

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Lebensmittelpunkt der Beschwerdeführerin innert der fraglichen Frist von Oktober 1997 bis Januar 2001 in der Türkei gelegen hat. Dementsprechend ist die Niederlassungsbewilligung der Beschwerdeführerin erloschen.

105 Familiennachzug.

Voraussetzungen für die Prüfung eines neuen Gesuches um Bewilligung des Familiennachzugs für den wegen Drogendelikten verurteilten Ehemann mehr als zwei Jahre nach rechtskräftig abgewiesenem Familiennachzugsgesuch (Erw. II/3 und 4).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 17. Oktober 2003 in Sachen C.M. gegen einen Entscheid des Migrationsamts (BE.2003.00005).

Sachverhalt

A. a) Dem Beschwerdeführer wurde nach mehreren Aufenthaltserlaubnissen als Saisonnier am 31. Dezember 1988 eine Jahresaufenthaltsbewilligung erteilt. Seine Ehefrau und die gemeinsamen Kinder reisten im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein. Seit dem 2. Dezember 1998 sind die Ehefrau sowie die beiden älteren Kinder im Besitze einer Niederlassungsbewilligung.

b) Der Beschwerdeführer wurde Ende Mai 1994 in Deutschland wegen Betäubungsmitteldelikten verhaftet und verbrachte darauf über ein halbes Jahr in Untersuchungshaft. Mit Urteil des Landgerichts Waldshut-Tiengen vom 24. Februar 1995 wurde er zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren verurteilt. Das Bundesamt für Ausländerfragen (BFA, heute Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung [IMES]) erliess am 24. Januar 1997 betreffend den Beschwerdeführer eine Einreisesperre auf unbestimmte Dauer.

Nachdem die Fremdenpolizei bereits im Januar 1998 auf ein Familiennachzugsgesuch der Ehefrau des Beschwerdeführers infolge der gegen diesen verhängten Einreisesperre nicht eingetreten war,

lehnte sie ein weiteres Gesuch um Familiennachzug vom 15. Januar 1999 mit Verfügung vom 18. März 1999 ab. Die dagegen erhobene Einsprache blieb ebenso erfolglos wie die gegen den Einspracheentscheid eingereichte Beschwerde, die das Rekursgericht im Ausländerrecht mit Urteil vom 31. März 2000 abwies (BE.1999.00058). Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit Urteil vom 9. Juni 2000 ebenfalls ab (BGE 2A.213/2000).

c) Der Beschwerdeführer lebte nach der Entlassung aus dem Strafvollzug im Kosovo. Aufgrund der kriegेरischen Auseinandersetzungen reiste er im Dezember 1999 illegal in die Schweiz ein und stellte am 6. Dezember 1999 in Basel ein Asylgesuch. Das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) lehnte das Asylgesuch mit Entscheid vom 25. Januar 2000 ab.

d) Der Ehefrau des Beschwerdeführers wurde mit Schreiben der Fremdenpolizei, Sektion Aufenthalt, vom 28. Juni 2002 mitgeteilt, dass auf das erneut eingereichte Familiennachzugsgesuch betreffend den Beschwerdeführer nicht eingetreten werde, da ihm aufgrund seiner Verurteilung durch das Landgericht Waldshut-Tiengen vom 24. Februar 1995 eine Einreisesperre auf unbestimmte Dauer auferlegt wurde. Im Weiteren sei - da er gegen die öffentliche Ordnung verstossen habe - sein Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ANAG erloschen.

e) Die schweizerische Asylrekurskommission (ARK) wies mit Urteil vom 2. September 2002 die gegen den Entscheid des BFF erhobene Beschwerde ab. Mit Schreiben des BFF vom 6. September 2002 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, die Schweiz bis zum 8. Oktober 2002 zu verlassen. Dieser Anordnung leistete er keine Folge.

f) Mit Schreiben vom 7. Oktober 2002 beantragte der Beschwerdeführer, es sei ihm wiedererwägungsweise eine Jahresaufenthaltsbewilligung zu erteilen sowie der Aufenthalt in der Schweiz i. S. einer vorsorglichen Massnahme bis zum Gesuchsentscheid zu bewilligen.

g) Das Migrationsamt trat mit Schreiben vom 15. Oktober 2002 auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein. Der Beschwerdeführer verlangte mit Schreiben vom 22. und 28. Oktober 2002 eine einsprachefähige Verfügung, welche das Migrationsamt am 5. November 2002 erliess.

h) Am 7. November 2002 wurde der Beschwerdeführer nach Belgrad ausgeschafft.

B. Mit Eingabe vom 28. November 2002 erhob der Beschwerdeführer gegen die Verfügung des Migrationsamtes Einsprache. Am 7. Januar 2003 wies der Rechtsdienst des Migrationsamtes (Vorinstanz) die Einsprache ab.

C. Am 23. Januar 2003 reichte der Beschwerdeführer gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz Beschwerde ein.

Aus den Erwägungen

II. 2. Wird ein Gesuch eingereicht, welches gleich lautet wie ein früheres, bereits rechtskräftig entschiedenes Gesuch, stellt sich zunächst die Frage, ob neue, entscheidwesentliche Umstände vorliegen (AGVE 2001. S. 487 f.).

a) Liegen entscheidwesentliche Umstände vor, die sich erst nach Erlass der nun in Rechtskraft erwachsenen Verfügung oder des rechtskräftigen Entscheides ergaben (echte Noven), ist durch die erste Instanz zu prüfen, ob ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht (§ 25 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968) und das neue Gesuch damit materiell zu behandeln ist.

b) Liegen erhebliche, d.h. entscheidwesentliche Tatsachen oder Beweismittel vor, die zur Zeit des Erlasses der Verfügung oder des Entscheides wohl bestanden, der verfügenden oder entscheidenden Behörde aber nicht bekannt waren (unechte Noven), hat die letzte Instanz die Wiederaufnahme des Verfahrens zu prüfen (§ 27 lit. a VRPG).

c) Bei der Beurteilung des neuen Gesuches hat die zuständige Behörde zunächst lediglich zu prüfen, ob die geltend gemachten Umstände effektiv neu sind, d.h. ob unechte oder echte Noven vorliegen.

Waren die Umstände im ersten Verfahren bekannt, so ist auf das neue Gesuch bzw. auf das Wiederaufnahmebegehren nicht einzutreten, da der Sachverhalt bereits beurteilt worden ist und der Betroffene kein Rechtsschutzinteresse besitzt, einen bereits rechtskräftig beurteilten Sachverhalt nochmals überprüfen zu lassen.

Sind die geltend gemachten Umstände effektiv als neu zu bezeichnen, ist zu prüfen, ob diese grundsätzlich entscheidungswesentlich sind. Mit anderen Worten ist die Frage zu stellen, ob die Berücksichtigung der neuen Umstände grundsätzlich zu einer Bewilligung des Gesuches führen kann. Ist auch diese Frage zu bejahen, ist das neue Gesuch bei Vorliegen von echten Noven im Rahmen einer Wiedererwägung durch die erste Instanz materiell zu behandeln oder das Verfahren bei Vorliegen von unechten Noven durch die letzte Instanz wieder aufzunehmen.

3. a) Der Beschwerdeführer verlangt mit seinem Wiedererwägungsgesuch die Gutheissung des Familiennachzugs und die Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist zunächst zu prüfen, ob entscheidungswesentliche echte bzw. unechte Noven vorliegen.

b) Ein rechtskräftig erledigtes Verfahren ist bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes auf Begehren eines Beteiligten durch die letzte Instanz wieder aufzunehmen (§ 27 VRPG). Nachdem das Bundesgericht bereits ein Urteil gefällt hat, ist es dem Rekursgericht - auch wenn unechte Noven vorliegen würden - verwehrt, das Verfahren wieder aufzunehmen, da es nicht letztinstanzlich entschieden hat. Es kann deshalb offen bleiben, ob unechte Noven vorliegen und ob diese allenfalls entscheidungswesentlich wären.

c) Der Beschwerdeführer verweist in seiner Beschwerde auf BGE 113 Ia 152 und führt aus, das Vorliegen eines qualifizierten Wiedererwägungsgrundes gewähre einen Anspruch auf materielle Behandlung. Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, die seit seiner Verhaftung vor über 9 Jahren und dem Entscheid des Bundesgerichts verstrichene lange Zeit könne gemäss herrschender Lehre und Praxis als Wiedererwägungsgrund geltend gemacht werden.

Im zitierten Bundesgerichtsentscheid wird - wie der Beschwerdeführer sinngemäss geltend macht - unter anderem ausgeführt, dass

die Behörde gemäss den von Lehre und Rechtsprechung aus Art. 4 der alten Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (aBV) vom 29. Mai 1874 abgeleiteten Grundsätzen verpflichtet ist, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn wie gesehen (vgl. vorstehend E. 2) entscheidwesentliche echte Noven vorliegen. Anders ausgedrückt besteht ein Rechtsanspruch auf Wiedererwägung nur dann, wenn neue, nach dem Erlass der ersten Verfügung oder des ersten Entscheides entstandene Umstände vorliegen, so dass von einem völlig neuen Gesuch auszugehen ist. Andernfalls steht es im Ermessen der zuständigen Behörde, ob sie ihren ersten Entscheid in Wiedererwägung ziehen will oder nicht (vgl. hierzu auch AGVE 1994, S. 460).

d) Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid einerseits aus, der Zeitablauf als solcher stelle keinen Wiedererwägungsgrund dar, um gleich darauf anzufügen, es möge in Einzelfällen angezeigt erscheinen, nach einer gewissen Zeit ein Wiedererwägungsgesuch an die Hand zu nehmen.

4. a) Fraglich ist, ob und wenn ja unter welchen Umständen aufgrund des Zeitablaufs von einem entscheidwesentlichen echten Novum auszugehen ist, welches zu einem Rechtsanspruch auf Behandlung eines Wiedererwägungsgesuches führt.

b) Soweit ersichtlich wurde diese Frage bislang weder durch die Doktrin noch durch die Rechtsprechung beantwortet. Dass sich die Situation eines Betroffenen nach einer gewissen Zeit verändern kann, liegt auf der Hand. Die Veränderung der Situation ist jedoch nicht primär darin zu erblicken, dass Zeit verstrichen ist, sondern darin, dass das Gesamtbild eines Betroffenen aufgrund des Zeitablaufes in einem anderen Licht erscheint. Insofern ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie ausführt, der Zeitablauf als solcher stelle keinen Wiedererwägungsgrund dar, es sei jedoch angezeigt, im Einzelfall nach einer gewissen Zeit ein Wiedererwägungsgesuch an die Hand zu nehmen. In diesem Sinne ist auch davon auszugehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen nach einer gewissen Zeit ein Rechtsanspruch auf materielle Beurteilung eines Wiedererwägungsgesuches entstehen kann.

c) Die Vorinstanz verneinte einen Rechtsanspruch auf Beurteilung des Wiedererwägungsgesuches aufgrund der bislang verstrichenen Zeit. Damit ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen nach einer gewissen Zeit von einem Rechtsanspruch auf Beurteilung eines Wiedererwägungsgesuches auszugehen ist, und ob die Vorinstanz mit ihrem Entscheid eine Ermessensüberschreitung und damit eine zu korrigierende Rechtsverletzung begangen hat.

d) Wie bereits ausgeführt, liegt die Veränderung der Situation nicht darin, dass Zeit verstrichen ist, sondern darin, dass das Gesamtbild eines Betroffenen nach einer gewissen Zeit in einem anderen Licht erscheint. Davon ist in Fällen wie dem Vorliegenden, bei früherer Verurteilung des Betroffenen dann auszugehen, wenn sich der Betroffene während dieser Zeit wohl verhalten hat. Ein Rechtsanspruch auf Wiedererwägung besteht deshalb erst und nur dann, wenn einerseits eine gewisse Zeit verstrichen ist und sich der Betroffene andererseits während dieser Zeit wohl verhalten hat. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, liegt ein entscheidungswesentliches echtes Novum vor.

e) Nachfolgend ist zu klären, ob die Annahme des Migrationsamtes, es sei noch nicht genügend Zeit verstrichen, korrekt ist. Dabei sind auch die Kriterien zur Festlegung der Zeitdauer zu bestimmen.

aa) Der Beschwerdeführer geht davon aus, beim Beginn der Zeitdauer sei auf den Tatzeitpunkt abzustellen.

Eine ähnliche Situation für die Beurteilung des Wohlverhaltens liegt dann vor, wenn bei einer Nichtverlängerung einer Aufenthaltbewilligung oder bei einer Ausweisung das Wohlverhalten eines Betroffenen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Dabei ist nur diejenige Zeit beachtlich, die der Betroffene in Freiheit verbracht hat. Entsprechend ist in Fällen wie dem Vorliegenden für den Beginn der erforderlichen Dauer des Wohlverhaltens nicht auf die Tatzeit, sondern auf den Zeitpunkt der Entlassung aus dem Strafvollzug abzustellen.

Der Beschwerdeführer wurde am 26. Mai 1994 in Bad Säckingen (Deutschland) verhaftet und mit Urteil des Landgerichts Waldshut-Tiengen vom 24. Februar 1995 wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit

mit Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Wie lange der Beschwerdeführer in Deutschland in Haft war, kann den Akten nicht entnommen werden; der genaue Zeitpunkt der Haftentlassung ist nicht bekannt. Aus den Akten geht lediglich hervor, dass sich der Beschwerdeführer am 24. Januar 1997 noch in der Justizvollzugsanstalt in Freiburg aufhielt. Er wurde demzufolge frühestens per Ende Januar 1997 aus dem Strafvollzug entlassen.

bb) Hinsichtlich der Dauer, während der sich ein Betroffener wohl verhalten haben muss, ist darauf abzustellen, wie gross das öffentliche Interesse an einer weiteren Fernhaltung zu veranschlagen ist. Gleich wie bei der Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung oder einer Ausweisung bemisst sich dieses an der Schwere des begangenen Delikts sowie am Verschulden des Betroffenen. Je schwerer ein Delikt wiegt und je grösser das Verschulden des Betroffenen ist, um so länger dauert die Zeitspanne des Wohlverhaltens bis ein Anspruch auf Prüfung eines neuen Gesuches bzw. eines Wiedererwägungsgesuches besteht. Bei schweren Straftaten, insbesondere bei Gewalt-, Sexual- und schweren Betäubungsmitteldelikten, ist dementsprechend von einer sehr langen Dauer auszugehen.

Der Beschwerdeführer wurde wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Das Rekursgericht hielt in seinem Urteil vom 31. März 2000 fest, der Beschwerdeführer habe mit 1.87 kg Heroin mit einem Wirkstoffgehalt von 1.1779 kg Heroin-Hydrochlorid gehandelt, weshalb der objektive Tatbestand des schweren Falles i.S. von Art. 19 Ziff. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG) vom 3. Oktober 1951 erfüllt sei. Die Freiheitsstrafe von fünf Jahren würde zudem einem in der Schweiz ausgesprochenen Strafurteil in etwa entsprechen.

Unter diesen Umständen ist aufgrund der Art des Deliktes und der Höhe der ausgesprochenen Freiheitsstrafe, welche auf ein grosses Verschulden des Beschwerdeführers hinweist, von einer sehr langen Zeitspanne des Wohlverhaltens auszugehen, bis ein entscheidwe-

sentliches Novum vorliegt, gestützt auf welches dem Beschwerdeführer ein Anspruch auf Prüfung seines Gesuches erwächst.

Im Hinblick auf die Zeitdauer ist zudem Folgendes beachtlich: Der Beschwerdeführer verübte das Delikt in Deutschland am 26. Mai 1994. Er wurde anschliessend in Deutschland in Haft genommen und am 24. Februar 1995 verurteilt. Nachdem er sich somit mehr als sechs Monate im Ausland aufhielt, wurde seine Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert; sie ist mit dem Ablauf der Bewilligungsfrist am 30. Juni 1994 gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a und c ANAG erloschen. Hätte der Beschwerdeführer die entsprechenden Delikte in der Schweiz begangen und wäre er in der Folge in der Schweiz gerichtlich verurteilt worden, wäre seine Aufenthaltbewilligung entweder gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a ANAG nicht verlängert worden oder er wäre gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG ausgewiesen worden. Die Dauer der Ausweisung wäre im Hinblick auf die verübten Delikte und die Höhe des Strafmasses wohl unbefristet ausgesprochen worden (Art. 11 Abs. 1 ANAG).

f) Zum erforderlichen Wohlverhalten ist Folgendes festzuhalten: Das Festlegen des Zeitpunkts, von welchem an ein Betroffener einen Anspruch auf erneute Beurteilung seines Gesuches hat, steht - wie bereits ausgeführt - unter dem Vorbehalt des Wohlverhaltens. Verhält sich ein Betroffener in dieser Zeit nicht wie es von ihm erwartet werden kann, verschiebt sich der genannte Zeitpunkt. Je schwerer die Verfehlungen sind, umso später hat der Betroffene Anspruch auf Beurteilung seines Wiedererwägungsgesuches.

Beim Beschwerdeführer verhält es sich diesbezüglich wie folgt: Am 24. Januar 1997 wurde gegen ihn eine Einreisesperre auf unbestimmte Dauer erlassen. Trotzdem reiste der Beschwerdeführer im Dezember 1999 illegal in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch, welches letztinstanzlich durch die ARK am 2. September 2002 abgewiesen wurde. Der Beschwerdeführer wurde - nachdem er die ihm bis zum 8. Oktober 2002 eingeräumte Ausreisefrist missachtet hatte - am 7. November 2002 polizeilich angehalten und nach Belgrad ausgeschafft. Dem Anhaltungsbericht ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer anlässlich seiner Anhaltung nicht kooperierte. Er teilte zudem mit, er werde in zehn Tagen wieder in der Schweiz sein

und drohte ferner damit, den Rapportierenden zu erschiessen. Ein Wohlverhalten liegt damit nicht vor. Im Gegenteil. Insbesondere der Verstoss gegen die fremdenpolizeilichen Vorschriften im Zusammenhang mit der Verweigerung der freiwilligen Ausreise und die ausgesprochene Drohung sind als schwere Verfehlungen zu qualifizieren. Unter diesen Umständen verlängert sich die bereits lange Zeitspanne nochmals erheblich.

g) Zusammenfassend ist im vorliegenden Fall von einer sehr langen Dauer auszugehen, bis ein neues Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung geprüft werden muss. Dass die geforderte lange Dauer seit der Entlassung aus dem Strafvollzug im heutigen Zeitpunkt noch nicht verstrichen ist, liegt auf der Hand, zumal sich der Beschwerdeführer in der fraglichen Zeit nicht wohlverhalten, sondern schwere Verfehlungen begangen hat. Das Migrationsamt geht zur Recht davon aus, es bestehe im heutigen Zeitpunkt (noch) kein Anspruch auf Neubeurteilung des Gesuches des Beschwerdeführers.

106 Familiennachzug des ausserehelichen Sohnes eines Schweizers.

Analoge Anwendung des Freizügigkeitsabkommens auf Schweizer Bürger gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV, da kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, sondern eine Lücke im Gesetz vorliegt (Erw. II/3 und 4).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 15. August 2003 in Sachen A.Z. gegen einen Entscheid des Migrationsamts (BE.2003.00031). Nicht bestätigt durch den Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Januar 2004 (2A.457/2003; BGE-Publikation vorgesehen).

Sachverhalt

A. Aus einer ausserehelichen Beziehung des Beschwerdeführers im Heimatland gingen die drei Kinder A. (geb. 1983), B. (geb. 1984) und C. (geb. 1985) hervor.

Im Jahre 1985 heiratete der Beschwerdeführer eine Schweizer Bürgerin und erhielt in der Folge eine Jahresaufenthaltsbewilligung.