 13 Abs. 1 BV) verletzen. Soweit eine familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist, wird das der zuständigen Behörde in Art. 4 ANAG grundsätzlich eingeräumte freie Ermessen beschränkt. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des um die fremdenpolizeiliche Bewilligung nachsuchenden Ausländers oder seiner hier anwesenden Angehörigen ist unter diesen Umständen deshalb zulässig (BGE 126 II 425 E. 2a S. 427, mit Hinweisen).
1.4 Anfechtungsobjekt der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann einzig der Entscheid des Verwaltungsgerichts sein. Soweit der Beschwerdeführer beantragt, es seien überdies der Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 19. März 2002 sowie die Verfügung der Fremdenpolizei der Stadt Bern vom 29. November 2001 aufzuheben, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.
1.5 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. a und b OG), nicht jedoch die Ungemessenheit des angefochtenen Entscheids (vgl. Art. 104 lit. c OG) gerügt werden (vgl. BGE 125 II 105 E. 2a S. 107, 521 E. 2a S. 523, mit Hinweisen). Hat - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden, ist das Bundesgericht an deren Sachverhaltsfeststellung gebunden, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist (Art. 105 Abs. 2 OG). Damit wird die Möglichkeit, vor Bundesgericht neue Tatsachen vorzubringen und neue Beweismittel einzureichen, weitgehend eingeschränkt. Das Bundesgericht lässt diesfalls nur solche neuen Tatsachen und Beweismittel zu, welche die Vorinstanz von

Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen und deren Nichtbeachtung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 128 II 145 E. 1.2.1 S. 150 mit Hinweisen). Nachträgliche Veränderungen des Sachverhalts (so genannte "echte Noven") können in der Regel nicht mehr
berücksichtigt werden, denn einer Behörde kann nicht vorgeworfen werden, sie habe den Sachverhalt im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG fehlerhaft dargestellt, wenn sich dieser nach ihrem Entscheid verändert hat (BGE 128 II 145 E. 1.2.1 S. 150; 125 II 217 E. 3a S. 221).
1.6 Das Bundesgericht wendet das Bundesrecht bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde von Amtes wegen an; es ist gemäss Art. 114 Abs. 1 OG an die von den Parteien vorgebrachten Begründungen nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (BGE 128 II 145 E. 1.2.2 S. 150 f.; 127 II 264 E. 1b S. 268, mit Hinweisen).
2.
2.1 Der Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 7 Abs. 1 ANAG entfällt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt.
2.2 Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG kann ein Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde. Die Ausweisung soll jedoch nur ausgesprochen werden, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen 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, ANAV; SR 142.201). Die Nichterteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung an den wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilten ausländischen Ehegatten einer Schweizer Bürgerin setzt in gleicher Weise eine Interessenabwägung voraus. Der Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung gemäss Art. 7 Abs. 1 ANAG erlischt nicht bereits dann, wenn ein Ausländer wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens verurteilt wurde, sondern erst, wenn auch die Interessenabwägung ergibt, dass die Bewilligung zu verweigern ist (vgl. BGE 120 Ib 6 E. 4a S. 12 f., mit Hinweis). Das Ergebnis dieser Interessenabwägung braucht allerdings nicht dasselbe zu sein, wie wenn eine Ausweisung angeordnet worden wäre. Wenn ein Ausländer ausgewiesen wird, darf er die Schweiz nicht mehr betreten, während dies bei Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung möglich bleibt. Aufgrund dieses Unterschieds in der Schwere der Massnahme kann sich in Grenzfällen ergeben, dass die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung zulässig ist, die Anordnung einer Ausweisung aber unverhältnismässig wäre (BGE 120 Ib E. 4a S. 13).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer ist im Februar 1993 wegen mehrfach begangener Ausweisfälschung sowie wegen Führens eines Personenwagens ohne Führerausweis zu 40 Tagen Gefängnis verurteilt worden; am 9. Juni 1995 kam die Verurteilung zu 24 Monaten Zuchthaus wegen unvollendeten Versuchs der Vergewaltigung, einfacher Körperverletzung sowie Gewalt und Drohung gegen Beamte, alles begangen am ... 1992, dazu, am 5. Dezember 1995 eine Busse von Fr. 1'500.– wegen Widerhandlungen gegen das ANAG und am 18. Dezember 1995 eine Gefängnisstrafe von 45 Tagen wegen Sachbeschädigung, Drohung, unanständigen Benehmens und Gewalt und Drohung gegen Beamte.

Die Höhe der vom Strafrichter verhängten Strafe ist als Ausgangspunkt und Massstab für die fremdenpolizeiliche Beurteilung zu nehmen. Was die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung oder deren Verlängerung nach kurzer Aufenthaltsdauer betrifft, so hat das Bundesgericht im Urteil i.S. Reneja die aussergewöhnlichen Umstände hervorgestrichen, welche trotz der Verurteilung zu eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung noch zu rechtfertigen vermochten (BGE 120 Ib 6 E. 4b S. 14, mit Hinweis auf BGE 110 Ib 201). Dies bedeutet aber nicht, dass im Falle einer längeren Aufenthaltsdauer die Aufenthaltsbewilligung zwingend zu verlängern wäre, hängt doch die Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen wesentlich von den Umständen des Einzelfalles ab.
3.2 Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer zu Freiheitsstrafen von insgesamt zwei Jahren und dreieinhalb Monaten verurteilt; im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils hielt er sich seit knapp zwölf Jahren in der Schweiz auf. Die Begehung der Straftat, die hier besonders ins Gewicht fällt - die versuchte Vergewaltigung -, liegt über zehn Jahre zurück. Die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern hielt in ihrem Urteil vom 9. Juni 1995 fest, der Angeschuldigte habe den Vergewaltigungsversuch auf aggressive, brutale Art vorgenommen; erschwerend komme noch die in diesem Zusammenhang begangene einfache Körperverletzung sowie

Gewalt und Drohung gegen Beamte hinzu; nicht zu übersehen sei dabei der Einfluss des von ihm am Vorabend konsumierten Alkohols. Angesichts dieses schweren Verschuldens und des damals erst vergleichsweise kurzen Aufenthalts des Beschwerdeführers in der Schweiz fiel im ersten Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 1998 die Interessenabwägung zu seinen Ungunsten aus. An der Wertung der vom Beschwerdeführer begangenen Straftaten, insbesondere des Vergewaltigungsversuchs, ändert sich heute gegenüber damals selbstverständlich nichts. Es fragt sich hingegen, ob sich die übrigen Umstände in den fünf Jahren
seit der dem damaligen Bundesgerichtsurteil zugrunde liegenden Sachlage (massgebender Zeitpunkt: Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 1997) bis zum Zeitpunkt des hier angefochtenen Entscheids (2. Oktober 2002) in einer Art verändert haben, die das Resultat der Interessenabwägung heute anders ausfallen lässt.
3.3 Am 27. Oktober 1997 war der gemeinsame Sohn E._____ erst gerade vier Monate alt; der Beschwerdeführer selbst war erst seit dem 19. Februar 1997 wieder auf freiem Fuss.

Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei unter dem Einfluss seiner neuen Lebenspartnerin, mit der er ab Mai 1995 in Bern zusammengelebt habe, zusehends ruhiger geworden und habe sich auch schrittweise von seiner Alkoholsucht befreien können. Die Verheiratung mit Frau D._____ habe einen vollständigen Bruch mit der Vergangenheit und einen Neustart in ein verantwortungsvolles Leben dargestellt. Er sei denn auch am 19. Februar 1997 wegen guter Führung aus dem Strafvollzug entlassen worden; seither habe er sich klaglos verhalten. Eine wesentliche Rolle in dieser Entwicklung habe auch die Geburt seines Sohnes E._____ am ... 1997 gespielt. Da er selber mangels Aufenthaltsbewilligung keiner Erwerbstätigkeit habe nachgehen können, habe seine Ehefrau weiterhin ganztägig gearbeitet, und er habe den Haushalt geführt und den gemeinsamen Sohn betreut. Diese Rollenteilung funktioniere bis heute einwandfrei.

Der Beschwerdeführer bezieht sich sodann auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i. S. Boultif (a.a.O.) und macht geltend, im Vergleich zum vorliegenden Fall sei dort die Freiheitsstrafe von zwei Jahren weniger weit zurückgelegen, wogegen hier die Straftat, die zur schwersten Sanktion geführt habe, zehn Jahre zurückliege, und die andern Straftaten sieben oder mehr Jahre. Zudem sei die kulturelle Differenz zwischen der Schweiz und Algerien, wo neben arabisch nach wie vor französisch die gängige Umgangssprache sei, wesentlich kleiner als im Fall des Kosovo, und die Chance der Ehefrau, sich in der fremden Umgebung wirtschaftlich und sozial einzugliedern, sei im westlich orientierten Algerien mit Sicherheit grösser. Wenn also der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Falle Boultif die Wegweisung eines mit einer Schweizerin verheirateten Algeriers für unverhältnismässig gehalten habe, so müsse dies in erhöhtem Masse im Falle des Beschwerdeführers gelten.
3.4 In der Tat fällt auf, dass der Beschwerdeführer sich seit der Entlassung aus dem Strafvollzug in strafrechtlicher Hinsicht nichts mehr hat zuschulden kommen lassen. Seit der Entlassung aus dem Strafvollzug kümmert der Beschwerdeführer sich tagsüber um die Betreuung seines mittlerweilen sechsjährigen Sohnes, zu dem er eine enge Bindung entwickelt hat, während seine Ehefrau einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung und die Trennung von Frau und Kind würde den Beschwerdeführer schwer treffen, wie unter anderem verschiedene ärztliche und psychiatrische Berichte festhalten:
Wie die Chefärztin der Kinder- und Jugendpsychiatrischen Poliklinik Bern und die Fachpsychologin der Kantonalen Erziehungsberatung Bern in ihrem Bericht vom 12. Dezember 2001 betonen, ist der Beschwerdeführer seit der Geburt des Kindes dessen Hauptbezugsperson; es besteht eine tiefe emotionale Bindung zwischen Vater und Sohn, die sich in der Beratungssituation deutlich manifestiert habe. Eine Ausschaffung des Vaters wäre gemäss den Expertinnen für den Buben traumatisierend, da die entwicklungsfördernde Beziehung zum Vater abgebrochen würde, und indem die Mutter destabilisiert würde und sie dadurch dem Kind zu wenig Halt bieten könnte. Gemäss einem Bericht von Dr. F._____, Leiter der Abteilung pädiatrische Neuropsychologie/Entwicklungsstörungen der Medizinischen Universitäts-Kinderklinik Bern, vom 11. Dezember 2001 sind im Falle einer erneuten Ausschaffung des Beschwerdeführers beim Kind heftige Reaktionen zu erwarten, und es ist sehr wohl möglich, dass dieses auf längere Zeit nicht in eine Krippe integrierbar wäre und die Mutter daher ihre Erwerbstätigkeit aufgeben müsste. Der Beschwerdeführer musste sich im Rahmen einer Kriseninterventionam 9. November 2001 in ambulante psychiatrische Behandlung beim Psychiatriezentrum des
Spitalzentrums Biel begeben. Gemäss ärztlichem Zeugnis vom 5. Dezember 2001 konnte bis zu diesen Zeitpunkt trotz allen ambulanten therapeutischen Bemühungen eine komplette Remission der depressiven Symptomatik bzw. eine glaubhafte Distanzierung von wiederkehrenden intensiven Selbstmordgedanken nicht erreicht

werden. Unter ständigem Ausweisungsdruck habe keine adäquate störungsspezifische psychotherapeutische Behandlung geboten werden können. Gemäss einem Bericht des Psychiatriezentrums Biel vom 27. Februar 2002 konnte die zu Beginn festgestellte mittelschwere bis schwere traumaassoziierte anxiodepressive Symptomatik mit Suizidgedanken und Symptomen durch die integrativen soziopsychiatrischen therapeutischen Massnahmen innerhalb von drei Monaten einigermassen stabilisiert werden. Die Hoffnung für ein neues Leben mit der Familie zusammen sei nach sechsjährigem Ausschaffungsdruck und Retraumatisierung durch die Ausschaffungsinterventionen weiterhin sehr stark mit Angst verbunden. Aus diesem Grunde wäre eine erzwungene Trennung von der Familie und ein Abbruch der hier in der Schweiz begonnenen integrativen soziopsychiatrischen Behandlung mit schweren zusätzlichen irreversiblen Leidensfolgen verbunden. Eine erzwungene Trennung von der
Familie wäre nach psychotherapeutischer-psychiatrischer Praxis nicht zumutbar.
Wie in diesen Berichten beschrieben wird, wäre die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer sowohl für ihn als auch für seinen Sohn psychisch sehr schwer zu verkraften. Eine solche erzwungene Trennung von Frau und Kind ist nur hinzunehmen, wenn sie angesichts der begangenen Straftaten und der übrigen massgebenden Faktoren trotz aller Härte als geboten erscheint.
4.
4.1 Die heutige Situation unterscheidet sich von derjenigen, die dem ersten bundesgerichtlichen Urteil vom 12. März 1998 zugrunde lag, insofern, als der Beschwerdeführer in den auf die Strafentlassung folgenden Jahren ein in strafrechtlicher Hinsicht einwandfreies Leben geführt hat. Er hat sich von seiner Alkoholabhängigkeit befreien können und ist nicht nur ein treu sorgender Familienvater, sondern auch die Hauptbetreuungsperson seines Sohnes. Indessen hat er alle diese Jahre nur in der Schweiz verbringen können, weil er alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten - darunter ein zweites und ein drittes Asylgesuch - ausgeschöpft hat:

Am 13. Februar 1997, kurz vor der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug, stellte seine Ehefrau für ihn ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung; dieses Verfahren fand sein Ende mit dem abweisenden Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 1998. Es folgte ein erfolgloses Gesuch des Beschwerdeführers um Aufenthaltsbewilligung im Kanton Solothurn und kurz nach dessen Abweisung ein weiteres Asylgesuch. Am 17. März 2000 und damit zwei Tage, nachdem das Bundesamt für Flüchtlinge auf das Asylgesuch nicht eingetreten war, stellte der Beschwerdeführer erneut ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung. Die Fremdenpolizei trat darauf nicht ein, und noch während des Beschwerdeverfahrens vor der Polizei- und Militärdirektion wurde der Beschwerdeführer ausgeschafft. Er reiste aber anfangs November 2000, noch vor dem Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 20. November 2000, wieder in die Schweiz ein und stellte sein drittes Asylgesuch, das die Schweizerische Asylrekurskommission letztinstanzlich am 9. Juli 2001 abwies. Dem vorliegenden Verfahren liegt das Gesuch vom 26. September 2001 um eine Aufenthaltsbewilligung zugrunde (zum Ganzen: s. vorne Sachverhalt).

Bei all diesen prozessualen Vorkehren handelt es sich um rechtlich zulässige Mittel für das Erreichen des Zieles, in der Schweiz bleiben zu können; es kann dem Beschwerdeführer für seine Hartnäckigkeit insoweit kein Vorwurf gemacht werden; bei der Interessenabwägung ist aber zu berücksichtigen, dass die relativ lange Aufenthaltsdauer in der Schweiz zu einem grossen Teil auf keiner ordentlichen Bewilligung beruhte, sondern durch unbegründete Rechtsmittel und Gesuche prozessual erwirkt worden war und insoweit nur beschränkt ins Gewicht fallen kann.

Dass eine Heimkehr in den Kosovo, insbesondere aber eine Trennung von Frau und Kind, den Beschwerdeführer sehr hart treffen würde, ist klar. Die verschiedenen ärztlichen und psychiatrischen Berichte sprechen von Ängsten, depressiven Zuständen und drohender Traumatisierung, was in einer solchen Situation nicht erstaunlich ist. Umso mehr darf eine solche Trennung von der Familie nur dann behördlich erzwungen werden, wenn die dem betreffenden Ausländer zur Last gelegten Straftaten so schwer wiegen, dass die entsprechenden Leidensfolgen hinzunehmen sind. Dies ist hier der Fall:

Äusserst schwer wiegt im vorliegenden Fall der Vergewaltigungsversuch. Wie die 2. Strafkammer des Obergerichts in ihrem Urteil vom 9. Juni 1996 ausgeführt hat, ist der Beschwerdeführer überfallartig und mit erheblicher Gewalt, ja Brutalität über die ihm kräftemässig klar unterlegene Frau hergefallen, um an ihr gegen ihren wiederholt unmissverständlich geäusserten Willen den Geschlechtsverkehr zu vollziehen; dabei habe er sein

Opfer erheblich verletzt und zwar an Leib und Seele. Dass es letztlich beim Versuch geblieben sei, habe seinen Grund einzig darin, dass das Opfer habe Hilfe herbeirufen können. Dieses Vorgehen, so die Strafkammer, sei Ausdruck grosser Aggressivität und Geringschätzung der Menschenwürde der Frau allgemein und des Opfers im Besonderen, es zeuge von grosser krimineller Energie, zumal der Angeschuldigte erst am Vortag aus dem Strafvollzug entlassen worden sei. Schwer wiegt auch, dass der Beschwerdeführer die Kollegin des Opfers, die ihr zu Hilfe kommen wollte, schlug, was zu einer Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung führte, sowie dass er gegenüber zwei Polizeibeamten gewalttätig geworden war.

Angesichts dieser schwer wiegenden Straftaten ist im vorliegenden Fall die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer gerechtfertigt, auch wenn Unbeteiligte, wie hier Frau und Kind, an den entsprechenden Konsequenzen leiden müssen.
4.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, für die Ehefrau des Beschwerdeführers wäre ein Leben im Kosovo unzumutbar.

In der Tat wäre eine Ausreise in diesen Landesteil der Bundesrepublik Jugoslawien, wo gänzlich andere Sitten und Gebräuche herrschen und eine andere Religion gelebt wird, für die schweizerische Ehefrau, die weder serbokroatisch noch albanisch spricht, schwer zumutbar. Im Gegensatz zum Fall Boultif, der seine Schweizer Ehefrau heiratete, bevor er den Raub und die Sachbeschädigung beging, hat aber hier die Heirat mit der Schweizerin während des Strafvollzugs des Beschwerdeführers stattgefunden.
4.3 Das Verwaltungsgericht hat zu diesem Punkt ausgeführt, auch wenn die Ehefrau vor der Heirat angenommen haben möge, sie könne ihre Ehe trotz der strafrechtlichen Verurteilung ihres Mannes in der Schweiz leben, so habe ihr doch bewusst sein müssen, dass eine Aufenthaltsbewilligung nicht ohne Weiteres ausgestellt würde und jedenfalls von einer behördlichen Entscheidung abhange.

Der Beschwerdeführer führt aus, seine Ehefrau habe sich noch vor der Trauung, nämlich im Juni 1996, bei der zuständigen Behörde nach den aufenthaltsrechtlichen Aspekten erkundigt. Die diensthabende Beamtin, Frau G._____, habe ihr gesagt, dass die (Wieder)erteilung der Aufenthaltsbewilligung kein Problem sei; die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung entspreche in einem solchen Fall langjähriger Praxis der bernischen Fremdenpolizei. Der Beschwerdeführer und seine Frau hätten bei den Vorinstanzen die Zeugenbefragung sowohl der Ehefrau wie auch dieser Beamtin angeboten, das Verwaltungsgericht habe aber auf eine solche Zeugenbefragung verzichtet, womit es den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe.
4.4 Das Bundesgericht hat in seinem ersten Urteil vom 12. März 1998 ausgeführt, die Behauptung des Beschwerdeführers, es sei ihm seitens der Fremdenpolizei eine Aufenthaltsbewilligung zugesichert worden, habe er erstmals vor Bundesgericht erhoben; sie stelle daher ein neues tatsächliches Vorbringen dar, welches in diesem Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden könne.
Das vorliegende Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass einerseits ein Sachverhalt wieder zu Beurteilung ansteht, der schon in einem rechtskräftigen Urteil des Bundesgerichts beurteilt wurde, und anderseits neue Sachverhaltselemente dazugekommen sind, nämlich die Ereignisse in den Jahren seit der Ausfällung des ersten Urteils. Die Thematik rund um die Phase vor der Trauung gehört zum Sachverhalt, der im Urteil vom 12. März 1998 schon berücksichtigt worden ist. Es ist daher fraglich, ob ein im ersten Verfahren sozusagen "verpasstes" Vorbringen in einem späteren Verfahren, konkret im vorliegenden, quasi nachgeholt werden kann. Ist die Frage zu verneinen, liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs von vornherein nicht vor.

Die Frage kann hier offenbleiben, dies aus folgendem Grund: Wäre der Ehefrau vorzuhalten, sie hätte nicht damit rechnen dürfen, ihre Ehe in der Schweiz leben zu dürfen, so würde als Konsequenz davon eine allfällige Unzumutbarkeit für sie, im Kosovo zu leben, etwas herabgemildert, was sich auf die Gesamtinteressenabwägung auswirkt. Rechtfertigen aber die strafrechtlichen Vorkommnisse - wie hier - die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung auch dann, wenn eine Ausreise in den Kosovo für die Frau geradezu unzumutbar wäre, so braucht das Ausmass der Unzumutbarkeit nicht erschöpfend abgeklärt zu werden.
4.5 Der Beschwerdeführer beruft sich auf die UNO-Kinderrechtekonvention (SR 0.107). Indessen hat das Bundesgericht dazu festgehalten, dass aus Art. 9 und 10 dieser Konvention weder ein Kind noch dessen Eltern einen durchsetzbaren Anspruch auf Familienzusammenführung ableiten können, und dass das Recht der Staaten, ihre Einwanderungsgesetze selbst auszugestalten, durch diese Bestimmungen nicht beeinträchtigt wird (BGE 124 II

361 E. 3b S. 367). Nichts anderes kann gelten, wenn es nicht um die Verweigerung einer Familienzusammenführung geht, sondern um eine Anordnung, die - wie hier - zur Trennung einer Familie führen kann. Auch Art. 18 der Konvention kann nicht so ausgelegt werden, dass ein Land in keinem Fall Massnahmen ergreifen darf, die zur Trennung eines Elternteils vom Kind führen können.
5.
5.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Polizei- und Militärdirektion und dem Verwaltungsgericht (Verwaltungsrechtliche Abteilung) des Kantons Bern, dem Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung sowie der Fremdenpolizei der Stadt Bern (Kopie) zur Kenntnisnahme schriftlich zugestellt.

Lausanne, 9. Juli 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: