



**Fall-Nr.:** B 2008/32  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 30.04.2008  
**Entscheiddatum:** 30.04.2008

### **Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. April 2008**

**Ausländerrecht, Art. 13 Abs. 1 BV (SR 101), Art. 8 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101). Ein Jahresaufenthalter hat keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug. Die Abweisung des Familiennachzugsbegehrens eines Jahresaufenthalters aus Serbien wegen fehlenden Nachweises genügender finanzieller Mittel ist kein Ermessensmissbrauch (Verwaltungsgericht, B 2008/32).**

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

---

In Sachen

B. J.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Z.

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32,  
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,



betreffend

Familiennachzug für Fatbardhe und Bekon J.

### **hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ B. J., geb. 1971, ist Staatsangehöriger von Serbien. Er stellte 1996 erfolglos ein Asylgesuch in der Schweiz. 1998 tauchte er unter. Am 4. Januar 1999 stellte er erneut ein Asylgesuch. Das Bundesamt für Flüchtlinge trat darauf am 16. Februar 2000 nicht ein. Die Schweizerische Asylrekurskommission trat auf eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 1. Mai 2000 nicht ein. Seit 30. Mai 2000 galt B. J. in der Folge als verschwunden. Am 21. Dezember 2000 reichte er ein Wiedererwägungsgesuch beim Bundesamt für Migration ein. Dieses setzte den Vollzug der Wegweisung aus. Mit Verfügung vom 15. April 2002 trat es auf das Asylgesuch nicht ein und forderte den Gesuchsteller auf, die Schweiz unverzüglich zu verlassen. Einer allfälligen Beschwerde entzog es die aufschiebende Wirkung. B. J. erhob am 17. Mai 2002 Beschwerde bei der Asylrekurskommission. Diese hiess am 21. Mai 2002 das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gut und gestattete B. J., das Rechtsmittelverfahren in der Schweiz abzuwarten.

Am 13. Februar 2006 reiste die Ehefrau von B. J., Fatbardhe J., illegal in die Schweiz ein. Sie hielt sich zwei Tage in der Schweiz auf und zog dann nach Italien, wo sie zehn Tage blieb. Danach reiste sie erneut in die Schweiz ein, wo sie am 7. März 2006 in der Wohnung ihres Ehemannes in St. Gallen festgenommen wurde. Sie wurde wegen mehrfacher rechtswidriger Einreise sowie rechtswidrigen Aufenthalts mit einer bedingten Gefängnisstrafe von vier Wochen bestraft. Das Bundesamt für Migration verfügte am 8. März 2006 gegen Fatbardhe J. eine Einreisesperre bis 8. März 2007 wegen grober Widerhandlungen gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften.

Am 18. April 2006 stellte B. J. beim Ausländeramt des Kantons St. Gallen ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen. Mit Verfügung



## St.Galler Gerichte

vom 8. Mai 2006 hielt das Ausländeramt fest, es werde kein Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eingeleitet, solange das Asylgesuch pendent sei. Da dieses bereits seit mehr als vier Jahren pendent sei, werde die zuständige Bundesbehörde von Amtes wegen die vorläufige Aufnahme prüfen. Am 12. Juni 2007 stimmte das Bundesamt für Migration der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 14 Abs. 2 des Asylgesetzes (SR 142.31) zu. In der Folge erteilte das Ausländeramt B. J. eine Aufenthaltsbewilligung B. Das Bundesverwaltungsgericht schrieb am 21. Juni 2007 die im Jahr 2002 anhängig gemachte Beschwerde in bezug auf die Frage der Wegweisung als gegenstandslos und in bezug auf die Eintretensfrage auf das Asylgesuch zufolge Rückzugs ab.

Am 26. Juni 2007 stellte B. J. ein Familiennachzugsbegehren für seine Ehefrau Fatbardhe J., geb. 1977, und den Sohn Bekon, geb. 5. Januar 2007.

Das Ausländeramt wies das Familiennachzugsbegehren mit Verfügung vom 15. August 2007 ab. Zur Begründung führte es an, B. J. verfüge nicht über die für den Familiennachzug erforderlichen finanziellen Mittel, und seine Wohnverhältnisse seien ungenügend.

B./ Gegen die Verfügung des Ausländeramts erhob

B. J. durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 29. August 2007 Rekurs, der vom Sicherheits- und Justizdepartement mit Entscheid vom 21. Januar 2008 abgewiesen wurde.

C./ Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 1. Februar 2008 erhob B. J. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der angefochtene Rekursentscheid sei aufzuheben und es sei seiner Ehefrau und dem Kind je eine Jahresaufenthaltsbewilligung zuzuerkennen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Der Beschwerdeführer verweist zur Sachverhaltsdarstellung auf den angefochtenen Entscheid. Weiter hält er fest, er verfüge über ein erkleckliches Einkommen und habe eine genügend grosse Wohnung gemietet. Er verfüge über eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen, womit auch festgestellt sei, dass es ihm unzumutbar sei, in sein Heimatland zurückzukehren. Insoweit sei durchaus von einem Anwesenheitsverhältnis zu sprechen, welches einem sog. gefestigten



Anwesenheitsanspruch faktisch nahe komme. Daher berufe er sich bezüglich des Zusammenlebens mit seiner Familie auf Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, abgekürzt EMRK). Da die Familie in einer bedarfsgerechten Wohnung zusammenlebe, nicht auf Sozialhilfe angewiesen sei und beim aktuellen Einkommen auch keine solche drohe, sei die Familienvereinigung zu gestatten. Die Vorinstanz habe bei dieser Sachlage keinen Ermessensspielraum mehr. Sie habe Ermessen betätigt, wo ihr solches abzusprechen sei und mit anderen Worten ihr Ermessen überschritten.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 25. Februar 2008 unter Hinweis auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheids und die Akten auf Abweisung der Beschwerde.

Am 9. März 2008 gebar die Ehefrau des Beschwerdeführers in St. Gallen die Tochter Betina. Dem Beschwerdeführer wurde Gelegenheit gegeben, sich zu dieser Tatsache zu äussern. Er liess sich mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 16. April 2008 vernehmen.

### **Darüber wird in Erwägung gezogen:**

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Der Beschwerdeführer ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 1. Februar 2008 entspricht zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Am 1. Januar 2008 trat das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20, abgekürzt AuG) in Kraft. Gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG bleibt für Gesuche, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar. Das Verfahren richtet sich dagegen nach dem neuen Recht (Abs. 2). Im vorliegenden Fall ist die Abweisung eines vor dem 1. Januar 2008 gestellten Gesuchs um Familiennachzug streitig. Dieses ist somit nach altem Recht zu beurteilen.



3. Nach Art. 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (BS 1, 121 mit seither ergangenen Aenderungen, abgekürzt 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.

3.1. Art. 17 Abs. 2 ANAG setzt für den Familiennachzug das Vorliegen einer Niederlassungsbewilligung voraus. Der Beschwerdeführer verfügt nicht über eine Niederlassungsbewilligung, sondern über eine Jahresaufenthaltsbewilligung, weshalb er aus Art. 17 Abs. 2 ANAG nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag (BGE 130 II 281 E. 2.2).

3.2. Der Beschwerdeführer beruft sich auf Art. 8 EMRK. Diese Bestimmung gewährleistet, wie auch Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV), das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Es kann diese Garantien verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. Der sich hier aufhaltende ausländische Staatsangehörige muss dabei aber über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies ist der Fall, 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). Der Inhaber einer Jahresaufenthaltsbewilligung kann sich nicht auf diese Bestimmung berufen. Das Bundesgericht hat unter Bezugnahme auf den Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. Gül gegen die Schweiz vom 19. Februar 1996 an seiner Praxis festgehalten. Es erwog, Art. 8 EMRK gelte nicht absolut, und es ergebe sich daraus weder ein Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einen bestimmten Staat noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts. Nur wenn ein gesichertes Anwesenheitsrecht zumindest eines der Familienmitglieder bestehe, sei der Bezug zur Schweiz in der Regel derart eng, dass die Verweigerung des Aufenthalts oder des Verbleibs der Angehörigen das Familienleben berühren und eine Interessenabwägung im Sinn von Art. 8 Ziff. 2 EMRK gebieten könne. Wer selber keinen Anspruch auf längere Anwesenheit in der Schweiz habe, vermöge einen solchen grundsätzlich auch nicht einem Dritten zu verschaffen,



## St.Galler Gerichte

selbst wenn eine gelebte familiäre Beziehung zur Diskussion stehe (BGE 130 II 281 E. 3.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat bei Inhabern einer Aufenthaltsbewilligung in besonderen Ausnahmefällen einen gefestigten Anwesenheitsanspruch angenommen. Bejaht hat es diese Voraussetzung bei einem in Oesterreich geborenen Staatsangehörigen von Serbien/Montenegro, der fließend deutsch sprach, mit zwölf Jahren in die Schweiz kam und seit über zwanzig Jahren in der Schweiz lebte. Der Betroffene kannte seinen Heimatstaat nur von vereinzelt kürzeren Aufenthalten und lebte nie dort. Seine Beziehung zu seiner in Oesterreich aufgewachsenen Gattin, mit der er rund zwölf Jahre verheiratet war, lebte er vorwiegend in der Schweiz (BGE 130 II 281 E. 3.3).

3.3. Der Aufenthalt des Beschwerdeführers von rund zwölf Jahren in der Schweiz vermag keinen gefestigten Anwesenheitsanspruch zu begründen, zumal ein erheblicher Teil des Aufenthalts auf die illegale Anwesenheit entfiel. Der Beschwerdeführer war jeweils nach der Abweisung der Asylgesuche untergetaucht. Erst mit dem Zwischenentscheid der Asylrekurskommission vom 12. Juni 2002 wurde der Aufenthalt legalisiert. Sodann vermag eine sog. humanitäre Aufenthaltsbewilligung keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug im Sinn von Art. 8 Ziff. 1 EMRK zu begründen (BGE 2A.8/2005 vom 30. Juni 2005). Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2003 in seiner Heimat eine Landsfrau heiratete, welche zeitlebens dort ansässig war. Diese besuchte er nach ihren Angaben jedes Jahr. Der Beschwerdeführer besitzt zudem nach den Angaben seiner Ehefrau zusammen mit seinen Eltern ein Haus in Presevo sowie eine Wohnung in Italien. Aufgrund der bestehenden Sachlage liegen keine besonderen Verhältnisse vor, welche nach der Praxis des Bundesgerichts eine hinreichend gefestigte Anwesenheit in der Schweiz begründen, die einen Rechtsanspruch auf Verbleib in der Schweiz und damit einen Anspruch auf Familiennachzug zu verschaffen vermöchte. Die Berufung des Beschwerdeführers auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK erweist sich damit als unbegründet.

3.4. Die Ehefrau des Beschwerdeführers und die beiden Kinder haben somit weder aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift noch gestützt auf einen Staatsvertrag einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Die Erteilung



der Aufenthaltsbewilligung an die Familienangehörigen stand somit im Ermessen der Verwaltung (Art. 4 ANAG). Dem Verwaltungsgericht ist es verwehrt, Entscheide der Verwaltungsbehörden im Bereich der Ermessensausübung zu überprüfen. Es kann nur prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, als sie die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigerte (vgl. statt vieler GVP 1996 Nr. 9 und 1998 Nr. 22, 23 und 71).

3.4.1. Ausländeramt und Vorinstanz stützten sich auf die Bestimmungen der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (SR 823.21, abgekürzt BVO). Nach Art. 39 Abs. 1 lit. c BVO kann einem Jahresaufenthalter der Familiennachzug bewilligt werden, wenn er genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt seiner Familie hat. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine typische Kann-Bestimmung. Sie verschafft dem Gesuchsteller keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Bewilligung für den Familiennachzug der Ehefrau, da die Verordnung keine Ansprüche statuieren kann, die nicht im Gesetz im formellen Sinn verankert sind (BGE 130 II 281 E. 2.2). Ausserdem sieht Art. 37 BVO vor, dass die Kantone die Zulassung von nicht erwerbstätigen Ausländern an strengere Voraussetzungen knüpfen können, als sie in Art. 31 ff. BVO verankert sind.

3.4.2. In der Beschwerde wird vorgebracht, der Beschwerdeführer verfüge über ein erkleckliches Einkommen und habe eine genügend grosse Wohnung gemietet. Zum Einkommen legte er einen Bankbeleg vom 31. Januar 2008 über eine Lohnzahlung von Fr. 4'476.05 ins Recht. Dieser Betrag entspricht dem Nettolohn gemäss der Lohnabrechnung der Binaj Eisenleger GmbH vom 31. Januar 2008. Aus den Akten ergibt sich, dass der Lohn des Beschwerdeführers vom Juni 2006 bis Juni 2007 Fr. 4'400.-- brutto bzw. Fr. 3'345.60 netto betrug. Ende Juli 2007 stellte das Ausländeramt dem Beschwerdeführer die Abweisung des Familiennachzugsbegehrens u.a. wegen ungenügender finanzieller Mittel in Aussicht. Im August 2007 wurde auf der Lohnabrechnung ein Lohn von Fr. 5'700.-- brutto ausgewiesen. Nach der angekündigten Abweisung des Familiennachzugsbegehrens wegen ungenügender finanzieller Mittel wurde offensichtlich der Lohn während des laufenden Jahres um mehr als ein Viertel erhöht. Dies war zweifelsohne nur deshalb möglich, weil der Inhaber der Arbeitgeberin ein Bruder des Beschwerdeführers ist. Noch am 26. Juni 2007 hatte dieser gegenüber dem Ausländeramt bestätigt, dass der Beschwerdeführer



## St.Galler Gerichte

einen Lohn von brutto Fr. 4'500.-- erhalte. Auffallend ist zudem, dass in den Lohnabrechnungen bis Juni 2007 keine Quellensteuerabzüge aufgeführt sind.

Für den Lebensbedarf berechnete das Ausländeramt einen minimalen Betrag von Fr. 4'407.35 für einen dreiköpfigen Haushalt. Danach würde das Einkommen des Beschwerdeführers mit Fr. 4'476.-- für die Deckung des Minimalbedarfs knapp ausreichen. Nun verhält es sich aber so, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers am 9. März 2008 ein zweites Kind geboren hat. Dementsprechend erhöht sich der notwendige Lebensbedarf.

3.4.3. Hinsichtlich der Wohnungssituation macht der Beschwerdeführer geltend, er habe eine genügend grosse Wohnung gemietet. Gemäss Mietvertrag vom 17. März 2003 war der Beschwerdeführer Mieter einer 4-Zimmerwohnung an der Zürcherstrasse 288. Diese kostete Fr. 1'180.-- im Monat. Im Arbeitsvertrag ist vermerkt, dass die Arbeitgeberin dem Beschwerdeführer zusätzlich zum vereinbarten Lohn die Wohnung bezahlt. Die Zahlungen an den Vermieter erfolgten jedoch durch den Beschwerdeführer. Möglicherweise ist die Erhöhung des Lohnes per August 2007 darauf zurückzuführen, dass die vertragliche Uebernahme der Wohnungsmiete bar abgegolten wird. Dies würde den Ausführungen in der Rekurseingabe entsprechen. Selbst wenn der Beschwerdeführer nunmehr die zuvor von seinem Bruder benutzte Wohnung gemietet hat, so ändert dies an der finanziellen Belastung durch die Wohnung grundsätzlich nichts, denn die neue Wohnung ist sogar noch etwas teurer als die frühere.

3.4.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer seine finanziellen Verhältnisse so darzustellen versucht, dass sie für den Unterhalt einer dreiköpfigen Familie genügend erscheinen sollen. Aufgrund der gegenwärtigen Verhältnisse ist allerdings der Lebensbedarf für eine vierköpfige Familie zu veranschlagen, weshalb es im Ergebnis nicht zu beanstanden ist, dass die Fremdenpolizeibehörde, welche wie erwähnt strengere als die in der BVO festgelegten Massstäbe anwenden darf, den Familiennachzug verweigert hat. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau widersprüchliche Aussagen zu ihrem Zivilstand machten. In der Einvernahme vom 7. März 2006 äusserte der Beschwerdeführer gegenüber der Kantonspolizei, Fatbardhe J. sei seine Freundin. Auf die Frage, ob er mit ihr verheiratet sei, gab er die



Antwort "Also, offiziell nicht. Frau J. wurde mit mir verlobt. Ich war jedoch während der kirchlichen Zeremonie nicht präsent . . ". Auf die Frage, weshalb die Frau denselben Namen trage wie er, hielt er fest "Sie ist mit mir verheiratet. Ich bin offiziell für die Schweiz nicht verheiratet, sondern ledig". Fatbardhe J. bezeichnete den Beschwerdeführer als ihren Ehemann. Aufgrund der Aussagen des Beschwerdeführers muss davon ausgegangen werden, dass dieser gegenüber den Behörden unrichtige bzw. widersprüchliche Angaben über seinen Zivilstand und über den Status von Fatbardhe J. macht und versuchte, die Behörden zu täuschen. Anders ist nicht zu erklären, wieso er festhalten kann, er sei mit der besagten Person verheiratet, aber offiziell sei er für die Schweiz nicht verheiratet, sondern ledig. Es ist naheliegend, dass solche widersprüchlichen Angaben die Täuschung der Behörden bezwecken. Zudem hielt sich die Ehefrau offenbar ohne Bewilligung bei ihrem Ehemann auf, weshalb das Ausländeramt Abklärungen bei der Polizei veranlasste. Auch diesbezüglich erübrigen sich aber weitere Abklärungen. Aufgrund des fehlenden Rechtsanspruchs kann es im Lichte der dargelegten Sachlage nicht als ermessensmissbräuchlich bzw. rechtswidrig betrachtet werden, dass der Familiennachzug verweigert wurde, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

4. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von Fr. 2'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zu verrechnen.

Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98bis VRP).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

### **zu Recht erkannt:**

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- bezahlt der Beschwerdeführer unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe.



3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident:

Gerichtsschreiber:

Der

Versand dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt lic. iur. Z.)
- die Vorinstanz

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.