Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.491/2006 /fco

Urteil vom 16. November 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Schroff,

gegen

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

Gegenstand
Widerruf der Aufenthaltsbewilligung; Wegweisung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 24. Mai 2006.

Sachverhalt:
A.
X._____, brasilianische Staatsangehörige, kam im Februar 1999 zur Vorbereitung der Ehe mit dem damals in Kreuzlingen niedergelassenen Italiener Y._____ in die Schweiz, wo sie am 28. September 1999 heirateten. X._____ erhielt daraufhin eine Aufenthaltsbewilligung zum Zweck des Aufenthalts beim Ehepartner, die regelmässig verlängert und im Herbst 2002 durch eine bis zum 19. Oktober 2007 geltende Jahresaufenthaltsbewilligung EG/EFTA ersetzt wurde.
Die Eheleute X._____ und Y._____ leben seit dem 1. Juli 2004 getrennt. Im Eheschutzverfahren wurde der im Juli 2000 geborene gemeinsame Sohn unter die Obhut des Vaters gestellt. Y._____ meldete sich am 12. November 2004 zusammen mit seinem Sohn, unter Verzicht auf seine Niederlassungsbewilligung, nach Lissabon ab. Mit Entscheid vom 4. Januar 2005 wies der Vizepräsident des Bezirksgerichts Kreuzlingen ein Gesuch von X._____ ab, den Sohn unter ihre Obhut zu stellen. Am 2. März 2005 verfügte das Ausländeramt des Kantons Thurgau, die Aufenthaltsbewilligung von X._____ werde widerrufen und die Betroffene aus der Schweiz ausgewiesen. Dagegen gelangte X._____ erfolglos an das Departement für Justiz und Sicherheit, sodann an das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau.
B.
Am 28. August 2006 hat X._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht eingereicht. Sie beantragt, den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 24. Mai 2006 - und somit den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung - aufzuheben. Eventualiter sei das Ausländeramt des Kantons Thurgau anzuweisen, der Beschwerdeführerin eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Zudem wird um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ersucht.
Das Departement für Justiz und Sicherheit sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau schliessen, ebenso wie das Bundesamt für Migration, auf Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist zulässig gegen den Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 101 lit. d in Verbindung mit 100 lit. b Ziff. 3 OG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde der nach Art. 103 lit. a OG legitimierten Beschwerdeführerin ist einzutreten.
2.
2.1 Gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG; SR 142.20) kann die Aufenthaltsbewilligung widerrufen werden, wenn eine mit ihr verbundene Bedingung nicht erfüllt wird. Auf diese Bestimmung haben sich die zuständigen Behörden hier gestützt und erwogen, der mit der Aufenthaltsbewilligung verbundene Zweck des Verbleibs beim Ehegatten sei nicht mehr erfüllt, nachdem dieser seit November 2004 in Portugal lebt. Die Beschwerdeführerin habe keinen Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung. Auch die Beziehung zu dem bei seinem Vater wohnenden Sohn vermöge für die Mutter kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz zu begründen.
2.2 Was die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, vermag nicht zu überzeugen:
2.2.1 Vorab behauptet die Beschwerdeführerin, sie habe Anspruch auf eine unbedingte und unbefristete Niederlassungsbewilligung. Entscheidend sei nicht der Zeitpunkt der Heirat (d.h. der 28. September 1999), sondern derjenige der Einreise, nämlich der 4. Februar 1999. Bis zu der am 1. Juli 2004 erfolgten Trennung habe sie sich somit mehr als fünf Jahre ordnungsgemäss in der Schweiz aufgehalten. Ausserdem könne es auf diese rein faktische Trennung nicht ankommen; massgeblich sei vielmehr, dass die Ehe immer noch weiterbestehe, so dass die Fünfjahresfrist auf jeden Fall eingehalten sei.
Diese Argumentation verkennt einerseits, dass die genannte Frist vom Zeitpunkt der Eheschliessung an zu laufen beginnt. Entscheidend ist, ob die betreffenden Personen in der Schweiz fünf Jahre als Ehegatten zusammengelebt haben. Auf den vorhergehenden Aufenthalt kommt es nicht an. Das hat das Bundesgericht für die Frist des Art. 7 Abs. 1 ANAG entschieden (vgl. BGE 122 II 145 E. 3b S. 147 f.; siehe auch unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil 2A.63/2003 vom 4. November 2003 i.S. C. E. 4.1). Bei Art. 17 Abs. 2 ANAG muss es sich gleich verhalten (vgl. BGE 130 II 49 E. 3.2.3 S. 54 f. mit Hinweisen). Ist ein Ausländer im Besitz der Niederlassungsbewilligung, so hat sein Ehegatte gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 1 Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen leben. Laut Satz 2 hat der Ehegatte nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren ebenfalls Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung. Es liegt auf der Hand, dass Satz 2 an den vorangehenden Satz 1 anknüpft und damit die zu absolvierende fünfjährige Aufenthaltsdauer vom Zeitpunkt der Entstehung des nach Abs. 2 Satz 1 erworbenen Aufenthaltsrechts beginnen lassen will (vgl. BGE 130 II 49 E. 3.2.2 S. 53 f.).
Dieses entstand aber frühestens mit der Eheschliessung mit dem in der Schweiz niedergelassenen Ausländer. Die Fünfjahresfrist war hier zwischen dem 28. September 1999 und dem 1. Juli 2004 nicht abgelaufen und der Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung somit noch nicht entstanden.
Andererseits ist ohne Belang, dass die Ehe nach dem 1. Juli 2004 - und bis heute - noch weiter besteht. Denn Voraussetzung des Anspruchs ist, dass die Ehegatten zusammen wohnen (vgl. BGE 123 I 25 E. 1 S. 26 f. mit Hinweisen).
2.2.2 Ebenfalls nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ergibt sich aus dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681). Nach Art. 3 Abs. 4 Anhang I FZA hat die einem Familienangehörigen erteilte Aufenthaltserlaubnis die gleiche Gültigkeit wie die der Person, von der das Recht hergeleitet ist. Der Ehemann der Beschwerdeführerin hat aber seit Herbst 2004 auf sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verzichtet. Seine Niederlassungsbewilligung ist erloschen (vgl. Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG).
2.2.3 Die Beschwerdeführerin will aus ihrer Beziehung zu ihrem Sohn einen Aufenthaltsanspruch aus Art. 8 EMRK ableiten. Der Sohn wohnt jedoch seit November 2004 bei seinem Vater in Portugal. Seine Niederlassungsbewilligung ist durch Zeitablauf längst erloschen (vgl. Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG) und daher zum vornherein nicht geeignet, der Beschwerdeführerin ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu verschaffen. Im Gegensatz zu dem von der Beschwerdeführerin angerufenen BGE 127 II 60 fehlt es hier am Erfordernis des gefestigten Anwesenheitsrechts. Ohne Belang sind deshalb auch die beiden staatsrechtlichen Beschwerden 5P.113/2005 und 5P.114/2005 sowie die behauptete Bereitschaft des Ehemannes, die Obhut über den Sohn zukünftig unter

Umständen der Beschwerdeführerin zu überlassen.
2.2.4 Besondere Gründe, die den Widerruf der Bewilligung als unverhältnismässig erscheinen liessen, sind nicht erkennbar (vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen der Vorinstanz, E. 2d des angefochtenen Entscheids, S. 9).
3.
Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 OG). Sie hat jedoch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ersucht. Schon das Verwaltungsgericht hat erwogen, das kantonale Beschwerdeverfahren liege an der Grenze zur Aussichtslosigkeit. Nachdem die Vorinstanz die hier vorgebrachten Argumente (vgl. E. 2.2 hiervor) bereits überzeugend und einlässlich widerlegt hat, konnte die Beschwerdeführerin mit einer Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht mehr ernsthaft rechnen. Das Gesuch ist somit abzuweisen (Art. 152 OG). Der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin ist bei der Bemessung der Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen (Art. 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 500.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Departement für Justiz und Sicherheit und dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 16. November 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: