Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.130/2005 /leb

Urteil vom 12. April 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Feller.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch
Rechtsanwalt Willy Bolliger-Kunz,

gegen

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundeshaus West, 3003 Bern.

Gegenstand
Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Beschwerdeentscheid vom 7. Februar 2005.

Sachverhalt:
A.
Die marokkanische Staatsangehörige A._____, geb. 1959, heiratete am 10. April 1998 in ihrer Heimat einen damals in der Schweiz niedergelassenen Landsmann, der nebst der marokkanischen auch die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt. Anfangs Juni 1998 zog sie zu ihrem Ehemann in den Kanton Aargau, wo sie gestützt auf die Ehe eine Aufenthaltsbewilligung erhielt. Am **. ** 2000 wurde der gemeinsame Sohn B._____ geboren, dem - gestützt auf die Niederlassungsbewilligung des Vaters - seinerseits die Niederlassungsbewilligung erteilt wurde. Seit Frühjahr 2001 leben die Ehegatten getrennt; die Obhut über den Sohn ist A._____ übertragen. Der Ehemann kündigte per Ende Oktober 2001 seine Stelle in der Schweiz und übersiedelte, nach vorübergehendem Aufenthalt in Marokko, nach Belgien, wo er seither einer Erwerbstätigkeit nachgeht.

Am 22. Mai 2002 erklärte sich die Fremdenpolizei des Kantons Waadt, wohin A._____ mit ihrem Sohn gezogen war, mit einer Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einverstanden. Das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (heute: Bundesamt für Migration) verweigerte mit Verfügung vom 5. September 2002 die Zustimmung zur Bewilligungserteilung und verfügte die Wegweisung von A._____. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement wies die gegen die Verfügung des Bundesamtes erhobene Beschwerde am 7. Februar 2005 ab, soweit es darauf eintrat.
B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. März 2005 beantragt A._____ dem Bundesgericht, den Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements aufzuheben und ihr die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern.

Dem in der Beschwerdeschrift im Hinblick auf die mit dem angefochtenen Entscheid verbundene Wegweisung gestellten Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde am 22. März 2005 superprovisorisch entsprochen. Zugleich wurde das Departement zur Stellungnahme zum Gesuch eingeladen; es äusserte sich am 6. April 2005

dazu; das Gesuch wird mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos. Weitere Instruktionsmassnahmen (Schriftenwechsel, Einholen der Vorakten) sind nicht angeordnet worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Auf dem Gebiete der Fremdenpolizei ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt (Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG). Zulässig ist sie nur, wenn der um Bewilligung nachsuchende Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen sich hiefür auf eine Sondernom des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen können (BGE 130 II 281 E. 2.1 S. 284 mit Hinweisen).
1.1 Die Beschwerdeführerin will eine Anwesenheitsberechtigung aus dem Umstand ableiten, dass sie mit einem Ausländer verheiratet ist, der unter anderem die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt und hier über eine Niederlassungsbewilligung verfügte.
1.1.1 Zu Unrecht beruft sie sich vorerst auf Art. 7 ANAG, welcher ausschliesslich die ausländerrechtlichen Verhältnisse eines mit einem Schweizer Bürger verheirateten Ausländers regelt. Als landesrechtliche Anspruchsnorm käme allein Art. 17 Abs. 2 ANAG in Frage, welcher regelt, wann dem ausländischen Ehegatten des Ausländers mit Niederlassungsbewilligung ein Anspruch auf Anwesenheit zusteht; Voraussetzung für einen derartigen Bewilligungsanspruch ist indessen, im Unterschied zur Regelung von Art. 7 ANAG, dass die Ehegatten zusammen wohnen (Art. 17 Abs. 2 Satz 1 ANAG). Die Beschwerdeführerin lebt seit Jahren nicht mehr mit ihrem Ehemann zusammen, und beiden Ehegatten fehlt erkennbar der Wille, eine eheliche Gemeinschaft aufrechtzuerhalten. Gestützt auf Art. 17 Abs. 2 Satz 1 ANAG besteht kein Bewilligungsanspruch.
1.1.2 Die Beschwerdeführerin ist weiter der Auffassung, dass die Ehe mit einem deutschen Staatsangehörigen ihr einen Rechtsanspruch gemäss dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und den Mitgliedern der Europäischen Gemeinschaft andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) verschaffe.

Art. 7 lit. d FZA bestimmt, dass die Vertragsparteien das mit der Freizügigkeit zusammenhängende Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, im Anhang I zum Abkommen regeln. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA haben die Familienangehörigen einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen. Die Familienangehörigen, die nicht Staatsangehörige eines EU-Staates sind, haben nach dem Wortlaut der Bestimmung bloss ein vom Anwesenheitsrecht des EU-Staatsangehörigen abgeleitetes Anwesenheitsrecht, das abhängig ist von dessen (Fort-)Bestand. Dieses abgeleitete Recht besteht nur solange, als der originär Berechtigte die ihm durch das Freizügigkeitsabkommen zuerkannte Freizügigkeit ausübt bzw. sich dazu in der Schweiz aufhält (BGE 130 II 113 E. 7.2 und 7.3 S. 125 ff. mit Hinweisen). Der Ehemann der Beschwerdeführerin hat die Schweiz gegen Ende 2001 (schon vor Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens per 1. Juni 2002) verlassen und beansprucht die Freizügigkeit, die ihm als Erwerbstätigen zustehen würde, nicht. Das Departement hat zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführerin diesbezüglich kein Anspruch gemäss
Freizügigkeitsabkommen zustehe.
1.2 Die Beschwerdeführerin beruft sich weiter darauf, dass ihr Sohn deutscher Staatsbürger ist und die Niederlassungsbewilligung besitzt.
1.2.1 Zu Unrecht geht sie davon aus, dass ihr aus diesem Grunde ein Anspruch aus dem Freizügigkeitsabkommen zustehe. Wohl ist ihr Sohn Unionsbürger. Art. 18 EG-Vertrag, welcher den Unionsbürgern grundsätzlich ein Recht einräumt, sich im Hoheitsgebiet der EU-Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (s. dazu Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 19. Oktober 2004 in der Rechtssache C-200/02, Zhu und Chen, publ. in: EuGRZ 2004 S. 787 ff.), gilt jedoch im Verhältnis zur Schweiz nicht. Es muss einer der im Freizügigkeitsabkommen bzw. im Anhang I dazu erwähnten Tatbestände vorliegen, damit der EU-Bürger zur Aufenthaltsnahme in der Schweiz berechtigt ist. Da der Sohn nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder im Hinblick darauf in der Schweiz weilt, stellt sich für ihn die Frage eines Anspruchs aus dem Abkommen, gleich wie bei der Beschwerdeführerin, nur unter dem Gesichtspunkt des Familiennachzugs gemäss Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA. Nachdem der Vater aus der Schweiz ausgereist ist und die Freizügigkeit als Erwerbstätiger nicht beansprucht, ist der Sohn nicht anwesenheitsberechtigt. Ein besonderer Umstand bezüglich seiner Ausbildung, der für ihn und damit mittelbar auch für seine Mutter allenfalls ein Bleiberecht hätte

entstehen lassen können, liegt nicht vor (vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-413/99, Baumbast, Slg. 2002, I-7091). Der Kindergartenbesuch des auch heute noch nicht fünfjährigen Sohnes genügt diesbezüglich nicht. Im Übrigen wurde dieser lange nach dem Wegzug des Vaters und damit zu einem Zeitpunkt aufgenommen, als kein (abgeleitetes) Recht aus dem Abkommen hätte geltend gemacht werden können (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2A.94/2004 vom 6. August 2004 E. 4).
1.2.2 Die Beschwerdeführerin hat jedoch einen - bedingten - Bewilligungsanspruch im Sinne von Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG gestützt auf die Niederlassungsbewilligung ihres Sohnes. Dass dieser die Niederlassungsbewilligung ohne weitere Voraussetzung allein durch Miteinbezug in die Niederlassungsbewilligung seines Vaters erworben hat (vgl. Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG), der nicht mehr in der Schweiz weilt, ändert nichts daran, dass es sich dabei um ein gefestigtes Anwesenheitsrecht handelt, das geeignet ist, seiner Mutter unter dem Gesichtswinkel von Art. 8 EMRK einen Anspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung zu verschaffen (BGE 127 II 60 E. 1d/bb und 1e S. 65 ff.).

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demnach grundsätzlich einzutreten. Nicht zulässig ist dabei aber in diesem reinen Zustimmungsverfahren (s. E. 2.1) der Antrag, es sei die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.
2.
2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, zuständig für die Bewilligungserteilung im Kanton Waadt sei der Kanton Waadt; eine Zustimmungskompetenz des Bundesamtes für Migration könne sie nicht erkennen. Sie ist diesbezüglich auf E. 12 des angefochtenen Entscheids zu verweisen, welche vollumfänglich zu bestätigen und welcher nichts beizufügen ist.
2.2 Wenn auch die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 8 EMRK in Berücksichtigung der Niederlassungsbewilligung ihres Sohnes grundsätzlich einen Bewilligungsanspruch hat, schliesst dies die Ablehnung ihres Gesuchs um eine ausländerrechtliche Bewilligung nicht aus; es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei insbesondere der speziellen Natur der Niederlassungsbewilligung bzw. der Art des Bewilligungserwerbs gebührend Rechnung getragen werden muss: Das Kind hat die Bewilligung nicht wegen seiner besonderen Beziehung zur Schweiz, sondern bloss wegen der familiären Beziehung zum niedergelassenen Elternteil und zum Zwecke erworben, diese Beziehung leben zu können; selbständige, über die Beziehung zu den Eltern hinausgehende Anknüpfungspunkte zur Schweiz hat es als Kleinkind vorerst kaum (vgl. BGE 127 II 60 E. 2a S. 67).

Die Interessenabwägung des Departements geht richtigerweise von dieser Grundlage aus. Der Sohn der Beschwerdeführerin ist auch heute noch nicht fünf Jahre alt. Besondere Schwierigkeiten, mit denen das Leben in Marokko für ihn verbunden sein könnte, sind nicht ersichtlich und werden vor Bundesgericht auch nicht (mehr) geltend gemacht. Warum der in Belgien lebende Vater sein (wegen der Distanz faktisch eingeschränktes) Besuchsrecht nicht ebenso gut in Marokko ausüben könnte wie in der Schweiz, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin ihrerseits, die den grössten Teil ihres Lebens in Marokko verbracht hat, wo sie unter anderem einer Erwerbstätigkeit als Krankenschwester nachging, ist mit den Verhältnissen in ihrem Heimatland vertraut. Ein Teil ihrer nächsten Angehörigen wohnt nach wie vor dort, und sie weilte zusammen mit ihrem Sohn sowohl im Jahr 2001 als auch im Jahr 2003 während insgesamt mehrerer Monate dort. Wenn das Departement aus den gesamten Verhältnissen geschlossen hat, dass auch seitens der Beschwerdeführerin keine vertiefte Integration vorliege, erscheint dies als nachvollziehbar und wird dem in der Beschwerdeschrift nichts entgegengehalten. Anders als die Beschwerdeführerin meint, bleibt auch nicht völlig ohne
Belang, dass sie Sozialhilfe beanspruchen musste; sie begab sich in den Kanton Waadt, ohne über eine Zusicherung zur Aufenthaltsnahme und zum Stellenantritt zu verfügen.

Die Interessenabwägung des Departements (s. vorab E. 16.2-16.4) lässt sich nach dem Gesagten insgesamt nicht beanstanden.
2.3 Die Verweigerung der Zustimmung zur Bewilligungserteilung erweist sich als verhältnismässig und verletzt Bundesrecht nicht. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 1.2.2 am Ende), unbegründet und abzuweisen.
3.
Die Beschwerdeführerin hat für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ersucht. Nach Kenntnisnahme vom insgesamt sorgfältig begründeten Beschwerdeentscheid des Departements konnte sie nicht ernsthaft damit rechnen, dass ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde Erfolg be-

schieden sein könnte. Das Gesuch ist somit wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren (vgl. Art. 152 OG) abzuweisen. Dementsprechend sind die bundesgerichtlichen Kosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 OG), wobei ihren finanziellen Verhältnissen bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr (Art. 153 Abs. 1 OG) Rechnung getragen werden kann (Art. 153a Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement sowie dem Service de la population des Kantons Waadt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 12. April 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: