



Fall-Nr.: B 2005/138
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 25.10.2005
Entscheiddatum: 25.10.2005

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Oktober 2005

Ausländerrecht, Art. 7 Abs. 2 ANAG (SR 142.20). Rechtsmissbräuchliche Berufung eines Staatsangehörigen von Bosnien und Herzegowina auf die nur noch formal bestehende Ehe mit einer Schweizerin. Rechtmässigkeit der Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach einer Dauer der ehelichen Gemeinschaft von rund zwei Jahren und einem Aufenthalt in der Schweiz von rund sechseinhalb Jahren (Verwaltungsgericht, B 2005/138).

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

S.A.,

Beschwerdeführer,

gegen

Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen,

Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,



St.Galler Gerichte

betreffend

Aufenthaltsbewilligung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ S.A., geboren 1973, ist Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina. Er hielt sich 1991 bis 1994 als Saisonnier in der Schweiz auf. Am 16. Dezember 1994 heiratete er in Heiden die Schweizer Bürgerin X.Y. Aufgrund dieser Eheschliessung erteilte ihm das Ausländeramt am 20. Januar 1995 eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs. Am 8. Oktober 1998 wurde die Ehe geschieden. Ende November 1997 verliess S.A. die Schweiz.

Am 18. März 1999 reiste S.A. illegal in die Schweiz ein und heiratete am 23. April 1999 in St. Gallen die Schweizer Bürgerin G.W. Aufgrund dieser Eheschliessung erteilte ihm das Ausländeramt am 11. Mai 1999 eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs. Die Aufenthaltsbewilligung wurde in der Folge verlängert, letztmals bis zum 8. Dezember 2003.

Mit Verfügung vom 15. Juli 2004 wies das Ausländeramt das Gesuch von S.A. um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab mit der Begründung, die Ehe mit G.W. werde nur noch aufrechterhalten, um ausländerrechtliche Ansprüche nicht untergehen zu lassen. Die Berufung auf die Ehe sei daher rechtsmissbräuchlich.

B./ Gegen die Verfügung des Ausländeramts erhob S.A. Rekurs, der vom Justiz- und Polizeidepartement mit Entscheid vom 27. Juni 2005 abgewiesen wurde.

C./ Mit Eingabe vom 17. Juli 2005 erhob S.A. gegen den Rekursentscheid vom 27. Juni 2005 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Er beantragt sinngemäss die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und die Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Auf die zur Begründung vorgebrachten Ausführungen wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 22. August 2005 auf Abweisung der Beschwerde.



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 17. Juli 2005 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.

Der Beschwerdeführer rügt, ein Entscheid über seinen Antrag vom 30. Januar 2004 um Erteilung der Niederlassungsbewilligung sei bis heute ausstehend. Dies trifft insoweit zu, als die Verfügung des Ausländeramts vom 15. Juli 2004 nur das Begehren um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, nicht aber jenes um Erteilung der Niederlassungsbewilligung zum Gegenstand hat. Im Rekurs hatte der Beschwerdeführer allerdings diesen Umstand nicht explizit angefochten. Dessen ungeachtet ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren auch über das Begehren um Erteilung der Niederlassung zu befinden.

2./ Nach Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20, abgekürzt ANAG) hat der ausländische Ehegatte einer Schweizer Bürgerin Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren hat er Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung. Kein solcher Anspruch besteht nach Art. 7 Abs. 2 ANAG, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und namentlich jene über die Begrenzung der Zahl der Ausländer zu umgehen. Erfasst wird davon die sogenannte Scheinehe bzw. Ausländerrechtsehe, bei der die Ehegatten von vornherein keine echte eheliche Gemeinschaft beabsichtigten (BGE 128 II 151, 127 II 55 mit Hinweisen). Auch wenn die Ehe nicht bloss zum Schein eingegangen worden ist, heisst dies nicht zwingend, dass dem ausländischen Ehepartner der Aufenthalt ungeachtet der weiteren Entwicklung gestattet werden muss. Zu prüfen ist insbesondere, ob sich die Berufung auf die Ehe nicht anderweitig als rechtsmissbräuchlich erweist (BGE 128 II 151 mit Hinweis).



a) Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (BGE 128 II 151, 127 II 56 je mit Hinweisen). Im Zusammenhang mit Art. 7 ANAG ist dies dann der Fall, wenn sich der Ausländer in einem fremdenpolizeilichen Verfahren auf eine Ehe beruft, welche nur noch formell und ohne Aussicht auf Aufnahme bzw. Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft besteht (BGE 128 II 151 mit Hinweis auf BGE 127 II 56, 123 II 50 f.). Ein Rechtsmissbrauch darf nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht leichthin angenommen werden, namentlich nicht schon deshalb, weil die Ehegatten nicht mehr zusammenleben oder ein Eheschutz- oder Scheidungsverfahren eingeleitet worden ist (BGE 128 II 151). Erforderlich sind konkrete Hinweise darauf, dass die Führung einer Lebensgemeinschaft nicht mehr beabsichtigt und nicht mehr zu erwarten ist (BGE 128 II 151, 127 II 57).

b) Am 18. Januar 2005 wurde die Ehe des Beschwerdeführers mit G.W. vom Kreisgericht St. Gallen geschieden. Der Beschwerdeführer war somit vom 23. April 1999 bis 18. Januar 2005 mit einer Schweizerin verheiratet. Insoweit kann er sich auf Art. 7 Abs. 1 ANAG berufen und die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung beanspruchen. Zu prüfen bleibt, ob Ausländeramt und Vorinstanz die Berufung auf die Ehe zu Recht als rechtsmissbräuchlich qualifizierten.

Der Beschwerdeführer heiratete G.W. am 23. April 1999. Er weilte in jenem Zeitpunkt illegal in der Schweiz. Sein Einwand in der Beschwerde, er habe seit seiner Einreise in die Schweiz im Jahr 1991 die Schweiz - ausser für die vorgeschriebenen Ferien als Saisonier - nicht verlassen, ist nicht glaubhaft. Der Beschwerdeführer erklärte am 22. April 1999 bei der polizeilichen Einvernahme, er habe an der Scheidung von X.Y. am 8. Oktober 1998 in St. Gallen nicht teilgenommen. Er sei im Ausland gewesen, hauptsächlich in Oesterreich bei seinen Eltern. Er habe die Schweiz ungefähr Ende November 1997 verlassen und sei nach Oesterreich gereist. Zudem habe er sich auch in seine Heimat begeben. Er sei in Bosnien gemeldet gewesen. Seit dem 28. November 1997 habe er nie mehr Kontakt mit der hiesigen Fremdenpolizei gehabt. Er habe sich seither nie mehr in der Schweiz befunden. Weiter erklärte der Beschwerdeführer, er sei am 18. März 1999 bei St. Margrethen zu Fuss in die Schweiz gekommen. Er sei nicht



St.Galler Gerichte

kontrolliert worden. Er wisse, dass er als Bürger von Bosnien und Herzegowina ein Visum für die Schweiz benötige.

Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz aufgrund der eigenen Angaben des Beschwerdeführers davon ausging, dass dieser am 18. März 1999 illegal in die Schweiz einreiste. Die Bestreitung dieser Angaben in der Rekurs- und der Beschwerdeschrift ist nicht glaubhaft. Namentlich ist nicht ersichtlich, weshalb der Beschwerdeführer und G.W. gegenüber der Polizei in den Ermittlungen im April/Mai 1999 falsche Angaben machten, die sie beide belasteten. Im übrigen wurde der Beschwerdeführer wegen der illegalen Einreise rechtskräftig verurteilt.

Die Ehefrau des Beschwerdeführers erklärte gegenüber dem Ausländeramt am 10. Dezember 2003 bzw. 14. Januar 2004, die Trennung von ihrem Ehemann habe vor rund zweieinhalb Jahren stattgefunden. Ihr Ehwille sei seit der Trennung erloschen. Sie beabsichtige auf keinen Fall, wieder mit ihrem Ehegatten zusammenzuziehen. Auf die Frage, weshalb noch keine Scheidung durchgeführt worden sei, hielt die Ehefrau fest, ihr Ehemann sei damit nicht einverstanden. Sie wohne seit der Trennung im Juni 2001 an der Tempelackerstrasse 20 in St. Gallen.

Nachdem der Beschwerdeführer am 12. März 2004 behauptet hatte, er würde seit Januar 2004 wieder mit seiner Ehefrau zusammenleben, hielt diese fest, sie seien seit Juli 2003 offiziell getrennt. Im Juni 2001 sei sie zum ersten Mal aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen. Sie verstünden sich wieder gut und versuchten, die Ehe zu retten. Sie würden auch wieder zusammenziehen. Die Wohnung an der Tempelackerstrasse werde sie aber behalten. Gegenüber dem Ausländeramt erklärte die Ehefrau am 19. Mai 2004, sie sei im Jahr 2001 erstmals aus der Wohnung ausgezogen. Der Beschwerdeführer habe sie unter Druck gesetzt. Er wolle sich nicht scheiden lassen, wohl wegen seiner Aufenthaltsbewilligung. Sie bestätigte, während der zweieinhalbjährigen Trennung eine Beziehung zu einem anderen Mann gehabt zu haben. Weiter erklärte sie, es interessiere sie nicht, ob ihr Ehemann eine Drittbeziehung habe. Sie sei unter Druck gesetzt worden, als sie am 20. April 2004 geschrieben habe, sie würde sich mit ihrem Gatten wieder gut verstehen. Sie hielt fest, sie habe ein bisschen Angst vor ihm, ein ungutes Gefühl, egal wo er sei.



Aufgrund dieser Angaben der Ehefrau ist davon auszugehen, dass die Eheleute seit Juni 2001 getrennt leben und die Ehefrau nach der Trennung eine Drittbeziehung eingegangen ist. Der Beschwerdeführer hat nach eigenen Angaben seit 2004 eine Drittbeziehung. In der Beschwerde wird anerkannt, dass die Eheleute seit 2001 getrennte Wohnsitze hatten. Die Ausführungen, wonach sie die Ehe in einer offenen Beziehung weitergeführt hätten mit der Absicht, wieder zusammenzuleben, sind nicht stichhaltig. Ebenso ist nicht entscheidend, dass innerhalb von fünf Jahren seit der Eheschliessung keine Scheidungsklage eingereicht wurde. In ausländerrechtlicher Hinsicht kann die Berufung auf den Bestand der Ehe auch dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn die zivilrechtlichen Voraussetzungen für eine Scheidung nicht gegeben sind (BGE 128 II 151 f.). Ob die Eheleute die Absicht hatten, jemals wieder zusammenzuleben, kann offen bleiben. Die Ehefrau äusserte sich jedenfalls anders. Der Beschwerdeführer hielt im Scheidungsverfahren ebenfalls fest, sie würden seit 2001 getrennt leben. Unter diesen Umständen steht fest, dass spätestens ein Jahr nach der Trennung nicht mehr davon ausgegangen werden konnte, die Eheleute würden die Gemeinschaft jemals wieder aufnehmen. Somit hat die Vorinstanz die Berufung auf die Ehe zutreffend als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. Nach Ablauf von rund einem Jahr seit der Trennung war die Frist von fünf Jahren nach Art. 7 Abs. 1 ANAG noch nicht abgelaufen.

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Berufung auf die Ehe rechtsmissbräuchlich ist. Der Rechtsmissbrauch liegt darin, dass der Bestand der Ehe gemäss der gesetzlichen Ordnung nach Ablauf von fünf Jahren einen Rechtsanspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Erteilung der Niederlassungsbewilligung gibt. Dieser Anspruch geht zwar mit einer Trennung nicht automatisch unter. Es widerspricht aber Sinn und Zweck des Gesetzes, ein Recht auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Erteilung einer Niederlassungsbewilligung auch dann zu beanspruchen, wenn eine Ehe seit längerem getrennt ist und keine Aussicht auf Wiederaufnahme der Gemeinschaft besteht. In solchen Fällen wird die Berufung auf eine nur noch formal bestehende Ehe zur Erlangung ausländerrechtlicher Ansprüche als missbräuchlich qualifiziert. Das Gesuch um Erteilung einer Niederlassungsbewilligung ist daher abzuweisen.

c) Zu prüfen bleibt, ob die Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einem Missbrauch bzw. einer Ueberschreitung des Ermessens gleichkommt.



Nach Art. 4 ANAG entscheidet die Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt oder Niederlassung.

Das Verwaltungsgericht übt lediglich eine Rechtskontrolle aus (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP). Somit kann nur geprüft werden, ob die Verwaltung ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte, als sie die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verweigerte (GVP 1996 Nr. 9 und 1998 Nr. 71).

Der Beschwerdeführer hat weder aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift noch aufgrund eines Staatsvertrags Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Er ist seit 18. Januar 2005 geschieden, weshalb er sich insbesondere auch nicht mehr auf die Ehe mit einer Schweizerin berufen kann.

Nach der Praxis des Ausländeramts wird die Aufenthaltsbewilligung in gewissen Fällen zwar auch nach der Auflösung der Ehe verlängert. Als massgebend werden dabei nach den Weisungen des Bundesamts für Migration (Ziff. 654) unter anderem die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, insbesondere wenn Kinder vorhanden sind, die berufliche Situation, die Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage sowie das Verhalten und der Integrationsgrad betrachtet. Zu berücksichtigen sind ferner die Umstände, die zur Auflösung der Ehe geführt haben. Nach der ständigen Praxis des Ausländeramts wird bei einer Dauer der ehelichen Gemeinschaft von fünf Jahren und mehr in der Regel eine Jahresaufenthaltsbewilligung nicht mehr widerrufen (ABI 2001, S. 32).

Die eheliche Gemeinschaft dauerte aufgrund der vorstehenden Ausführungen lediglich etwas länger als zwei Jahre. Die Ehe blieb kinderlos. Der Beschwerdeführer hält sich seit 1995 mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz auf, wobei er zwischen 1997 und 1999 rund eineinhalb Jahre im Ausland weilte. Sein Aufenthalt gab zu Klagen Anlass. Als Geschäftsführer eines Restaurants hat er Mitarbeiterinnen ohne Bewilligung beschäftigt und diesen nach eigenen Angaben keinen Lohn bezahlt. Er wurde deswegen mit Fr. 850.-- gebüsst. Auch ist er illegal in die Schweiz eingereist. Derzeit übt er keine Erwerbstätigkeit aus. Am 12. Oktober 2004 wurde über ihn der Konkurs eröffnet. Sein Einwand in der Beschwerde, er könne als Folge der Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung keine Erwerbstätigkeit aufnehmen, ist nicht



stichhaltig. Das Ausländeramt erteilt Personen während eines hängigen Rekurs- oder Beschwerdeverfahrens in der Regel eine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit. Jedenfalls bestehen weder in wirtschaftlicher noch in arbeitsmarktlicher Hinsicht Gründe, welche eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nahelegen.

Nach einem Aufenthalt von rund zehn Jahren ist es offensichtlich, dass eine gewisse Integration in der Schweiz eingetreten ist. Unbestrittenermassen verlebte der Beschwerdeführer aber seine Jugend in Bosnien und Herzegowina. Nach eigenen Angaben hielt er sich 1997/98 dort auf. Dies zeigt, dass er nach wie vor Kontakte zu seinem Herkunftsland pflegt. Dieses bezeichnete er übrigens selbst in der polizeilichen Einvernahme vom 22. April 1999 als Heimat. Als alleinstehender Mann ohne familiäre Unterhaltungspflichten hat der Beschwerdeführer die Möglichkeit, auch nach einem längeren Aufenthalt in der Schweiz im Herkunftsland wieder Fuss zu fassen. Mit seiner mehrjährigen Erfahrung im Gastgewerbe hat er vergleichsweise gute Aussichten, sich im Herkunftsland eine Existenz aufzubauen.

Unter den gegebenen Umständen durfte die Vorinstanz das öffentliche Interesse an der Verweigerung des weiteren Aufenthalts höher gewichten als das private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz. Folglich ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

3./ Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Sie ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe 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 Kostenvorschusses in gleicher Höhe.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.



V. R. W.

Der Präsident:Der Gerichtsschreiber:

Zustellung dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer
- die Vorinstanz

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Soweit die Verletzung von Bundesrecht bzw. eines Rechtsanspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung geltend gemacht wird (Art. 100 lit. b Ziff. 3 und Art. 104 lit. a und b OG), kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Eröffnung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, eingereicht werden.