Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.688/2006 /zga

Urteil vom 29. Juni 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Müller, Karlen,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
1. X._____,
2. Y._____,
3. Z._____,
Beschwerdeführerinnen,
alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Schütz,

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 (Familiennachzug),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. Oktober 2006.

Sachverhalt:
A.
X._____, geb. 1972, reiste am 9. Juni 1999 zusammen mit A._____, geb. 1976, mit dem sie seit 1998 nach Brauch verheiratet war, und der gemeinsamen Tochter Y._____, geb. 1999, in die Schweiz ein. Die drei Familienangehörigen sind Staatsbürger von Serbien und Montenegro, stammen aus dem Kosovo und gehören der ethnischen Minderheit der Roma (und davon der Untergruppe der so genannten Kosovo-Ägypter) an. Am 2. Mai 2002 lehnte das Bundesamt für Flüchtlinge (heute: Bundesamt für Migration) das Asylgesuch von X._____ und Y._____ ab und wies die beiden aus der Schweiz weg. Dieser Entscheid wurde rechtskräftig.

Am 17. September 2002 heiratete X._____ in Uznach den Schweizer Bürger B._____, geb. 1962. Aus der Ehe ging die gemeinsame Tochter Z._____ (geboren 2003) hervor. Die Ehe B.X._____ wurde später geschieden.
B.
Mit Verfügung vom 8. Juli 2003 lehnte das Ausländeramt des Kantons St. Gallen das Gesuch um Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an X._____ und Y._____ ab. Beschwerden beim Justiz- und Polizeidepartement sowie beim Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen blieben erfolglos. Mit Urteil vom 31. Januar 2006 hiess das Bundesgericht eine gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Juni 2005 erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde gut, soweit es darauf eintrat, hob das verwaltungsgerichtliche Urteil auf und wies die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen zurück zu ergänzender Sachverhaltsfeststellung und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen. Dabei erwog das Bundesgericht

im Wesentlichen, die Frage der Zumutbarkeit der Ausreise für Angehörige der Minderheit der Kosovo-Ägypter setze situationsspezifische Abklärungen voraus, welche bisher fehlten (Urteil 2A.514/2005).

In der Folge nahm das Verwaltungsgericht ergänzende Abklärungen vor. Am 19. Oktober 2006 wies es die Beschwerde (wiederum) ab.

C.
Mit erneuter Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 15. November 2006 an das Bundesgericht stellen X._____, Y._____ und Z._____ im Wesentlichen den folgenden Antrag:
"In Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 19. Oktober 2006 sei festzustellen, dass den Beschwerdeführerinnen ... ein Rechtsanspruch auf Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen im Kanton St. Gallen zusteht;
Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen;
..."
Das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen und das Bundesamt für Migration schliessen auf Abweisung der Beschwerde.
D.
Mit Verfügung vom 24. November 2006 hat der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde auf Antrag der Beschwerdeführerinnen hin die aufschiebende Wirkung erteilt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der angefochtene Entscheid erging vor vor dem 1. Januar 2007, d.h. vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110; vgl. AS 2006 1242). Die Beschwerde richtet sich daher noch nach dem Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943 (OG; siehe Art. 132 Abs. 1 BGG).
2.
2.1 Die Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung kann nur dann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden, wenn der Ausländer gestützt auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags einen Anspruch auf die Bewilligung hat (Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 e contrario OG; vgl. Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAG; SR 142.20; BGE 130 II 281 E. 2.1 S. 284, mit Hinweis).
2.2 Wie das Bundesgericht bereits in seinem Urteil vom 31. Januar 2006, E. 1.5.2, festgehalten hat, haben die Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung.
2.2.1 Diese Bestimmungen gewährleisten 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. Dies trifft zu, wenn er das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285, mit Hinweisen). Soweit eine familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist, wird das der zuständigen Behörde grundsätzlich eingeräumte freie Ermessen beschränkt (BGE 129 II 215 E. 4.1-4.2 S. 218 f.).
2.2.2 Die Beschwerdeführerin 3 verfügt über die schweizerische Staatsangehörigkeit und hat damit ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz. Sie lebt zurzeit in der Schweiz, und ihre Beziehung zur Mutter und Beschwerdeführerin 1 ist intakt und wird tatsächlich gelebt. Damit erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Hinblick auf die Beziehung zwischen der beschwerdeführenden Mutter und ihrer schweizerischen Tochter als zulässig. Fraglich erscheint, ob sich auch die Beschwerdeführerin 2 als Halbschwester der Beschwerdeführerin 3 auf ihre Beziehung zu derselben berufen kann, da die beiden Kinder angesichts ihres Alters jedenfalls nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen können, wie dies die Rechtsprechung in solchen Fällen grundsätzlich voraussetzt (vgl. dazu BGE 120 Ib 257). Sollte jedoch die Mutter gestützt auf ihre Beziehung zur schweizerischen Tochter, der Beschwerdeführerin 3, über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen, hätte auch ihre minderjährige andere Tochter, die Beschwerdeführerin 2, einen

Anspruch darauf, ihre eigene Beziehung zur Mutter in der Schweiz leben zu können. Für die Legitimation zur Beschwerdeführung genügt, dass diese Frage näherer Abklärung bedarf.
2.3 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann vorliegend 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 Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (vgl. Art. 104 lit. c OG) gerügt werden. 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 Verfahrensbestimmungen erfolgt ist (Art. 105 Abs. 2 OG). Damit wird die Möglichkeit, vor Bundesgericht neue Tatsachen vorzubringen und neue Beweismittel einzureichen, weitgehend eingeschränkt (BGE 128 II 145 E. 1.2.1 S. 150, mit Hinweisen).
2.4 Die von den Beschwerdeführerinnen dem Bundesgericht nachträglich mit der Beschwerdeschrift eingereichten Unterlagen sind als verspätet und als unzulässige Noven aus dem Recht zu weisen, soweit sie nicht bereits dem Verwaltungsgericht vorlagen.
3.
3.1 Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK gilt nicht absolut. Er verpflichtet die Behörden nicht in jedem Fall, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (BGE 126 II 335 E. 3a S. 342). Vielmehr ist nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er 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 Pflichten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen an der Erteilung der Bewilligung und den öffentlichen Interessen an deren Verweigerung, wobei Letztere in dem Sinn überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 122 II 1 E. 2 S. 6 mit Hinweis). Art. 8 EMRK ist durch die Verweigerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung zum Vornherein nicht verletzt, wenn es für das in der Schweiz anwesenheitsberechtigte Familienmitglied zumutbar erscheint, mit dem ausländischen Familienangehörigen, dem die Bewilligung verweigert wird, auszureisen. Unter diesen Voraussetzungen kann die
Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK unterbleiben, bzw. es kann davon ausgegangen werden, dass die Zumutbarkeit der Ausreise im Rahmen der Interessenabwägung den Ausschlag gibt (BGE 122 II 289 E. 3b S. 297; Urteil des Bundesgerichts 2A.514/2005 vom 31. Januar 2006, E. 2.1). Analoges gilt nach Art. 13 BV in Verbindung mit Art. 36 BV.
3.2 In Befolgung des bundesgerichtlichen Urteils vom 31. Januar 2006 (2A.514/2005) nahm das Verwaltungsgericht ergänzende Abklärungen zur Zumutbarkeit der Ausreise bzw. Übersiedlung in den Kosovo für die Beschwerdeführerinnen vor. Mit Schreiben vom 6. April 2006 ersuchte die Vorinstanz das kantonale Ausländeramt um Beantwortung verschiedener Fragen im Zusammenhang mit den konkreten Verhältnissen und Lebensbedingungen im Kosovo. Das Ausländeramt übermittelte dem Verwaltungsgericht in der Folge einen entsprechenden Bericht des Schweizerischen Verbindungsbüros in Pristina vom 24. August 2006. Dazu konnten die Beschwerdeführerinnen Stellung nehmen.
3.3 Die Beschwerdeführerinnen machen vor Bundesgericht allerdings geltend, diese Sachverhaltsabklärungen seien unter Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze erfolgt, weshalb darauf nicht abgestellt werden dürfe. Insbesondere wenden sie ein, sie hätten Gelegenheit erhalten müssen, sich vorweg zum Fragenkatalog des eingeholten Amtsberichts zu äussern, und weisen auf weitere angebliche Ungereimtheiten hin. Es besteht jedoch weder ein verfassungsrechtlicher noch ein allgemeiner verfahrensrechtlicher Anspruch darauf, dass sich die Parteien vor Einholen eines Amtsberichts zur Fragestellung äussern können, und die Beschwerdeführerinnen nennen auch keine Vorschrift des kantonalen Prozessrechts, die ihnen einen solchen Anspruch einräumen würde. Das Vorgehen der Behörden erscheint zudem zu einem grossen Teil durch die schwierigen Bedingungen der Sachverhaltsabklärungen im Ausland begründet und gerechtfertigt. Anders als durch den Beizug eines Amtsberichts der lokalen Schweizer Vertretung lassen sich die in einem solchen Fall massgeblichen Umstände gar nicht abklären. Dabei liegt es in der Natur der Sache, dass die Parteien ihre Mitwirkungsrechte nur beschränkt ausüben und jedenfalls an den Abklärungen vor Ort nicht teilnehmen können.
Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit hatten, sich zum Amtsbericht uneingeschränkt zu äussern und dabei ergänzende Fragen zu beantragen. Im Übrigen legen sie nicht dar, inwiefern der Fragenkatalog unvollständig oder sonst wie unzulässig gewesen sein sollte. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz den Sachverhalt nicht unter Verletzung wesentlicher Verfahrensprinzipien festgestellt.

4.
4.1 Noch im Jahre 2004 galt die Lage der ethnischen Minderheiten der Roma im Kosovo als besonders schwierig; die Praxis der Asylrekurskommission erachtete eine Rückkehr solcher Menschen nur ausnahmsweise dann als zumutbar, wenn eine besondere Verbundenheit mit der albanischstämmigen Bevölkerung oder ein tragfähiges familiäres Netz bestand (EMARK 2005 Nr. 9). Nachdem sich die Lage in der Folge entspannt hatte, nahm die Schweizerische Asylrekurskommission eine frühere Praxis aus dem Jahre 2003 wieder auf, wonach die Zumutbarkeit im Einzelfall zu prüfen ist. Sie berücksichtigte dabei insbesondere die berufliche Ausbildung, den Gesundheitszustand, das Alter sowie die Fragen, ob eine ausreichende wirtschaftliche Lebensgrundlage vorliegt und ein soziales oder verwandtschaftliches Beziehungsnetz besteht (vgl. EMARK 2006 Nr. 10 und 11; dazu auch Susanne Bolz/Kathrin Buchmann, Die Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission im Jahre 2006, in: Asyl 2/2007, S. 23). Auch das Hochkommissariat für Flüchtlinge (UNHCR) stellte im März 2005 fest, dass ethnischen Minderheiten im Kosovo allgemein mit grösserer Toleranz begegnet werde als in der Vergangenheit. In der Folge stellte sich die Mission der Vereinten Nationen zur
Übergangsverwaltung im Kosovo (UNMIK) auf den Standpunkt, dass die Volksgruppe der Ägypter im Kosovo grundsätzlich international nicht (mehr) als schutzbedürftig erachtet werde. Von dieser allgemeinen Beurteilung der Zumutbarkeit einer Übersiedlung in den Kosovo, die im Zusammenhang mit der Beurteilung des Vollzugs von Wegweisungen steht, ist vorliegend umso mehr auszugehen, als es hier um die Frage der Erteilung einer ordentlichen Anwesenheitsbewilligung geht.
4.2 In individueller Hinsicht steht fest, dass die Familie der Beschwerdeführerin im grössten und schönsten Haus im Dorf wohnt. Die finanzielle Situation der Familie ist für die lokalen ländlichen Verhältnisse jedenfalls nicht schlecht, wenn nicht sogar privilegiert. Gesundheitsversorgung und Schulbildung sind gewährleistet. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, überzeugt nicht und steht im Widerspruch zu den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz, die sich wiederum auf den Bericht des Schweizerischen Verbindungsbüros in Pristina vom 24. August 2006 abstützen. Im Übrigen anerkennen die Beschwerdeführerinnen selbst ausdrücklich, dass es im Dorf der Familie der Beschwerdeführerin 1 keine Probleme mit der albanischstämmigen Bevölkerung gibt. Weder der Gesundheitszustand der Verwandtschaft noch die familiäre Situation schliessen eine Rückkehr aus. Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, sie seien vom Vater bzw. Grossvater verstossen worden und fänden keine Aufnahme im Familienverband, widerspricht dies dem bisherigen Verhalten der Familie (Unterstützung durch den Bruder, Besuche der Eltern in der Schweiz usw.). Die Beschwerdeführerinnen legen selbst dar, dass die Frau nach kosovo-ägyptischer Tradition nach
der Trennung oder Scheidung zu ihrer Herkunftsfamilie zurückkehrt. Nicht zulässig und aus dem Recht zu weisen ist schliesslich die nachträglich vor Bundesgericht eingereichte Erklärung des Vaters bzw. Grossvaters der Beschwerdeführerinnen vom 9. November 2006 (vgl. E. 2.3 und 2.4). Die darin offenbarte, nach hiesigen Vorstellungen inakzeptable Haltung stünde aber ohnehin im Widerspruch zu den durchaus vorhandenen Indizien, wonach die Beschwerdeführerinnen im Kosovo weiterhin über ein familiäres Netz verfügen. Bezeichnend ist denn auch, dass sich die Beschwerdeführerinnen im ersten Verfahren vor dem Bundesgericht auf diesen Zusammenhang nicht oder jedenfalls nur am Rande hinsichtlich der Beschwerdeführerin 2 berufen hatten.
4.3 Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerinnen ergibt sich, dass sich die schweizerische Tochter (Beschwerdeführerin 3) der Beschwerdeführerin 1 noch in einem anpassungsfähigen Alter (von heute etwas mehr als vier Jahren) befindet, in dem eine Übersiedlung in ein anderes Land grundsätzlich möglich erscheint (vgl. BGE 122 II 289 E. 3 S. 296 ff.), und zu ihrem schweizerischen Vater kaum Kontakt unterhält; sie erhält eine Kinderrente der Invalidenversicherung im Betrag von Fr. 563.–, auf deren Bezug sie auch im Kosovo Anspruch hat. Die ältere Tochter (Beschwerdeführerin 2) der Beschwerdeführerin 1 hat wie diese die serbische Staatsangehörigkeit und ist in einem Alter (von heute etwas mehr als acht Jahren), in dem sie sich, wenn auch mit gewissen Schwierigkeiten, in der Heimat wird zurechtfinden können. Die Beschwerdeführerin 1 hat selbst den grössten Teil ihres Lebens in der Heimat verbracht, ist der deutschen Sprache kaum mächtig, pflegt praktisch ausschliesslich Kontakt zu ihrer Familie bzw. zu anderen Landsleuten, geht in der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit nach und bezieht Unterstützungsleistungen der Sozialhilfe.
4.4 Insgesamt und unter Gewichtung aller Umstände erweist sich eine Rückkehr bzw. Übersiedlung der Beschwerdeführerinnen unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV als zumutbar. Die Verweigerung einer Anwesenheitsbewilligung verstösst nicht gegen Art. 8 EMRK und Art. 13 BV, weshalb der angefochtene Entscheid Bundesrecht nicht verletzt.
5.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

Die unterliegenden Beschwerdeführerinnen sind bedürftig, und ihre Anträge erscheinen nicht als von vornherein aussichtslos. Unter diesen Umständen ist ihnen die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren (vgl. Art. 152 OG). Demnach sind keine Kosten zu erheben, und ihr Rechtsvertreter ist für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Bundesgerichtskasse angemessen zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Den Beschwerdeführerinnen wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihnen Rechtsanwalt Thomas Schütz als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Dem Vertreter der Beschwerdeführerinnen, Rechtsanwalt Thomas Schütz, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführerinnen, dem Justiz- und Polizeidepartement und dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 29. Juni 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: