Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.563/2002 /bmt

Sitzung vom 23. Mai 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Merkli,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
X._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat Erik Wassmer, Fischmarkt 12, 4410 Liestal,

gegen

Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft, Regierungsgebäude, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal,
Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 4410 Liestal.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, vom 24. Juli 2002.

Sachverhalt:
A.
X._____ (geb. 1960) war in der Türkei mit einer Landsfrau verheiratet, mit der er eine Tochter und einen Sohn hat, die heute offenbar volljährig sind. Nach seinen eigenen Angaben wurde diese Ehe im Jahre 1989 geschieden. X._____ reiste daraufhin in die Schweiz und stellte ein Asylgesuch. Dieses wurde abgewiesen, worauf X._____ in die Türkei ausgeschafft wurde. Am 20. März 1992 gelangte er erneut in die Schweiz und heiratete gleichentags die um sechs Jahre ältere Schweizer Bürgerin Y._____. Daraufhin erhielt er die Aufenthaltsbewilligung. Nachdem diese Ehe am 15. September 1994 geschieden worden war, verweigerte die Fremdenpolizei des Kantons Basel-Landschaft mit Verfügung vom 16. Januar 1996 X._____ die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.
B.
Im anschliessenden Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft machte X._____ geltend, er beabsichtige, sich nunmehr mit der Schweizer Bürgerin Z._____ zu verheiraten. Diese Eheschliessung ist nie erfolgt. Am 18. September 1996 gebar Z._____ hingegen die Zwillinge A._____ und B._____ (welch letztere am 13. Februar 1997 verstorben ist), die X._____ in einer Verhandlung vor dem Bezirksgericht Liestal schliesslich als seine Kinder anerkannte. Unter Berufung auf diese Vaterschaftsanerkennung stellte er bei der Fremdenpolizei ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Dieses wurde abgewiesen (Verfügung vom 11. Juli 1997), worauf X._____ beim Regierungsrat erneut Beschwerde erhob.

Mit Entscheid vom 5. Mai 1998 wies der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft die Beschwerden gegen die beiden Verfügungen der Fremdenpolizei vom 16. Januar 1996 bzw. vom 11. Juli 1997 ab.

Inzwischen, am 11. Dezember 1997, hatte Z._____ den Sohn C._____ geboren. X._____ anerkannte dieses Kind am 25. Februar 1998 vor der Bezirksgerichtspräsidentin Liestal.
C.

Eine gegen den Entscheid des Regierungsrates gerichtete Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft am 15. Dezember 1999 ab. Es erwog im Wesentlichen, X._____ besuche seine Kinder zwar regelmässig und komme auch seinen finanziellen Verpflichtungen nach. Er unterhalte aber weder eine starke affektive noch eine enge wirtschaftliche Beziehung zu den Söhnen. Er habe die Vaterschaft jeweils erst nach Tätigwerden der Amtsvormundschaft anerkannt, wobei bei den Zwillingen sogar eine Klage betreffend Feststellung des Kindesverhältnisses notwendig gewesen sei. Berücksichtigt werden müsse ferner das zerrüttete Verhältnis des Rekurrenten zur Mutter der Kinder. Von deren Befragung hatte das Verwaltungsgericht allerdings abgesehen; ebenso wenig gab es einem Antrag statt, ein Fachgutachten zur Abklärung der Intensität der affektiven Beziehungen zwischen X._____ und seinen beiden Kindern A._____ und C._____ einzuholen.
D.
Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiess das Bundesgericht am 26. Juni 2000 gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache "zur weiteren Abklärung und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen" an die Vorinstanz zurück. Das Bundesgericht erwog im Wesentlichen, es fehle vorliegend an einer Feststellung der wirklichen Intensität der affektiven Beziehungen des Beschwerdeführers zu seinen Kindern, wie sie Voraussetzung für eine aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK abgeleitete Anwesenheitsberechtigung wäre (E. 4). Das Verwaltungsgericht werde durch Befragung von Z._____ und, soweit sich eine solche als unmöglich oder unergiebig erweisen sollte, durch weitere Beweiserhebungen, gegebenenfalls auch durch Einholung des beantragten Gutachtens, abzuklären haben, ob die Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen Kindern derart eng und intensiv sei, dass sich daraus ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ergeben würde (E. 7).
E.
Nachdem das Verwaltungsgericht u.a. Z._____ befragt und beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Basel-Landschaft ein Gutachten "zur Beurteilung der affektiven Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und dessen Kinder A._____ und C._____" eingeholt hatte, wies es - nunmehr als "Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht" (im Folgenden: "Kantonsgericht") - mit (Mehrheits-)Entscheid vom 24. Juli 2002 die Beschwerde erneut ab und wies das Amt für Migration (vormals Fremdenpolizei) an, die Ausreisefrist des Beschwerdeführers neu festzusetzen.
In der Zeit zwischen dem ersten Urteil des Bundesgerichts in dieser Sache (2A.82/2000 vom 26. Juni 2000) und dem soeben erwähnten Entscheid des Kantonsgerichts hatte Z._____ den Sohn D._____ geboren (am 7. September 2000). Vater dieses Kindes ist gemäss einem Gutachten des Instituts Dr. Viollier vom 4. Oktober 2002 zuhanden des Bezirksgerichts Liestal mit einer Wahrscheinlichkeit von 99,999998 % ebenfalls X._____.
F.
Dieser führt gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 24. Juli 2002 wiederum Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und das Amt für Migration des Kantons Basel-Landschaft anzuweisen, ihm eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen bzw. diese rückwirkend ab 19. September 1995 zu verlängern. Sodann verlangt X._____ für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Kantonsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (vormals Bundesamt für Ausländerfragen) schliesst ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde.

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2002 hat der Abteilungspräsident der Beschwerde - antragsgemäss - aufschiebende Wirkung zuerkannt.
G.
Am 9. Dezember 2002 reichte X._____ unaufgefordert einen Vorbescheid der Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft (IV-Stelle) ein, wonach ihm rückwirkend ab 1. August 2001 (unter der Auflage, dass er sich einer Therapie gegen seinen übermässigen Alkoholkonsum unterziehe) eine ganze Rente zustehe; bis zur Auszahlung dieser Rente müsse er aber nach wie vor und vorschussweise von der Sozialhilfe unterstützt werden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.

1.1 Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiete der Fremdenpolizei aus 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) entscheiden die zuständigen Behörden, 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 Staatsvertrages berufen (BGE 128 II 145 E. 1.1.1 S. 148; 127 II 60 161 E. 1a, S. 164, je mit Hinweisen).
1.2 Der Beschwerdeführer kann sich auf keine Gesetzesbestimmung des Landesrechts berufen, die ihm einen Anspruch auf Anwesenheit bei seinen in der Schweiz ansässigen Kindern vermitteln würde. Nichts anderes ergibt sich - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - aus Art. 11 Abs. 1 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen [vgl. BGE 126 II 377 E. 5 S. 392]). Hingegen reicht, wie dies schon im Urteil 2A.82/2000 vom 26. Juni 2000 (E. 1c und d) festgestellt worden ist, die vorliegend gelebte Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen Kindern aus, um einen potentiellen Anwesenheitsanspruch aus Art. 8 EMRK (welcher den Schutz des Familienlebens garantiert, vgl. auch Art. 13 Abs. 1 BV) abzuleiten, weshalb das Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist (vgl. auch Urteil 2A.516/1999, E. 1b und c, mit weiteren Hinweisen). Frage der materiellen Beurteilung bleibt, ob die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung unter den konkreten Umständen mit Art. 8 EMRK vereinbar ist.
1.3 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 104 lit. a und b OG). Hat jedoch - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt, ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellung gebunden (Art. 105 Abs. 2 OG).
Das Bundesgericht wendet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesrecht 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 127 II 264 E. 1b S. 268, mit Hinweisen).
2.
2.1 Der in Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantierte Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt nicht absolut. Vielmehr ist nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutze der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und öffentlichen Interessen an der Verweigerung, wobei letztere in dem Sinne überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 122 II 1 E. 2 S. 6, mit Hinweisen).
2.2 Der nicht sorgeberechtigte Ausländer kann die familiäre Beziehung zu seinen Kindern von Vornherein nur in einem beschränkten Rahmen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts leben. Hierzu ist nicht unabdingbar, dass er dauernd im gleichen Land wie das Kind lebt und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Ein solches Besuchsrecht gegenüber einem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind verschafft dem ausländischen Elternteil daher im Allgemeinen noch keinen Anspruch auf dauernde Anwesenheit; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend auszugestalten sind. Ein weiter gehender Anspruch kann bestehen, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zu den Kindern besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte und das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (”tadelloses Verhalten”, ”comportement irréprochable”, ”comportamento irreprensibile”, vgl. Urteile 2A.10/2001 vom 11. Mai 2001, E. 2b, 2A.516/1999
vom 16. Februar 2000, E. 3, 2A.428/2000 vom 9. Februar 2001, E. 2 und 2A.521/2001 vom 21. Juni 2002, E. 4.2, sowie BGE 120 Ib 1 E. 3c S. 5, 22 E. 4a/b S. 25f.). Wesentlich ist dabei, ob gegen den Ausländer fremdenpolizeiliche Entfernungs- und Fernhaltegründe sprechen, insbesondere ob und inwieweit er sich massgebliches,

strafrechtlich oder fremdenpolizeilich verpöntes Fehlverhalten hat zuschulden kommen lassen.
2.3 Wie bereits in Erwägung 5 des Entscheids vom 26. Juni 2000 (2A.82/2000) ausgeführt worden ist, überwiegt das öffentliche Interesse an einer restriktiven Ausländerpolitik die privaten Interessen des Beschwerdeführers nicht von Vornherein. Er ist in der Schweiz Vater von drei Söhnen, die heute 6 ½, 5 ½ und 2 ½ Jahre alt sind und zu denen er trotz des ambivalenten Verhältnisses mit der Mutter eine Beziehung aufgebaut hat (er besucht sie zwei Mal pro Woche). Straffällig ist er nie geworden, und ebenso wenig hat er sich bisher fremdenpolizeilich verpöntes Verhalten zuschulden kommen lassen. In wirtschaftlicher Hinsicht erscheint seine Zukunft als gesichert (vgl. vorne "G.-"), so dass er auch in der Lage sein dürfte, wie bisher Unterhaltsbeiträge für die Kinder zu bezahlen. Zwar hat er, was er nicht in Abrede stellt, Probleme im Umgang mit Alkohol, doch kann ihm hieraus allein - auch wenn dieser Umstand nicht bagatellisiert werden darf - noch kein schwerer persönlicher Vorwurf gemacht werden (vgl. E. 2.2., am Ende). Sodann hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass vorliegend eine Ausübung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers aus der Türkei zwar möglich, jedoch weitgehend theoretischer Natur wäre (Urteil 2A.82/2000, E. 6,
mit Hinweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 21. Juni 1988 i.S. Berrehab gegen die Niederlande, EuGRZ 1993 S. 547 ff.). Entscheidend kommt es daher auf die Intensität der affektiven Beziehungen des Beschwerdeführers zu seinen Kindern an, wie dies im erwähnten Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juni 2000 ebenfalls zum Ausdruck gekommen ist (E. 7).
2.4 Nach zahlreichen Gesprächen mit den Beteiligten, Spielbeobachtungen der Kinder und zusätzlichen Sitzungen kamen die Gutachter des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes des Kantons Basel-Landschaft zusammenfassend zum Ergebnis, zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Söhnen A._____ und C._____ bestehe eine echte, von innerer Verbundenheit und Zuneigung geprägte Beziehung. Ebenfalls bestehe eine Vater-Kind-Beziehung zu D._____, die aber dem Alter dieses Sohnes entsprechend weniger deutlich fassbar werde. Die Gutachter halten den Beschwerdeführer für einen "genügend guten Vater", dem sie in einem Kinderzuteilungsgutachten ein Besuchsrecht einräumen würden. Die Intensität der Beziehungen bezeichnen sie als "normal" (Gutachten, S. 22). Ein Wegzug des Beschwerdeführers in die Türkei werde sich für die Kinder, vor allem für A._____, in emotionaler Hinsicht voraussichtlich nachteilig auswirken. Die Gutachter "empfehlen (aus der Sicht der Kinder) vorbehaltlos, dass dem Kindsvater eine Aufenthaltsbewilligung gegeben werde" (Gutachten, S. 23).
2.5 Nach Art. 9 Abs. 3 des für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getretenen Übereinkommens über die Rechte der Kinder (Kinderrechtekonvention, SR 0.107) achten die Vertragsstaaten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht. Ferner bestimmt Art. 11 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, dass Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben. Zwar lässt sich aus diesen Bestimmungen, wie ausgeführt (E. 1.2), kein direkter Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung eines Elternteils ableiten, doch sind die beiden fraglichen Normen zur Untermauerung des nach Art. 8 EMRK potentiell bestehenden Aufenthaltsanspruchs heranzuziehen und im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen.
2.6 Aus dieser Interessenabwägung ergibt sich vorliegend, dass der Eingriff in das Familienleben des Beschwerdeführers nicht "notwendig" im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK erscheint (vgl. E. 2.1). Das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung ist aufgrund seines gesamten Vorlebens und insbesondere mit Blick darauf, dass eine Ausreise in die Türkei "für beide Söhne, vor allem aber für A._____, (...) mit erheblichem Risiko für deren weitere psychische Entwicklung verbunden" wäre (Gutachten, S. 24), untergeordneter Natur. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer "im Gegensatz zum eher hektischen, emotional sehr engagierten Erziehungsstil der K(inds)m(utter)" einen ruhigen und gelassenen Einfluss auf die Kinder ausübt (Gutachten S. 20). Unter diesen Umständen ist dem Beschwerdeführer die Anwesenheit in der Schweiz weiterhin zu bewilligen. Wenn es ihm indessen allein um den Erhalt der Aufenthaltsbewilligung gehen sollte und er sich in der Folge nicht mehr um die Kinder kümmern würde, wäre dies bei einer späteren allfälligen Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu berücksichtigen.
3.
Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

Hebt das Bundesgericht die angefochtene Verfügung auf, so entscheidet es selbst in der Sache oder weist diese

zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück; hat diese als Beschwerdeinstanz entschieden, so kann es die Sache an die Behörde zurückweisen, die in erster Instanz verfügt hat (Art. 114 Abs. 2 OG).

Nachdem das Verfahren bis heute sieben Jahre gedauert hat, erscheint es als richtig, dass das Bundesgericht das Amt für Migration des Kantons Basel-Landschaft anweist, dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Sache des Kantonsgerichts wird es sein, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens neu zu befinden; zu diesem Zweck werden die Akten an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4.
Bei diesem Verfahrensausgang werden keine Kosten erhoben (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen hat der Kanton Basel-Landschaft den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, und das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, vom 24. Juli 2002 wird aufgehoben. Das Amt für Migration des Kantons Basel-Landschaft wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.
2.
Die Akten werden an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, zurückgewiesen zur Neufestsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Der Kanton Basel-Landschaft wird verpflichtet, Rechtsanwalt Erik Wassmer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
5.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
6.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Amt für Migration des Kantons Basel- Landschaft, dem Regierungsrat und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft (Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) sowie dem Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 23. Mai 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: