Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.508/2005 /vje

Urteil vom 16. September 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
1. X._____,
Beschwerdeführerin,
2. Y._____,
Beschwerdeführer,
beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Alex Frei,

gegen

Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld,
Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau, Frauenfelderstrasse 16, 8570 Weinfelden.

Gegenstand
Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 8. Juni 2005.

Sachverhalt:
A.
X._____, geb. 1976, kroatische Staatsangehörige, heiratete am 29. Juli 2000 in Bosnien einen Staatsangehörigen von Bosnien-Herzegowina, der in der Schweiz niedergelassen ist. Sie verfügte ab Mitte Oktober 2000 bis Ende Juli 2001 über eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton Appenzell I.Rh. Im Jahre 2001 gebar sie einen Sohn, Y._____. Am 11. August 2002 reiste sie mit dem Sohn zu ihrem Ehemann in die Schweiz ein. Sie erhielt eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Ehemann, der Sohn wurde in die Niederlassungsbewilligung des Vaters mit einbezogen. Am 31. Juli/ 24. Oktober 2003 wurde die Ehe in Bosnien geschieden. Das Sorgerecht über den Sohn Y._____ wurde der Mutter zuerkannt, der Vater zu Unterhaltszahlungen verpflichtet. Das Bezirksgericht Bischofszell änderte das bosnische Scheidungsurteil auf Begehren von X._____ hinsichtlich Besuchsrecht und Unterhaltsregelung ab. Das Urteil basiert auf einer Konvention zwischen den Ehegatten, worin zwei Regelungen für die Unterhaltszahlungen vorgesehen sind, eine Variante für den Fall des Verbleibs von Mutter und Kind in der Schweiz, eine für den Fall von deren Rückreise nach Bosnien.

Das Ausländeramt des Kantons Thurgau lehnte mit Verfügung vom 15. Juli 2004 die Verlängerung der bis zum 10. August 2004 befristeten Aufenthaltsbewilligung von X._____ ab. Ein Rekurs an das Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau blieb erfolglos. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau wies die gegen den Rekursentscheid des Departements erhobene Beschwerde am 8. Juni 2005 ab.
B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 26. August 2005 beantragen X._____ (Beschwerdeführerin 1) und Y._____ (Beschwerdeführer 2) dem Bundesgericht, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kan-

tons Thurgau vom 8. Juni 2005 sowie die Verfügung des Ausländeramtes und den Rekursentscheid des Departements für Justiz- und Sicherheit aufzuheben und X._____ die beantragte Aufenthaltsbewilligung für den Kanton Thurgau zu erteilen.
Es ist weder ein Schriftenwechsel noch sind andere Instruktionsmassnahmen (wie Einholen zusätzlicher Akten) angeordnet worden. Mit dem Urteil wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gemäss Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG ist auf dem Gebiete der Fremdenpolizei die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt.

Der Beschwerdeführer 2 hat als Sohn eines Ausländers mit Niederlassungsbewilligung seinerseits die Niederlassungsbewilligung, die ihm gestützt auf Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG erteilt worden war, als er und beide Eltern vorübergehend in gemeinsamem Haushalt wohnten. Seine Niederlassungsbewilligung ist nach Aufgabe der Wohngemeinschaft mit seinem Vater nicht dahingefallen, und er hat insofern nach wie vor ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz. Damit aber kann seine Mutter, die Beschwerdeführerin 1, welcher das Sorgerecht über ihn zusteht, aus Art. 8 EMRK einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz ableiten; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid, womit die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin bestätigt wird, ist damit zulässig (vgl. BGE 127 II 60 E. 1d und e S. 64 ff.).
2.
2.1 Das Sorgerecht über den Beschwerdeführer 2 obliegt der Beschwerdeführerin 1; die beiden bilden zusammen eine Familiengemeinschaft. Der Vater hat gegenüber dem Beschwerdeführer 2 ein Besuchsrecht, und er kann die Vater-Sohn-Beziehung nicht im Rahmen eines familiären Zusammenleben in enger Gemeinschaft pflegen; als ehemaliger Ehemann der Beschwerdeführerin 1 hat er sodann zu dieser nach der Scheidung keine in fremdenpolizeirechtlicher Hinsicht massgebliche Beziehung mehr.

Das Verwaltungsgericht geht davon aus, dass es unter solchen Umständen für ein niedergelassenes Kleinkind zumutbar ist, der Mutter in deren Heimatland zu folgen; die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an die Beschwerdeführerin 1 sei daher nicht geboten, und die Bewilligungsverweigerung verletze Art. 8 EMRK nicht.
2.2
2.2.1 Art. 8 EMRK garantiert den Schutz des Familienlebens. Unter gewissen Umständen lässt sich daraus ein Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung ableiten, denn es kann Art. 8 EMRK verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörigen hier weilen und fest anwesenheitsberechtigt sind, die Anwesenheit in der Schweiz untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird (BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 mit Hinweisen).

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). Als zulässiges öffentliches Interesse fällt insbesondere das Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik in Betracht. Eine solche ist im Hinblick auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen schweizerischer und ausländischer Wohnbevölkerung, die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz fest ansässigen
Ausländer und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie eine möglichst ausgeglichenen Beschäftigung im Lichte von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zulässig (BGE 120 Ib 1 E. 4b S. 5, 22 E. 4a S. 25).

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.
2.2.2 Der Beschwerdeführer 2 ist noch nicht vier Jahre alt und befindet sich in einem anpassungsfähigen Alter. Das Sorgerecht steht der Mutter, nicht dem in der Schweiz niedergelassenen Vater zu. In einem solchen Fall ist zu berücksichtigen, dass das Kind unter die Obhut desjenigen Elternteils gestellt wurde, der in der Schweiz kein selbständiges Anwesenheitsrecht hat; grundsätzlich hat es als Konsequenz der im Scheidungsverfahren getroffenen Regelung dessen Lebensschicksal zu teilen und diesem ins Ausland zu folgen (Urteil 2A.412/1998 vom 15. Dezember 1998 E. 3a). Für ein Kind in dieser Lage ist es regelmässig zumutbar, dem sorgeberechtigten Elternteil ins Ausland zu folgen (vgl. BGE 127 II 61 E. 2a S. 67). So verhält es sich vorbehaltlos dann, wenn der andere Elternteil kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat, aber auch dann, wenn kein Besuchsrecht eines in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Elternteils besteht oder aber wenn ein solches nicht ausgeübt wird und damit belanglos bleibt (vgl. BGE 126 II 61 E. 2 S. 67 ff.; 122 II 289 E. 3c S. 298). Vorliegend ist der Vater des Beschwerdeführers 2 in der Schweiz niedergelassen, und es ist ihm ein Besuchsrecht eingeräumt, das auch wahrgenommen wird. Damit ist eine
Verhältnismässigkeitsprüfung gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK erforderlich.
2.2.3 Das Bundesgericht hat sich in zahlreichen Fällen mit den Auswirkungen eines Besuchsrechts auf das ausländerrechtliche Bewilligungsverfahren befasst. In der Regel stellt sich dabei die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem nicht sorgeberechtigten Ausländer eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden muss, wenn diesem gegenüber seinem Kind, das mit dem anderen Elternteil in der Schweiz bleibt und hier ein gefestigtes Bleiberecht hat, ein Besuchsrecht zusteht. Dabei gelten folgende Grundsätze:

Anders als der sorgeberechtigte Elternteil kann der Ausländer mit Besuchsrecht die familiäre Beziehung zu einem Kind zum Vornherein nur in einem beschränkten Rahmen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts, leben; ein Zusammenwohnen fällt ausser Betracht. Dazu ist nicht unabdingbar, das er sich dauernd im gleichen Land aufhält wie das Kind. Es ist daher im Allgemeinen zulässig, dem Ausländer, der gegenüber seinem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind bloss ein Besuchsrecht hat, die Aufenthaltsbewilligung zu verweigern; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allerdings die Modalitäten geeignet aus- bzw. umzugestalten sind; entsprechende Einschränkungen sind in Kauf zu nehmen. In ausländerrechtlicher Hinsicht hat das Bundesgericht daraus die Konsequenz gezogen, dass die Aufenthaltsbewilligung nur dann erteilt oder erneuert werden muss, wenn einerseits zwischen dem Ausländer und seinem in der Schweiz ansässigen Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht, die sich wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Land, in das der Ausländer bei Verweigerung der Bewilligung auszureisen
hätte, praktisch nicht aufrechterhalten liesse, und wenn andererseits das bisherige Verhalten des Ausländers zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (BGE 120 Ib 1 E. 3 S. 4 ff., 22 E. 4 S. 24 ff.; Urteile 2A.99/2005 vom 29. April 2005 E. 2.2; 2A.218/2005 vom 21. April 2005 E. 2.1; 2A.563/2002 vom 23. Mai 2003, E. 2.2., mit weiteren Hinweisen). Was das Erfordernis der besonderen Intensität der Beziehung betrifft, kann dieses regelmässig nur dann als erfüllt betrachtet werden, wenn ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht eingeräumt ist und dieses kontinuierlich, spontan und reibungslos ausgeübt wird (Urteil 2A.412/1998 vom 15. Dezember 1998 E. 3a).

Im vorliegenden Fall beansprucht nicht der besuchsberechtigte Elternteil eine ausländerrechtliche Bewilligung. Vielmehr hat der besuchsberechtigte Vater des Beschwerdeführers selber die Niederlassungsbewilligung. Eine Aufenthaltsbewilligung will die obhutsberechtigte Mutter des - an sich anwesenheitsberechtigten - Kindes für sich selber erhältlich machen. Für den Entscheid über dieses Gesuch können die vorstehend genannten Kriterien sinngemäss herangezogen werden. Erforderlich ist einerseits eine besondere Intensität der Beziehung zwischen dem hier anwesenden besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht, andererseits ein tadelloses Verhalten des obhutsberechtigten Elternteils, welcher um Bewilligung ersucht. Dabei ist mit noch grösserer Zurückhaltung auf eine Pflicht zur Bewilligungserteilung zu schliessen als im Falle des besuchsberechtigten Ausländers, der selber, im Hinblick auf die Ausübung seines Besuchsrechts, um Bewilligung ersucht; der obhutsberechtigte Elternteil, der die Bewilligung einzig zur Erleichterung der Ausübung

des Besuchsrechts zwischen dem Kind und dem andern Elternteil erhältlich machen will, soll dies nur bei Vorliegen besonderer Umstände tun können (in dem Sinne
die Urteile 2A.10/2001 vom 11. Mai 2001 E. 2, 2A.144/1998 vom 7. Dezember 1998 E. 3 und 2A.412/1998 vom 15. Dezember 1998).
2.2.4 Der Ende 2001 geborene Beschwerdeführer 2 zog zusammen mit der Beschwerdeführerin 1 erst am 11. August 2002 zu seinem Vater in die Schweiz. Bereits ein knappes Jahr danach wurde (im Ausland) die Scheidung ausgesprochen, und die Wohngemeinschaft wurde aufgegeben. Dem Vater steht ein Besuchsrecht zu; dieses wird ausgeübt und der Vater bezahlt anstandslos die Unterhaltsbeiträge; es liegt unbestrittenermassen eine echte Vater-Sohn-Beziehung vor. Weder Ausmass und Ausgestaltung des Besuchsrechts noch andere Umstände lassen aber auf eine aussergewöhnlich intensive Beziehung schliessen, die über das hinausginge, was im Falle getrennt lebender Eltern üblich ist. Damit muss eine Einschränkung und Modifizierung der Kontaktpflege, die ein Wegzug der beiden Beschwerdeführer mit sich bringt, grundsätzlich in Kauf genommen werden. Mit den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde über die Reisemöglichkeiten an den ausländischen Aufenthaltsort der Beschwerdeführer wird zwar glaubhaft gemacht, dass die Häufigkeit der Begegnungen stark abnehmen würde und jedenfalls Wochenendbesuche kaum in Frage kämen. Keineswegs aber wird damit aufgezeigt, dass die Pflege der Beziehung in anderer Form weitgehend verunmöglicht würde. Ein Unterschied
zu zahlreichen anderen Fällen, in denen eine solche Trennung und Erschwerung der Kontaktpflege als zumutbar erachtet wird, lässt sich nicht erkennen. Was in der Beschwerdeschrift allgemein zur Wünschbarkeit häufigerer Begegnungen ausgeführt wird, genügt für eine andere Gewichtung bei der ausländerrechtlichen Interessenabwägung nicht.

Bei diesen Verhältnissen erweist sich die Verweigerung der Bewilligungsverlängerung an die Beschwerdeführerin 1 als zulässig, sofern sie nicht zusätzlich eigene, von ihr selber geknüpfte enge Beziehungen zur Schweiz namhaft machen kann (vgl. Urteil 2A.144/1998 vom 7. Dezember 1998 E. 3c). Solche sind nicht gegeben. Wohl hat die Beschwerdeführerin 1 zu keinen Klagen Anlass gegeben und ist sie regelmässig einer Erwerbstätigkeit nachgegangen. Indessen beruht ihr Aufenthalt in der Schweiz allein auf der (geschiedenen) Ehe mit dem Vater des Beschwerdeführers 2. Gestützt darauf hielt sie sich 2000/ 2001 vorerst während etwas weniger als zehn Monaten in der Schweiz auf. Von August 2002 bis August 2004 verfügte sie sodann über eine Aufenthaltsbewilligung. Ihre Situation lässt sich in keiner Weise vergleichen mit derjenigen der Beschwerdeführerin im Fall, welchen das Bundesgericht im vorerwähnten Urteil 2A.144/1998 zu behandeln hatte.
2.3 Welche zusätzlichen Abklärungen das Verwaltungsgericht bei der konkreten Ausgangslage noch hätte treffen müssen, ist nicht ersichtlich. Sein die Bewilligungsverweigerung bestätigender Entscheid verletzt weder Art. 8 EMRK noch sonstwie Bundesrecht. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unbegründet und abzuweisen.
3.
Die Beschwerdeführer stellen das Gesuch, es sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständigung zu bewilligen. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, konnten sie nicht ernsthaft mit einer Gutheissung der Beschwerde rechnen. Diese erweist sich damit als aussichtslos, sodass das Gesuch schon aus diesem Grunde abzuweisen ist (Art. 152 OG).

Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 156 OG). Die Gerichtsgebühr (Art. 153 Abs. 1 OG), bei deren Festsetzung den finanziellen Verhältnissen der Beschwerdeführer Rechnung getragen werden kann (Art. 156a Abs. 1 OG), ist der Beschwerdeführerin 1 aufzuerlegen, die für sich und als gesetzliche Vertreterin des Beschwerdeführers 2 handelt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständigung wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin 1 auferlegt.
4.

Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern, dem Departement für Justiz und Sicherheit und dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 16. September 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: